

INSTITUTO EDUCACIONAL PIRACICABANO – IEP

Presidente do Conselho Diretor
Luiz Alceu Saporoli

Diretor Geral
Almir de Souza Maia

Vice-Diretor
Gustavo Jacques Dias Alvim

UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA

REITOR
Gustavo Jacques Dias Alvim

VICE-REITOR ACADÊMICO
Sérgio Marcus Pinto Lopes

VICE-REITOR ADMINISTRATIVO
Arsênio Firmino Novaes Netto

EDITORA UNIMEP

CONSELHO DE POLÍTICA EDITORIAL
Gustavo Jacques Dias Alvim (presidente)
Sérgio Marcus Pinto Lopes (vice-presidente)
Amós Nascimento
Antonio Roque Dechen
André Sathler Guimarães
Cláudia Regina Cavaglieri
Denise Giacomo da Motta
Marco Polo Marchese
Nelson Carvalho Maestrelli

COMISSÃO DE LIVROS
André Sathler Guimarães (presidente)
Cláudio Kirner
Dorothee Susanne Rüdiger
José Carlos Barbosa
Luiz Antonio Calmon Nabuco Lastória
Valdemir Pires

EDITOR EXECUTIVO
Heitor Amílcar da Silveira Neto

GUNTHER TEUBNER

DIREITO, SISTEMA E POLICONTEXTURALIDADE

COMPRA

EDITORA  UNIMEP

www.unimep.br/editora • E-mail: editora@unimep.br
Rod. do Açúcar, Km 156 • 13400-911 – Piracicaba, SP
Telefone/fax: (19) 3124-1620 / 3124-1621

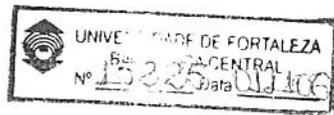
Universidade de Fortaleza
BIBLIOTECA CENTRAL

TEUBNER, Gunther

Direito, Sistema e Policontextualidade.
Apresentação: Dorothee Susanne Rüdiger.
Introdução: Rodrigo Octávio Broglia Mendes.
Piracicaba: Editora Unimep, 2005.

300 p. 16 cm.

1. Direito – teoria geral do.
2. Teoria geral do direito.
3. Sociologia jurídica.



CDU – 340.11

ISBN 85-85541-60-1

Coordenação Editorial

Heitor Amílcar da Silveira Neto

Coordenação de Tradução

Dorothee Susanne Rüdiger
Rodrigo Octávio Broglia Mendes

Tradução

Brunela Vieira de Vincenzi
Dorothee Susanne Rüdiger
Jürgen Volker Dittberner
Patrícia Stanzione Galizia
Rodrigo Octávio Broglia Mendes

Secretária

Ivonete Savino

Assistente Administrativo

Altair Alves da Silva

Bolsista Atividade

Olívia Silva Carmo Ramon

Ficha Catalográfica

Regina Fraceto

Edição de Texto

Lúcia Helena Lahóz Morelli
Milena de Castro

Produção Gráfica

Printfit Soluções

Impressão

Yangraf Gráfica e Editora

EDITORA UNIMEP

<www.unimep.br/editora>
Rodovia do Açúcar, km 156
13400-911 – Piracicaba, SP
Telefone/fax: (19) 3124-1620 / 1621
E-mail: editora@unimep.br

APRESENTAÇÃO

DOROTHEE SUSANNE RÜDIGER

Docente do Programa de Mestrado em Direito da
Universidade Metodista de Piracicaba
(UNIMEP/SP)

As peças multicoloridas interligadas por correias de transmissão que o artista suíço Jean Tinguely (1925-1991) chama de “*Meta-Harmonie-Disloquer*”,* num esboço feito para a construção de uma escultura movimentada, barulhenta e, portanto, viva, em muito trazem relação com os ensaios redigidos por Gunther Teubner, traduzidos e reunidos nesta coletânea. Assim como as rodas coloridas têm cada qual sua vida – e, no entanto, estão interligadas umas às outras num conjunto criativo pelo impulso que cada elemento dá ao outro –, o direito se situa e se movimenta no complexo cosmo deslocado, que é nossa sociedade global. A todo momento, a obra aqui reunida nos lembra que o direito não é estático, mas se movimenta enquanto um dos subsistemas sociais, recebendo e dando impulsos para os demais subsistemas, que, por sua vez, atendem a diversas linguagens.

Mas a interligação de elementos vivos e idiossincráticos não é a única ponte entre as esculturas construídas por Jean Tinguely a partir de elementos de reciclagem e este livro. É marca registrada do sociólogo e jurista alemão Gunther Teubner a abordagem alegórica de temas muito complexos, como os reunidos em *Direito, Sistema e Policontextualidade*. Do mesmo modo que para o artista plástico não há arte sem ciência, aqui não há ciência do direito sem arte. E Teubner toma emprestado, em vários momentos, exemplos das belas artes para desenvolver, a partir de simbolismo que lhe é todo particular, sua teoria sobre o direito em nossa sociedade complexa, conflituosa, globalizada e em constante movimento. Assim, um assunto tão sério, e

* Acrílico, feltro, guache, colagem e fragmentos sobre papel; 36 x 48 cm; 1987. Musée National d'Art Moderne – Centre National d'Art et de Culture Georges Pompidou, Paris. Cf. no site <www.tinguely.ch/index.html>, do Museu Tinguely (Basileia/Suíça), dados biográficos do artista suíço e suas obras cinéticas.

muitas vezes tão chato quanto o direito, torna-se criativo, isto é, poético, em todos os sentidos.

Nesse ponto, seja permitido abrir um parêntese. A alegria das cores e dos movimentos da obra artística, faz lembrar o carnaval da Basiléia, do qual Jean Tinguely participava com seus carros alegóricos fantásticos. A tradição secular desse carnaval nos leva da arte para o direito, sendo um bom exemplo de sua força criativa, de sua ambientação política, religiosa e cultural. Quando a cidade de Basiléia, em 1529, aderiu à reforma protestante e proibiu, por força da lei, as atividades carnavalescas “até a quarta-feira de cinzas”, os cidadãos resolveram, maliciosamente e, interpretando a lei ao pé da letra, transferir a folia para a segunda-feira seguinte à quarta-feira de cinzas... Nascia, assim, pelo tiro jurídico que saía pela culatra, um carnaval protestante, único no mundo!

É nas asas do desejo, da folia e da arte que se faz, agora, a ponte entre o velho e o novo continente. No Brasil, como se sabe, aprecia-se muito o carnaval, o “jeitinho” e a capacidade de deixar mensagens por meio de alegorias. Afinal, nosso carnaval vive disso! Os exemplos oriundos da arte facilitam a leitura dos ensaios de Gunther Teubner, pois seus textos não são fáceis de serem lidos, que dirá de serem traduzidos! Exigem, além de conhecimento técnico, sensibilidade. Feito um desfile de escola de samba, a alegoria por ele empregada abre caminhos para a compreensão do enredo a ser desenvolvido das mais inusitadas formas. Sinal de que o direito ganha vida quando ousa sair dos cartórios e dos autos empoeirados.

Há vários exemplos da criatividade literária do autor reunidos na presente coletânea que merecem ser citados. Logo no primeiro trabalho, Teubner analisa a novela *Crônica de uma Morte Anunciada*, de Gabriel Garcia Marquez, para abordar a (in)efetividade do direito como instrumento regulador do comportamento humano. Estamos no continente latino, onde sentimos diariamente o drama da discrepância entre a lei e a “praxe”! A nós é familiar também o ícone do deus romano Janus, do qual se vale o professor alemão no ensaio dedicado ao novo pluralismo jurídico. Da mesma forma que o deus de várias faces, o direito é obrigado a virar-se para todos os lados para preencher seu papel regulador no conflito dos mais diversos discursos existentes em nossa sociedade globalizada. Há ainda, no texto “Cúpula invisível”, uma imagem da arquitetura renascentista italiana utilizada por Gunther Teubner nas reflexões sobre uma teoria de imputação coletiva, relevante, sobre tudo, quando se trata de distribuir responsabilidade nos casos de direito ambiental.

Lugar de destaque merece o artigo “Mundos contratuais”, no qual o autor se faz valer da interpretação do afresco *Il Buon Governo*, criado na Baixa

Idade Média por Ambrogio Lorenzetti, na catedral de Siena. Ali, direito, arte e política juntam-se numa só obra para refletir sobre o poder, a justiça e o contrato. A obra medieval deixa sensível a função social do contrato que, no Brasil do século XXI, tanto nos surpreende, quando analisamos nosso código civil. Contratos, ensinam Ambrogio Lorenzetti e Gunther Teubner, são capazes de algo mais que promover apenas trocas econômicas. Apóiam, criam e recriam relações sociais e redes normativas, que, por sua vez, são interpretadas, como ensina outro texto, pelos “regimes de produção idiossincráticos” de maneira distinta. Há de se esperar que também os ensaios dessa coletânea venham a ter, no Brasil, uma leitura brasileira.

Para facilitar o acesso aos artigos de Gunther Teubner está o trabalho de toda uma equipe de tradutores, composta por três brasileiros e dois alemães. Se a letra da música do grupo *Skank*, segundo a qual “de vez em quando é bom misturar o brasileiro com alemão”, aqui procede, fica a critério do leitor julgar. Os tradutores, todos formados em direito, tomaram o cuidado de elaborar uma leitura germânica e brasileira dos textos guiada pela ótica do direito. Decidiram, num esforço coletivo, rever conceito a conceito e de, finalmente, adaptar o estilo germânico dos textos para uma linguagem mais latina. A tradução tornou-se, dessa maneira, fruto de um encontro não somente entre pessoas, mas também entre culturas para criar uma obra que visa, além de contribuir ao debate científico, ao prazer da leitura.

SUMÁRIO

Introdução	11
I. REFLEXÃO DO DIREITO. PARADOXOS, CONFLITOS DE DISCURSOS E POLICONTEXTURALIDADE	
1. Direito Regulatório: crônica de uma morte anunciada	19
2. Economia da Dádiva – Positividade da Justiça: “assombração” mútua entre sistema e <i>différance</i>	55
II. DIREITO NO PROCESSO DE GLOBALIZAÇÃO	
3. As Duas Faces de Janus: pluralismo jurídico na sociedade pós-moderna	79
4. Regimes Privados: direito neo-espontâneo e constituições dualistas na sociedade mundial	105
5. Regimes de Produção Idiossincráticos: sobre co-evolução da economia e do direito nas <i>varieties of Capitalism</i>	129
6. Irritações Jurídicas: para a co-evolução de normas jurídicas e regimes de produção	153
III. POLICONTEXTURALIDADE E REFLEXOS NO DIREITO PRIVADO	
7. A Cúpula Invisível: crise da causalidade e imputação coletiva	189
8. Após a Privatização: conflitos de discursos no direito privado	233
9. Mundos Contratuais: o direito na fragmentação de regimes de <i>private governance</i>	269
Dados do Autor e dos Tradutores	299

INTRODUÇÃO

RODRIGO OCTÁVIO BROGLIA MENDES
Docente no Programa de Pós-Graduação *Lato*
Sensu em Direito da Fundação Getúlio Vargas/SP

De acordo com o filósofo pós-moderno francês Jacques Derrida, todo o começo é aleatório. Assim, como início dessa apresentação, quero lembrar do primeiro encontro que tive com Gunther Teubner, por ocasião da abertura do seu tradicional seminário sobre aspectos teóricos do direito privado, mas que na verdade abarcava muitas outras abordagens. O tema era “Desconstrução do sistema jurídico: sobre os conceitos jurídicos de Niklas Luhmann e Jacques Derrida”. Para abrir as discussões, que giravam em torno do problema da obscuridade, principalmente decorrente de paradoxos, Teubner fez uma citação de Lewis Carroll.

A forma com que Teubner começou o seminário é uma lembrança apropriada para apresentar esse livro, pois reflete bem a sua personalidade e sua trajetória intelectual. Não só porque enfrenta temas obscuros, mas porque, como Lewis Carroll, é fascinado por paradoxos. Não os teme, sobre eles lança luzes e torna a escondê-los em seus textos. Nessa atividade revela ser um dos teóricos que mais tem levado adiante o projeto de uma teoria pós-moderna do direito, sem, contudo, ter se restringido a puras considerações teóricas, procurando sempre extrair conseqüências para a dogmática jurídica. Disso decorre a conveniência da publicação deste livro, reunindo artigos de Gunther Teubner sobre os diversos temas a que se dedica.

Penso que esse prefácio possa cumprir um duplo objetivo: em primeiro lugar, apresentar alguns dados sobre Gunther Teubner ou, seguindo as pretensões pós-modernas, sobre quem está por trás da assinatura; e, em segundo lugar, realizar uma breve contextualização das idéias de Teubner sobre o direito em relação às atuais teorias filosóficas e sociais, inserindo, portanto, um texto no contexto de outros textos.

Gunther Teubner é professor de direito privado e sociologia do direito na Universidade de Frankfurt e Centennial Visiting Professor da London

School of Economics. Essas duas disciplinas sempre estiveram no centro das preocupações de Teubner desde seu doutoramento, pela Universidade de Tübingen, com grande tradição na dogmática do direito privado. Seu tema, “Standards e diretivas nas cláusulas gerais”, aponta para problemas de operacionalização do direito, acentuado pela combinação de análise de teoria e sociologia do direito, buscando desenvolver concepções teóricas que garantam ao direito “adequação social”.

Essa preocupação tem se mostrado presente em toda a sua obra, que se caracteriza, também, por três perspectivas de análise muito claras das questões que se propõe a tratar, de tal sorte que levou Brun-Otto Bryde,¹ em discurso em homenagem a Gunther Teubner, por ocasião da concessão do prêmio Direito e Sociedade, a identificar, numa só pessoa, três homenageados:

1. Teubner jurista, que procura integrar à dogmática jurídica a ciência social, especialmente no campo do direito civil e econômico, modernizando-os;
2. Teubner teórico dos sistemas, que não somente se apropriou, em determinado período, desse instrumental para retirar conseqüências dogmáticas, mas também promoveu desenvolvimentos no próprio campo da teoria dos sistemas. Num primeiro momento procurando aproximar autores como Luhmann e Habermas, mas posteriormente dando contribuições próprias, afastando-se, em certa medida, da concepção luhmanniana original, o que fica claro em sua obra *O Direito como Sistema Autopoiético*,² traduzida para o português. Rudolf Wiethölter, professor emérito da Faculdade de Direito de Frankfurt, antigo detentor da cadeira de direito econômico, agora regida por Gunther Teubner, costuma defini-lo como um teórico crítico dos sistemas, não para filiá-lo a qualquer corrente de pensamento, mas para acentuar a sua postura em relação à teoria dos sistemas; e
3. Teubner sociólogo do direito, que procura explicar aspectos intrincados do desenvolvimento do direito, como, por exemplo, a (im)possibilidade de regulação ou, para utilizar a tradução literal do termo, o direcionamento (*Steuerung*) das condutas e ações; a complexidade de sistemas contratuais, que reclamam novas regras e conceitos; o desenvolvimento interno de um direito dos grupos de sociedade, a transna-

cionalização do direito, em especial da *lex mercatoria*, transplantes jurídicos etc.

Esses três “Teubners” estão presentes nos textos publicados nesse livro. A primeira parte apresenta o teórico e o sociólogo do direito; a segunda parte enfoca não apenas o sociólogo, mas também o sociólogo do direito, tomando as influências da globalização no direito como mote para o debate; e, na terceira parte, o dogmático, com análise de questões fundamentais para uma teorização das categorias dogmáticas do direito privado, não se furtando de considerações de ordem prática.

Colocar esses textos no contexto de outros textos, que é um dos objetivos traçados por este prefácio, não é questão fácil e, quiçá, impossível nessas poucas linhas. Uma das razões é a utilização, por vezes, de uma terminologia própria do autor ou buscada em outros campos do conhecimento. Por certo Teubner é reconhecidamente ligado à teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, teoria esta que é alvo de duras críticas, principalmente com relação à aridez semântica com que desenvolve seu instrumental.

Todavia, e aí entra um outro motivo para explicar a dificuldade da tarefa de contextualização, a perspectiva teórica de Teubner não se confunde com a de Luhmann, afastando-se desta em vários pontos. Demais disso, há clara tentativa de integrar idéias de pensadores pós-modernos como Jacques Derrida e Jean-François Lyotard. Isso se torna evidente na aproximação que Teubner faz do conceito de “sistema” com o de “discurso”,³ de forma a tematizar e desenvolver as idéias de *litige e differend*, isto é, como lidar com conflitos de discursos sociais de forma adequada.

Não obstante, uma idéia adotada tanto por Luhmann quanto por Teubner consiste no instrumento metodológico básico de estabelecer uma diferença para permitir o conhecimento de uma realidade tão complexa quanto a social. Pautando-se em George Spencer Brown,⁴ *to draw a distinction* é a palavra de ordem, assim como o conceito de *re-entry*, quando se necessita especificar mais uma diferenciação. No trabalho de Teubner, o exemplo mais claro disso é a tentativa de explicar e teorizar os novos arranjos contratuais e societários organizando-os de acordo com a re-introdução da diferença contrato/organização nela mesma. Com isso, a par das formações clássicas como os contratos de troca, com efeitos instantâneos (contrato/contrato) e as sociedades (organiza-

¹ BRYDE, 1998, p. 109-114.

² TEUBNER, 1993.

³ Cf., por exemplo, o texto “Direito Regulatório: crônica de uma morte anunciada”, no presente volume.

⁴ SPENCER-BROWN, 1994.

ção), há todo um espectro de relações que parecem mesclar ele-
atuais e organizacionais, como as alianças estratégicas e joint-ven-
uais (contrato/organização), os sistemas de franquia e os grupos de
ganização/contrato).⁵

perspectiva de Teubner as diferenças podem, em razão das circuns-
s, apresentar contornos difusos que permitem, por exemplo, con-
ceito gradual de autonomia do sistema jurídico.⁶ Assim, torna-se
itizar como jurídicas situações difusas decorrentes do que se chama
alismo jurídico, ainda que seja passível de toda ordem de críticas
or científico.

or científico, contudo, verifica-se presente num nível mais pro-
trumento teórico utilizado permite avançar no esclarecimento de
que outras perspectivas somente vêem paradoxos. A questão da
ade civil nos sistemas contratuais de franquia, por exemplo, ganha
teórico de desenvolvimento dogmático quando se percebe, além
lor e dos franqueados, o desenvolvimento de uma racionalidade
assim dizer, que trabalha num duplo nível de imputação,⁷ apesar
talmente compreendida por alguns dogmáticos.⁸ Um desenvolvi-
sentido, identificando atores ou racionalidades coletivas, consta
Cúpula Invisível: crise da causalidade e imputação coletiva”, inte-
volume.

or fim, uma preocupação teórica de Gunther Teubner, presente em
s textos desse volume, que merece alguns esclarecimentos. Trata-se
s e influências que a globalização pode trazer para o sistema jurí-
um tema que nos toca, por diversas razões. Seja pela necessidade de
o desenvolvimento de ordens jurídicas transnacionais, seja para
cuidado as tentativas de reforma legislativa e institucional do
eiro. Isso porque a globalização, longe de promover uma unifica-
salização total do discurso jurídico, ela intensifica um processo de
tentação de discursos sociais, potencializando as possibilidades de
‘respeitar a autopoiese de cada sistema”, expressão de Teubner já
entre nós, derivada do trilema regulatório, tem a ver com isso, e
m da mera intervenção estatal consciente da autopoiese do sistema

96, p. 535-561.

78.

295-324.

a receber a intervenção. Na evolução do pensamento de Teubner, a intervenção
estatal passa a ter uma relevância muito menor e marginal.

De fato, com a globalização os problemas e questões jurídicas, de certa
maneira, vão se harmonizando, mas passam a se envolver numa rede muito
mais complexa de relações e sistemas sociais. Um bom exemplo de questões
desse tipo, constante do presente volume, é o texto “Irritações Jurídicas”, sobre
as reações do sistema jurídico a “transplantes”, termo utilizado na acepção do
seu formulador, o jus-comparatista Alan Watson. Como será a incorporação da
cláusula de boa-fé no direito inglês, introduzida pela diretiva europeia sobre
contratos de consumo? Essa é a questão-chave do texto, que permite uma
remissão dos elementos influenciadores da criação e adaptação do direito pelos
tribunais. É interessante perceber que, nesse contexto, a criação judicial é
observada muito mais a partir da experiência alemã do que da britânica. Aliás,
a tradição de *common law* parece até constituir um problema para a incorpora-
ção da cláusula de boa-fé.

Isso permite abrir a possibilidade de estudos jurídicos e jus-sociológicos
tendo como objeto a peculiaridade e disfunções do sistema brasileiro, principal-
mente no que diz respeito ao papel do Judiciário na estabilização das expectati-
vas normativas. Até onde esse ferramental teórico pode nos levar, contudo,
ainda é uma questão em aberto.

Em todo caso, *Direito, Sistema e Policontextualidade* é um livro que
requer uma leitura exigente, pois pode demandar a consulta a outras fontes,
para a correta compreensão de todos os seus pressupostos. Essa circunstância,
contudo, não deve ser entendida como um obstáculo, mas como um estímulo.
Os textos são ricos, aclaram muitos paradoxos, mas, como nos contos de
Lewis Carroll, brinca com tantos outros, deixando-os em aberto para uma
desparadoxização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRYDE, B-O. Integration von Recht und Sozialwissenschaften geglückt – Laudatio auf
Gunther Teubner anlässlich der ersten Verleihung des Preises für Recht und Gesell-
schaft. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 1 (19): 109-114, 1998.
- ROHE, M. *Netzverträge: Rechtsprobleme komplexer Vertragsverbindungen*. Tübingen:
Mohr Siebeck, 1998.
- SPENCER-BROWN, G. (1969). *Law of Forms*. Portland: Cognizer Connection, 1994.
- TEUBNER, G. Die vielköpfige Hydra: Netzwerke als kollektive Akteure höherer Ord-
nung. In: KENIS, P. & SCHNEIDER, V. (orgs.). *Organisation und Netzwerke*.

Institutionelle Steuerung in Wirtschaft und Politik. Frankfurt am Main: Campus, 1996, p. 535-561.

_____. *O Direito como Sistema Autopoiético*. Trad.: José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1993.

_____. “Verbund”, “Verband” oder “Verkehr”? Zur Außenhaftung von Franchising-Systemen. *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 154: 295-324, 1990.

I. REFLEXÃO DO DIREITO. PARADOXOS, CONFLITOS DE DISCURSOS E POLICONTEXTURALIDADE

1. DIREITO REGULATÓRIO: CRÔNICA
DE UMA MORTE ANUNCIADA

O presente ensaio é uma reflexão sobre o texto de Hubert Rottleuthner, *The Limits of Law: the myth of a regulatory crisis*. *International Journal of the Sociology of Law*. Londres, 17: 273-285, 1989. Nesse texto, o autor parte dos fatos narrados na crônica de Gabriel Garcia Marquez para confrontá-los, de forma crítica, com modelos teóricos que procuram explicar, por intermédio do direito, a efetividade da regulação do comportamento humano. O autor chega à conclusão de que esses modelos são insuficientes e sugere uma análise alternativa, a ser aplicada inclusive à idéia de *regulação jurídica da economia*, mediante a moderna teoria dos sistemas (Luhmann) e a teoria do discurso (Lyotard).

Título original: *Regulatorisches Recht: Chronik eines angekündigten Todes*. In: KOLLER, P.; VARGA, C. & WEINBERGER, O. (eds.). *Theoretische Grundlage der Rechtspolitik*. Wiesbaden: Steiner, 1992, p. 140-161. Tradução: **RODRIGO OCTÁVIO BROGLIA MENDES**.

I.

Recordemos a *Crônica de uma Morte Anunciada*, de Gabriel Garcia Marquez.¹ Em um vilarejo, na costa caribenha da Colômbia, festejava-se um grande casamento. Contudo, na própria noite das núpcias, ocorre uma desgraça. “Ângela Vicário, a bela moça que se casara na véspera, fora devolvida à casa dos pais porque o marido viu que não era virgem.”² O “criminoso” presumido deveria morrer. O que realmente fascina, nessa crônica, é o ritmo obscuro com o qual os acontecimentos se desenvolvem e se dirigem para a “palpitação da tragédia”³ com uma força desumana. Todos no vilarejo sabem que o crime é iminente, muitos querem evitá-lo, alguns ao menos pretendem advertir a vítima. As tentativas de evitar o assassinato, mesmo tendo sido facilitadas de todas as formas imagináveis⁴ pelos próprios assassinos, os irmãos Pedro e Pablo Vicário, não obtiveram sucesso, pois eles não podem impedir que a vítima, aos olhos de todo o vilarejo, deva ser “retalhada como um porco”.⁵

A essa crônica gostaria de dar uma interpretação jus-sociológica, utilizando, para tanto, um dos modelos mais avançados da sociologia do direito, a saber, o modelo de Opp-Diekmann, sobre a efetividade do direito.⁶

Esse modelo consegue, ao mesmo tempo, e de uma maneira feliz, “esboçar um campo teórico” e “mostrar, de uma forma comprovável empiricamente, como as normas atuam e por que elas são ou não eficazes”, estando, assim, em condições de “trazer uma discussão teórica, altamente abstrata, para o plano da comprovação empírica”.⁷ Trata-se da conhecida discussão sobre a crise regula-

¹ MARQUEZ, G.G. *Chronik eines angekündigten Todes*. Köln: Kiepenheuer und Witsch. Trad. Brasileira: *Crônica de uma morte anunciada*. 27.^a ed. (trad. Remy Gorga). Rio de Janeiro: Record, 2001. [Nota do Tradutor (NT): as citações dessa obra ao longo deste capítulo referem-se à tradução brasileira].

² *Ibid.*, p. 35.

³ *Ibid.*, p. 34.

⁴ *Ibid.*, p. 75.

⁵ *Ibid.*, p. 10.

⁶ Efetividade deve ser compreendida no sentido tanto da observância das normas jurídicas quanto também da eficácia delas. ROTTLEUTHNER, 1987, p. 54ss. Sobre o modelo de Opp-Diekmann, cf. OPP, 1973, p. 190ss; DIEKMANN, 1980, p. 32ss e 132ss; maior desenvolvimento do tema por ROTTLEUTHNER, 1987, p. 54ss.

⁷ ROTTLEUTHNER, 1987, p. 55ss.

tória do direito que está implicada nesse modelo. Precisa e friamente, coloca-se no modelo uma variável dependente – o *grau de observância da lei* – em relação positiva e negativa com uma seqüência de variáveis independentes de primeiro e segundo grau. Presta-se a esclarecimentos e prognósticos do tipo: quanto maior o grau de conhecimento do peso da sanção e da probabilidade de a sanção vir a ser imposta, e quanto menor o grau de orientação normativa concorrente (*konkurrierenden Normorientierung*) e a aprovação do desvio da norma, tanto maior o grau de observância da lei. O modelo oferece, ao mesmo tempo, propostas de reformas jus-políticas com base científica, como também algo como o começo de campanhas de esclarecimento político ou o aumento da presença da polícia em situações normativas ambivalentes. Documenta-se, com isso, de forma primorosa, o estado de desenvolvimento teórico da *sociologia jurídica empiricista alemã*.⁸

Como se explica, do ponto de vista da sociologia jurídica, a assustadora e diminuta efetividade da lei no vilarejo da costa norte da Colômbia? Naturalmente, não se trata do julgamento de um fato individual praticado pelos irmãos Vicário, e sim dos desvios coletivos dos habitantes do vilarejo em relação à norma.⁹ De acordo com parâmetros jurídicos universais, dever-se-ia considerar que não só – *nomen est omen* – os irmãos Vicário, mas praticamente todos os moradores do vilarejo atentaram contra a proibição penal do homicídio, seja como co-autores por omissão, pois tinham obrigações como garantidores (*Garantenpflicht*), seja como mentores intelectuais, partícipes, seja, ainda, por omissão de socorro. Com efeito, trata-se aqui de uma variedade de situações normativamente relevantes, e não somente do julgamento de um único ato individual. A própria vítima concorreu para sua morte: tendo sido Santiago Nasar avisado, no último minuto, continuou, propositadamente, seu caminho ao local preparado para o crime. Constatamos, assim, da perspectiva das variáveis dependentes, uma taxa de observância da norma, pela população, de zero por cento (número de situações normativamente relevantes = número de moradores do vilarejo que ativamente se mobilizaram, ou sobre os quais recaía um dever de intervenção).

Passemos, então, às importantes variáveis independentes. A variável *grau de informação (indireta) sobre a lei* não esclarece nada. Ao contrário, nos apresenta um problema que exige esclarecimento. A proibição do homicídio era indubitavelmente conhecida por todos os participantes. O conhecimento relacionou-se não só com a execução vicária do fato por ambos os irmãos, mas

também com a realização coletiva da norma mediante a omissão. A crônica descreve, durante a execução do fato, “os gritos do povoado inteiro espantado de seu próprio crime”.¹⁰ E esse fato desencadeou um surto de sintomas psicossomáticos no vilarejo, após o crime (gula imoderada, diarreia pestilenta, ilusão de penitência, visões de pássaros, mortes súbitas etc.), que deve ser avaliado como a expressão de uma consciência coletiva de culpa.

Nada parece melhorar com o próximo grupo de variáveis, as *sanções*. O *grau de sanções negativas esperadas, no caso de inobservância da lei*, formulado em bom “burocratês”, é extraordinariamente alto no grupo de pesquisa. O crime aconteceu sob os olhos do público. A polícia estava em todo lugar.¹¹ O juiz de instrução logo se apresentou.¹² E os assassinos foram recolhidos, por três anos, na casa de detenção, em prisão preventiva.¹³ Isso significa que a real possibilidade de sanção equivale a cem por cento. O peso esperado da sanção é considerável. Nem a absolvição final altera alguma coisa para a observação necessariamente *ex-ante*, uma vez que ela veio de forma inesperada. E, ao lado das sanções jurídicas, existe a perigosa ameaça de outras sanções, que também devem ser consideradas, de acordo com as instruções de pesquisa do nosso modelo. Havia um temor generalizado de uma possível “represália dos árabes”, grupo étnico a que pertencia a vítima, do qual se esperava, com certa segurança, que vingasse a sua morte, ou por envenenamento ou por meio de incêndios.¹⁴ E as sanções religiosas, provenientes do mundo da igreja e do mundo da superstição, que, como esperado, também não tardaram em acontecer, não deveriam ser desprezadas, tratando-se de um vilarejo colombiano.

A variável *grau de sanção negativa esperada pela observância* também não contribui para o esclarecimento: nada teria ocorrido além de um alívio geral, pelo fato de o ritual de morte ter sido finalmente interrompido. Deparamo-nos, portanto, com uma situação curiosa: zero por cento de observância da lei e cem por cento de informação. A expectativa de aplicação da sanção era extremamente alta.¹⁵

¹⁰ MARQUEZ, 2001, p. 176.

¹¹ *Ibid.*, p. 68 e 70.

¹² *Ibid.*, p. 122.

¹³ *Ibid.*, p. 64.

¹⁴ *Ibid.*, p. 100s.

¹⁵ Também quando se tem presente, seguindo uma sugestão para a discussão de Hubert Rottleuthner, tratar-se de um modelo de variáveis hipoteticamente ligadas entre si, e não de um entrelaçamento de afirmações sobre a realidade, mas de um complexo de hipóteses comprováveis, em primeiro lugar não se altera nada, que, de toda maneira, nas situações fictícias relevantes normativamente da crônica, as conexões positivas supostas entre conhecimento da norma, peso da sanção, probabilidade da sanção e observância da norma não são constatadas. Além do mais, não se percebendo a conexão em situações reais, seria o caso de sugerir uma reconstrução do modelo.

⁸ Para uma autodefinição, cf. a comunicação do organizador no primeiro fascículo da *Zeitschrift für Rechtssoziologie*. Stuttgart, 1: 1-3, 1980.

⁹ *Ibid.*, p. 121 e 135.

É com o próximo grupo de variáveis, o *grau de desvio normativo*, que se reabilita, de forma esplendorosa, a enfraquecida força explicativa do modelo Opp-Diekmann. Finalmente, não devemos pensar apenas como economistas malvados, que esclarecem todas as mortes, mesmo aquelas praticadas instintivamente, como uma fria *maximização de benefícios*, mas como bons sociólogos, servindo-nos dos *compromissos normativos compartilhados* (*shared normative commitments*) que lhes são tão caros e amados. E, assim, a crônica encontra, apesar das lastimáveis insuficiências dos primeiros grupos de variáveis, sua explicação jus-sociológica plausível: o conflito entre normas jurídicas oficiais e normas sociais não-oficiais. Confrontado com direito da *Bukowina* ou do código de honra de uma comunidade de um vilarejo colombiano, o direito oficial pelega para permanecer em pé. Como motivos dos atores existem também, ao lado do cálculo de sanções positivas e negativas, *orientações normativas concorrentes* (*konkurriende Normorientierungen*), que influenciaram negativamente o grau de observância da norma.¹⁶

II.

Mas, um momento! Algo aqui não procede. A *Crônica de uma Morte Anunciada* não quer se sujeitar tão facilmente a um modelo *mental causes – social effects*. Lendo a crônica, que nos fornece informações minudentes a respeito da motivação da ação dos envolvidos, não fica claro, em nenhuma de suas detalhadas descrições, que algum tipo de cálculo de custo/benefício dos atores foi decisivo para ponderar as sanções positivas e negativas das *necessidades líquidas* (*Nettonutzen*) do assassinato, ou que, no conflito interno entre direito e honra, finalmente a última logrou vitória.

Ao invés disso, não há qualquer vestígio dos cálculos de conseqüências e, do início ao fim, foram todos intimamente convencidos da monstruosidade do crime. Em primeiro lugar, os próprios assassinos, que “não fizeram nada do que convinha para matar Santiago Nasar de imediato e sem espetáculo público, antes fizeram muito mais do que se poderia imaginar para que alguém os impedisse de matá-lo, e não o conseguiram”.¹⁷

A crônica não faz com que nos confrontemos com a situação em que os participantes trabalham, partindo da motivação, a colisão de *orientações normativas concorrentes* e a convertem num agir coletivo, seja pela racionalidade

teleológica seja pela racionalidade valorativa (axiológica). Ao contrário: estamos diante de uma *total ruptura entre motivos internos e acontecimentos externos*, diante da dissociação de processos psíquicos e sociais, diante de clausuras cambiantes de dois sistemas autopoieticos. E é exatamente isso o fascinante da crônica! Contra a vontade de todos os participantes, até mesmo contra a vontade dos assassinos, ocorreu um homicídio. Melhor: o evento assassinato se auto-executa. Passo a passo, num ritmo cada vez mais acelerado, o crime encontra seu caminho, enquanto os autores, co-autores e partícipes procuram desesperadamente cair fora. “Eu me sinto montado num cavalo galopante”, esclareceu Pablo Vicário.¹⁸ Exatamente em razão dessa situação de impotência subjetiva, os participantes reagem de forma perplexa, com as perturbações psicossomáticas já mencionadas e toda sorte de (ir)racionalizações. Foi um mal-fadado encadeamento de coincidências engrenadas que tornou o disparatado possível!¹⁹ Ou: um destino irresistível, previsto pelas videntes, que ninguém conseguiu deter!²⁰ Ou ainda: “Pensamos que era só papo de bêbado”.²¹ Ou, por fim: o demônio na pessoa do noivo estava agindo!²² Será que a sociologia jurídica não possui uma explicação melhor para tal drama do que *cálculo de necessidade e considerações de racionalidade valorativa na cabeça dos participantes*?

Não só a psicologia cotidiana singela no modelo da eficácia jurídica (conhecimento da norma, consciência da sanção), a qual – *tu quoque* – é igualzinha à psicologia cotidiana dos juristas (dolo, consciência do ilícito), tão ironizada pelos sociólogos do direito por sua banalidade, me incomoda.²³ Também não só a questionável orientação no cálculo *custo/benefício*, tão freqüente na análise do campo da obediência à norma, é por certo dominante em contextos sociais específicos e cuja conceituação deixa a desejar, diante do refinamento da teoria do ator racional e da economia jurídica.²⁴ Ademais, não ajuda muito enxertar um pouco de racionalidade axiológica na racionalidade finalística da motivação. Não posso poupar o modelo sociológico jurídico de crítica por estar empregando um procedimento científico profundamente não-sociológico.

Há 15 anos, isso era muito diferente. Naquela época, a sociologia jurídica crítica anunciava a crise do direito regulatório, apoiando-se em meios de provas

¹³ *Ibid.*, p. 146.

¹⁴ *Ibid.*, p. 120.

¹⁵ *Ibid.*, p. 32.

¹⁶ *Ibid.*, p. 78.

¹⁷ *Ibid.*, p. 38.

¹⁸ OPB 1973, p. 83ss; ROTTLEUTHNER, 1973, p. 192ss.

¹⁹ Cf. ELSTER, 1985; BEHRENS, 1986.

¹⁶ ROTTLEUTHNER, 1987, p. 73.

¹⁷ MARQUEZ, 2001, p. 75.

genuinamente sociológicos. “A ainda equivocada convicção da força dominante e determinante de comportamentos do direito não pode combater suficientemente”²⁵ uma crise que a sociologia jurídica pós-crítica atual denuncia, todavia, como um *mito*.²⁶ O mais avançado modelo de efetividade jurídica perde-se numa pseudopsicologia próxima a uma perspectiva de *rational choice*, ao invés de enfrentar a dissociação típica de motivos psíquicos e situações sociais. De modo implícito, essa carência também é vista quando certas *dificuldades com a verificação da efetividade da lei* são postas. Entre essas dificuldades, aborda-se cínica e tragicamente o tal *endereço solitário*. Mas desses indícios de auto-crítica não são extraídas conseqüências.²⁷ É exatamente essa sociologia jurídica empiricista que deve admitir o desafio de ter de desenvolver variáveis que expressem genuinamente os obstáculos sociais à obediência da norma.

Talvez dever-se-ia, neste momento, fazer uma primeira e modesta sugestão para a reestruturação do modelo. Para isso, é importante perguntar se faz sentido, em relação à variável *grau de informação*, diferenciar entre conhecimento psíquico e conhecimento social, entre *cognitive mapping*²⁸ e *communicative mapping*. Significa diferenciar, em situações normativamente relevantes, entre a construção da realidade na mente dos envolvidos e a construção da realidade na comunicação, desenvolvendo, para tanto, técnicas de investigação distintas (questionamento, de um lado, e análise de textos e protocolos de diálogos, de outro). Poder-se-ia justificar o fenômeno de tal modo que aqui, obviamente, apesar do conhecimento subjetivo da norma jurídica pelos atores, essa, nas situações sociais relevantes, não foi invocada, comunicada, tampouco tematizada. Apesar de haver *informação psíquica*, não existiu *informação social*.

Uma diferenciação semelhante entre variáveis psíquicas e sociais poderia ser apresentada pelas *orientações normativas concorrentes*.²⁹ Dever-se-ia diferenciar expectativas psíquicas das expectativas sociais e desenvolver técnicas diferenciadas de investigação. Na verdade, isso representaria um pecado contra o espírito da sociologia jurídica empiricista alemã. Desde quando os sistemas sociais são capazes de pensar, reconhecer, conhecer ou ter expectativas inde-

²⁵ KAUPEN, 1975, p. 34 e 38.

²⁶ ROTTLEUTHNER, 1989, p. 273. A despeito da tradição crítica da sociologia jurídica de autores como Winter & Gessner, todas as contrariedades permanecem, que seus colegas pós-críticos censuram como nem sequer terem se sujeitado a uma “terapia direcionada para um reconhecimento desse poder de definição” e mesmo representar um “empirismo crítico II” (WINTER & GESSNER, 1989, p. 161) “que radicalmente nega a efetividade da legislação protetiva” (ibid., p. 176).

²⁷ ROTTLEUTHNER, 1987, p. 71ss.

²⁸ SAVELSBERG, 1987.

²⁹ Comparar a diferenciação entre orientações pessoais e institucionais em SCHARPF, 1987, p. 113ss.

pendentemente dos atores? O direito pensa? (*Does the law think?*) Uma vila sente? (*Does a village feel?*) Não sem razão o modelo Opp-Diekmann defende-se de uma *superestimação* resultante de fatais *empréstimos tomados da teoria de sistemas autopoieticos, auto-referenciais*. O modelo, pelo contrário, adquire a sua atualidade justamente em razão de tal reserva diante dessas especulações alemãs contemporâneas.³⁰ Contudo, talvez essa defesa seja uma das provas de se estar exigindo demais dos instrumentos empíricos de observação desenvolvidos até o momento. De fato, já nos dias de hoje há uma demanda, no campo da psicologia empírica, por pesquisas que contemplem a *diversidade de tipos de sistemas* (por exemplo, sistemas psíquicos e sociais) e que “deve levar em consideração sua forma de processamento recíproco”.³¹

III.

Mesmo quando procuramos formular o conflito da crônica não mais como um problema de motivos intrapsíquicos, e sim no nível social como um conflito entre normas jurídicas e normas sociais, a crônica nos força, com mão forte, a uma segunda correção. Quando o delegado toma a faca dos criminosos e pensa que, com isso, poderia evitar o assassinato (“não têm mais com que matar ninguém”), Clotilde Armenta profere as palavras clarividentes: “não é por isso (...) é para livrar esses pobres rapazes do horrível compromisso que caiu em cima deles”.³² Entretanto, justamente esse ato de desoneração mostra-se impossível. O acontecimento comunicativo na noite de núpcias colombiana não admite compreender o conflito de normas enquanto tal. Ele se imuniza contra o reclamo da proibição do homicídio.

Talvez os jus-empiristas alemães possam aprender algo com os pós-modernistas franceses, mesmo quando (ou melhor, exatamente por isso) eles os denominam de *obscuros esponjosos*.³³ Partindo da diferença introduzida, por Lyotard, entre *litige* e *différend*, somos levados à compreensão do *fechamento hermético de determinados discursos sociais em relação ao direito*. A crônica descreve um discurso sobre honra, amor e morte, que não se deixa representar como *litige*, isto é, como um conflito de normas capaz de ser solucionado por certos critérios, compromissos e cálculos de ação. A situação de *orientações normativas concorrentes*, tal como pressuposta, de maneira um

³⁰ ROTTLEUTHNER, 1987, p. 56.

³¹ SCHIEPEK, 1989, p. 232.

³² MARQUEZ, 2001, p. 85.

³³ AUTORENKOLLEKTIV, 1980, p. 125.

tanto quanto displicente, no modelo de efetividade jurídica, não ocorre no caso da crônica. Aqui não está em jogo nenhum *litige*, e sim dita-se uma *différend* da situação. Não nos encontramos diante de um conflito de normas no interior de um discurso, mas de um choque de discursos colidentes entre si, de um irreconciliável conflito de diferentes sistemas de regras. Ouçamos a principal testemunha, Jean-François Lyotard: “Entre duas partes ocorre um conflito (*différend*), quando o apaziguamento do conflito pelo qual se confrontam ocorre no idioma de uma das partes, enquanto a injustiça, que a outra sofreu, não é figurada nesse idioma”.³⁴ A tematização do direito permanece excluída no decurso de todo acontecimento sangrento. Acontece uma “injustiça” com o direito: ele não é ouvido. O idioma da honra imuniza-se contra o idioma do direito. A lógica própria do discurso sobre a reparação da honra o proíbe de ser formulado em categorias jurídicas. A crônica expressa isso da seguinte maneira: “as questões de honra são lugares sagrados aos quais só os donos do drama³⁵ têm acesso”.³⁶

Por quê? Se ocorre o contrário, postulados culturais óbvios e fundamentais seriam colocados em dúvida. E contra isso reagem os discursos à Harold Garfinkel:³⁷ quebra da comunicação. Os irmãos Vicário vivenciam isso. Cada uma de suas tentativas de escapar do discurso da morte depara-se com um muro de silêncio. Quem se aproxima dessa situação mediante a análise do cálculo de custo/benefício não compreende nada do ímpeto de *omertà*. A mera afirmação de homicídio = ilícito colocaria em dúvida a seqüência inevitável do ritual. Ela o extrairia do campo da necessidade, do natural, e o tornaria contingente, dando lugar a dúvidas, justificações, interpretações e querelas. Mais precisamente: as regras do discurso da honra entrelaçam as ações de uma forma muito própria, ou, para empregar uma formulação antiga, não por *contingentia*, nem *legitimatío*, tampouco por *necessitas*, mas por *fatum*.³⁸ A incomensurabilidade do discurso resulta dessas distintas conexões de regras: combinação normativa *versus* combinação necessária de acontecimentos dependentes da ação. A lógica da reparação da honra familiar por meio do assassinato de quem trouxe a desonra não pode ser colocada sob a binaridade contingencialmente aberta do lícito/ilícito, a não ser sob pena de uma autonegação de sua tarefa. O

³⁴ LYOTARD, 1989, p. 27.

³⁵ Aqui não pertencem obviamente nem juristas nem pesquisadores de efetividade com seus invólucros transparentes.

³⁶ MARQUEZ, 2001, p. 144.

³⁷ GARFINKEL, 1967.

³⁸ WIETHÖLTER, 1992.

código jurídico admite (“tolera”) sua negação (desobediência) e as submete a sanções. A reparação da honra da família não é justificada, não é uma norma, ela simplesmente ocorre. “A honra é o amor.”³⁹ E em razão da sua lógica própria liberta de normatividade (!), exclui-se aqui a possibilidade de operar com meras *orientações normativas concorrentes* à Opp e Rottleuthner. A identidade coletiva do vilarejo depende do decurso dos acontecimentos cogentes e sem alternativas, e estabelece seus efetivos limites diante da mera tentativa de penetração do direito regulatório oficial, antes mesmo de qualquer cálculo de racionalidade finalística aplicada às suas sanções! “Cada influência regulatória que ultrapasse esse limite ou é irrelevante, ou tem como conseqüências efeitos desintegrantes para o campo da vida social ou sobre o próprio direito regulatório.”⁴⁰ A interação sangrenta – intuitivamente percebida por Clotilde Armenta – é resistente contra sua juridificação.

IV.

Mas o que nos dizem os rituais de casamento de um vilarejo colombiano sobre as chances do direito moderno de regular e exercer direcionamentos, num mundo de cálculos de ação estratégica? Novamente, nos ajudam os obscuros pós-modernos, dessa vez com seu escandaloso ecletismo, com o qual facilmente saltam as diferenças existentes no tempo e no espaço. O fechamento do discurso em relação ao direito não é exclusivo do ritual de honra de sociedades arcaicas, e sim uma característica da sociedade moderna. Evidentemente, parece até que as coisas pioraram em sociedades fechadas. Particularmente com o colapso dos *grands récits*, que ainda podiam tornar possível algo como um superdiscurso social, alastra-se, hoje em dia, a perspectiva *da moda*, segundo a qual os discursos sociais são, atualmente, mais do que nunca, confrontados com uma *dissociação dos seus sistemas de regras*,⁴¹ uma *variedade de jogos de linguagem*,⁴² a diferenciação de *subsistemas da sociedade*,⁴³ a *clausura operacional da autopoiesis*,⁴⁴ a variedade de *grupos semióticos*,⁴⁵ e assim por diante. A própria recusa persistente dos jus-sociólogos empiristas alemães de levar em consideração tais projeções especulativas desses obscuros pós-modernos não é uma

³⁹ MARQUEZ, 2001, p. 144.

⁴⁰ TEUBNER, 1984, p. 316.

⁴¹ LYOTARD, 1987, p. 12.

⁴² WITTGENSTEIN, 1989, p. 23ss.

⁴³ PARSONS, 1971, p. 10.

⁴⁴ LUHMANN, 1984.

⁴⁵ JACKSON, 1988, p. 131ss.

prova desse diagnóstico?⁴⁶ Será seu autofechamento provincial contra todas as investidas teóricas relevantes dos últimos anos “em razão (1) da impossibilidade de se evitar conflitos (a impossibilidade da indiferença); e (2) da falta de um tipo discursivo universal para suas soluções ou, se se quiser, a necessária parcialidade do juiz”⁴⁷ a única possibilidade de salvar a integridade do discurso jus-sociológico em análises causais-empíricas? Ou teria a sociologia jurídica regular se tornado “vítima” da pós-modernidade?

Exatamente o fenômeno da auto-imunização dos discursos sociais em relação ao direito ofereceria, à pesquisa empírica da eficácia jurídica, um amplo campo, se ela fosse capaz de abrir-se a sugestões especulativas. É só pensar na “cegueira jurídica” de grupos terroristas, de empresas ávidas por lucro diante da ameaça de uma concordata, de seitas religiosas fundamentalistas, de relações amorosas passionais, dos *chicken games* de adolescentes americanos ou dos esforços de pesquisa em manipulação genética dos cientistas para que se observe, também nos dias de hoje, a dissociação entre motivos psíquicos e a comunicação social, bem como a imunização dos discursos sociais no que diz respeito ao direito. Entretanto, será que existe ainda hoje – pergunta-se com razão – algo comparável à total imunização do discurso colombiano da honra quanto à proibição do homicídio no direito? Sim, existe coisa inteiramente comparável. Quando seus *critérios de relevância internamente definidos* o querem, as modernas instituições são *rebeldes contra qualquer tentativa de regulação*.⁴⁸ A resistência dos discursos contemporâneos reside não só na defesa da falta de alternativa do *fatum* contra a contingência, mas exatamente no contrário, isto é, na defesa do campo de contingência e de seu código específico contra as reduções fatais de cunho político-jurídico. Contra uma proibição jurídica da propriedade privada (no sentido de propriedade exclusiva) ocorreria, com toda a certeza, uma reação de imunização da economia moderna: ou desobediência civil ou suspensão de pagamentos. Lyssenkow ou a teoria germânica da raça superior lembram-nos de outro doloroso paralelo...

⁴⁶ A persistência jus-sociológica em relação a todas as impugnações da pós-modernidade é demonstrada por Rottleuthner novamente com sua réplica, quando ele se recusa a levar a sério a *fórmula mágica do discurso* tão manjada e oca, do ponto de vista teórico e empírico. No entanto, será que consegue se manter firme diante dos encantos de uma análise de discursos britanicamente fria à moda de JACKSON (1988), com definições nítidas, oferecendo-se voluntariamente a verificações empíricas e encontrando-se perigosamente perto da teoria de sistemas?

⁴⁷ LYOTARD, 1987, p. 11.

⁴⁸ SCHARPE, 1987, p. 118.

Gostaria também de levantar algumas questões construtivas à pesquisa empírica da eficácia jurídica, que surgem naturalmente do que já foi dito sobre a clausura operacional dos sistemas sociais. Elas objetivam romper a fixação da sociologia jurídica empírica pela psicologia dos atores, a *orientação subjetiva de ação*, a *perspectiva interna dos atores*,⁴⁹ e torná-la mais aberta às particularidades estruturais dos sistemas sociais, dos discursos, dos processos de comunicação ou como quer que se queiram chamar as configurações sociais autônomas. A pergunta que se coloca é a de saber se a seguinte afirmação teórica é empiricamente operacionalizável: a eficácia social do direito depende, entre outros fatores, da sua capacidade de reproduzir determinadas interações sociais, interna e seletivamente, como acontecimentos jurídicos, quando lhe são colocadas à disposição do seu ambiente, como condições marginais, ou da capacidade de se imunizar contra elas. Será que a diferença entre a “total cegueira jurídica” (ou dever-se-ia falar em “surdez jurídica”?) de determinados discursos (não de atores!!!), de um lado, em relação a ondas variáveis de tematização do direito em outros discursos, de outro, pode ser traduzida em indicadores empíricos?

Seria preciso relacionar aqui o grau de “surdez jurídica” de uma interação com as pretensões jurídicas de diferentes domínios (direito penal, civil, público) e com a qualidade das próprias pretensões jurídicas (soar dos tambores do *command-and-control*, toques de sirenes de incentivos jurídicos, sussurros de normas de opção). Parece que caberia desenvolver uma tipologia da interação, reportando de alguma forma os estudos de Macaulay sobre a hostilidade dos contratos ao direito, de um lado, e, de outro, os estudos de Selznick sobre a amabilidade jurídica das organizações para com o direito, tipologia essa que diferenciaria as interações de acordo com a abertura ou clausura jurídica do discurso.⁵⁰ Na dimensão temporal, seria possível propor uma divisão de fases vislumbrando a *afinidade jurídica* de uma interação, de acordo com o esquema *preparação, execução e encerramento* (por exemplo, o papel do direito em relações de família e comerciais).

Ao lado dos discursos atingidos pelo direito, é preciso ocupar-se com a questão de saber se a abertura ou clausura jurídica de um sistema relaciona-se com a diferença entre código e programa no campo de interações direcionadas. É o rigor de seu código binário específico que o bloqueia contra direcionamento (*Steuerung*)? Ou é a flexibilidade de sua programação variável, das rotin-

⁴⁹ ROTTLEUTHNER, 1987, p. 78ss.

⁵⁰ MACAULAY, 1963; SELZNICK, 1969, p. 32ss.

nas do processamento de informações e da construção de consenso que se presta a uma resistência efêmera? Ou, ainda, são as específicas *construções sistêmicas da realidade e as autodescrições* reflexivas da instituição concreta que constituem a “seletividade idiossincrática, já na recepção de sinais externos, pela qual a esmagadora maioria das informações do ambiente é, de antemão, filtrada como irrelevante”,⁵¹ determinando, com isso, os limites do direcionamento pelo direito?

Partindo de tal análise da *prontidão conceitual (conceptual readiness)* do discurso jurídico, inspirada na teoria dos sistemas, de um lado, e na *estrutura de oportunidade (opportunity structure)* dos discursos sociais, de outro, dever-se-ia, em princípio, permitir o desenvolvimento da tipologia da intervenção, iniciada por von Kaufmann.⁵² Com a ajuda de critérios de afinidade jurídica, essa tipologia traria o significado do direito *no contexto de diferentes formas de intervenção socioestatal* para a realidade dos campos de políticas específicas.

Com isso, abrem-se chances aos estudos empíricos detalhados de constelações configurativas e à sua generalização, contrastando com o insucesso da generalização de análises causais, concretas e empíricas, de efeitos jurídicos (notadamente quanto aos efeitos jurídicos indiretos de leis de empregados domésticos à Aubert).⁵³ A meticulosa investigação sobre as conexões de regras de discursos autopoieticamente fechados autoriza-nos – como uma espiadela na *pesquisa flamenco* contemporânea nos mostra⁵⁴ – às melhores esperanças. Apoiadas nessas afirmações científicas e diante das resultantes chances de regulação (*Steuerung*) do direito, que, infelizmente, a pesquisa de eficácia pautada pela banal psicologia dos atores até agora deixou escapar, parece-me um tanto precipitada a crítica estereotipada de Rottleuthner de que de uma teoria de sistemas sociais operativamente fechados somente se extrai *lugares-comuns e trivialidades*, e não se desenvolve hipóteses de pesquisas detalhadas.⁵⁵ De qualquer forma, trata-se de genuínas questões de sociologia do direito, e não de parapsicologia. Onde se encontra, então, nessa dura lógica de situações sociais, o *único endereçado* de nossos pesquisadores da eficácia? Ele não foi sequer questionado.

⁵¹ SCHARPE, 1987, p. 118.

⁵² KAUFMANN, 1988, p. 85ss.

⁵³ AUBERT, 1967.

⁵⁴ FRITSCHER, 1989, p. 20ss, com mais referências.

⁵⁵ ROTTLEUTHNER, 1988, p. 120ss; e 1989, p. 280.

V.

Mas vamos parar de remexer de maneira tão desconstrutiva a *dor da falta de palavras* dos pesquisadores empiristas da eficácia. Aproveitemos, pelo contrário, o “regozijo que advém da descoberta de um novo idioma”!⁵⁶ Para tanto, queremos sentir, evidentemente, a bela *autopoesia* da autopoiese. Aqui, contudo, é suficiente uma única palavra do novo idioma – *recursividade* – para trazer à baila os comportamentos frios de correlações empíricas.⁵⁷

Recordemo-nos de uma irritação menor na *Crônica de uma Morte Anunciada*. Ela reside na absolvição dos assassinos vicários Pedro e Paulo. Escolhendo-se, o que é de se supor, o ponto de observação do direito colombiano, ele se irrita inteiramente, já que o processo contra os irmãos da bela Ângela termina com uma absolvição. Então, nesse caso, não há nenhuma violação da norma, há um grau de observância de cem por cento? A taxa de cem por cento da amostragem, escolhida rapidamente, cai a zero por cento, quando se toma o ponto de observação do jurista ideal. Pois, como foi dito, todos moradores do vilarejo poderiam ser penalmente acusados. O que a absolvição significa para a taxa de observância da lei: taxa de cem por cento? (= ninguém violou, consoante a decisão judicial vinculante, a proibição do homicídio). Zero por cento? (= todos a violaram). Cerca de 2%? (= somente os irmãos mataram). Ou em torno de 15%? (= a família Vicário matou o violador para salvar sua honra). Obviamente, os resultados dependem da interpretação vigente da proibição do homicídio e de seus motivos justificativos e absolutórios. Se estivermos realmente interessados não na *law in the books*, mas na *law in the action*, devemos olhar a prática decisória concreta dos operadores colombianos do direito.

O que acontece, contudo, quando – como no nosso caso – os atos estatais de criação normativa são determinados pelo grau de observância da lei, isto é, quando a variável independente depende da variável dependente, e não (somente) o contrário? Cibernéticos adoram tais situações: “Por fim, os desvios controlam os mecanismos que são concebidos para controlar tais desvios”.⁵⁸ Os desvios de temperatura, assim, são os que controlam o termostato, e, respectivamente, os desvios jurídicos controlam o direito, e não o contrário, como

⁵⁶ LYOTARD, 1987, p. 33.

⁵⁷ Quanto ao caráter estático das hipóteses do tipo “se - então” – empiricamente examinadas, porém, na maioria da vezes, de maneira correlativa –, criticam, por exemplo, SCHIEPEK & SCHAUB (1989, p. 12): “O esquema explicativo comum, que deduz explicações de hipóteses legislativas do tipo ‘se - então’ e de sentenças nas quais condições antecedentes são formuladas (...) mal presta para a explicação de processos”.

⁵⁸ BAECKER, 1989, p. 514.

sugere a compreensão humana sadia de Opp, Diekmann e companhia: será que, com isso, a crônica não nos revela os paradoxos da auto-referência? Ninguém violou o direito porque todos violaram o direito? De fato, foi isso que aconteceu historicamente. Sob a influência do fanatismo da honra, altamente superestimado durante o processo judicial, apesar de os autores mostrarem-se indiferentes às razões de honra, a razão estatal colombiana revogou a norma jurídica passo a passo. O que fazemos, como pesquisadores da eficácia, com essa curva recursiva: imposição da norma → ameaça de sanção → desvio da norma → suspensão da norma?

Naturalmente, como sempre se verifica em casos de paradoxo, aqui nos ajuda estabelecer uma diferença simples, a saber, a diferença ex-ante/ex-post, e a delimitação de um tempo curto para cortar a curva da recursividade. Diekmann⁵⁹ também acentua os estreitos limites em que seu modelo causal de eficácia jurídica se apóia, notadamente nos casos em que as variáveis não podem ser hierarquicamente organizadas de acordo com sua seqüência causal e quando surgem efeitos interacionais e relações reflexivas (ações causais recíprocas e relações causais circulares). De acordo com Diekmann, deve-se poder desviar desse comportamento circular mediante um *processo de duas etapas* (= temporalização dos paradoxos), somente, contudo, sob a condição de que “não surjam muitas flechas recursivas (Rückpfeile) no modelo”.⁶⁰ Mas acontece que a *Crônica de uma Morte Anunciada* está repleta dessas flechas recursivas insidiosas, de curvas recursivas das mais diversas variedades. Dependendo da forma de leitura adotada, elas consistiriam somente de reações negativas, que estabilizam o discurso da honra, e de reações positivas, levando à catástrofe pelo fortalecimento dos desvios.⁶¹

Observemos somente o destino da variável independente *grau da sanção legal*, no decurso do drama sangrento. Em todas as fases dos acontecimentos, os efeitos da lei repercutem sobre a própria lei, colocando-a num estado de oscilação constante:

1. LEI RECURSIVA (*Rekursion Gesetz*) – utilização do direito por leigos: a proibição do homicídio, no fundo inviolável, desencadeia no fato criminoso um bloqueio de tematização, inibe o conhecimento jurídico, causa todo o tipo de estratégia de evasão, entre outros, o desejo de

não perceber a violação da lei. Isso tudo tem efeitos sobre a inviolabilidade da lei. Os responsáveis por isso são, especialmente, os vários pressentimentos e previsões das mulheres do vilarejo, que agem sobre o assassinato como se fossem *self-fulfilling prophecies*, mesmo que, ao mesmo tempo, enfraqueçam, em sua essência, a proibição jurídica. Já antes do fato ocorria o processo de erosão. A *law in the books*, logo antes do fato, já não era mais a *law in action*;

2. LEI DE EFEITOS RECÍPROCOS – instância persecutória: a polícia não quer perceber o ocorrido,⁶² não toma as medidas necessárias, o coronel toma medidas meio a contragosto⁶³ e o juiz de instrução, como bom discípulo da filosofia de Nietzsche, refugia-se em digressões líricas e no nihilismo jurídico.⁶⁴ Assim, a proibição de tematização do discurso da honra leva os operadores do direito a provocar, antes, durante e depois do fato, alterações contínuas nas normas tomadas como ponto de partida e nas sanções anunciadas;
3. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO PELO TRIBUNAL: os irmãos assassinos exaeram sem medida quando alegam a motivação de seu ato na honra, a defesa apóia-se na *legítima defesa da honra*, e o tribunal absolve. A variável independente *sanção legal* foi recursivamente “suspensa”.

Em todos os planos do acontecimento encontram-se comportamentos recursivos, ações recíprocas, interações contínuas entre as variáveis! Extrapolamos essa situação para algo dos dias de hoje, como a luta política contra o desemprego mediante programas jurídicos, e a *confusão recursiva*⁶⁵ só piora. Isso porque associam-se, no Estado social, às variáveis que recursivamente influenciam-se umas às outras, como se sabe, os objetivos legais e os efeitos sociais. O problema é que os objetivos se modificam continuamente sob a influência dos efeitos sociais das próprias medidas jurídicas. Devemos partir da observação de modificações duradouras estáveis dos objetivos legislativos, das medidas jurídicas e das interpretações jurídicas geradas com base na pressão de expectativas sociais autocriadas. Não só *moving targets*, mas também *moving guns*! A revista *Der Spiegel*, a propósito da situação alemã, relata que o combate ao desemprego, como objetivo legislativo, não mais é levado a sério, apesar de todos os protestos oficiais.

⁵⁹ DIEKMANN, 1980, p. 67ss e 96ss.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 68, com mais referências.

⁶¹ MARUYAMA, 1968.

⁶² MARQUEZ, 2001, p. 83.

⁶³ *Ibid.*, p. 83ss.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 145 a 147.

⁶⁵ KROHN & KÜPPERS, 1989.

Não são apenas as teorias da moda, como a da auto-organização e da autopoiese (*máquinas não-triviais*), que tematizam a recursividade como um problema para a regulação da sociedade e sua modelagem sociocientífica. Desde as pesquisas de von Forrester (*industrial dynamics, urban dynamics*),

sabe-se que, por meio da ligação em rede, não-linear, nos sistemas, toda intervenção diretiva pode levar a conseqüências imprevistas e “contra-intuitivas”. As ligações em rede e a não-linearidade pertencem, por isso, ao vocabulário básico de planejadores esclarecidos. Mas, ainda assim, imprevistos que ocorrem durante o desenvolvimento são atribuídos a conhecimentos insuficientes das regras da dinâmica sistêmica, isto é, o conhecimento das variáveis relevantes e sua conexão.⁶⁶

Como, então, nossos pesquisadores da efetividade libertam-se da confusão recursiva? Com uma fina ironia. Rottleuthner, de certa forma, faz troça sobre a babilônica confusão lingüística (recursivo = não-recursivo) e reduz a problemática da recursividade com mão leve:

A marca identificadora da função recursiva é que a mesma operação é continuamente utilizada numa dada situação. Hoje é possível executar essa versão da “eterna recorrência” de Nietzsche, por exemplo, apertando repetidamente o botão de raiz quadrada numa calculadora de bolso. Essa imagem de estupidez monótona é a metáfora apropriada para historicidade, tal como ela é entendida pela autopoiese.⁶⁷

Naturalmente, Rottleuthner também leu que as microvariações constantes tornam a recursão estúpida e monótona de operações sobre elas mesmas algo inteligente e policontextual. No caso do direito, podemos mencionar a variação dos fatos da vida sobre os quais as mesmas operações normativas são repetidamente aplicadas. Mas isso ele, astutamente, prefere abstrair para poder resgatar a pretensão de conhecimento normativo jus-sociológico a respeito da correlação entre variáveis dependentes e independentes (norma-observância).

Gostaria de responder com uma citação do conhecimento sociológico comum contemporâneo:

Em sistemas não-lineares com uma dinâmica processual recursiva, esse conhecimento de regras é pouco útil. Onde estado segue estado, isto é, onde cada estado é uma conseqüência direta do anterior, um desenvolvimento sistêmico previsível existe somente em poucos casos, mesmo se seu mecanismo for conhecido, os sistemas forem determinísticos e não surjam perturbações (...). Por causa da recursão,

mínimos desvios nas condições iniciais se fortalecem, de forma que circunstâncias de partida parecidas, já em pouco tempo, podem levar a desenvolvimentos sistêmicos completamente contrapostos (...). No caso de uma dinâmica não-linear e recursiva, não é possível qualquer previsão do desenvolvimento sistêmico.⁶⁸

VI.

Lasciate ogni speranza! Não há chances de regulação/direcionamento social pelo direito! Contudo, ainda dispomos de um dito popular: “Na prática, a teoria é outra”. O veneno da recursividade pode ser fatal para as frágeis construções teóricas dos jus-efetivistas. Aos práticos do direito, no entanto, pode estimular a percepção de chances de regulação num duplo sentido. Friedrich von Hayek já tinha percebido algo parecido. Se, de um lado, seria impossível o *direcionamento de sistemas complexos* por meio de *intervenções construtivistas*, em razão do *conhecimento causal presumido*, de outro, a ação prática não seria excluída. Hayek sugere, como alternativa da ação humana a esse dilema, de acordo com a boa tradição liberal, a total renúncia a intervenções específicas e, em substituição, a criação de normas gerais estabelecendo um campo estável para a *concorrência como um processo de descobrimento* (*Entdeckungsverfahren Wettbewerb*), impossível de ser direcionado em seus detalhes, e assegurando o desenvolvimento do bem comum.⁶⁹

Co-autor dos comentários alternativos ao código civil alemão, distanciei-me enfaticamente de uma perspectiva teórica hayekiana thatcherescas. Compartilho somente a postura de estabelecer o *porém*. Creio, com Hayek, que, apesar da resistência de sistemas complexos e recursivos ao direcionamento pautado num conhecimento causal detalhado, uma intervenção humana ativa não seja impossível. Por outro lado, construindo sobre essa idéia, só que dessa vez contra Hayek, sugiro, sinceramente, um intervencionismo estatal ativo (antes na linha de Offe, do que na de Nahamowitz).⁷⁰ O que torna possível, para mim, essa “heresia” é o surgimento de um novo elemento nos estudos mais recentes de teoria dos sistemas recursivos: a idéia de *atratores*.

Crê-se ter descoberto, na observação de sistemas recursivos, que, de fato, o decurso causal individual ocorre de modo caótico, daí a impossibilidade de fazer prognósticos. Todavia, a história do sistema, como um todo, pode levar, por certas “bifurcações” nas decisões, a estados de estabilidade. “Na linguagem da teoria de sistemas dinâmicos, as diferentes possibilidades de solução são cha-

⁶⁶ Idem, 1990, p. 114.

⁶⁷ ROTTLEUTHNER, 1988, p. 117.

⁶⁸ KROHN & KÜPPERS, 1990, p. 114ss.

⁶⁹ HAYEK, 1972.

⁷⁰ OFFE, 1989; NAHAMOWITZ, 1990.

madras de atratores. Diferentes condições iniciais colocam o sistema na zona de entrada de diversos atratores, para os quais o desenvolvimento está sendo direcionado.”⁷¹ Von Förster deu a esses fenômenos nos sistemas auto-organizacionais a seguinte configuração conceitual: sistemas auto-organizacionais levam, por fim, à estabilidade, pois são capazes de construir, mediante a aplicação constante e recursiva de suas operações a si mesmas, *valores próprios* estáveis. Por intermédio da *computation of computation*, o sistema aprende quais operações permitem a ele afirmar-se diante de um ambiente impenetrável para o próprio sistema.⁷²

Há aqui possíveis chances para o direcionamento por meio do direito! Quando sistemas recursivos e auto-organizados podem realizar valores próprios, em razão de perturbações externas, então o direito pode tentar, por produção normativa geral ou por atos jurídicos especiais, produzir perturbações de forma orientada e, apesar de todo o caos individual, irritar os sistemas recursivos de maneira que eles consigam mudar de um estado atrator a outro, com o qual o objetivo legal seja, pelo menos, compatível.⁷³ Sem dúvida, tal *shake-up* de uma instituição, apoiado num processo de auto-organização atrativo dentro dela mesma, representa uma estratégia de alto risco,⁷⁴ pois nada garante o “caminhar” na direção de um atrator desejado. Em princípio, três alternativas revelam-se sempre possíveis de acontecer: desintegração a uma instituição “quebrada”, direcionamento a um atrator que não corresponde às intenções desejadas e, por fim, com um pouco de sorte, tudo ocorre bem, o direcionamento a um atrator compatível com o objetivo da lei. E, por causa dessa versão do trilema regulatório, Scharpf sugere, à administração de reformas, uma estratégia mais próxima do *gardening* do que do *engineering*.⁷⁵

Quando se ousa uma analogia à *terapia sistêmica* na psicologia,⁷⁶ o problema dessa estratégia de atratores deve se pautar num jogo de tentativas e erros, de maneira a descobrir o *ponto de intervenção* sensitivo, no qual a instabilidade procurada é desencadeada.

Como especialmente acentuam Schiepek & Schaub,⁷⁷ abrem-se aqui, ao mesmo tempo, chances para a pesquisa empírica. Esta, entretanto, deveria des-

vencilhar-se da correlação estática do “quanto mais isso – mais aquilo” e fundamentar seus estudos num conceito de sistemas dinâmicos recursivos. “O conceito de sistema, assim adquirido, apresenta ainda algumas dificuldades para a pesquisa empírica. Uma vez que ele é formulado, de forma conseqüente, como um processo, tornam-se necessários, também, estudos processuais prospectivos para a descrição da dinâmica do sistema. (...) [o que] é mais claramente perceptível, empiricamente, em pequenos grupos.”⁷⁸ A par dessas microanálises, também a *pesquisa sistêmica empírica*, hodiernamente conduzida sobretudo pelos psicólogos de Bamberg, nutre a esperança de compreender por simulações a conexão recursiva em rede (*rekursive Vernetzung*), a fim de identificar bifurcações e atratores. “Associam-se esses macroparâmetros, surgindo, então, uma rede relacional entre esses parâmetros e variáveis. Com isso, processos complexos entre (...) sistemas sociais e psíquicos são modeláveis de forma mais abstrata, mas ao mesmo tempo simplificada.”⁷⁹

Os estudos sobre planejamento urbano, de Peter Allen,⁸⁰ vêm a calhar ao nosso tema da regulação jurídica (*Rechtsteuerung*).⁸¹ Allan conduziu simulações num modelo simplificado de uma cidade e demonstrou como as diferentes bifurcações dos modelos altamente não-lineares podem “tomar o rumo” valendo-se de diversas condições iniciais do sistema e realizar diferentes decursos históricos.⁸² Dessas simulações podem surgir chances para uma *regulação jurídica contextual*,⁸³ quando se conseguir, na intervenção, identificar ou criar as condições iniciais aos atratores desejados.

No campo mais estreito da sociologia do direito, o *modelo rinoceronte* já foi aprovado. Reporta-se, claramente, ao pensamento recursão-atrator. Num estudo a respeito da regulação da bolsa de valores, Stenning, Shearer, Addario e Condon⁸⁴ descrevem como o comitê regulador da bolsa identifica pontos críticos de intervenção, com a ajuda de *computer-scanning* e a análise de transações, em que estabelece, então, irritações para estimular o mercado de ações a

⁷¹ KROHN & KRÜPPERS, 1990, p. 115.

⁷² FÖRSTER, 1981, p. 278; e 1985, p. 36.

⁷³ KROHN & KÜPPERS, 1990, p. 124.

⁷⁴ SCHARPF, 1987, p. 140ss.

⁷⁵ Ibid., p. 148.

⁷⁶ SCHIEPEK, 1989; LUDEWIG, 1990. Para analogia a outros sistemas, cf. WILLKE, 1987.

⁷⁷ SCHIEPEK & SCHAUB, 1989.

⁷⁸ SCHIEPEK, 1989, p. 238.

⁷⁹ Ibid., p. 239.

⁸⁰ NICOLIS & PRIGOGINE, 1989, p. 320.

⁸¹ NT: o termo *Rechtsteuerung* seria traduzido, literalmente, como *direcionamento jurídico*. Seu sentido corresponde à ação de direcionar as condutas mediante os instrumentos jurídicos (ou, como utilizado pelo autor, dirigir o desenvolvimento das comunicações sistêmicas de um sistema por outro). Esse sentido está, de certa maneira, englobado no termo *regulação jurídica*, mais empregado em português, motivo pelo qual aqui se adota.

⁸² KROHN & KÜPPERS, 1990, p. 115.

⁸³ TEUBNER & WILLKE, 1984.

⁸⁴ STENNING, SHEARER, ADDARIO & CONDON, 1987.

se direcionar a uma situação de atrator, próxima do objetivo legislativo da *liquidez do mercado acionário*. Os autores do modelo rinoceronte deixaram-se inspirar pelo clássico dos sistemas recursivos, isto é, por Hagenbeck:

Suponha-se que se queira fazer com que um rinoceronte atravesse a plataforma que liga o navio ao píer. Não bastaria dizer “Por favor, meu caro rinoceronte, poderia fazer a gentileza de caminhar sobre essa plataforma?” O rinoceronte não entende essa linguagem. Ainda que alguém invente amarrar uma corda em volta de seu pescoço e tentar puxá-lo sobre a pequena ponte, com alguém o cutucando por trás com um porrete, o animal provavelmente enfiaria, de maneira bastante rude, seu chifre no traseiro do homem com a corda. Mas há um ponto fraco no organismo dessa besta: o estômago. Com a sua ajuda podemos nos servir de uma linguagem internacional e cosmopolita, que até animais compreendem. Se você colocar uma mão cheia de comida diante do seu focinho, pode dispensar qualquer outra gentileza.⁸⁵

A identificação desse “ponto fraco” de um sistema (e não de um ator), afirmação que se faz para evitar qualquer interpretação individualista do modelo rinoceronte) deveria ser a tarefa mais importante, para Krohn & Küppers,⁸⁶ quando querem aplicar, com sucesso, seu modelo recursão-atrator a problemas de política ambiental e de segurança. Eles confiam na “irritação” da economia por meio de *normas jurídicas que estabelecem valores e prazos*, às quais o sistema precisa se adequar. A forma – esperada ou não – como isso acontece permanece a critério do sistema. A expectativa é que, entretanto, possivelmente após uma fase caótica temporária, produza um valor próprio, por sua vez, compatível com a finalidade da intervenção. A força do sistema consiste em sua fraqueza: concede-se à própria dinâmica do sistema de maneira mais ampla possível a forma de sua construção. A modelagem concentra-se na tarefa de identificar as chances de intervenção eficaz no sistema, considerando suas condições marginais.

Deveríamos compreender a desesperada exclamação de Clotilde Armenta – “Não é por isso”, quer dizer, do mero desarmamento do potencial assassino, “É para livrar esses pobres rapazes do horrível compromisso que caiu em cima deles”⁸⁷ – como a busca frustrada do ponto de intervenção sensitivo, cuja irritação libertou a comunidade do vilarejo colombiano da “atração fatal” do ritual de honra e o dirigiu a um “atrator normativo”? De fato, isso nos conduz a um aspecto da crônica até então não tratado. O vilarejo colombiano

⁸⁵ HAGENBECK, 1909, p. 164.

⁸⁶ KROHN & KÜPPERS, 1990, p. 125.

⁸⁷ MARQUEZ, 2001, p. 85.

encontra-se numa fase crítica de ruptura entre um tradicionalismo funesto e as bênçãos da civilização moderna. Os rituais de honra já perderam, para os sujeitos participantes, seu poder de convencimento e continuam automaticamente com seu esquema de “lavar a honra com sangue”. Partindo desse conflito psicossocial entre consciência e comunicação, surge uma tensão vibrante: identificarão os homens de boa vontade, no momento exato, o ponto sensitivo de intervenção capaz de modificar a situação coletiva, atribuidora de sentido, e de transformar o anúncio da morte, como um destino fatal, em chamado de salvação da vida, pelo qual uma palavra libertadora rompe o ritual bárbaro?

VII.

Até agora criticamos e corrigimos o modelo de eficácia jurídica, recorrendo a duas premissas adicionais. Primeiro, a clausura dos discursos nos forçava a investigar a própria situação social ao lado dos motivos dos atores, em que extensão eles se imunizavam contra a invocação de normas jurídicas, em razão de seu código, de seus programas, de suas construções de realidade e de sua identidade. Segundo, a recursividade de interações nos levava a buscar condições de estabilidade para além de correlações *quanto-tanto*, apesar do caos. Numa última etapa, gostaríamos de substituir a simples regulação do comportamento dos atores por intermédio do direito (norma → consciência da sanção → desvio normativo) pela múltipla penetração de discursos autônomos. Isso nos compele a transportar o acontecimento causal unificado a um processamento paralelo acausal de vários discursos autônomos. Assim, deparamo-nos com o problema mais complicado na determinação dos limites e chances, na linguagem da autopoiesis, isto é, da regulação jurídica: o “encontro” de sistemas de regras e tipos discursivos numa querela (*différend*);⁸⁸ o *acoplamento estrutural* de sistemas autopoieticos,⁸⁹ ou seja, a *interferência* do direito e do campo regulado.⁹⁰

Nos casos mais fáceis, esse “encontro” surge como uma duplicação das fantasias regulatórias de Opp-Diekmann. Em vez da simples regulação de um objeto por um sujeito regulador, vislumbramos agora dois processos autônomos de auto-regulação e sobrepostos de uma maneira própria. A morte anunciada deveria, então, ser contada numa crônica dupla. De um lado, como dis-

⁸⁸ LYOTARD, 1987, p. 57ss.

⁸⁹ MATURANA & VARELA, 1987, p. 85ss; LUHMANN, 1989.

⁹⁰ TEUBNER, 1989.

curso sobre a honra, o amor e a morte, levando inexoravelmente à suspensão da diferença entre honra e violação da honra no ato mortal e, na sua trama normativa, não se deixando irritar pelo direito, mas, na querela de discursos, tornando o próprio direito a “vítima” do discurso da honra. De outro lado, na trama normativa do discurso jurídico, como um abalo na invocação enfática da norma promovido pela tragédia, que ocorre com as diversas manobras do delegado de esquivar-se da aplicação da lei,⁹¹ passando pela auto-encenação posterior dos irmãos Vicário,⁹² pelas digressões líricas do juiz de instrução,⁹³ pelas deturpações rabulísticas na descrição de fato da defesa no processo,⁹⁴ até chegar à derrogação completa da proibição jurídica do homicídio na sentença. Uma verdadeira auto-regulação do direito como minimização de diferença: por meio de adaptação conseqüente da norma ao seu desvio. Eis um caso bem-sucedido de regulação do direito pela sociedade. O drama amor-honra-morte leva o discurso jurídico à racionalização: racionalizar obedecendo!

O que, então, significaria, nos dias de hoje, para novamente construir uma ponte à modernidade, algo como o direcionamento da economia por meio do direito? Primeiro, o discurso jurídico constrói, apoiado em hipóteses normativas (*fattispecies*), teorias dogmáticas e finalidades normativas estabelecidas por lei, uma imagem da economia, com base na qual realiza suas operações regulativas, objetivando a minimização da diferença entre norma jurídica e comportamento desviante, proibindo o desvio jurídico (caracterizado como ilícito), que pode ser combatido pelos operadores do direito com a aplicação da sanção. Mesmo as informações sobre o sucesso ou fracasso da regulação, desde que ele tenha sido realmente posto em prática, são exclusivamente criadas no interior do sistema jurídico. Segundo, a economia reconstrói o mesmo processo por meio de diferenciações e conceitos econômicos próprios. Quando as normas jurídicas surgem nas telas da economia, não são tratadas como normas válidas, mas como encargos no âmago de cálculos econômicos. A comunicação econômica constrói para si uma imagem do direito e condiciona seus programas de auto-regulação, por exemplo, minimização de custos, orientando-se com base nessa imagem. Terceiro, o resultado em geral consiste em *falhas regulativas*, uma vez que os processos diretivos se constroem com base em diversas diferenças (norma/desvio normativo; custo/benefício). Em outras palavras, as regulações correm para direções diversas e distintas. Mesmo quando Rottleuthner

quer banir a crise regulatória ao campo do *mito*, as provas empíricas dos *paradoxos regulativos* são imponentes.⁹⁵ Os juristas zangam-se com a violação da lei ou com a fuga de sua incidência, ao passo que os economistas a exaltam como comportamento economicamente eficiente. Violação eficiente de contrato (*Efficient breach of contract*) é a fórmula perfeita. A regulação (direcionamento) somente é bem-sucedida em poucos casos, nos quais os programas auto-regulativos concretos do direito “coincidentemente” se coadunam com os programas auto-regulativos concretos da economia, isto é, quando o processamento econômico de diferenças vai “mais ou menos” ao encontro da intenção legislativa.

Rottleuthner critica esse modelo de mero estímulo de processos auto-regulativos como muito tímido.⁹⁶ Tal modelo não estaria em condições de enfrentar “problemas difusos”, como os de proteção ambiental, abastecimento de energia, tecnologia ou igualdade sexual, uma vez que tais questões não poderiam organizar-se num único subsistema com auto-referência estruturalmente determinada. Ele o formula como um problema de aprendizado do direito (e aí a pergunta: como pode esse autor gerar, de um lado, muita polêmica, negando ao direito a capacidade de reconhecer cognitivamente a realidade, tematizar sua identidade reflexivamente ou autoproduzir direito novo, e, de outro lado, imputar-lhe a capacidade de aprender novos fatos?) O sistema jurídico deveria “aprender” a transformar novos fatos sociais em fatos juridicamente relevantes, nos quais absorveria a *variedade desestruturada de sistemas*.⁹⁷ Isso tudo é bem pensado do ponto de vista da autopoiesis. Necessita somente ser complementado com as idéias detalhadas a respeito da *policontextualidade*.⁹⁸

No entanto, Rottleuthner possui ainda uma visão muito estreita. Ele formula unilateralmente e de forma construtivista um modelo interno de realidade do direito e perde a oportunidade de se pronunciar sobre questões bem mais dramáticas acerca dos contatos reais dos sistemas, dos “encontros” dos discursos, da “interferência” entre o direito e outros sistemas sociais, do processamento paralelo acausal de diferenciações diversas. Na autopoietica, os “problemas difusos” de Rottleuthner não seriam vistos como meros problemas de conceituação interna da dogmática jurídica, e sim, e ao mesmo tempo, como interferência entre programas de auto-regulação políticos e jurídicos, da perspectiva do sujeito regulador. E, além do mais, como interferência de operações de pagamento e de conhecimento e decisões organizacionais, cada qual obede-

⁹¹ MARQUEZ, 2001, p. 71ss.

⁹² *Ibid.*, p. 63ss.

⁹³ *Ibid.*, p. 123.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 63.

⁹⁵ Cf. indicação sobre a prática regulativa americana, em SUNSTEIN, 1990.

⁹⁶ RÖTTLEUTHNER, 1989, p. 280ss.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 282.

⁹⁸ LUHMANN, 1986.

cendo sua lógica própria, mas, todavia, ocorrendo acopladamente, da perspectiva do objeto regulado. Algo como a tecnologia, por exemplo, que deveria ser vista não como um sistema autopoietico, mas um campo de interferência entre economia, ciência e política.⁹⁹ E algo como *valores limítrofes* da poluição do meio ambiente representariam toda a magia dos acoplamentos de nomes próprios possibilitadores, sobre quais Lyotard observa, de forma inimitável: “as frases de gêneros discursivos e de sistemas de regras distintos ‘encontram-se’ no nome próprio, ‘encontram-se’ nos mundos que são estabelecidos por intermédio do emaranhado de nomes”.¹⁰⁰

A crítica de Rottleuthner indica, todavia, aspectos fundamentais. Segundo ele, o uso excessivo da linguagem autopoietica não poderia superar a afirmação pessimista de que a regulação romper-se-ia na lógica própria dos sistemas. Ela seria, assim, condenada a permanecer no vago e no geral, sem poder indicar critérios específicos à prática regulativa ou à observação detalhada dos processos reguladores. Os autopoieticos, de acordo com Rottleuthner, seriam capazes de saber tudo *a priori* sobre os limites da regulação tradicional e sobre as chances de regulação contextual. “*They do not need any empirical evidence.*”¹⁰¹

Aqui me parece existir um *error in obiecto*, quando não um *aberratio ictus*. Certamente, faltam ao jus-dogmático metido a sociólogo Gunther Teubner os instrumentos necessários às pesquisas empíricas detalhadas. Ele estaria tateando, sem esperanças no nevoeiro da operacionalização. E deveria ficar no seu canto: exercer o que aprendeu e procurar adaptar a pessoa jurídica à concepção autopoietica. Mas o que dizem essas limitações de uma pessoa sobre os limites inerentes de uma teoria? E o que impede, na verdade, o filósofo Hubert Rottleuthner, cujo empirismo jurídico encontra-se pouco concretizado e já empreendeu uma bem-sucedida falsificação empírica de hipóteses teóricas sobre a justiça de classes de utilizar as propostas conceituais e as fantasias construtivas da teoria da autopoiesis para dar lustro aos modelos, um tanto quanto empoeirados, de eficácia jurídica, que não ultrapassam os conceitos de *norma, sanção, comportamento e causalidade*?¹⁰² Enquanto um crítico tão ferrenho da teoria da autopoiesis, como Fritz Scharpf, não tem problemas em explorar essa

⁹⁹ GRUNDMANN, 1991.

¹⁰⁰ LYOTARD, 1989, p. 58.

¹⁰¹ ROTTLEUTHNER, 1989, p. 281.

¹⁰² Cf. idem, 1982. Justamente suas pesquisas empíricas sobre o tema da *justiça de classes* o levaram próximo às idéias da teoria de sistemas sobre a autonomia do direito, a diferenciação jurídica, a neutralização do cenário sociocultural etc. Para que, então, a polêmica cada vez mais cáustica contra a teoria de sistemas (idem, 1988, 1989 e 1990), em vez de uma ponte entre a pesquisa empírica metodologicamente exigente e a teoria elaborada em base de conceitos?

teoria de maneira seletiva, para que a pesquisa de implementação possa “sensibilizar-se para a idiosincrasia das limitações de sistemas comunicativos com funções específicas”,¹⁰³ Rottleuthner, nessas afirmações da teoria da autopoiesis, enxerga só *trivialidades*.¹⁰⁴ Será que existe uma imunidade sistêmica do discurso jus-sociológico?

O que afirmei, neste artigo, sobre o grau de imunização jurídica de situações sociais e sobre a identificação de atratores em relações recursivas, aponta exatamente para essa direção, isto é, tornar a teoria da autopoiesis jurídica frutífera não só para a teoria ou dogmática jurídica, mas também para a pesquisa empírica. Por fim, gostaria de esboçar dois pensamentos que devem caracterizar a construção de hipóteses “à moda” da autopoiesis. O primeiro refere-se à investigação concreta da *lógica própria* do campo a ser regulado e o segundo, ao mecanismo de *acoplamento*, ou seja, ambos elementos centrais do “encontro” de dois processos auto-regulativos diretivos.¹⁰⁵

Será que as possibilidades afirmativas da autopoietica limitam-se a afirmar que as normas jurídicas se quebram no código do sistema econômico pagamento/não-pagamento e o perturbam, estimulam ou modulam de modo imperceptível? É assim que entende Rottleuthner.¹⁰⁶ De fato, isso me parece ser uma má compreensão das possibilidades diferenciadas de análise, com as quais a teoria da autopoiesis é capaz de observar as diversas leituras, com as quais o discurso econômico “observa” o discurso jurídico, isto é, como este último reconstrói-se numa linguagem econômica própria. Diferencio seis possibilidades de *leitura econômica do direito*.¹⁰⁷

1. o caso de *impossibilidade de leitura*, em razão do perigo à integridade do código, sobre o qual já me referi anteriormente. Assim, permanece uma indiferença das operações econômicas em relação às normas jurídicas. Claro, Hubert,¹⁰⁸ existem a promotoria e a polícia! Quando uma proibição é imposta mediante força bruta, substitui-se o código econômico pelo código do poder;
2. leitura como *property rights*. Algumas normas jurídicas serão lidas com a ajuda do código da propriedade econômica (ter/não-ter) e

¹⁰³ SCHARPF, 1989, p. 19.

¹⁰⁴ ROTTLEUTHNER, 1989, p. 280.

¹⁰⁵ Minudentemente sobre ambos, cf. TEUBNER, 1988.

¹⁰⁶ ROTTLEUTHNER, 1989, p. 280.

¹⁰⁷ Mais detalhes em TEUBNER, 1991.

¹⁰⁸ ROTTLEUTHNER, 1989, p. 280ss.

entendidas como limites fixos do campo de ação fática. Valem, então, como modificação da propriedade, dos *property rights*, do patrimônio, do *régime* – tudo isso entendido como chances de ação fática. Correspondentemente, as normas não serão concebidas como mandamentos normativos de ação, e sim como genuínas expectativas econômicas do tipo cognitivo, e não normativo;

3. leitura como *registros contábeis* no cálculo econômico. Normalmente, as normas jurídicas não são remetidas ao conjunto de dados que delimitam o campo de ação fática. Mais do que isso, são objetos de cálculos de custo/benefício, cujo resultado, como benefício líquido, decide sobre a observância/não-observância da norma jurídica. *Peso da sanção multiplicado pela probabilidade da sanção*: é esse, em última análise, o cálculo utilizado, tanto pelos atores racionais quanto pelos jus-economistas e jus-sociólogos, para o cômputo da efetividade. No entanto, mesmo na leitura econômica do direito – ao contrário do que pensam Opp-Diekmann e Rottleuthner –, essa é somente uma das interpretações possíveis;
4. Leitura como *moeda de barganha*. Quando os atores econômicos impõem normas jurídicas não como tal, mas utilizando sua imposição como instrumento de pressão para alcançar outros objetivos, elas são reconstruídas como estratégias, isto é, estruturas econômicas de tipo especial para “barganhar sob a sombra da lei”;
5. leitura como modificação de preferência. Do ponto de vista da teoria dos sistemas, as preferências dos atores econômicos não são somente entendidas como motivos de sistemas psíquicos, mas também estruturas de sistemas sociais, isto é, expectativas sociais específicas, imputadas não só a “pessoas” individuais, mas também a “coletividades”. Ainda que não se admita isso tudo como pelo menos provável, existem, sim, casos em que as normas jurídicas levam a modificações das preferências dos atores econômicos;
6. leitura no contexto dos *programas de auto-regulação*. A necessidade de estudos individuais detalhados surge, especialmente, em razão da questão acerca do programa concreto de direcionamento perseguido no campo a ser regulado. Aqui, de forma alguma, é suficiente partir *a priori* de programas de maximização de lucros, aos quais estão subordinadas as considerações de custo sobre a observância da norma jurídica. Mais do que isso, deve-se descobrir, por observação empírica, qual programa de regulação será perseguido *in concreto* no campo a

ser regulado: estratégias de crescimento de organização, aumento de participação do mercado, aumento de faturamento, meras estratégias de sobrevivência das empresas, persecução de interesses internos da organização, manutenção e criação de empregos, programas de minimização de riscos ao invés de aumento de lucros conseguem evitar a perda de reputação etc.¹⁰⁹ A formulação concreta de tais estratégias decide a questão central sobre se a regulação jurídica e a regulação econômica podem ou não “coincidir”.

Essa distinção em diversas leituras econômicas do direito ajuda-nos a responder a pergunta de Rottleuthner, no sentido de saber se normas jurídicas são estruturas apenas do sistema jurídico ou se podem ser encontradas em todos os sistemas sociais.¹¹⁰ A resposta é clara. Como nossos exemplos de leitura demonstram, normas jurídicas são encontradas, de fato, não apenas no sistema jurídico, mas também em todos os campos sociais: *ubi societas, ibi jus*. Contudo, compreendem-se com isso dois casos, que devem ser claramente distintos. Primeiro, o fato de que o sistema jurídico, numa perspectiva da teoria dos sistemas, abrange todas as ações, inclusive de leigos, desde que utilizem, operativamente, o código jurídico e se possam reconstruir juridicamente todos os acontecimentos sociais agindo de forma ubiqüitária. Em segundo lugar, a presença de normas jurídicas “dentro de” outros subsistemas sociais. Cabe salientar que as normas jurídicas ubíquas “dentro dos” demais subsistemas não são reconstruídas como jurídicas, isto é, são lidas de acordo com o contexto próprio, como campo de ação, variáveis manipuláveis, moedas de barganha etc. Normas jurídicas são, portanto, estruturas da sociedade como um todo, num duplo sentido: produzidas no horizonte de sentido do sistema jurídico e, desde que perturbem outros sistemas, “reconstruídas”, de acordo com o respectivo horizonte de sentido, como estruturas sistêmicas específicas.

Isso vale tanto para normas jurídicas constitutivas quanto para normas jurídicas regulativas.¹¹¹ No contexto econômico, a pessoa jurídica não é compreendida juridicamente como um complexo de normas jurídicas e ponto de imputação a normas jurídicas à Kelsen, mas como *corporate actor*, equipada com uma série de preferências organizadas, com motivos dirigidos para o lucro, interesses organizacionais e cálculos racionais de ação. Realmente, as normas jurídicas “constituem” campos sociais de ação, mas de tal forma que

¹⁰⁹ Cf. pesquisas empíricas de BUDDE et al., 1982.

¹¹⁰ ROTTLEUTHNER, 1991, p. 123-139.

¹¹¹ Cf. as objeções de Rottleuthner neste volume.

estes, por sua vez, não signifiquem normas jurídicas como tais, e sim estruturas subsistêmicas específicas com sentido próprio.

Tais diferenciações nas formas de leitura, que poderiam ser ainda mais refinadas, surgem de critérios da autopoiese, isto é, das conexões de regras existentes nos discursos para verificar como e em que planos eles incorporam diferenças de outros sistemas: nos planos do código, das estruturas, dos programas, das construções da realidade... É nesse momento que se deve estabelecer concretamente a construção de hipóteses especulativas sobre as condições e os tipos de normas jurídicas, e suas respectivas formas de leitura econômica.

Percebe-se, assim, que a pesquisa tradicional da eficácia jurídica fia-se em “falsas abstrações”: norma, sanção, desvio normativo etc. Elas são, em última análise, retiradas do próprio pensamento jurídico e somente ajustadas, insuficientemente, à lógica própria do campo de implementação. A esse tipo de pesquisa falta, simplesmente, o instrumentário conceitual que a capacite a desenvolver hipóteses sistemáticas sobre a heterogeneidade dos contextos em que surgem as normas jurídicas. Para isso, também não ajuda remeter-se em monótona recorrência à teoria de conflitos de Galanters, que já dizia tudo o que há de fundamental a respeito da lógica própria do contexto regulado, de maneira muito mais rebuscada do que certas teorias grosseiras e pretensiosas.¹¹² Ainda que seus aperfeiçoamentos conceituais sejam úteis à denominação de interações conflituosas (duradoura/episódica, pessoal/anônima, complexa/isolada, simétrica/assimétrica, instrumental/expressiva), permanecem movimentando-se apenas no universo tradicional de norma – ator – obediência – desvio – sanção, sem levar em conta justamente a pluralidade linguística com a qual normas jurídicas são lidas.

Nesse sentido, resta apenas a possibilidade de introduzir correções adicionais posteriores e *ad hoc* para adequar-se à lógica própria do campo regulado. Estudos concretos de implementação jurídica vêm-se obrigados a realizar isso. Perdem-se, contudo, no matagal dos subsistemas sociais e, partindo de sua experiência de campo, são capazes apenas de aprender de forma situativa, mas não de maneira teórica.¹¹³

Uma segunda perspectiva de pesquisa refere-se ao “acoplamento” entre o direito e o sistema regulado. A idéia fundamental é substituir a fantasia *push-and-pull* da norma – obediência – desvio – sanção pela idéia de dois discursos que aprendem mutuamente mediante acoplamentos estruturais. O quanto essa

perspectiva pode ser frutífera mostrou, faz pouco tempo, o detalhado estudo de King e Piper, que aplicaram na Grã-Bretanha, a exemplo do *child welfare*, o aparato conceitual da autopoiese para confrontar a clausura operacional do discurso jurídico e do discurso de *experts*, em *How the Law Thinks about Children*.¹¹⁴ Desse modo, as investigações deveriam ocupar-se da pergunta a respeito de quais componentes discursivos são acoplados *in concreto*: “dupla associação” de comunicações idênticas em contextos diversos, utilização paralela de estruturas iguais ou conexão duradoura de discursos mediante processamentos paralelos. Outras perspectivas abrem-se com a questão sobre quais mecanismos de ligação são particularmente responsáveis pelo acoplamento: interações individuais ou organizações formais “políglotas”? Aqui me parece que o *direito plural*, na tradição de Ehrlich, adquire nova atualidade.¹¹⁵

O problema de cada nova regulação jurídica é a questão aberta sobre o processo concreto de aprendizado com o qual a comunicação social adapta-se à comunicação jurídica e vice-versa. Foquei seis formas de reação da economia: qual delas será escolhida pela praxis? Indiferença, *property rights*, moeda de barganha, registros contábeis, modificação de preferências ou programa regulatório? Aqui, o direito plural – direito intra-organizacional, direito das associações, condições gerais de negócios, convenções coletivas de trabalho, acordos entre associações – oferece, com seus mecanismos concretos de ligação e os acoplamentos historicamente já harmonizados pela política jurídica, uma chance de participar nesses sistemas como “parasita”. Em vez de encarar o conflito com a lógica própria, a política jurídica pode tentar modificar o *direito plural* existente, influenciando, com isso, o corrente processo de aprendizado. Aí repousaria também uma chance, para a sociologia empírica do direito, de analisar, de um lado, os mecanismos de mediação entre direito estatal e direito plural, e, de outro lado, entre direito plural e campos sociais. Com esse conhecimento poder-se-ia enriquecer o debate sobre a regulação. Num sentido novo em relação àquele estabelecido por Eugen Ehrlich,¹¹⁶ seria o direito plural um campo de aplicação para a pesquisa da eficácia jurídica.

VIII.

Voltemos, uma última vez, à costa norte da Colômbia. Jus-efetivistas ou jus-autopoieticos, todos nós nos encontramos na situação do juiz de instrução,

¹¹² ROTTLEUTHNER, 1989, p. 279 e 281.

¹¹³ Cf. observações críticas de MAYNTZ, 1983, p. 13ss, e 1988, p. 138ss; e ZEH, 1988, p. 205ss.

¹¹⁴ KING & PIPER, 1990.

¹¹⁵ TEUBNER, 1991.

¹¹⁶ EHRLICH, 1913.

discípulo da filosofia de Nietzsche, que, diante da trama calamitosa da crônica, vai cambaleando entre digressões líricas e o nihilismo jurídico. Talvez nos ajude também sua saída: “Dai-me um preconceito, e eu movo o mundo”.¹¹⁷

Neste texto, conhecemos os preconceitos teóricos que movem o mundo da autopoiese, em três perspectivas empíricas de pesquisa:

1. grau de abertura/clusura dos discursos sociais em relação ao direito;
2. atratores, caminhos de desenvolvimento e estados de estabilidade em sistemas sociais recursivos;
3. construções próprias e acoplamentos, como condições do encontro entre o autodirecionamento jurídico e o autodirecionamento social.

Quem sabe não virá o dia em que Hubert Rottleuthner e Gunther Teubner possam propor, juntos, um projeto ao conselho pan-europeu de pesquisa para desvendar alguns enigmas da regulação social pelo direito, de modo que os resultados não fiquem teoricamente vazios, tampouco empiricamente cegos?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AUBERT, V. Einige soziale Funktionen der Gesetzgebung. In: HIRSCH, E.E. & REHBINDER, M. (ed.). *Studien und Materialien zur Rechtssoziologie*. Köln: Westdeutscher Verlag, 1967.
- AUTORENKOLLEKTIV (KLAUSA, E.; RÖHL, K. F.; ROGOWSKI, R. & ROTTLEUTHNER, H.) Rezension eines Denkansatzes: Die Conference on Critical Legal Studies. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Stuttgart, 1: 33-126, 1980.
- BAECKER, D. Ranulph Glanville und der Thermostat: Zum Verständnis von Kybernetik und Konfusion. *Merkur*, Stuttgart, 43(6): 513-524, 1989.
- BEHRENS, P. *Die ökonomischen Grundlagen des Rechts: Politische Ökonomie als rationale Jurisprudenz*. Tübingen: Mohr, 1986.
- BUDDE, A.; CHILD, J.; FRANCIS, A. & KIESER, A. Corporate Goals, Managerial Objectives, and Organizational Structures in British and West German Companies. *Organization Studies*, 3: 1-32, 1982.
- DIEKMANN, A. *Die Befolgung von Gesetzen: Empirische Untersuchungen zu einer rechtssoziologischen Theorie*. Berlin: Duncker und Humblot, 1980.
- EHRlich, E. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. Nachdruck 1967. Berlin: Dunker und Humblot, 1913.
- ELSTER, J. *Making Sense of Marx*. Cambridge: University Press, 1985.

¹¹⁷ MARQUEZ, 2001, p. 148.

- FÖRSTER, H. von. Entdecken oder Erfinden? Wie lässt sich Verstehen verstehen? In: MOHLAR, A. (ed.). *Einführung in den Konstruktivismus*. München: Oldenbourg, 1985.
- _____. *Observing Systems*. Seaside, Cal.: Intersystems Publications, 1981.
- FRITSCHER, W. *Authentizität und Flamenco*. Überlegungen zur sozialen Konstriktion von Authentizität am Beispiel des Cante gitano. München: Manuskript, 1989.
- GARFINKEL, H. *Studies in Ethnomethodology*. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1967.
- GRUNDMANN, R. *Marxism and Ecology*. Oxford: Oxford University Press, 1991.
- HAGENBECK, C. *Von Tieren und Menschen: Erlebnisse und Erfahrungen*. Neue wohlfeile Ausgabe. Berlin: Vita, 1909.
- HAYEK, F. A. *Die Theorie komplexer Phänomene*. Tübingen: Mohr und Siebeck, 1972.
- JACKSON, B.S. *Law, Fact and Normative Coherence*. Liverpool: Deborah Charles, 1988.
- KAUFMANN, F.-X. Steuerung wohlfahrtsstaatlicher Abläufe durch Recht. In: GRIMM, D. & MAIHOFER, W. (eds.). *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1988.
- KAUPEN, W. Die Grenzen des Rechts als Mittel gesellschaftlicher Gestaltung. In: INSTITUT FÜR GESELLSCHAFTSPOLITIK WIEN (ed.). *Recht und Politik*. Wien, 1975.
- KING, M. & PIPER, C. *How the Law Thinks about Children*. Aldershot: Gower, 1990.
- KROHN, W. & KÜPPERS, G. Selbstreferenz und Planung. *Selbstorganisation*, 1: 101-127, 1990.
- _____. Rekursives Durcheinander. *Kursbuch*, Berlin, 98: 69-81, 1989.
- LUDEWIG, K. Systemic Therapy: A Particular Drift Between Systems Theory and Psychotherapy. In: KROHN, W. & KÜPPERS, G. (eds.). *Selforganization: Portrait of a Scientific Revolution*. Dordrecht: Kluwer, 1990.
- LUHMANN, N. *Wirtschaft und Recht: Probleme struktureller Kopplung*. Bielefeld: Manuskript, 1989.
- _____. Die Codierung des Rechtssystems. *Rechtstheorie*. Berlin, 17: 171-203, 1986.
- _____. *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*. Frankfurt: Suhrkamp, 1984.
- LYOTARD, J.-F. *Der Widerstreit*. 2. Aufl. München: Fink, 1987.
- MACAULAY, S. Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study. *American Sociological Review*, Menasha, 28: 55-67, 1963.

- MARQUEZ, G.G. *Crônica de uma Morte Anunciada*. (trad. Remy Gorga). 27.^a ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- _____. *Chronik eines angekündigten Todes*. Köln: Kiepenheuer und Witsch, 1981.
- MARUYAMA, M. The Second Cybernetics: Deviation-Amplifying Mutual Causal Processes. In: BUCKLEY, W. (ed.). *Modern Systems Research for the Behavioral Scientist*. Chicago: Aldine, 1968.
- MATURANA, H.R. & VARELA, F. *Der Baum der Erkenntnis*. München: Scherz, 1987.
- MAYNTZ, R. Berücksichtigung von Implementationsproblemen bei der Gesetzesentwicklung. In: GRIMM, D. & MAIHOFER, W. (eds.). *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1988.
- _____. Zur Einleitung: Probleme der Theoriebildung in der Implementationsforschung. In: MAYNTZ, R. (ed.). *Implementation politischer Programme II*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1983.
- NAHAMOWITZ, P. Interventionistisches Recht als Steuerungskonzept. *Jahresschrift für Rechtspolitik*, 1990.
- NICOLIS, G. & PRIGOGINE, I. *Exploring Complexity*. Nova York: Freeman, 1989.
- OFFE, C. Sozialwissenschaftliche Aspekte der Kontroverse über Regulierung und Deregulierung. In: HESSE, J.J. & ZÖPEL, C. (eds.). *Der Staat der Zukunft*. Baden Baden: Nomos, 1989.
- OPP, K.-D. *Soziologie im Recht*. Reinbek: Rowohlt, 1973.
- PARSONS, T. *The System of Modern Societies*. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice Hall, 1971.
- ROTTLEUTHNER, H. Grenzen rechtlicher Steuerung – und Grenzen von Theorien darüber. In: KOLLER, P. et al. (ed.). *Theoretische Grundlagen der Rechtspolitik*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1991.
- _____. A Purified Sociology of Law: Niklas Luhmann on the Autonomy of the Legal System. *Law & Society Review*, Beverly Hills, 23: 779-797, 1990.
- _____. The Limits of Law: the myth of a regulatory crisis. *International Journal of the Sociology of Law*, Londres, 17: 273-285, 1989.
- _____. Biological Metaphors in Legal Thought. In: TEUBNER, G. (ed.). *Autopoietic Law: a new approach to law and society*. Berlin: de Gruyter, 1988.
- _____. *Einführung in die Rechtssoziologie*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1987.
- _____. Abschied von der Justizforschung? *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Stuttgart. 3: 82 ff., 1982.
- _____. *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*. Frankfurt a.M.: Fischer, 1973.
- SAVELSBERG, J.J. The Making of Criminal Law Norms in Welfare States: Economic Crime in West Germany. *Law and Society Review*, Chicago, 21: 529-561, 1987.
- SCHARPE, F. Politische Steuerung und politische Institutionen. *Politische Vierteljahresschrift*, Wiesbaden, 30: 10-21, 1989.
- _____. Grenzen der institutionellen Reform. *Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft*, Baden-Baden, 1: 111-151, 1987.
- SCHIEPEK, G. Selbstreferenz und Vernetzung als Grundprinzipien zweier verschiedener Systembegriffe: Vorüberlegungen für eine sozialwissenschaftliche Synergetik. *System Familie* 2: 229-241, 1989.
- SCHIEPEK, G. & SCHAUB, H. Als die Theorien laufen lernten.... *Memorandum der Lehrstühle Psychologie II und Psychologie III*, n. 67, Universität Bamberg, 1989.
- SELZNICK, P. *Law, Society and Industrial Justice*. Nova York: Russell Sage, 1969.
- STENNING, P.; SHEARING, C.; ADDARIO, S. & CONDON, M. *Controlling Organizational Crime: public and private options: some reflections on the nature of regulation*. Toronto: Manuscript, 1987.
- SUNSTEIN, C.R. Paradoxes of the Regulatory State. *University of Chicago Law Review*, Chicago, 57: 407-441, 1990.
- TEUBNER, G. Steuerung durch plurales Recht: Oder wie die Politik den normativen Mehrwert der Geldzirkulation abschöpft. In: ZAPE, W. (ed.). *Die Modernisierung moderner Gesellschaften*. Frankfurt: Campus, 1991.
- _____. *Recht als autopoietisches System*. Frankfurt: Suhrkamp, 1989.
- _____. Soziale Ordnung durch Gesetzgebungslärm? Autopoietische Geschlossenheit als Problem für die Gesetzgebung. In: GRIMM, D. & MAIHOFER, W. (eds.). *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1988.
- _____. Verrechtlichung - Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege. In: KÜBLER, F. (ed.). *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*. Baden-Baden: Nomos, 1984.
- TEUBNER, G. & WILLKE, H. Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Stuttgart, 5: 4-35, 1984.
- WIETHÖLTER, R. Zur Regelbildung in der Dogmatik des Zivilrechts. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft. Stuttgart: Franz-Steiner-Verlag, 1992.
- WILLKE, H. Strategien der Intervention in autonome Systeme. In: BAECKER, D.; MARKOWITZ, J.; STICHWEH, R.; TYRELL H. & WILLKE, H. (eds.). *Theorie als Passion*. Frankfurt: Suhrkamp, 1987.
- WINTER, G. & GESSNER, V. Empiricism and Legal Practice. In: JOERGES, C. & TRUBEK, D. (eds.). *Critical Legal Thought: an american-german debate*. Baden-Baden: Nomos, 1989.

WITTGENSTEIN, L. *Philosophische Untersuchungen*. Frankfurt: Suhrkamp, 1989. Werkausgabe, Bd. 1.

ZEH, W. Vollzugskontrolle und Wirkungsbeobachtung als Teilfunktion der Gesetzgebung. In: GRIMM, D. & MAIHOFER, W. (eds.). *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1988.

2. ECONOMIA DA DÁDIVA – POSITIVIDADE DA JUSTIÇA: “ASSOMBRAÇÃO” MÚTUA ENTRE SISTEMA E *DIFFÉRANCE*

Trata-se de um estudo comparado entre duas perspectivas teóricas atuais, que propõem análises com base em paradoxos por meio dos quais tanto o direito quanto a economia se desenvolvem. Niklas Luhmann, teórico dos sistemas, procura desenvolver técnicas de *desparadoxização*, introduzindo diferenças capazes de “ocultar” o paradoxo fundador, e uma decorrência disso é a idéia de vários sistemas sociais auto-poieticos. Derrida, desconstrutivista, por sua vez, foca a atenção na descoberta do paradoxo. Partindo dessas concepções, o autor reexamina as questões da *justiça* e do *paradoxo do direito*, problematizando-as.

Título original: *Ökonomie der Gabe – Positivität der Gerechtigkeit: Gegenseitige Heimsuchungen von System und Différance*. In: KOSCHORKE, A. & VISMANN, C. (eds.). *System – Macht – Kultur: Probleme der Systemtheorie*. Berlim: Akademie, 1999, p. 199-212. Tradução: **RODRIGO OCTÁVIO BROGLIA MENDES**.

I. A BIFURCAÇÃO ENTRE DESCONSTRUÇÃO E AUTOPOIESE

Para o sensato mundo dos juristas e economistas, no qual decisões racionais são tomadas com base em cálculos de custo/benefício e subsunções norma/fato, tanto Niklas Luhmann quanto Jacques Derrida chegaram exatamente ao mesmo diagnóstico,¹ a saber, a *loucura da decisão*. Contra todas as análises de *rational choice*, teoria dos jogos e teoria da decisão, além de todas as promessas de argumentação normativa e racionalidade discursiva, colocam os protagonistas da teoria dos sistemas e da desconstrução a provocante tese: a rotina das decisões jurídicas e econômicas contém um componente de loucura, de irracional, de misterioso, de sacro, que não deve ser visto simplesmente como uma sobra desprezível num processo crescente de racionalização, mas como a verdadeira dinâmica condutora da própria decisão. No dizer de Luhmann: “O mistério da decisão e o mistério da hierarquia suportam um ao outro de forma cambiante. Ambos apresentam um elemento informulável (para não dizer: divino) que determina o que são”.²

E como comentário às aporias da decisão jurídica, a observação, ao vivo, de Derrida: “sem cálculo e sem regra, sem razão e sem racionalidade (...) pode-se aí reconhecer, na verdade denunciar, uma loucura. Reconhece-se aí talvez até uma (outra) forma de místico (e por isso a denúncia). A desconstrução é louca por essa justiça, e por causa dessa justiça ela é louca”.³

O consenso desconstrutivista dos contraentes vai bem mais longe. O irracional não rompe o mundo dos cálculos tão somente no momento estático de decisão, mas alcança os próprios fundamentos da racionalidade formal do direito e da economia. Desconstrução e análise sistêmica concordam que arbítrio, contradições, antinomias, paradoxos, irracionalidade e mesmo violência são os verdadeiros fundamentos até das construções mais refinadas da moderna racionalidade jurídica e econômica. E essa revelação do irracional não

¹ Os textos centrais de ambos autores para economia e direito são LUHMANN, 1988b e 1993b; e DERRIDA, 1991 e 1993.

² LUHMANN, 1993a, p. 287-310.

³ DERRIDA, 1991, p. 52.

se apresenta como o fim decisório da análise, mas como o seu começo.⁴ Ambas as teorias não tratam simplesmente de denunciar as justificações e os cálculos na economia e no direito como uma mistificação ideológica de constelações de poder, mas, antes, revelam a pretensão de incrementar as exigências à qualidade dos cálculos, levando em conta os paradoxos. Em outras palavras, a descoberta do irracional da decisão não significa, para os dois autores, suspender as questões de justiça, e sim, ao contrário, aumentar as exigências à justiça.

Por mais surpreendente que possa ser a convergência, o “pulo do gato” desse confronto entre sistema e *différance* não consiste certamente na descoberta de isomorfias, analogias e afinidades ocultas. Essa técnica de construção seletiva perseguida pelos teóricos dos sistemas, que encaixa fragmentos des-constructivos da *différance*, da *itération*, do *trace* e da *marge* na fachada do palácio conceitual autopoiético, é certamente interessante, mas leva somente a uma complicação, uma involução arquitetônica da teoria, sem modificar seus princípios fundamentais construtivos.⁵ Quando esse “pulo do gato” representa mesmo a conexão de idéias distantes, para dizer como Jean Paul, então, ele não está nem em tal incorporação nem na confrontação rigorosa de suas oposições, que acabariam numa imunização mútua entre as teorias.⁶

Em relação a essas teorias, eu empreenderia uma leitura que trouxesse às claras uma dinâmica paranóica entre elas, uma dinâmica de suas perseguições mútuas. Com efeito, elas começam com um consenso sobre os paradoxos de fundação do direito e da economia, permitindo-lhes uma ligação, mas produzindo, *num piscar de olhos*, construções da realidade incompatíveis entre si, de forma a tornar-se *cegas e traiçoeiras* umas com as outras. Devemos abandonar toda a esperança de que poderíamos recuperar o cego da cegueira e a confiança dos desconfiados. Em seu lugar, poderíamos procurar utilizar a própria dinâmica da paranóia segundo a sua definição lexical: “uma forma de delírio, caracterizada por convicções aparentemente coerentes, mas contraditórias com a realidade e imodificáveis pela lógica ou pela experiência (mania de grandeza ou de perseguição, por exemplo)”.⁷ Teoria dos sistemas e desconstrução: qual é o produto cognitivo de uma *mania de perseguição mútua* que termina numa intensa agitação entre movimentos desconstrutivistas e contramovimentos da teoria dos sistemas, num comportamento crescente de estabilizações e desesta-

bilizações, numa dança de assombrações recíprocas? Essa leitura torna-se frutífera somente quando puder ver como, na *para-nóia*, isto é, no mundo fechado das representações aparentes, o outro mundo de ilusões se reflete. Sistemas sociais autopoiéticos, como o pesadelo de Derrida. A dádiva da justiça, como a redenção de Luhmann.

II.

Em primeiro lugar, espanta na escolha da posição de partida comum o radicalismo com que Derrida e Luhmann renunciam ao consenso acerca da discussão fundamental sobre as instituições jurídicas e econômicas. Requer-se aqui a coragem, para não dizer a teimosia, quando se quer conceber, como Derrida, uma filosofia social da economia não diretamente das estruturas de troca e da reciprocidade da satisfação mútua de necessidades, mas justamente da estrutura da dádiva, do dar sem gratidão, da generosidade radical não-recíproca, então sempre destruída, quando existem minimamente rastros de simetria, reciprocidade e reconhecimento ou do vínculo social de gratidão.⁸ E se exige também tal coragem, ao pensar, como Luhmann, o direito não mais partindo da norma fundamental, da *ultimate rule of recognition*, de princípios de validade material e procedimentais ou de sua legitimação sociopolítica, e sim de casos extremos de pura auto-referencialidade de operações jurídicas, dispostas, pela sua auto-aplicação, em total confusão.⁹ Porém, exatamente essa radicalidade nos liberta para uma nova perspectiva dos fundamentos das instituições jurídicas e econômicas, até então marcada estritamente como erro de raciocínio – e, portanto, considerada tabu. Direito e economia apóiam-se não em idéias diretivas racionais ou em princípios, mas em perigosos paradoxos, que não só destroem sua legitimação, como também bloqueiam as respectivas operações e seus cálculos por meio de suas estruturas contraditórias.

Valendo-se do paradoxo fundante do direito, torna-se claro como, apesar da grande identidade de análise do consenso de partida de nossos contraentes, repentinamente essas perspectivas são colocadas como incompatíveis. Ambas começam com crítica explícita à violência do direito,¹⁰ pautada em Walter Benjamin. De fato, qualificam como superficiais as costumeiras críticas do direito como ideologia e poder, desmascarando-o como expressão de interesses políti-

⁴ Para o padrão de argumentação nas teorias decisionistas, cf. BOLSINGER, 1998, p. 471-502.

⁵ DE BERG & PRANGEL, 1995.

⁶ HAHN, 1996, p. 283-306.

⁷ FELICE, 1987, p. 1.432.

⁸ DERRIDA, 1993, p. 15ss.

⁹ LUHMANN, 1993b, p. 545ss.

¹⁰ BENJAMIN, 1977.

cos ou econômicos. Antes, o vêem preso num plano mais profundo dos paradoxos de sua própria auto-referência. Todas as preocupações do direito sobre legitimidade, fundamentação normativa ou até justiça são, no final das contas, inúteis, uma vez que se baseiam na violência da primeira diferença entre lícito e ilícito, que não pode mais ser identificada como direito, legítima ou justa, mas tão somente com o arbítrio sem critérios.

E aqui vem o giro, aqui começa a bifurcação entre desconstrução e auto-poiese. Derrida não se acovarda perante o abismo do paradoxo do direito e procura investigar o obscuro mundo do paradoxo com uma crítica à violência original do direito, que o conduz até uma misteriosa diferenciação entre distintas violências jurídicas. Numa releitura de Benjamin, Derrida diferencia entre uma violência mística fundante, que constrói a positividade da ordem jurídica e estatal somente sobre um derramamento de sangue, e uma violência divina fundante, que cria justiça, e, muito embora destrutiva e aniquilante, funciona como preservadora da vida sem derramamento de sangue. Nesse momento, encontra-se o paradoxo até agora mais provocante: a diferença entre positividade e justiça seria, segundo Derrida, ela mesma indecível, indecifrável, não havendo critérios com os quais poderíamos diferenciar a violência mística da divina. Não só antes da decisão, mas também depois dela, permanece em aberto, infundavelmente, a questão da responsabilidade diferida constantemente para o futuro.¹¹

Diante de tais abismos, Luhmann recua, pois para ele esses resultados da análise desconstrutivista somente comprovam, sim, mais uma vez, a força paralisante do paradoxo, que cada vez mais se fortalece quanto mais se procuram investigar as escuridões do paradoxo do direito. Como resultado, ter-se-ia apenas uma acústica verbal derridiana, obscuridade da linguagem e o típico gesto desconstrutivista de espantar as pessoas com obscuros paradoxos.¹² De forma bem explícita, lança-se Luhmann na direção diametralmente oposta: seria infrutífero desenvolver uma linguagem teórica, que somente reconstruísse as contradições, selvagerias, obscuridades do paradoxo do direito; o trato dos paradoxos tornar-se-ia criativo apenas quando uma teoria conseguisse investigar as possibilidades de desparadoxização, valendo-se de criações de diversas diferenciações que, muito embora não neguem o paradoxo, lhe retirem a força paralisante. Isso o leva a análises histórico-sociológicas de diferenças de níveis institucionalizadas, do direito natural e do direito positivo ou, modernamente,

da aplicação judicial do direito e da posituação política do direito, que produziram suas impressionantes prestações culturais, apesar ou mesmo em razão do paradoxo do direito. Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, o paradoxo do direito não é, então, objeto comum de análise, mas somente a pista inicial utilizada para “decolar” a direções opostas: a fuga da teoria dos sistemas dos paradoxos do direito e a procura desconstrutivista por esses paradoxos.¹³

Quando nos dedicamos ao paradoxo fundante da economia, seu distinto tratamento mostra que não basta ver a diferença entre paradoxização e desparadoxização apenas como diferença de interesses no conhecimento, de direções de análise e correspondentes aparatos conceituais. Já a formulação do paradoxo da economia é tão diferente que os pontos de partida comuns, tão óbvios para o paradoxo do direito, são aqui quase irreconhecíveis.

Luhmann pensa de maneira mais abstrata a possibilidade da circulação da economia, partindo de uma bem-sucedida superação do paradoxo da escassez, pelo qual o abastecimento maior de um é, ao mesmo tempo, a maior pobreza de outro: cada acesso a bens escassos, que pretende minimizar a escassez, a aumenta. Somente quando se torna invisível esse bloqueio, somente por meio de uma desparadoxização poderá a circulação da economia ser colocada em movimento. E isso acontece por bifurcação e codificação: “Quem se serve diminui a escassez pressuposta para esse servir-se. Para todos os outros ela aumenta. A escassez condensada aparece, então, entre o ‘ter’ e o ‘não ter’”.¹⁴

De um ponto de vista contrário, isto é, não dos paradoxos de acesso a bens escassos, e sim da impossibilidade da dádiva pura, Derrida pensa a possibilidade da circulação da economia. A dádiva é exatamente o contrário da circulação de trocas na economia, mas, ao mesmo tempo, é ela que dá o impulso à circulação do econômico. O paradoxo fundante da economia mostra-se no momento exato no qual a dádiva pura, que existe antes de qualquer relação subjetiva, constitui o sujeito. O paradoxo consiste no fato de “que um sujeito como tal nem dá e nem recebe uma dádiva. Constitui-se, antes pelo contrário, para domar pelo cálculo e a troca o domínio desse híbrido ou essa impossibilidade que se anuncia na promessa da dádiva”.¹⁵

O conceito que nas duas formulações supera o paradoxo é o da propriedade. A bifurcação dos efeitos do acesso e sua codificação na propriedade, na diferença ter/não-ter, a construção do artefato semântico correspondente do

¹¹ *Ibid.*

¹² LUHMANN, 1991, p. 59ss, e 1988b, p. 768.

¹³ *Idem*, 1988a, p. 153-165.

¹⁴ *Idem*, 1988b, p. 181.

¹⁵ DERRIDA, 1993, p. 37.

proprietário e não-proprietário leva, segundo Luhmann, para fora do bloqueio do paradoxo da escassez e para dentro da dinâmica da economia. Em Derrida, a constituição do sujeito como ofertante e receptor, o reconhecimento da propriedade do sujeito, destrói a pureza da dádiva e torna possíveis os cálculos da economia. No entanto, o interesse de Derrida na circulação da economia justamente não está orientado na pergunta luhmanniana da construção da ordem disparadoxizante por meio do código de propriedade (posteriormente, do código do dinheiro) e dos programas da economia, mas na permanente ruptura da circulação, na sua transcendentalização mediante a provocação constante da dádiva. Não estamos, assim, diante de duas teorias da economia concorrentes entre si, que examinaram o mesmo objeto de perspectivas distintas e com interesses de conhecimento diversos, mas diante do choque de dois mundos opostos por sua identidade, cujo objeto não pode ser apercebido como concorrência de distintos métodos, teorias ou paradigmas. A ambiciosa tentativa de Luhmann, de oferecer uma teoria científica do social como uma fenomenologia da comunicação em forte analogia com a fenomenologia husserliana da consciência, está em clara contradição com a recusa de Derrida de desenvolver uma teoria científica da dádiva, que seria incapaz de refletir sobre a dádiva. Ao invés disso, busca tornar frutífera a analogia com as contraposições entre pensar e conhecer, nominal e fenomenal, para pensar uma forma de “ilusão transcendental da dádiva”, que “transborde os limites da experiência, do conhecimento, da ciência, da economia e mesmo da própria filosofia”.¹⁶

Apesar de ambos partirem do paradoxo fundante da economia e do direito, com os quais igualmente revolucionaram a discussão fundamental nesses dois campos, no fundo nenhuma dessas formas de pensar tem algo a dizer à outra. A teoria de Luhmann objetiva a imanência das instituições, possibilitada pela disparadoxização e constituindo um mundo de autopoiese de sistemas sociais, suas codificações e programações. O pensamento de Derrida pretende a sua transcendentalização por meio de sua reparadoxização e projeta um contramundo da *différance*, no qual o duplo movimento desconstrutivista descobre permanentemente as antinomias fundantes das instituições, como também sua paralisação e ruptura das rotinas concretas de decisão no direito e na economia. O mundo de Luhmann e o contramundo de Derrida são fechados e não podem influenciar diretamente um ao outro. Mas é exatamente por seu fechamento mútuo que esses dois mundos se ameaçam, perseguem e assombram.

¹⁶ Ibid., p. 44.

III. PESADELO DE DERRIDA: SISTEMAS SOCIAIS AUTOPOIÉTICOS

Mas, então, por que não simplesmente a indiferença? Por que deveria Niklas Luhmann espreitar Jacques Derrida, perseguindo seus movimentos desconstrutivistas passo a passo? E por que deve sentir-se a teoria dos sistemas ameaçada pelo constante assédio intelectual dos desconstrutivistas? As contraposições entre disparadoxização e reparadoxização, entre ilusão transcendental e análise empírica de instituições, entre imanência sistêmica e sua transcendentalização da *différance* podem mesmo tornar plausível sua exclusão mútua, mas não explicam como, ao mesmo tempo, elas dependem uma da outra e como se “assombram”.

Aqui precisamos de outras ligações. E a tese é que existe tal ligação entre desconstrução e sistema. A análise institucional da teoria dos sistemas e a da desconstrução estão de certa forma ligadas, de tal sorte que não podem se desprender, mas que cada movimento de uma enseja o da outra, sem que isso se torne explícito ou se possa controlar. Percebem-se as conseqüências dessa ligação constantemente nas respectivas análises das instituições jurídicas e econômicas. Mas a própria ligação ocorre nas decisões sobre a conceituação fundamental, ou melhor, sobre diferenças diretoras à arquitetura das teorias. Mais precisamente, a diferenciação importante para Derrida entre escrita e linguagem é de tal forma construída, que se torna necessariamente cega em relação à diferenciação central de Luhmann entre consciência e comunicação, e, ao mesmo tempo, é constantemente provocada por ela. Num outro nível o contrário também ocorre. Para a nossa temática jurídica e econômica, tais decisões sobre diferenças diretoras serão importantes, porque decidem, em última instância, sobre a tomada de consciência da sociabilidade e, a ela implicada, sobre a possibilidade de justiça no que diz respeito ao outro ou sobre a possibilidade de dar-ao-outro.

Um bom ponto para se observar a ligação entre as diferenças diretoras é a maneira como Derrida e Luhmann formulam a questão comum, se a fenomenologia de Husserl era adequada às instituições sociais, ou melhor, por que não podia adequar-se a elas. Várias das novas teorias sobre o tema “Justiça em relação ao outro” – de Lyotard, Habermas, Levinas e mesmo Derrida e Luhmann – deixam-se compreender-se como tentativas de eliminar o ponto cego husserliano da sociabilidade (ou ainda melhor: de aclará-lo). A tentativa husserliana de integrar a sociedade na filosofia da consciência (comunidade monádica)¹⁷ é tida em geral como fracassada. Isso porque a diferença diretora

¹⁷ HUSSERL, 1950, p. 125, 137 e 157.

entre consciência e mundo externo produz, exatamente no lugar da sociabilidade, somente um ponto cego – a inacessibilidade por princípio ao mundo exterior – e a mera construção fenomenológica do mundo na consciência é o fundamento para a existência, a princípio, da injustiça em relação aos outros. A sociedade não pode ser adequadamente tematizada. Não é possível a Husserl nem sequer ser justo com a variedade de consciências. Comunicação é entendida como mera organização de símbolos. A produção de sentido ocorre exclusivamente na consciência. O que não pode ser justo com o outro. O outro leva somente a uma existência fenomenológica (dependente de sua consciência). De certo modo, o estabelecimento da diferença transcendental/empírico (ideal/psicológico) é compensatório: com isso, em todo o caso, é possível a existência de uma esfera de sentido ideal, objetiva, geral, expandida da consciência individual. Porém, ela herdou todos os problemas do transcendentalismo: é aistórica, apriorística, não-empírica, não-dinâmica, altamente abstrata, “pura” etc.

Como o exato pólo oposto a essa perspectiva, pode-se compreender a fenomenologia dos jogos de linguagem de Lyotard, que, no entanto, repete a mesma problemática de forma invertida.¹⁸ O mundo só existe como uma construção do respectivo discurso. Consciência, dizer interno, introspecção tornam-se conseqüentemente tabus. Jogos de linguagem só fazem justiça a si mesmos, não podem fazê-la à infinitude interna da subjetividade da consciência. Atores são somente pálidas construções do jogo de linguagem. O ponto cego de Lyotard encontra-se precisamente no mesmo lugar do de Husserl. Só que ele se encontra no outro lado da mesma diferença diretora entre dentro e fora, isto é, de um lado, consciência, do outro, discurso. Nosso tema de interesse especial, o da justiça, não é visto por Lyotard como um problema de ser justo em relação a originalidade, infinitude e profundidade do outro, mas somente como problema do *différend*, que não pode se transformar em *litige*: como injustiça, como violência de um jogo de linguagem em relação ao outro.

Derrida e Luhmann procuram, ambos, escapar da alternativa fatal entre consciência e jogo de linguagem como detentores do monopólio da produção de sentido. Com suas teses de prevalência da escrita em relação à linguagem, de um lado, e sua polêmica no referente à filosofia da consciência, de outro, Derrida mira diretamente o ponto cego entre consciência e linguagem.¹⁹ A escrita é o *supplément* dessa diferença, ela mina a diferença, abrange movimentos *internos* e *externos* de produção de sentido que deixam rastros. E exatamente aqui

se encontra a ligação de sua diferença diretora com a de Luhmann. A sacada genial de Derrida, de desconstruir duplamente a hierarquia entre língua e escrita como *tangled hierarchy* e como se fosse uma inversão secreta,²⁰ corresponde à sacada genial de Luhmann, que procura fugir da alternativa estéril entre filosofia da consciência e filosofia da linguagem com a duplicação da produção de sentido por meio de sistemas psíquicos e sociais. Realmente, cada diferença encontra-se no ponto cego da outra. Escrita/linguagem *versus* comunicação/consciência são as duas diferenças diretrizes contraditórias entre si, cada qual repousando no ponto cego da outra e não podendo ser integrada numa síntese. O que resta ao observador externo é somente uma permanente “troca” de uma a outra, com o resultado de uma quase simultânea observação do mundo com duas perspectivas contraditórias, mas suplementares. A condição dessa suplementariedade é ela estar em condições de aclarar mutuamente seus pontos cegos.

A diferença derridiana entre escrita/linguagem possui, como não se pode evitar, um ponto cego, quando se trata da especialidade da sociedade em relação ao texto. Aqui reside o fundamento para a sempre criticada “cegueira sociológica” da desconstrução. Uma vez que impõe a escrita como o terceiro excluído na diferença entre consciência e linguagem, ela elimina, dessa forma, a sociedade da diferença entre intertextualidades. Desconstrução não pode “fazer justiça” à autonomia do social. Pelo mesmo motivo, não pode “fazer justiça” ao abismo da consciência, já que a escrita não diferencia comunicação de consciência. Para compensar, a desconstrução apóia-se, em vez disso, na alteridade de Levinas, que representa, no entanto, somente uma correção da cegueira husserliana, na medida em que contrapõe a totalidade da consciência formadora de sentido à infinitude do transcendente, fixando a realidade do outro e sua experiência no infinito.²¹ Nessa sacralização “precoce”, desaparece qualquer experiência do social no ponto cego da diferença totalidade/infinitez.

E aqui começa o pesadelo de Derrida. Sistemas sociais estão no ponto cego de sua diferença diretora. Ele pode desconstruir sistemas sociais como direito e economia somente como texto e intertextualidade, mas sua incansável autopoiesis persegue-o constantemente, sem tornar-se visível à luz da desconstrução. Sistemas sociais desconstroem a desconstrução, naturalmente não no sentido de que sejam capazes de excluí-la por longo tempo, mas de que postergam, suspendem, disseminam, historicizam a própria desconstrução, alterando,

¹⁸ LYOTARD, 1989.

¹⁹ DERRIDA, 1974 e 1976b.

²⁰ Cf. DUPUY, 1990, p. 101-121.

²¹ LEVINAS, 1987.

enfim, drasticamente as condições de possibilidade da desconstrução.²² Os conceitos de Luhmann para Derrida são *não-conceitos*, monstros, que perseguem seus esforços desconstrutivistas permanentemente com suas desparadoxizações. Isso vale especialmente para os conceitos centrais de Luhmann, como sistemas sociais, diferenciação funcional, diferença entre operação e auto-observação.

A façanha dos sistemas sociais consiste no fato de que eles suspendem os paradoxos do encontro com o outro. Isso não significa efetivamente, porém, que sejam capazes de resolvê-los, de torná-los suportáveis, por meio do deslocamento a um novo nível de sentido: o da comunicação. O encontro com o outro e os abismos aqui abertos são naturalmente um tema permanente de Derrida, tanto na sua filosofia da dádiva quanto na da justiça.²³ No pensamento de Luhmann, aparecem como tão centrais quanto o paradoxo da dupla contingência.²⁴ Em seu trato, contudo, consiste a diferença decisiva. A dupla contingência de duas auto-referencialidades na sua infinitude interna torna-se suportável com o surgimento da comunicação como um terceiro, como uma esfera autônoma de produção de sentido. Em outras palavras, “a auto-referência de sistemas sociais presume uma dualidade imanente para que se crie um círculo, cujo rompimento permite a criação de estruturas”.²⁵ Com isso, o paradoxo permanece naturalmente intacto, mas é reconstruído e homogeneizado na esfera da comunicação, em duas construções comunicativas socialmente interdependentes, *ego* e *alter*, o que, vale dizer, o torna inofensivo. Disso, em contrapartida, “ganham-se” os paradoxos fundantes dos sistemas sociais, cuja invisibilização torna-se um constante problema da comunicação. Exatamente essa transformação do paradoxo do *encontro com o outro*, que se perde na infinitude particular do outro, nos paradoxos fundantes dos mundos de comunicação, por exemplo, no paradoxo do direito ou da economia, não é reconstituída por Derrida. Sua análise da economia e do direito permanece presa aos paradoxos originais da alteridade.

Aqui também revela-se claramente o déficit de Derrida nas análises históricas e sociológicas, visível nos fantasmas de Marx, que são assustadoramente fortes em toda forma de espectrologia, mas claramente fracos em análises concretas do presente.²⁶ É que a transformação do paradoxo da dupla contin-

²² LUHMANN, 1995, p. 37-55.

²³ DERRIDA, 1991, p. 45, e 1993, p. 21ss.

²⁴ LUHMANN, 1984, p. 148ss.

²⁵ Idem, 1997, p. 333.

²⁶ Cf. DERRIDA, 1995, especialmente cap. 3, em que diagnósticos um tanto quanto jornalísticos da época têm a incumbência de dar conta das pretensões de reconstrução de teorias sociais clássicas.

gência nos paradoxos fundantes do terceiro emergente, do sistema social, significa simultaneamente sua historização. Mesmo quando as estruturas básicas do paradoxo permanecem iguais, são agora suas respectivas invisibilizações e os momentos ameaçadores de suas reaparições dependentes de condições históricas coincidentes. O paradoxo mesmo, segundo Luhmann, é conhecimento incondicional, necessidade transcendental, sucessor do sujeito transcendental. Por outro lado, a diferença utilizada para a desparadoxização depende de condições sociohistóricas de plausibilidade, de aceitação, sendo, portanto, conhecimento impositivo, contingente. Com isso, a desconstrução e a construção de sistemas tornam-se tema da sociologia do conhecimento: que tipo de sociedade faz certas diferenças plausíveis? Simultaneamente, a atividade de desconstrução é socializada e historicizada. A desconjuração do paradoxo do *encontro com o outro* permanece sempre possível, mas, estranhamente, sem conseqüências, ao passo que a bem-sucedida redescoberta dos paradoxos sociais, que devem modificar-se sob condições históricas concretas, representa a verdadeira ameaça.

O próximo monstro sistêmico – diferenciação funcional – revela-se outro pesadelo, porque novamente altera drasticamente a situação. A determinação de esferas de sentido autônomas na sociedade, sua constituição de acordo com cada um dos próprios códigos e programas, e especialmente seu fechamento mútuo permitem a elas um novo modo de lidar com a desconstrução. Um de seus efeitos é a sua imunização em relação a outros mundos de sentido e seus paradoxos.²⁷ O sistema jurídico permanece indiferente ao paradoxo da escassez, cuja solução relega à economia. Os juristas podem ficar indiferentes ao conhecido *paradoxo de Creta*, declarando-o um problema que só interessa à lógica.²⁸ No direito, a desconstrução somente conta mediante o paradoxo do direito, que ameaça a aplicação do código binário lícito/ilícito. O colapso do direito natural, no início da era moderna, e os efeitos contemporâneos da globalização são testemunhas dessa ameaça real ao direito.²⁹ Mas também aqui a diferenciação funcional tem a força de desconstruir a desconstrução, abrindo a possibilidade de externalizar os paradoxos fundantes, neutralizando-os por meio de um deslocamento de um a outro sistema social. A politização do paradoxo de validade do direito e do paradoxo de escassez da economia constitui exemplos históricos em que sistemas sociais desvencilham-se de seus paradoxos, introduzindo a diferenciação de níveis (entre aplicação e

²⁷ LUHMANN, 1997, p. 755.

²⁸ Cf. SUBER, 1990.

²⁹ Cf. TEUBNER, 1996.

positivação do direito, entre decisões de alocação e decisões quantitativas). O *nível superior* não consiste mais num problema próprio do direito, mas é definido como questão política e respondido pelo sistema político.³⁰

Uma forma superior de resistência à desconstrução é finalmente alcançada, quando a diferença entre operação e auto-observação institucionaliza-se firmemente em sistemas sociais. Associam-se, assim, as operações do sistema jurídico numa rede autônoma de decisões, cuja validade não depende diretamente das argumentações jurídicas, mas somente acopla-se a elas de maneira estruturalmente “frouxa”. Tal separação entre auto-observação e operação constitui um problema para a análise desconstrutiva, já que ela não conhece qualquer diferença sistemática entre textos confrontados e instituições sociais, isto é, estruturas fundadas em presunções de consensos e materializadas de modo duradouro. Nesse caso, os paradoxos, surgidos regularmente no exercício argumentativo do direito, não possuem efeitos diretos no seu funcionamento decisório.³¹ Apenas as desconstruções referentes ao nível de validade das decisões legislativas, judiciais ou contratuais, como as verificadas, hoje em dia, na crise da globalização do direito, desencadeiam a busca agitada por um novo fundamento de validade.

Deve ter ficado claro que os efeitos “pesadélicos” dos sistemas sociais não consistem simplesmente em imunizar a produção de sentido em relação à sua desconstrução. Isso eles fazem de maneira bem-sucedida, porém, não para sempre, pois são alcançados em intervalos rítmicos pelos seus próprios paradoxos. O que mais irrita nos sistemas sociais é a própria prática da desconstrução submeter-se à evolução histórica, mediante a permanente mudança de forma dos sistemas sociais. Variação, seleção e retenção: será que os mecanismos evolutivos produzem efeitos não somente sobre a reprodução de macacos e sistemas sociais, mas também sobre os agitados movimentos iterativos da *différance*? No entanto, um darwinismo desconstrutivista não seria ainda seu pior pesadelo. Seria, antes, a espantadora dinâmica de aperfeiçoamento no jogo da constante troca entre desconstrução e construção de sistemas sociais. Quando se atenta às estruturas dos sistemas sociais, verifica-se o verdadeiramente notável: os paradoxos não ameaçam simplesmente a sua existência, contra os quais os sistemas devem se defender, isolar e proteger, mas são usados de maneira criativa para a produção de novos mundos de sentido. A verdadeira obsessão não parece ser a postura defensiva, conservadora, de manutenção do sistema, e

sim o impulso indomável à nova descoberta de diferenças – o nascimento de sistemas sociais com base no espírito da desconstrução.

IV. A REDENÇÃO DE LUHMANN: A DÁDIVA DA JUSTIÇA

O ponto cego da teoria luhmanniana dos sistemas não está, como se presume freqüentemente, onde outros vêem o sujeito (indivíduo, homem) e criticam os sistemas sem sujeito, anti-humanistas etc. Esse julgamento pode ser dirigido, com razão, às teorias dos jogos de linguagem, bem como à da desconstrução, na qual se pode denunciar, pela desconstrução do sujeito tradicional, uma subjetivização da *différance*. No entanto, não procede para a teoria dos sistemas, capaz de fugir das mútuas relações de cegueira entre filosofia da consciência e filosofia da linguagem mediante a duplicação da realização do sentido. Diferentemente de Derrida, que, com o conceito de *escrita*, simplesmente faz *tábula rasa* com a diferença entre *mind* e *society*, Luhmann separa comunicação e consciência como inacessíveis uma à outra, constrói os dois mundos, mas como autônomos de sentido. Luhmann combina, de certa forma, Husserl com Wittgenstein: a fenomenologia dos jogos de linguagem com a da consciência, sem, contudo, mesclá-las em algo único (como faz a *différance*, de Derrida, e a intersubjetividade, de Habermas). O ponto cego dessa teoria encontra-se, portanto, não na falta de um sujeito, mas exatamente na diferenciação entre dois “sujeitos”, na distinção comunicação/consciência, sociedade/indivíduo, externo/interno, sistema de sentido/sistema de sentido.

Isso não deve ser visto como erro da teoria de Luhmann, já que a sua maior contribuição é fornecer a construção da autonomia do social mais plausível até agora. Porém, sua maior contribuição torna a teoria necessariamente cega para as conexões de sentido que abrangem tanto a comunicação quanto a consciência, ou tanto a sociedade quanto o indivíduo. Esse é o ponto que Habermas ataca com razão, argumentando uma separação *artificial* entre sistemas sociais e psíquicos.³² Luhmann, entretanto, trabalha constantemente no ponto cego de sua teoria e busca compensar tal insuficiência da separação com os conceitos emocionalmente carregados de acoplamento estrutural ou de interpenetração de sistemas sociais e psíquicos. Seu aparato teórico sempre o compele a transportar acoplamento estrutural e interpenetração no interior desses sistemas (irritação é a prestação própria do sistema irritado etc.) e a

³⁰ Acerca do direito, cf. LUHMANN, 1990, p. 176-220; sobre economia: idem, 1988b, p. 100.

³¹ WITTHÖUTER, 1986, p. 53; HELLER, 1985, p. 185.

³² HABERMAS, 1985, p. 437.

minimizar, ou melhor, eliminar, o elemento *iterativo*, a tradução ou o *ser entre* a consciência e a comunicação.

Relação é, para Luhmann, um *não-conceito*, não só para a intersubjetividade, mas também para as relações entre sistemas, que só pode ser trabalhado de maneira compensatória mediante as observações da sincronização dos sistemas. A mesma compensação encontra-se, assim, novamente no santíssimo da superteoria, na diferença entre sistema e ambiente. Aqui também se verifica a insuficiência da teoria, munida com uma grande vantagem, que consiste em não poder analisar a própria relação, compensada de forma secundária com o acoplamento estrutural.³³ E justamente no santíssimo começa a assombração dos sistemas estruturalmente acoplados pela desconstrução, a perseguição da pluralidade não-suspendível de sistemas por meio da unidade (!) da *différance*. Isso porque, na visão de Derrida, a constituição de sentido não apareceria como uma pluralidade de recursões separadas, mas paralelas, de sistemas fechados e, muito menos, como separação de sistemas sociais e psíquicos. A dinâmica da *différance* é muito mais um acontecimento diferenciado, constituído paradoxalmente, inutável de acordo com o contexto, que está constantemente adiando seu significado, mas, ainda assim, é um acontecimento conexo (e não desagregado, de acordo com o modelo discursivo/sistêmico ou psíquico/social), que compreende, em sua relacionalidade, aspectos jurídicos, econômicos, políticos, interacionais e organizacionais, além de sociais e psíquicos.³⁴ Sua tese é que tal conceito de *différance*, não compatível, e sim suplementar ao aparato conceitual da teoria dos sistemas, é capaz de articular a dança aberta das próprias operações sistêmicas, a rede de relações, a coordenação, o jogo conjunto de diferentes aspectos, sem transformá-los novamente num sistema fechado de operações semelhantes e conexas. Esse entendimento da *différance* não seria mais sistemicamente integrável. Ele poderia somente agir como uma assombração amedrontadora do sistema fechado.

A necessária cegueira da diferença sistema/ambiente repercute massivamente no conceito de *justiça* da teoria dos sistemas. Ao contrário de propagados preconceitos, Luhmann não abandona a justiça como um ferro velho de idéias européias antiquadas, mas coloca-a no lugar central de sua teoria, não mais como critério interno para a decisão de casos concretos, tampouco como a norma interna mais elevada do direito ou como valor moral ou político externo, pelo qual o direito deve se orientar, e sim como fórmula de contingên-

cia do direito, como relação do direito com seu ambiente. De acordo com Luhmann, a justiça é a complexidade adequada do sistema jurídico, a melhor consistência interna possível diante das exigências do ambiente extremamente divergentes.³⁵ Porém, aqui também se evidencia a insuficiência, que consiste no fato de a relação com o ambiente poder ser almejada, mas não compreendida *como tal*, do ponto de vista da teoria dos sistemas, a não ser de forma assimétrica, seja da perspectiva interna do sistema jurídico seja da perspectiva externa do observador. A própria relação entre direito e sociedade, a tradução de um sistema no outro, desaparece no ponto cego da diferença sistema/ambiente. Esse tipo de justiça atenderia, por isso, no máximo ao próprio sistema jurídico. Sob condições de diferenciação funcional extrema, a consistência interna da decisão do direito é realmente um problema precário, contra o qual a justiça como fórmula de contingência reage. Ela será muito menos justa aos ambientes sociais, já que eles aparecem, diante de um conceito de justiça assim formulado, somente como perturbações perigosas à sua consistência, que pode ser “justa” apenas mediante uma nova consistência do decidir.

E ela não será mais adequada às relações do direito com seu mundo, se com ela se deva significar a própria unidade da diferença direito/não-direito, a unidade da diferença entre sistema e ambiente. Nesse momento, as coisas tornam-se perigosas. De um lado, Luhmann concede que “a intenção à observação da unidade da diferença permanece possível e faz ‘sentido’ no mundo dos sentidos. Mas esse sentido toma a forma do paradoxo, isto é, a forma do paradoxo fundante da identidade da diferença”.³⁶

Sob esse pressuposto, para Luhmann a unidade da diferença não é um tema apropriado da justiça, nem para a fórmula de contingência de um sistema social. Todavia, exatamente nesse lugar vazio, a essa insuficiência, a esse paradoxo, mira Derrida a diferença difícil e inconstante entre justiça e direito positivo: “uma diferença entre justiça (infinita, incomensurável, renitente contra toda a regra, estranha em relação à simetria, heterogênea e heterotrópica) e seu exercício na forma de direito, da legitimidade ou da legalidade (compensável, de acordo com as disposições, comensurável, um sistema de prescrições regularizadas, codificadas, registradas)”. O conceito de *justiça*, de Derrida, diferencia-se do de Luhmann, “exatamente em razão dessa infinitude e da relação heterônoma com o outro, com a face do outro, cuja infinitude eu não posso tematizar, mas à qual estou entregue”.³⁷

³³ LUHMANN, 1997, p. 92ss.

³⁴ DERRIDA, 1976b, p. 6ss.

³⁵ LUHMANN, 1974, 1981, p. 374ss, e 1993b, p. 214ss.

³⁶ Idem, 1996, p. 16.

³⁷ DERRIDA, 1991, p. 44ss.

Esse conceito de *justiça*, que alude à filosofia da alteridade de Levinas, não é – tal como ocorre em Luhmann – uma norma interna ao direito. A justiça tampouco é exigência social, moral ou política ao direito, mas objetiva – diferente do que diz Luhmann – diretamente à transcendência do direito, por princípio não atingível pelas operações jurídicas, mas sobre cujas exigências a justiça assenta-se constantemente. Na medida em que a desconstrução acentua a intransponível diferença entre direito positivo e justiça, ela formula a dimensão transcendente do direito e – novamente no mesmo sentido de Luhmann – uma observação do mundo do direito como unidade da diferença entre direito e não-direito, que finda necessariamente em paradoxos.

Esse é o problema central de Derrida: a justiça como transcendência em contraposição intransponível ao direito positivo, que, entretanto, constantemente assombra o direito. É exatamente aqui que se encontra o paralelo entre a relação da dádiva e a circulação da economia. A dádiva não é somente um princípio ético ou político contra a lógica econômica fria do capitalismo, como aparece em Marcel Mauss, em seu *Essai Sur le Don*. A dádiva transcende qualquer sociabilidade e a provoca – na metáfora do mendigo, por exemplo – como uma exigência incondicional do outro.³⁸ Entretanto, também aqui não há mera transcendência sem ligação com a circulação da economia, e sim a mesma estrutura da separação, em princípio insuspondível, ligando-se simultaneamente por provocação constante. Daí também a solicitação que sempre surge em Derrida à ação política, provocada pelas exigências insaciáveis de uma justiça transcendente e da dádiva.

A sociologia de Luhmann recusa-se a tratar tais temáticas. Ocupa-se a princípio somente com questões de imanência do direito, de positividade do ato jurídico, das normas jurídicas, da relação com o ambiente como construção positiva do mundo exterior, inacessível ao direito. Apenas num ponto ela vai além: o encontro do direito (da teoria do direito) com o próprio paradoxo seria de fato – também e exatamente por isso –, da perspectiva da teoria dos sistemas, uma maneira de o direito conviver com sua própria transcendência. No entanto, exatamente essa questão exclui a teoria dos sistemas, notadamente o sistema jurídico por ela observado com afiado rigor. Trata-se, para evitar o bloqueio das operações, de tornar o paradoxo invisível, e não de confrontá-lo. Evidentemente, o trato social com a transcendência não é tido em geral como sem sentido. O tema da *transcendência*, porém, concentra-se na religião como sis-

tema social autônomo e nela é tematizado como um trato idiossincrático com paradoxos: como a simbolização do terceiro excluído na diferença entre sistema e ambiente.³⁹

A dádiva da justiça de Derrida, ao contrário, persegue a teoria dos sistemas com perguntas chatas: no nosso contexto, sobretudo, com a questão se é possível ter uma experiência religiosa especial do direito. O paradoxo do direito não seria mais observado somente em relação a seus tabus, mas pela questão se na linguagem jurídica pode ser simbolizado aquilo que está escondido como utopia do direito.⁴⁰ Por mais correto que seja afirmar que o direito positivo pode surgir somente quando se torna invisível o paradoxo do direito, a “justiça” seria a fórmula para o *deparar-se com tal paradoxo*, mais do que uma fórmula de consistência interna ou de adequação à relação com o ambiente do direito. Não se trataria, tampouco, de meras especulações esotéricas da teoria jurídica e econômica, e sim de experiências práticas, mesmo quando critérios de justiça não são fornecidos juntos: a visão de uma justiça sem medida, cujas exigências extremas, mas legítimas, não podem por princípio realizar-se, a experiência insuportável de uma responsabilidade infinita em razão da indecidibilidade, a vivência de um fracasso fundamental do direito, a experiência das *tragic choices* que invariavelmente terminam, independentemente da decisão tomada, em injustiça e culpa. A simbolização de transcendência não se limitaria, de acordo com o esquema da diferenciação funcional, ao sistema social religioso, mas, antes, seria uma forma de vivência tanto para o sistema jurídico quanto para outros sistemas sociais, cujas fórmulas de contingência gravitam em torno de seu paradoxo. Já que não se conseguiram centralizar as teorias reflexivas dos subsistemas, como a teoria do direito e a teoria econômica, no sistema da ciência, já que a reflexão sobre a identidade social é representada como uma prática descentralizada nos subsistemas, como, então, é provável que sua fórmula de transcendência seja administrada exclusivamente no sistema religioso? Parafraseio um conhecido ditado: a justiça é por demais importante para que se possa deixá-la nas mãos dos pastores (sem falar dos juristas). Realmente, não se deveria encarar – e com essa pergunta eu gostaria de encerrar este artigo – as tematizações de Derrida sobre a dádiva e a justiça, que não representam a contingência, e sim a fórmula de transcendência do direito e da economia, como uma nova forma, idiossincrática e socialmente adequada, de religiosidade, num tempo de extrema diferenciação funcional?

³⁸ Idem, 1993, p. 498s.

³⁹ LUHMANN, 1996, p. 16.

⁴⁰ BLECHER, 1991.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BENJAMIN, W. *Gesammelte Schriften*. Frankfurt: Suhrkamp, 1977. Bd. II.
- BLECHER, M. *Zu einer Ethik der Selbstreferenz oder: Theorie als Compassion: Möglichkeiten einer Kritischen Theorie der Selbstreferenz von Gesellschaft und Recht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1991.
- BOLSINGER, E. Was ist Deziisionismus: Rekonstruktion eines autonomen Typs politischer Theorie. *Politische Vierteljahresschrift*, Wiesbaden, 39: 471-502, 1998.
- DE BERG, H. & PRANGEL, M. *Differenzen: Systemtheorie zwischen Dekonstruktion und Konstruktivismus*. Tübingen: Francke, 1995.
- DERRIDA, J. *Marx' Gespenster: Der verschuldete Staat, die Trauerarbeit und die neue Internationale*. Frankfurt: Fischer 1995.
- _____. *Falschgeld: Zeitgeben I*. München: Fink, 1993.
- _____. *Gesetzeskraft: Der "mystische Grund der Autorität"* Frankfurt: Suhrkamp, 1991.
- _____. *Die Schrift und die Differenz*. Frankfurt: Suhrkamp, 1976a.
- _____. Die différence. In: DERRIDA, J. (ed.). *Randgänge der Philosophie*. Frankfurt: Ullstein, 1976b.
- _____. *Grammatologie*. Frankfurt: Suhrkamp, 1974.
- DUPUY, J.-P. Deconstructing Deconstruction: Supplement and Hierarchy. *Stanford Literature Review*, Saratoga, 7: 101-121, 1990.
- FELICE, L. *Il grande dizionario Garzanti della lingua Italiana*. Milano: Garzanti, 1987.
- HABERMAS, J. *Der philosophische Diskurs der Moderne: Zwölf Vorlesungen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1985.
- HAHN, M. Vom Kopfstand des Phozentrismus auf den Brettern der Systemtheorie oder: Luhmann und/oder Derrida - einfach eine Entscheidung? Anmerkungen zu 'Die Form der Schrift' von Niklas Luhmann". *Soziale Systeme*, Stuttgart, 2: 283-306, 1996.
- HELLER, T.C. Legal Discourse in the Positive State: A Post-Structuralist Account. In: TEUBNER, G. (ed.). *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin: De Gruyter, 1985.
- HUSSERL, E. *Husserliana*. Den Haag, 1950. Bd. I.
- LEVINAS, E. *Totalität und Unendlichkeit: Versuch über die Exteriorität*. Freiburg: Alber, 1987.
- LUHMANN, N. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1997.
- _____. Die Sinnform Religion. *Soziale Systeme*, Stuttgart, 2: 3-33, 1996.
- _____. The Paradox of Observing Systems. *Cultural Critique*, Nova York, 31: 37-55, 1995.
- _____. Die Paradoxie des Entscheidens. *Verwaltungsarchiv*, München, 84: 287-310, 1993a.
- _____. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1993b.
- _____. Sthenographie und Euryalistik. In: GUMBRECHT, H.U. & PFEIFFER, K.L. (eds.). *Paradoxien, Dissonanzen, Zusammenbrüche: Situationen offener Epistemologie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.
- _____. Verfassung als evolutionäre Errungenschaft. *Rechtshistorisches Journal*, Frankfurt am Main, 9: 176-220, 1990.
- _____. The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History. *Journal of Law and Society*, Oxford, 15: 153-165, 1988a.
- _____. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988b.
- _____. *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*. Frankfurt: Suhrkamp, 1984.
- _____. *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981.
- _____. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*. Stuttgart: Kohlhammer, 1974.
- LYOTARD, J.-F. *Der Widerstreit*, 2. Aufl., München: Fink, 1989.
- SUBER, P. *The Paradox od Self-Amendment: a study of logic, law, omnipotence and change*. Nova York: P. Lang, 1990.
- TEUBNER, G. Des Königs viele Leiber: Die Selbstdekonstruktion der Hierarchie des Rechts. *Soziale Systeme*, Stuttgart, 2: 229-255, 1996.
- WIETHÖLTER, R. Social Science Models in Economic Law. In: DAINTITH, T. & TEUBNER, G. (eds.). *Contract and Organization: legal analysis in the light of economic and social theory*. Berlin: De Gruyter, 1986.

II. DIREITO NO PROCESSO DE GLOBALIZAÇÃO

3. AS DUAS FACES DE JANUS: PLURALISMO
JURÍDICO NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA

Et enfin: les phrases de régime ou de genre hétérogène se 'rencontrent' sur les noms propres, dans les mondes déterminés par les réseaux de noms.

LYOTARD¹

I.

O pluralismo jurídico fascina os juristas pós-modernos, que não se preocupam mais com o direito oficial do Estado centralizado e suas aspirações de abstração, generalidade e universalidade. É na “lei do asfalto” das grandes cidades norte-americanas ou no “quase-direito” das favelas no Brasil, nas normas informais das culturas políticas alternativas, na colcha de retalhos do direito das minorias, nas normas de grupos étnicos, culturais e religiosos, nas técnicas disciplinares da “justiça privada” e, ainda, nos regulamentos internos de organizações formais e redes informais que se encontram todos os ingredientes da pós-modernidade: o local, o plural, o subversivo. A diversidade de discursos fragmentados e hermeticamente fechados pode ser identificada por meio de numerosos tipos informais de regras, geradas quase independentemente do Estado e operando em várias esferas informais. O pluralismo jurídico descobre, assim, no “lado obscuro” do direito soberano, o potencial subversivo dos discursos reprimidos. As mais diversas quase-normas informais e locais são tidas como *supplément* ao moderno ordenamento jurídico oficial, formal, centralizado.²

Exatamente essa ambivalência, esse caráter dúplice, faz o pluralismo jurídico tão atraente aos olhos dos juristas pós-modernos. Como o antigo deus romano Janus, guardião de portas e portões, do começo e do fim, o pluralismo jurídico se apresenta agora com duas faces. Os fenômenos do pluralismo jurídico são, ao mesmo tempo, normas sociais e regras jurídicas, direito e sociedade, formais e informais, orientados por normas e espontâneos. No pluralismo jurídico, o relacionamento entre o direito e a sociedade é altamente ambíguo, até mesmo paradoxal: direito e sociedade são separados, mas interligados, autônomos, mas interdependentes, fechados, porém, ao mesmo tempo, abertos. Boaventura de Sousa Santos, um dos protagonistas do *estilo* jurídico pós-moderno, fez públicas as seguintes idéias:

O autor realiza uma releitura da teoria do pluralismo jurídico, da perspectiva de diversos discursos (jurídico, econômico, tecnológico, político etc.) vivendo em permanente conflito. Diante da distinção direito oficial/direito não-oficial, defende que existem diversos *campos sociais semi-autônomos* participando da criação do direito – alguns estão incorporados ao discurso do direito oficial, ao passo que outros não são aceitos. Assim, propõe uma recontextualização da teoria do direito, perante a inevitabilidade do pluralismo jurídico no contexto da globalização. O pluralismo jurídico, como o deus Janus, possui duas faces: o direito, como discurso, ao mesmo tempo que fechado aos demais discursos sociais, depende deles.

Título original: Die zwei Gesichter des Janus: Rechtspluralismus in der spätmodernen Gesellschaft. In: *Festschrift für Josef Esser*. Karlsruhe: Müller, 1995, p. 191-214. Tradução: **BRUNELA VIEIRA DE VINCENZI**.

¹ LYOTARD, 1983, p. 51.

² Cf. FITZPATRICK, 1992, p. 199-215, e 1989, p. 347-358; ARNAUD, 1990, p. 173-192; SANTOS, 1990, p. 113-123, e 1987, p. 279-299; e HENRY, 1987, p. 89-108.

*Legal pluralism is the key concept in a post-modern view of law. Not the legal pluralism of traditional legal anthropology in which the different legal orders are conceived as separate entities coexisting in the same political space, but rather the conception of different legal spaces superposed, interpenetrated and mixed in our minds as much as in our actions, in occasions of qualitative leaps or sweeping crises in our life trajectories as well as in the dull routine of eventless everyday life.*³

A questão central sobre como a arquitetura pós-moderna constrói as conexões entre elementos sociais e jurídicos defronta-se com respostas extremamente vagas: os elementos sobrepõem-se, interpenetram-se, interligam-se, integralizam-se, constituem-se mutuamente, dialeticamente... A nós não resta nada além de ambigüidade e confusão. No entanto, talvez seja exatamente aí que se encontre o charme do pós-modernismo.

II.

Aqui nos ajudaria a teoria dos sistemas autopoieticos? Estariam os conceitos *abertura operacional* e *acoplamento estrutural* aptos a nos auxiliar a entender melhor a interligação do social com o jurídico, no pluralismo jurídico? A autopoiese do direito e a teoria pós-moderna do direito têm muito em comum: o *giro lingüístico*, que se afasta da sociologia positivista do direito, a dissolução da realidade social e da realidade jurídica em discursividade, a fragmentação e o fechamento mútuo de discursos, o caráter *non-foundationalist* da argumentação jurídica, a desconstrução do sujeito de direito, a exploração eclética de diversas tradições do pensamento, a preferência pelo *différence*, *différance* e *différend* diante do *um que é necessário* e, notadamente, o fundamento do direito em paradoxos, antinomias e tautologias. Mas aqui os caminhos se separam. Enquanto o pós-modernismo satisfaz-se em simplesmente desconstruir a teoria do direito e brincar com antinomias e paradoxos, provocando, assim, os juristas burgueses, a teoria do direito como sistema autopoietico suscita uma questão mais pragmática: o que resta depois da desconstrução?

O desenvolvimento de tautologias, a prática social do dia-a-dia com contradições e antinomias, a criativa utilização do paradoxo, tudo isso abre o caminho que leva para além da desconstrução, para uma prática reconstrutivista. É a experiência tirada da vida real, da prática discursiva que "sabe" como superar paradoxos, contradições e tautologias, que impede, no pluralismo jurídico, o recuo ao aconchego da penumbra de encerramento e abertura, separação e ligação, autonomia e interdependência mútua. Paradoxos, tautologias, contra-

³ SANTOS, 1987, p. 293.

dições e ambigüidades de práticas discursivas não são o fim da análise autopoietica, mas, antes, o seu ponto de partida: aí estão os fundamentos (instáveis) da auto-organização das práticas sociais.

Simultaneamente o pluralismo jurídico pode ser visto como uma espécie de experimento da teoria autopoietica, pois, mesmo para observadores simpatizantes, essa teoria parece tender "*towards a too radical separation between law and society*".⁴ Pode uma teoria que ressalta a clausura operacional do sistema social dar conta do "*intersecting bodies of expertise*"?⁵ Enquanto é plausível descrever o direito oficial dos Estados centralizados como autônomo, auto-referente e auto-reprodutor, o mesmo procedimento torna-se altamente questionável diante da *fleeting ambivalence* do pluralismo jurídico,⁶ em que os limites do jurídico e do social se descaracterizam até ficar irreconhecíveis.

O problema está ligado à própria história da teoria autopoietica, que se encontra bem desenvolvida no que diz respeito à clausura operacional, porém, ainda pouco desenvolvida quando se trata da lógica complementar da abertura informativa de sistemas racionais fechados. Até agora, a idéia da teoria autopoietica da clausura operacional substituiu com sucesso a teoria dos sistemas abertos, sem cair, de novo, na antiga concepção de sistema auto-suficiente *sem ambiente*.⁷ Com efeito, a reformulação de conceitos básicos da teoria dos sistemas, passando do modelo *input-output* ao da clausura operacional e da abertura informativa, deu partida a uma verdadeira mudança paradigmática. Sistema, função, estrutura, processo, dupla contingência, comunicação, ação e, acima de tudo, sentido, todos esses conceitos passam a ter um significado radicalmente novo, no mundo da autonomia, da auto-referência e da autopoiese. Todavia, aqui começam novos problemas: como é possível entender o paradoxo de que, para sistemas cognitivos, sua clausura operacional é a base para a sua abertura? Como é possível, com base na clausura operacional, construir uma abertura diferente do modelo *input-output*? Como pode a teoria autopoietica solucionar o enigma imposto por ela mesma: "*l'ouvert s'appuie sur le fermé*"?⁸

A metáfora aqui prometida é *order from noise*. Seus conceitos-chave são: perturbação, acoplamento estrutural, deriva estrutural e coevolução.⁹ Tal con-

⁴ NELKEN, 1986, p. 338.

⁵ MILLER & POWER, 1989, p. 230-255.

⁶ HENRY, 1987, p. 93.

⁷ LUHMANN, 1984.

⁸ MORIN, 1986, p. 203ss.

⁹ FÖRSTER, 1993, p. 211ss; LUHMANN, 1984, p. 242ss; MATURANA, 1982, p. 287ss; e MATURANA & VARELA, 1987, p. 103ss.

cepção poderia ser mal-entendida como um compromisso barato entre clausura operativa e o modelo *input-output*, um *meio-termo* entre dois *extremos*.¹⁰ Contudo, trata-se justamente do oposto: de radicalizar, ao mesmo tempo, a clausura e a abertura. Para o *reconhecimento* ser possível, os sistemas precisam desenvolver clausuras operacionais e, simultaneamente, abrir-se ao seu ambiente de maneira nova e diversa: informações não são transportadas via *input-output*, e sim reconstruídas por perturbações e acoplamentos estruturais. A diferença parece sutil, mas tem grande relevância. *Sistemas abertos* recebem o *input* do ambiente e, por processos internos, o convertem em *output*, que, por *feedback*, poderá vir a se tornar novamente *input*.¹¹ Em sentido contrário, um sistema operacionalmente fechado está estruturalmente conectado ao seu nicho, quando usa acontecimentos do ambiente, como perturbações, a fim de construir ou mudar as suas estruturas internas. Do *noise* externo, ele produz a ordem interna.¹² O contato entre o sistema e o seu nicho é real – *environmental constraints* não são definidos externamente por uma realidade espaço-temporal, como querem Arbib & Hesse.¹³ Antes, é o próprio sistema que define os seus *environmental constraints*, ao projetar suas expectativas nas perturbações. Estas serão, assim, entendidas como realização ou frustração das suas expectativas. Tal bifurcação binária decide como dar continuidade às operações internas. Desse modo, um sistema capaz de internamente distinguir entre auto-referência e hetero-referência torna-se dependente do ambiente, utilizando as perturbações externas como requisitos às suas próprias operações, seja como irritações seja como oportunidades para mudanças estruturais.¹⁴ A multiplicação dessas microssincronizações entre o sistema e o nicho leva, finalmente, a um caminho comum de desenvolvimento, a uma deriva estrutural do sistema com o nicho e a uma coevolução de diversos sistemas estruturalmente acoplados.¹⁵

Esse parece ser um ponto de partida promissor para repensar o relacionamento entre o discurso jurídico e outros discursos sociais, pois possibilita um melhor entendimento da autonomia relativa do direito. Tal entendimento é muito mais exigente do que uma simples diferenciação entre causas internas e externas das mudanças no direito.¹⁶ Pretende esclarecer a obscura metáfora da

interwovenness do pluralismo jurídico, isto é, a trama entre o jurídico e o social, por intermédio de uma construção teórica, esclarecendo quais aspectos levam ao fechamento e quais, à abertura do direito, justamente no contexto dos fenômenos ambivalentes presentes no pluralismo jurídico.

Apesar de todo potencial inovador, a concepção de acoplamento estrutural entre sistemas autônomos, desenvolvida pela teoria geral dos sistemas, não é suficientemente complexa para lidar com os problemas específicos do relacionamento entre direito e sociedade. Aqui fracassa a simples imaginação de dois sistemas autônomos que constituem mutuamente seus ambientes. A razão está em que, afinal das contas, as relações entre direito e outros campos sociais decorrem de diferenças internas no contexto de uma única sociedade. Isso significa que, apesar de toda autonomia, esses campos pertencem ao mesmo sistema social, não podendo simplesmente ser concebidos num modelo de dois sistemas autopoieticos independentes. O dilema perturbador da *autopoiese na autopoiese*,¹⁷ que se coloca para os campos sociais autônomos, obriga a modificar o conceito de *acoplamento estrutural* desenvolvido para organismos independentes: o direito não é mais aberto em relação a outras províncias culturais – como a política, a ciência, a economia, a religião e a cultura – do que a concepção de *acoplamento estrutural* poderia permitir? Não é a *interdiscursividade*¹⁸ no direito e na sociedade muito mais densa do que a que poderia ser produzida por meras perturbações pontuais? Será que não encontraríamos, na coevolução do direito e dos discursos sociais, um parentesco por afinidade muito maior do que o gerado pela mera coexistência pela deriva estrutural? Para variar, a nossa metáfora inicial: *order from music*, em vez de *order from noise*?

A fim de fazer justiça ao relacionamento interdiscursivo entre direito e sociedade, proponho modificar em três aspectos a concepção de *acoplamento estrutural*:

1. mal-entendidos produtivos: uma vez que a interdiscursividade é um acoplamento estrutural de um sistema autopoietico dentro do sistema autopoietico da sociedade como um todo, o simples conceito de *perturbação* não é suficiente para compreender a idéia específica de *fechamento/abertura dos subsistemas sociais*. Realmente, entre eles ocorre e, ao mesmo tempo, não ocorre comunicação. Assim, para um

¹⁰ VARELA, 1984, p. 208, e 1988, p. 88ss.

¹¹ Cf. as teorias cibernéticas antigas apresentadas, por exemplo, por BUCKLEY, 1967.

¹² FÖRSTER, 1993, p. 225ss.

¹³ ARBIB & HESSE, 1986, p. 3.

¹⁴ Para o caso do direito, cf. LUHMANN, 1993, p. 440ss; para ciência, idem, 1990, p. 29ss e 163ss.

¹⁵ MATURANA & VARELA, 1987, p. 103ss.

¹⁶ Cf. debate entre LEMPERS (1988, p. 152ss) e LUHMANN (1988, p. 335ss).

¹⁷ Cf. TEUBNER, 1989, cap. 3.

¹⁸ JACKSON, 1988.

relacionamento tão paradoxal entre discursos sociais, sugiro substituir *perturbação por mal-entendidos produtivos*. No pluralismo jurídico, o discurso jurídico não é somente perturbado pelo processo de auto-reprodução da sociedade, mas o direito entende mal, de maneira produtiva, outros discursos sociais, passando a utilizá-los como *fontes* de produção de normas;

2. instituições de ligação: o acoplamento estrutural depende de determinadas instituições de ligação, que irão dar forma à sua duração, qualidade e intensidade. Enquanto no “antigo” pluralismo jurídico a conexão entre o direito e o campo social era a recepção de normas sociais difusas pelo direito, o “novo” pluralismo jurídico caracteriza-se pela existência de instituições específicas, que conectam o direito a uma *multitude* de subsistemas funcionais e organizações formais;
3. responsividade: a coevolução leva à mera *sobrevivência* de construções internas do direito. Por outro lado, a responsividade social nasce quando as instituições de ligação associam o direito mais estreitamente aos demais discursos sociais autônomos. Pluralismo jurídico significa, assim, o direito mais voltado à sociedade, não por aumentar os seus conhecimentos sociais e econômicos, mas por aproveitar a sincronia entre operações jurídicas e sociais, de modo a melhorar seus conhecimentos implícitos.

III.

*The new legal pluralism moves away from questions about the effect of law on society or even the effect of society on law toward conceptualizing a more complex and interactive relationship between official and unofficial forms of ordering. Instead of mutual influences between two separate entities, this perspective sees plural forms of ordering as participating in the same social field.*¹⁹

Realmente, esse novo pluralismo jurídico, concisamente conceituado por John Griffiths,²⁰ representa considerável progresso contra uma visão mais antiquada e legalista do pluralismo jurídico, que define como um problema do direito oficial reconhecer ordens normativas subsidiárias, entre elas, as regionais ou as de regimes corporativos. Com efeito, supera concepções hierárquicas do pluralismo jurídico que tendem a assimilar níveis jurídicos com a estratifica-

¹⁹ Ibid.

²⁰ GRIFFITHS, 1986, p. 1-55.

ção da sociedade, ignorando fenômenos sociais fora dessa hierarquia.²¹ Ao mesmo tempo, o novo pluralismo liberta-se da herança do institucionalismo tradicional, que encontrava o lugar social do pluralismo jurídico incorporado em instituições, corporações e organizações formalmente estruturadas.²² O “novo” pluralismo é não-legalista, não-hierárquico e não-institucional. Seu tema são as interações dinâmicas entre uma enorme variedade de *ordens jurídicas* num campo social.²³

O “novo” pluralismo jurídico, porém, paga por esse progresso ao ter de enfrentar um desconfortável quebra-cabeça. A partir de que ponto deixaremos de falar em direito e nos veremos descrevendo simplesmente a *vida social*?²⁴ Duas coisas perderam-se no curso do progresso, da mudança apoiada na separação espacial da ordem normativa para a sua interligação discursiva: 1. a noção do que é especialmente *jurídico*, no novo pluralismo jurídico; 2. a clara idéia do inter-relacionamento entre o social e o jurídico.

Se tomarmos um mercado concreto como um *semi-autonomous social field*,²⁵ o que seria considerado *ordem jurídica*? Normas antitruste, leis de proteção ao consumidor e direito civil dos contratos são casos claros, pois portam o selo do direito estatal. Os contratos escritos e as cláusulas de contratos de adesão pertencem ao direito, assim como as regras do comércio não-escritas e as normas disciplinares de uma empresa, desde que se atribua a ordens “privadas” concorrentes com o direito estatal a qualidade de direito *latu sensu*. Mas o que acontece com a normatização decorrente de transações informais, com presentes, créditos e alguns outros favores, pequenos ou grandes, ocorridos no dia-a-dia? O que dizer dos hábitos resultantes de uma relação contratual em andamento, das regras informais de uma empresa, assim como de sua rotina e organização estrutural, do relacionamento econômico apoiado na confiança no âmbito do mercado? O que dizer das normas de comportamento impostas pela racionalidade econômica? Ou, então, das normatizações do mercado fundadas em poder e realizadas por oligopólios, e, ainda, dos “impostos” cobrados por organizações criminosas?

²¹ POSPISIL, 1971, p. 125.

²² SMITH, 1974.

²³ CORSALE, 1994, p. 15-29; FITZPATRICK, 1992, 1989 e 1984, p. 115-138; MERRY, 1988; SANTOS, 1987 e 1984, p. 299-336; HENRY, 1987 e 1985, p. 303; MACAULAY, 1986, p. 445-518; GRIFFITHS, 1986; GALANTER, 1981, p. 147-181; SNYDER, 1981, p. 49-90; e MOORE, 1973, p. 719-746.

²⁴ MERRY, 1988, p. 878.

²⁵ MOORE, 1973.

Crítérios estruturais parecem-me tão insuficientes quanto os funcionais. O critério estrutural comum é a normatização: expectativas normativas de toda ordem fazem parte do pluralismo jurídico, ao passo que expectativas puramente cognitivas e exigências meramente econômicas ou políticas são inaceitáveis. Todavia, expectativas normativas como tais (num sentido sociológico, e não jurídico, obviamente) não são suficientes para entender o que seja propriamente *jurídico* no âmbito do pluralismo jurídico. Contra tal desfecho, manifestam-se não somente todos os problemas sem solução para a definição de limites – diferenciar normas de um direito não-estatal de regras morais, sociais ou convencionais, por exemplo –, como também a estática hereditária e o caráter não-dinâmico, não-processual do critério estruturalista.

Por essa razão, os novos pluralistas jurídicos tendem a não mais falar em *direito*, e sim a substituir o termo por *controle social*.²⁶ Incluiriam todos os fenômenos descritos em nossos exemplos citados anteriormente na esfera do pluralismo jurídico, até mesmo as normas de racionalidade econômica e as expectativas apoiadas meramente em poder. Se o pluralismo jurídico fosse orientado à função de controle social, seria idêntico a um pluralismo incluindo todos os tipos de imposições sociais. Certamente, Stanley Cohen exagerou ao chamar o controle social de conceito Mickey Mouse, “usado para incluir todos os processos sociais, da socialização infantil até a execução pública e todas as políticas sociais, a saúde, a educação ou o serviço social”.²⁷ Contudo, no exagero ele pode ter razão em parte. Por que justamente a função *controle social*²⁸ deve definir o direito no pluralismo jurídico, e não a função *resolução de conflitos*, como as teorias de *private justice* sugeririam?²⁹ Assim, teríamos de incluir diferentes fenômenos sociais no pluralismo jurídico e excluir outros. Por que não utilizar as funções *coordenação de comportamento*,³⁰ *estabilização de expectativas*³¹ ou *regulação social*, em direção as quais as teorias de *private government*³² se inclinariam? E por que não *surveillier et punir*, contemplando qualquer mecanismo de micropoder disciplinar que notoriamente permeia a vida social por finíssimos capilares?³³ Cada uma dessas funções definiria o

direito por meio de um fenômeno social diverso.³⁴ A análise funcional desse tipo, ocorrido em razão de um modismo tendente a privilegiar formas ocultas, em detrimento das abertas, é certamente frutífera à comparação de equivalentes funcionais do direito. Todavia, não parece ser apta a fornecer critérios ao delineamento do jurídico e do não-jurídico, no pluralismo jurídico.

Seguiremos, então, o giro lingüístico! A mudança conceitual decisiva – assim me parece – é a de estrutura para processo, de norma para ação, de unidade para diferença, e, a mais importante ao propriamente jurídico, de função para código.³⁵ Tal mudança coloca em evidência a dinâmica processual como característica do pluralismo jurídico e, ao mesmo tempo, destaca claramente o *jurídico* dos outros tipos de atuação social. O pluralismo jurídico define-se, então, não mais como um corpo de normas sociais em conflito, em determinado meio social, mas como uma multiplicidade de diversos processos comunicativos, que observam a atuação social mediante um código lícito/ilícito. Cálculos puramente econômicos são excluídos, tanto quanto meros meios de pressão pelo poder, comunicação de normas convencionais ou morais e rotinas organizacionais. No entanto, toda vez que esses fenômenos não-jurídicos são observados de forma comunicativa por uma *distinction directrice* – lícito/ilícito –, passam a fazer parte do jogo do pluralismo jurídico. É a invocação – implícita ou explícita – do código jurídico que constitui os fenômenos do pluralismo jurídico, desde o direito oficial do Estado até as normas jurídicas informais dos mercados e das organizações criminosas.

A fim de, desde logo, evitar mal-entendidos, devo acrescentar que o código binário lícito/ilícito não é característico do direito oficial do Estado. Com a escolha do código jurídico como critério, não se está pretendendo defender um *centralismo jurídico*.³⁶ A concepção aqui escolhida nega categoricamente ao direito oficial estatal qualquer posição hierárquica superior, orientando-se, antes, pela imagem de diversos discursos jurídicos encontrados em níveis iguais. “Leis tributárias” de máfias locais, com o objetivo de garantir a “proteção” dos comerciantes, trazem à tona a questão. A sua “ilegalidade” está claramente excluída da possibilidade de qualquer “reconhecimento” pelo direito oficial estatal. Não obstante, normas das organizações criminosas são parte integrante do pluralismo jurídico, nesse campo social semi-autônomo, desde que usem o código binário para a comunicação jurídica. Elas pertencem a

²⁶ Ibid. Explicitamente, GRIFFITHS, 1986, p. 50, nota 41: “more or less specialized social control”.

²⁷ COHEN, 1983, p. 101.

²⁸ GRIFFITHS, 1986, p. 50.

²⁹ GALANTER, 1981; HENRY, 1983.

³⁰ GEIGER, 1964 e 1987, p. 48.

³¹ LUHMANN, 1983, p. 60ss.

³² MACAULY, 1986.

³³ FOUCAULT, 1975, e FITZPATRICK, 1989.

³⁴ Cf. KERCHOVE & OST, 1988, p. 161ss; RÖHL, 1987, § 26,5; e RAZ, 1973, p. 278.

³⁵ LUHMANN, 1993, p. 41.

³⁶ BENDA-BECKMANN, 1991, p. 106ss, e GRIFFITHS, 1986, p. 2ss.

um sem número de discursos jurídicos fragmentados, entre eles, leis estatais, regras da justiça privada, regulamentações da governança privada ou normas totalmente “ilegais” de organizações criminosas, que exercem um papel no jogo dinâmico da constituição recíproca de ações e estruturas no meio social. Os ordenamentos jurídicos diversificados do pluralismo jurídico produzem permanentemente expectativas normativas codificadas juridicamente no sentido sociológico. Excluem-se, aqui, meras convenções sociais e regras morais, uma vez e desde que elas não se apóiam no código binário lícito/ilícito. E o *direito*, no sentido amplo do termo, pode ter várias funções (à Mickey Mouse): controle social, regulação de conflitos, estabilização de expectativas, coordenação de comportamentos ou a disciplina capilar de corpo e alma. Não é a estrutura, tampouco a função, que define o que é propriamente jurídico no pluralismo jurídico, e sim, tão somente, o código binário.

Por que é tão importante definir exatamente o que é cerne do jurídico? Será que não devemos nos deter na busca de uma teoria do direito, em vez de procurar um mero conceito de direito?³⁷ Não seria a definição de direito variável de acordo com os interesses envolvidos nas pesquisas? Certamente, pode ser que qualquer observador defina linhas de delimitação entre o direito e o não-direito, conforme interesses cognitivos concretos. Porém, existe um delineamento privilegiado, a linha definida pela prática discursiva do direito entre ela mesma e o seu ambiente. Se estivermos realmente interessados numa teoria do direito como prática social auto-organizadora, então, os limites do direito não poderão estabelecer-se por pesquisas com interesses arbitrários, pois as fronteiras do direito são algumas entre as várias estruturas por ele produzidas por si só, em reação às pressões do seu ambiente social. Somente uma clara definição das fronteiras autodelimitadas pelo direito pode contribuir para esclarecer as inter-relações entre o direito e outras práticas sociais.

IV.

Se o direito e os outros discursos sociais fecham suas fronteiras com a utilização do código de comunicação binário, como, ainda assim, pode haver *interdiscursividade*?³⁸ De que modo a autopoiese do direito responde ao problema de Lyotard, sobre como se “encontram” discursos herméticos fragmentados? “*Il faut bien qu’elles aient ensemble des propriétés commune, et*

³⁷ NONET & SELZNICK, 1978, p. 10ss.

³⁸ JACKSON, 1988.

que la 'rencontre' ait lieu dans un même univers, sinon il n'y pas de rencontre du tout!”³⁹

No nosso caso, o do pluralismo jurídico, precisamos duplicar as questões formuladas: como fica o relacionamento entre o discurso jurídico oficial e o não-oficial? Como fica o relacionamento entre os discursos jurídicos e os outros discursos sociais? As fórmulas propostas pelo *neopluralismo* – intercomunicando-se, integralizando-se, uma em cima da outra, interpenetrando-se, integrando-se, constituindo-se mutuamente: dialeticamente – são metáforas sugestivas, mas faltam a elas fundamentação teórica e precisão analítica.⁴⁰ *Constituindo-se reciprocamente*⁴¹ é, de longe, a imagem mais impressionante aqui citada. Contudo, como deve funcionar a constituição recíproca? Fitzpatrick esclarece o que entende por *integral pluralism*: “*Custom supports law, but law transforms the elements of custom that it appropriates into its own image and likeness. Law, in turn, supports other social forms but becomes, in the process, parts of the other form*”.⁴²

Até que ponto eles estariam separados em seu entrelaçamento mútuo? Ademais, falar em entrelaçamento, embricamento, interação ou constituição recíproca pressupõe sempre distinguir o que está sendo entrelaçado.⁴³

Proponho, portanto, analisar a *interdiscursividade* no sentido de uma clara separação entre discursos autônomos (e não semi-autônomos) e seu simultâneo acoplamento estrutural. Em nosso exemplo das transações de mercado, deparamo-nos com um processamento simultâneo acasual e paralelo de diversas correntes de comunicação *jurídicas* e *não-jurídicas*, apresentando-se, todas elas, umas em relação às outras, operacionalmente fechadas. Cada corrente constrói a sua própria estrutura: interações concretas do dia-a-dia entre as partes de determinada transação, comunicações atinentes a contratos formalmente celebrados e organizações, transações econômicas como parte de um sistema econômico mais amplo e pretensões de prevalência contraditórias em discursos jurídicos distintos e concorrentes oficiais e não-oficiais. Todos esses processos discursivos interferem conjuntamente em uma, e na mesma, situação social, utilizando, para sua construção estrutural, os mesmos eventos comunicativos. Cada um deles reconstrói-se diferentemente nos mais diversos discursos, que, apesar de serem membros sobrepostos (eventos comunicativos, e não pes-

³⁹ LYOTARD, 1983, p. 59.

⁴⁰ Cf. crítica de NELKEN, 1986.

⁴¹ FITZPATRICK, 1984, p. 122.

⁴² *Ibid.*

⁴³ BENDA-BECKMANN, 1989, p. 297ss.

soas), permanecem fechados em relação aos outros. Com o passar do tempo, tais discursos coevoluem para associações de acoplamento estrutural. Nisso, influenciam-se uns aos outros, mas não de forma causal e direta. Antes, são uns para os outros como *chocs exogènes*,⁴⁴ perturbações provocadas externamente influenciando a criação de estruturas internas.

É esse o ponto em que o conceito do *mal-entendido produtivo* pode ser empregado para apurar mais detalhadamente o que entende por *relações mutuamente constituídas* entre a forma social e a jurídica, e entre diferentes discursos jurídicos.⁴⁵ Numa organização empresarial há uma série de rotinas normativas – padrões hierárquicos de decisões, funções de supervisão e de controle e competências – que promovem a auto-reprodução de processos sociais. Essas rotinas estão fora do direito. Toda vez, porém, que a *quaestio juris* for suscitada, por exemplo numa ação disciplinar interna, ocorrerá uma mudança de significado sutil, mas decisiva. O processo jurídico interno da empresa, o sistema de *justiça privada*⁴⁶ – e não o direito oficial do Estado ou do Poder Judiciário – reconstrói tais rotinas como normas jurídicas por meio de sua releitura. O direito vigente dentro da organização observa as rotinas conforme o código lícito/ilícito, constituindo-as, novamente, como parte integrante do direito intra-organizacional. Ressalte-se que essa é apenas uma ficção, pois, originalmente, as rotinas organizacionais possuíam outro significado. O discurso jurídico dentro da organização interpreta mal as auto-reproduções organizacionais como criação de normas e, com isso, “inventa” para si uma nova e rica *fonte do direito*. É justamente nesse ponto que a famosa *afinidade jurídica* das organizações formais⁴⁷ sustenta o mal-entendido produtivo do direito. Uma vez que as rotinas organizacionais tendem a ser *formalizadas* (ou seja, passam de um feixe de expectativas cognitivas e normativas a expectativas puramente normativas), há necessidade de uma quase despercebida transposição para que sejam vistas, subitamente, como normas jurídicas desde sempre existentes.

Inversamente, um mal-entendido produtivo semelhante pode ser observado, quando regras jurídicas de organizações, desenvolvidas e refinadas por processos disciplinares internos, integram-se novamente às rotinas organizacionais, a fim de serem utilizadas na reconstrução do processo decisório interno.

⁴⁴ KERCHOVE & OST, 1988, p. 151.

⁴⁵ A esse respeito, cf. TEUBNER, 1991, p. 531ss.

⁴⁶ HENRY, 1983.

⁴⁷ SELZNICK, 1992, p. 229ss; e 1969, p. 32; EDELMAN, 1990, p. 1.401-1.440; SCHARPF, 1989, p. 10-21; e KAUFMANN, 1988, p. 65-108.

Tais normas são juridicamente decodificadas. Dentro do contexto das organizações, não serão mais observadas com amparo no código lícito/ilícito. São despidas de suas conotações jurídicas – válido/inválido – e de seu contexto estrutural de regras disciplinares e reconstruídas como fundamentos do poder no jogo micropolítico da organização.

Nesse sentido, a constituição recíproca do direito e da organização revela-se um mútuo mal-entendido produtivo, uma construção recíproca de realidades fictícias, uma mútua distorção da realidade, funcionando, apesar de tudo, para fins práticos.

Uma distorção construtiva similar ocorre nas transações econômicas e nos contratos jurídicos. As estruturas das transações econômicas são, em princípio, não-jurídicas, baseiam-se em chances reais de ação e criam outras novas oportunidades ou, então, se apóiam na confiança em futuras mudanças nas possibilidades. Afinal, quando se trata de negócios, é melhor deixar os advogados de fora. Os juristas iriam distorcer as realidades do negócio.⁴⁸ Por quê? Eles sistematicamente confundem possibilidades fáticas de negócio com posições de *propriedade do direito*. Confundem sistematicamente confiança mútua num relacionamento futuro com *obrigações contratuais vinculantes*, como *direitos e deveres* das partes contratantes. E quando suas pretensões e contrapretensões, tão rígidas e formalistas, inscrevem-se na transação real em andamento, então, destroem os relacionamentos anteriores de confiança precários e informais. A diferença entre chances econômicas de ação e “propriedade” jurídica e entre confiança econômica e obrigações jurídicas deve-se, de novo, à distinção entre códigos binários. Juristas observam as ações econômicas por meio do código lícito/ilícito e entendem, equivocadamente, processos econômicos e estruturas como fontes do direito. E, vice-versa, com a ajuda do código econômico, os racionais atores econômicos tomam normas jurídicas por *moeda de troca*, por novas oportunidades de obtenção de mais lucros. Estamos, mais uma vez, diante de uma simbiose de mútuas distorções. Nas palavras de Lyotard, os discursos isolados, embora não possam ser traduzidos um dentro do outro, “encontram-se”, todavia, no *roseaux de noms*.⁴⁹

Não por acaso, em ambos os nossos exemplos, não estão presentes nem o Estado nem o seu direito oficial. A juridificação de fenômenos sociais ou, em outros termos, o mal-entendimento da realidade social pelo direito acontece independentemente do *reconhecimento* estatal e judicial dessas normas jurídi-

⁴⁸ Cf. MACAULAY, 1966.

⁴⁹ LYOTARD, 1983.

cas. No regime de *private government*,⁵⁰ da *private justice*⁵¹ e da *private regulation*,⁵² deve-se distinguir cuidadosamente entre: 1. fenômenos como estruturas micropolíticas de poder, coações econômicas e expectativas sociais, morais e convencionais de natureza não-jurídica; 2. a sua reconstrução em genuínos processos jurídicos de caráter não-estatal, como acordos particulares, processos disciplinares internos nas organizações, regimes inter-organizacionais de regulação oligopolista de mercado; 3. o seu *reconhecimento* legislativo, administrativo ou judicial, que produz novas regras para o legislativo. Assim, a interdiscursividade aparece aqui em duas formas distintas: entre discursos jurídicos (direito estatal *versus* direito *particular* e direito da máfia) e entre discursos jurídicos e não-jurídicos (normas jurídicas *versus* normas sociais). Afinal, isso se deve à diferença entre códigos binários estáveis e programas historicamente contingentes.⁵³ Em ambos os casos de interdiscursividade, podemos falar em *recontextualização*. No primeiro caso, entre discursos jurídicos *versus* não-jurídicos, trata-se de decodificação e recodificação e, no segundo, isto é, entre diferentes discursos jurídicos, desprogramação e reprogramação. De qualquer modo, é preciso libertar-se da idéia de *transporte de informações*.⁵⁴ Isso porque, de todos esses mal-entendidos construtivos, o significado normativo original não poderá mais ser reconhecido.

Diante de tudo isso, a interdiscursividade no pluralismo jurídico é um caso evidente de comunicação sistematicamente perturbada. Não se pode falar simplesmente de *transferência* de construções de uma ordem normativa a outra, como fazia o antigo pluralismo jurídico. Tampouco *interação*, *negociação* ou *interpenetração* de diversas ordens jurídicas seriam as metáforas adequadas. *Constituição recíproca* aproxima-se da idéia, mas somente sob três condições. Primeiramente, ao contrário de todas as recentes tentativas de igualar as diferenças entre *direito/sociedade* no mesmo patamar,⁵⁵ é necessário reconhecer as fronteiras do sentido que separam discursos fechados.⁵⁶ Em segundo lugar, constituição recíproca não pode ser entendida como uma transferência de significados de um meio a outro, e sim como um processo de reconstrução interna. Terceiro, os *constraints* internos, que fazem a constituição recíproca altamente

⁵⁰ MACAULAY, 1986.

⁵¹ HENRY, 1983.

⁵² BERCUSSON, 1987, p. 49-90.

⁵³ A respeito dessa diferenciação, cf. LUHMANN, 1993, p. 163ss.

⁵⁴ Cf. KRIPPENDORFF, 1990, p. 52-67.

⁵⁵ GORDON, 1984, p. 57-125.

⁵⁶ LYOTARD, 1983, p. 24ss.

seletiva, devem ser levados seriamente em conta. As coações responsáveis pelas perturbações sistemáticas não podem ser evitadas mediante argumentação racional. Não são somente as especialidades locais que diferenciam os discursos envolvidos, mas também as características básicas à sua auto-reprodução, incluindo a resistência das estruturas existentes no momento, o que leva necessariamente ao mútuo mal-entendido entre discursos.

Isso nos traz inevitavelmente de volta ao tema do *fechamento*, à separação de sistemas embricados, à *différend* de discursos heterogêneos e à "*necessarily unbridgeable gaps (sic!) between law and other social forms*".⁵⁷ A dinâmica do pluralismo jurídico não pode reduzir-se a uma lógica comum entre todos os discursos, a uma economia de transação entre direito e organização, a uma política de micropoderes capilares onipresentes, a lógicas sociais do controle social ou à lógica da economia política. Mais do que isso, é a diversidade radical de discursos – a racionalidade interna das organizações, as exigências do mercado, a propriedade idiossincrática de interações pessoais e a lógica intrínseca de diversos ordenamentos jurídicos públicos e "privados" – a responsável pela comunicação distorcida no pluralismo jurídico.

V.

A transição do velho ao novo pluralismo jurídico descreve-se, muitas vezes, como uma expansão conceitual que passa da dominação colonial de populações indígenas à moderna dominação estatal sobre grupos distintos. "*Legal pluralism has expanded from a concept that refers to the relations between colonized and colonizer to relations between dominant and subordinate groups, such as religious, ethnic or cultural minorities, immigrant groups, and unofficial forms of ordering located in social networks of institutions.*"⁵⁸

No meu entender, a perspectiva de *colonialismo interno*, focada na dominação do Estado moderno sobre os *ordenamentos jurídicos* de diversos grupos, deixa de considerar aspectos cruciais da modernidade. Em consequência, limita demais os escopos do novo pluralismo jurídico. O velho pluralismo, seja na Europa seja nas colônias, teve a ver com a formalização jurídica de normas sociais, produto de uma coordenação geral de comportamentos nos processos difusos de reprodução social. O novo pluralismo necessita dar maior ênfase e mais enfoque à fragmentação da auto-reprodução social numa multi-

⁵⁷ FITZPATRICK, 1984, p. 128.

⁵⁸ MERRY, 1988, p. 872ss.

plicidade de discursos herméticos. *Padronização* é o novo paradigma, que substitui os *costumes sociais*! Estamos, hoje em dia, diante de uma imensa pluralização do pluralismo jurídico, o que não se deve apenas à diferenciação de grupos e comunidades, mas também à fragmentação dos discursos sociais. O novo pluralismo jurídico corre o risco de se marginalizar, caso a idéia de *colonialismo interno* oriente-se apenas para grupos e comunidades, conglomerados empresariais e suas normas sociais, em lugar de voltar-se aos discursos sociais e às suas diversas realidades.

Ubi societas, ibi jus. Esse antigo enunciado jurídico sofreu, com o passar do tempo, uma dramática mudança em seu significado. Nas sociedades tradicionais, significava o emergir do fenômeno jurídico em diferentes clãs, grupos, castas, camadas ou classes sociais, de acordo com o princípio vigente de diferenciação social.⁵⁹ Nas sociedades modernas, representa o nascimento de fenômenos jurídicos num contexto de discursos altamente especializados, novas fontes de reprodução social, mal-entendidas, por sua vez, pelo direito como fontes de criação de normas. Esse processo modifica a natureza do pluralismo jurídico, em seu conteúdo e dinâmica. Para usar a imagem de Gurvitch, dos relacionamentos *verticais* e *horizontais* entre o direito e a sociedade:⁶⁰ a genuína pergunta do pluralismo jurídico não é mais como na dimensão vertical de direito e sociedade, as normas sociais informais e difusas são gradualmente *crystalizadas*, de modo a tornarem-se normas jurídicas específicas. É na sua dimensão *horizontal*, na relação do direito com uma variedade de outros jogos de linguagem, que observamos atualmente processos pluralistas de produção normativa. O problema não é mais a tradução das normas sociais de grupos para normas jurídicas, e sim a integração de um número confusamente grande de comunicações codificadas de maneira diferente no código jurídico. E, nesse processo, modificam-se também as características das instituições de ligação do pluralismo jurídico, passando de conceito e estrutura a processo e transformação.

O que são instituições de ligação? Minha proposta é distinguir acoplamento estrutural de instituições de ligação.⁶¹ O acoplamento estrutural leva por si só a uma transitória mudança estrutural. O direito compreende, de modo equivocado, outros discursos somente por acaso, como se fosse, por assim dizer, *tangential responses*, todas as vezes em que as comunicações sociais orientadas pelo código lícito/ilícito são observadas. Os mal-entendidos tornam-

se epidêmicos apenas quando surgem instituições de ligação responsáveis pela duração, intensidade e qualidade do acoplamento estrutural. Não somente os *boni mores* do direito romano, mas também fórmulas clássicas, como *bona fides* e *bonus pater familiae*, são os paradigmas do direito tradicional. E justamente a sua ambigüidade as faz *links* institucionais entre processos jurídicos e sociais. Elas representam, ao mesmo tempo, normas sociais e normas jurídicas, padrões e diretivas.⁶² Como o antigo deus romano Janus, elas possuem duas faces. Apesar de o conceito ser idêntico, tanto no direito como na sociedade, é mesmo assim diferente: *de fora*, isto é, da sociedade, ele se mostra diversamente de como é observado *de dentro*, ou seja, do direito.

Na terminologia contemporânea, os antigos *boni mores* e outras instituições de ligação entre direito e sociedade deveriam ser chamados de *essentially contested concepts*.⁶³ Eles próprios não têm quaisquer referências fixas e tomam significados distintos, de acordo com o contexto do discurso do momento. Não apresentam conteúdo determinado, mas são *loci* ao debate sociojurídico. Tais conceitos são *essentials*, pois refletem a lógica intrínseca dos discursos envolvidos. São *contested*, por reproduzir as diferenças discursivas fundamentais. Não fusionam os discursos separados envolvidos numa nova unidade: os conectam em sua separação. Dessa maneira, a transcendência das fronteiras pelos conceitos significa, simultaneamente, que respeitam as fronteiras e até as reafirmam. Apesar dos seus idênticos *noms propres*, constituem genuínas construções internas de cada um dos discursos envolvidos. Instituições de ligação não possuem significado interdiscursivo comum. Como construções internas, são tanto separadas quanto complementares. “*Et enfin: les phrases de régime ou de genre hétérogène se 'rencontrent' sur les noms propres, dans les mondes déterminés par les réseaux de noms.*”⁶⁴

Se é verdade que o pluralismo jurídico é capaz de juridificar discursos especializados, e não mais meras normas sociais difusas existentes na vida real de grupos e comunidades, então, devemos considerar que também as instituições de ligação se modificaram. Com efeito, em relação aos processos econômicos, o *processo contratual* passa a ser a sua moderna instituição de ligação,⁶⁵ ao passo que, em relação aos processos técnicos, científicos e médicos, é a *padronização*.⁶⁶ O discurso jurídico, incluindo *private government*, *private justice* e *private regu-*

⁵⁹ GIERKE, 1863.

⁶⁰ GURVITCH, 1947, p. 181.

⁶¹ Pormenores em TEUBNER, 1991.

⁶² Idem, 1971.

⁶³ CONNOLLY, 1983.

⁶⁴ LYOTARD, 1983, p. 29.

⁶⁵ A respeito dessa visão do contrato não fundado na autonomia privada, e sim no acoplamento estrutural entre o direito e a economia, cf. TEUBNER, 1991.

⁶⁶ MAJONE, 1984, p. 15ss.

lation, compreende de forma equivocada, porém produtiva, processos econômicos e técnicos da reprodução social e os transforma em novas e ricas fontes do direito. Certamente, é possível interpretar tal fenômeno como simples especialização das instituições de ligação e, assim, permanecer com o modelo dos *boni mores*, com a única diferença de que o seu conteúdo iria variar de meio social para meio social. Porém, isso não é suficiente. Os nossos *essentially contested concepts* transformaram-se em *essentially contested processes*. O discurso jurídico não incorpora apenas resultados gerados na distorção de normas sociais como normas legais: hoje em dia, ele incorpora processos, que distorcem produções econômicas e técnicas como produções jurídicas.

VI.

A essa altura, podemos ver mais claramente por que o pluralismo jurídico representa a *abertura* do direito diante da sociedade. As fronteiras do sistema jurídico, reitera-se aqui, não são definidas pelas instituições jurídicas oficiais. Toda comunicação observadora de ações pelo código do direito constitui parte integrante do discurso jurídico. Isso ocorre também na comunicação entre não-juristas que suscitam pretensões jurídicas mútuas uns contra os outros. Não é a distinção entre lícito/ilícito que separa o direito estatal dos *ordenamentos jurídicos* das organizações e dos diversos grupos, e sim a maneira diversa de empregar o símbolo operativo de *validade*. E dentro do amplo discurso jurídico é possível observar processos de diferenciação secundária, que separam o centro da periferia.⁶⁷ O centro não é, o que se poderia esperar no pensamento europeu tradicional, o poder legislativo. Direito legislativo é direito periférico! O centro do sistema jurídico encontra-se na hierarquia dos tribunais. Os tribunais produzem o direito em sua mais autônoma forma. Celebram a função central do direito, uma vez que tomam os conflitos como fundamento para criar expectativas congruentes e generalizadas. Todavia, a verdadeira dinâmica do direito contemporâneo não tem lugar no centro do sistema, mas na *periferia do direito*, tal como ocorre à dinâmica social na periferia das grandes cidades. Direito periférico é o ponto no qual o direito oficial e o não-oficial conectam-se a outros discursos sociais. Aqui encontramos as instituições de ligação que participam do processo jurídico, bem como dos processos econômicos, técnicos, científicos e culturais. Desse modo, o pluralismo jurídico

⁶⁷ LUHMANN, 1993, p. 321ss.

torna o direito *responsivo* à sociedade, por meio da transformação de processos de autoprodução da sociedade em fontes de produção de direito.

Responsividade é mais do que simples viabilidade.⁶⁸ O par de conceitos *acoplamento/conexão* nos leva a diferenciar entre a viabilidade das estruturas da sociedade (conhecimento, direito, *policies*) e a sua responsividade. As estruturas sobrevivem sob condições de *deriva estrutural*. Com efeito, se os sistemas sociais coevoluem em condições de acoplamento estrutural, o resultado é a mera sobrevivência de certas estruturas que comprovaram resistir às perturbações do ambiente. Isso proporciona, ao sistema, a certeza de ser realidade. Se o sistema tiver a capacidade de manter a sua própria autopoiése por meio de estruturas altamente especializadas, então, ele dispõe de uma indicação interna de que está “no rumo certo, mesmo não podendo saber, onde e como”.⁶⁹ A viabilidade traz, porém, dois problemas. O primeiro: sempre existirá uma gama de soluções viáveis semelhantes, surgindo, com isso, a questão sobre como elas devem ser selecionadas. O segundo: a mera viabilidade não diz nada sobre a compatibilidade de ambientes, sobre a adequação das estruturas com o ambiente social, psíquico e natural, e é normal existirem muitas ou poucas soluções ecológicas adequadas.

Assim, a mera viabilidade dos próprios valores sistêmicos não nos diz muito sobre a sua responsividade. A situação altera-se radicalmente com a introdução das instituições conectoras. Se tais instituições associam permanentemente uns aos outros processos paralelos da auto-reprodução social, o número de valores próprios viáveis irá diminuir, pois expõem-se a crescentes perturbações que terão de tolerar. Ao mesmo tempo, aumenta a sua responsividade. Essa responsividade pode até estabilizar-se, desde que as instituições de ligação forcem o acoplamento estrutural em direção a que os sistemas possam atuar ciclicamente um sobre o outro. Teríamos, com isso, um caso interessante, em que processos de auto-reprodução podem agir fora das fronteiras do sistema autopoiético, sem que os sistemas envolvidos percam sua clausura autopoiética. Esse seria o caso da recursividade ecológica (não sistêmica!). A autopoiése dos sistemas envolvidos não fica afetada, é explorada para construir ciclos ecológicos, que, ao mesmo tempo, respeitam e transpassam as fronteiras do sistema.

Isso poderia indicar a direção em que deveremos buscar o *responsive law*.⁷⁰ A recomendação usual é materializar, politizar o direito formal! O reco-

⁶⁸ GLASERSFELD, 1987.

⁶⁹ LUHMANN, 1990, p. 317.

⁷⁰ NONET & SELZNICK, 1978, p. 73ss.

nhecimento aberto do caráter político do direito e a politização de seus aparatos conceituais, o domínio do pensamento finalista, de *policies* e dos interesses, tudo isso poderia fazer o direito mais responsivo às necessidades políticas. Tal é o cerne da teoria política do direito, de Jhering a Habermas. De fato, essa estratégia tornou o direito muito mais responsivo aos processos políticos. Por outro lado, o subordinou às construções específicas das políticas da realidade social, o que faz suscitar a questão se essa politização não afastará o direito dos outros discursos da sociedade, ao invés de aproximá-los.

Importar conhecimentos da ciência social é outra recomendação para tornar o direito mais responsivo. Em lugar de utilizar argumentos jurídicos artificiais, deveríamos recorrer a conhecimentos teóricos, experiências empíricas e recomendações políticas das ciências sociais. Aqui surge a mesma dúvida: o que nos dá a certeza de que justamente as construções científicas tornarão o direito mais ressonante às necessidades sociais?

O pluralismo jurídico – como entendido neste texto – parece ser mais relevante à questão da responsividade social do que à sua cientificação ou politização. Instituições conectoras relacionam o direito a diversos discursos sociais mais estreitamente do que à política ou à ciência social. Sugerem uma *ressonância* direta do direito com a sociedade civil, sem ter de caminhar pelos desvios dos outros sistemas sociais. As instituições do pluralismo jurídico poderiam vir a tornar-se uma fonte para o *conhecimento implícito* do direito⁷¹ sobre a sua ecologia social. A renovação do pluralismo jurídico poderia, finalmente, criar um *ponto de partida ecológico* ao direito e indicar direções para uma intervenção do direito orientada na sociedade. Afinal, tratar-se-ia de generalizar a tradição intelectual do direito privado, isto é, de difundir sua ressonância jurídica, tradicionalmente extraordinária para com o sistema econômico, por meio das instituições de ligação da propriedade, do contrato e da organização. Autonomia social é a palavra-chave. Com ela, entende-se o problema “se e como a ‘autonomia’, no sentido de autodeterminação, é levada a sério e, também, se e como a externalização necessária (controle) torna-se útil não enquanto dominação, mas como auxílio possível que, a exemplo da assessoria ou da conciliação não-jurídicas, é prestado em situações de impossibilidade de auto-ajuda”.⁷²

Se o recurso do direito privado à autonomia social e ao acoplamento estrutural separar-se de suas restrições ao sistema econômico e aplicar-se à multiplicidade de discursos sociais,⁷³ ele poderá tornar-se um modelo para novos

caminhos em que o direito, em vez de amparar-se somente em sua legitimação política e eficiência econômica, se abrirá às dinâmicas da sociedade civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARBIB, M.A. & HESSE, M.B. *The Construction of Reality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.
- ARNAUD, A.-J. Legal Interpretation and Sociology of Law at the Beginning of the Post-Modern Era. *Onati-Proceedings*, 2: 173-192, 1990.
- BENDA-BECKMANN, F. von. Unterwerfung oder Distanz: Rechtssoziologie, Rechtsanthropologie und Rechtspluralismus aus rechtsanthropologischer Sicht. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Stuttgart, 12: 97-119, 1991.
- _____. Comment on Merry. *Law & Society Review*; Beverly Hills, 22: 897-901, 1988.
- BERCUSSON, B. Juridification and Disorder. In: TEUBNER, G. (ed.). *Juridification of Social Spheres*. Berlin: de Gruyter, 1987.
- BUCKLEY, W. *Sociology and Modern Systems Theory*. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice Hall, 1967.
- COHEN, S. Social-Control Talk. In: GARLAND, D. & YOUNG, P. (eds.). *The Power to Punish*. Londres: Heinemann, 1983.
- CONNOLLY, W.B. *The Terms of Political Discourse*. Princeton: Princeton University Press, 1983.
- CORSALE, M. Alcuni nodi teorici del modello pluralistico. *Sociologia del diritto*, Milano, 21: 15-29, 1994.
- EDELMAN, L.B. Legal Environments and Organizational Governance: the expansion of due process in the American Workplace. *American Journal of Sociology*, Chicago, 95: 1.401-1.440, 1990.
- FITZPATRICK, P. The Impossibility of Popular Justice. *Social & Legal Studies*, Londres, 1(2): 199-215, 1992.
- _____. The Desperate Vacuum: Imperialism and Law in the Experience of Enlightenment. *Droit et Société*, Paris, 13: 347-358, 1989.
- _____. Law and Societies. *Osgoode Hall Law Journal*, Toronto, 22: 115-138, 1984.
- FÖRSTER, H. von. *Wissen und Gewissen*. Frankfurt: Suhrkamp, 1993.
- FOUCAULT, M. *Surveiller et Punir: la naissance de la prison*. Paris: Gallimard, 1975.
- GALANTER, M. Justice in Many Rooms. In: CAPPELLETTI, M. (ed.). *Access to Justice and the Welfare State*. Firenze: Le Monnier, 1981.
- GEIGER, T. *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*. 4. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1987.
- _____. *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*. Neuwied: Luchterhand, 1964.

⁷¹ POLANYI, 1958.

⁷² LADEUR, 1992, p. 200ss. e NELKEN, 1984, p. 157-174.

⁷³ WIEHÖLTER, 1992.

- GIERKE, O. von. *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*. Berlin: Weidmann, 1863.
- GLASERSFELD, E. von. *Wissen, Sprache und Wirklichkeit: Arbeiten zum radikalen Konstruktivismus*. Braunschweig: Vieweg, 1987.
- GORDON, R.W. Critical Legal Histories. *Stanford Law Review*, Standard, 36: 57-125, 1984.
- GRIFFITHS, J. What is Legal Pluralism? *Journal of Legal Pluralism*, Birmingham, 24: 1-55, 1986.
- GURVITCH, G. *The Sociology of Law*. Londres: K. Paul, Trench, Trubner & Co., 1947.
- HENRY, S. The Construction and Deconstruction of Social Control: thoughts on the discursive production of state law and private justice. In: LOWMANN, J. et al. (eds.). *Transcarceration: essays in the sociology of social control*. Aldershot: Gower, 1987.
- _____. Community Justice, Capitalist Society, and Human Agency: the dialectics of collective law in the cooperative. *Law & Society Review*, Beverly Hills, 19: 303, 1985.
- _____. *Private Justice*. Boston: Routledge and Kegan Paul, 1983.
- JACKSON, B.S. *Law, Fact and Normative Coherence*. Liverpool: Deborah Charles, 1988.
- KAUFMANN, F.-X. Steuerung wohlfahrtsstaatlicher Abläufe durch Recht. In: GRIMM, D. & MAIHOFER, W. (eds.). *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1988.
- KERCHOVE, M. van der & OST, F. *Le Système Juridique entre Ordre et Désordre*. Paris: Presses Universitaires de France, 1988.
- KRIPPENDORFF, K. Eine häretische Kommunikation über Kommunikation über Kommunikation über Realität. *Delfin*, Frankfurt am Main, 13: 52-67, 1990.
- LADÉUR, K.-H. *Postmoderne Rechtstheorie*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992.
- LEMPERT, R. The Autonomy of Law: two visions compared. In: TEUBNER, G. (ed.). *Autopoietic Law: a new approach to law and society*. Berlin: de Gruyter, 1988.
- LUHMANN, N. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1993.
- _____. The Coding of the Legal System. In: FEBBRAJO, A. & TEUBNER, G. (eds.). *State, Law, Economy as Autopoietic Systems*. Milano: Giuffrè, 1991.
- _____. *Die Wissenschaft der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1990.
- _____. Closure and Openness: on reality in the world of law. In: TEUBNER, G. (ed.). *Autopoietic Law: a new approach to law and society*. Berlin: de Gruyter, 1988.
- _____. *Soziale Systeme*. Frankfurt: Suhrkamp, 1984.
- _____. *Rechtssoziologie*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1983.
- LYOTARD, J.-F. *Le Différend*. Paris: Les Editions de Minuit, 1983.
- MACAULAY, S. Private Government. In: LIPSON, L. & WHEELER, S. (eds.). *Law and the Social Sciences*. Nova York: Russell Sage, 1986.
- _____. *Law and the Balance of Power: the automobile manufacturers and their dealers*. Nova York: Russell Sage Foundation, 1966.
- MAJONE, G. Science and Trans-Science in Standard-Setting. *Science, Technology & Human Values*, Thousand Oaks, 9: 15-22, 1984.
- MATURANA, H. *Erkennen: die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit*. Braunschweig: Vieweg, 1982.
- MATURANA, H.R. & VARELA, F.J. *Der Baum der Erkenntnis*. München: Scherz, 1987.
- MAYNTZ, R. Politische Steuerung und gesellschaftliche Steuerungsprobleme: Anmerkungen zu einem politischen Paradigma. *Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft*, 1: 89-110, 1987.
- MERRY, S.E. Legal Pluralism. *Law & Society Review*, Beverly Hills, 22: 869-901, 1988.
- MILLER, P. & POWER, M. Accounting, Law and Economic Calculation. In: BROMWICH, M. & HOPWOOD, A. (eds.) *Accounting and the Law*. Hemsstead: Prentice Hall, 1989.
- MOORE, S.F. Law and Social Change: the semi-autonomous social field as an appropriate object of study. *Law & Society Review*, Massachusetts, 7: 719-746, 1973.
- MORIN, E. *La Méthode*. Paris: Seuil, 1986. v. 3. La Connaissance 1.
- NELKEN, D. Review Essay: beyond the study of "law and society": Henry's Private Justice and O'Hagen's The End of the Law. *American Bar Foundation Research Journal*, Chicago, 323-338, 1986.
- _____. Law in Action or Living Law?: back to the beginning in sociology of law. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, 4: 157-174, 1984.
- NONET, P. & SELZNICK, P. *Law and Society in Transition: toward responsive law*. Nova York: Harper & Row, 1978.
- POLANYI, M. *Personal Knowledge: toward a post-critical philosophy*. Chicago: Chicago University Press, 1958.
- POSPISIL, L. *The Anthropology of Law: a comparative theory of law*. Nova York: Harper & Row, 1971.
- RAZ, J. On the Functions of Law. In: SIMPSON, A.W.B. (ed.). *Oxford Essays in Jurisprudence: second series*. Oxford: Clarendon Press, 1973.
- RÖHL, K.F. *Rechtssoziologie*. Köln: Heymanns, 1987.

- SALTER, L. Science and Peer Review: the Canadian Standard-Setting Experience. *Science, Technology & Human Values*, Columbia, 10: 37-46, 1985.
- SANTOS, B. de S. Towards a Post-Modern Understanding of Law. *Onati-Proceedings*, 1: 113-123, 1990.
- _____. Law: a map of misreading. Toward a postmodern conception of law. *Journal of Law and Society*, Oxford, 14: 279-299, 1987.
- _____. Modes of Production of Law and Social Power. *International Journal of the Sociology of Law*, Londres, 13: 299-336, 1984.
- SCHARPF, F. Politische Steuerung und Politische Institutionen. *Politische Vierteljahresschrift*, Wiesbaden, 30: 10-21, 1989.
- SELZNICK, P. *The Moral Commonwealth: social theory and the promise of community*. Berkeley: University of California Press, 1992.
- _____. *Law, Society and Industrial Justice*. Nova York: Russell Sage, 1969.
- SMITH, M.G. *Corporations and Society*. Londres: Duckworth, 1974.
- SNYDER, F. Colonialism and Legal Form: the creation of "customary law" in Senegal. *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, Los Angeles, 19: 49-90, 1981.
- TEUBNER, G. Steuerung durch plurales Recht. Oder: Wie die Politik den normativen Mehrwert der Geldzirkulation abschöpft. In: ZAPF, W. (ed.). *Die Modernisierung moderner Gesellschaften*. Frankfurt: Campus, 1991.
- _____. *Recht als autopoietisches System*. Frankfurt: Suhrkamp, 1989.
- _____. *Standards und Direktiven in Generalklauseln: Möglichkeiten und Grenzen der empirischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht*. Frankfurt: Athenäum, 1971.
- VARELA, F.J. *Kognitionswissenschaft – Kognitionstechnik*. Frankfurt: Suhrkamp, 1988.
- _____. Living Ways of Sense-Making: a middle path for neuro-science. In: LIVINGSTONE, P. (ed.). *Disorder and Order: proceedings of the Stanford International Symposium*. Saratoga: Anma Libri, 1984.
- WIETHÖLTER, R. Zur Regelbildung in der Dogmatik des Zivilrechts. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. Beiheft. Stuttgart: Steiner, 1992.
- _____. Zum Fortbildungsrecht der (richterlichen) Rechtsfortbildung: Fragen eines lesenden Recht-Fertigungslehrers. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 3: 1-28, 1988.

4. REGIMES PRIVADOS: DIREITO NEO-ESPONTÂNEO E CONSTITUIÇÕES DUALISTAS NA SOCIEDADE MUNDIAL

Em razão do debate acerca das influências da globalização no direito, o autor parte de duas teses comumente defendidas: (i) a globalização é relevante para o direito porque o surgimento de mercados globais enfraquece o potencial de direção por parte das políticas nacionais e, com isso, a chance de direção através do direito; e (ii) que a globalização significa que o direito estabelece o diferimento mundial de poder dos atores estatais para atores econômicos. Contra essas teses o autor defende que (a) em relação à primeira, a globalização cria uma problemática própria para o direito, que consiste na mudança do processo dominante de criação do direito; e (b) em relação à segunda, que a globalização significa que ao direito é garantida a possibilidade de institucionalizar uma constituição dual da autonomia de setores da sociedade mundial. A partir disso, o autor defende que, em razão da globalização e da diferenciação mundial da economia, começaram a surgir ordens jurídicas independentes dos Estados nacionais, criadas a partir da comunicação reflexiva e auto-referente de atores privados (empresas multinacionais, organizações internacionais, escritórios mundiais de advocacia, organizações não-governamentais etc.).

Título original: Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassungen in der Weltgesellschaft. In: SIMON, D. & WEISS, M. (eds.). *Zur Autonomie des Individuums. Liber Amicorum Spiros Simitis*. Baden-Baden: Nomos, 2000, p. 437-453. Tradução: DOROTHEE SUSANNE RÜDIGER.

I.

No debate atual em torno da globalização, o direito parece estar envolvido em processos econômicos e políticos que levam a uma nova dimensão da despolitização, da centralização e da desindividualização das decisões sociais. Apesar de todas as observações, se tomadas isoladamente, serem corretas, esse debate realiza uma redução drástica do papel do direito aos aspectos político e econômico, contra a qual me volto no presente texto. Para tanto, devemos (i) desvencilhar-nos, antes de tudo, do equívoco cometido por Wallerstein,¹ para quem a formação da sociedade mundial surge em primeiro plano como um acontecimento econômico e (ii) levar a sério os processos autônomos de globalização que ocorrem em outros domínios sociais, de forma paralela aos processos econômicos. Como forma de protesto contra a simplificação político-econômica generalizada, a teoria institucionalista da *global culture* propugnada pela Escola de Stanford moldou a compreensão de uma globalização policêntrica a partir das concepções pós-modernas do pluralismo jurídico global, das pesquisas da teoria de sistemas sobre uma sociedade mundial funcionalmente diferenciada e de algumas versões sobre a existência de uma “sociedade civil global”.² Por essas perspectivas, torna-se clara a estranha multiplicidade de sentidos da sociedade mundial em formação, na qual também se observam tendências para a repolitização, para a volta ao regionalismo e ao individualismo.³ A seguir, confrontarei as duas teses atualmente mais comuns sobre a globalização do direito com duas antíteses menos comuns:

PRIMEIRA TESE: a globalização é relevante para o direito, porque a formação de mercados globais enfraquece o potencial de regulação e direcionamento da política nacional e, com isso, também as chances de direcionamento pelo direito.

¹ WALLERSTEIN, 1979.

² *Global culture*: MEYER, 1997; pluralismo jurídico global: SANTOS, 1995; sociedade mundial: LUHMANN, 1998, p. 373ss; sociedade civil global: SHAW, 1998.

³ DRORI, 2000.

PRIMEIRA ANTÍTESE: a globalização cria uma problemática própria para o direito, que consiste numa transformação do processo dominante de criação do direito.

SEGUNDA TESE: globalização significa que o direito confirma a transferência mundial de poder dos atores estatais para atores econômicos.

SEGUNDA ANTÍTESE: globalização significa que ao direito é dada a chance de institucionalizar uma constituição dual, pautada pela autonomia de setores sociais mundiais.

II.

Numa visão restrita a aspectos político-econômicos, a crise do direito é vista como provocada pela globalização econômica. Os mercados mundiais teriam, por assim dizer, arrancado das mãos da política nacional os instrumentos de direcionamento; com isso também se desmanchariam as expectativas em relação ao direcionamento pelo direito, visto este, nessa perspectiva, ser entendido apenas como um instrumento político que permite a organização social.⁴ As esperanças, conseqüentemente, concentram-se na possibilidade de responder politicamente à desnacionalização da política, promover de forma enérgica processos de unificação política no âmbito europeu e global e fortalecer sistematicamente, por meio de conceitos tais como *cosmopolitan democracy* ou política mundial interna (*Weltinnenpolitik*), o potencial democrático de processos políticos supranacionais, inclusive com a ajuda de normas jurídicas.⁵

No entanto, superestima-se com isso, de forma absurda, segundo a crítica fria de Streeck contra essas “utopias concretas”,⁶ não somente o potencial de democratização contínua nos processos de política global e as chances de uma política interna mundial, como também a eficiência que o direito transnacional possa ter para direcionar a sociedade e para garantir as chances individuais de ação por meio dos direitos fundamentais. Contudo, a problemática própria da globalização para o direito, como tal, é, ao mesmo tempo, excluída.⁷ Pois a desconstrução à qual o direito é sujeito no processo de constituição de um direito mundial não vem somente de fora, do potencial diminuto de direcionamento em relação à economia, mas também, e sobretudo, dele próprio, isto é, de uma erosão das condições de validade do próprio direito. Há um pro-

cesso de globalização do próprio direito, relativamente distante da globalização política, e pelo qual a forma tradicional do direito se *desconstrói* através de suas rotinas de produção normativa.⁸

Pois a fonte do novo direito global não é mais somente a política institucionalizada, que ainda não é propriamente política global, sendo somente política internacional, mas também, e sobretudo, provém de outros subsistemas que, na *race to globalization*, deixaram a política a ver navios.⁹ A economia, mas não só ela como também outros setores sociais, tais como a ciência, a tecnologia, os meios de comunicação de massa, a medicina, a educação, o transporte, estão desenvolvendo, no seu caminho rumo a uma sociedade mundial, uma enorme necessidade de normas, que não é suprida por instituições estatais nacionais ou internacionais, mas que os próprios setores satisfazem, “perfurando o direito”. Cada vez mais, regimes privados globais estabelecem direito material sem o Estado, sem uma legislação nacional ou sem tratados internacionais.¹⁰ Por toda parte crescem as metástases de regulamentos privados, acordos, soluções de conflitos, em outras palavras: a formação do direito acontece “deixando o Estado de lado”.¹¹ As exigências sociais, em relação a esse direito auto-produzido da sociedade mundial, não são em primeiro lugar o direcionamento político de processos sociais, mas têm sua raiz nas necessidades originárias do direito em contribuir para a estabilização de expectativas e solução de conflitos.

Nessa dinâmica, as transformações dramáticas ocorrem, por assim dizer, às margens do direito, nos acoplamentos estruturais do direito com outros subsistemas sociais:

- a constituição política, que se desenvolveu na história dos Estados nacionais para o acoplamento entre a política e o direito, e que, ao mesmo tempo, pretendia normatizar a relação do direito com os outros subsistemas, falta no contexto global.¹² Em seu lugar forma-se aqui, naturalmente, por assim dizer, uma multiplicidade de constituições parciais – acoplamento do direito mundial a outros subsistemas globais – que escaparam de uma normatização parecida com a constitucional e dominada pela política. Isso não é de se estranhar, porque o acoplamento estrutural com a política se dá na esfera global apenas

⁴ DAHRENDORF, 1998, p. 42ss.

⁵ De forma mais clara, cf. em HELD, 1995 e 1998.

⁶ STREECK, 1998, p. 17.

⁷ SHAPIRO, 1993; FRIEDMAN, 1996; TEUBNER, 1996a e 1996b; e ALBERT, 1999a e 1999b.

⁸ Mais detidamente em TEUBNER, 1996b e 1999.

⁹ Cf. nota 2 para indicação bibliográfica.

¹⁰ YOUNG, 1994.

¹¹ RONGE, 1980.

¹² LUHMANN, 1993, p. 571ss.

pelas instituições pesadas e pouco eficientes do direito internacional público;

- o foco da formação do direito é transferido para os regimes privados, para contratos entre *global players*, regulação privada do mercado por empresas multinacionais, estabelecimentos de regras internas nas organizações internacionais, sistemas interorganizacionais de negociação, processos mundiais de standardização.¹³ As fontes dominantes de direito encontram-se agora na periferia do direito, nas fronteiras com outros setores da sociedade mundial que disputam, com sucesso, posições com os centros tradicionais de formação de direito – parlamentos nacionais, instituições legislativas globais e acordos entre Estados;
- a Justiça no sentido mais restrito, representada pelos tribunais nacionais e internacionais, ganha concorrentes nas instâncias sociais não-políticas de solução de conflitos.¹⁴ Organizações internacionais, instâncias de arbitragem e de mediação, comissões de ética e regimes contratuais estão se transformando em “tribunais da sociedade”, que funcionam como sistemas parciais organizados do direito mundial, mas que dispensam as prestações estatais de infra-estrutura;¹⁵
- o direito mundial autônomo apóia-se cada vez mais em recursos próprios: organizações internacionais, empresas multinacionais, práticas globais de advocacia, fundos globais, associações globais, árbitros globais são instituições jurídicas que impulsionam o processo global de formação de direito.¹⁶

Em suma: na globalização, os processos dominantes de formação de direito transferem-se de seus centros, politicamente institucionalizados no Estado nacional (legislativo e justiça), para a periferia do direito, para as fronteiras do direito com outros subsistemas globais. A tônica do novo direito global é ser um direito periférico, espontâneo e gerado pela sociedade. *Private government*, *private regulation* e *private justice*¹⁷ tornam-se fontes centrais de direito, sendo fenômenos jurídicos originários que o Estado-nação só podia relegar com sucesso para a zona cinzenta da facticidade não-jurídica, porque

¹³ MUCHLINSKI, 1997; ROBÉ, 1997; e BIANCHI, 1997.

¹⁴ HIGGINS, 1997, p. 216ss.

¹⁵ Cf., para regimes contratuais, BELLEY, 1998, p. 155ss; para regimes associativos, NAFZIGER, 1996. Para um detalhado estudo de caso da construção global do direito num regime privado especializado, cf. KELLERHOFF, 1998.

¹⁶ DEZALAY & GARTH, 1995; FLOOD & SKORDAKI, 1997; e TRUBEK et al., 1999.

¹⁷ HENRY, 1983; GERSTENBERG, 1997.

estavam enquadrados e disciplinados por um verdadeiro rosário normativo de direito estatal. Em escala mundial, porém, a regulação, por atores sociais, de atividades sociais com feições jurídicas escapa efetivamente das condições normativas gerais impostas pelo Estado-nação, sem que naquele espaço tenham-se desenvolvido ou, ao menos, se vislumbrem condições gerais comparáveis. Nos regimes privados globais, ocorre uma eficaz autodesconstrução do direito, capaz de tornar simplesmente ineficazes os princípios básicos do direito estatal, a saber: a dedução da validade das normas jurídicas a partir de um modelo hierárquico de fontes normativas, a legitimação do direito por uma constituição politicamente posta, o processo legislativo em instâncias parlamentares, a segurança conferida por instituições, processos e princípios do Estado de direito e a garantia de espaços de liberdades individuais pelos direitos fundamentais politicamente conquistados.

III.

Pode-se qualificar esse direito espontâneo mundial como sendo uma variedade hipermoderna do tradicional direito consuetudinário? De fato, existem tentativas, sobretudo no direito internacional público, de reabilitar essa categoria venerável, porém errônea.¹⁸ Mas o que nessas decisões positivantes dos *private governance regimes* pode ser descrito como sendo *consuetudo longa* dos Estados como sujeitos do direito internacional privado? Onde está a *opinio iuris doctorum*?

Decerto uma coisa o velho direito consuetudinário e os novos regimes privados têm em comum: os dois complexos normativos têm suas raízes na sociedade, não nasceram positivados pelo soberano estatal. Esse soberano sequer participa mais de seu reconhecimento jurídico. Também não conhecem qualquer instância que lhes atribua validade. As diferenças, porém, são muito mais importantes. Direito consuetudinário genuíno desenvolve-se a partir de processos de comunicação difusa a longo prazo, processos esses que representam, sobretudo em sociedades tradicionais, um tipo dominante de gênese normativa. Normas sociais que remontam às silenciosas forças sociais da coordenação informal de comportamentos são, sob determinadas condições, recebidas pelo sistema jurídico como direito consuetudinário.¹⁹ Em contrapartida a esses

¹⁸ Cf. BARKUN, 1968; ZAMORA, 1989; e BENSON, 1992.

¹⁹ A melhor análise continua sendo a de GEIGER, 1964; nesse sentido, RAISER, 1995, p. 138ss; cf. também FREITAG, 1976.

processos de comunicação difusa, os novos regimes privados são um produto típico de diferenciação social. São formas altamente especializadas da criação de normas no interior dos subsistemas funcionais na modernidade. Eles surgem, justamente, não na base de coordenação informal de comportamento num processo gradativo de interações recursivas, mas em razão de serem positivados em processos decisórios organizados nos subsistemas sociais.²⁰ Por isso também não podem ser comemorados como sendo novo “direito espontâneo” à Hayek,²¹ capazes de contestar em escala mundial os excessos construtivistas dos Estados nacionais.²² Isso porque, contrariamente à separação artificial que Hayek faz entre a formação construtivista e espontânea do direito e à exagerada superestimação dos usos e costumes, a especificidade do direito neo-espontâneo consiste somente no fato de que não se baseia em decisões estatais, mas em procedimentos sociais mais ou menos organizados que produzem uma seletividade específica da formação normativa.

Como, porém, devemos entender as novas qualidades do direito senão como semelhantes ao direito consuetudinário? Designá-las como formação “espontânea” de direito denota certamente um romantismo errôneo diante das decisões planejadas e implementadas de maneira “construtivista” pelos regimes privados e que dizem respeito a regras positivadas em normatizações como a ISO, as condições gerais de negócios (*Allgemeinen Geschäftsbedingungen*), os regulamentos internos de empresas multinacionais e de associações internacionais de classe. Tudo indica, no entanto, que estamos diante de uma mescla de processos espontâneos e organizados. Sua particularidade parece ser o fato de que em relação ao direito consuetudinário tradicional ocorreu uma inversão da relação até então conhecida entre a normatização espontânea e a organizada. Uma crescente formalização, organização e positivação de normas sociais *versus* uma crescente espontaneidade, fragmentação e caotização de sua juridificação – será que é esse o elemento característico de um direito neo-espontâneo? Sociedade mundial organizada – direito mundial desorganizado?

Tradicionalmente, a gênese normativa espontânea (usos e normas sociais) ocorria de maneira centrada na sociedade, portanto, na periferia do sistema jurídico, enquanto a gênese organizada se dava no centro do direito (Judiciário e Legislativo). Com isso estava desenhada uma separação conceitual rígida e institucionalizada entre normatividade e validade, uma separação, portanto,

²⁰ HENRY, 1983 e 1987.

²¹ HAYEK, 1973.

²² Nesse preciso sentido, em um simpósio sobre o pensamento jurídico de Hayek, cf. COOTER, 1994.

entre a constituição do conteúdo de normas na sociedade, de um lado, e sua transformação em direito baseada numa atribuição de validade, de outro. Se, de um lado, existiam os longos processos de normatização relativamente indeterminados, difusos e vagos na sociedade, de outro lado, havia procedimentos de atribuição de validade claramente delimitados, hierarquias organizacionais das instâncias de criação de direito, os precedentes jurisprudenciais e uma generalizada textualização do direito. A isso correspondia uma tendência nítida à minimização do direito consuetudinário.²³ A dogmática o relegava a um “possível impulso” à formação do direito estatal.²⁴ Os juristas somente reconheciam a atribuição de validade jurídica à norma social por meio de tribunais e legisladores, não se importando tanto com a origem social da norma em questão. Somente a atribuição de validade (legislativa ou jurisprudencial) interessava. Mas, com isso, justamente um elemento fundamental para a valoração do direito se perdia: como o direito deve reagir às diversas seleções ocorridas em distintos processos sociais de formação do direito, que, por sua vez, modificam o conteúdo interno de justiça das normas sociais?

Finalmente, a categoria do direito consuetudinário perdeu completamente seus contornos. Como o ato decisório do juiz cada vez mais foi chegando ao centro dos interesses e os processos sociais foram considerados apenas fatos sociológicos e, portanto, irrelevantes, poder-se-ia passar a identificar o direito judiciário, criado pelos juízes (*Richterrecht*), ao direito consuetudinário.²⁵ Assim, designam-se, no direito privado contemporâneo, como sendo igualmente formas modernas típicas do direito consuetudinário, institutos jurídicos tão absolutamente diferentes como a cessão de títulos de garantia e a carta comercial de confirmação, normatizações sociais específicas da esfera de circulação econômica, de um lado, e, por outro, inovações próprias da jurisprudência estimuladas pela doutrina, como a *culpa in contrahendo* e a violação positiva do contrato.²⁶ Dessa maneira, o direito consuetudinário e a jurisprudência, duas formas jurídicas igualmente questionáveis diante do monopólio oficial de positivação do direito, podiam apoiar-se e legitimar-se mutuamente. Mas com isso se perdia, ao mesmo tempo, a percepção para o fato de que a transformação jurídica das normas sociais deveria submeter-se a condições e

²³ SALMOND, 1966, p. 66ss.

²⁴ ADOMEIT, 1969, p. 57.

²⁵ ESSER, 1967.

²⁶ RÖHL, 1995, p. 555.

critérios totalmente diferentes daqueles estabelecidos para a criação judicial do direito ocorrida no processo judicial de solução de conflitos.

Contrário a isso, podemos observar, hoje em dia, no contexto da globalização, uma inversão da relação espontâneo/organizado. Por não existir uma instância política global, capaz de sustentar politicamente a institucionalização de um âmbito decisório organizado no direito, o processo genuinamente jurídico de criação de normas torna-se, na vastidão do “Admirável Mundo Novo”, fragmentado, descoordenado e sujeito a perder-se de vista. Nesse sentido, fala-se, com razão, de uma “nova idade média” na pós-modernidade global.²⁷ Da mesma maneira, pode-se afirmar que “a ordem jurídica mundial se parece mais com as formas de ordem de uma sociedade tribal e, portanto, deve abdicar da força inerente à sanção organizada e da definição autêntica de infrações do direito por regras conhecidas”.²⁸ De outro lado, porém, é consequência da racionalização nos setores parciais da sociedade em escala mundial o fato de que normas sociais repousam cada vez menos numa coordenação espontânea de comportamentos e são cada vez mais positivadas, isto é, são postas e investidas de validade no contexto de um processo decisório “privado”. Os dois fenômenos confluem para a seguinte tendência: a criação normativa organizada nos setores parciais da sociedade na periferia do direito e a criação normativa espontânea no centro do direito.

Com isso altera-se a correlação entre normatividade e validade. Porque faltam, na esfera global, processos institucionalmente consolidados e instâncias decisórias centralizadas, os critérios de validade para o direito são extraordinariamente difusos. Isso tem a ver com uma característica típica da sociedade mundial, para a qual é significativa uma “teia de comunicações heterárquica, conectiva, em rede no plano de corporações e profissões”.²⁹ Diante do imenso número de instâncias descoordenadas e descentralizadas que tomam decisões jurídicas, pode-se responder somente para o caso singular em tela à questão relativa a qual norma efetivamente está em vigor. Constatar uma validade local e temporal de normas no direito global é, paradoxalmente, difícil, senão impossível. Pois em escala mundial não há uma hierarquia decisória, não há um aparato estabelecido capaz de produzir precedentes jurisprudenciais, há somente uma coordenação heterárquica e espontânea entre as mais diversas

²⁷ BULL., 1977.

²⁸ LUHMANN, 1995, p. 234.

²⁹ Idem, 1998, p. 375.

instâncias de positivação de normas.³⁰ Isso explica o fenômeno de uma identificação apenas fraca de normas, que para os juristas treinados ainda no contexto do direito estatal é um fenômeno tão irritante. Por isso, reportam-se estranhamente e de maneira *démodé* a um “direito consuetudinário” difuso (sem *consuetudo* e sem *opinio juris*). Por isso, referem-se, completamente fora da realidade, a formações jurídicas estatutárias e corporativistas tais como a *lex mercatoria*; recorrem, baseando-se em teorias jusnaturalistas, a princípios gerais da comunidade jurídica internacional; evocam a concordância entre regimes nacionais; têm esperança exagerada em convergências no âmbito do direito comparado; confiam no direito dos professores e nos processos secretos de conciliação que conferem autorização normativa às conferências internacionais dos *experts*.

Mas, ao mesmo tempo e estranhamente, não dá mais para dizer onde se encontra o lugar da positivação do direito, onde se tomam decisões vinculantes sobre sua normatividade e sua validade. Para onde quer que se olhe, a decisão relevante sobre a validade é tomada sempre em outro lugar. Nos regimes particulares globais, nos quais aparece a combinação típica entre normatização social organizada e processos espontâneos de criação normativa, a produção de normas é distribuída de forma descentralizada para um grande número de atores políticos e privados, sem que se possa apontar para um centro definido de tomada de decisões. O processo de criação de direito é, ao mesmo tempo, estranhamente circular: os atores reportam-se o tempo todo à validade de normas jurídicas cujo fundamento de validade é totalmente questionável. E é justamente essa praxe permanente de criar uma fama jurídica – uma verdadeira evocação de mitos jurídicos e não, por exemplo, uma decisão de uma instância central capaz de positivizar o direito, influenciada pelo *lobby* de atores privados – que dá validade ao novo direito.³¹ Não basta olhar aqui apenas a *lex mercatoria* tão mal-afamada por ser fantasmagórica.³² Pois também a criação de *standards*, silenciosamente formados numa seqüência de conferências mui eloqüentes de *experts* internacionais, baseia-se no mesmo mecanismo. Um exemplo atual de criação de direito “neo-espontâneo” no âmbito não-econômico é o direito de intervenção humanitária, no qual o papel persuasivo da mídia durante a gestação do “direito dos povos em desenvolvimento” (*Werden des “verdenden Völkerrecht”*) não pode ser, de maneira alguma, subestimado. Não é a infração do direito que faz o escândalo, mas o escândalo que faz o direito.

³⁰ STEIN, 1995, p. 164ss.

³¹ LUHMANN, 1993, p. 579ss.

³² STEIN, 1995, e DEZALAY & GARTH, 1995.

Um outro exemplo são as ONGs, tais como Greenpeace ou Anistia Internacional, que evocam permanentemente a validade de direitos humanos, apesar de estes não estarem positivados em acordo internacional ou decisão judicial. Uma multidão de atores privados, que, no fundo, não estão legitimados, participa dessa estranha evocação do direito: a mídia, associações profissionais, organizações não-governamentais e empresas multinacionais.³³

E, finalmente, a seletividade do processo de criação de normas transforma-se em comparação com a positivação do direito tradicionalmente política. Aí não basta o fato de que o direito desenvolve sua sensibilidade para a seletividade de instituições genuinamente políticas e constrói, nos casos de “fracasso da política”, procedimentos e critérios internos compensatórios mais ou menos abertos. Aqui, na seletividade específica do direito mundial neo-espontâneo, está a verdadeira novidade para a teoria das fontes do direito. No Estado nacional existia, em relação às normatizações “privadas”, toda uma gama de mecanismos de controle político-administrativos (controle das cláusulas gerais de contratos, instâncias de regulamento, negociações corporativas com a participação decisiva do Estado). Esses mecanismos de controle, porém, faltam, em grande parte, em escala mundial. Se a teoria das fontes do direito não quiser somente classificar as normas pelas suas fontes, mas questionar sua legitimidade social e o controle jurídico das diversas formações jurídicas, ela deve distinguir rigorosamente, e caso a caso, os processos de criação de normas segundo a racionalidade social em jogo e segundo sua seleção específica, para que possa desenvolver diversos procedimentos e critérios para seu controle jurídico. Na correlação entre direito e política, a tradição do Estado nacional já desenhou o modelo que ainda está para ser desenvolvido, de maneira análoga, quando se trata da relação do direito com outros subsistemas: em que aspecto o direito deve se adaptar aos outros subsistemas e em que aspecto deve se distanciar claramente? Nos ordenamentos jurídicos nacionais desenvolveram-se técnicas típicas de distanciamento do direito produzido pela política: despolitização e neutralização de decisões político-partidárias, reconstrução de políticas orientadas em determinados resultados como princípios jurídicos universais, enquadramento modificado de decisões políticas na dogmática jurídica segundo critérios de consistência jurídica e, naturalmente de maneira mais freqüente, o controle jurídico constitucional dos atos legislativos. O controle jurídico de atos legislativos políticos torna-se mais intensivo, como mostram os exemplos de financia-

mento de partidos políticos, quanto menos o processo político seja capaz de criar regulamentos apropriados. De outro lado, verifica-se também – e muitas vezes não se enxerga isso – uma adaptação ampla do direito moderno à lógica da política, pela qual os programas do direito, não somente o conteúdo das normas, mas também os programas metódicos, se “politizaram” drasticamente: o leque vai desde a interpretação teleológica pela orientação nas políticas e pela ponderação de interesses até o *impact assessment* e a orientação nas conseqüências. Mas onde estão as combinações análogas, de distância e adaptação, que o direito global deveria desenvolver em relação aos subsistemas não-políticos, quando esses se mostram crescentemente responsáveis pela positivação de direito não-legislado? *Standards* tecnológicos globais necessitam de controle jurídico diferente do exercido sobre condições internacionais gerais de negócios ou, ainda, sobre códigos globais de ética de associações profissionais internacionais.

Processos globais de padronização, que ocorrem seja pela imposição do mercado, seja pela imposição normativa interna das organizações internacionais, seja pelas negociações entre atores privados e públicos, pertencem às mais importantes fontes do direito global.³⁴ Se *standards* do conhecimento científico, técnico ou médico são normatizados e finalmente juridificados, o direito deve, também nesse caso, desenvolver um mescla adequada de distância e adaptação em relação à ciência e à tecnologia. À despolitização de decisões legislativas corresponde uma “descientificação” dos *standards*. A linha de fronteira entre lícito/ilícito é (necessariamente) traçada sem uma fundamentação científica suficiente, de maneira “arbitrária”. Ao mesmo tempo, ela é carregada com aspectos políticos, morais e econômicos. Dessa maneira, *standards* tornam-se *transscientific issues*.³⁵ Encontrar procedimentos e critérios para essa transformação é muitas vezes ainda um desejo que passa longe do apelo comum a favor da participação dos grupos de interesses em questão. De outro lado, ocorre uma cientificação do direito comparável à politização do método jurídico. Não importa se o direito positiva valores-limite precisos ou se remete ao “estado da ciência”, em ambos os casos o direito se torna dependente do desenvolvimento científico e tecnológico. Aqui também estão disponíveis, mas somente de forma rudimentar, procedimentos e critérios, e, como demonstra o debate sobre *science courts*, não vão além de proposições de política jurídica acerca do tema.

A criação de normas internas nas organizações internacionais é mais uma fonte de direito global. Rotinas internas dessas organizações e sua imposição

³³ BIANCHI, 1997, p. 185ss.

³⁴ JOERGES et al., 1997.

³⁵ MAJONE, 1984.

hierárquica são internamente positivadas e após juridificadas em situações de conflitos por procedimentos relativamente informais.³⁶ Também neste caso o direito ainda precisa encontrar uma mescla adequada entre distância e adaptação em relação à organização formal. Pretendendo serem designadas como normas jurídicas válidas, devem distanciar-se claramente da micropolítica da organização, mesmo se devem a ela a sua origem. De outro lado, a criação do direito permanece dependente dos acontecimentos nas organizações internacionais. Cláusulas gerais do “interesse organizacional” são capazes de combinar juridicamente aspectos internos e externos das organizações.

Algo similar vale, *mutatis mutandis*, para o papel do direito em relação às normatizações por meio de sistemas internacionais de negociação, acordos de organizações e acordos contratuais de diversos atores privados, mas também para as cláusulas gerais de contratos de empresas multinacionais. Se o direito incorpora a regulamentação privada de mercados por meio de atores coletivos, então se trata aqui também de uma combinação entre deseconomização das expectativas de transação, de um lado, e uma crescente dependência do direito de processos econômicos, de outro.

Em vez de se falar de maneira genérica de um “direito consuetudinário” em âmbito global, há de se diferenciar os diversos tipos de direito originário da sociedade, que se conectam aos diversos setores globais e que são caracterizados por diversas organizações internas próprias da produção normativa, e desenvolver exigências claras correspondentemente diferenciadas à distância e à adaptação do direito.

IV.

Uma segunda tese pertence ao repertório-padrão do debate da globalização: o papel do direito na globalização consistiria, no fundo, somente em formalizar juridicamente a nova distribuição de peso entre atores estatais e econômicos. O direito tomaria conhecimento das mudanças na correlação de poderes que estão levando a um primado econômico na sociedade mundial e desenvolveria, para tanto, conceitos, normas e princípios adequados. Neste ponto quero também criticar a visão do debate jurídico que se restringe a uma análise apenas política e econômica, e formular uma antítese: a globalização é capaz de abrir, ao mesmo tempo, uma chance para o direito de institucionalizar

³⁶ ROBÉ, 1997.

uma constituição dual, cujo desenvolvimento está esboçado nos setores da sociedade mundial.

Será que é possível falar, nesse contexto, de uma sociedade civil global capaz de contrapor um terceiro momento, cívico e democratizante, aos mecanismos autônomos de autodirecionamento, exercidos pelos mercados e cenários políticos globais? De fato, as esperanças de um potencial democrático na sociedade mundial concentram-se tanto na renovação do sistema político quanto no surgimento de uma sociedade civil em escala mundial, capaz de abrir novas chances para uma repolitização e reindividualização.³⁷

Finalmente surgiram também novos sistemas internacionais, mais ou menos capazes de esquivar-se da intervenção estatal: os sistemas de regras dos mercados financeiros internacionais, a *internet*, as redes de organizações não-governamentais, as estruturas decisórias de grupos de empresas transnacionais, mas também, no lado sombrio, o crime mundialmente organizado (...) formam, de fato, também, um potencial de democratização mundial.³⁸

Quais são, porém, os catalisadores de uma sociedade civil global, capazes de contrapor uma dinâmica própria plausível à dinâmica econômica e política? Apesar de ser correto apontar para o fato de que, ao lado da política e da economia, existem outros fenômenos sociais desbravando seu caminho na globalização, parece ser difícil identificar esses sujeitos sociais mundiais. Propostas de identificação oscilam entre a idealização de movimentos sociais e a concentração nas organizações formais.

Diante dos sucessos espetaculares dos movimentos de protestos nos últimos tempos, esses são, por assim dizer, os candidatos natos a serem um potencial democrático na esfera mundial.³⁹ Mas esperar que constituam um contrapeso autônomo à globalização da economia e da política parece ser exigir demais deles. Certamente eles são indispensáveis quando tematizam, de maneira provocativa, problemas que atingem a sociedade como um todo, e dos quais nenhuma instituição social especializada se encarrega de tomar conta. E essas provocações deveriam tornar-se cada vez mais importantes na medida em que as instituições políticas do Estado nacional perdem seu poder. Entretanto, suas atividades são apenas irritações; elas próprias têm pouco potencial para a solução dos problemas levantados. Movimentos de protesto são, no fundo, parasitários, e pressupõem a existência de instituições especializadas com um

³⁷ SHAW, 1998, p. 238ss.

³⁸ MENZEL, 1998, p. 258.

³⁹ SCHULZ, 1998, e FALK, 1996.

alto potencial de solução de problemas – que podem ser acusadas de terem uma visão estreita e praticarem um tecnicismo idiota – de forma que esses movimentos possam provocá-las a produzir inovações.

Será que se pode identificar a sociedade civil global com grupos de interesses em escala mundial? De forma semelhante à do pluralismo de grupos de interesses nos Estados Nacionais, eles são capazes de politizar os problemas da sociedade civil diante de agentes políticos institucionais organizados em escala global e exercer pressão política.⁴⁰ Essa visão, porém, restringe-se demais à política, o que tem conseqüências fatais em razão da fraqueza notória das instituições políticas na sociedade mundial.

Se não forem os movimentos de protesto ou os grupos de *lobby*, então que sejam pelo menos as ONGs! Foi nas organizações não-governamentais que se avistaram os novos tipos bem-sucedidos de atores globais entre Estados e multinacionais.⁴¹ Os sucessos memoráveis do Greenpeace, da Anistia Internacional, de grupos ambientalistas e de organizações de defesa dos direitos humanos parecem dar razão a uma visão que encontra aqui o ponto de cristalização de uma sociedade civil global. Pois, ao contrário dos movimentos difusos de protesto, esses grupos possuem a força de combate e as chances de racionalização de uma organização formal, que lhes conferem a capacidade de se comunicar com as organizações governamentais e as empresas multinacionais. Mas essa força inerente à organização é, ao mesmo tempo, seu ponto fraco, do ponto de vista da sociedade civil. O falso ponto de partida está justamente em sua organização formal. A organização formal não é substituta de uma dinâmica social que possa ser comparada aos mercados globalizados e aos processos políticos.

O único candidato realista para uma sociedade civil dinâmica é o pluralismo de subsistemas sociais globais. Nesse sentido convergem as teorias da *global culture* e da sociedade civil global, que dirigem sua atenção a uma pluralidade de instituições globais entre a política e a economia, com análises, a partir da teoria dos sistemas, da sociedade mundial policontextual.⁴² Somente aqui se encontra uma dinâmica social que tem uma chance de se impor, de forma autônoma, aos mercados mundiais e aos cenários políticos globais. Os subsistemas sociais que seguem, com sua racionalidade autônoma, um caminho próprio na globalização formam, na verdade, a base social, relativamente independente, dos processos políticos e econômicos, a partir da qual os grupos de

interesses, as organizações não-governamentais e os *private governance regimes*, de um lado, e os movimentos sociais, de outro, podem desenvolver suas atividades. Trata-se, portanto, de uma combinação de espaços sociais de autonomia, estruturalmente consolidados na sociedade, e de sua focalização organizacional, se se quiser falar de uma maneira mais ou menos realista dos elementos de sociedade civil na sociedade mundial.

Aqui se evidenciam as chances da globalização que permanecem escondidas atrás de uma visão político-econômica. Essas chances consistem no fato de que a dinâmica da globalização permite, no interior dos mais diversos subsistemas sociais, *re-formar* a correlação entre os setores espontâneos e organizados. Pois globalização significa também que muitos setores sociais se libertam das limitações impostas pela política estatal nacional. No jogo das relações dos subsistemas entre si, as cartas são novamente embaralhadas. Pesquisa, educação, sistema de saúde, mídia, arte – para esses setores sociais, aparece, no processo de globalização, não somente a chance de afirmar a autonomia de suas atividades, mas também de estabelecer um regime autônomo para suas atividades. Isso resulta em uma nova tarefa para o direito, a de institucionalizar a constituição dual de liberdade da sociedade civil nos mais diversos setores sociais.

No contexto dos Estados nacionais, as esferas de autonomia da sociedade civil não eram capazes de desenvolver regimes próprios dignos de nota. Pesquisa, educação, medicina, arte, mídia – essas atividades estavam atreladas ou ao setor privado ou ao setor público. Por que essas atividades autônomas eram sempre colonizadas por regimes político-econômicos? Isso, mesmo quando era evidente que sua racionalidade e normatividade próprias não eram capazes de se desenvolver, na sua plenitude, sob o domínio político ou sob o princípio do lucro do mercado?

A resposta é que nenhum desses setores conseguiu, até agora, institucionalizar um dualismo entre racionalidade formal-organizacional e espontaneidade informal, como interação dinâmica, sem o primado de um ou de outro setor. Quando os subsistemas tinham conquistado certa autonomia diante da política e da economia, eles desperdiçavam toda essa autonomia quando procuravam constituir todo o setor social de atividades como organização social e sufocavam-se na sua própria condição corporativa. Apesar de serem capazes de estabelecer um regime autônomo em relação à política e à economia, expandiram-no somente como um campo de tomada de decisões formalmente organizadas que, por sua vez, não tinha apoio suficiente num âmbito espontâneo dinâmico correspondente.

⁴⁰ STREECK & SCHMITTER, 1985 e 1991.

⁴¹ FALK, 1996.

⁴² MEYER, 1997; LUHMANN, 1998, p. 373ss; e SHAW, 1998.

Em contrapartida, uma constituição social dual, isto é, a diferenciação interna de um subsistema social em um setor espontâneo e outro organizacional, deu mais ou menos certo, historicamente, somente na economia (empresa/mercado) e na política (governo/opinião pública), apesar de que aqui também o potencial ainda não foi esgotado. Na economia, a correlação entre um setor espontâneo determinado pelo mercado e um setor organizacional determinado pelas empresas também está estabelecida de maneira global. Apesar de as empresas altamente organizadas terem sido capazes de potencializar sua perícia tecnológica, sua capacidade organizacional e suas técnicas financeiras, o *corporate sector* não conseguiu submeter o setor econômico como um todo a seu controle. É justamente a globalização que expõe até os maiores conglomerados empresariais à dinâmica dos mercados mundiais, indomável e incapaz de ser removida mesmo pelas mais recentes megafusões. De maneira análoga, enfrentam-se, na política, o setor organizado dos partidos políticos e da administração pública e o setor espontâneo do eleitorado, dos grupos de interesses e da opinião pública. Aqui também a globalização fortaleceu de maneira enorme o setor espontâneo da política. Nos dois sistemas, um setor altamente racionalizado de tomada de decisões está exposto a um desafio para ele obscuro e caótico. O setor organizado de tomada de decisões não recebe do setor espontâneo qualquer sinal inequívoco. Está, por assim dizer, condenado à liberdade de decisão, e somente quando são tomadas decisões críticas é que os mecanismos específicos de responsabilidade da democracia e do mercado põem-se em marcha. Essa dicotomia entre o espontâneo e o organizado parece ser um dos segredos do sucesso das democracias modernas. Ao mesmo tempo é um ponto de cristalização para os demais potenciais de democratização. Será sempre uma questão de ajustar a balança precária entre o setor espontâneo e o setor organizacional. E as instituições democráticas clássicas – participação, deliberação, mecanismos de eleição – servem para o aumento do potencial democrático quando são capazes de expandir os controles recíprocos entre os setores espontâneo e organizacional.

Esse dualismo entre os setores espontâneo e organizacional como princípio de diferenciação funcional “bem-sucedida” é raras vezes visto em suas dimensões teórico-democráticas. A democracia pode funcionar somente se, de um lado, potenciais decisórios forem especializados, organizados e racionalizados, sem, no entanto, assumirem o controle total sobre o seu setor, e se, de outro lado, forem expostos a um processo de controle por uma multiplicidade descentralizada de processos decisórios espontâneos. Geralmente vê-se somente em teorias da diferenciação social que os setores autônomos da política, da econo-

mia, do direito e da religião vão se tornando independentes uns dos outros, já a partir do fim da Idade Média, em impulsos evolutivos. A diferenciação crítica entre um setor espontâneo e organizacional no interior de um subsistema, por sua vez, desenvolveu-se no sistema econômico apenas durante a Revolução Industrial na Inglaterra: a economia não era constituída nem como um mercado puramente atomístico entre atores individuais, nem como a soma de organizações formais, mas como sendo uma interação de organizações em mercados organizados de maneira espontânea. A diferenciação política correspondente foi constituída nas Revoluções Americana e Francesa como sendo a espontaneidade da democracia e dos direitos fundamentais contra a organização formal de um Estado altamente racionalizado. Em outros setores, porém, existem somente sinais fracos de uma diferenciação interna entre um setor espontâneo e organizacional. Antes se encontrava institucionalizada no clássico sistema científico alemão uma combinação de racionalidade altamente organizada nas universidades e a espontaneidade da sociedade culta. O possível equivalente encontra-se no sistema das universidades norte-americanas que, ao contrário das burocratizadas e politizadas universidades européias, conseguiu combinar atividades organizadas e espontâneas num regime relativamente autônomo em relação à política e à economia.

Por isso, a tese da globalização como simples deslocamento da correlação de forças entre os atores políticos e econômicos aponta para uma direção errada. Trata-se também da liberação dessas autonomias sociais. É óbvio que as hierarquias políticas e as burocracias administrativas sufocam atividades sociais. O deslocamento para a economia abre, de fato, a interação entre o mercado espontâneo e empresas organizadas. Mas o direcionamento pelo lucro bloqueia, tanto quanto o direcionamento pelo poder, a racionalidade própria dos setores da sociedade civil, cujo desenvolvimento só será possível quando se conseguir estabelecer um regime autônomo de decisões organizadas e processos espontâneos de controle que não se identifiquem nem com o mercado orientado ao lucro, nem com os processos políticos direcionados pelo poder.⁴³

Será que as constituições para as liberdades da sociedade civil, no processo de globalização, poderão ser identificadas como chances socioestruturais ou, quem sabe, poderão até ser juridicamente institucionalizadas? A pesquisa mundial, se não absorvida pela corrente de processos econômicos de mercado, parece mostrar tendências suficientes para o desenvolvimento de um setor

⁴³ Cf. TEUBNER, 1998.

espontâneo global. As palavras de ordem são: despolitização, desburocratização, formas não-econômicas de concorrência, pluralização de financiamento de pesquisa e concorrência entre instituições de fomento à pesquisa. Tendências semelhantes podem ser constatadas no setor da educação, no qual a concorrência mundial das universidades expulsa estas da tutela política e burocrática e as confronta com a dinâmica de controle do próprio setor dinâmico.

A globalização como chance para o direito significaria que se devem institucionalizar constituições próprias para os *global villages* dos setores autônomos da sociedade, com uma relativa distância da política e da economia. Nos setores autônomos deveriam existir potenciais para uma *re-politização*, uma *regionalização* e uma *re-individualização* dos processos de criação normativa. A atenção principal do direito global deveria se destinar a assegurar, de forma normativa, a dualidade da autonomia social nos subsistemas, isto é, uma dinâmica de controle dos setores espontâneos e os organizacionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADOMEIT, K. *Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht*. München: Beck, 1969.
- ALBERT, M. *Capitalism Against Capitalism*. Trad. Paul Haviland. Londres: Whurr, 1993.
- _____. A Global Law Field: What makes Law Law in World Society. World Congress for Legal and Social Philosophy (IVR-99), Nova York, 1999a.
- _____. Globalisierung und Entgrenzung des Rechts. In: VOIGT, R. (org.). *Globalisierung des Rechts*. Baden-Baden: Nomos, 1999b.
- BARKUN, M. *Law Without Sanktions: order in primitive societies and the world community*. New Haven: Yale University Press, 1968.
- BELLEY, J.G. *Le contrat entre droit, économie et société*. Cowansville: Yvon Blais, 1998.
- BENSON, B.L. Customary Law as a Social Contract: International Commercial Law. *Constitutional Political Economy*, Cheltenham/Northampton MA, 3:1-27, 1992.
- BIANCHI, A. Globalisation of Human Rights: The Role of Non State Actors. In: TEUBNER, G. (org.). *Global Law without a State*. Aldershot: Dartmouth Gower, 1997.
- BULL, H. *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*. Londres: Macmillan, 1977.
- COOTER, R.D. Decentralized Law for a Complex Economy. *Southwestern University Law Review*, Los Angeles, 23, 1994, p. 443-451.

- DAHRENDORF, R. Anmerkungen zur Globalisierung. In: BECK, U. (org.). *Perspektiven der Weltgesellschaft*. Frankfurt-M.: Suhrkamp, 1998.
- DEZALAY, Y. & GARTH, B. Merchants of Law as Moral Entrepreneurs. *Law & Society Review*, Beverly Hills, 29, 1995, p. 12-27.
- DRORI, G.S. Science, Democracy and Governability: On the Political Consequences of Science Globalization. In: _____. *The National Science Agenda as a Ritual of Modern Nation-Statehood: The Consequences of National Science for Development Projects*. Dissertation (Ph.D.). Stanford University, 2000.
- ESSER, J. Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht. In: *Festschrift für Fritz von Hippel*. Tübingen: Mohr, 1967.
- FALK, R. Die Weltordnung innerhalb der Grenzen von zwischenstaatlichem Recht und dem Recht der Menschheit. Die Rolle der zivilgesellschaftlichen Institutionen. In: LUTZ-BACHMANN, M. & BOHMANN, J. (orgs.). *Frieden durch Recht: Kants Friedensidee und das Problem einer neuen Weltordnung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.
- FIDLER, D.P. Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future Customary International Law. *German Yearbook of International Law*, Berlin, 39, 1996, p. 198-248.
- _____. Mega-Insolvencies: Informal Rule-Making by Accountants and Lawyers. In: TEUBNER, G. (org.). *Global Law without a State*. Aldershot: Dartmouth Gower, 1997.
- FLOOD, J. & SKORDAKI, E. Mega-Insolvencies: Informal Rule-Making by Accountants and Lawyers. In: TEUBNER, G. (org.). *Global Law without a State*. Aldershot: Dartmouth Gower, 1997.
- FREITAG, H.O. *Gewohnheitsrecht und Rechtssystem*. Berlin: Duncker & Humblot, 1976.
- FRIEDMAN, L.M. Borders: On the Emerging Sociology of Transnational Law. *Stanford Journal of International Law*, Stanford, 32, 1996, p. 65-90.
- GEIGER, T. *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*. Berlin: Duncker & Humblot, 1964.
- _____. *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*. 4. Aufl. Neuwied: Luchterhand, 1987.
- GERSTENBERG, O. Law's Polyarchy: A Comment on Cohen and Sabel. *European Law Journal*, Oxford, 3, 1997, p. 343-358.
- HAYEK, F.A. *Law, Legislation and Liberty*. Londres: Routledge & Paul, 1973. v. 1: *Rules and Order*.
- HELD, D. *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance*. Cambridge: Polity Press, 1995.

- _____. Rethinking Democracy: Globalization and Democratic Theory. In: STREECK, W. *Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie: Herausforderung für die Demokratietheorie*. Frankfurt-M.: Campus, 1998, p. 59-78.
- HENRY, S. *Private Justice*. Boston: Routledge & Kegan Paul, 1983.
- _____. The Construction and Deconstruction of Social Control: Thoughts on the Discursive Production of State Law and Private Justice. In: LOWMANN, J. et al. (orgs.). *Transcarceration: Essays in the Sociology of Social Control*. Aldershot: Gower, 1987.
- HIGGINS, R. The Reformation in International Law. In: RAWLINGS, R. (org.). *Law, Society and Economy*. Oxford: Oxford University Press, 1997.
- JOERGES, C. et al. (orgs.). *The Integration of Scientific Expertise into Standard-Setting*. Baden-Baden: Nomos, 1997.
- KELLERHOFF, J. *Oil and Money*. Firenze: European University Institute, 1998.
- LUHMANN, N. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt-M.: Suhrkamp, 1993.
- _____. Das Paradox der Menschenrechte und drei Formen seiner Entfaltung. In: LUHMANN, N. (org.). *Soziologische Aufklärung 6: Die Soziologie und der Mensch*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1995.
- _____. Der Staat des politischen Systems: Geschichte und Stellung in der Weltgesellschaft. In: BECK, U. (org.). *Perspektiven der Weltgesellschaft*, Frankfurt-M.: Suhrkamp, 1998.
- MAJONE, G. Science and Trans-Science in Standard-Setting. *Science, Technology & Human Values*, 9, 1984, p. 15-22.
- MENZEL, U. *Globalisierung versus FrAGMENTIERUNG*. Frankfurt-M.: Suhrkamp, 1998.
- MEYER, A. World Society and the Nation State. *American Journal of Sociology*, Chicago, 103, 1997, p. 144-181.
- MUCHLINSKI, P. Global Bukowina' Examined: Viewing the Multinational Enterprise as a Transnational Law-Making Community. In: TEUBNER, G. (org.). *Global Law without a State*. Aldershot: Dartmouth Gower, 1997.
- NAFZIGER, J.R. International Sports Law as a Process for Resolving Disputes. *International and Comparative Law Quarterly*, Londres, 45, 1996, p. 130-149.
- RAISER, T. *Das lebende Recht*. Baden-Baden: Nomos, 1995.
- ROBÉ, J.-P. Multinational Enterprises: The Constitution of a Pluralistic Legal Order. In: TEUBNER, G. (org.). *Global Law without a State*. Aldershot: Dartmouth Gower, 1997.
- RÖHL, K. *Allgemeine Rechtslehre*. Köln: Heymanns, 1995.
- RONGE, V. *Am Staat vorbei*. Frankfurt-M.: Campus, 1980.
- SALMOND, J.W. *Salmond on Jurisprudence*. Londres: Sweet & Maxwell, 1966.
- SANTOS, B. de S. *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*. Nova York: Routledge, 1995.
- SCHULZ, M.S. Collective Action Across Borders: Opportunity Structures, Network Capacities, and Communicative Practice in the Age of Advanced Globalization. *Sociological Perspectives*, Beverly Hills, 41, 1998, p. 587-616.
- SHAPIRO, M. The Globalization of Law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Bloomington, 1, 1993, p. 37-64.
- SHAW, M. Die Repräsentation ferner Konflikte und die globale Zivilgesellschaft. In: BECK, U. (org.). *Perspektiven der Weltgesellschaft*. Frankfurt-M.: Suhrkamp, 1998.
- STEIN, U. *Lex Mercatoria: Realität und Theorie*. Frankfurt-M.: Klostermann, 1995.
- STREECK, W. Einleitung: Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie? In: STREECK, W. (org.). *Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie: Herausforderungen für die Demokratietheorie*. Frankfurt am Main: Campus, 1998.
- STREECK, W. & SCHMITTER, P. *Private Interest Government: Beyond Market and State*. Londres: Sage, 1985.
- _____. From National Corporatism to Transnational Pluralism: Organized Interests in the Single European Market. *Politics and Society*, Los Altos, 19, 1991, p. 133-164.
- TEUBNER, G. Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus. *Rechtshistorisches Journal*, 15, 1996a, p. 255-290.
- _____. Des Königs viele Leiber: Die Selbstdonstruktion der Hierarchie des Rechts. *Soziale Systeme*, Stuttgart, 2, 1996b, p. 229-255.
- _____. Nach der Privatisierung? Diskurskonflikte im Privatrecht. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Stuttgart, 19(1), 1998, p. 8-36.
- _____. Die unmögliche Wirklichkeit der lex mercatoria: Eine systemtheoretische Kritik der théorie ludique du droit. In: *Festschrift für Wolfgang Zöllner*. Köln: Heymann, 1999.
- TRUBEK, D.M. et al. Transnationalism in the Regulation of Labor Relations: International Regimes and Transnational Advocacy Networks. *Journal of Law and Social Inquiry*, Chicago, 11, 1999, p. 1-30.
- WALLERSTEIN, I. *The Capitalist World Economy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.
- YOUNG, O. *International Governance. Protecting the Environment in a Stateless Society*. Ithaca: Cornell University Press, 1994.
- ZAMORA, S. Is There Customary International Economic Law? *German Yearbook of International Law*, Berlin, 32, 1989, p. 9-42.

5. REGIMES DE PRODUÇÃO IDIOSINCRÁTICOS:
SOBRE A CO-EVOLUÇÃO DA ECONOMIA E DO
DIREITO NAS *VARIETIES OF CAPITALISM*

O artigo toma as diferentes recepções dos contratos *just in time* nos EUA e na Alemanha como motivo para enfrentar a seguinte questão: por que contra todas as expectativas a globalização dos mercados não levou a uma convergência de instituições jurídicas e econômicas? O autor confronta duas teorias, que procuram esclarecer sistematicamente as variedades institucionais do capitalismo: 1. a teoria dos regimes de produção que reconduz a idiosincrasia das instituições à construção de sistemas de instituições próprias pelos regimes de produção regionais, cujos elementos estabilizam-se mutuamente; 2. a teoria da co-seleção institucional que defende que se mantenha o critério de eficiência a distância para que, com isso, a adaptação do meio envolvente ao sistema seja ditada não só por critérios de eficiência de mercado, mas também por critérios de seleção políticos, tecnológicos e culturais. Com isso, o autor nos reconduz não à interdependência de instituições econômicas internas, mas à conexão das estruturas da economia, do direito e da política. Seu desenvolvimento é compreendido como co-evolução de caminhos de desenvolvimento autônomos em diferentes subsistemas. Variedades de capitalismo são, assim, resultado de diversas configurações de co-evolução, nas quais mecanismos de evolução de subsistemas influenciam-se mutuamente.

Título original: Eigensinnige Produktionsregimes: Zur Ko-evolution von Wirtschaft und Recht in den varieties of capitalism. *Soziale Systeme*, 5, 1999, p. 7-25. Tradução: DOROTHEE SUSANNE RÜDIGER.

I. ANOMALIAS¹

Por que na Europa não se repetiu a *tort revolution* que aumentou, nos Estados Unidos, os riscos de responsabilidade civil para as empresas privadas a ponto de provocar uma crise nas companhias de seguros durante a última década? De outro lado, por que o controle judicial de contratos-padrão, que alcançou na Alemanha uma densidade de controle extremamente alta, nos Estados Unidos não se verificou de forma similar? Por que se esvaziaram, na Grã-Bretanha, cláusulas gerais de proteção ao consumidor legisladas na Europa como um todo, e funcionando sem problemas na França, na Itália e na Alemanha? Por que, na Europa Central, as redes de distribuição *just in time*, inventadas no Japão, são juridificadas de uma maneira tão diferente daquela dos Estados Unidos ou da Grã-Bretanha?²

Tais diagnósticos irritam as ambições da harmonização política no espaço europeu e transatlântico da mesma maneira como irritam o direito comparado acadêmico que as inspira. Eles abalam suas duas orientações fundamentais: de um lado, a orientação na convergência de instituições econômicas em sociedades industriais modernas e, de outro, a orientação na sua equivalência funcional, apesar da diversa construção dogmática jurídica.³ Será que a harmonização forçada de instituições econômicas, na Europa como um todo, produz novas divergências em vez de unidade jurídica e segurança de expectativas?⁴

Mas também as teorias econômicas institucionalistas estão sendo irritadas por tais diagnósticos. Partindo de pontos diferentes, prognosticam que, ao final de um processo de seleção natural, afirmar-se-ão, no plano mundial, instituições cuja tendência é a eficiência econômica. Na identificação de mecanismos de seleção, porém, as teorias divergem. A teoria dos custos de transação aposta no fato de que os atores racionais escolhem as formas jurídicas de suas

¹ Agradeço a Peer Zumbansen pela colaboração crítica e construtiva.

² Sobre essas invenções, CASPER, 1998; 1996 e 1995; TEUBNER, 1998.

³ ZWEIGERT & KÖTZ, 1996, p. 33ss; BOGDAN, 1994, p. 60; para crítica: LEGRAND, 1997; FRANKENBERG, 1985.

⁴ TEUBNER, 1998.

transações de tal maneira que os custos oriundos das informações, das negociações e da implementação sejam minimizados.⁵ A *Evolutionary Economics* desconfia dessa racionalidade por parte dos agentes, e identifica em seu lugar um mecanismo de seleção existente em mercados com bom funcionamento, que deixa sobreviver, em meio a rotinas cegamente encontradas, apenas as tendencialmente eficientes.⁶ A *Law and economics*, por sua vez, responsabiliza o diálogo entre *stare decisis* e *overruling* no *Common Law* pelo fato de que, sob a influência permanentemente repetida da *relitigation* entre atores econômicos racionais, produzem-se normas jurídicas eficientes.⁷ A *Regulatory competition*, finalmente, identifica, no paralelismo de ordenamentos jurídicos federal e global, mais um mecanismo de competição que garante a seleção do regime de produção mais eficiente.⁸

Teorias institucionais desse tipo são irritadas pelas anomalias acima citadas, uma vez que questionam, como um todo, a abordagem da evolução e da eficiência. A mais recente economia política comparada as confronta com resultados empíricos surpreendentes, segundo os quais, contra todas as expectativas, a globalização dos mercados e a computadorização da economia não levaram a uma convergência da eficiência de instituições econômicas. Apesar de todas as tendências realmente existentes para a minimização de custos de transações, seleção pelo mercado, *relitigation* e concorrência regulatória, que, como seletores evolucionistas, deveriam nivelar, de forma efetiva, as diferenças institucionais, as condições econômicas do capitalismo avançado não estão convergindo.⁹ Pelo contrário: o processo de globalização, até mesmo as medidas de uniformização no Mercado Comum Europeu, produziu novas divergências institucionais. Apesar da liberalização dos mercados mundiais e da formação do mercado comum, um dos resultados mais notáveis dos últimos trinta anos é que as divergências institucionais entre as sociedades industriais desenvolvidas aumentaram ao invés de diminuir. Isso vale para as mais diversas instituições econômicas, como os regimes de financiamento das empresas, os acordos do *corporate governance*, as relações coletivas de trabalho, a profissionalização empresarial, as relações contratuais entre as empresas, as redes interorganizacionais, os processos de standardização e os regulamentos de conflitos entre empresas.¹⁰

⁵ WILLIAMSON, 1993; 1991 e 1985.

⁶ NELSON, 1995; WINTER, 1995; e NELSON & WINTER, 1982.

⁷ COOTER & KORNHAUSER, 1980; PRIEST, 1977; RUBIN, 1977.

⁸ BRATTON & Mc CAHERY, 1995.

⁹ CROUCH & STREECK, 1995; ALBERT, 1992; e PORTER, 1990.

¹⁰ SOSKICE, 1997.

Como avaliar essa lógica interna das instituições? Ao lado de tentativas mais cautelosas, que corrigem de maneira imanente, por meio da *path dependency*, da teoria do caos e do *punctuated equilibrium*, as teses da existência de uma evolução direcionada pela eficiência, embora mantenham seus pressupostos,¹¹ destacaram-se duas teorias que tentam explicar de maneira sistêmica as *institutional varieties of capitalism*. A teoria dos regimes de produção¹² atribui a lógica própria das instituições ao fato de que os regimes de produção formam sistemas de instituições específicos, cujos elementos se estabilizam reciprocamente.¹³ A teoria da co-seleção institucional¹⁴ explica o desvio do caminho virtuoso da seleção pela eficiência, admitindo que sua adaptação ao ambiente é ditada não somente pela eficiência no mercado, mas também por critérios de seleção políticos, tecnológicos e culturais.

O que a teoria dos sistemas diz a respeito de tudo isso? Apesar de nutrir certa simpatia pelas estabilizações intra-sistêmicas e pelos múltiplos mecanismos de evolução, ela se distancia das duas teorias. Resumindo, pode-se descrever a postura crítica em relação à teoria dos regimes de produção e à co-seleção da seguinte maneira: 1. um regime de produção não é um sistema; e 2. co-evolução não se entende como uma simples adição de seletores.

Mas se não há um sistema, nem uma co-seleção, o que há?

II. CONFIGURAÇÕES HÍBRIDAS

Regimes de produção são condições que formam um quadro normativo para a ação econômica. Estruturam a produção de bens e serviços por meio de mercados e instituições mercantis. As “regras do jogo” da ação econômica – isto é, os incentivos e as restrições para as transações econômicas – são formuladas por todo um conjunto de instituições que estão inseridas na ação econômica.¹⁵ A teoria dos regimes de produção explica a lógica própria característica dessas instituições econômicas, que irrita tanto os harmonizadores jurídicos quanto os economistas evolucionistas pelo fato das instituições singulares, em um espaço econômico, não existirem isoladamente, mas formarem elementos interdependentes em um sistema estável. As instituições singulares – financiamento de empresas, constituição das empresas (*Unternehmensverfassung*), rela-

¹¹ ROE, 1995.

¹² HALL & SOSKICE, 2001.

¹³ Ibid. e SOSKICE, 1997.

¹⁴ NELSON, 1995, e NELSON & WINTER, 1982.

¹⁵ AOKI, 1994, e HOLLINGSWORTH, 1993.

ções coletivas de trabalho, profissionalização empresarial, relações contratuais entre empresas, redes interorganizacionais, processos de standardização e mecanismos de regulação de conflitos entre empresas – formam juntas um sistema engrenado que tende à autopreservação. Nesse sistema estável, as instituições interagem intermediadas pelas estratégias de agentes coletivos racionais, de maneira que terminam em configurações específicas e estáveis, capazes de proporcionar, aos regimes de produção em questão, vantagens institucionais na competição internacional.¹⁶ “Variantes do capitalismo” são, portanto, explicáveis a partir da dinâmica intra-sistêmica dos regimes de produção.¹⁷

Os regimes diferenciam-se enormemente de espaço econômico para espaço econômico, até mesmo no contexto europeu. Como é de se esperar, as maiores divergências existem entre os regimes de produção europeus continentais (sobretudo Alemanha, Suécia, Noruega, Suíça e Áustria) e suas contrapartidas anglo-saxônicas (Grã-Bretanha, Estados Unidos, Irlanda, Canadá, Austrália e Nova Zelândia). Porque em cada um desses espaços econômicos surgem impulsos de modificação, em dado momento, de um sistema que se automan-tém, no qual cada instituição interage com a outra, os regimes de produção desenvolvem uma estabilidade notável em relação à evolução conduzida pela eficiência, ou seja, uma resiliência para enfrentar as exigências cambiantes de mercados diversos, uma resistência permanente contra a transferência institucional, enfim, uma continuidade histórica impressionante na sua própria lógica de evolução. Isso acontece, também e sobretudo, nos tempos em que a globalização tudo nivela.¹⁸

Realmente, é uma impressionante concepção das idiosincrasias dos regimes de produção! Mas justamente a esses regimes de produção a teoria dos sistemas, que normalmente enxerga sistemas em tudo, deve negar o *status* de sistemas. Se o conceito de sistema for tomado em seu sentido estrito, não se pode denominar qualquer ordem social como sendo um sistema. Nesse sentido, os regimes de produção realmente existentes não são sistemas, tomando-se seus elementos, estruturas e limites.¹⁹ Pelo contrário, são configurações totalmente assistêmicas, acoplamentos estruturais entre sistemas sociais autônomos que, no entanto, não se tornam sistemas autônomos com seus elementos, estruturas e limites próprios. Como acoplamentos estruturais,²⁰ os regimes de produção são

¹⁶ PORTER, 1990.

¹⁷ HALL, 1997.

¹⁸ SOSKICE, 1997.

¹⁹ *Locus classicus*: LUHMANN, 1984.

²⁰ MAFURANA & VARELA, 1987.

simples configurações formadas por componentes heterogêneos, por estranhas criações hermafroditas existentes na zona cinzenta entre a economia e a sociedade, em suma: híbridos socioeconômicos. Podemos comprovar por observação empírica que os regimes de produção não desenvolveram operações elementares – “atos de regimes” – que possam tecer um sistema social capaz de se auto-reproduzir. Por isso, os regimes de produção não são nem sistemas funcionais, nem organizações formais, nem interações, mas somente acoplamentos entre os anteriores. Apesar de serem, de fato, um conjunto de instituições econômicas com uma estrutura específica, isso não os torna um subsistema autônomo da economia. Ao contrário, deve-se levar em conta, em primeiro lugar, seu caráter híbrido como instituições pertencentes ao mesmo tempo à economia e ao direito, muitas vezes até como instituições múltiplas que se associam a outros sistemas sociais, como, por exemplo, a política e a educação.

Mesmo que a maioria dos economistas e juristas tenha uma visão diferente e compreenda as instituições jurídicas e econômicas como fenômenos unitários, sendo ora complexos de normas, ora sistemas de incentivos, mesmo se se atribuírem as diferenças entre componentes jurídicos e econômicos aos diferentes interesses de conhecimentos das disciplinas científicas em questão, defende-se, aqui, com ênfase, a seguinte tese: instituições econômicas divergem fundamentalmente das jurídicas. As “regras do jogo” econômicas, apesar de todas as sobreposições, não são idênticas a normas jurídicas. E isso não tem nada a ver (pelo menos não só) com a tão citada diferença entre ser e dever-ser. Os *property rights* econômicos são chances de ação práticas no mercado, com uma relativa distância da propriedade jurídica,²¹ que, por sua vez, sendo um complexo de pretensões jurídicas válidas e normas destinadas à solução de conflitos jurídicos, não pode ser identificada com chances fácticas de ação. Deve-se distinguir uma transação econômica de um contrato concluído de maneira juridicamente válida, mesmo se ambos ocorrem muitas vezes, mas não necessariamente, ao mesmo tempo. A pessoa jurídica como ponto de imputação de atos jurídicos vinculativos, direitos subjetivos e obrigações não é idêntica à empresa econômica como um sistema social auto-reprodutivo. No fundo, a diferença consiste no fato de que instituições econômicas são compostas, em sua estrutura, de *constraints* e *incentives*, que influenciam os cálculos de custos e benefícios dos agentes econômicos, enquanto instituições jurídicas são complexos de normas válidas que estruturam a solução de conflitos. Apesar de ambas pode-

²¹ Um caso extremo seria o âmbito ilegal de atuação de uma máfia.

rem ser estruturalmente acopladas, as instituições econômicas e jurídicas podem não só ser analiticamente diferenciadas, como também são fenômenos diferentes do ponto de vista empírico.²²

Até o mais estreito acoplamento estrutural entre o direito e a economia não atribui aos regimes de produção nenhuma identidade própria como sistema social, mas entrelaça as instituições jurídicas e econômicas de tal forma que aparentam não ser mais distinguíveis. Paradoxalmente, esse entrelaçamento ocorre por meio de uma diferença, a saber, a do código sistêmico que separa o direito da economia. Não cria uma nova unidade de instituições econômicas, não cria operações sociojurídicas unificadas ou estruturas comuns. Mesmo quando os acontecimentos ocorrem simultaneamente, elas permanecem sendo operações distinguíveis, em seu discurso específico, com passado e futuro próprios. A única condição para sua sincronização é que sejam compatíveis umas com as outras. Elas são e permanecem configurações hermafroditas, híbridos sociais que consistem em encadeamentos paralelos de operações jurídicas e econômicas.

E é justamente nesse encadeamento paralelo – e não em sua natureza de sistema social – que reside a razão mais profunda para sua lógica própria, isto é, sua resistência contra impulsos de transformações direcionados pela idéia da eficiência. Sua resistência contra transformações não é plenamente compreensível, caso seja atribuída – como procede a teoria dos regimes de produção – às interdependências das instituições econômicas que, por sua vez, são transmitidas por estratégias de atores coletivos egoístas.²³ Para analisar adequadamente os regimes de produção, é necessário desvencilhar-se da idéia da existência de sistemas unitários de instituições econômicas capazes de se preservarem e de se interligarem por transações econômicas e estratégias de seus atores. Somente assim será possível ver que a resistência contra transformações está intimamente ligada a seu caráter híbrido. A inércia dos regimes de produção não está primariamente determinada pela interdependência interna das instituições econômicas singulares, mas sim pelo fato, externo à economia, de pertencerem a outros sistemas sociais.

Pois quando, por exemplo, por um ato jurídico se modifica o lado jurídico da instituição híbrida, sua compatibilidade com o lado econômico não pode ser mais pressuposta. Ele deve ser recriado no novo contexto, por um processo difícil e moroso, capaz de modificar os dois encadeamentos. Isso exige uma transfor-

mação dupla, uma modificação dos dois lados da diferença do regime de produção, isto é, não só a recontextualização de suas diferenciações jurídicas, como também a recontextualização dos *constraints and incentives* econômicos. A mesma regra vale na via oposta, isto é, da economia para o direito. A adaptação eficiente, nas condições de um mercado modificado, é respondida pela absorção concomitante nas estruturas jurídicas que obedecem a uma lógica diferente quando se trata de mudanças. Isso significa que as adaptações não são necessariamente bloqueadas, mas sim direcionadas para tomarem um outro rumo.

III. ULTRACICLOS

No entanto, a estrutura complexa dos regimes de produção suscita a necessidade de desenvolver as idéias tradicionais da teoria sistêmica sobre instituições como sendo acoplamentos estruturais bilaterais entre a economia e o direito.²⁴ Como já foi dito, os regimes de produção não são simplesmente o conjunto das instituições do contrato e da propriedade num espaço econômico específico; abrangem também, dentre outras, as instituições da profissionalização empresarial e da normatização técnica. Trata-se, portanto, não mais de acoplamentos bilaterais, mas sim trilaterais e às vezes até plurilaterais, de sistemas sociais. No regime de produção, não é cultivada apenas a relação da economia com o direito, mas também com a política, com a ciência e com a educação. Isso significa que há necessidade de uma modificação teórica que passa da idéia de reciprocidade nos acoplamentos estruturais bipolares para a idéia de ciclicidade em relações intersistêmicas pluripolares.

Mas nem a idéia de ciclicidade faz com que os regimes de produção se tornem autênticos sistemas sociais autopoieticos. Se, por exemplo, no âmbito da profissionalização empresarial há impulsos econômicos que exigem mudanças que são aceitas pela política e transformadas em normas jurídicas dos instrumentos de qualificação e avaliação profissional, provocando, por sua vez, uma série de eventos pedagógicos inovadores no sistema educacional que, então, terão efeitos para o sistema econômico, esse ciclo de informações não se estabelece na forma de operações específicas dos regimes de produção, mas se dá exclusivamente nas operações específicas dos sistemas em questão, como sendo decisões políticas, operações de pagamento, atos jurídicos e atos pedagógicos.²⁵ A ciclici-

²² Cf. TEUBNER, 1995.

²³ SOKICE, 1997.

²⁴ LUHMANN, 1997, p. 783ss, e 1993, p. 446ss.

²⁵ Isso não exclui o fato de que se criam freqüentemente sistemas de negociação ou círculos de conversação como organizações ou interações específicas. Tais sistemas, porém, não se identificam com os regimes de produção, mas são partes destes. Cf. WILLKE, 1995, p. 109ss, e HUTTER, 1989.

dade realiza-se, mais exatamente, não por operações num sistema fechado, mas sim por um ciclo de perturbações entre sistemas estranhos.

Telefone sem fio – esse jogo baseia-se no princípio de que as operações de sistemas autônomos não se entendem, porém se interligam pela comunicação e produzem algo novo a partir do mau entendimento. Para explicar tal fato, recorre ao conceito de ultraciclo, cunhado por Thomas Ballmer e Ernst von Weizsäcker.²⁶ Ele designa – ao contrário do hiperciclo intra-sistêmico definido por Manfred Eigen²⁷ – processos cíclicos que ocorrem não no interior de sistemas autônomos, mas transpassando as fronteiras de sistemas autônomos, e suas especificidades consistem exatamente no fato de que os sistemas envolvidos não se juntam para formar um novo supersistema com elementos comuns. Sua característica predominante é a agregação de valor que ocorre sempre que as faíscas da perturbação ultrapassam as fronteiras dos sistemas em questão. Um ultraciclo não remove a autonomia dos sistemas em questão para construir um ciclo de operações semelhantes, mas se aproveita dela num ciclo de perturbação, que consiste em operações diversas, para gerar sentido.

Tomemos o exemplo das normas técnicas. Resultados de pesquisas científicas que provocam impulsos, modificando a definição de *standards* técnicos, não podem ser juridificados como tais, mas apenas percebidos como irritações do sistema jurídico. Essas irritações, por sua vez, forçam o direito a reconstruir novas normas. No lado jurídico do regime de produção, meras correlações entre o crescimento e a tendência para o risco, tal como foram concebidas pelo lado científico, são “desentendidas” de tal modo como se determinassem, num certo ponto, a mudança da legalidade para a ilegalidade de um comportamento, recontextualizando-a como norma na rede de diferenciações jurídicas. Essa norma, por sua vez, não vale para o sistema econômico como uma máxima categórica de comportamento, mas sim como uma irritação de custos, que depende da probabilidade de esse comportamento ser descoberto e da intensidade com a qual é sancionado. O aumento de custos, por sua vez, irrita a política por meio das intervenções dos lobistas. A política se vê obrigada a reformular os *standards*, até o ponto que, mais uma vez, irritam os técnicos, que são forçados a revê-los e reformulá-los. O *chinese whisper* das reconstruções originadas por perturbações provoca, dessa maneira, uma dinâmica cíclica de inovações permanentes que chega a um equilíbrio momentâneo, quando os

²⁶ BALLMER & WEIZSÄCKER, 1974.

²⁷ EIGEN & SCHUSTER, 1979.

sistemas em jogo desenvolveram valores relativamente estáveis em sua própria esfera e enquanto eles sejam compatíveis entre si.

O que parecia tão “sistêmico” nos regimes de produção revela-se agora como nada mais que o sentido próprio de uma relação cíclica de acoplamento. Nem todo acoplamento estrutural entre a economia e a sociedade já é um regime de produção. Há miríades de relações intersistêmicas “selvagens”, nas quais a economia e outros subsistemas sociais se irritam mutuamente. Condensam-se, para formar um regime de produção, apenas quando os canais de perturbação são traçados de tal forma que os impulsos para mudanças têm seus efeitos não só eventuais, pontuais e unilaterais, de um sistema para outro, mas quando confluem para uma perturbação recíproca, no caso bilateral, e para um circuito de perturbações, no caso multilateral. Somente então nasce um regime de produção no sentido estrito, isto é, quando é capaz de se estabilizar como ultraciclo de instituições sociais que caracterizam a “cultura econômica” de um espaço econômico.

E, como no jogo do telefone sem fio, as diferenças nessas estruturas cíclicas próprias explicam as diferenças nos resultados. Quando se muda somente a direção no ciclo de cochichos, mantendo o círculo intacto, sobretudo mantendo o *input* informativo, os resultados serão diferentes nesse círculo de desentendimentos auto-reprodutivos. A simples diferença de direção no ciclo e no contraciclo oferece, de qualquer forma, uma explicação parcial para as diferenças, apontada por pesquisas empíricas, entre os *standards* técnicos na Europa. Essas diferenças são baseadas nos diversos processos de standardização técnica no regime alemão, no francês e no novo regime europeu e estão, sobretudo, ligadas à questão em que momento as instâncias estatais devem interferir no *European whisper* entre técnicos, altos executivos de empresas e juristas.²⁸

IV. CO-SELEÇÃO OU CO-EVOLUÇÃO?

Se essa perturbação deve descrever, de forma adequada, a sincronia dos acontecimentos no regime de produção, como podemos desenhar sua diacrônica? Aqui vale ser ressaltada a versão de Richard Nelson da *evolutionary economics*, que, não satisfeita com a explicação econômica imanente do desenvolvimento institucional, apresenta um modelo da co-evolução das instituições econômicas.²⁹ A co-evolução entre instituições econômicas e tecnologias, estru-

²⁸ HANCKE & CASPER, 1996.

²⁹ NELSON, 1995.

turas industriais, programas e instituições políticas, segundo esse modelo, é responsável pelo fato de as instituições econômicas não convergirem mundialmente, mas evoluírem em constelações de setores industriais especificamente nacionais, o que, por sua vez, explica a *competitive advantage* como *institutional advantage* na concorrência global.

Essa versão da *evolutionary economics* chama a atenção porque extrapola o critério da eficiência no mercado como critério de seleção e inclui, expressamente, o contexto da ciência, da política e do direito como exercendo uma pressão ambiental seletiva.³⁰ Além disso, porque considera a co-evolução como uma interação entre diferentes instituições (constituição de empresa – *Unternehmensverfassung*, profissionalização, direito, política), interagindo não somente no sentido de provocar efeitos causais mutuamente influenciadores, mas sim como unidades sujeitas, cada qual, à sua evolução, e que representam, para as demais, ambientes evolucionalmente seletivos.

Por meio da perspectiva da teoria dos sistemas verifica-se rapidamente que aqui não se trata de uma genuína *co-evolução* de sistemas que evoluem de forma autônoma, mas de uma mera *co-seleção*, de um mero enriquecimento do critério de seleção – eficiência de mercado – por outros critérios sociais de seleção, agindo no ambiente da instituição. Essa versão da *evolutionary economics* parte, finalmente, do pressuposto do acontecimento, a rigor unitário, da evolução social, seguindo o modelo clássico da *natural selection*, pelo qual as mais diferentes instituições co-evoluem somente no sentido restrito de que representam ambientes seletivos umas às outras.

Mas, com isso, paga-se um preço muito alto para superar, o que é louvável, a visão exclusivamente econômica da evolução (mercado como único ambiente seletivo da empresa). Pois se perdem os ganhos obtidos pelo entendimento valioso de que o sistema econômico está sujeito a uma evolução própria. Esse entendimento não deve ser abandonado mesmo quando as perspectivas se multiplicam. Tudo termina, no limite, num modelo *des-diferenciado* de evolução social, no qual um seletor difuso chamado “sociedade” exerce as pressões ambientais sobre instituições econômicas adaptáveis. Podem-se, então, avaliar de forma diferenciada os efeitos das pressões dos seletores ambientais (como, por exemplo, para as empresas, primariamente do mercado, com influências somente secundárias da política etc.). Levando a questão às últimas consequências, esse processo deveria levar a uma *des-diferenciação* geral das instituições,

³⁰ BIJKER et al., 1989.

uma vez que não há, nesse modelo difuso de co-seleção, espaço para a evolução de instituições autônomas.

Algo semelhante vale para a evolução de instituições não-econômicas que estariam, segundo essa versão, expostas à pressão seletiva dos mais diversos ambientes sociais (dentre outros, da economia). Se, por um lado, isso parece ser realista, fazer jus a seu *embeddedness* social empregando um conceito mais amplo de ambiente, por outro, as condições de seleção de tal processo de evolução seriam difusas demais para explicar a alta especialização e racionalização das instituições parciais.

A alternativa só pode ser esta: a história dos regimes de produção desenvolve-se como co-evolução *stricto sensu*. E isso significa – diferentemente de uma evolução social unitária, na qual existe uma pressão difusa proveniente de diversos seletores, situados no ambiente, sobre as instituições sociais – que vários sistemas autônomos disponham de mecanismos próprios de variação, seleção e retenção e que, por isso, estão sujeitos a uma evolução específica e somente assim influenciam-se mutuamente, como processos próprios. Não há uma trajetória unitária de um regime de produção brotando de uma *natural selection* por meio do ambiente “sociedade”. Há, porém, no interior do regime, em cada instituição econômica, um sem-número de caminhos sistêmicos de desenvolvimento que podem tomar rumos diferentes. Mecanismos evolutivos autônomos nos subsistemas autopoieticos (economia, política, direito, ciência e educação) forçam suas instituições a tomar, nos regimes de produção, rumos de evolução idiossincráticos. E o próprio regime de produção providencia as influências recíprocas desses rumos evolucionários por mecanismos de co-evolução.

V. CANAIS DE CO-EVOLUÇÃO

Que seja permitida aqui, pela segunda vez, a promoção de análises orientadas na teoria dos sistemas. Até agora, a teoria de sistemas circunscrevia a dinâmica da co-evolução vagamente como sendo um *structural drift*. Encontramos raros apontamentos para formas análogas ou digitais desse “impulso”.³¹ Se quisermos, porém, entender justamente o sentido próprio dos regimes de produção, não basta analisarmos os caminhos de evolução de suas partes sistêmicas, mas é necessário investigarmos se e como, no próprio processo de co-evolução, desenvolveram-se mecanismos diferentes que permitem influências recíprocas. Pois aqui estamos diante da segunda fonte das *varieties of capita-*

³¹ MATURANA & VARELA, 1987, p. 85ss; e LUHMANN, 1997, p. 777.

lism. Uma fonte de variedade surge no subsistema singular ao qual o sistema econômico está estruturalmente acoplado: instituições econômicas participam sempre, concomitantemente, das histórias do direito, da política, da ciência e da pedagogia de seu espaço econômico, e demonstram, portanto, particularidades culturais que podem ser explicadas somente a partir da história dos outros sistemas. A outra fonte da variedade capitalista encontra-se, por assim dizer, na fronteira entre as províncias culturais, no próprio regime de produção, lá onde um espaço econômico específico moldou as relações de co-evolução de forma específica, em suas instituições particulares.

A hipótese que se aventa é que as diferenças relevantes entre regimes de produção em espaços econômicos diversos (setores da indústria em regiões, nações e blocos econômicos diferentes) baseiam-se, por um lado, em sua história política e jurídica específica, e, por outro lado, na formação diferenciada das características de seus mecanismos co-evolutivos. Estes não são vistos simplesmente como influências causais recíprocas, mas sim como acoplamentos estruturais, moldados de diversas formas, de subsistemas autônomos, no interior dos quais se irritam de forma recíproca. Os resultados institucionais de regimes de produção parecem depender do fato de como a co-evolução se dá em duas dimensões diferentes: de um lado, na qualidade das influências recíprocas co-evolutivas entre as instituições e, de outro, na densidade de coordenação dos contatos co-evolutivos:

1. No que diz respeito à sua qualidade, as influências recíprocas das instituições são:
 - (a) *irritativas*, quando têm um efeito de perturbação externa da primeira instituição para os mecanismos de variação da segunda instituição, ou
 - (b) *simulativas*, quando o mecanismo interno de seleção da segunda instituição reconstrói os critérios externos da primeira instituição, ou
 - (c) *endógeno-simbióticas*, quando os resultados externos de seleção da primeira instituição são estabilizados internamente pela assimilação da segunda.

Como se vê, essa tipologia combina diversos tipos de contatos ambientais de sistemas autopoiéticos com os diversos mecanismos da evolução sistêmica.

2. Em relação à densidade de coordenação, podemos tipificar os contatos co-evolutivos de acordo com as seguintes diferenças: (a) espontâ-

neo x organizado; (b) simultâneo x sequencial; (c) fragmentado x integrado; e (d) antagonico x coordenado.

Finalmente, vale fazer um esboço do tipo de levantamento de hipóteses aqui almejado, tomando como exemplo as diferentes recepções dos contratos *just in time* nos Estados Unidos e na Alemanha. Onde o direito comparado tradicional vê apenas coincidências, convergências ou chances para a uniformização jurídica, e onde a economia evolucionista neodarwinista suspeita da existência apenas de uma pressão efetivada pela seleção de instituições eficientes, levanta-se a hipótese da existência de diferenças relevantes no conteúdo das normas jurídicas e nas *institutional advantages* dos regimes de produção que, por sua vez, têm sua origem nos mecanismos diferentes da co-evolução de instituições.

VI. CO-EVOLUÇÃO *JUST IN TIME*

À primeira vista, chama atenção o fato de que a evolução do instituto se deu no mesmo sentido. Fiéis a seu modelo japonês, os contratos *just in time* impuseram-se na prática econômica tanto nos Estados Unidos quanto na Alemanha e foram assimilados pela dogmática jurídica de ambos os países como contratos contendo certos elementos de direito societário.³² Como contratos *standard*, estão sujeitos ao controle judicial, que recorre, tanto nos Estados Unidos quanto na Alemanha, a conceitos, construções e princípios dogmático-jurídicos semelhantes. Ambos os ordenamentos jurídicos acabaram por reconhecer, durante um processo histórico de décadas de construção dogmática, ao lado de contratos individualmente negociados, também os *standard contracts*, ou condições gerais de negócio (*Allgemeine Geschäftsbedingungen*), impostos unilateralmente pelos atores coletivos para um sem-número de transações e reconhecidos como legalmente válidos. Ambos os ordenamentos jurídicos exigem, para sua validade, condições bastante diferentes daquelas exigidas para a conclusão do contrato individual, e as sujeitam a um controle jurisdicional especial que emprega princípios gerais muito genéricos (*boa-fé*, *fairness*, *unconscionability*). Até aqui o placar está 1 a 0 para a convergência.

Não estamos longe dos 2 a 0 quando tratamos da qualidade dos contatos de co-evolução. Pois, com a aceitação dos *just in time standard contracts*, os dois ordenamentos jurídicos decidiram não relegar a formação de direito positivo e cogente sobre novos tipos de contratos ao acaso das irritações por

³² ROHE, 1998; OECHSLER, 1997, p. 473ss.

processos judiciais particulares, cujo objeto seja a validade de contratos individuais que tenham como conteúdo as condições gerais de negócio (Modelo 1a). Antes disso, os tribunais passaram a mesclar simulações e simbioses endógenas (Modelo 1b e 1c). Ambos os ordenamentos jurídicos reconstróem critérios econômicos em suas decisões internas sobre as condições gerais de negócios, e ambos os ordenamentos jurídicos assimilam, em sua dogmática, os resultados de seleção econômica.

Mas, finalmente, a divergência marca aqui um ponto. Pois a relação de mescla entre o modelo 1b e 1c aponta para diferenças drásticas entre os dois ordenamentos jurídicos. Enquanto na Alemanha existe uma densidade de controle muito alta, por julgar as condições gerais de negócio, em seu núcleo, por critérios jurídicos preestabelecidos e por estender apenas o cálculo decisório em direção a critérios econômicos, a prática americana apóia-se intensamente na evolução econômica do próprio *just in time*, a qual corrige casualmente apenas com critérios jurídicos de controle.

A chave para essa prática divergente está na simbiose endógena entre economia e direito, na maneira, portanto, como o direito integra a seleção do processo econômico em sua dogmática.³³ Nos dois países essa seleção é configurada de maneira diferente e coloca, por consequência, exigências diferentes à capacidade de assimilar as informações por parte dos tribunais.³⁴ De fato, os tribunais, em ambos os ordenamentos jurídicos, delegam a normatização supra-individual das redes de contratos à composição de atores coletivos e, com isso, a mecanismos econômicos e não jurídicos de seleção. Mas é justamente esse procedimento que é responsável pelos resultados divergentes. Nos Estados Unidos, são fundamentalmente as próprias empresas que criam, com a ajuda da compreensão jurídica local, seus impérios contratuais, por meio dos quais se desenvolve, já nos setores industriais, uma variedade imensa de contratos *standard* cujo controle dos pormenores supera a capacidade de informação dos tribunais. Por isso, o controle jurídico dos contratos nos Estados Unidos está relativamente subdesenvolvido, apesar de os juízes americanos possuírem instrumentos de controle jurídico semelhantes aos alemães. Na Alemanha, não são os empresários particulares, mas é a associação da indústria que, por sua vez, possuindo um poderoso conhecimento jurídico, formula o regime contratual que vale para todo o setor industrial. Esse fenômeno da

regulamentação privada em setores industriais inteiros pelas associações de indústrias é pouco comum nos Estados Unidos.³⁵

Acrescente-se a isso o fato de que, na Alemanha, instâncias estatais colaboram decisivamente na elaboração dos regimes contratuais. Muitas vezes interfere o *Bundeskartellamt*, que considera, ao lado de aspectos jurídicos de defesa da concorrência, aspectos de direito contratual. O resultado é que os tribunais alemães estão diante de um regulamento comparativamente claro, aplicado de maneira universal no ramo industrial, transparente no que tange à distribuição de riscos econômicos, politicamente controlado e estruturado por argumentos jurídicos. Com isso, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, o controle pelos tribunais pode ter o efeito correlato de uma regulação altamente detalhada. Após a promulgação da relativamente nova lei sobre as condições gerais de negócios, de 1976,³⁶ houve milhares de acórdãos! O placar está, portanto, 1 a 1 no jogo entre a convergência e a divergência.

A divergência passa a liderar com 2 a 1 quando entra em jogo a densidade de coordenação dos contatos co-evolutivos nos regimes de produção. Nos Estados Unidos, os contatos entre os *standard contracts*, até em um mesmo ramo de atividade, quase não são coordenados. *Just in time regimes* são instalados pelas empresas isoladamente, o concorrente reage, muitas vezes, com contratos *standard* próprios, e é o poder de mercado que decide qual das duas obras contratuais colidentes se impõe. Os tribunais americanos, os quais, como já foi dito, vigiam os *standard contracts* com uma densidade de controle relativamente fraca, reagem em uma situação tão nebulosa somente *post hoc*, quando riscos insuportáveis já ocorreram. Mas, quando reagem, preferem instrumentos do direito da responsabilidade extracontratual. Aqui se explica por que se fala nos Estados Unidos, de um lado, de uma *tort revolution* e, de outro, da *death of contract*. O controle dominante sobre a economia, pelos tribunais civis, ocorre nos Estados Unidos no âmbito do direito da responsabilidade extracontratual, por meio da determinação, por parte dos tribunais, de obrigações de conduta e não por meio do controle detalhado da alocação de riscos contidos nos *standard contracts*. A introjeção de *standards* e de critérios objetivos na interpretação dos contratos, na prática jurisdicional americana, levou a uma certa suplantação, a uma “morte do contrato”.³⁷ Ao mesmo tempo, a promulgação do *Uniform Consumer Credit Code*, no ano de 1974, e a atividade da *Federal Trade Commission* (FTC) levaram, a longo prazo, a inter-

³³ CASPER, 1998.

³⁴ SCHWARTZ, 1992.

³⁵ CASPER, 1998.

³⁶ *Bundesgesetzblatt* 13.317.

³⁷ GILMORE, 1995.

venções legislativas maciças, sobretudo no que diz respeito à regulação de questões singulares pertinentes à conclusão do contrato.³⁸ Uma fragmentação parecida da prática decisória encontra-se também nas intervenções pelas *regulatory agencies* e nas intervenções legislativas dos Estados da Federação.³⁹ Em sua totalidade estamos, portanto, diante do quadro de uma co-evolução mais orientada no mercado, mais fragmentada e mais seqüencial das instituições no regime de produção. Nos Estados Unidos existe, em razão disso, uma pluralidade de *just in time regimes*, que contam com um número extremamente reduzido de intervenções por parte dos tribunais.

Totalmente diferente está a densidade de controle na Alemanha. Apesar de não reinar aqui a situação austríaca, que se caracteriza por uma co-evolução dos regimes de produção organizada e integrada de forma central, podemos designar a situação alemã como co-evolução coordenada e interativa. Já no setor econômico existe uma densa cooperação. Como já foi dito, não somente as associações de indústria formulam as condições gerais de negócios para uma pluralidade de empresas. Muitas vezes essa ação inclui as associações de cúpula.⁴⁰ Por vezes, encontram-se acordos sobre condições gerais de negócios também entre concorrentes. Ocorrem também acordos em outros níveis de mercado e muitas vezes até com seguradoras, no que diz respeito aos riscos por responsabilidades oriundas dos acordos contratuais.⁴¹ Em um estágio relativamente preliminar, as instâncias político-administrativas interferem, sobretudo o *Bundeskartellamt* mas também as repartições públicas de fiscalização. Conseqüentemente, existem relativamente poucos regimes *just in time* altamente coordenados. Essa alta densidade de coordenação tem sido objeto de um estudo no âmbito da *comparative economic politics* e foi explicada pelas particularidades do regime de produção alemão:

1. alta capacidade regulatória das associações industriais (Estados Unidos: não as associações, mas sim a capacidade regulatória descentralizada das empresas singulares);

³⁸ KESSLER et al., 1986, p. 586s e 592ss.

³⁹ KESSLER et al., 1986, p. 593.

⁴⁰ Na fase do processo legislativo para a elaboração da Lei sobre Condições Gerais de Negócios (*Gesetz zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen – AGBG*), as associações conseguiram impor-se no sentido de normatizar um procedimento pelo qual se atribui a elas a competência de elaborar e privilegiar cláusulas-modelo, enquanto se formava a prática de um processo correspondente no contexto dos §§ 2 e 38, inciso 2, enunciado 3, da Lei Contra Restrições da Concorrência (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB*). Esse processo se desenvolve sob o controle do Departamento Federal de Controle dos Cartéis (*Bundeskartellamt*); cf. ULMER et al., 1997, *Randziffer* 21.

⁴¹ CASPER, 1996, p. 7ss.

2. coordenação regulatória horizontal intensiva (Estados Unidos: coordenação baixa);
3. coordenação vertical intensiva entre empresas, associações, instâncias de controle estatais e tribunais (Estados Unidos: não há controle estatal, controle jurisdicional esporádico).⁴²

O autor citado (Casper) chega à seguinte conclusão: “The advantage of the German associational governance system is that the ‘para-public’ link between the Courts and Kartellamt and firms through trade associations are more likely to produce new legal frameworks customized to the precise needs of firms”.⁴³

E como intervêm esses tribunais! No famoso acórdão chamado “Pizza-Salame”, a Corte Federal de Justiça (*Bundesgerichtshof – BGH*) julgou ser ilícito excluir por contrato, no contexto de “relações comerciais permanentes”, a obrigação de repreensão prevista no código comercial.⁴⁴ O sentido disso é proteger o fornecedor contra pretensões de garantia que muito dificilmente podem ser antecipadas e possibilitar, ao mesmo tempo, que o fornecedor seja capaz de prevenir danos consecutivos com a repreensão imediata. A norma sobre a obrigação de repreender é aplicada até hoje por sentenças que frisam a existência de um relacionamento de boa-fé entre fornecedores e seus clientes e negam, nessa perspectiva, uma exclusão dessa obrigação pelas condições gerais de negócios.⁴⁵

Do ponto de vista anglo-americano, tudo isso é completamente incompreensível – um caso explícito de “euroesclerose”. Essa ditadura da obrigação de repreensão é, em primeiro lugar, tradicionalista, porque está limitada num modelo de fornecimento antigo, cujo pressuposto é o da separação estrita entre

⁴² Idem, 1998.

⁴³ Idem, 1996, p. 28.

⁴⁴ BUNDESGERICHTSHOF (BGH, N.T. Suprema Corte da Alemanha), *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1991, p. 2.633; cf. também BUNDESGERICHTSHOF, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1991, p. 2.631 sobre a nulidade de uma condição geral acordada, segundo a qual se nega à outra parte o direito de invocar vício redibitório ou de redução em troca de um direito de desistência; cf. WESTPHALEN, 1998, *Randziffer* 21; cf. também WOLF; HORN; LINDACHER, 1994, Introdução 69 com mais fontes, *Randziffer* 2.106; ULMER; BRANDNER; HENSEN; AGBG, Anexo §§ 9-11, *Randziffer* 300, com indícios para o fato de que, em razão do deslocamento do risco do comprador-proponente de condições gerais para o fornecedor, a exclusão da obrigação de repreender deve ser examinada sob o aspecto de se saber se o sentido da obrigação de repreensão, segundo os §§ 377, 378 do Código Comercial, “não é desprezado e se o interesse econômico do fornecedor ainda pode ser considerado preservado”. No mesmo sentido, SCHMIDT, 1991, p. 141 e 150. Contra a decisão do BGH: LEHMANN, 1990, p. 1.849 e 1.851ss.

⁴⁵ BGH, NJW 1991, p. 2.633; BGH, NJW 1984, 1964, 1966; cf. também as DECISÕES DA VARA CIVIL DA CORTE FEDERAL. (*Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen – BGHZ*) 132, 175 – no caso “couro de sapato”; cf. BGHZ 107, 331 – caso “cartão camelado”.

empresas claramente delimitadas. Não se abre suficientemente para os novos híbridos ou contratos simbióticos. Em segundo lugar, é paternalista, porque o controle judicial dos contratos *standard* não somente funciona para proteger os consumidores finais, mas também corrige as alocações de riscos nas relações comerciais profissionais. Em terceiro lugar, essa atitude aumenta os custos das transações. Pois os *assemblers* são forçados, por puras razões jurídicas, a manter seus controles de entrada. Isso significa uma duplicação sem sentido do controle de qualidade, quando efetuado como controle de saída do fornecedor e controle de entrada do *assembler*. E, em quarto lugar, a ditadura jurisdicional é hostil a inovações: com sua regulamentação rígida do dever de repreender, ela embaraça a criação de regimes contratuais inovadores, capazes de conseguir vantagens em eficiência, deixando as fronteiras das empresas mais permeáveis.

Se olharmos, porém, para as *varities of capitalism*, a decisão do BGH, subitamente, faz sentido. Depois de tudo o que foi dito sobre o caminho especial que tomaram os regimes de produção na Alemanha, a consequência para os tribunais só pode ser de intervir. O verdadeiro critério de decisão para o controle da existência da obrigação de repreensão, nas condições gerais de negócios, nos contratos *just in time*, parece ser a “autenticidade” da inovação. As inovações “autênticas”, para a eficiência da formação organizacional, devem ser distinguidas das “falsas” inovações, isto é, de meras estratégias de preços, possibilitadas pela mera transferência de riscos para os fornecedores (Casper, 1998). Por trás de uma diferenciação como essa não está somente a proteção das médias empresas, nem a preferência para os interesses dos fornecedores, mas sim o incentivo da cooperação tecnológica entre os diversos níveis comerciais, pela proteção judicial da autonomia e pelo ônus de cooperação na “Germany Inc.”. Conseqüentemente, o controle judicial das condições gerais de negócios, relacionado à obrigação de repreensão, levou a prática cautelar a elaborar dois tipos de contratos *just in time*:

1. ou o contrato respeita as fronteiras entre as empresas dos fornecedores e *assemblers*, mantendo os controles de entrada mas também separando os riscos;
2. ou transfere os controles de entrada do *assembler* para o fornecedor de uma forma que as fronteiras entre as empresas desvançam e se crie uma organização híbrida entre troca e cooperação, na qual também os riscos devam ser assumidos de forma paritária.

Portanto, o resultado é: a obrigação de repreender não pode ser excluída, a não ser que o *assembler* providencie uma divisão adequada dos prejuízos,

repartindo, por meio de cláusulas contratuais compensatórias, o risco da responsabilidade pelos controles de saída do fornecedor.⁴⁶ Enquanto a exclusão da obrigação de repreender, também em relação a vícios evidentes, significa uma infração clara do § 9, inciso 2, n. 1,⁴⁷ modificações da obrigação de examinar são possíveis, por exemplo, quando os compradores e os fornecedores entram em acordo sobre um procedimento pelo qual testes são realizados pelo fornecedor, e o comprador cumpre sua obrigação de análise quando examina os relatórios dos testes realizados pelo fornecedor.⁴⁸ Mas, precisamente nos contratos *just in time*, o fator “custo” deve obstar um exame realizado dessa maneira.⁴⁹ A velha obrigação jurídica comercial de repreensão poderia ser, de fato, ultrapassada para os contratos *just in time*, mas é usada pela jurisprudência como alavanca para criar um modelo adequado para os contratos de fornecimento *just in time*, com a colaboração das associações das indústrias e do *Bundeskartellamt*.

Em suma: aprender com Clinton & Blair significa fazer tudo diferente!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBERT, M. *Kapitalismus contra Kapitalismus*. Frankfurt: Campus, 1992.
- AOKI, M. The Japanese Firm as a System of Attributes: A Survey and Research Agenda. In: AOKI, M. & DORE, R. (orgs.). *The Japanese Firm: Sources of Competitive Strength*. Oxford: Clarendon, 1994.
- BALLMER, T.T. & WEIZSÄCKER, E. von. Biogenese und Selbstorganisation. In: WEIZSÄCKER, E. von (org.). *Offene Systeme 1: Beiträge zur Zeitstruktur von Information, Entropie und Evolution*. Stuttgart: Klett, 1974.
- BIJKER, W. et al. *The Social Construction of Technology Systems*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1989.
- BOGDAN, M. *Comparative Law*. Deventer: Kluwer, 1994.
- B RATTON, W. & Mc CAHERY, J. Regulatory Competition, Regulatory Capture, and Corporate Self-Regulation. *North Carolina Law Review*, Chapel Hill, 73, 1995, p. 1.861-1.948.

⁴⁶ Posição ainda aberta de WESTPHALEN, 1998, *Randziffer* 5: “Mesmo a idéia que o fornecimento *just in time* se baseia numa coordenação contínua e combinada entre o cliente e o fornecedor, que serve à cooperação entre os dois, não justifica distanciar-se, sem ressalvas, do conteúdo da norma contida nos §§ 377, 378 do Código Comercial, sem que isto fira o § 9, inciso 2, n. 1”.

⁴⁷ BGH, NJW 1991, 1.633 Ementa 2.

⁴⁸ WOLF; HORN; LINDACHER, 1994, § 9, *Randziffer* z. 106.

⁴⁹ *Westphalen* 1998, *Randziffer* 14.

- CASPER, S. How Public Law Influences Decentralized Supplier Network Organization: The Case of BMW and Audi. In: WISSENSCHAFTSZENTRUM BERLIN. *Discussion Paper FS I*. S. 95-314, Berlin: WZB, 1995.
- _____. German Industrial Associations and the Diffusion of Innovative Economic Organisation. In: WISSENSCHAFTSZENTRUM BERLIN. *Discussion Paper FS I*. S. 96-306, Berlin: WZB, 1996.
- _____. The Legal Framework for Corporate Governance: Explaining the Development of Contract Law in Germany and the United States. In: WISSENSCHAFTSZENTRUM BERLIN. *Discussion Paper FS I*. S. 96-306, S. 98-303, Berlin: WZB, 1998.
- CHIRELSTEIN, M.A. *Concepts and Case Analysis in the Law of Contracts*. 2.^a ed. Westbury: Foundation Press, 1992.
- COOTER, R. & KORNHAUSER, L. Can Litigation Improve the Law without the Help of Judges? *The Journal of Legal Studies*, Chicago, 9, 1980, p. 139-163.
- CROUCH, C. & STREECK, W. *Modern Capitalism or Modern Capitalisms*. Londres: Pinter, 1995.
- DAWSON, J.P. et al. *Contracts: Cases and Materials*. 6. Aufl. Westbury: Foundation Press, 1993.
- EIGEN, M. & SCHUSTER, P. *The Hypercycle: a Principle of Natural Self-Organization*. Berlin: Springer, 1979.
- FRANKENBERG, G. Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, MA., 26, 1985, p. 411-455.
- GILMORE, G. *The Death of Contract*. Reprint. New Haven: Yale University Press, 1995.
- HALL, P.A. The Political Economy of Europe in an Area of Interdependence. In: KITSCHELT, H. et al. (orgs.). *Continuity and Change in Contemporary Capitalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- HALL, P.A. & SOSKICE, D. *Varieties of Capitalism: the Challenges Facing Contemporary Political Economies*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- HANCKE, B. & CASPER, S. ISO 9000 in the French and German Car Industry: How Quality Standards Support Varieties of Capitalism. In: WISSENSCHAFTSZENTRUM BERLIN. *Discussion Paper FS I*. S. 96-306, Berlin: WZB, 1996.
- HOLLINGSWORTH, J.R. (org.). *Comparing Capitalist Economies*. Oxford: Oxford University Press, 1993.
- HUTTER, M. *Die Produktion von Recht: Eine selbstreferentielle Theorie der Wirtschaft angewandt auf den Fall des Arzneimittelpatentrechts*. Tübingen: Mohr & Siebeck, 1989.
- KESSLER, F. et al. *Contracts: Cases and Materials*. 3.^a ed. Boston: Little, Brown, 1986.
- LEGRAND, P. Against a European Civil Code. *Modern Law Review*, Oxford UK/Boston, 1997, p. 62-60.
- LEHMANN, M. *Just in time: Handels- und AGB-rechtliche Probleme*. Betriebsberater, Heidelberg, 45, 1990, p. 1849-1855.
- LUHMANN, N. *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*. Frankfurt: Suhrkamp, 1984.
- _____. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1993.
- _____. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1997.
- MATURANA, H.R. & VARELA, F. *Der Baum der Erkenntnis*. München: Scherz, 1987.
- NELSON, R.R. Co-Evolution of Industry Structure, Technology and Supporting Institutions, and the Making of Comparative Advantage. *International Journal of the Economics of Business*, Abingdon, 2, 1995, p. 171-185.
- NELSON, R.R. & WINTER, S.G. *An Evolutionary Theory of Economic Change*. Cambridge: Harvard University Press, 1982.
- OECHSLER, J. Die Anwendung des Konzernrechts auf Austauschverträge mit organisationsrechtlichem Bezug. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, Berlin, 26, 1997, p. 465-492.
- POHLHAUSEN, R. von. *Zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im 19. Jahrhundert*. Ebelsbach: Gremer, 1978.
- PORTER, M.E. *The Competitive Advantage of Nations*. Londres: Macmillan, 1990.
- PRIEST, G.L. The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, 6, 1977, p. 65-83.
- ROE, M. Chaos and Evolution in Law and Economics. *Harvard Law Review*, Cambridge, MA, 109, 1995, p. 1-29.
- ROHE, M. *Netzverträge*. Tübingen: Mohr, 1998.
- RUBIN, P.H. Why is the Common Law Efficient? *The Journal of Legal Studies*, Chicago, 6, 1977, p. 51-63.
- SCHMIDT, D. Qualitätssicherungsvereinbarungen und ihr rechtlicher Rahmen. *Neue Juristische Wochenschrift*, München, 44, 1991, p. 144-152.
- SCHWARTZ, A. Relational Contracts and the Courts. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, 21, 1992, p. 780-822.
- SOSKICE, D. Divergent Production Regimes: Coordinated and Uncoordinated Market Economies in the 1980s and 1990s. In: KITSCHELT, H. (org.). *Continuity and Change in Contemporary Capitalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

- TEUBNER, G. Die zwei Gesichter des Janus: Rechtspluralismus in der Spätmoderne. In: SCHMIDT, E. & WEYERS, H.L. (orgs.). *Liber Amicorum Josef Esser*. Heidelberg: Müller, 1995.
- _____. Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Produces New Divergences. *Modern Law Review*, Oxford UK/Boston, 61, 1998, p. 11-32.
- ULMER, P. *Et alii*. *AGB-Gesetz*. 8. Aufl. Köln: Schmidt, 1997.
- WESTPHALEN, F.G. von. *Vertragsrecht und Klauselwerke*. München: Beck, 1998.
- WILLIAMSON, O. *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*. Nova York: Free Press, 1985.
- _____. Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives. *Administrative Science Quarterly*, Ithaca, 36, 1991, p. 269-296.
- _____. Calculativeness, Trust, and Economic Organization. *Journal of Law and Economics*, Chicago, 36, 1993, p. 453-486.
- WILLKE, H. *Systemtheorie III: Steuerungstheorie: Grundzüge einer Theorie der Steuerung komplexer Sozialsysteme*. Stuttgart: UTB, 1995.
- WINTER, S.G. Four Rs of Profitability: Rents, Resources, Routines and Replication. In: MONTGOMERY, C.A. (org.). *Resource-based and Evolutionary Theories of the Firm: Towards a Synthesis*. Boston: Kluwer, 1995.
- ZWEIGERT, K. & KÖTZ, H. *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts*. 3. neubearbeitete Aufl. Tübingen: Mohr, 1996.

6. IRRITAÇÕES JURÍDICAS: SOBRE A CO-EVOLUÇÃO DE NORMAS JURÍDICAS E REGIMES DE PRODUÇÃO

Tomando como exemplo o “transplante” do princípio da boa-fé do direito contratual continental para o direito britânico, através da Diretiva Européia de Proteção ao Consumidor de 1994, o autor defende que essa prática não é um verdadeiro “transplante” de um princípio jurídico, mas funciona como uma “irritação” no âmbito da ordem jurídica, que, a partir do instituto “transplantado”, desenvolverá, de acordo com sua própria história e tradição, teorias dogmáticas e regras de usos desses princípios ou institutos. Por fim, com base nessa construção teórica, o autor faz uma análise dos possíveis efeitos do “transplante” da cláusula de *bona fide* para o direito contratual britânico.

Título original: Rechtsirritationen: Zur Koevolution von Rechtsnormen und Produktionsregimes. In: DUX, G. & WELZ, F. (eds.). *Moral und Recht im Diskurs der Moderne: Zur Legitimation gesellschaftlicher Ordnung*. Opladen: Leske & Budrich, 2001, p. 351-380.
Tradução: **RODRIGO OCTÁVIO BROGLIA MENDES**.

I. LEGAL TRANSPLANTS: UMA METÁFORA EQUIVOCADA

A boa-fé irrita o direito britânico. Há pouco, a famosa diretiva européia sobre proteção ao consumidor implantou o princípio continental-europeu da boa-fé no direito contratual britânico, causando irritações em grande medida. De acordo com a diretiva, uma cláusula contratual é abusiva quando ela causa, contra o mandamento da boa-fé, uma situação de desproporcionalidade entre direitos e deveres contratuais entre as partes contratantes, em desvantagem ao consumidor.¹ Na verdade, o “vírus contagioso” já tinha sido disseminado no direito contratual da *common law*, em especial nos Estados Unidos, onde o *Uniform Commercial Code* e o *Restatement* introduziram o critério da boa-fé para a pactuação e a execução do contrato.² Mas as tradicionais cortes britânicas, em diferentes oportunidades, lutaram de forma bem-sucedida contra o agente infeccioso de origem estrangeira, qualificando-o como “*inherently repugnant to the adversial position of the parties*”, ou como “*unworkable in practice*”.³ Agora, defrontam-se, contudo, com o problema de saber como lidar com a diretiva da Comunidade Européia. E é de se esperar que o princípio da boa-fé seja estendido para além do campo da proteção ao consumidor.⁴

Alguns observadores acadêmicos já externaram suas mais profundas preocupações sobre esse desenvolvimento: “*Good faith could well work practical mischief if ruthlessly implanted in our system of law*”.⁵ Outros aplaudiram a vinda da boa-fé como uma saudável injeção de princípios comunitários, a partir

¹ Art. 3 l, *Regulation 4 of the Unfair Terms in Consumer Contracts*, SI 1994 n. 3.159, que incorporou a Diretriz 93/13/CEE do Conselho, de 5/abr./1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores (*Journal Oficial da Comunidade Européia* n.º L 095 de 21/abr./1993 p. 0029-0034).

² *Uniform Commercial Code* 1-203; *Restatement (2d) of Contracts*, 205.

³ *Walford v Miles* (1992) 1 All England Law Reports 453, 460-461.

⁴ O Art. 1.106 dos *Principles of European Contract Law* (1995) consagra a “boa-fé” como um princípio geral, não restrito ao direito do consumidor. Também no direito internacional econômico esse princípio exerce um crescente e importante papel. Cf. Art. 7.1 do *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* (1994) e Art. 7.º, § 1, da *Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, de 11/abr./1980. Sobre o assunto, cf.: FARNSWORTH, 1993, e SCHLECHTRIEM, 1997.

⁵ Cf. BRIDGE, 1984, p. 385ss; no mesmo sentido, GOODE, 1992. Voltado a uma perspectiva de direito comparado, DE MOOR, 1995, p. 257ss.

da qual esperam uma reação contra as patologias do formalismo jurídico e relações produtivas com outros componentes do direito contratual britânico.⁶ O debate todo é matizado pela significativa metáfora do *legal transplant*. Será que a boa-fé após o transplante será atacada por uma reação imunizante do *corpus iuris britannicum*? Ou funcionará como um transplante bem-sucedido? Será que entrará numa interação produtiva com outros elementos do organismo jurídico?

Gostaria de utilizar a atual problemática sobre a transferência na Grã-Bretanha para delimitar a difícil temática da mudança social por meio do direito, de forma a permitir uma análise orientada à teoria dos sistemas. Desenvolvo minha contribuição em três níveis, como segue:

1. nível concreto: quais são os processos de mudança jurídica e social que podem ser observados com a introdução do princípio da *good faith* no direito inglês?;
2. nível intermediário: em que medida o conceito de *legal transplant* sustenta a análise de tais processos de mudança?;
3. nível abstrato: o que nos traz o conceito de co-evolução de direito e economia para a problemática da mudança jurídica?

De fato, a temática da mudança jurídica é constantemente traduzida em controvertidos debates entre juristas e sociólogos sobre a questão de se e em que medida é possível e razoável transpor institutos jurídicos de uma cultura jurídica para uma outra, promovendo dessa forma mudanças jurídicas e sociais.

Repulsa ou integração? A metáfora do *legal transplant* nos coloca perto dessa dicotomia. Mas considero que a dicotomia e a metáfora nos induzem a um equívoco. “Irritação jurídica” é um termo muito mais apropriado do que “transplante jurídico”. De fato, a formulação “transplante” faz sentido somente na medida em que descreve a importação/exportação de direito em conceitos orgânicos e não em mecânicos. Institutos jurídicos não podem ser simplesmente retirados de um contexto e introduzidos em outros, como se faz com a transferência de uma peça de uma máquina para outra.⁷ Institutos jurídicos são tecidos delicados, que devem ser plantados com muita cautela e ser cuidados em seu novo ambiente com bastante zelo. Mas o conceito de “transplante” cria novamente a falsa impressão de que o material transplantado após uma complicada operação cirúrgica permanecerá intacto em suas características e exercerá

⁶ BROWNSWORD, 1994, p. 111ss.

⁷ KAHN-FREUND, 1978.

o mesmo papel no novo organismo. O que nos leva novamente à falsa alternativa: repulsa ou integração.

Quando uma norma estrangeira é imposta a uma cultura jurídica para promover uma mudança social, ela atua como uma irritação, uma dolorosa perturbação do mecanismo jurídico que redundará numa cadeia de novos e inesperados acontecimentos. Ela irrita não só a rotina do sistema jurídico, mas também, num sentido mais profundo – e esse é o cerne de minha tese –, as instituições de ligação, os *binding arrangements* que ligam o direito com seu meio social envolvente. Normas estrangeiras criam um *outside noise*, causando fortes turbulências no jogo dos discursos no interior dos institutos jurídicos de conexão, compelindo-os não só a rearranjar suas próprias normas internamente, mas também a reconstruir as normas estrangeiras a partir de seus próprios fundamentos. “Irritações jurídicas” não são simplesmente domesticáveis, elas não se transformam em algo familiar a partir do estranho, elas não se adaptam simplesmente ao novo contexto, mas sim desenvolvem uma dinâmica evolucionária em princípio não dominável, na qual tanto o significado das normas externas como o contexto interno serão fundamentalmente alterados.

A questão, portanto, não é se o próprio direito integrará ou repelirá os institutos estrangeiros como tal. Trata-se, de um lado, de saber a quais transformações de sentido o instituto estrangeiro será exposto, como irá assumir um novo papel tão logo ele seja reconstruído sob o novo direito. De outro lado, a irritação não atinge o ordenamento jurídico enquanto tal, mas somente as instituições de ligação do direito. Não se está a dizer, assim, que o instituto transferido será reconstruído a partir da perspectiva do novo direito. O que é decisivo aqui é que a norma transferida implica um novo “regime de produção”, que influencia decisivamente a dinâmica da recepção jurídica.⁸

Para o debate abstrato sobre a mudança jurídica, essa tese significaria que os diferentes regimes sociais de produção voltam ao centro das atenções. O verdadeiro obstáculo para uma efetiva mudança jurídica reside, assim, não na sempre lembrada diferença das culturas jurídicas do *common law* e do *civil law*, mas nas *varieties of capitalism*, no meio envolvente social do direito privado. As exigências específicas da cultura econômica anglo-americana (em contraposição com uma continental-européia) levam a uma reconstrução ainda mais profunda do instituto transferido sob novas condições. Por isso, é previsível que todas as tentativas de unificação dos ordenamentos jurídicos

⁸ Para as diferentes recepções de contratos *just-in-time* nos EUA e na Alemanha, cf. TEUBNER, 1999.

européus – apesar das boas intenções de uma *ever closer union* – devem levar a novas dissonâncias.

Com essa tese, crítico ao mesmo tempo duas perspectivas fundamentais atualmente populares na discussão sobre direito e mudança social. Uma é a tese da “convergência”.⁹ Na atual europeização e globalização, assim se espera, convergirão as estruturas socioeconômicas das sociedades industriais avançadas. A convergência socioeconômica faz a unificação do direito aparecer como um objetivo prioritário, ao mesmo tempo possível e almejado. A outra perspectiva fundamental é a “equivalência funcional”.¹⁰ De acordo com ela, os ordenamentos jurídicos nacionais se constroem, de fato, ainda a partir de diferentes tradições dogmáticas jurídicas, mas são confrontados com os mesmos problemas estruturais. Conseqüentemente, de um lado, encontrarão diferentes soluções dogmáticas para os problemas em questão, e, de outro lado, essas soluções serão funcionalmente equivalentes, levando assim à convergência.

Considero ambas as perspectivas questionáveis. Na atual discussão sobre a globalização, parece ser exatamente o contrário o mais plausível. Como resultado dessa discussão, parece que a globalização não leva necessariamente a uma convergência das ordens sociais e a uma unificação do direito. A globalização cria novas diferenças.¹¹ As tendências levam a uma dupla fragmentação da sociedade mundial: em setores globais funcionalmente diferenciados e em uma pluralidade de culturas globais. Pior ainda, elas excluem segmentos inteiros da população dos efeitos da modernização.¹² Conseqüentemente, os diferentes setores da sociedade globalizada não são confrontados com os mesmos problemas que seus ordenamentos jurídicos devem resolver, mas com problemas totalmente diversos. Isso não nos leva a uma maior unificação do direito, mas a

⁹ *Locus classicus*: KERR, 1960. Globale kulturelle Konvergenz ist die Folge der Industrialisierung. Na doutrina jurídica esse pensamento é sedimentado em MARKESINIS, 1994, p. 30; e GROOT, 1992, p. 7. Esses autores constatarem uma convergência de fontes do direito, tipos processuais, estilos legislativos e perspectivas jurídicas; cf. também HELMHOLZ, 1990, p. 1.207; ZIMMERMANN, 1992, p. 8-20.

¹⁰ Nesse sentido, ZWEIGERT & KÖTZ, 1996, §3 II; ANCEL, 1971, p. 101-103; GLENDON et al., 1994, p. 12ss; e BOGDAN, 1994, p. 60. Críticos quanto a esse ponto: FRANKENBERG, 1985, p. 41ss; HILL, 1989, p. 101, 106ss; LEGRAND, 1996, p. 52ss; W. EWALD, 1995a. Também KÖTZ se manifestou de forma crítica contra um “princípio funcionalista absoluto”. KÖTZ, 1998, p. 504; também uma réplica a LEGRAND, 1996, p. 496.

¹¹ HUNTINGTON, 1993, exagera pintando um cenário dramático de cisão global. Mais realista é ver a crescente convergência e, ao mesmo tempo, divergência com os efeitos da globalização: J. FRIEDMAN, 1990; PEATHERSTONE et al., 1995; e ROBERTSON, 1995. A questão decisiva é, assim, determinar os pressupostos para convergência/divergência. Essa contribuição denomina os mais importantes pressupostos da convergência para o direito e os mais importantes pressupostos para seus *binding arrangements* com outros sistemas sociais.

¹² SINHA, 1995, e LUHMANN, 1994 e 1995.

ordenamentos jurídicos fortemente fragmentados como conseqüência direta do processo de globalização.

II. PARA ALÉM DE CONTEXTO VERSUS AUTONOMIA

Numa patente contradição com a “doutrina dominante”, alguns dissidentes desenvolveram nos últimos tempos perspectivas teóricas ambiciosas em relação às irritações jurídicas, com as quais eles irritaram amplamente a “doutrina dominante”. Cito dois autores que, a partir de posições contrapostas, contribuíram bastante para a discussão sobre a transferência de normas jurídicas: Pierre Legrand e Alan Watson. Gostaria de, ao mesmo tempo, utilizar a análise desses autores para trabalhar uma posição do ponto de vista da teoria dos sistemas.

A partir de uma visão antropológica “culturalista”, Pierre Legrand frisa o valor histórico próprio de diversas culturas jurídicas e irrita a opinião dominante com sua tese provocante: “European legal systems are not converging”.¹³ Evidentemente, é possível observar convergência no âmbito das normas e dos institutos jurídicos, mas as culturas jurídicas, as mentalidades jurídicas e as *epistemes* jurídicas permaneceriam historicamente únicas e as diferenças entre elas não seriam transpostas: “*Cultures are spiritual creations of their relevant communities, and products of their unique historical experience as distilled and interpreted over centuries by their unique imagination*”.¹⁴

Essas diferenças fundamentais existem não só entre duas culturas mundiais distantes, mas também entre sociedades industriais modernas e, especialmente, entre a cultura do *common law* e do *civil law*. Conseqüentemente, os transplantes jurídicos implicam diferenças intransponíveis entre organismos culturais, de forma que eles não podem sobreviver à operação sem modificações: “*Rather, the rule, as it finds itself technically integrated into another legal order, is invested with a culture – specific meaning at variance with the earlier one. Accordingly, a crucial element of the rule – its meaning – does not survive the journey from one legal culture to another*”.¹⁵

Essa é uma perspectiva excitante, que promete novo conhecimento a partir de uma viagem aventureira através do profundo e obscuro campo do direito comparado. Trata-se de uma reformulação contemporânea do ceticismo de Montesquieu em relação à simples transferência de institutos jurídicos, com

¹³ LEGRAND, 1995a, 1995b, 1996, 1997a e 1997b.

¹⁴ PAREKH, 1994, apud LEGRAND, 1995a, p. 10.

¹⁵ *Ibid.*, nota 33, e 1997b, p. 119.

a modificação importante, no sentido de que o *esprit des lois* externa menos expressão de uma cultura nacional do que expressão de uma cultura jurídica específica. Transplantes jurídicos são reconstruídos de forma radicalmente nova no novo contexto. Isso ocorre a partir da perspectiva da cultura jurídica receptora, que lê de maneira nova o texto do transplantado, o reconstrói e o deixa surgir de forma nova: “Accordingly, legal transplants are impossible”.¹⁶

Mesmo sendo essa perspectiva bastante promissora, ela implica também objeções difíceis de solucionar: como quer evitar as conseqüências fatais de um apelo à “totalidade social”, pelo qual cada elemento do direito reflete a totalidade da cultura da sociedade – e vice-versa? Como deve ser traduzido para uma análise detalhada da interação entre direito e cultura esse apelo à totalidade do significado cultural, à totalidade das profundas estruturas do direito e da cultura da sociedade *tout court*? Os modestos esforços de Legrand estão num estranho contraste com as pretensões generalizantes contidas em seu programa.¹⁷ Em segundo lugar, como é capaz de esclarecer as incontáveis transferências institucionais bem-sucedidas que ocorreram rapidamente e sem dificuldades entre sociedades ocidentais? E, em terceiro lugar, será que sua própria transferência de um conhecimento antropológico-cultural para o discurso jurídico, que pressupõe que os fenômenos jurídicos estão profundamente enraizados na cultura, explica a fragmentação e o fechamento dos discursos, tão típicos para a experiência moderna e pós-moderna?¹⁸ Será que a proposta de Legrand leva suficientemente em consideração a dupla fragmentação da sociedade global, que não só resulta no policulturalismo por ele abordado, mas ao mesmo tempo numa pluralidade conflituosa de discursos, que ele, porém, tendencialmente subestima?¹⁹

Em direta contraposição com Legrand, o historiador do direito Alan Watson descobriu um caminho mais simples para pôr fim a essas três objeções. Ele sustenta sua tese da evolução do direito em rico material histórico que mos-

tra que a transferência jurídica de institutos entre sociedades contribui para um enorme sucesso histórico, e isso apesar do fato de essas sociedades referirem-se a uma confusa pluralidade de estruturas socioeconômicas. Ele esclarece o sucesso desses transplantes com a altamente desenvolvida autonomia da profissão jurídica.²⁰ Ele confronta os comparativistas com a tese de que a convergência de estruturas socioeconômicas, assim como a equivalência funcional, não exerce qualquer influência de fato. O mesmo vale – e essa é sua mensagem aos culturalistas – para a totalidade da cultura de uma sociedade.

Essas teses reportam-se a três premissas fundamentais subliminares, que merecem observação mais detida exatamente a partir das premissas da teoria dos sistemas. Primeiro, Watson parte do pressuposto de que o direito comparado hoje tem um outro objeto: não se refere mais a diferentes ordens jurídicas nacionais, mas sim à relação entre diversos sistemas jurídicos.²¹ De acordo com minha visão, essa premissa reflete exatamente um maior deslocamento histórico na relação entre nações e seus ordenamentos jurídicos e é apropriada para reduzir pretensões culturalistas excessivas. Montesquieu pôde admitir no seu *esprit des lois* que as leis são a expressão do espírito da Nação, que estão conectadas com as particularidades geográficas, os usos e as visões políticas e não podem ser separadas destes. Por isso a transferência de leis culturalmente enraizadas seria um *grand hasard*. Em razão do longo processo de diferenciação e globalização, hoje a situação é outra. A unidade primária não é mais a Nação que expressa seu espírito único no direito como um fenômeno cultural, que não pode ser dividido com outras nações. Os ordenamentos jurídicos nacionais – comparáveis às economias nacionais – foram se soltando de sua “base” original e abrangente da cultura de uma sociedade. Processos de globalização criaram nesse meio tempo uma rede mundial de comunicações jurídicas autônomas em relação a seu fundo social. Nesse sistema jurídico mundial, as ordens jurídicas dos Estados nacionais são somente partes regionais, que estão em constante comunicação umas com as outras.²² A transferência de institutos jurídicos é, portanto, não mais uma questão da relação entre sociedades nacionais, pela qual a instituição transferida traz em si todo o ônus de sua cultura original. Trata-se muito mais de um contato comunicativo direto em de um discurso

¹⁶ Ibid., p. 114. Esse pensamento reporta-se naturalmente à *reader-response theory* de Stanley Fish. FISH, 1989 e 1994.

¹⁷ Cf. LEGRAND, 1995a e 1996, para uma tentativa juridicamente “esquemática” de determinar a diferença entre a cultura jurídica do *civil law* e do *common law*. O fundamento empírico de sua tese não é muito bom. Idem, 1997b, p. 118ss.

¹⁸ LYOTARD, 1989, diz da existência de uma clausura hermética de discursos; LUHMANN, 1995, vê na sociedade global uma dupla fragmentação: policentrismo cultural e diferenciação funcional; HABERMAS, 1992, descreve uma pluralidade de discursos no “mundo da vida” (*Lebenswelt*).

¹⁹ Pierre Legrand não esclarece por que ele pressupõe o fosso aparentemente intransponível entre as culturas jurídicas e negligencia fossos similares entre as culturas jurídicas, de um lado, e as culturas política, econômica e artística, de outro (LEGRAND, 1995a). Especialmente em relação às teorias pós-modernas, que dão ênfase à fragmentação de distintos discursos (Jean-Francois Lyotard), essa perspectiva dificilmente é sustentável.

²⁰ WATSON, 1985, 1987, 1993 e 1996.

²¹ Idem, 1993, p. 1-21.

²² Para discussão sobre globalização e direito e para o surgimento de um sistema jurídico global, cf. TWINING, 1996; TEUBNER, 1997; RÖHL & MAGEN, 1996; e LUHMANN, 1993, p. 571ss.

jurídico global, que possibilita transferências de institutos jurídicos de um ordenamento jurídico para outro de forma constante, relativamente sem problemas.

No entanto, as ligações à “vida das nações” não desaparecem por isso. Elas existem como antes, mas numa outra forma. A teoria dos sistemas responde, em relação à polêmica engajada de Watson contra as teorias do “espelho entre o direito e a sociedade”, que, apesar de todas as diferenciações, apesar de toda autonomia e de todo fechamento operacional do direito, deve-se observar atentamente o que ocorre com as ligações culturais do direito quando este está sendo separado de seus contextos nacionais.

Em segundo lugar, Watson identifica transferências jurídicas como sendo a fonte principal de mudanças no direito.²³ O direito prefere imitar e incorporar normas e princípios de ordenamentos jurídicos estrangeiros em vez de reagir diretamente aos estímulos externos da sociedade. Watson remete isso às particularidades da profissão jurídica, cujos membros devem argumentar com base em precedentes e autoridades. Eles preferem derivar suas soluções da tradição jurídica e detestam um *creatio ex nihilo*. Novamente, Watson tem certa razão em seu argumento. Contudo, as idiossincrasias da profissão deveriam ser um fenômeno secundário. A lógica interna do discurso jurídico é construída muito mais a partir da auto-referência normativa e da recursividade, que institucionalizam uma preferência para transferência interna no sistema jurídico global em relação à difícil e indireta derivação de regras jurídicas a partir dos problemas sociais. Mas, novamente, essa preferência do discurso jurídico para suas próprias criações não deve desviar do fato de que normalmente, no caso de transferências jurídicas, o direito reage a uma pressão social, que é então transformada a partir de um recurso a regras jurídicas estrangeiras. Quando se quer entender a dinâmica da transferência jurídica, então não se deve desconsiderar essa influência externa da cultura e da sociedade.

Em terceiro lugar, Watson pretende que, a partir de seu material histórico, entenda-se que a evolução do direito, tendendo a utilizar a técnica do “empréstimo jurídico”, ocorre muito mais isolada de seu meio social envolvente. Por isso é possível esclarecer tal fato sem o recurso a fatores sociais, políticos e econômicos.²⁴ Com o rico material que conseguiu retirar de seus estudos de história do direito privado, Watson ganha pontos em relação aos contextualistas e culturalistas, que vêem o direito simplesmente como um reflexo da sociedade e da cultura. Suas conclusões estão também em consonân-

²³ WATSON, 1993, p. 19 e 95.

²⁴ Idem, 1981, p. 38.

cia com novas teorias sociossistêmicas da evolução cultural, que negam grandes trajetórias históricas para a sociedade como um todo e, em vez disso, apontam para caminhos evolucionários distintos para os distintos setores da sociedade, dentre eles também o direito. De fato, as transferências jurídicas parecem ser uma das mais fortes forças para uma evolução específica do direito, uma vez que elas criam uma enorme pluralidade de variação no direito.

Contudo, aqui também Watson não realizou sua tarefa completamente. Em sua polêmica contra os contextualistas, ele simplifica muito para poder perceber o indireto e sutil parentesco por afinidade entre direito e sociedade.²⁵ Ele empreende apenas uma tentativa, ao descrever a elite profissional jurídica como o mecanismo de tradução entre cultura geral e cultura jurídica. Mas aqui ele analisa somente um fenômeno superficial, em vez de pesquisar o entrelaçamento das estruturas profundas de diferentes discursos.²⁶ Como ele pode integrar à sua proposta contra-exemplos óbvios de modificações jurídicas que devem suas causas à política, como, por exemplo, a conversão política do direito público americano durante a Revolução, como foi analisada por W. Ewald?²⁷ Watson está muito fixado na alternativa estéril entre dependência cultural *versus* isolamento do direito, na alternativa entre contexto e autonomia – uma limitação que ele evidentemente compartilha com seus opositores contextualistas.²⁸ Todo esse debate parece necessitar de um refinamento conceitual, que possibilite analisar a transferência institucional a partir de outros conceitos além daqueles permitidos pelo “contexto *versus* autonomia”. Com alguma sorte esse refinamento não terminará na velha fórmula da “autonomia relativa” da transferência jurídica...

III. INSTITUIÇÕES DE LIGAÇÃO NUMA SOCIEDADE FRAGMENTADA

O impasse entre contexto e autonomia pode ser superado, como sugerido por Otto Kahn-Freund há vinte anos, quando se diferencia entre dois tipos de transferências institucionais.²⁹ Sua sugestão consiste em distinguir institutos

²⁵ Nesse sentido, enfaticamente, cf. EWALD, 1994 e 1995b, num minucioso contraponto ao trabalho de Alan Watson.

²⁶ WATSON, 1985, cap. 5, e 1987, p. 568ss.

²⁷ W. EWALD, 1994, apóia-se em pesquisas históricas de mudanças jurídicas durante a revolução americana, que solidificam a descoberta de Watson para o campo do direito privado, todavia a contradizem no campo do direito público. Cf. também ALLISON, 1996, que coloca o fundamento empírico de Watson em dúvida.

²⁸ ABEL, 1982, p. 785ss.

²⁹ KAHN-FREUND, 1973, p. 298ss.

jurídicos: os que são profundamente enraizados na cultura e aqueles que são relativamente isolados da sociedade e da cultura. Os institutos jurídicos são organizados ao longo de um espectro, cuja conexão social se alterna entre “mecânica” até “orgânica”. No primeiro caso, a transferência é relativamente fácil; já no segundo, extremamente difícil, quando não excluída. Ao mesmo tempo, Kahn-Freund modifica o significado de “orgânico”, para transferir seu enraizamento social, tradicional e abrangente do direito para uma conectividade seletiva entre direito e sociedade. Os institutos jurídicos não formam mais, de maneira completa, uma trama com a sociedade e a cultura, mas dependem, em primeiro lugar, da política. Transferências de institutos do tipo orgânico dependem, conseqüente e principalmente, da engrenagem com as estruturas específicas do poder das sociedades em questão.³⁰

Gostaria de construir minha argumentação a partir dessas diferenças – mecânica/orgânica e compreensiva/seletiva –, sem, contudo, transformá-las de uma certa forma. Elas oferecem, de fato, o “elo perdido”, na representação de Watson, para os transplantes autônomos e seus substratos sociais, e possibilita reformular o culturalismo de Legrand por uma perspectiva da teoria dos sistemas. Elas tentam perceber o que resultou das conexões sociais do direito nas grandes transformações históricas desde o enraizamento até a autonomia – algo que chamarei de *binding arrangements* do direito autônomo.³¹ A visão de Montesquieu de uma unidade total entre direito e cultura nacional não é mais adequada ao direito formalizado, operacionalizado e profissionalizado dos nossos tempos, que, em razão da positivação, adquiriu fechamento operacional. Mas, como ocorre correntemente com aquilo que é excluído, ele retorna pela porta dos fundos. As antigas ligações do direito surgem em nova roupagem nas quais são quase irreconhecíveis.

Gostaria de sugerir quatro teses sobre a aparência dessas novas ligações sociais do direito e desenvolvê-las no decorrer do presente artigo:

1. as ligações do direito contemporâneo à sociedade não são mais gerais, mas sim altamente seletivas. Elas variam de acoplamentos “fracos” a “fortes”;
2. elas não existem em relação à sociedade como um todo, mas se ligam a diversos fragmentos da sociedade;

3. enquanto antes o direito era ligado à sociedade através de uma identidade, as ligações hoje são construídas a partir de diferenças;
4. elas desenvolvem-se não mais numa única evolução social total, mas numa inter-relação conflituosa de duas ou mais trajetórias evolutivas autônomas.

O que significam essas quatro características das novas ligações sociais do direito para a transferência dos institutos jurídicos? Para nossa questão concreta: como a transferência do instituto continental da boa-fé no direito britânico é influenciada por essas ligações seletivas?

IV. ACOPLAMENTOS FORTES E FRACOS

As novas ligações são, em grande medida, seletivas. Uma vez que a moderna criação de regras jurídicas é institucionalmente separada da produção cultural normativa, amplos campos do direito permanecem em contato fraco, não-sistemático, com processos sociais. Eles são confrontados com os conflitos sociais apenas *ad hoc*, quando ocorrem como “casos jurídicos”. Eles reconstroem esses conflitos internamente como “casos”, decidindo sobre a reformulação de regras preexistentes. De outro lado, em confronto com esses campos de acoplamentos fracos, existem outros, nos quais os processos jurídicos e sociais são firmemente acoplados. Aqui regras jurídicas são produzidas em processos ultracíclicos entre o direito e outros discursos sociais, que são intimamente ligados entre si, sem que dessa forma abram mão de sua autonomia e de seu fechamento recíprocos.³²

Diferentes organizações formais e processos de standardização, assim como relações do direito com normas sociais, funcionam como mecanismos extrajurídicos de criação de regras. Elas decorrem da lógica interna de um campo especializado da sociedade e concorrem com o aparato legislativo e com o mecanismo contratual.³³ Essa diferença entre acoplamento fraco e forte traz conseqüências para a transferência de institutos de um ordenamento jurídico para outro. A sugestão de Kahn-Freund, de que se pode reportar a transferência institucional para um tipo “orgânico” ou para um tipo “mecânico”, parece fazer sentido à luz dessa distinção. Enquanto num campo jurídico fracamente acoplado a transferência é comparavelmente fácil de implantar, a resistência

³⁰ *Ibid.*, p. 303ss.

³¹ Para esse conceito, TEUBNER, 1995.

³² Para uma análise de processos ultracíclicos no direito e sociedade, cf. *idem*, 1991.

³³ SAND, 1995, p. 85ss, e TEUBNER, 1991, p. 134ss.

contra mudanças é grande quando o direito está em acoplamento forte com outros processos sociais, por meio de *binding arrangements*.

Dever-se-ia, contudo, considerar que, também nos campos de acoplamento fraco, nos quais a transferência de institutos é mais facilmente implementável, ela não é introduzida de forma tão “mecânica” como pensa Kahn-Freund. William Ewald argumentou de forma convincente em sua crítica diferenciada, tanto ao contextualismo jurídico quanto ao autonomismo jurídico, contra uma transferência puramente mecânica. Mesmo onde o direito é mais de natureza “técnica”, isolado do contexto social, a transferência jurídica não é pacífica, mas deve ser assimilada pelas estruturas profundas do novo direito e pelas suas construções do mundo social, que são únicas nas diferentes culturas jurídicas.³⁴ Aqui, na diferença das *epistemes* jurídicas, nos diferentes estilos de argumentação jurídica, nos tipos de interpretação, de visões de mundo social, a idéia culturalista de Legrand encontra seu campo de aplicação legítimo, especialmente sob as condições contemporâneas. Após a transferência formal, a norma aparece possivelmente inalterada como texto, mas factualmente se modificou com sua assimilação à nova rede jurídica de distinções. Em tal situação é a transferência confrontada com as diferenças de conexões episódicas, que residem nas raízes de diferentes construções jurídicas do mundo.³⁵ Culturas jurídicas diferenciam-se especialmente na questão de como elas ligam suas soluções episódicas de conflitos entre si. Nesse momento, a grande separação histórica entre as culturas do *common law* e do *civil law* ainda exerce um papel mais significativo.

Para voltarmos ao nosso exemplo. O famoso princípio da boa-fé é uma manifestação típica da cultura jurídica européia-continental. Os juristas da Europa continental aplicam essa cláusula geral de uma forma muito específica: de um lado, abstrata, finalisticamente aberta, orientada a princípios, e, de outro lado, em grande medida de forma dogmatizada e sistematizada. Isso se encontra em clara contradição com o estilo britânico da argumentação jurídica, mais orientado a regras, técnico, concreto e frouxamente sistematizado, principalmente no campo da interpretação da lei. A incorporação dessa cláusula geral no direito britânico significa que se deve esperar dos juristas britânicos que eles “concretizem” a cláusula geral do mesmo modo que o jurista da Europa continental? “Derivarão” os juízes britânicos suas decisões a partir de então desse

³⁴ W. EWALD, 1995a, p. 1943ss. Para uma recente pesquisa comparativa das estruturas do *common law* e do *civil law*, cf. MURPHY, 1997, p. 81-126.

³⁵ TEUBNER, 1987 e 1990.

princípio vago e abstrato, movendo-se através de diferentes etapas de concretização do abstrato para o concreto? Será que reformularão a boa-fé numa seqüência de construções definidas, abstratas e dogmáticas, que serão traduzidas num sistema de programas condicionais, que aplicam, da perspectiva inglesa, um obscuro método de argumentação teleológica e procederão numa interpretação pseudo-histórica do material legislativo, somente porque a boa-fé foi estabelecida pela diretriz da União Européia? De acordo com as minhas impressões sobre o direito contratual britânico, a boa-fé não será transplantada dessa forma. Mas o princípio “irritará” profundamente a cultura jurídica britânica. Exposta ao permanente ruído causado pelos europeu-continentais, essa cultura jurídica sofrerá modificações e desenvolverá uma nova ordem de interpretação da lei orientada em princípios, que, contudo, terá diferenças significativas com sua contraparte européia-continental. Novas dissonâncias surgirão da harmonização!

Em condições contemporâneas não é imaginável que o princípio britânico da *good faith* seja idêntico ao princípio alemão da *Treu und Glauben*, que foi desenvolvido em circunstâncias históricas e culturais especiais. *Treu und Glauben* foi o instrumento revolucionário por meio do qual o BGB formalista foi “materializado” e que foi adaptado às convulsões da história alemã do século XX.³⁶ Nesse período, a cultura jurídica alemã desenvolveu uma íntima “relação simbiótica” entre as novas possibilidades que a constituição nacional e o BGB abriam para a jurisprudência e as autoridades tradicionais da ciência pandetista.³⁷ O resultado desse tipo único de conexão episódica foi que o princípio extremamente ambivalente e finalisticamente aberto da boa-fé, que originalmente somente deveria flexibilizar a rigidez do direito formal numa base *ad hoc*, foi levado de uma forma surpreendente a uma sistematização conceitual e a uma dogmatização abstrata.³⁸

É de toda forma possível que, na Grã-Bretanha, o princípio da boa-fé (junto com outras cláusulas gerais européia-continentais, tais como o “princípio da proporcionalidade” ou da “expectativa de direitos”) promova mudanças profundas e duradouras que se afastam de um processo decisório altamente formalizado, orientado em regras, para chegar a uma argumentação judicial mais livre, orientada a princípios.³⁹ Mas o movimento deve provavelmente tomar um outro caminho, diferente da dogmatização no estilo germânico. Conside-

³⁶ Para uma excelente representação da materialização do direito privado e o papel da boa-fé, cf. WIEACKER, 1967, §§ 27-30.

³⁷ EWALD, 1986, p. 2.087.

³⁸ Cf. a proposta crítica de von ROTH, 1994.

³⁹ Cf. LEVITSKY, 1994, p. 368-378.

rando o método especificamente britânico de conexão episódica, a “boa-fé” desenvolver-se-á mais na forma de um ativismo judicial, como ocorreu em países de *common law*, nos quais uma análise do caso altamente detalhada – orientada ao fato – foi combinada com argumentos fragilmente conectados, formulados a partir de princípios gerais e decisões políticas programáticas (*policies*). Os juristas ingleses evitarão o recurso a estruturas conceituais trabalhadas, construções dogmáticas, teorias jurídicas e sistematizações conceituais, do positivismo jurídico tão apreciado pelo direito alemão. O acontecimento previsível será uma doutrina da “boa-fé” que, em seu caráter, seja muito mais relacionada à situação concreta.⁴⁰ “*English courts will inevitably prefer to imply more precise terms governing particular aspects of the business relation*”.⁴¹ As cortes inglesas não desenvolverão “programas condicionais” genéricos e abstratos e figuras dogmáticas decorrentes da “boa-fé”, mas diferenciarão e trabalharão situações fáticas diversas surgidas a partir do contrato:⁴² “*Some of this is trade usage in the narrow sense, some of it regards practices common in the situation; some of it concerns the usual players in the situation beyond the particular pair of contracting parties; and some of it connects the particular transaction-type with other institutions, or with other already-applicable rules*”.⁴³

Com fundamento nessas informações, o direito inglês desenvolverá novas normas na base da analogia, a partir de uma detida análise decorrente da situação fática específica. Aparecerão princípios que não serão traduzidos em teorias estritamente conceitualizadas e sistematizadas, mas que surgirão de argumentos organizados de forma *ad hoc*, que não negarão sua origem ético-política.

V. A LIGAÇÃO DO DIREITO A FRAGMENTOS SOCIAIS

Dessa forma, as estruturas profundas da cultura jurídica agirão sobre qualquer tipo de transferência institucional, sendo ela uma transferência “mecânica” ou “orgânica”, no sentido de Kahn-Freund, ou mesmo aparecendo numa situação de acoplamento fraco ou forte. Nos acoplamentos fracos, depararemos, contudo, com dificuldades adicionais. As transferências não se confrontarão somente com as idiossincrasias da nova cultura jurídica, mas a elas serão contrapostas também resistências de fora do direito. Para identificar as fontes

⁴⁰ Para um tal tipo de compreensão “situativa” de boa-fé, RAKOFF, 1995, p. 201ss.

⁴¹ COLLINS, 1997, p. 271.

⁴² *Liverpool City Council v. Irwin* (1997) Appeal Cases, p. 239, e *Shell UK v. Lostock Garage Ltd.* (1976) 1 Weekly Law Report, p. 1.187, 1.196ss.

⁴³ RAKOFF, 1995, p. 221.

dessas resistências, é preciso enxergar que o direito atualmente depara com a sociedade considerando-a como uma pluralidade fragmentada de discursos.

O discurso jurídico contemporâneo não é mais uma expressão da cultura e da sociedade *tout court*, mas está muito mais ligado a campos individualizados, a ocasiões especiais e a diferentes fragmentos da sociedade.⁴⁴ A sociedade contemporânea não representa mais o direito como a união mística de povo, língua, cultura e sociedade, como “espírito do povo”, o *Volkgeist* no sentido de Savigny e Herder, mas como uma multiplicidade fragmentada de sistemas sociais que possibilitam somente ligações “discretas” com esses fragmentos. Kahn-Freund externou um pensamento similar, no qual ele alega que dos vários fatores sociais que Montesquieu indicou como responsáveis pelo *esprit des lois*, hoje somente alguns contam. Ele elege o discurso político como uma ligação primária do direito à sociedade.⁴⁵

Essa é uma descoberta importante, que deve ser, contudo, modificada em relação à sua contextualização na história. Kahn-Freund propôs suas teses no começo dos anos 70 do século XX, e o acento da ligação política do direito refletia o significado predominante dos conflitos políticos na época da guerra fria, a onipresente herança dos sistemas europeus de soberania totalitária, a idéia fixa de que cabia às instituições políticas a representação praticamente exclusiva dos conflitos políticos relevantes, e refletia as expectativas, então grandes, para com o planejamento e o direcionamento político. A partir da perspectiva desiludida dos anos 90, parece que o significado do sistema político foi sobrevalorizado em detrimento dos demais sistemas sociais. Ao contrário daquilo que Kahn-Freund supunha, as diferenças com outros subsistemas não perderam, de forma alguma, seu significado nos processos socioeconômicos de convergência, que fizeram com que sobrassem diferenças apenas na política institucionalizada. Pois, enquanto politicamente um constitucionalismo liberal tornou-se a norma globalmente dominante, as diferenças, com relação a outros subsistemas sociais, tornaram-se mais significativas. Isso vale especialmente para os diferentes tipos de regimes econômicos sob o domínio do vitorioso capitalismo global.

Isso traz conseqüências para a transferência de institutos. De fato, alguns institutos jurídicos são tão ligados à cultura política da sociedade que sua transferência para uma outra sociedade exigirá alterações profundas do sistema político dessa sociedade, se se quiser trabalhar de forma satisfatória

⁴⁴ Detalhadamente, cf. TEUBNER, 1995.

⁴⁵ KAHN-FREUND, 1978, p. 303ss.

nesse novo ambiente. Por esse motivo, Kahn-Freund foi muito crítico em relação à importação do direito coletivo do trabalho norte-americano para a Grã-Bretanha. Ele qualificava isso como um “abuso” (politicamente motivado) do direito comparado.⁴⁶ Mas há outros institutos jurídicos – em especial no direito privado – cuja ligação com a política é algo mais frouxa, enquanto são mais entrelaçados com processos econômicos. Outros, ainda, são mais ligados à técnica, à saúde, à ciência ou à cultura. Essas ligações fortes com diferentes mundos sociais são a causa pela qual os institutos jurídicos encontram resistência em diversos caminhos da transferência. O discurso social, com o qual estão fortemente ligados, não reage aos sinais das mudanças jurídicas. Ele obedece a uma outra lógica interna e reage somente aos sinais de uma modificação política, econômica, técnica ou cultural. Uma transferência é efetivamente excluída desde que não exista uma modificação simultânea e complementar no outro campo social.

O princípio da boa-fé nos fornece um excelente exemplo para essa conectividade seletiva e fragmentada. Enquanto o direito contratual pode ser adequadamente descrito, de forma geral, como constituído de “*principles of voluntarism superimposed on underlying social patterns and statuses*”,⁴⁷ a boa-fé representa sempre o elemento, no direito contratual, que liga o direito diretamente com padrões sociais de comportamento. No correr dos anos, essa relação adotou diversas formas, correspondentes às diferentes formas de organização social. Historicamente, a *bona fides* foi a relação do direito contratual com a moral social.⁴⁸ Sempre quando a aplicação das estritas normas contratuais formais levava a resultados moralmente inaceitáveis, a *bona fides* era acionada para corrigir o formalismo da doutrina do direito contratual com uma moral social substantiva. Contratos eram cumpridos com boa-fé, quando as partes se comportavam segundo os reconhecidos padrões do agir moral.

Nas condições contemporâneas de pluralização moral e fragmentação social, a boa-fé não pode mais exercer essa função. Existiram tentativas de considerar essas mudanças históricas e substituir o recurso à moral pelo recurso ao “objetivo” dos institutos jurídicos em questão. Um contrato é cumprido de acordo com a boa-fé quando as partes se orientam pelo objetivo das normas, pelo *telos* dos seus direitos, pela *idée directrice* do respectivo instituto, pelos elementos da *ordre public*, pelos valores de direito constitucional consagrados em

⁴⁶ Ibid., p. 316ss; há de se distinguir a pergunta, se este era determinado a funcionar “corretamente”.

⁴⁷ RAKOFF, 1995, p. 221.

⁴⁸ WIEACKER, 1967, § 25 III 3; e ESSER, 1990, p. 151-152.

suas convenções privadas.⁴⁹ Essa nova compreensão teleologicamente orientada da boa-fé, que encontrou grande acolhida no século XX, especialmente na discussão sobre o *abus des droits* institucional, espelha de fato a natureza seletiva das ligações sociais do direito. Ela se concentra nos objetivos da política institucionalizada. Com isso, todavia, ela privilegiava as ligações políticas do direito e negligenciava as ligações com outros discursos.

Obrigações contratuais formais não são ligadas somente à orientação da *policy* e à *ordre public* da política institucionalizada; estão sujeitas também às reais exigências de outras instituições sociais. Mercados e organizações, associações profissionais, o setor de saúde, o campo da seguridade social, famílias, cultura, religião – todos eles impõem à relação contratual “privada” exigências específicas. O recurso à boa-fé em tais situações significa tornar visível como expectativas contratuais são dependentes de uma multiplicidade de expectativas sociais não-contratuais, dentre as quais (mas não exclusivamente) expectativas políticas, e sua reconstrução no contrato. Não se pode insistir na prioridade ilimitada do consenso individual entre as partes contratantes sem discernir se se trata de questões pertinentes à consciência individual – aos rígidos mandamentos religiosos, às liberdades políticas, à política regulatória ou a instituições econômicas. A boa-fé complementa as obrigações contratuais com expectativas sociais que derivam desses diversos campos. Em razão do seu alto grau de indeterminação, a cláusula geral da boa-fé é especialmente apropriada para ligar seletivamente contratos com seu meio social envolvente instável, no qual as exigências são constantemente diferidas e conflitantes entre si.⁵⁰

É essa ligação seletiva e fragmentada da boa-fé com diferentes meios sociais envolventes que deve ser responsável pelas novas dissonâncias que surgem no concerto europeu. Se a boa-fé é transferida do continente para o direito britânico por meio do direito europeu, e se o princípio deve exercer no novo contexto a função de ligação de contratos com uma multiplicidade de diferentes discursos, então teremos resultados que se diferenciarão, e muito, dos resultados que tal princípio costuma provocar nos ordenamentos jurídicos da Europa continental. A boa-fé irá reproduzir, em forma jurídica, maiores diferenças entre as culturas nacionais participantes, e isso ocorrerá, paradoxalmente, porque deveria unificar o direito.

⁴⁹ Para uma definição fundamentalmente nova de boa-fé, a partir de uma perspectiva orientada em *policies*, cf.: ESSER & SCHMIDT, 1992, § 1 II, § 2 II, § 4 IV.

⁵⁰ Para uma nova determinação da boa-fé hoje, cf. TEUBNER, 1989, cap. 6 IV-V, e 1980.

VI. REGIMES DE PRODUÇÃO DIVERGENTES

Aqui somos confrontados com resultados surpreendentes da economia política comparativa, que coloca em xeque a pressuposição acima discutida, da opinião dominante no direito comparado, relativa ao tema da “convergência” e da “equivalência funcional”.⁵¹ Contra todas as expectativas de que a globalização dos mercados e a computadorização da economia levariam a uma convergência das condições econômicas e a uma equivalência funcional das normas jurídicas em relação a problemas idênticos, ocorreu exatamente o contrário. Contra toda conversa sobre “concorrência regulatória”, que supostamente nivela todas as diferenças institucionais, as condições econômicas do capitalismo avançado não convergiram. Em vez disso, surgiram novas diferenças, inclusive nas tentativas de unificação do mercado comum europeu. Apesar da liberalização dos mercados mundiais e da criação do mercado comum, o resultado dos últimos trinta anos foi o surgimento de mais de uma forma de capitalismo avançado. As diferenças entre regimes de produção parecem ter crescido.⁵²

Regimes de produção são o campo institucional para a ação econômica. Eles organizam a produção por meio de mercados e instituições relacionadas ao mercado, e determinam o campo de estímulos e limitações, ou as “regras do jogo”, por meio de uma cadeia de instituições relacionadas ao mercado, nas quais a ação econômica está inserida.⁵³ Eles formam um ordenamento estável de instituições, uma engrenagem de arranjos financeiros, prestações de empresas, relações coletivas de trabalho, formação e educação e relações entre empresas, incluindo contratos, redes, técnica, standardização e composição de conflitos. No contexto desses ordenamentos estáveis, as instituições interagem de tal forma que alcançam resultados específicos, dos quais resultam vantagens institucionais na concorrência.⁵⁴ “Variantes do capitalismo” é o resultado desses sistemas engrenados de instituições econômicas.⁵⁵ Esses ordenamentos podem se diferenciar profundamente de país para país, mesmo no contexto europeu. Como é de se esperar, a maior diferença existe entre regimes de produção da Europa continental (fundamentalmente Alemanha, Suécia, Noruega, Suíça e Áustria) e seus correlatos anglo-saxões (Grã-Bretanha, Estados Unidos, Irlanda, Canadá, Austrália e Nova Zelândia). Esse ordenamento de instituições econô-

⁵¹ PORTER, 1990; ALBERT, 1993; NELSEN, 1995; SOSKICE, 1997; e CROUCH & STREECK, 1995.

⁵² SOSKICE, 1997.

⁵³ HOLLINGSWORTH, 1993; AOKI, 1994; e SOSKICE, 1997.

⁵⁴ PORTER, 1990.

⁵⁵ HALL, 1997.

micas é o local no qual o direito privado entra em cena. Aqui o princípio da boa-fé exerce um papel de *binding arrangement* decisivo entre as regras do direito privado e dos regimes econômicos de produção.

Quando nos voltamos ao contexto alemão, no qual a boa-fé construiu uma importante força operativa do direito contratual, encontramos que o desenvolvimento desse princípio jurídico está fortemente ligado aos regimes de produção específicos do capitalismo renano.⁵⁶ Aqui as exigências jurídicas de execução de um contrato de acordo com a boa-fé foram profundamente influenciadas por uma cultura econômica, que pode ser mais bem caracterizada como sendo uma “economia de mercado coordenada por associações coordenadas”.⁵⁷ A ação econômica é fortemente coordenada por associações econômicas e redes comerciais informais. Como diferentes estudos de economia política comparativa ricos em detalhes mostraram, elas são marcadas por relações cooperativas duradouras entre as empresas no mercado, entre as empresas e os trabalhadores, entre as empresas e seus proprietários e financiadores.⁵⁸

Essas condições concedem aos trabalhadores uma considerável autonomia na hierarquia, que é concedida também aos distribuidores nas redes cooperativas duradouras. Isso cria possibilidades para tipos de produção que tendem à colaboração duradoura, mas que criam, simultaneamente, riscos consideráveis que são típicos para a grande autonomia e, em especial medida, relações que dependem de confiança. O regime é suscetível a perturbações coletivas como o *moral hazard*, que traz consigo altos custos ligados à necessidade de vigilância.⁵⁹ Em geral, pode-se dizer que esse regime de produção foi facilitado e suportado por um sistema de direito privado no qual os tribunais utilizaram o princípio da boa-fé especificamente para reagir juridicamente a riscos e chances, criados pela mistura entre autonomia e confiança sob esse regime de produção específico.

As seguintes características do regime de produção alemão encontram seus correspondentes estruturais numa expandida cadeia de deveres, que foi desenvolvida pelos tribunais com fundamento na boa-fé.⁶⁰

⁵⁶ Cf. STREECK, 1997.

⁵⁷ SOSKICE, 1996.

⁵⁸ Especialmente as pesquisas empíricas de diferentes instituições econômicas em HALL & SOSKICE, 2001.

⁵⁹ SOSKICE, 1996.

⁶⁰ As observações reportam-se a *ibid.* e *idem*, 1997, e complementam sua análise, em relação às exigências do direito privado.

1. A cultura empresarial alemã (*corporate governance*) e o financiamento de empresas tendem ao financiamento a longo prazo. O direito privado sustenta isso por meio de deveres para o acionista, a empresa e os bancos, construídos a partir da boa-fé. Sob a proteção da boa-fé, não só as partes de uma união econômica sucumbem à obrigação fiduciária geral. O direito alemão reconhece um dever mais abrangente do acionista e de terceiros vinculados à empresa, no sentido de estimular ativamente o interesse da empresa (em contraposição com o seu interesse individual).⁶¹ Um abrangente sistema de deveres de informação foi desenvolvido na relação entre o banco e a empresa.
2. As relações coletivas de trabalho na empresa e na indústria são relações altamente cooperativas, nas quais os sindicatos exercem um importante papel. Como um efeito colateral da grande autonomia dos trabalhadores, a jurisprudência desenvolveu deveres fiduciários abrangentes para com a organização, capazes de minimizar os riscos de *moral hazard* que são inerentes à sua posição autônoma. Em contrapartida, o direito lhes concede um status protegido na empresa. Existem, correspondentemente, extensos deveres de assistência social impostos à administração da empresa em relação aos empregados.⁶²
3. As relações entre empresas tendem a desenvolver redes cooperativas por meio de contratos relacionais e a longo prazo, tanto horizontalmente no interior de um mercado quanto verticalmente entre fornecedores, produtores e distribuidores. Apoiando-se na cláusula geral da boa-fé, a jurisprudência desenvolveu deveres de cooperação que se orientam no objetivo contratual comum. Em contratos relacionais, ela desenvolveu a regra geral de que as condições contratuais devem ser novamente negociadas, *ex lege*, quando surgir uma nova situação. Uma das mais importantes inovações judiciais foi a reintrodução da antiga cláusula *rebus sic stantibus*, que o BGB tinha abolido. Os juízes tomam a liberdade, no caso de tendências de desenvolvimento social inesperadas, de reescreverem as cláusulas contratuais.⁶³
4. Associações econômicas e grandes empresas coordenam mercados mediante o desenvolvimento de *standards* técnicos, cláusulas gerais de negócios e procedimentos arbitrais de solução de controvérsias. Para o suporte dessa autocoordenação da indústria, a jurisprudência reconhe-

⁶¹ Cf. TEUBNER, 1994.

⁶² ZÖLLNER & LORITZ, 1992, p. 12-17.r

⁶³ Para uma visão geral, cf. SCHLECHTRIEM, 1997, p. 9ss.

ceu e reconstruiu relações multilaterais entre empresas muito além da letra dos contratos bilaterais.⁶⁴ Sua contribuição mais importante para a coordenação de mercado por meio de uniões foi, contudo, o reconhecimento das cláusulas gerais de negócios como vinculantes e sua regulação, considerando determinados interesses, especialmente os dos consumidores.⁶⁵

5. Associações econômicas negociam *standards* técnicos e comerciais com o governo. Outros grupos não-econômicos de interesses, como associações de consumidores e movimentos ecológicos, preferem uma cultura “neocorporativista” que intermedeia transações econômicas com o mundo exterior levando em conta pontos de vista políticos, sociais e ecológicos. A jurisprudência pode construir, em cima desse complexo, uma *ordre public* negociada, e reconstruir, nessa base, *standards* de boa-fé para barrar transações econômicas excessivas.⁶⁶

Um transplante desse “direito vivo” em solo britânico não criaria raízes pela carência de uma cultura econômica equivalente. A cultura econômica britânica forma, em conjunto com a dos Estados Unidos, a da Irlanda, a do Canadá e a da Nova Zelândia, um grupo relativamente não-regulado de economias liberais de mercado. Em contraposição com os mercados da Europa continental, que são “coordenados por associações”, as organizações econômicas são mais fracas e exercem um papel mais limitado na coordenação do campo institucional.⁶⁷ Em vez disso, ocorrem, de um lado, um jogo desenfreado de forças de mercado e, de outro, uma regulação externa por meio de órgãos públicos. O governo, os órgãos públicos, as corporações quase-públicas e o sistema jurídico exercem o mais importante papel na criação de normas, lá onde as normas deixam tipicamente menor campo para a interpretação. A questão é como se “ajustariam” os deveres de cooperação, informação, adaptação contratual baseados na boa-fé a regimes de produção, que são caracterizados por meio das seguintes perspectivas:⁶⁸

1. sistemas de financiamento que impõem às empresas um horizonte temporal relativamente curto, mas que simultaneamente trazem consigo altos riscos;

⁶⁴ Cf. a minudente apresentação de von GERNHUBER, 1989.

⁶⁵ STEIN, 1991, Einleitung 3-8; KÖTZ, 1993, e Einleitung 5-10.

⁶⁶ Cf. TEUBNER, 1981.

⁶⁷ SOSKICE, 1997; HALL, 1997.

⁶⁸ Para o que se segue, cf. SOSKICE, 1991.

2. um direito coletivo do trabalho num mercado de trabalho desregulado, quase não possibilitando uma efetiva representação dos interesses dos empregados na empresa – conseqüentemente criam sindicatos fracos –, mas facilitando a administração unificada por meio da alta administração;
3. um sistema de relações entre empresas que apresente altas exigências competitivas, com isso limitando as possibilidades de cooperação entre empresas;⁶⁹
4. a coordenação entre o setor econômico e outros setores da sociedade é deixada às forças do mercado ou repassada exclusivamente à regulação estatal, em contraposição ao estilo neocorporativo de intermediação, típico do regime de produção da Europa continental.

VII. DESENVOLVIMENTOS CO-EVOLUCIONÁRIOS

Aqui precisamos considerar uma outra complicação: a natureza dupla dos *binding arrangements* do direito. As “regras do jogo” da economia não são idênticas às regras jurídicas; instituições econômicas distinguem-se das instituições/institutos jurídicos. Uma transação econômica deve ser diferenciada de um contrato juridicamente eficaz, mesmo quando ambos são simultaneamente concluídos. No fundo, a diferença consiste no fato de que instituições econômicas constituem-se estruturalmente de limitações e estímulos que influenciam o cálculo do custo-benefício dos atores econômicos, enquanto os institutos jurídicos são complexos de regras juridicamente eficazes, que estruturam soluções de conflitos. Apesar de serem estruturalmente acopladas de forma forte, as instituições econômicas e jurídicas são analítica e empiricamente distintas.⁷⁰

O acoplamento estrutural não constrói uma nova identidade, mas une por meio de diferenciação, isto é, de uma diferença entre o direito e o discurso ao qual está ligado. *Binding arrangements* não constroem uma nova unidade de direito e sociedade, operações sociojurídicas unificadas ou estruturas sociojurídicas comuns. Enquanto seus resultados desenrolam-se simultaneamente, mantêm-se como partículas distinguíveis de seus discursos específicos, com seu próprio passado e seu próprio futuro. A única condição para sua sincronização é que eles sejam compatíveis uns com os outros. *Binding arrangements* possuem uma dupla face – tal como o deus romano *Janus* –, possuem uma face jurídica e

outra social. Infelizmente, as duas faces de *Janus* tendem a direcionar seu foco de visão para direções distintas.

Quando, num caso de transferência jurídica, o lado jurídico da relação é modificado, a compatibilidade entre as diferentes unidades não pode mais ser pressuposta. Deveria ser novamente construída a partir do contexto, num processo difícil e demorado. Isso demandaria uma dupla transformação, uma modificação a partir de ambos os lados da diferença do instituto transferido, não apenas uma recontextualização a partir do seu lado jurídico na nova rede de diferenças jurídicas, mas também a recontextualização a partir do lado social no outro discurso. A direção, na qual o outro lado será modificado, não se deixa determinar de maneira unilateral. A relação de ambos os lados não se deixa descrever como uma identidade institucional. É também falso descrevê-la como dependência causal entre variáveis independentes e outras dependentes, ou ainda como relação entre base econômica e superestrutura jurídica. Trata-se muito mais de um campo simbólico de compatibilidade de significados distintos, que permite diferentes atualizações.

Um *binding arrangement* que liga o direito a um discurso social persegue não uma única linha histórica de desenvolvimento, mas surge de duas trilhas evolutivas separadas e qualitativamente distintas, que são ligadas novamente entre si através de co-evolução. O lado jurídico segue a lógica evolucionária do direito, enquanto o lado social pertence a uma outra lógica de desenvolvimento. Suas modificações interagem como se elas se perturbassem mutuamente, em razão de seu estreito acoplamento estrutural, de modo a provocar mudanças no outro lado.⁷¹

Agora se torna claro por que a norma transferida pode ser tomada apenas como irritação, nunca como transplante, quando a transferência de normas jurídicas deve modificar um *binding arrangement* entre o direito e outro discurso social. Ela irrita um processo co-evolucionário de linhas evolutivas distintas. Do lado jurídico da instituição conectiva, a norma será recontextualizada na nova rede de distinções jurídicas e possivelmente será reconhecível como a norma original, ainda quando a interpretação tiver mudado. Do lado social, ocorre algo completamente diferente. O impulso jurídico, quando é reconhecido, causará perturbações no outro sistema social e promoverá neste sistema algumas modificações, as quais obedecerão à lógica interna desse mundo de significados. Ele será reconstruído na outra língua do sistema social em questão e

⁶⁹ Idem, 1997.

⁷⁰ Cf., especificamente, TEUBNER, 1995.

⁷¹ Cf. Idem, 1999. Para a correlação entre institutos jurídicos regimes de produção cf. também NELSEN, 1995.

reformulado de acordo com seus códigos e programas, o que leva a uma nova seqüência de acontecimentos. Essas modificações sociais, por sua vez, voltam a agir como irritação do lado jurídico da instituição, criando assim uma dinâmica co-evolucionária circular que então chega a um equilíbrio precário quando tanto o discurso jurídico quanto o social desenvolveram um valor próprio relativamente estável em sua respectiva esfera. Isso mostra o quão improvável será o sucesso do transplante de uma norma jurídica no *binding arrangement* de um outro contexto jurídico. Quando ele não é de antemão recusado, ou ele perturbará o *binding arrangement* ou ele desenvolverá uma dinâmica de irritações recíprocas, que modificará fundamentalmente sua identidade.

E a boa-fé? O princípio não representará sequer uma irritação ao regime de produção britânico caso ele se apresente como um amontoado de deveres jurídicos de cooperação obrigatória impostos às partes contratantes. O entorno britânico reagiu com uma fria indiferença. O princípio causará, entretanto – e essa é minha tese final – uma forte irritação do regime de produção britânico orientado no mercado, quando o novo contexto transformar a boa-fé de uma regra facilitadora em uma regra proibitiva. Em vez de fomentar autonomia, confiança e cooperação, seu efeito seria o de coibir um certo excesso de ação econômica. Boa-fé tornar-se-ia uma limitação quase-constitucional de dois elementos centrais do regime de produção: uma limitação de fortes hierarquias de soberania privada e uma limitação de certa tendência expansiva de processos competitivos.

Os regimes de produção europeu-continentais correspondentes à boa-fé caracterizavam-se, como foi dito, em grande medida pela autonomia e pela confiança no mercado e na organização. Eles traziam consigo riscos e perigos específicos, minimizados por meio de um sistema minucioso de deveres jurídicos de cooperação. Os riscos e perigos do regime de produção britânico não são consequência de uma grande proporção de autonomia e confiança, mas efetivamente o contrário. Esses regimes de produção são estimulados pelos riscos de um “fordismo financeiro”, no qual uma produção estandardizada de baixo custo exige regras detalhadas e uma grande rotatividade ao trabalho; pelos perigos de organizações de projetos, que fazem frente a tarefas complexas por intermédio de uma forte prerrogativa da administração; pela acentuada hierarquia na organização econômica e por relações assimétricas entre empresas poderosas e suas satélites dependentes.⁷² O papel do princípio da boa-fé

⁷² SOSKICE, 1996.

não pode consistir em transformar essas organizações coordenadas de forma rígida em acordos cooperativos.⁷³ A tarefa do direito contratual seria muito mais definir direitos quase-constitucionais e protegê-los contra abusos de dominação privada, criar determinadas normas que estabeleçam limites jurídicos univocamente definidos ao poder quase-discrecional administrativo.⁷⁴ O princípio da boa-fé deve desenvolver-se na direção de limitações jurídicas para decisões arbitrárias do poder privado. Em contraposição à ativação das tradições comunitaristas dos “deveres” de cooperação matizada pela confiança, deveria a jurisprudência ativar a tradição dos direitos fundamentais, que historicamente protegem contra a autoridade pública, e impô-la no contexto do direito privado.

Para resumir nossas reflexões abstratas: tentativas de transferência institucional parecem provocar uma dupla irritação no novo contexto. Elas irritam o *binding arrangements* do direito com a sociedade. Normas estranhas são elementos de estímulo não só em relação ao discurso jurídico de seu entorno, mas também em relação ao discurso social, com o qual o direito, em determinadas circunstâncias, é fortemente ligado. Como irritações jurídicas, elas forçam a *episteme* específica do direito a uma reconstrução na rede de suas diferenças. Como irritações sociais, elas provocam um discurso social, com o qual o direito está fortemente ligado, a uma reconstrução própria. Assim se desenvolvem duas cadeias distintas de acontecimentos, cuja interação leva a uma dinâmica evolucionária que possivelmente alcança um novo equilíbrio dos valores próprios dos discursos participantes. O resultado de tal processo complexo e turbulento é raramente a convergência das ordens jurídicas participantes, mas normalmente a criação de um novo abismo na relação entre discursos sociais operacionalmente fechados.

⁷³ Regimes de produção podem ser simplesmente modificados por ação política. Além disso, encontra-se neles uma assimetria imanente. Enquanto é comparativamente fácil passar de um regime orientado em associações para um regime orientado no mercado, e isso por meio da desmontagem das estruturas correspondentes, é muito mais difícil, e exige um dispêndio muito maior de tempo e energia, passar de um regime orientado no mercado para um orientado a associações. Cf. *ibid.*

⁷⁴ A famosa *irradiação* ou *Drittwirkung* dos direitos fundamentais. Precipuamente, *Bundesverfassungsgericht*, Decisão de 15/jan./1958, em: *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Band 7, p. 198, 204ss; sobre o estado da discussão, cf. DREIER, 1996, p. 57ss. Para uma pesquisa sociológica, cf. SELZNICK, 1969, c. 7; sobre os direitos fundamentais em limites jurídicos do poder privado, cf. COLLINS, 1992. Para uma recente pesquisa comparativa da irradiação dos direitos fundamentais, cf. CLAPHAM, 1996. Cf. também GRABER & TEUBNER, 1998.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABEL, R. Law as lag: inertia as a social theory of law. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, 80, 1982, p. 785-809.
- ALBERT, M. *Capitalism Against Capitalism*. Trad. Paul Haviland. Londres: Whurr, 1993.
- ALLISON, J.F.W. *A Continental Distinction in the Common Law: a historical and comparative perspective on English public law*. Oxford: Clarendon, 1996.
- ANCEL, M. Utilité et méthodes du droit comparé: éléments d'introduction générales à l'étude comparative des droits. Conférences données sous les auspices de la Faculté de Droit et des Sciences Économiques les 18 et 19 février. Neuchatel: Ides et Calendes, 1971.
- AOKI, M. The Japanese Firm as a System of Attributes: a Survey and Research Agenda. In: AOKI, M. & DORE, R. (orgs.). *The Japanese Firm: Sources of Competitive Strength*. Oxford: Clarendon, 1994.
- BOGDAN, M. *Comparative Law*. Deventer: Kluwer, 1994.
- BRIDGE, M.G. Does Anglo-Canadian contract law need a doctrine of good faith? *Canadian Business Law Journal*, Agincourt, 9, 1984, p. 385-426.
- BROWNSWORD, R. Two concepts of good faith. *Journal of Contract Law*, Sidney, 7, 1994, p. 197ss.
- _____. Good faith in contract revisited. *Current Legal Problems*, Oxford, 49(2), 1996, p. 111ss.
- CLAPHAM, A. *Human Rights in the Private Sphere*. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- COLLINS, H. *Justice in Dismissal*. Oxford: Oxford University Press, 1992.
- _____. *The Law of Contract*. 3.^a ed. Londres: Butterworths, 1997.
- CROUCH, C. & STREECK, W. *Modern Capitalism or Modern Capitalisms*. Londres: Pinter, 1995.
- DE MOOR, A. Common and civil law conceptions of contract and European law of contract. *European Review of Private Law*, Dordrecht, 3, 1995, p. 257ss.
- DREIER, H. Vorbemerkung vor Art. 1 GG. In: DREIER, H. (org.). *Grundgesetz: Kommentar*. Tübingen: Mohr, 1996-2000.
- ESSER, J. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts: rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen und Interpretationslehre*. Tübingen: Mohr, 1990.
- ESSER, J. & SCHMIDT, E. *Schuldrecht: Allgemeiner Teil: Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen*. 7. Aufl. Heidelberg: Müller, 1992. Bd. 1: Teilband 1.
- EWALD, F. *L'État providence*. Paris: Grasset, 1986.
- EWALD, W. The American revolution and the evolution of law. *American Journal of Comparative Law*, Berkeley, 42, Supplement, 1-14, 1994.
- _____. Comparative jurisprudence I: What was it like to try a rat. *Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, 143, 1995a, p. 2.115ss.
- _____. Comparative jurisprudence II: The logic of legal transplants. *American Journal of Comparative Law*, Berkeley, 43, 1995b, p. 489ss.
- FARNSWORTH, E.A. Good faith in contract performance. In: BEATON, J. & FRIEDMAN, D. *Good Faith and Fault in contract Law*. Oxford: Clarendon, 1995.
- FEATHERSTONE, M. & LASH, A. Globalisation, modernity and the spatialisation of social theory: an introduction. In: FEATHERSTONE, M. et al. *Global Modernities*. Londres: Sage, 1995.
- FISH, S. *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*. Oxford: Clarendon, 1989.
- _____. *There's No such Thing as Free Speech: and it's a Good Thing Too*. Nova York: Oxford University Press, 1994.
- FRANKENBERG, G. Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, Mass., 26, 1985, p. 411-455.
- FRIEDMAN, J. Being in the world: Globalisation and Localisation. In: FEATHERSTONE, M. *Global Culture: Nationalism, Globalization and Modernity*. Londres: Sage, 1990.
- GERNHUBER, J. von. *Das Schuldverhältnis: Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen*. Tübingen: Mohr & Siebeck, 1989.
- GLENDON, M.A. et al. *Comparative Legal Traditions: text, materials and cases on the civil and common law traditions, with special reference to French, German, English and European law*. 2.^a ed. St. Paul: West, 1994.
- GOODE, R. *The Concept of "Good Faith" in English Law*. Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, 1992.
- GRABER, C. & TEUBNER, G. Art and Money: Constitutional Rights in the Private Sphere. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, 1998, p. 61-74.
- GROOT, G.-R. European education in the 21st century. In: DE WITTE, B. & FORDER, C. *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education*. Maasticht: Metro, 1992.
- HABERMAS, J. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.
- HALL, P.A. The Political Economy of Europe in an Area of Interdependence. In: KITSCHELT, H. et al. (orgs.). *Continuity and Change in Contemporary Capitalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

- HALL, P.A. & SOSKICE, D. *Varieties of Capitalism: The Challenges Facing Contemporary Political Economies*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- HELMHOLZ, R. Continental law and common law. *Duke Law Journal*, Durham, 1.207, 1990.
- HILL, J. Comparative law, law reform and legal theory. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, 9, 1989, p. 101-115.
- HOLLINGSWORTH, J.R. (org.). *Comparing Capitalist Economies*. Oxford: Oxford University Press, 1993.
- HUNTINGTON, S.P. The clash of civilizations? *Foreign Affairs*, Nova York, 72 (Summer), 1993, p. 22-49.
- KAHN-FREUND, O. On uses and misuses of comparative law. In: KAHN-FREUND, O. (org.). *Selected Writings*. Londres: Stevens, 1978.
- KERR, C. *Industrialism and Industrial Man: the problems of labor and management in economic growth*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1960.
- KÖTZ, H. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: AGB-Gesetz, Einl. 5-10*. 3. Aufl. München: Beck, 1993.
- _____. Abschied von der Rechtskreislehre? *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, München, 6, 1998, p. 493-505.
- LEGRAND, P. *Comparatists-at-Law and the Contrarian Challenge*. Working Paper: Tilburg University, 1995a.
- _____. Comparative legal studies and commitment to theory. *The Modern Law Review*, Oxford UK/Boston, 58, 1995b, p. 26ss.
- _____. European legal systems are not converging. *The International and Comparative Law Quarterly*, Londres, 45, 1996, p. 52-81.
- _____. Against a European Civil Code. *Modern Law Review*, Oxford UK/Boston, 62, 1997a, p. 60.
- _____. The impossibility of "legal transplants". *Maastricht Journal of European and comparative Law*, Maastricht, 4, 1997b, p. 111-124.
- LEVITSKY, J. The europeanization of the British legal style. *American Journal of Comparative Law*, Berkeley, 42, 1994, p. 347ss.
- LUHMANN, N. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1993.
- _____. Inklusion und Exklusion. In: LUHMANN, N. *Soziologische Aufklärung 6: Die Soziologie und der Mensch*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1994.
- _____. The Paradox of Observing Systems. *Cultural Critique*, Nova York, 31, 1995, p. 37-55.
- LYOTARD, J.-F. *Der Widerstreit*. 2. Aufl. München: Fink, 1989.
- MARKESINIS, B. Learning from Europe and learning in Europe. In: _____. (org.). *The Gradual Convergence: Foreign Ideas, Foreign Influences and English Law on the Eve of the 21st Century*. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- MURPHY, T. *The Oldest Social Science?: Configurations of Law and Modernity*. Oxford: Clarendon, 1997.
- NELSEN, R.R. Co-Evolution of Industry Structure, Technology and Supporting Institutions, and the Making of Comparative Advantage. *International Journal of the Economics of Business*, Abingdon, 2, 1995, p. 171-185.
- PORTER, M.E. *The Competitive Advantage of Nations*. Londres: Macmillan, 1990.
- RAKOFF, T. The implied terms of contracts: Of "default rules" and "situation sense". In: BEATSON, J. & FRIEDMANN, D. *Good Faith and Fault in Contract Law*. Oxford: Clarendon, 1995.
- ROBERTSON, R. Globalisation: Time-space and homogeneity-heterogeneity. In: FEATHERSTONE, M. et al. *Global Modernities*. Londres: Sage, 1995.
- RÖHL, K. & MAGEN, S. Die Rolle des Rechts im Prozeß der Globalisierung. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Stuttgart, 17(1), 1996, p. 1-57.
- ROTH, H. von. Kommentierung des § 242. In: BAMBERGER, H.G. (org.). *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. München: Beck, 1994.
- SAND, I.-J. From the distinction between public law and private law to legal categories of social and institutional differentiation in a pluralistic legal context. In: PETERSEN, H. & ZAHLE, H. *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*. Aldershot: Dartmouth, 1995.
- SCHLECHTRIEM, P. "Good Faith" in German Law and International Uniform Laws. Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparativo e Straniero, 1997.
- SELZNICK, P. *Law, Society and Industrial Justice*. Nova York: Russell Sage, 1969.
- SINHA, S.P. Legal polycentricity. In: PETERSEN, H. & ZAHLE, H. *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*. Aldershot: Dartmouth, 1995.
- SOSKICE, D. The institutional infrastructure for international competitiveness: A comparative analysis of the UK and Germany. In: ATKINSON, A.B. & BRUNETTA, R. *Economics for the New Europe*. Londres: Mcmillan, 1991.
- _____. German Technology Policy: Innovation and national institutional frameworks. In: WISSENSCHAFTSZENTRUM BERLIN. *Discussion Paper S. 96-319*, Berlin: WZB, 1996.
- _____. Divergent Production Regimes: Coordinated and Uncoordinated Market Economies in the 1980s and 1990s. In: KITSCHOLT, H. (org.). *Continuity and Change in Contemporary Capitalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

- STEIN, U. AGB-Gesetz, Einl. 3-8. In: SOERGEL, H.T. & SIEBERT, W. *Bürgerliches Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. 12. Aufl. Stuttgart: Kohlhammer, 1991.
- STREECK, W. German capitalism: Does it exist? Can it survive? In: STREECK, W. & CROUCH, C. (orgs.). *Political Economy of Modern Capitalism*. Londres: Sage, 1997.
- TEUBNER, G. Die Generalklausel von Treu und Glauben. *Alternativkommentar zum Bürgerliche Gesetzbuch*. Neuwied: Luchterhand, Bd. 2, 1981.
- _____. Episodenverknüpfung. Zur Steigerung von Selbstreferenz im Recht. In: BAECKER, D. et al. (orgs.). *Theorie als Passion*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987.
- _____. *Recht als autopoietisches System*. Frankfurt: Suhrkamp, 1989.
- _____. Die Episteme des Rechts: zu den erkenntnistheoretischen Grundlagen des reflexiven Rechts In: GRIMM, D. (org.). *Steigende Staatsausgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*. Baden-Baden: Nomos, 1990.
- _____. Steuerung durch plurales Recht. Oder: Wie die Politik den normativen Mehrwert der Geldzirkulation abschöpft. In: ZAPF, W. (org.). *Die Modernisierung moderner Gesellschaften*. Campus: Frankfurt am Main, 1991.
- _____. Company interest: The public interest of the enterprise. In: ROGOWSKI, R. & WILTHAGEN, T. (orgs.). *Reflexive Labour Law: Studies in Industrial Relations and Employment Regulation*. Deventer: Kluwer, 1994.
- _____. Die zwei Gesichter des Janus: Rechtspluralismus in der Spätmoderne. In: SCHMIDT, E. & WEYERS, H.L. (orgs.). *Liber Amicorum Josef Esser*. Heidelberg: Müller, 1995.
- _____. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. In: TEUBNER, G. (org.). *Global Law Without a State*. Aldershot: Dartmouth, 1997.
- _____. Eigensinnige Produktionsregimes: Zur Koevolution von Wirtschaft und Recht in den varieties of capitalism. *Soziale Systeme*, Stuttgart, 5, 1999, p. 7-25.
- TWINING, W. Globalization and Legal Theory: Some Local Implications. *Current Legal Problems*, Oxford, 49, 1996, p. 1-42.
- WATSON, A. *The Making of Civil Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1981.
- _____. *The Evolution of Law*. Oxford: Blackwell, 1985.
- _____. Evolution of Law: Continued. *Law and History Review*, Ithaca, 5(2), 1987, p. 537-570.
- _____. *Legal Transplants: an approach to comparative law*. 2.^a ed. Athens: University of Georgia Press, 1993.

- _____. Aspects of reception of law. *The American Journal of Comparative Law*, Berkeley, 44(2), 1996, p. 335-351.
- WIEACKER, F. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. 2. Aufl. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1967.
- ZIMMERMANN, R. Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit. *Juristenzeitung*, Tübingen, 8-20, 1992.
- ZÖLLNER, W. & LORITZ, K.-G. *Arbeitsrecht: ein Studienbuch*. München: Beck, 1992.
- ZWEIGERT, K. & KÖTZ, H. *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts*. 3. neubearbeitete Auflage, Tübingen: Mohr, 1996.

III. POLICONTEXTURALIDADE E
REFLEXOS NO DIREITO PRIVADO

7. A CÚPULA INVISÍVEL: CRISE DA CAUSALIDADE
E IMPUTAÇÃO COLETIVA

Utilizando o problema da responsabilidade ambiental, o autor discute o problema da “crise da causalidade” na imputação de fatos para os quais concorrem diversos autores e sua repercussão na imputação coletiva de responsabilidade, propondo uma releitura do problema por meio do conceito de “cúpula”. Sua proposta, em síntese, é que, atualmente, o critério do nexos causal para imputação de responsabilidade ambiental, dada uma realidade ecológica de causas complexas integradas, não é mais suficiente. Isso leva o direito a transpor-se de uma orientação centrada no autor do dano para uma orientação sistêmica. O direito constrói um novo tipo de “pool de risco”, por meio do qual se orienta para a imputação de responsabilidade e, assim, depara com o desafio de estabelecer critérios de delimitação interna do *pool* e de sua relação com terceiros. Outro tipo de formulação teórica coloca-se, neste momento, cujas questões podem ser resumidas na seguinte: Como é possível formular, na dogmática jurídica, a responsabilidade ambiental solidária, ante a crise da causalidade? Demais disso, a constituição desses *ecopools* pode gerar, na realidade social, motivações para inovações ecológicas, minimizando os riscos ambientais, revelando utilizar o instituto da responsabilidade não só como instrumento de garantia de segurança jurídica, mas também como de regulação social.

Título original: Die unsichtbare “Cupola”: Kausalitätskrise und kollektive Zurechnung. In: LÜBBE, W. (org.). *Kausalität und Zurechnung*. Berlim: De Gruyter, 1994. Tradução: JÜRGEN VOLKER DITTBERNER.

I. A CRISE DA CAUSALIDADE JURÍDICA

Quando falo da “cúpula”, não me vem à mente a obra-prima arquitetônica de Brunelleschi, a cúpula da Catedral de Florença. Vejo, antes, uma arquitetura feia, escura, a cúpula brutal do crime organizado, o topo hierárquico secreto da Máfia, que assombra a vida social da Itália. Existe ou não a cúpula? Essa pergunta dividiu a justiça italiana em uma luta amarga. Enquanto os juízes de primeira instância condenaram muitos mafiosos a longas penas de prisão tão-somente por eles serem membros da cúpula, que decide sobre *tutti i grandi delitti*, o tribunal de instância superior negou, por anos, a mera existência dessa cúpula e soltou os “chefões” do crime organizado. Será que a cúpula é um fantasma, um produto da fantasia de juízes paranóicos? Ou será ela uma dura realidade social, da qual os juristas devem tomar conhecimento se quiserem compreender, de alguma forma, o crime organizado e a macrocriminalidade?

Naturalmente, para o direito ela não é nem uma coisa nem outra, nem mera ficção nem dura realidade. A cúpula é uma construção da arquitetura jurídica, que deve sua existência à única finalidade de já poder responsabilizar indivíduos penalmente, assim que se consegue, juridicamente, provar serem eles membros dessa quase-organização. Quem é membro da cúpula torna-se coautor do delito mafioso, sem necessidade de comprovação de uma participação concreta no ato criminoso. De fato, a cúpula é uma construção ousada. Mas haveria outro jeito de combater a “macrocriminalidade”? A construção jurídica da cúpula auxilia na crise da imputação de causalidade. Ela liberta os juristas da dificuldade quase insuperável da prova individual de causalidade, substituindo imputação causal por imputação coletiva. Sob o teto da cúpula, a responsabilidade individual transforma-se em responsabilidade coletiva.¹

¹ No direito italiano, junto à construção da cúpula há ainda uma outra forma de responsabilidade coletiva: “*associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*” (art. 416 *codice penale*). Nesse caso, o próprio fato de ser membro de uma tal associação já é punível, enquanto na responsabilidade-cúpula pressupõe-se um delito pelo qual a contribuição concreta do co-autor ao fato é substituída por meio de sua associação à cúpula (cf. DE FRANCESCO, 1987, p. 289ss).

Atualmente, os contornos de uma cúpula semelhante àquela mencionada acima estão sendo delineados também na área da responsabilidade ambiental. O esforço daqueles construtores jurídicos para fundar a arquitetura da responsabilidade ambiental sobre uma estrutura estável de vigamentos causais entre atos individuais e danos ecológicos foi profundamente frustrado pela complexidade e pela falta de transparência das relações de efeito causais nos três meios ecológicos – ar, água e solo. A confiança dos juristas ambientais na capacidade de a arquitetura causal suportar cargas desaparece a olhos vistos. Em vez disso, eles procuram empregar uma série de construções auxiliares que, apesar de teoricamente baseadas na estrutura causal, na prática não confiam mais na imputação individual de causalidade. Indício disso é, por exemplo, a ênfase cada vez mais forte em um conceito jurídico específico de causalidade, na prova *prima facie*, *enhanced res ipsa loquitur*, na inversão do ônus de prova, na prova de causalidade probabilística, na extensão da responsabilidade solidária em casos de multicausalidade, na *market share liability* e na responsabilidade de *super-funds*. Todas estas são novas formas de “responsabilidade por risco”,² que enfraquecem ou eliminam completamente a conexão causal entre ação e dano. A nova responsabilidade por risco destrói a base fundamental das conexões causais e constrói, em lugar disso, uma “cúpula” abrangente da responsabilidade coletiva.³

Porém, essas reformas basilares aparentemente temem a luz do dia. Enquanto se esforçam, atualmente, na construção da nova cúpula da responsabilidade por risco, os próprios arquitetos jurídicos fazem tudo para torná-la invisível. Eles a escondem atrás da fachada conceitual da “causalidade probabilística”, da “responsabilidade por risco” e do *lost value*, que enfocam o caráter individual da contribuição ao risco e calam-se sobre a imputação coletiva do dano.⁴ George Priest, um dos mais importantes construtores da nova responsabilidade por risco, nega insistentemente que essas novas construções implicam um “desaparecimento da responsabilidade individual ou mesmo uma transformação da expectativa na direção de uma responsabilidade impessoal ou coletiva”. Muito pelo contrário, “*far from incorporating a diminished view of individual responsibility, the shift of the law's purpose toward risk control represents a vastly expanded commitment to standards of individual responsibility*”.⁵

² ROBINSON, 1985. As particularidades das diversas construções jurídicas são abordadas de forma mais detalhada a seguir.

³ BUSH, 1986, p. 1480ss; e ABRAHAM, 1987, p. 859ss.

⁴ KING, 1981; ROBINSON, 1985; ROSENBERG, 1984, p. 866ss; e CELLI, 1990, p. 652ss.

⁵ PRIEST, 1990, p. 214.

Em face de tais tentativas de esconder a cúpula ecológica atrás de fachadas conceituais de responsabilidade individual, gostaria de expor alguns argumentos que mostram que faz sentido expor a cúpula à plena luz do sol. Para o desenvolvimento dos princípios fundamentais do direito de responsabilidade ambiental, é importante compreendermos melhor sob quais circunstâncias, com que conceitos e com que conseqüências tribunais e parlamentos substituem a clássica responsabilidade individual por uma nova responsabilidade coletiva.⁶ Especialmente: quais são as conseqüências dessa nova construção jurídica para a dogmática jurídica, por um lado, e para a atuação real dos agentes, por outro? De fato, não é completamente claro, de antemão, que o direito de responsabilidade ambiental seja capaz de controlar suficientemente tais processos da coletivização do risco, de forma que as perdas certas na responsabilidade individual realmente sejam compensadas por possíveis ganhos na responsabilidade coletiva. Isso depende principalmente de como reagem os processos auto-organizatórios, na realidade social, à nova responsabilidade coletiva, bem como de como o direito, a seu turno, percebe tais processos de auto-organização e os configura⁷ juridicamente.

Gostaria de defender as seguintes quatro teses:

1. Ao romperem cada vez mais as conexões causais entre ações e danos ambientais, os tribunais apenas extraem as conseqüências práticas de que uma ecologia de causas complexas, e que interagem entre si, não atende à imputação de danos ecológicos a decisões isoladas de agentes individuais. Interdependências ecológicas impenetráveis impelem o direito a traduzir uma orientação individual em uma orientação sistêmica. Em vez de procurar o agente individual culpado, o direito de responsabilidade constrói um *pool* de risco moderno e até mesmo novas organizações formais de gestão de riscos, que ao menos parecem mais adequadas para alguns riscos ecológicos do que a imputação tradicional de causalidade a agentes individuais.
2. Se o caráter coletivo das novas formas de responsabilidade for levado a sério, surgem diferentes questões para a dogmática do direito de responsabilidade, que não aparecem na perspectiva individual da causalidade acusatória. Os *pools* de risco, por ela próprios criados, colo-

⁶ BUSH, 1986, p. 1.473.

⁷ Sobre o tema ecologia e auto-organização, bem como sobre as chances de aumentar a auto-regulação ecológica por meio do direito, cf. as contribuições na coletânea TEUBNER et al., 1994.

cam a dogmática jurídica diante de novos desafios, no sentido de desenvolver, ainda, critérios para a ordem interna e suas relações externas. Onde estão os limites de um *pool* ecológico no direito de responsabilidade? Quem é membro? Quais são as obrigações dos membros e quais são seus direitos? Sob quais condições constitui-se uma responsabilidade externa do *pool*? Como ela é partilhada, posteriormente, entre os membros? Em poucas palavras: como a doutrina jurídica pode formular a responsabilidade solidária ecológica?

3. Ao adentrarem tais construções jurídicas coletivas na realidade social, processos auto-organizatórios de ações coletivas começarão a se movimentar. Os efeitos do *pool* ecológico do direito de responsabilidade sobre a realidade social são, de fato, discrepantes. Por um lado, esperam-se efeitos negativos de ações coletivas – *moral hazard*, *free riding*, perda de estímulos individuais. Por outro lado, não se exclui o desenvolvimento de novas formas coletivas do tratamento dos riscos ecológicos, a compensarem tais efeitos colaterais e até criarem estímulos para inovações ecológicas.
4. O vigor e a orientação dos processos auto-organizatórios decidirão se o direito de responsabilidade ambiental está em condições de controlar, pelo menos de alguma forma, tais desenvolvimentos por ele mesmo iniciados com meios institucionais. Os efeitos negativos de ações coletivas poderiam ser compensados ao menos em parte por meio da reindividualização dos efeitos coletivos no âmbito do *pool*. Mais importante, porém, deveria ser o fortalecimento jurídico de tendências positivas ao trato coletivo dos riscos ecológicos. O direito pode formalizar a criação de agentes coletivos ecológicos de forma a distribuir os riscos ambientais de maneira nova, a controlar o comportamento ambiental dos seus membros ou até mesmo a desenvolver uma nova tecnologia ambiental. Para isso, provavelmente, será necessário eliminar a fronteira entre responsabilidade “privada” e “regulação pública”, utilizando formas híbridas de regulação.

II. O ELEMENTO COLETIVO NA NOVA RESPONSABILIDADE AMBIENTAL

Os juristas costumam subestimar, sistematicamente, as mudanças dramáticas que ocorrem quando as cadeias causais jurídicas se quebram sob a pressão de danos ecológicos. Eles preferem encarar isso como um mero problema de técnica jurídica do direito probatório. Dever-se-ia apenas enfraquecer um

pouco as rígidas exigências da prova de causalidade.⁸ Ou se substitui a prova jurídica plena por uma prova estatística de probabilidade ou nos contentamos com artifícios jurídicos, com a prova *prima facie*, com a inversão do ônus de prova, com suposições contestáveis ou até incontestáveis. Na melhor das hipóteses, eles admitem que o conceito jurídico da causalidade, que há muito tempo já se livrou de sua dependência de uma perspectiva puramente relativa às ciências naturais, sofreu uma nova transformação, uma transformação na direção da causalidade estatística e de uma mera causalidade de risco.⁹ De qualquer forma, porém, as transformações permaneceriam limitadas ao conceito de causalidade e deixariam intocado o princípio da responsabilidade individual.¹⁰

Parece que os juristas não toleram a visão da cúpula. Eles não querem ver que assim que o direito ameniza a exigência de causalidade entre ação e dano, ele cria necessariamente formas coletivas de responsabilidade. Uma pequena redução das exigências à prova da causalidade já leva à responsabilização dos agentes individuais por atos que não cometeram. Sua responsabilidade pessoal não está mais ligada a seus próprios atos, que realmente causaram o dano, mas sim parcialmente coberta apenas por uma cúpula, que os reúne, junto a outros agentes, sob o mesmo teto. Eles são, então, parte de uma comunidade de risco, de uma, *sit venia verbo*, máfia ecológica por cujos atos eles não conseguem escapar a uma co-responsabilização.

Esse já é o caso quando a prova de causalidade plena é enfraquecida a ponto de transformar-se em mera prova de probabilidade. Exatamente na medida em que a prova plena se distingue da prova de probabilidade, eles são onerados com um risco adicional de responsabilidade. Na medida dessa diferença eles devem responsabilizar-se por ações de outros, sobre as quais não têm qualquer controle. Esse risco adicional da responsabilidade coletiva aumenta na medida em que nos aproximamos do âmbito da inversão do ônus da prova ou da presunção. Se o réu não conseguir, fática ou juridicamente, comprovar que suas ações não causaram o dano, ele deverá ser responsabilizado por ações de terceiros.

Nestes casos, vemo-nos diante de uma responsabilidade coletiva assimétrica, um tipo de responsabilidade vicária horizontal por ações alheias. A responsabilidade é assimétrica porque somente um membro da coletividade de responsabilidade, o réu, é conhecido, enquanto outros membros continuam

⁸ NICKLISCH, 1991, p. 346ss.

⁹ ROBINSON, 1985, e CELLI, 1990.

¹⁰ PRIEST, 1990.

invisíveis na neblina das relações causais não esclarecidas. Tal responsabilidade é horizontal em distinção à responsabilidade vertical em organizações hierárquicas, nas quais o topo da organização é responsabilizado pelas ações de simples membros.

A responsabilidade vicária será simétrica nos casos de multicausalidade, nos quais um grupo inteiro de potenciais causadores de danos é responsabilizado sem que se consiga comprovar a exata causalidade. O mesmo ocorre nas novas invenções do direito de responsabilidade, da *market share liability*, da responsabilidade *superfund* e, de forma geral, nos casos de uma mera responsabilidade de risco. O mero fato de ser membro de um grupo de titulares de risco já acarreta a responsabilização por ações individuais alheias. Naturalmente, isso também poderá ser denominado “responsabilidade por risco”, ou seja, responsabilidade por cada contribuição individual ao risco, de forma a realçar o elemento individual. No direito penal, em alguns casos também faz sentido, do ponto de vista de uma responsabilidade individual, a aplicação de sanções baseada na criação do perigo e não na ocorrência de um resultado. Porém, no direito civil, trata-se primariamente da compensação de um dano efetivamente ocorrido. Neste ponto, não se questiona quem deve ser onerado com sanções por causa de um risco – tratando-se muitas vezes, além de tudo, de um risco permitido –, mas quem deve arcar com as conseqüências do dano. Mesmo se o risco for individualmente imputável, o elemento relevante, o dano ocorrido, só pode ser imputado coletivamente. Quem é membro paga. Não é a ação por si, mas a qualidade de membro que leva à responsabilização pelo dano.

O que Priest & Co. disfarçam com o eufemismo de um “*vastly expanded commitment to standards of individual responsibility*” é, na realidade, apenas a tentativa desesperada de individualistas militantes lidarem *post factum* com os efeitos perversos de sua própria manipulação do conceito de causalidade. Seu pecado contra o espírito do individualismo metodológico subsiste na admissão da prova causal estatística como base da responsabilidade.¹¹ A maldição dessa ação nefasta é que ela criou uma coletividade de responsabilidade em princípio ilimitada. Por isso não se deve continuar tentando, em vão, desprezar esse efeito, mas sim enfrentar a conseqüência radical de que, sob o domínio da responsabilidade por contribuição ao risco, qualquer ação na sociedade – e qualquer omissão! – contribui ao risco.¹² Somente assim torna-se visível, com toda a clareza, que se devem criar artificialmente, no grande *pool* de risco da sociedade, novas

¹¹ BUSH, 1986, p. 1.493.

¹² Assim, o próprio PRIEST (1990, p. 215) posteriormente abandona seu posicionamento.

fronteiras que, com uma certa dose de arbitrariedade, criam *pools* de risco menores. Torna-se claro, ainda, que, com arbitrariedade semelhante, deve-se reindividualizar a responsabilidade no *pool*. É exatamente isso que fazem os arquitetos da cúpula: primeiramente, coletivizam a responsabilidade e, depois, tentam desfazer as conseqüências de suas próprias ações, distribuindo a responsabilidade coletiva aos membros individuais. Inicialmente definem regras de responsabilidade para a coletividade e, depois, definem regras internas de organização para a realocação interna da responsabilidade, na medida em que determinam as parcelas individuais da responsabilidade coletiva.

Como se deve, então, compreender uma mudança tão dramática no direito da responsabilidade ambiental? Obviamente, as mudanças não se deixam reduzir a alterações do conceito de causalidade. Elas levam, ao contrário, à questão mais fundamental, “se a imputação de decisões individuais (sejam elas racionais, intuitivas, baseadas no costume etc.) ainda pode ser sustentada de alguma forma. Ou se não se deve, independentemente disso, experimentar uma abordagem estritamente sociológica, que abranja o fenômeno do risco apenas no sentido de comunicações”.¹³

Tal abordagem identificaria como unidades geradoras de risco sistemas de ações, e não pessoas individuais. Ela se concentraria em processos auto-organizatórios de comunicação de risco e não em motivos e preferências, percepções de riscos, decisões e responsabilidades individuais. Tal abordagem sociológica levaria em consideração que, na sociedade contemporânea, a imputação de risco e responsabilidade a comunicações ocorre também quando não é possível identificar nenhuma decisão individual, e muito menos um nexo causal entre ela e o dano ecológico.

A impenetrabilidade de conexões causais ecológicas é a razão da profunda crise na qual entraram as teorias básicas do direito de responsabilidade. Enquanto causas e sintomas dessa crise já foram suficientemente analisados, hoje é bastante incerta a direção na qual se desenvolverá a responsabilidade ambiental.

Como causas da crise podem ser identificados, basicamente, três complexos que trazem dificuldades para a imputação individual.¹⁴ Primeiramente, o assim chamado efeito borboleta, segundo o qual pequenas alterações tecnológicas acumulam-se lentamente, mas podem causar, repentinamente, alterações catastróficas. Em segundo lugar, problemas da interferência de inovações tec-

¹³ LUHMANN, 1991, p. 13.

¹⁴ BECHMANN, 1990, p. 128ss, e 1991, p. 222ss; e WAGNER, 1990, p. 27ss.

nológicas. Em terceiro lugar, coincidências altamente improváveis, caso duas ou mais correntes causais venham a se unir de forma imprevisível.

Os sintomas da crise do direito de responsabilidade advêm de tensões entre a moderna estrutura de risco na ecologia e os conceitos básicos do direito de responsabilidade:¹⁵

1. como devem ser determinados um “causador de danos” individual, uma “ação” individual ou um “dano” passível de limitação nos casos de danos a longo prazo, nos quais várias correntes causais se unem?;
2. como se deve isolar uma conexão causal entre ação e dano quando houver causalidades múltiplas ou circulares?;
3. como podem ser razoavelmente delimitadas ações potencialmente perigosas, admitindo-se que toda ação social contém risco?;
4. como se podem identificar vítimas de danos se estas são apenas uma massa amorfa (danos ambientais, gerações futuras)?

Se há consenso, hoje em dia, sobre o fato de serem essas as causas e esses os sintomas da crise, em que direção eles forçam o direito de responsabilidade ambiental a seguir? Já se atingiram os limites absolutos da capacidade de transformação, que foi definida pelos componentes agente-causalidade-dano? Ou será que o direito ambiental está em condições de incorporar elementos sistêmicos e coletivos na responsabilidade individual?

Assim, parece ser necessário definir mais concretamente o elemento coletivo que penetra no direito da responsabilidade ambiental. Evidentemente, não se trata de uma coletivização do direito de responsabilidade no sentido por nós conhecido, de que ela é adaptada de uma imputação a características personalíssimas de uma “pessoa” para uma imputação a um “papel” padronizado. Pelo contrário, a imputação a posições individuais como tais enfrenta dúvidas crescentes. Porém, é simples demais falar meramente, como Bush e Abraham, sobre uma tendência geral à responsabilidade coletiva.¹⁶

Tampouco são adequados os casos-padrão de responsabilidade coletiva – responsabilidade por ações alheias (§§ 31, 278, 831 BGB) –, nos quais os administradores nos níveis mais altos de uma organização, ou a própria organização em si, podem ser responsabilizados por ações de seus membros. Nesses casos, a *policy* do direito de responsabilidade visa não apenas à obtenção de melhores

¹⁵ RABIN, 1987, p. 27ss; BRÜGGEMEIER, 1991, p. 297ss, e 1994; LUHMANN, 1991, p. 99ss; e SCHMIDT, 1991, p. 378ss.

¹⁶ KÖNDGEN, 1991, p. 105.

oportunidades de compensação, mas, especialmente, à mudança da percepção de risco de organizações como um todo, em vez de mudar a percepção dos agentes individuais.¹⁷ Porém, nos casos de responsabilidade coletiva não há uma organização, ou uma hierarquia, já existente, ou mesmo um agente coletivo já definido, que possa servir como ponto extremo de uma imputação.

Também não são comparáveis situações do *piercing the corporate veil*, ou seja, da desconsideração da pessoa jurídica no direito de grupo de empresas ou no direito contratual, cujas fronteiras tradicionais da limitação da responsabilidade de corporações ou do princípio da relatividade do contrato foram ultrapassadas.¹⁸ De fato, também nesses casos o direito se refere a agentes coletivos já existentes ou a arranjos contratuais relativamente estáveis, responsabilizando a organização como um todo pelas ações de seus membros. Embora o direito defina as unidades coletivas pelas suas *policies* de responsabilidade, muitas vezes contra as pretensões dos seus fundadores, tais extensões da responsabilidade individual não podem ultrapassar as fronteiras de um arranjo coletivo preexistente.

A situação é diferente se o novo direito da responsabilidade por risco simplesmente responsabilizar financeiramente mercados de produtos ou responsabilizar as denominadas *bubbles* de poluidores do ar, ou ainda regiões cujo ambiente está contaminado. Aqui se abandona definitivamente a perspectiva de agentes, uma vez que nem se buscam mais agentes coletivos, concentrando-se na comunicação do risco como tal. Comunicações arriscadas surgem no interior de configurações sociais que não podem ser identificadas como organizações formais. E o direito atribui a responsabilidade diretamente à comunicação do risco – um mercado de produto, uma região contaminada, uma “bolha de ar”. Assim, responsabiliza os próprios sistemas de ações, sem observar suas características como unidades volitivas organizadas. A diferença decisiva da nova responsabilidade por risco em relação às formas conhecidas de responsabilidade organizacional consiste, portanto, no fato de que o direito de responsabilidade não se refere mais a arranjos corporativos existentes, mas define ele mesmo modernas redes de risco. Ele não busca apenas influenciar a percepção do risco de agentes coletivos existentes, que já estão no mundo social como resultado de decisões organizacionais, mas procura, em vez disso, influenciar a comunicação descoordenada de risco em um campo social difuso, atribuindo a esse campo um nível crítico de risco. Tão logo agentes individuais ou coletivos

¹⁷ BRÜGGEMEIER, 1994, e HOFSTETTER, 1994.

¹⁸ Cf. *ibid.* e ADAMS & BROWNSWORD, 1990.

adentram um espaço comunicativo desse tipo, tornam-se membros forçados de um tal *pool* de risco – portanto, não em virtude de uma decisão de autonomia privada, mas em virtude de uma ordem autoritária de direito público. Estão eles, então, na responsabilidade coletiva sem consideração à sua vontade e à conexão causal das ações de sua responsabilidade individual e do dano ambiental ocorrido.

Em alguns casos, o direito de responsabilidade ambiental vai além disso. O direito ambiental moderno parece inspirado nas cooperativas obrigatórias da seguridade social de von Bismarck, que – como acontece na discussão contemporânea alemã a respeito das cooperativas ambientais¹⁹ e como acontece de fato na responsabilidade do *superfund* americana²⁰ – constituem novas organizações de risco. Aqui não se instituem apenas simples *pools* de responsabilidade, mas sim organizações obrigatórias com capacidade de responsabilidade coletiva. A responsabilidade de *pools* existe não apenas para a compensação financeira de danos ecológicos, mas para o tratamento coletivo de riscos ambientais em si. Criam-se novas unidades coletivas de administração de risco, nas quais a responsabilidade coletiva une-se à regulação ativa de inovação coletiva.²¹

Em face de mudanças tão extensas, é possível compreender melhor por que alguns juristas da área de responsabilidade alertam enfaticamente sobre qualquer manipulação donexo causal.²² O que começou de forma tão ingênua como a exigência de equidade – não deixar as vítimas, no caso de nexos causais complexos, sem compensação do dano – apresenta-se agora como uma transformação fundamental da responsabilidade individual para a *poolização* coletiva do risco. As manipulações donexo causal lhes parecem um *overshooting*: “O dilema de qualquer desenvolvimento no âmbito da causalidade consiste certamente no fato de que um exagero na pressão de causalidade leva a um excesso que está ligado a falsos incentivos de prevenção e falseia a alocação de recursos, pois aquele que arca com os custos não causou o dano e não o pôde evitar”.²³

Com esse argumento, que parece plausível num primeiro momento, tais juristas ignoram dois pontos essenciais. Em primeiro lugar, não seria só iníquo, mas também ineficiente, caso as vítimas ficassem sem compensação nos casos de nexos causais inescrutáveis. Nesse caso, não existiriam apenas fracos

¹⁹ KINKEL, 1989, p. 297; REHBINDER, 1989, p. 161; e WAGNER, 1990, p. 52ss.

²⁰ STEWART, 1991.

²¹ ROSE-ACKERMAN, 1990, p. 746.

²² EPSTEIN, 1985, p. 1377; MEDICUS, 1986, p. 781-785; e ABRAHAM, 1987, p. 898.

²³ REHBINDER, 1989, p. 157; cf. também ASSMANN, 1988, p. 111.

estímulos à prevenção, mas sim nenhum incentivo, e a alocação de recursos seria ainda mais falseada.²⁴ De fato, em tais casos não se pode optar entre responsabilidade coletiva ou individual, mas entre responsabilidade coletiva ou nenhuma responsabilidade, uma vez que sem o nexo causal não há responsabilidade individual.

Em segundo lugar, eles acertam exatamente o ponto crítico ao argumentar que os agentes individuais são responsabilizados por danos que não causaram. No entanto, não vêem a cúpula como agente coletivo responsável, subestimando sistematicamente o potencial de imputação coletiva de ações e de responsabilidade. Isso está diretamente ligado ao fato de que, mediante as premissas do individualismo metodológico, eles não mais distinguem sequer agentes coletivos claramente delimitados, mas apenas os dissolvem em um mero nexos de contratos individuais. Por essa razão, insistem na imputação individual também em situações nas quais eles sabem não apenas ser inadequada, mas *a priori* impossível, a criação de nexos causais. Assim que se admite que em tais situações o risco, o ato, a causalidade e a responsabilidade podem ser atribuídos a *pools* de risco que o próprio direito criou por *Fiat*, percebe-se também que o direito, de fato, onera as unidades de ação que efetivamente causaram o dano e que também podem contribuir para evitá-lo. Naturalmente, é necessário também repensar os incentivos e as alocações de recursos, pois agora não se trata de indivíduos nem de coletividades já existentes, mas sim de coletividades de risco recém-criadas.

III. OS CONTORNOS DA CÚPULA

Se os arquitetos do novo direito de responsabilidade substituírem as conexões causais da responsabilidade individual pela cúpula da responsabilidade coletiva, eles enfrentarão uma série de novos problemas de construção jurídica. Até onde se pode estender a cúpula sem que a construção como um todo desabe? Quais são os círculos de pessoas compreendidas como membros sob o teto da cúpula? Quais são as obrigações dos membros da cúpula? Como deve a responsabilidade coletiva da cúpula ser distribuída entre os membros?

A questão prioritária, sobretudo para a doutrina jurídica, é como deve ser identificado o *pool* de risco. Se os nexos causais se romperem, tornar-se-á extraordinariamente difícil encontrar limites razoáveis da responsabilidade para atividades que geram riscos. Como já dito, qualquer comunicação social

²⁴ Nesse sentido também REHBINDER, 1989, p. 157.

contribui potencialmente ao risco ecológico. “Almost every human action will increase the probability of loss in all contexts. It follows, thus, that under modern conception of risk, no action is ever truly innocent.”²⁵ E a pergunta crucial é até onde se quer levar a imposição dos padrões de responsabilidade, que se baseiam apenas em probabilidades de ocorrência de danos.²⁶

Procura-se: agente coletivo – Seria possível descrever dessa forma as atividades dos tribunais que, após a constatação da perda dos agentes individuais, procuraram uma nova solução para a causalidade múltipla. Em contraposição às tentativas de tornar o problema uma questão de prova meramente técnica, os esforços dogmáticos anteriores, mais exigentes, visavam achar critérios praticáveis para uma coletividade com capacidade de desenvolvimento, para uma organização orientada a um fim ou ao menos para uma forma flexível de cooperação planejada, com cuja ajuda poderíamos justificar a responsabilidade coletiva.

Nos EUA, a *concerted action* foi o conceito delitual adequado, segundo o qual a responsabilidade solidária era imposta. “All those who in pursuance of a common plan or design to commit a tortious act, actively take part in it, or further it by cooperation and request, or who lend aid or encouragement to the wrongdoer, or ratify and adopt the wrongdoer’s acts done for their benefit.”²⁷

Essa doutrina identifica uma coletividade por meio de determinadas características dos agentes individuais envolvidos (intenção de cooperação) e determinadas características de suas ações (entrelaçamento). Ela aproxima-se o máximo possível do modelo original de ação: “The act of one is the act of all, and liability for all that is done is visited on each”.²⁸ Riscos ecológicos, entretanto, não se curvam à lógica da cooperação e não obedecem à doutrina da *concerted action*. Acordos expressos para causar danos ao ambiente não são exatamente freqüentes, e consenso encoberto é de difícil prova. A construção toda parece não ser compatível com a constelação típica da causalidade múltipla.

Os tribunais tentaram, então, utilizar a denominada *enterprise liability*, reduzindo ainda mais as exigências à cooperação consciente, planejada e finalística.²⁹ No caso *Hall versus DuPont*, o tribunal deu-se por satisfeito com a identificação de uma mera *joint enterprise* entre agentes que, de resto, agiam de forma independente, desde que houvesse existido um controle comum de riscos na forma de padrões de segurança comuns e da delegação de funções a uma asso-

ciação industrial.³⁰ Uma *joint venture* formal não precisa ser comprovada, bastam apenas provas de que existam pesquisas conjuntas, testes conjuntos de produtos e atividades conjuntas de *lobby*.³¹ Como exigência mínima para essa forma de responsabilidade tem-se um padrão de segurança insuficiente, aplicável a toda a indústria, para a produção de bens.³² No entanto, mesmo essa forma de responsabilidade é pouco adequada para a estrutura típica de risco, e mostrar-se-ia contraprodutiva. Ela não pode alcançar formas de mero comportamento paralelo dos fabricantes.³³ Ela privilegia até o comportamento paralelo nocivo ao ambiente em detrimento das tentativas de limitar o risco de dano por esforços coletivos. Estes são onerados pela *enterprise liability*, enquanto o mero comportamento paralelo individual, sem qualquer tentativa de controle de risco coletivo, não leva à responsabilização. A *enterprise liability* tem, então, o efeito colateral indesejado de criar incentivos negativos para cooperações que abranjam a indústria como um todo no controle de risco.

Assim, parece simplesmente lógico renunciar à procura inútil por um agente coletivo e escolher o próprio mercado como unidade de responsabilidade, e isso embora o mercado não tenha exatamente estruturas cooperativas, mas apenas estruturas competitivas. Foi exatamente isso o que ocorreu com a ajuda da famosa *market share liability*.³⁴ Com isso, todas as tentativas de encontrar ao menos vestígios de uma organização de cúpula, seja uma empresa ou um grupo de empresas, seja uma rede de cooperação, são por fim definitivamente abandonadas e substituídas pela busca do “mercado relevante”.

Assim que um agente entra em um mercado ele é responsabilizado pelos riscos ambientais que nele surgem. Essa idéia ousada encontra-se em clara contradição com os princípios bem fundamentados da responsabilidade coletiva.³⁵ Responsabilidade coletiva requer cooperação, atividades comuns, controle comum.³⁶ O mercado de concorrência, porém, é exatamente o contrário de uma empresa comum, como base plausível de uma responsabilidade coletiva. Como posso ser responsabilizado pelos atos dos meus concorrentes se não coopero com eles e, ao contrário, faço tudo para combatê-los, e se eu, além disso, não possuo nenhuma possibilidade de controle sobre seus atos? Isso con-

²⁵ PRIEST, 1990, p. 215.

²⁶ ROBINSON, 1985, p. 796.

²⁷ PROSSER & KEETON, 1984, p. 323.

²⁸ *Ibid.*, p. 346.

²⁹ SHEINER, 1978, p. 995-1.006; PODGERS, 1980, p. 827.

³⁰ *Hall v. DuPont*, 345 F. Supp. 353 (EDNY, 1972), at 375-6.

³¹ *Connor v. Grand Western Savings & Loan Association* (1968) 69 Cal. 2d 850.

³² SHEINER, 1978, p. 995.

³³ BUSH, 1986, p. 1.483; SPITZ, 1990, p. 626.

³⁴ A esse respeito, cf. ABRAHAM, 1987, p. 861ss.

³⁵ BUSH, 1986, p. 1.477.

³⁶ FRENCH, 1982 e 1984.

traria diametralmente até o entendimento do leigo, pelo qual “*companies are liable only for the harm their own product does, not for their rivals' damage*”.³⁷ E tampouco a limitação proporcional da *market share liability* à minha participação altera a situação dos fatos. Pois, mesmo com a responsabilidade proporcional, sou responsabilizado por atos nocivos de terceiros. A limitação da responsabilidade apenas antecipa a distribuição individual de danos que será feita de qualquer forma mais tarde, sem eliminar a “injustiça” fundamental de uma responsabilidade de mercado.

O desenvolvimento jurídico alemão conhece, de fato, tendências semelhantes com resultados que representam um dilema semelhante.³⁸ O Código Civil alemão conhece a responsabilidade solidária de co-autores, caso cada um dos participantes individuais possa ter causado todo o dano e o ato que causou o dano tenha sido cometido conjuntamente (§ 830 I 2 do Código Civil). No início, a jurisprudência exigia uma autêntica cooperação entre os participantes, ou ao menos uma consciência comum no sentido de que cada participante devesse estar consciente dos atos perigosos dos demais. Porém, tais exigências foram sendo cada vez mais diminuídas, de forma que, atualmente, basta uma certa “unidade espacial ou temporal”. O supremo tribunal alemão chega até mesmo a ponto de inverter o ônus da prova caso a conexão entre duas correntes de causalidade impossibilite a constatação de causalidade individual³⁹ – um resultado que foi criticado por acadêmicos como jurisprudência de equidade sem princípios.⁴⁰ Durante os trabalhos de elaboração da nova lei de responsabilidade ambiental,⁴¹ discutiu-se seriamente a possibilidade de abandonar, em determinadas áreas-chave ecológicas, a exigência da “causalidade alternativa”, de forma que o poluidor já pudesse ser responsabilizado de forma solidária por qualquer contribuição ao risco ecológico. A versão final da lei de responsabilidade ambiental, porém, é muito mais restrita: O § 6 da Lei de Responsabilidade Ambiental fundamenta uma presunção de causalidade de um responsável por instalações em determinadas circunstâncias, e o § 7 da Lei de Responsabilidade Ambiental amplia essa presunção para o caso de vários responsáveis.

³⁷ *The Economist*, 29/fev./1992, p. 16.

³⁸ MEDICUS, 1986; ASSMANN, 1988; BRÜGGEMEIER, 1991; e KÖNDGEN, 1991.

³⁹ Acórdão da Câmara Civil do Tribunal Federal Alemão no caso *Steinbruch* (“pedreira”) *BGHZ* 66: p. 70, 1976.

⁴⁰ KÖNDGEN, 1991, p. 101s.

⁴¹ *Gesetz über die Umwelthaftung*, *BGBI.* I, 10/dez./1990, p. 2.634 (Lei de Responsabilidade Ambiental, publicada no *Bundesgesetzblatt* – Diário Oficial da União Alemã).

Os desenvolvimentos doutrinários alemães levam a resultados um pouco diferentes do que seus correspondentes americanos. Entretanto, uma coisa eles têm em comum: afirmo que o direito de responsabilidade alemão também criou ação e responsabilidade coletivas em casos de comportamento não-cooperativo. Os tribunais não buscam mais uma cooperação consciente anterior como requisito de uma responsabilidade coletiva. Eles romperam a conexão entre responsabilidade coletiva legal e os pressupostos de fato de um comportamento conjunto, a existência de um grupo fixo ou até mesmo de um agente corporativo desenvolvido na realidade social. Eles não buscam mais coletividades no mundo social, mas criam a coletividade simplesmente por meio de suas decisões.

Essa inovação resolve um problema ao mesmo tempo em que cria um outro. Se a coletividade não é predefinida na realidade social, a que o direito poderia se referir na imputação de responsabilidade coletiva, a que princípio obedece então a criação artificial autoritativa de um *pool* de risco pelo direito? A experiência americana falaria em favor do mercado como unidade geradora de risco. Entretanto, qual é o “mercado relevante”: o mercado local, regional, nacional, global? A responsabilidade por *market shares* é adequada caso o dano surja geograficamente longe de um poluidor industrial nesse mercado? E por que responsabilidade por mercado e não por segmentos industriais? No famigerado caso DES, a escolha do mercado nacional norte-americano foi uma solução convincente para delimitar produtos medicinais perigosos, mas é o mercado realmente um critério suscetível de generalização para casos de responsabilidade ecológica?

A solução alemã trabalha com os critérios de uma “unidade espacial ou temporal de atividades arriscadas” abstrata, ou de uma “cooperação inexplicável de nexos causais” igualmente abstrata. Ambos os critérios sofrem de uma fraqueza comum nas abstrações alemãs: teoricamente talvez façam sentido, mas na prática são indefinidos e gerais demais para que possam ser passíveis de utilização.

Sugiro que não se procure mais tentar determinar o *pool* de risco por critérios sociais (estruturas cooperativas ou corporativas). Ao contrário, ele deveria ser definido como área problemática ecológica, cujos limites deveriam ser definidos pela aptidão para a gestão coletiva do risco. Afinal, nem nexos causais ecológicos nem estruturas predefinidas cooperativas são decisivos – por mais importante que sejam –, mas o critério central deveria ser a capacidade do *pool* para a gestão do risco. Admito que essa seja uma imputação “oportunist”,⁴² nesse caso não de forma causal, mas coletiva. Para os fins da responsa-

⁴² LUHMANN, 1991, p. 129, e não WILLIAMSON, 1985.

bilidade coletiva, o direito identifica “áreas de risco” ecológicas concretas (um lago, um rio, uma região, um espaço aéreo, uma cadeia produtiva, um ciclo ecológico), com a intenção de criar uma configuração social que possa dominar esses riscos ou, pelo menos, que possa ser utilizada para o gerenciamento do dano.

Por gestão do risco entendo aqui, em primeiro lugar, o gerenciamento dos danos já ocorridos. O direito configura a coletividade de tal forma que, em casos de múltipla causalidade, os danos possam ser compensados, na medida em que se cria um *pool* financeiro suficiente, que cubra as perdas e distribua o risco (*deep pocket, risk spreading*). Em segundo lugar – e talvez isto seja mais importante –, gestão de risco significa regulação coletiva de comportamento futuro.⁴³ O direito traça os contornos do *pool* de risco de forma que seja criada uma base realista para uma prevenção ativa e conjunta de riscos em áreas nas quais estão concentrados os problemas ecológicos. Por ambos os aspectos, o direito isola a área social da responsabilidade coletiva mediante a aproximação de critérios ecológicos geográficos e sociais, de forma que se possa desenvolver uma tecnologia comum funcional para lidar com riscos ecológicos. Em caso de conflitos, as conexões ecológicas poderiam até ser ignoradas caso fosse possível encontrar limites razoáveis para uma tal configuração social.

Reconhecidamente, essa fórmula não oferece uma delimitação conceitual da coletividade de forma tão precisa quanto a que pôde oferecer na tradicional busca por configurações hierárquicas ou cooperativas predefinidas na realidade social. Cuida-se antes de um *policy-mix*, que decide sobre uma razoável síntese dos riscos. A situação assemelha-se ao *strategic policy-mix*, utilizado por seguradoras ao dividir os segurados em diversas categorias de riscos.⁴⁴ A fórmula é claramente mais abrangente do que a concentração em um mercado e as respectivas contribuições ao risco, e, por outro lado, mais estrita do que a abstração alemã de uma unidade espacial-temporal que dispensa critérios para sua determinação. Tal fórmula permite identificar todo o espectro de possíveis *pools* de riscos ecológicos que levam a uma responsabilidade coletiva. Com ela podem-se englobar não apenas determinados mercados de produtos, mas também cadeias ecológicas, áreas, lagos e rios contaminados, *pollution bubbles* e outras áreas problemáticas em termos ecológicos. A meu ver, o critério decisivo deveria ser, entretanto, a possibilidade de uma gestão de risco ecológica.

⁴³ BUSH, 1986, p. 1.553ss.

⁴⁴ *Risk classification*, ABRAHAM, 1988, p. 949; e EUBANK, 1991, p. 194.

À luz dessa fórmula, a *market share liability* seria apenas uma dentre várias possibilidades de escolher uma área de problemas ecológicos de acordo com sua aptidão para uma gestão de risco. No caso de produtos perigosos que sejam distribuídos em um determinado mercado, realmente é lógico determinar a área de risco ecológico com base nesse mercado: “*The industry rather than the individual manufacturer should be the focal point for liability because it can best allocate risks, distribute costs, and take preventive measures*”.⁴⁵

O problema seguinte, no sentido de como deveria ser determinado o *appropriate market*⁴⁶ – em relação à sua extensão geográfica e à identidade do produto –, não deveria ser solucionado com base apenas em suas características econômicas (substituíbilidade do produto, estratégias de *marketing*, intensidade das transações), mas abertamente com a ajuda dos critérios de uma gestão de riscos ecológica. De fato, muitas vezes não é claro se o *appropriate market* é o mercado local, nacional ou global. A decisão não deveria, então, ser tomada sem que se refletisse sobre as seguintes considerações: A determinação do mercado é ampla o suficiente para poder compensar financeiramente os danos? A determinação do mercado leva a uma distribuição aceitável do risco? Ela é, por outro lado, estreita o suficiente para oferecer aos agentes envolvidos a possibilidade para a cooperação e o desenvolvimento de um controle de risco descentralizado? Há uma possibilidade realista de uma gestão coletiva de riscos?

Essas considerações tiveram um papel perceptível no caso *Hall versus Dupont*. O tribunal ressaltou que sua regra apenas seria aplicável a “*industries composed of a small number of units. What would be fair and feasible with regard to an industry of five to ten producers might be manifestly unreasonable if applied to a decentralized industry composed of thousands of small producers*”.⁴⁷

A responsabilidade por participações de mercado provoca uma integração horizontal parcial das empresas envolvidas. O direito de responsabilidade cria, por assim dizer, *joint ventures* para a gestão coletiva de riscos em um determinado mercado. Isso faz sentido se – como no caso *DES* – existe um mercado homogêneo para os produtos perigosos. Em outras circunstâncias existem, porém, outros tipos de riscos ecológicos. Em uma cadeia ecológica, os riscos típicos só podem ser percebidos se forem observadas as diferentes fases de produção e venda: aquisição de matérias-primas, produção, distribuição, consumo e remoção e destruição de resíduos. Nesses casos, mostra-se uma inte-

⁴⁵ SHEINER, 1978, p. 1.002ss.

⁴⁶ SPITZ, 1990, p. 619ss.

⁴⁷ *Hall v. DuPont*, 345 F. Supp. 353 (EDNY, 1972), at 378.

gração parcial vertical em vez de uma integração horizontal. O direito de responsabilidade deveria criar uma corrente de responsabilidade vertical, que poderia estimular a criação de novas formas de gestão vertical de risco acompanhando as várias etapas dos processos produtivos. No Japão e na Alemanha já foram feitas experiências com acordos ecológicos entre as empresas da mesma cadeia de produção.⁴⁸ O direito de responsabilidade não deveria hesitar em facilitar tais acordos com suas sanções financeiras drásticas.

O *superfund* americano baseia-se, entretanto, em outro princípio.⁴⁹ Aqui não se responsabilizam configurações socioeconômicas – nem organizações formais como no caso da *enterprise liability*, nem mercados como na responsabilidade por participações de mercado, nem correntes verticais de produção. Em vez disso, o direito define unidades sociais com base em critérios geográficos. Paisagens contaminadas são as novas áreas problemáticas ecológicas, com as quais determinados agentes se encontram em íntima relação. O direito cria uma coletividade forçada desses agentes bastante heterogêneos – proprietários de terra, fabricantes de substâncias perigosas, transportadoras e gerentes de terras contaminadas –, que são responsabilizados solidariamente por danos e custos de recuperação. A “unidade” da gestão de riscos é um determinado arranjo social, centrado ao redor de uma área geográfica de risco. O direito do *superfund* confere uma ampla margem de decisão ao órgão público ambiental, para que ele mesmo defina o *pool* de risco estendido do local contaminado, mas também para que escolha, nesse *pool*, um núcleo central de agentes que disponham dos recursos e da *expertise* necessários para uma gestão eficiente de riscos.⁵⁰

As *bubbles* são unidades coletivas de risco comparáveis, definidas por limites geográficos. Grupos de poluidores do ar industriais, para os quais são estabelecidos valores-limite dos encargos, são unidos em uma “cúpula” (in)visível. Nessas *bubbles* podem ser, então, negociados os direitos individuais de poluir.⁵¹ Se os valores-limite são ultrapassados, surgem problemas de responsabilidade coletiva.⁵² A responsabilidade por participação na poluição – *pollution share liability* – poderia ser uma resposta. Mais interessante ainda são os casos nos quais a negociação com os direitos de poluição provoca efeitos perversos, por exemplo quando são criados *hot spots*, concentrações de poluição local nos

limites globais da *bubble*. Os novos problemas de responsabilidade coletiva que então surgirem poderão ser transferidos ao Estado, na qualidade de iniciador da *bubble*;⁵³ com o mesmo direito pode-se, também, transferir a coletividade dos poluidores para a própria *bubble*.⁵⁴

Na Alemanha há um vivo debate, se e como se poderiam criar cooperativas ambientais regionais descentralizadas, que uniriam a responsabilidade coletiva à gestão coletiva do risco.⁵⁵ Ela poderia basear-se no instituto já bastante conhecido dos sindicatos públicos para a utilização da água, que regulam de forma coletiva os danos por uso de água e mineração. Seria preciso apenas determinar de forma nova sua finalidade estatutária, conforme as novas necessidades ecológicas.

A união de todos os que introduzem poluentes no curso de um rio ou de todos os poluidores do ar em cada cooperativa oferece possibilidades singulares de prevenção ambiental, levando em consideração peculiaridades regionais. Como a ocorrência de danos ambientais é, via de regra, uma questão de medida, ou seja, da concentração do poluente e do período de exposição, e como a maior parte das emissões cai perto do emitente, seriam recomendáveis competências regionais para a prevenção de danos ambientais.⁵⁶

A citação deixa claro que *pools* de riscos regionais descentralizados são preferidos exatamente em virtude de sua aptidão para a gestão coletiva de riscos.

Se os contornos da “cúpula” ecológica são formados conforme as áreas ecológicas problemáticas, devem ser esclarecidas quais atividades devem ser cobertas por ela. Quem é membro do *pool* de risco? Novamente me parece ser decisiva a aptidão para a gestão coletiva do risco. Não é por acaso que a jurisprudência alemã, ao decidir sobre a responsabilidade do Estado pela “morte das florestas”, não considerou, em sua justificativa, uma responsabilidade coletiva dos motoristas, embora conduzir veículos seja o mais importante complexo de causa nessa área de problemas ecológicos.⁵⁷ A razão da exclusão da “causa” mais importante é uma mera consideração de conveniência. Pequenas contribuições de milhões de motoristas, que contribuem conjuntamente para um risco sério, criam uma situação de risco especial, que torna extremamente inconveniente a adoção de uma responsabilidade coletiva. Essa situação não é típica para a nova responsabilidade coletiva, que poderia levar um grupo não muito

⁴⁸ WEIDNER et al., 1990.

⁴⁹ STEWART, 1991.

⁵⁰ Ibid., p. 112.

⁵¹ DALES, 1968, e RAUFER & FELDMAN, 1987.

⁵² KEELER, 1991.

⁵³ ROBERTS, 1982, p. 1.026ss; e PEETERS, 1991, p. 162.

⁵⁴ BOUCQUEY, 1994.

⁵⁵ BOHNE, 1987; KINKEL, 1989, p. 295ss; REHBINDER, 1989, p. 161; e WAGNER, 1990.

⁵⁶ Ibid., p. 112.

⁵⁷ Acórdão da Câmara Civil do Tribunal Federal Alemão BGHZ 102: p. 350 e 362s.

grande de causadores de risco a uma gestão ativa e conjunta de risco, quer com base no *deep pocket*, quer com base em um controle de risco conjunto institucional. A gestão ativa e conjunta do risco refere-se a uma coletividade relativamente pequena, “composta de forma homogênea, controlável e interativa”.⁵⁸ Isso leva a uma definição do *pool* de risco no âmbito da responsabilidade, que exclui o cidadão médio com riscos pequenos que se acumulam, e concentra-se, em vez disso, em *corporate, professional, and governmental defendants*, de forma a prever riscos de maneira mais eficiente e a melhor distribuí-los.⁵⁹

Um princípio semelhante encontra-se na *market share liability*. Muitas vezes, pode-se perceber a tendência a estender a responsabilidade apenas a causadores de riscos “substanciais”.⁶⁰ O mesmo se aplica à responsabilidade de diversos poluidores, nos termos do § 22 da Lei de Abastecimento de Água. O *superfund* americano conhece uma cláusula de *minimis* que permite às autoridades competentes buscar acordo financeiro com causadores de pequenos danos, concentrando-se na perseguição daqueles com papel grande e poderoso na poluição do meio ambiente.⁶¹ Em todos esses casos a responsabilidade jurídica conecta-se a uma determinada capacidade de agir.

Finalmente se coloca o problema de determinar quais são as obrigações impostas aos membros individuais da “cúpula”. Para empresas isoladas no *pool* desenham-se já hoje os contornos de uma “obrigação ecológica de lealdade”, totalmente paralela à já bem conhecida obrigação de lealdade do direito societário. O § 5 da Lei de Proteção Ambiental contra Emissões Poluentes (BImSchG), por exemplo, regula uma “obrigação ecológica da organização”.⁶² Desenvolvimentos semelhantes também são encontrados acima do nível das empresas individuais. Novamente, os *hot spots* em *bubbles* podem servir como exemplo.⁶³ Em um mercado de direitos de poluição os participantes têm toda a liberdade de comprar e vender tantos direitos quantos desejarem. Porém, o contexto institucional lhes impõe obrigações de lealdade, *fiduciary duties* que podem ser derivadas da finalidade ecológica da *bubble*. A *bubble* não é, em última análise, uma mera instituição econômica, mas uma instituição ecológica com o objetivo de proteger o ambiente por meio de um mercado de direitos de poluição. Essa finalidade legal justifica o fato de a jurisprudência desenvolver,

para os membros da *bubble*, obrigações de conduta que vão além de uma obrigação de conduta delituosa comum no mercado (“concorrência leal”) ou das obrigações comuns de lealdade no âmbito de organizações econômicas (“obrigações societárias de lealdade”). No caso de um *hot spot*, tais obrigações de conduta proibem que o membro individual compre e utilize direitos de poluição suficientes para causar um dano local insuportável, mesmo se os valores de limite global da *bubble* não forem excedidos. Suponho que o futuro desenvolvimento dos *pools* de riscos ainda leve a muitos outros casos de aplicação de obrigações ecológicas de lealdade para membros do *pool*.

Nesse contexto, o tema mais inquietante, e no entanto também o mais promissor, chama-se “solidariedade” no *pool* de risco.⁶⁴ Vimos que responsabilidade coletiva significa responsabilizar agentes individuais por atos que foram cometidos por terceiros. Se traduzirmos isso na língua do direito das obrigações, a cada membro do *pool* é imposta a obrigação de vigiar o comportamento dos demais. Isso não significa exigir o impossível? Mesmo aqueles agentes que fazem todo o possível para diminuir o risco que causaram não conseguem escapar dessa obrigação. Eles devem arcar com as inevitáveis conseqüências do afrouxamento das exigências de causalidade: sua esfera individual não é mais a empresa individual, mas todo o *pool*. Isso leva naturalmente à crítica que invoca justiça e eficiência, induzindo alguns a condenar toda a abordagem coletiva para a responsabilidade ecológica (cf. acima). Especialmente no âmbito da responsabilidade *superfund*, parece “questionable from an efficiency point of view whether current owners of pieces of land who had no influence on pollution should be jointly and severally liable with the former owners and polluters of the land”.⁶⁵

Ao mesmo tempo, esse aspecto inquietante parece ser a principal razão que leva os defensores da responsabilidade de risco a tornar a “cúpula” invisível.

Há apenas uma verdadeira solução, apenas uma possibilidade de cumprir essa obrigação – por meio de cooperação eficiente! A principal razão para isso encontra-se no caráter do “bem”: em nossas constelações, os melhoramentos da segurança ecológica são “a ‘local public good’ to the industry. A concerted industry effort to improve safety is required since, by definition, the problem is inherent in the nature of the product and is not the result of carelessness by individual producers”.⁶⁶

⁵⁸ WAGNER, 1990, p. 109; e KINKEL, 1989, p. 296.

⁵⁹ PRIEST, 1990, p. 219.

⁶⁰ *Sindell v. Abbott Laboratories*, 607 P.2d 924 (Cal. 1980).

⁶¹ STEWART, 1991, p. 112.

⁶² FELDHAUS, 1991, p. 931.

⁶³ ROBERTS, 1982, e BOUCQUEY, 1994.

⁶⁴ BUSH, 1986, p. 1.473ss.

⁶⁵ HOFSTETTER, 1994, p. 107.

⁶⁶ ROSE-ACKERMAN, 1990, p. 745.

Por isso, em última instância, o direito de responsabilidade coletiva cria – de fato – uma obrigação de que se coopere para um controle conjunto de risco, uma obrigação de se organizar para a ação coletiva, uma obrigação de criar instituições que assumam a gestão coletiva de riscos coletivos, o que significa, em princípio, uma pesquisa de prevenção.

Naturalmente, no contexto da responsabilidade objetiva não faz muito sentido falar em uma “obrigação jurídica” de cooperação, porque a única condição para a responsabilidade é o dano, independentemente do fato de a obrigação ter sido cumprida ou não. No entanto, mesmo nesse contexto surge novamente a “obrigação” como um dever de prevenção de fato. Aquele que atua em um mercado no qual é aplicada uma responsabilidade por participação de mercado e gostaria de reduzir o seu risco de responsabilidade não pode se restringir a reduzir os riscos em sua própria empresa; ao contrário, ele faz bem em procurar instâncias de fiscalização coletiva de todos os participantes do mercado.

No âmbito da responsabilidade subjetiva faz mais sentido continuar a perseguir a idéia de uma obrigação de cooperação.⁶⁷ Se a dimensão concreta do cuidado necessário em uma situação de responsabilidade deve ser determinada conjuntamente, não basta se referir apenas à prevenção na empresa individual. Deve-se determinar mais concretamente quais são as medidas a serem tomadas para reduzir os riscos no *pool* como um todo. O direito cria uma “obrigação de organização”, segundo a qual a gestão de cada empresa deve garantir que todas as empresas se esforcem para reduzir coletivamente um risco, organizando apropriadamente seu pessoal, material e procedimentos técnicos. Nesse contexto, certamente deveriam ser feitas reflexões sobre o fato de uma contribuição individual adequada ao controle de risco coletivo poder ser suficiente para que se escape da responsabilidade coletiva (cf. item V, abaixo).

IV. EFEITOS NO MUNDO REAL

Neste ponto deveríamos, evidentemente, ser cuidadosos, pois, ao falarmos sobre prevenção e controle de risco, saímos do mundo simbólico do direito e trabalhamos com seus efeitos no mundo real. Essa relação não é, de fato, tão íntima e direta como pressupõe a hipótese Norma-Sanção-Obediência da ciência jurídica tradicional. Tampouco deveríamos nos deixar seduzir pela retórica da *law-and-economics*, que quer nos fazer crer que pequenas mudanças no direito, como, por exemplo, uma alteração da medida de negligência, já

⁶⁷ Cf. também BRÜGGEMEIER, 1994, p. 88ss.

teria efeito direto como incentivo econômico para a prevenção.⁶⁸ Em vez disso, deveríamos escutar atentamente o que estudos empíricos sobre os efeitos reais do direito e o que estudos teóricos sobre as relações complicadas entre normas jurídicas e conduta econômica têm a dizer.⁶⁹ É-nos natural pensar em substituir o modelo exageradamente otimista de “incentivos por normas jurídicas” pelo modelo mais modesto da “*social order from legal noise*”.⁷⁰

Estudos empíricos sobre os reais efeitos do direito de responsabilidade mostram claramente que as empresas comerciais admitem modificações do direito de responsabilidade tão dramáticas quanto a transição da responsabilidade subjetiva para a responsabilidade objetiva apenas como *outside noise*, como mensagens extremamente indefinidas e não como sinais claros, que obrigam a uma sintonia final da conduta corporativa, como a literatura jurídica e econômica costuma supor. “*All the firms viewed product liability as essentially a random influence, generating no clear signal as to how to adjust design behavior. (...) we were struck in the companies that we visited by how few changes in law were transmitted to those involved in design decisions.*”⁷¹

Teorias sociológicas sobre a interdependência de normas jurídicas, decisões políticas e agir econômico de Max Weber a Niklas Luhmann nos esclarecem que essas dificuldades de transmissão não se devem apenas a perdas de informação que poderiam ser eliminadas pela melhoria da comunicação. De fato, aqui somos confrontados com distorções comunicativas, que resultam da lógica interna dos diferentes mundos de sentidos: processos de política ecológica, a prática do direito dos atos ilícitos, a dinâmica do mercado relevante, a política interna de organizações formais. Não há dúvida de que direito e política emitem sinais à economia, que também deve orientar seus atos de acordo com essas diferenças. “Mas esse efeito já não é mais direcionamento e tampouco é direcionável, pois ele depende do que é construído como diferença no contexto de outros sistemas, inserindo-se no programa de direcionamento ali praticado”.⁷²

As empresas “entendem” as normas jurídicas não como preceitos normativos válidos, que exigem obediência incondicional. Pelo contrário, o mundo da economia percebe as normas jurídicas de forma extremamente seletiva e a reconstrói em um contexto de significado totalmente diferente. Os sinais jurídicos são reinterpretados conforme a lógica interna do mercado concreto e da

⁶⁸ Claramente em TIETENBERG, 1989, p. 308ss.

⁶⁹ Por exemplo, N. WEBER, 1987, e McGUIRE, 1988.

⁷⁰ Sobre essa fórmula em geral, cf. FÖRSTER, 1984, cap. 1; aplicada ao direito: TEUBNER, 1989, cap. 5.

⁷¹ EADS & REUTER, 1983, p. 107 e ix.

⁷² LUHMANN, 1988, p. 337.

empresa concreta. Em princípio, cada um desses mundos de sentido reconstrói os sinais jurídicos, mas o mesmo sinal jurídico pode muito bem reaparecer em uma variedade de reconstruções econômicas.⁷³ A escolha entre diferentes reconstruções depende, em cada caso, da situação concreta. No mundo das transações econômicas, as regras de responsabilidade são reconstruídas de diversas formas: na maioria das vezes como puros fatores de custos, às vezes como direitos de propriedade econômicos, ocasionalmente como massa de negociação – e apenas raramente como modificação das preferências do agente. No mundo de decisões interno das organizações, por outro lado, elas são reconstruídas em outra diversidade de diferentes significados: como restrições organizacionais, como posições internas de poder, como novos elementos no *goal set*, como problemas meramente jurídicos, que interessam apenas aos juristas, como fatores de custos, que dizem respeito ao departamento financeiro – e apenas raramente como estímulo aos administradores para que mudem a fiscalização da produção ou para os engenheiros para que modifiquem o *design* do produto.

Isso nos permite ver por um outro ângulo os seguintes resultados de estudos empíricos, que contradizem suposições otimistas sobre a criação de incentivos no mercado: “*In reality, however, the connection between the law and product design is sufficiently weak that even quite major changes in the law would have little effect on the behavior of firms (...) except to the extent that such change led to significant changes in the overall cost of product claims*”.⁷⁴

Em organizações econômicas, a mensagem jurídica se perde, via de regra, em virtude da típica divisão de trabalho entre vários departamentos, antes que ela possa servir de estímulo para a tomada de decisões diferentes.⁷⁵ Em algumas organizações, estudos empíricos até encontraram estratégias intencionais que mantiveram “*substantial efforts to keep their (...) liability problems separate from their ongoing operating decisions*”.⁷⁶

Após tal dupla “distorção” comunicativa de mensagens jurídicas pelo mercado e pela organização, os sinais da responsabilidade jurídica dizem, na melhor das hipóteses: “*Be careful or you will be sued*”.⁷⁷ Certamente, esse sinal indefinido não é regularmente transformado em medidas preventivas, mas em manobras de todo o tipo para se esquivar ao cumprimento da norma, conforme a estratégia dominante da organização em cada caso.

⁷³ Para maior detalhamento, cf. TEUBNER, 1991, p. 531ss.

⁷⁴ EADS & REUTER, 1983, p. IX.

⁷⁵ STONE, 1975, p. 201ss; e SCHARPF, 1987, p. 117ss.

⁷⁶ EADS & REUTER, 1983, p. 94.

⁷⁷ *Ibid.*, VIII.

O modelo norma-incentivo não é capaz de compreender, de forma sistemática, esses complicados processos de reconstrução em diversos mundos de sentidos, em política ecológica, em direito de responsabilidade, em transações de mercado e na dinâmica interna de organizações. Tal modelo subsume todos eles a uma linguagem unidimensional de considerações econômicas de custos, e, na melhor das hipóteses, leva em consideração desvios no mundo real por meio de cláusulas *ceteris-paribus* ou por adaptações *ad hoc* do modelo à “realidade”.⁷⁸ Portanto, o modelo norma-incentivo tem apenas utilidade restrita para nosso problema, que é o de saber como o direito de responsabilidade repercutirá no mundo real caso se introduza um novo modelo de responsabilidade ecológica coletiva. Esse modelo pode ser mais bem substituído pelo modelo mais despretensioso da “pressão jurídica” e das “reações corporativas” que, por sua vez, provocam nova pressão jurídica e novas reações corporativas, em um processo infinito de auto-organização. Dessa forma, deveríamos ser céticos em relação a nossas habilidades técnicas de criar incentivos de custos sofisticados, que devem modificar a conduta de agentes individuais ou corporativos em um mundo de racionalidade econômica. É melhor contarmos com uma multiplicidade de processos autônomos auto-organizativos – como, por exemplo, os processos de política ecológica, do direito de responsabilidade, do mercado de produtos e das organizações formais – que ocorrem operativamente separados e, ao mesmo tempo, estruturalmente ligados. Eles reagem entre si, mas somente de forma extremamente seletiva e mesmo imprevisível.⁷⁹ “*Sustainable development*”, *not efficiency emerges thereby as the ultimate paradigm*”.⁸⁰

Da mesma forma cética deveríamos avaliar as capacidades prognósticas dos elegantes modelos sociológicos e econômicos. O consequencialismo é possível e faz sentido no direito de responsabilidade, mas não no sentido de prognóstico *ex ante*, como se o direito de responsabilidade pudesse, com a ajuda dos modelos econômicos ou sociológicos, prever de forma efetiva os efeitos de suas alterações e reagir a esses efeitos por adaptações antecipadas. O consequencialismo *ex post* parece ser muito mais realista, no sentido de que os institutos de direito da responsabilidade civil deveriam se tornar mais sensíveis aos efeitos reais no mundo das organizações econômicas do que atualmente são. Tais institutos deveriam adaptar seus conceitos às experiências de fato com reações corporativas, criando nova pressão jurídica e novas reações corporativas

⁷⁸ TIETENBERG, 1989, p. 315ss.

⁷⁹ BLECHER, 1994.

⁸⁰ HOFSTETTER, 1994, p. 108.

em um demorado “procedimento de descoberta”, que se constrói com base no princípio da *order from noise*.

O que se pode ainda dizer sobre as reações das empresas à nova responsabilidade ecológica de risco? Recuada da indústria de seguros perante os riscos? Invenção de novas técnicas de seguros que sejam adaptadas à responsabilidade solidária? Surgimento de instituições para gestão corporativa de riscos? Comportamento oportunista de empresas em situações de ação conjunta, levando a um nível ineficiente de prevenção ecológica? Nada mais que comportamento de defesa em estratégias de procedimento? Até existe material empírico, especialmente na área de responsabilidade pelo fato do produto.⁸¹ Porém, o material como um todo não é suficiente para que se possa falar de um padrão de reações corporativas ao qual o direito de responsabilidade, por sua vez, pudesse reagir com novas medidas de pressão jurídica para então, novamente, aguardar novas reações. Em tal situação intrincada resta-nos apenas retomar a discussão de cenários individuais, sobre os quais podemos especular com base nas experiências limitadas já disponíveis sobre possibilidades de ação paralelamente a processos jurídicos e econômicos.

V. PRIMEIRO CENÁRIO: OPORTUNISMO, PROVEITO PRÓPRIO E TRAIÇÃO

Enquanto a responsabilidade coletiva, do ponto de vista da justiça compensatória, faz muito sentido, ela gera, ao mesmo tempo, problemas do agir coletivo, aos quais os agentes corporativos reagem talvez de forma oportunista. Se oportunismo representa a reação corporativa a um sistema de responsabilidade coletiva, há uma resposta jurídica adequada a essa questão?

A responsabilidade coletiva tem as seguintes vantagens diante do sistema de responsabilidade estritamente individual. Em primeiro lugar, ela serve para a função compensatória do direito de responsabilidade, pois as vítimas podem ser compensadas até em uma situação na qual a responsabilidade individual simplesmente falharia. Em segundo lugar, e uma vez que os custos podem ser integralmente internalizados por meio do *pool* de risco, pode-se esperar uma realocação de recursos no sentido da função de regulação do direito de responsabilidade. Ao menos teoricamente, neste caso todos os custos recaem sobre o *pool* de risco, o que influencia os preços como um todo e encarece as atividades ecologicamente arriscadas do *pool* como um todo. Em terceiro lugar, pode-se

mesmo esperar um pequeno efeito de intimidação. Cada participante individual do *pool* de risco é ameaçado por uma determinada parte proporcional da responsabilidade coletiva. Essa parte proporcional consiste, conforme o caso, no risco de ser acionado como devedor solidário na primeira etapa do processo, no risco de ser acionado, em um segundo processo, pela parte proporcional correspondente ou, por fim, no risco de ser acionado pela responsabilidade por participação de mercado ou em outra forma de imputação direta de responsabilidade *pro rata*. Essa situação pode influenciar a alocação do risco dos agentes e levar a um nível maior de prevenção. No caso ideal, a responsabilidade ameaçadora seria transformada em um esforço conjunto dos poluidores de minimizar os riscos ecológicos. Mas exatamente aqui aparecem os famosos problemas do agir coletivo.

Se os liames cooperativos no *pool* são fracos, surgem problemas de *moral hazard* semelhantes aos problemas de um seguro coletivo, que desloca os riscos individuais a uma comunidade de risco.⁸² Se os agentes se sentem suficientemente seguros de que não estão sendo observados, as empresas individuais não reduzirão suas contribuições ao risco, pois tal redução não diminuirá sua responsabilidade na mesma medida. Uma vez que sua responsabilidade depende do comportamento de terceiros, sobre os quais o agente não tem controle, este tenderia a despendar menos para evitar riscos ecológicos. Como resultado, o nível de precaução individual seria menor do que em uma – meramente hipotética – situação de imputação estritamente individual.

Foi confirmado empiricamente que neste ponto há um perigo real. Kee-ler mostrou que, em uma *bubble*, um mercado para direitos de poluição no qual um valor global de limite substitua limitações individuais de poluição, o risco de ultrapassar os limites será mais alto do que em um sistema de limites individuais.

Há problemas semelhantes para medidas de prevenção coletiva. Embora em princípio seja do interesse de cada membro do *pool* participar de uma prevenção coletiva de risco, de forma a reduzir para todos o risco de responsabilidade e os respectivos custos da indenização, parece improvável, em determinadas circunstâncias, que eles se comportem dessa forma. Argumentar-se-ia com Mancur Olson: se o número de membros do *pool* é grande, não há vínculos cooperativos, predominam as condições de concorrência e há falta de “incentivos seletivos” ou sanções massivas negativas, de forma que tais mem-

⁸¹ EADS & REUTER, 1983; N. WEBER, 1987; e McGUIRE, 1988.

⁸² ADAMS, 1985, p. 225ss; ABRAHAM, 1987, p. 863; REHBINDER, 1989, p. 151; e WAGNER, 1990, p. 45ss.

bros não envidarão esforços conjuntos, mesmo se isso diminuir os custos para cada um deles.

Este “problema Olson” de controle de risco coletivo, juntamente com a *moral hazard* de prevenção individual, levou a uma crítica economicamente motivada de vários sistemas novos de responsabilidade coletiva – *market share*, “*superfund CERCLA*” e outros mais genéricos da responsabilidade solidária em casos de múltipla causalidade.⁸³ Os economistas jurídicos têm uma profunda desconfiança em relação a soluções coletivas, mesmo quando elas de fato servem à função de compensação e tornam as alocações de recursos mais eficientes. O alvo de sua crítica é o seu efeito preventivo realmente fraco. Os críticos deveriam, porém, ter consciência de que sua crítica somente seria bem-sucedida se a responsabilidade coletiva fosse comparada a uma responsabilidade estritamente individual, a qual é falha nos complexos casos ecológicos aqui abordados.

A fraqueza da prevenção da responsabilidade coletiva pode ser eliminada até um certo limite. Neste ponto, faz sentido pensarmos na reindividualização da responsabilidade coletiva. Se as empresas comerciais reagem à responsabilidade ecológica coletiva com *moral hazard*, *free-riding* e outras formas de oportunismo, *self-interest seeking with guile*,⁸⁴ então o direito de responsabilidade pode, por sua vez, reagir a isso de forma a mostrar dolorosamente à empresa individual sua respectiva participação na poluição, determinando de forma nova a medida para sua distribuição interna.⁸⁵ Em decorrência do colapso da causalidade individual, esses esforços reindividualizantes naturalmente não podem eliminar o elemento coletivo e o *pool* de risco que o acompanha, mas podem, usando a coletivização, introduzir novas tendências para a individualização. Eles podem distribuir de forma nova a perda coletiva, conforme as características individuais dos membros do *pool*.

A situação pode ser comparada à da criação de um agente corporativo: no primeiro passo (criação do *pool*), ações, direitos e obrigações são atribuídos ao agente como tal. No segundo passo (regresso), perdas e lucros são distribuídos individualmente aos membros, conforme suas respectivas contribuições. A vantagem de tal procedimento em dois passos é que este combina as vantagens da responsabilidade coletiva com os incentivos de um recesso individualizante. A

⁸³ EPSTEIN, 1985, p. 1.377; HUBER, 1985, p. 277; ABRAHAM, 1987, p. 883ss; e MARINO, 1991, p. 672ss.

⁸⁴ WILLIAMSON, 1985, p. 47.

⁸⁵ MARINO, 1991, p. 672.

responsabilidade coletiva assegura que as vítimas recebam indenização, mesmo se a causalidade individual não puder ser constatada; a distribuição individual do regresso gera, para os agentes, incentivos para a redução do risco ecológico.

Há várias técnicas de responsabilização disponíveis, cuja combinação decide sobre o equilíbrio entre compensação do dano, intimidação e alocação. As seguintes questões podem ser colocadas: faz sentido aplicar a responsabilidade solidária no processo indenizatório e transferir a compensação entre os causadores de danos a processos de regresso? Ou faz mais sentido atribuir as participações individuais no risco diretamente aos tribunais, como ocorre na *market share liability*? Dever-se-ia combinar responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva na aplicação do ônus da responsabilidade coletiva e do regresso individual? Quais são os critérios para o regresso individual: participações iguais por pessoa, participações de mercado, contribuições ao risco ou culpabilidade? Na teoria discutem-se várias combinações desses métodos.⁸⁶ Especialmente interessantes são as sugestões de uma “responsabilidade ponderada por participações de mercado”, que combinam o critério da participação de mercado com a improbabilidade individual de acidente.⁸⁷ Igualmente interessante é a combinação de responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva na responsabilidade por participações de mercado: em primeiro lugar, vale a responsabilidade de participantes negligentes do mercado; em segundo lugar, a responsabilidade objetiva correspondente às participações de mercado.⁸⁸

Eu sugeriria, de um ponto de vista político-jurídico, a seguinte combinação: na relação entre a vítima e o *pool* de risco deveria valer a responsabilidade objetiva, pois ela promove a função de compensação. Na relação entre o *pool* e seus membros, o regresso deveria, na medida do possível, ser individualizado, para que sejam fortalecidos incentivos individuais de prevenção de riscos. Neste ponto, a culpa deveria ser a medida decisiva; se isso não for possível, sugiro a imputação por contribuições individuais ao risco; se isso não for possível, imputação por participações na poluição ou por participações de mercado; se isso tampouco for possível, parcelas iguais para todos os membros.

A decisão entre responsabilidade solidária dos membros do *pool* com o subsequente regresso, por um lado, e imputação direta de responsabilidade pelos tribunais no processo de responsabilidade, por outro lado, é difícil de

⁸⁶ KORNHAUSER & REVESZ, 1989, p. 837ss; MARINO, 1991; e BODEWIG, 1985, p. 531ss.

⁸⁷ MARINO, 1991, p. 674.

⁸⁸ KORNHAUSER & REVESZ, 1989, p. 837ss.

tomar, pois ambos os métodos apresentam graves desvantagens.⁸⁹ A responsabilidade solidária é muito vantajosa para as vítimas, pois lhes permite a livre escolha de um dos causadores do dano para que a indenização total lhes seja concedida por apenas um membro do *pool*, o que desonera o processo de responsabilidade do cálculo das participações individuais no *pool* e deixa a critério do primeiro réu executar seu direito de regresso contra os demais membros do *pool*, conforme suas participações no risco e na culpa, em uma série de processos consecutivos. As desvantagens da responsabilidade solidária são o problema da justiça diante do primeiro réu, que arca com todo o risco do processo de responsabilidade e das ações de regresso, bem como com as custas processuais assustadoramente altas.⁹⁰ O segundo método – atribuição das parcelas de responsabilidade pelos tribunais diretamente no processo indenizatório – resolve, por um lado, o problema da justiça, além de evitar os altos custos de transação das ações de regresso. No entanto, tal método onera as vítimas com a necessidade de identificar e acionar cada membro do *pool*, bem como com o problema adicional de reivindicar a parcela correta de cada um dos membros do *pool*, no que se mostra um procedimento caro.⁹¹ No interesse das vítimas ecológicas, eu preferiria a primeira solução. Não devíamos perder de vista que ambas as soluções apresentam um grave problema de justiça e causam custos de transação desproporcionalmente altos.

Todos esses esforços por determinar a parcela individual de forma tão precisa quanto possível baseiam-se, naturalmente, em um problema mais profundo. *“Fine-tuning damage awards to better reflect marginal harms, however, may be just so much academic hairsplitting because of a deep paradox that lurks beneath those cases where damages are exactly proportional to market share. (...) the efficiency of a market-share test is very limited (...) it will not generate efficient caretaking unless firms can collude.”*⁹²

Isso é difícil de engolir! Por um lado, o método progressista da atribuição individual de danos leva a uma prevenção ineficaz; por outro lado, soluções colusivas/cooperativas, que talvez fossem mais eficazes, violam princípios sagrados do direito da concorrência. Essa situação paradoxal é a razão pela qual Rose-Ackerman, em última instância, dispensa o direito dos atos ilícitos e conta com a regulação estatal, sejam quais forem suas desvantagens.⁹³

⁸⁹ ROSENBERG, 1987, p. 220ss.

⁹⁰ A.D. WEBER, 1989, p. 1.488ss.

⁹¹ ROSE-ACKERMAN, 1990, p. 743ss.

⁹² *Ibid.*, p. 745.

⁹³ Cf. também MENELL, 1991.

Mas por que não levar a sério a “colusão” como um terceiro caminho entre o direito dos atos ilícitos e a regulação estatal? Será que não há uma probabilidade de que a auto-organização no *pool* de risco possa resolver o problema da justiça e reduzir de forma drástica os custos de transação que necessariamente ocorrem quando as parcelas de responsabilidade são determinadas por uma autoridade externa – seja esta um tribunal ou uma repartição pública? E, sobretudo, poderia uma tal “colusão” não levar a um *efficient caretaking behavior*?⁹⁴

*In effect, the threat of joint and several liability motivates a collaborative solution among tortfeasors. Just as the defendants will collaborate to minimize their joint expenses as if they were a single person or entity in a concert of action case, so a group of independent firms may apportion liability through contract to avoid inefficient and unfair effects of joint and several liability.*⁹⁵

A auto-organização da distribuição do regresso é, de fato, uma solução atraente. Se o *pool* de risco ecológico for organizado como agente corporativo, poder-se-iam evitar as desvantagens das duas soluções discutidas. A vítima somente precisaria processar um devedor (o *pool* ou um de seus membros, conforme a construção jurídica do *pool*), podendo exigir plena compensação dos seus danos, e não precisaria se preocupar com a divisão do dano entre os membros do *pool*. A divisão seria regulada pela auto-administração interna. As regras para tal divisão poderiam ser pré-acordadas, com a ajuda de critérios praticáveis. Assim, podem ser evitados custos consideráveis de informação e de exercício do direito. Os custos de uma tal alocação de risco privada *“are likely to be less than those entailed by post-accident judicial allocations using either apportioned liability or the increasingly common contribution rule”*.⁹⁶ Na melhor das hipóteses, as regras privadas da divisão dos danos reindividualizam a responsabilidade de forma a serem criados incentivos individuais para a prevenção. Mas quais são as perspectivas para uma prevenção coletiva de riscos ecológicos?

⁹⁴ ROSE-ACKERMAN, 1990, p. 745. Certamente, nesse ponto surge uma série de problemas jurídicos concorrenciais que necessitam de uma análise própria. A “colusão” obrida por meio do direito de responsabilidade pode ser efetivamente limitada à cooperação “ecológica”? Como se pode impedir as empresas, nesse contexto, de concomitantemente combinar preços etc.? As vantagens da responsabilidade coletiva para danos ecológicos compensam a limitação do direito concorrenciais para setores industriais inteiros?

⁹⁵ ROSENBERG, 1987, p. 229ss.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 231.

VI. SEGUNDO CENÁRIO: PREVENÇÃO CONJUNTA DE RISCOS ECOLÓGICOS

Será isso tudo apenas um produto da fantasia de sonhadores sociojurídicos, que não querem entender os duros ensinamentos da economia jurídica? Existem pelo menos algumas indicações empíricas que apontam que algumas reações dos agentes econômicos reais à pressão do direito de responsabilidade contrariam o cinismo econômico dominante sobre a ação cooperativa. Em alguns casos surgiram instituições de gestão comum do risco – compatível ou não com Mancur Olson e suas conseqüências autoritárias. Tais instituições assumiram tarefas de divisão internas e, em alguns casos, mais do que isso. Em alguns casos, assim se relatava, elas fiscalizaram as atividades dos membros do *pool* por meio da “regulação privada de risco”. O aspecto talvez mais promissor de tal regulação coletiva de risco é a perspectiva de que surjam *joint ventures* para inovações ecológicas capazes de desenvolver tecnologias ecológicas integradas em lugar da tecnologia comum do *end-of-the-pipe*.⁹⁷

As chances para uma gestão coletiva de risco por direito de responsabilidade são conforme o contexto bastante diverso. O número de agentes, a estrutura do mercado, as relações de poder no mercado, o tamanho do *pool* de risco, a intensidade dos vínculos cooperativos, a existência de agentes corporativos que iniciem cooperação industrial (seguradoras, associações econômicas), a cultura industrial cooperativa, o papel de instituições públicas, que convençam ou forcem os agentes privados à cooperação – esses parecem ser os fatores decisivos a influenciarem o desenvolvimento espontâneo de prevenções coletivas de riscos ecológicos. Permanece em aberto a questão de saber se o direito é capaz de levar em consideração algumas dessas diferenças para facilitar e apoiar acordos cooperativos.

O ano de 1986 foi de desastres ecológicos – Tschernobyl e Sandoz. Em 1987, o grupo de empresas Ciba-Geigy formulou a resposta corporativa a uma onda de críticas públicas à indústria farmacêutica, à decadência da sua reputação pública, à ameaça de intervenções estatais e à pressão do direito de responsabilidade. A Ciba-Geigy iniciou o assim chamado programa RAD-AR (*Risk Assessment of Drugs – Analysis and Response*), juntamente com as empresas farmacêuticas mais importantes. Foram criadas *joint ventures* para gestão de risco em cada um dos mais importantes países envolvidos: nos Estados Unidos, no Canadá, no Japão, na Grã-Bretanha e na Alemanha. Um dos grupos de traba-

lho era o *Pharmacoepidemiology Group*, cuja tarefa consistia em coletar informações sobre danos e sobre a interligação entre vários medicamentos e danos. Outro grupo de trabalho era o *Perception/Communication Group*. Sua tarefa era a identificação de riscos e tarefas de relações públicas.⁹⁸

Aqui temos a situação típica de um oligopólio com apenas poucos agentes poderosos, na qual realmente se pode esperar que surja a gestão coletiva de risco. Se levarmos em consideração os enormes recursos da indústria química, poderemos imaginar esforços comuns que ultrapassem uma mera função de seguro, ou seja, esforços de pesquisa de riscos ecológicos e de desenvolvimento de técnicas de prevenção de risco que excedam a força financeira de empresas individuais.

Nos mercados descentralizados com numerosos agentes, por outro lado, a chance de uma gestão coletiva de riscos é muito menor do que em um oligopólio. A cooperação somente surgirá se já existirem, anteriormente, laços cooperativos.⁹⁹ Especialmente *holdings* e grupos frouxamente organizados de empresas independentes, com processos descentralizados de decisões, têm uma chance de reagir à pressão do direito de responsabilidade por meio da criação da gestão do risco, além do plano empresarial, que cuida de questões ecológicas. A economia jurídica vê vantagens em uma tal gestão de riscos de grupos empresariais, comparada a um controle externo por tribunais ou autoridades: “*Monitoring cost for preventing the pollution would basically be lower on the part of the parent than on the part of the political community*”.¹⁰⁰ Estudos empíricos tornam evidente que, neste ponto, há um campo fértil para a cooperação intensa entre empresas. Sob a pressão do direito de responsabilidade, empresas individuais que criaram departamentos ambientais tendem a transferi-los para um nível mais alto. No caso do grupo de empresas com um alto grau de divisão de trabalho interno, tal transferência é especialmente importante: “*There is a temptation to believe that the product as a whole is safe if each subsystem is safe*”. Esforços cooperativos entre as empresas individuais podem, portanto, “*help surface especially subtle hazards caused by the interaction of subsystems in a technologically complex product*”.¹⁰¹

Diferente é a situação no caso de o *pool* de risco ser definido ao longo de linhas verticais em uma cadeia de produção ou em uma cadeia ecológica. Aqui,

⁹⁸ BURLEY, 1991, p. 152ss.

⁹⁹ ROSENBERG, 1987, p. 232.

¹⁰⁰ HOFSTETTER, 1994, p. 107.

¹⁰¹ EADS & REUTER, 1983, p. 95.

⁹⁷ Cf. também BRÜGGEMEIER, 1994.

a oportunidade para controle do risco é melhor, uma vez que já existem conexões contratuais que podem ser utilizadas para acordos que definam riscos de responsabilidade e fiscalizem a conduta. Os agentes “*will in effect comprise an economically interdependent enterprise spanning the entire chain of production and marketing*”.¹⁰² Especialistas em *marketing* prevêem uma maior integração vertical como resultado da nova responsabilidade por risco:

The growth of market share liability could lead to greater cooperation within the channel as well as attempts by the most vulnerable channel members to control channel operations. Thus, the tendency toward vertical marketing systems is likely to be stimulated.

Fewer, larger manufacturer-distributor combinations will be better able to withstand the financial impact of intra-industry joint liability lawsuits. The economies of such large-scale operations may even allow the participating firms to self-insure should intra-industry risks become unratable. Smaller firms unable to withstand the financial impact of such a suit will be either forced out of business or compelled to become members of substantially larger distribution channels.

Current problems experienced by a channel member in seeking indemnification from other members will also lead to increased channel integration. (...)

*As a result, manufacturers may begin to monitor the actions of their suppliers more closely, perhaps demanding assurances about the quality of the supplied component or assuming some of the testing and inspecting functions.*¹⁰³

Há algumas experiências com redes de fornecimento e organizações de distribuição que confirmam esses entendimentos. Elas fazem referência a situações nas quais uma cadeia vertical foi transformada, em virtude da existência de uma empresa central, que domina a estrutura como um todo, em um relacionamento de forma estrelar.¹⁰⁴ Experiências com o *superfund* mostram que, em uma tal situação, a empresa central tende a assumir o papel do agente corporativo decisivo, que assume a divisão conjunta das perdas, a fiscalização da conduta de outras empresas e o planejamento da prevenção de riscos. Novamente, o direito de responsabilidade tem um papel decisivo. No *superfund* os riscos financeiros são tão altos e o *pool* de risco é definido de tal forma que grandes empresas assumem esse papel quase que automaticamente.¹⁰⁵

Em outras circunstâncias, associações econômicas tendem a assumir o papel do agente central. As experiências feitas nos EUA não são exatamente animadoras.¹⁰⁶ Há apenas algumas sugestões de reformas, que apóiam a auto-

administração de riscos ecológicos em áreas industriais inteiras sob fiscalização estatal, especialmente a criação de fundos de risco por ramo de atividade econômica.¹⁰⁷ A tradição européia de auto-administração corporativa conhece, entretanto, exemplos bem-sucedidos de associações privadas e *quangos* (*quasi non-governmental organisations*) semiprivados, que assumem a tarefa de gestão e prevenção de risco. Existem, de fato, exemplos animadores de auto-administrações corporativas apoiadas pelo Estado na área de segurança de trabalho, com um sistema financeiro cuidadosamente elaborado e uma lista impressionante de “regulações privadas”. As corporações profissionais alemãs são um exemplo bem-sucedido de entidades administrativas semiprivadas, que servem como exemplo positivo na atual discussão sobre cooperativas ambientais.¹⁰⁸ O problema parece estar na definição adequada do *pool* de risco. Enquanto as corporações profissionais definem seus *pools* de risco orientados por setor e são organizações centralizadas em alçada federal, as cooperativas ambientais futuras devem ser organizadas conforme as áreas de problemas em âmbito descentralizado e regional.¹⁰⁹

As seguradoras privadas parecem estar especialmente bem armadas para as tarefas de gestão coletiva de risco em áreas de problemas ecológicos.¹¹⁰ Elas possuem experiência profissional com distribuição de risco e podem coletar informações relevantes para repartir os custos individuais de forma adequada. Há, além disso, exemplos empíricos, especialmente do setor de saúde, nos quais seguradoras efetivamente assumiram um papel ativo na fiscalização de riscos e no desenvolvimento de técnicas preventivas.

A nova responsabilidade ecológica, especialmente em suas formas coletivas da responsabilidade empresarial, da responsabilidade por participações de mercado e da responsabilidade solidária *superfund*, tem, porém, levado a uma grave crise da indústria de seguros.¹¹¹ Nos EUA, a indústria de seguros simplesmente se retirou dos seguros de riscos ecológicos, embora o seguro ecológico houvesse prometido ser o negócio mais promissor dos anos oitenta.¹¹²

Hoje permanece aberta a questão de ter sido essa crise causada por uma incompatibilidade fundamental entre a responsabilidade coletiva, especialmente a responsabilidade solidária, e princípios básicos da matéria de seguros,

¹⁰² ROSENBERG, 1987, p. 230.

¹⁰³ BOEDECKER & MORGAN, 1986, p. 74ss.

¹⁰⁴ ROSENBERG, 1987, p. 230.

¹⁰⁵ STEWART, 1991, p. 112ss.

¹⁰⁶ ROSENBERG, 1987, p. 231.

¹⁰⁷ EUBANK, 1991, p. 216ss.

¹⁰⁸ WAGNER, 1990, p. 106ss.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 111ss.

¹¹⁰ ABRAHAM, 1988, p. 954ss; e EUBANK, 1991, p. 174.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 197ss.

¹¹² BROCKETT et al., 1990.

como supõem alguns autores.¹¹³ É igualmente provável que a indústria de seguros passe por uma fase experimental, após a qual surjam novos métodos de cálculo do risco e talvez até um novo tipo de organização securitária. Ao menos parece, no momento, serem necessários métodos alternativos de seguro para superar as estruturas específicas de riscos coletivos. Uma resposta possível é o *risk retention group* do *superfund*; uma outra seria um seguro obrigatório para o setor como um todo; e uma terceira, a institucionalização de um fundo para riscos ecológicos capaz de abranger o setor econômico como um todo,¹¹⁴ solução esta que parece especialmente apta para mercados atomísticos com concorrência intensiva, onde a cooperação de todo o setor é estruturalmente impossível e onde tanto a responsabilidade por participações de mercado quanto a responsabilidade solidária parecem até inadequadas.

Finalmente, os problemas de ações coletivas e do *moral hazard* acima mencionados parecem tornar necessária uma forma híbrida de regulação. Em uma mistura de responsabilidade de direito privado e regulação do direito público, autoridades estatais podem combinar seu poder regulatório com as armas do direito de responsabilidade para organizar um controle coletivo de riscos. Enquanto tais regimes híbridos de controle estatal e auto-regulação privada no âmbito de empresas fazem claros avanços,¹¹⁵ suas perspectivas no âmbito da cooperação empresarial ainda não são claras. O *superfund* americano para saneamento de terrenos contaminados é, naturalmente, o experimento mais excitante no momento. Em nosso contexto, um ponto é decisivo: os custos para o exercício do direito são enormes se comparados aos valores que efetivamente são utilizados para a descontaminação.¹¹⁶ Isso mostra a importância central de acordos coletivos – “alocação contratual” – que são celebrados extrajudicialmente entre as empresas envolvidas. Como anota um observador simpaticamente:

*In effect, contract allocation tailors legal regulation of toxic substance risk-taking to the individual needs of the parties and context. Its flexibility, in contrast to the moreregulation of toxic substance risks may often be achieved effectively by creating incentives for, and by all means allowing, private contract and enforcement as an alternative or supplement to centralized command and control decision making by courts and other government agencies.*¹¹⁷

¹¹³ EUBANK, 1991, p. 197ss e 209ss.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 216ss.

¹¹⁵ FELDHAUS, 1991, p. 928ss.

¹¹⁶ COMMENT, 1988, p. 289.

¹¹⁷ ROSENBERG, 1987, p. 237.

VII. PALERMO OU FLORENÇA?

Tais experiências dispersas com “regulações híbridas”, que combinam regulação político-estatais com acordos coletivos privados, abrem uma perspectiva neocorporativista de acordos ecológicos, que se baseiam na institucionalização estatal e no controle público da auto-organização coletiva de empresas. As novas formas de gestão coletiva de riscos não devem de forma alguma substituir completamente a responsabilidade individual, por um lado, ou a regulação estatal, por outro. Trata-se muito mais de definir uma área específica e delimitada de riscos ecológicos, em que a gestão conjunta de riscos de agentes privados complementar a responsabilidade individual e a regulação estadual. O ponto principal são essas situações de riscos ecológicos nas quais uma imputação individual da causalidade não seja mais possível e, ao mesmo tempo, possa ser identificado um grupo relativamente pequeno de poluidores. Nesses casos, a responsabilidade coletiva do grupo é combinada com incentivos para uma institucionalização do controle coletivo de riscos. A gestão coletiva de riscos substituiria danos, verificaria contribuições de risco individuais, fiscalizaria atividades arriscadas de membros dos grupos, tomaria medidas preventivas em conjunto e traria inovações tecnológicas para controle de risco. Por óbvio, essa responsabilidade coletiva pode não cobrir riscos ecológicos difusos de grande extensão que sejam causados por um considerável número de agentes em grandes espaços de tempo e/ou geográficos. Nesses casos, fundos ecológicos que abrangem a sociedade e impostos ecológicos merecem, claramente, a preferência.¹¹⁸ Tampouco a responsabilidade clássica individual deveria ser substituída nos casos em que o nexos causal seja claramente identificável.

Parece que a “cúpula” mudaria seus contornos. De uma hierarquia ameaçadora da ecomáfia, ela poderia desenvolver-se em uma instituição que protege o ambiente. Será que a “cúpula palermitana” se transformará na “cúpula fiorentina”?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAHAM, K.S. Individual Action and Collective Responsibility: The Dilemma of Mass Tort Reform, *Virginia Law Review*, Charlottesville, 73, 1987, p. 845-907.

_____. Environmental Liability and the Limits of Insurance, *Columbia Law Review*, Nova York, 88, 1988, p. 942-988.

¹¹⁸ WAGNER, 1990; HOHLOCH, 1992.

- ADAMS, J.N. & BROWNSWORD, R. Privity and the Concept of a Network Contract, *The Journal of Legal Studies*, Chicago, 10 (12), 1990, p. 12-37.
- ADAMS, M. *Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung*. Heidelberg: Decker & Schenck, 1985.
- ASSMANN, H.-D. Multikausale Schäden im deutschen Haftungsrecht. In: FENYVES, A. & WEYERS, H.-L. (orgs.). *Multikausale Schäden in modernen Haftungsrechten*. Frankfurt: Metzner, 1988.
- BECHMANN, G. Großtechnische Systeme, Risiko und gesellschaftliche Unsicherheit. In: HALFMANN, J. & JAPP, K.P. (orgs.). *Riskante Entscheidungen und Katastrophenpotentiale: Elemente einer soziologischen Risikoforschung*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1990.
- _____. Risiko als Schlüsselkategorie der Gesellschaftstheorie, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Baden-Baden, 74, 1991, p. 212-240.
- BLECHER, M. Ecological Responsibility of Enterprise: Environmental Offices in an Ecological-Quality-Organisation. In: TEUBNER, G., FARMER, L. & MURPHY, D. (orgs.). *Environmental Law and Ecological Responsibility: The Concept and Practice of Ecological Self-Organizations*. Londres: Wiley, 1994.
- BODEWIG, T. Probleme alternativer Kausalität bei Massenschäden, *Archiv für die civilistische Praxis*, Tübingen, 185, 1985, p. 505-558.
- BOEDECKER, K.A. & MORGAN, F.W. Intra-industry Joint Liability – Implications for Marketing, *Journal of Public Policy and Marketing*, Ann Arbor, 5, 1986, p. 72-82.
- BOHNE, E. Umweltschutzgenossenschaften. Manuskript, 1987.
- BOUCQUEY, N. The Other Side of the Bubble: Ecological Liability Problems in Markets for Pollution Rights. In: TEUBNER, G., FARMER, L. & MURPHY, D. (orgs.). *Environmental Law and Ecological Responsibility: The Concept and Practice of Ecological Self-Organizations*. Londres: Wiley, 1994.
- BROCKETT, P.L., GOLDEN, L.L. & AIRD, P.R. How Public Policy Can Define the Market Place: The Case of Pollution Liability Insurance in the 1980's, *Journal of Public Policy and Marketing*, Ann Arbor, 9, 1990, p. 211-226.
- BRÜGGEMEIER, G. Jenseits des Verursacherprinzips? Zur Diskussion um den Kausalitätsnachweis im Umwelthaftungsrecht, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Baden-Baden, 74, 1991, p. 297-310.
- _____. Enterprise Liability for "Environmental Damage" in German and EC-Law. In: TEUBNER, G., FARMER, L. & MURPHY, D. (orgs.). *Environmental Law and Ecological Responsibility: The Concept and Practice of Ecological Self-Organizations*. Londres: Wiley, 1994.
- BURLEY, D.M. Risk Assessment and Responsibility for Injuries Associated with Medicines. In: HOWELLS, G.G. (org.). *Product Liability, Insurance and the Pharmaceutical Industry: An Anglo-American Comparison*. Manchester: Manchester University Press, 1991.
- BUSH, R.A.B. Between Two Worlds: The Shift from Individual to Group Responsibility in the Law of Causation of Injury, *University of Los Angeles Law Review*, Los Angeles, 33, 1986, p. 1.473-1.563.
- CELLI, A.G. Toward a Risk Contribution Approach To Tortfeasor Identification and Multiple Causation Cases, *New York University Law Review*, Nova York, 65, 1990, p. 635-692.
- COMMENT. Liability Insurance Coverage for Superfund Claims: A Modest Proposal, *Modern Law Review*, Oxford UK/Boston, 53, 1988, p. 289.
- DALES, J.H. *Pollution, Property and Prices*. Toronto: Toronto University Press, 1968.
- EADS, G. & REUTER, P. *Designing Safer Products: Corporate Responses to Product Liability Law and Regulation*. Santa Monica/California: Rand, 1983.
- EPSTEIN, R. Two Fallacies in Joint Tort Law, *Georgia Law Review*, Athens GA, 73, 1985, p. 1.377-1.388.
- EUBANK, K.T. Paying the Cost of Hazardous Waste Pollution: Why is the Insurance Industry Raising such a Stink, *University of Illinois Law Review*, Champaign, 10, 1991, p. 173-217.
- FELDHAUS, G. Umweltschutzsichernde Betriebsorganisation, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, München, 4, 1991, p. 927-935.
- FÖRSTER, H. von. *Sicht und Einsicht*. Braunschweig: Vieweg, 1984.
- FRENCH, P.A. *Collective and Corporate Responsibility*. Nova York: Columbia University Press, 1984.
- _____. Collective Responsibility and Practice of Medicine. *Journal of Medicine of Philosophy*, 7: 65ss, 1982.
- HOFSTETTER, K. The Ecological Liability of Corporate Groups: Comparing US and European Trends. In: TEUBNER, G.; FARMER, L. & MURPHY, D. (orgs.). *Environmental Law and Ecological Responsibility: The Concept and Practice of Ecological Self-Organizations*. Londres: Wiley, 1994.
- HÖHLOCH, G. Ausgleich von Umweltschäden in Teilgebieten durch Entschädigungsfonds: Rechtsvergleichende Anmerkungen, *Zeitschrift für Umweltrecht*, Baden-Baden, 3, 1992, p. 73-78.
- HUBER, P. Safety and the Second Best: The Hazards of Public Risk Management in the Courts. *Columbia Law Review*, Nova York, 85, 1985, p. 277-337.

- KEELER, A.J. Noncompliant Firms in Transferable Discharge Permit Markets: Some Extensions, *Journal of Environmental Economics and Management*, Nova York, 21, 1991, p. 180-189.
- KING, J.H. Causation, Valuation and Chance in Personal Injury Torts Involving Pree-existing Conditions and Future Consequences, *Yale Law Journal*, New Haven, 90, 1981, p. 1.353-1.397.
- KINKEL, K. Möglichkeiten und Grenzen der Bewältigung von umwelttypischen Distanz- und Summationsschäden, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, München, 8, 1989, p. 293-298.
- KÖNDGEN, J. Multiple Causation and Joint Tortfeasors in Pollution Cases According to German Law. In: VAN DUNNÉ, J.M. (org.). *Transboundary Pollution and Liability: The Case of the River Rhine*. Rotterdam: Vermande, 1991, p. 99-106.
- KORNHAUSER, L.A. & REVESZ, R. L. Sharing Damages Among Multiple Tortfeasors, *The Yale Law Journal*, New Haven, 98, 1989, p. 831-884.
- LUHMANN, N. Grenzen der Steuerung. In: LUHMANN, N. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988, p. 324-349.
- _____. *Soziologie des Risikos*. Berlin: de Gruyter, 1991.
- MARINO, A.M. Market Share Liability and Economic Efficiency, *Southern Economic Journal*, Chapel Hill, 57, 1991, p. 667-675.
- MCGUIRE, P.E. *The Impact of Product Liability*. Nova York: Conference Board, 1988.
- MEDICUS, D. Zivilrecht und Umweltschutz, *Juristenzeitung*, Tübingen, 41, 1986, p. 778-786.
- MENELL, P.S. The Limitations of Legal Institutions for Addressing Environmental Risks, *Journal of Economic Perspectives*, Nashville, 5, 1991, p. 93-113.
- NICKLISCH, F. Die Haftung für Risiken des Ungewissen in der jüngsten Gesetzgebung zur Produkt-, Gentechnik- und Umwelthaftung. *Festschrift für Hubert Niederländer*. Heidelberg: Winter, 1991, p. 341-352.
- OLSON, M. *The Logic of Collective Action*. Cambridge: Harvard University Press, 1965.
- PEETERS, M.G.W.M. Legal Aspects of Marketable Pollution Permits. In: DIETZ, F., VAN DER PLOEG, F. & VAN DER STRAATEN, F. (orgs.). *Environmental Policy and the Economy*. Nova York: Elsevier, 1991.
- PODGERS, J. DES Ruling Shakes Products Liability Fields, *American Bar Association Journal*, Chicago, 66, 1980, p. 827.
- PRIEST, G.L. The New Legal Structure of Risk Control, *Daedalus*, Cambridge, Mass., 119, 1990, p. 207-227.
- PROSSER, W.L. & KEETON, P.H. *Prosser and Keeton on the Law of Torts*. St. Paul Minn: West Pub. Co., 1984.
- RABIN, R.L. Environmental Liability and the Tort System, *Houston Law Review*, Houston, 24, 1987, p. 27-52.
- RAUFER, R.K. & FELDMAN, S.L. *Acid Rain and Emissions Trading: Implementing a Market Approach to Pollution Control*. Totowa, N.Y.: Rowman & Littlefield, 1987.
- REHBINDER, E. Fortentwicklung des Umwelthaftungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, *Natur und Recht*, Berlin, 11, 1989, p. 149-163.
- ROBERTS, M.W. A Remedy for the Victims of Pollution Permit Markets, *The Yale Law Journal*, New Haven, 92, 1982, p. 1.022-1.040.
- ROBINSON, G.O. Probabilistic Causation and Compensation for Tortious Risk, *The Journal of Legal Studies*, Chicago, 14, 1985, p. 779-798.
- ROSE-ACKERMAN, S. Market-Share Allocations in Tort Law: Strength and Weaknesses, *The Journal of Legal Studies*, Chicago, 19, 1990, p. 739-746.
- ROSENBERG, D. The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A "Public Law" Vision of the Tort System, *Harvard Law Review*, Cambridge, Mass., 97, 1984, p. 851-929.
- _____. Joint and Several Liability for Toxic Torts, *Journal of Hazardous Materials*, Amsterdam, 15, 1987, p. 219-239.
- SCHARPF, F. Grenzen der institutionellen Reform. *Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft*, Baden-Baden, 1, 1987, p. 111-151.
- SCHMIDT, E. Effizienzbedingungen für privatrechtlichen Sozialschutz, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Baden-Baden, 74, 1991, p. 378-385.
- SHEINER, N. DES and a Proposed Theory of Enterprise Liability. *Fordham Law Review*, Nova York, 46, 1978, p. 963-1.007.
- SPITZ, S.A. From *Res Ipsa Loquitur* to Diethylstilbestrol: The Unidentifiable Tortfeasor in California, *Indiana Law Journal*, Bloomington, 65, 1990, p. 591-636.
- STEWART, R.B. Recent Developments in the Field of Liability for Hazardous Waste Under CERCLA and Natural Resource Damage in the United States. In: VAN DUNNÉ, J.M. (org.). *Transboundary Pollution and Liability: the Case of the River Rhine*. Rotterdam: Vermande, 1991, p. 107-128.
- STONE, C. *Where the Law Ends: The Social Control of Corporate Behavior*. Nova York: Harper & Row, 1975.
- TEUBNER, G. *Recht als autopoietisches System*. Frankfurt: Suhrkamp, 1989.
- _____. Steuerung durch plurales Recht. Oder: Wie die Politik den normativen Mehrwert der Geldzirkulation abschöpft. In: ZAPF, W. *Die Modernisierung der modernen Gesellschaft*. Verhandlungen des 35. Juristentages in Frankfurt. Frankfurt am Main: Campus, 1991, p. 523-551.

- TEUBNER, G.; FARMER, L. & MURPHY, D. (orgs.). *Environmental Law and Ecological Responsibility: The Concept and Practice of Ecological Self-Organizations*. Londres: Wiley, 1994.
- TIETENBERG, T.H. Indivisible Toxic Torts: The Economics of Joint and Several Liability, *Land Economics*, Madison, 65, 1989, p. 305-319.
- WAGNER, G. *Kollektives Umwelthaftungsrecht auf genossenschaftlicher Grundlage*. Berlin: Duncker & Humblot, 1990.
- WEBER, A.D. Misery Loves Company – Spreading the Costs of the CERCLA Clean-up, *Vanderbilt Law Review*, Nashville, 42, 1989, p. 1.469-1.509.
- WEBER, M. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tübingen: Mohr & Siebeck, 1921.
- WEBER, N. *Product Liability: The Corporate Response*. Nova York: Conference Board (Report n. 893), 1987.
- WEIDNER, H.; REHBINDER, E. & SPRENGER, R.-U. Die Umweltpolitik in Japan: Ein Modell für die EG?, *Ifo-Schnelldienst*, 43 (16/17), 1990, p. 33-43.
- WILLIAMSON, O. *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*. Nova York: Free Press, 1985.

8. APÓS A PRIVATIZAÇÃO: CONFLITOS DE DISCURSOS NO DIREITO PRIVADO

Neste artigo, o autor critica o debate atual sobre a privatização, em razão de sua redução à perspectiva econômica, e sugere uma leitura alternativa, questionando a distinção público/privado e analisando a privatização, da ótica da policontextualidade. Nesse sentido, ele a entende não como uma simples passagem de um serviço do âmbito público para o privado, mas como uma reorganização entre subsistemas sociais. Levanta, com isso, as seguintes teses: 1. o problema decisivo no debate da privatização não diz respeito ao fato de como o direito privado compensará a perda da dimensão do direito público (defensora dos interesses comuns), e sim de como contornar essa distinção reducionista (público/privado); 2. a adequada reação à privatização não consiste na imposição de *standards* de direito público ao direito privado, mas a compreensão do direito privado como um *direito constitucional de diversos sistemas normativos privados* (fragmentação e hibridização do direito privado).

Título original: Nach der Privatisierung: Diskurskonflikte im Privatrecht. Zeitschrift für Rechtssoziologie 19: 8-36, 1998. E ainda in: Christian Meier-Schatz (ed.). *Die Zukunft des Rechts*. Basel: Helbing & Lichtenhan, 1999, 128-161. Trad.: PATRÍCIA STANZIONE GALIZIA.

I. PÚBLICO/PRIVADO – UMA OSCILAÇÃO PERENE¹

Qual é o preço da eficiência? Atualmente, a maioria das sociedades capitalistas assiste à transferência de importantes tarefas do setor público para o privado.² A pressão da globalização e de transformações tecnológicas, juntamente com a política neoliberal de governos conservadores e progressistas, gera uma onda internacional de privatizações decididamente avassaladora, contra a qual toda e qualquer resistência nacional parece inútil. Assim, a questão que realmente interessa é: e após a privatização? Como os mecanismos de mercado atuarão sobre os aspectos de bem comum dos outrora serviços públicos, que, no passado – com maior ou menor êxito –, eram protegidos por princípios de direito público, legitimidade democrática, direitos fundamentais e pelo Estado de direito? Se eles não forem sacrificados no altar da eficiência de mercado – o que é cada vez mais comum –, a privatização levará a uma penetração maciça de princípios de direito público no regime de direito privado. No curso da privatização, o direito privado das avançadas sociedades industriais deverá pagar o preço da perda das dimensões políticas e democráticas, por meio da incorporação de elementos de direito público numa escala até então desconhecida.³ Gostaria de questionar esse consenso que atualmente vem sendo delineado. Ele tem por base assunções teóricas bastante reducionistas, transformando todo o fenômeno da privatização simplesmente numa fase ulterior na histórica e perene oscilação entre os setores público e privado. Parece, assim, que o pêndulo oscilou de um extremo a outro: do antigo *Estado de polícia* do século XVIII

¹ Agradeço a Julia Black, Hugh Collins, Oliver Gerstenberg e Martin Höflweck por críticas e sugestões.

² O termo *privatização* é entendido aqui num sentido amplo, especialmente como a transferência da propriedade pública para a privada e a introdução de elementos de economia de mercado em estruturas de regulamentação públicas. Uma tipologia útil de formas de privatização, no direito alemão, é encontrada em SCHUPPERT, 1994, p. 541ss; no direito inglês, em FREEDLAND, 1994, p. 86ss. Sobre o panorama das evoluções na Alemanha, cf. MÖSCHEL, 1997; na Grã-Bretanha, PROSSER, 1997.

³ Essa perspectiva é bem trabalhada para a *common law* por TAGGART, 1995, e, em relação às novas formas de regulação de serviços públicos privatizados, por PROSSER, 1997. Sobre a relação entre direito privado e direito público na Alemanha, cf. SKOURIS, 1997, p. 32, e quanto a um novo conceito das *Auffangordnungen* recíprocas, HOFFMANN-RIEM, 1996a e 1996b.

à sociedade liberal do século XIX e, no século XX, inicialmente ao Estado social moderno e, finalmente, *back to the future*, ao novo regime privado globalizado. Certamente, o direito privado sofrerá transformações maciças após a privatização e, a esse respeito, desejo propor duas teses totalmente distintas:

1. o problema decisivo não é como o direito privado pode compensar o prejuízo causado à dimensão de direito público, e sim como é possível escapar à dicotomia reducionista *público/privado* e apresentar um desafio totalmente diferente ao direito privado: a saber, o de obter uma pluralidade de autonomias *privadas* distintas;
2. a reação adequada à privatização não consiste em impor ao direito privado os padrões do direito público, mas em transformar o próprio direito privado num direito constitucional aos diversos sistemas de *private governance*, o que levará à sua fragmentação e hibridização num grau até então desconhecido.

II. DESCONSTRUÇÃO DA DISTINÇÃO

Atualmente, a desconstrução da distinção público/privado já se tornou quase um ritual, mas ninguém sabe exatamente por qual outra classificação se poderia substituí-la.⁴ Cientistas sociais analisaram repetidamente a separação entre Estado e sociedade, mas, em seu lugar, vêem apenas uma politização de toda a sociedade.⁵ Também os estudiosos do direito classificaram continuamente a diferença entre direito público e privado como inoportuna, substituindo-a, por sua vez, apenas pela vaga hipótese de ser o direito privado completamente político.⁶ A ideologia da privatização aproveita-se dessa des(cons)trução sem proposta de substituição, tendo êxito em apresentar a velha dicotomia como a única possibilidade institucional atualmente disponível e celebrando-se como um movimento para o aumento de eficiência: das hierarquias burocráticas aos mercados dinâmicos.

Apesar de todas as críticas, a distinção público/privado demonstrou notável vitalidade através dos séculos. Isso se deve a seu caráter camaleônico, que, em sua longa evolução, também se adaptou a profundas mudanças estru-

turais da sociedade.⁷ Esta mudou sua configuração dos opostos *polis/oikos*, da antiga sociedade européia, à oposição Estado/sociedade, da sociedade moderna, sobrevivendo atualmente na diferença entre setor público e privado. Na fórmula atual mesclaram-se, com sucesso, duas distinções: de um lado, a antítese racionalidade política *versus* econômica e, de outro, organização hierárquica *versus* coordenação de mercado. Franqueza, flexibilidade e eficiência associam-se, naturalmente, à segunda parte de cada uma das distinções.

Não gostaria de sugerir apenas a rejeição da separação entre setor público e privado como uma simplificação grosseira demais da atual estrutura social, mas também proporia o abandono de todas as idéias de uma fusão de aspectos públicos e privados. Ao invés disso, a simples dicotomia público/privado deveria ser substituída pela idéia mais sofisticada da *policontextualidade*.⁸ Isso significa que as atividades da sociedade não podem mais ser analisadas com ajuda de uma única classificação binária; ao contrário, a atual fragmentação da sociedade numa multiplicidade de setores sociais exige uma multiplicidade de perspectivas de autodescrição. Analogamente, o singelo dualismo Estado/sociedade, refletido na divisão do direito em público e privado, deve ser substituído por uma pluralidade de setores sociais reproduzindo-se, por sua vez, no direito.⁹ A supressão – no sentido hegeliano – da antinomia público/privado significa, por um lado, a manutenção da separação, na medida em que passa a ser entendida como distinção entre racionalidade política e econômica.¹⁰ Por outro lado, o mero dualismo, que deve ser abolido e substituído por uma pluralidade de perspectivas sociais, carece, por sua vez, ser traduzido para o direito. A simples dicotomia direito público/direito privado, que, em todas as suas variantes de teoria de interesses, sujeição e sujeito, reflete, em última análise, apenas o dualismo entre Estado e sociedade, não pode compreender as particularidades da atual diferenciação social. Apenas dois exemplos simples: um projeto de pesquisa possui natureza pública ou privada? É suficiente reconstruir como transação econômica uma relação médico-paciente com base em algumas regulamentações de direito público?

⁷ SPAHN, 1980, e RIEDEL, 1975.

⁸ Esse conceito foi cunhado por GÜNTHER, 1976, e tornou-se um dos elementos centrais da teoria social e jurídica autopoietica. Cf., por exemplo, LUHMANN, 1986; TEUBNER, 1996b.

⁹ Uma abordagem comparável em outros contextos teóricos é adotada por FRIEDLAND & ALFORD, 1992; SANTOS, 1995, p. 416ss; GERSTENBERG, 1997, p. 346; WILHELMSSON, 1998.

¹⁰ Nesse sentido de diversas racionalidades de ação, HOFFMANN-RIEM (1996a, p. 268ss) entende a oposição entre direito público e privado, desenvolvendo desse ponto o entendimento de *Auffangordnungen* recíprocas.

⁴ Cf. importantes contribuições em HORWITZ, 1982, e GRIMM, 1987. Sobre crítica à discussão mais recente, RÖHL, 1994, § 51.

⁵ Entrementes *Inzwischen locus classicus* cf. HABERMAS, 1962, p. 97ss; para uma visão diferenciada, HABERMAS, 1992, p. 435ss.

⁶ ENGLE, 1993, e OLSEN, 1993.

Nem o direito público (como o direito dos processos políticos) nem o direito privado (como o direito dos processos econômicos) tem condições de desenvolver estruturas jurídicas adequadas às diversas contexturas da sociedade civil.¹¹ Simultaneamente, não se pode, de forma alguma, partir de uma nova fusão dos direitos público e privado de acordo com lemas sedutores, como “a vida privada é pública” ou “tudo é política”. Ao contrário, deve-se entender o direito privado com base em sua estreita afinidade com a atual pluralidade de discursos, não apenas por sua proximidade com a economia, como ocorre hoje predominantemente, mas por seu parentesco com os mais diversos setores autônomos da sociedade civil, desde as relações privadas, passando pelo sistema de saúde pública, a educação, a ciência e os meios de comunicação, até a arte e a religião. A consequência dessa afinidade, capaz de, à vista das privatizações em curso, tornar-se muito mais relevante, é a reflexão sobre a dogmática das diversas lógicas desses setores – sua racionalidade e normatividade internas – transformar-se numa das principais tarefas do direito privado.

O ponto decisivo é a simultânea despolitização e deseconomização do direito privado, a produção de uma relativa distância em relação tanto ao setor público quanto ao privado. Nos dias de hoje, virou lugar comum realçar a distinção entre um direito privado orientado para a eficiência e um regime regulatório do Estado interventor, bem como salientar a autonomia da positivização normativa privada diante de intenções de comando políticas. Contudo, vê-se cada vez mais raramente que o direito privado não pode simplesmente equiparar-se com a juridificação da esfera econômica. A crítica de Klaus Röhl exprime, com precisão, a falta de pluralidade da sociedade civil: “O direito privado tornou-se o domínio da propriedade e das relações econômicas”.¹²

Sem dúvida, a dogmática do direito privado traçou, historicamente, um caminho de graves consequências, ao talhar o direito contratual cada vez mais sobre um direito de transações de mercado, alinhar o direito das associações privadas ao modelo das corporações empresariais, considerar o direito de propriedade apenas como fundamento para disposições econômicas e moldar o

¹¹ O conceito *societate civil*, muito utilizado na discussão atual, apesar de empregado de forma extremamente imprecisa, deve aqui – especificado no sentido *systemtheoretisch* – compreender todas as comunicações sociais não pertencentes ao sistema político ou econômico. Contudo que, como em HABERMAS (1992, p. 443ss), ele compreenda sistemas socialmente difusos (*lebensweltliche*) de comunicação, mas também – nisso, diferentemente de Habermas – inclua todos os outros sistemas funcionais (e não apenas os *menschen-nahen*). Cf. também FRANKENBERG, 1997, com uma idéia ortogonal para a dicotomia público/privado, e COHEN & ARATO, 1992, cap. 3.

¹² RÖHL, 1994, p. 434.

Deliktsrecht como um complexo de regras e princípios de regulação de mercado. É certo que dificilmente esse caminho errado poderia ter sido evitado, pois o sistema jurídico precisou se adaptar à dupla grande transformação do nosso século, ao triunfante imperialismo tanto do sistema econômico quanto do político, que repartiu o mundo social em esferas de influência exclusivas. Por um lado, em virtude de sua expansão a todo o âmbito social, o sistema econômico desenvolveu tendências totalizantes e relações sociais não-comerciais. As relações das profissões liberais clássicas com seus clientes, por exemplo, transformaram-se em relações econômicas orientadas pelo lucro. O direito privado seguiu essa comercialização do mundo social, mesmo às vezes apenas de forma hesitante, mas por fim – como se diz entre juristas tradicionais, com “disciplina pensante”. Por outro lado, o Estado social intervencionista evoluiu de modo aparentemente inexorável, sugando sempre mais atividades sociais para o vácuo do setor público. Analogamente, o direito privado cedeu sua regulamentação jurídica ao direito público. A visão de cunho exclusivamente econômica do direito privado resultante dessa dupla movimentação foi, também, o denominador comum para as grandes ideologias, o liberalismo e o marxismo, em suas incontáveis variações e combinações. Para ambas as ideologias, o direito privado representa, em princípio, o direito da economia – pensemos apenas nos combativos *slogans* do debate alemão: “sociedade de direito privado”, dos *ordo-liberais*, *versus* “direito privado como direito econômico”, dos intervencionistas estatais. Nesse debate, a questão é saber se o direito privado deve orientar-se por critérios de eficiência econômica ou por princípios de política econômica estatal. *Tertium non datur*. Ambas as ideologias políticas contribuíram efetivamente para moldar as instituições de direito privado de maneira a fomentar a cooperação dos setores político e econômico, mas, ao mesmo tempo – e é esse aspecto que importa aqui –, negligenciaram ou instrumentalizaram político-economicamente os demais setores da sociedade civil.

Um conceito não-reducionista, em contrapartida, estabeleceria instituições de direito privado não apenas no setor econômico, mas em muitos âmbitos sociais: sempre naqueles pontos da sociedade em que há criações normativas espontâneas atuando como fonte de imposições normativas jurídicas. A multiplicidade perturbadora de novas formas de relações privadas livremente escolhidas e a crescente quantidade de contratos privados sobre a vida em comum seriam exemplos atuais para um tal direito privado da sociedade civil; a criação normativa espontânea em movimentos civis e em organizações privadas com fins sociais seria outro. Realmente, a dogmática tradicional realçou corretamente a autonomia privada, portanto, uma forma de auto-regulamentação

social, como o cerne do direito privado. Porém, em seu ímpeto obsessivo à unidade dogmática do direito privado,¹³ ela não atentou para o ponto crucial – o pluralismo jurídico atual, a multiplicação discursiva de uma única autonomia privada nas diversas autonomias privadas de uma sociedade extremamente diferenciada. A tarefa central de um direito privado sociologicamente orientado deveria ser, portanto, repensar essa única (de fato, econômica) autonomia privada do indivíduo livre em numerosas autonomias de diversos mundos sociais – relações privadas, saúde, educação, religião, arte ou meios de comunicação –, para os quais o direito privado já precisou disponibilizar formas de ação adequadas. O cerne do direito privado é a juridificação de processos de construção normativa espontâneos e plurais na sociedade, que se distinguem fundamentalmente dos processos de regulamentação política pelo Estado. Estes são processos de construção normativa tanto econômicos quanto não-econômicos, institucionalizados como contratos, padrões, normatizações, códigos de conduta, organizações formais ou redes coordenadas.¹⁴

Se há algo a ser aprendido com a atual teoria social pelo direito privado é a compreensão de que, por exemplo, a autonomia social, a capacidade de auto-regulamentação de um sistema social, não se limita ao mecanismo de mercado do sistema econômico, mas também realiza-se de diversas maneiras em outros mundos de sentido sociais. Enquanto existe, em diversas teorias, um amplo consenso em relação a essa pluralização de mundos sociais, as questões para o direito privado são altamente controversas, especialmente as que dizem respeito às características com quais devem ser identificados os fragmentos sociais, à forma de delimitação de tais segmentos e de definição de suas racionalidades específicas, às espécies de normatividade interna por eles desenvolvidas e a maneira como instituições político-jurídicas podem se relacionar responsivamente com sua lógica interna. Analogamente, questiona-se como o direito privado deve ser definido e concebido em reação a essa pluralidade de discursos das diversas autonomias privadas. Para resumir o status da discussão: algumas teorias concentram-se na análise dos conflitos entre racionalidades sociais distintas. A teoria do discurso propagada especialmente na França (Lyotard, não Habermas) vê a atual sociedade fragmentada em diversos tipos de jogos de linguagem hermeticamente fechados, que se encontram em agudo conflito com cada uma das diferentes gramáticas e práticas de vida.¹⁵ O antes austero novo

institucionalismo, defendido no âmbito anglo-americano, identifica uma multiplicidade de *governance regimes* produzindo rotinas específicas e padrões normativos e envolvidos com *politics of interinstitutional conflicts*.¹⁶ A teoria dos sistemas autopoieticos da Europa Central observa, por seu turno, uma multiplicidade de processos auto-organizatórios que geram, respectivamente, operações, códigos e programas específicos.¹⁷ Em confronto com tais teorias, no direito privado tratou-se de adaptar a confusa discussão sobre direitos privados especiais, que opera com frentes incorretas – proteção ao consumidor *versus* unidade de direito privado –, aos próprios conflitos socioestruturais entre discursos, instituições e sistemas.¹⁸

Outras teorias, por sua vez, concentram-se nas conseqüências normativas da atual pluralidade de discursos. A teoria do discurso alemã (Habermas, não Lyotard) analisa uma pluralidade de diversos mundos de sentidos/discursos com lógicas autônomas da argumentação, desenvolvendo, ainda, uma concepção normativa de sua compatibilização recíproca.¹⁹ Defensores de um pós-modernismo sociológico ou jurídico discutem como se pode desenvolver uma nova política do local, partindo de uma multiplicidade de localidades estruturais, sedes autônomas de poder, conhecimento e imposição normativa.²⁰ A teoria da poliarquia deliberativa observa o surgimento de organizações público-privadas híbridas de modo completamente diferente, atribuindo-lhes alto grau de capacidade de solucionar problemas em condições institucionais adequadas à democracia interna.²¹ Já as teorias comunitaristas distinguem diversas *esferas de justiça* desenvolvendo diferentes concepções morais de igualdade e extraíndo daí a conseqüência normativa de que instituições político-jurídicas devem se apoiar em tais normas particulares.²² Uma vez que o direito privado está inseparavelmente ligado à produção normativa espontânea, uma das tarefas prioritárias à teoria do direito privado deveria ser aproveitar esse debate para uma nova formulação da autonomia privada clássica, utilizando especialmente as teorias que acentuam os aspectos da auto-organização, da delimitação

¹⁶ Especialmente apontado em FRIEDLAND & ALFORD, 1992. Comparar também POWELL & DI MAGGIO, 1992.

¹⁷ LUHMANN, 1997, p. 609ss.

¹⁸ A esse respeito, cf. TEUBNER, 1996a.

¹⁹ LUHMANN, 1997, p. 609ss.

²⁰ SANTOS, 1995, p. 416-455; e BAUMAN, 1993.

²¹ COHEN, 1996, e GERSTENBERG, 1997, p. 345ss.

²² WALZER, 1992, e SELZNICK, 1992, p. 229ss.

¹³ WEINRIB, 1995, e ZÖLLNER, 1996.

¹⁴ WILHELMSSON (1998) desenvolve uma perspectiva semelhante para o *Deliktsrecht*.

¹⁵ LYOTARD, 1987; e 1994, p. 141ss.

autônoma e da produção de formas genuínas de normatividade no âmbito dos setores sociais.

A principal conseqüência da pluralidade das autonomias privadas é, no entanto, de caráter normativo. A notável responsividade desenvolvida no passado pelo direito privado diante da autonomia do sistema econômico pode servir como o grande exemplo histórico para sua conduta perante os demais âmbitos de autonomia da sociedade civil. Trata-se sobretudo de institucionalizar o precário equilíbrio entre autonomia e intervenção, que o direito privado decidiu conservar diante de mercados auto-regulados. Quanto ao programa para estender o respeito do direito privado pelos setores autônomos do mercado a outros setores autônomos da sociedade civil,

Levar a autonomia a sério significa confiar na autodeterminação e, concomitantemente, na inevitável externalização (controle externo), a qual não deve ser entendida como determinação externa, e sim como um possível apoio externo em situações em que o auxílio próprio seja impossível. Ela seria comparável ao auxílio terapêutico e às estruturas de apoio externas ao direito.²³

Bastante sensível a essas evoluções, o teórico do direito privado Rudolf Wiethölter identifica, assim, a difícil relação entre direito e autonomia social. A questão remanescente é a seguinte: que condições tornam possível tal responsividade de direito privado, dada uma multiplicidade de autonomias sociais? Sob quais condições o direito privado desenvolverá uma franqueza semelhante, porém, distinta, com relação à criação normativa espontânea, em outros planos sociais, como educação, pesquisa, meios de comunicação, arte ou saúde? E, especialmente importante à situação atual, como a presente tendência maciça de privatizações influencia as condições da responsividade?

III. NOVOS E VELHOS MISMATCHES

A própria onda de privatizações revela-se sob um aspecto completamente diferente, quando se abre mão da simples dicotomia público/privado em favor de uma policontextualidade mais sofisticada da sociedade, quando se reconhece que a autonomia privada única do indivíduo livre transforma-se nas diversas autonomias privadas de criações normativas espontâneas. Nesse sentido, privatização não se trata mais, como normalmente se entende, de redefinir a fronteira entre o agir público e o privado, mas de alterar a autonomia de esferas sociais parciais por meio da substituição de seus mecanismos de

²³ WIETHÖLTER, 1988, p. 27ss.

acoplamento estrutural com outros sistemas sociais. Não se trata mais simplesmente de um processo em que atividades genuinamente políticas, antes dirigidas aos interesses públicos, transformam-se em transações de mercado economicamente voltadas ao lucro. Antes, o que se altera pela privatização de atividades sociais autônomas – pesquisa, educação ou saúde, por exemplo –, que apresentam seus próprios princípios de racionalidade e normatividade, é o seu regime institucional.²⁴ Em lugar de uma relação bipolar entre economia e política, deve-se apresentar a privatização como uma relação triangular entre esses dois setores e o de atividades sociais. Torna-se, assim, diretamente compreensível que a privatização leva, de fato, a uma impressionante liberação de todas as energias até então bloqueadas pelo antigo regime público. Paralelamente, no entanto, novos bloqueios desencadeados pelo novo regime tornam-se visíveis. Um antigo *mismatch*, um antigo desequilíbrio entre atividade e regime, é substituído por um novo *mismatch*.

Como são exatamente os antigos e novos *mismatches*? Antes da privatização, nas sociedades capitalistas os mais diversos setores sociais autônomos compreendiam-se no regime de direito público. A conceituação extremamente ampla do *político*, do *público* e do *administrativo* acabava por encobrir lógicas de ação e padrões de racionalidade relativamente díspares. Entretanto, isso não significou exatamente que esses setores sociais autônomos fossem totalmente politizados ou, em outras palavras, que sua racionalidade própria tivesse se transformado em mera lógica de poder tornando-a parte totalmente integrante do sistema político. Isso ocorreu, no máximo, em sistemas fascistas e real-socialistas, que tentaram politizar totalmente diversos setores da sociedade. Sistemas liberal-capitalistas utilizaram, em contrapartida, outra técnica, a de ampliar o setor público à sociedade civil. O Estado social moderno evitou, cuidadosamente, a destruição da autonomia das diversas racionalidades sociais. Pelo contrário, ele a respeitava, mas, ao mesmo tempo, a tornava dependente, ao manobrá-la numa relação de estreito acoplamento ao sistema político-administrativo. Por conta disso, tal autonomia pôde estabelecer contato com os ambientes sociais apenas por meio de canais políticos, mas sem que nesse processo perdesse sua autonomia operacional. Somente seus contatos externos regularam-se de tal modo que a política construiu a principal fonte de suas irritações ambientais, ao passo que a influência do processo político sobre outros setores da sociedade findou reduzida, filtrada, mediatizada e controlada. No Estado de

²⁴ Cf. FRIEDLAND & ALFORD, 1992, p. 256.

bem-estar social, os problemas sociais também se traduziram primariamente em temas políticos e só nessa forma politizada ofereceram-se como solução aos serviços do Estado social.

No entanto, concomitantemente a essa situação de estreito acoplamento estrutural, o sistema político do Estado social mudou seu próprio caráter. Reagiu à imensa diversidade das atividades, na medida em que se diferenciou internamente, de acordo com o modelo centro/periferia.²⁵ Em sua periferia, setores da administração e instâncias técnicas especializadas, que gozavam de certo isolamento da influência do centro político, obtiveram relativa autonomia. O direito administrativo desenvolveu formas jurídicas e teorias dogmáticas da auto-administração, que levaram em conta as lógicas de diversos setores e reformularam o direito público.²⁶

O problema perene desse íntimo acoplamento era, no entanto, um desequilíbrio estrutural, um *mismatch* entre atividades sociais e seus regimes político-administrativos.²⁷ Especialmente os economistas distinguiram-se pela análise e crítica desses custos dos *mismatches*. No curso dos debates sobre a desregulamentação, deixaram sempre claro quão pouco a direção política por meio do *command and control* adequava-se às lógicas próprias das ações sociais, bem como os imensos custos causados por tal *mismatch* entre atividade social e instrumento de comando.²⁸ É um mérito da economia de custos de transação o fato de sempre ter chamado a atenção a semelhantes prejuízos resultantes do atrito entre atividade social e formas de organização em todos os contextos possíveis.²⁹ Os altos custos de atrito gerados pela influência da política (no sentido estrito do jogo de poder dos partidos políticos) na integridade dos *serviços públicos* representaram um dos motivos mais fortes para a privatização, do mesmo modo que os custos da ingerência política na legalidade própria da pesquisa, educação e saúde. A crítica à ineficiência econômica e à incompetência profissional resultantes da direção de rígidas burocracias hierárquicas apontou na mesma direção. Estruturalmente, a auto-selevidade do processo político-administrativo filtrou o contato dos serviços sociais com o resto

²⁵ A esse respeito, cf. HABERMAS, 1992, p. 429ss; do ponto de vista do direito constitucional, VESTING, 1997, p. 42ss.

²⁶ A esse respeito, cf. STOLLEIS, 1996, p. 227ss e 258.

²⁷ Cf. a análise dos *déficits* de indústrias nacionalizadas na Grã-Bretanha, em NATIONAL ECONOMIC DEVELOPMENT OFFICE, 1976. Cf. pesquisa semelhante, em BOARDMAN & VINING, 1989. Sobre esses *déficits* repousa o poder de convencimento de argumentos jurídico-políticos em prol da privatização (MÖSCHEL, 1993 e 1997).

²⁸ MITNICK, 1980; WILSON, 1980; e BREYER, 1982.

²⁹ WILLIAMSON, 1985, 1991 e 1996.

da sociedade, tornando-os altamente sensíveis às influências da política, mas relativamente indiferentes aos outros setores da sociedade. Assim, a privatização não significou apenas o famoso desencadeamento das forças de mercado, mas também a liberação de energias profissionais em diversos setores de autonomia, anteriormente bloqueados pelo processo político-administrativo.

Realmente, após a privatização – como deveriam admitir os cultos perante aqueles que a desprezam³⁰ –, as dinâmicas internas de pesquisa, educação, saúde e arte libertaram-se de seu íntimo acoplamento estrutural à política de partidos e às burocracias administrativas. Contudo, tipicamente elas não desenvolvem, no curso da privatização, regimes autônomos independentes. Ao contrário, seu acoplamento estrutural ao sistema político é agora substituído por um acoplamento semelhante ao sistema econômico. O núcleo de sua autonomia operacional não foi destruído, mas seus contatos com o resto da sociedade passam a ser canalizados pelo mercado. Seus novos regimes institucionais são, agora, empresas governadas pelo princípio do lucro e sujeitas à concorrência econômica.

E aqui está o ponto irônico! Se os defensores da privatização antes determinavam-se a eliminar *mismatches* ineficientes, agora obtêm, por seu turno, novos *mismatches* entre atividade e regime. O regime de mercado de fato liberta uma série de atividades socioculturais anteriormente bloqueadas no regime administrativo-hierárquico, mas tende a provocar, a longo prazo, *mismatches* fatais a todas as atividades socioculturais incapazes de sobreviver economicamente. Certamente, isso não ocorrerá sem resistência interna, advinda da dinâmica interna das atividades públicas privatizadas. A longo prazo, surgirá o problema de como deverá ser a reação jurídico-política ao novo desequilíbrio. Pode-se buscar tais reações institucionais aos novos conflitos regime-atividade em cinco diferentes direções:

1. em que medida o regime de mercado sofrerá alterações e passará a “tolerar” atividades incapazes de sobreviver economicamente no âmbito de organizações privatizadas? Experiências históricas com universidades, fundações científicas e instituições culturais privadas mostram que, em determinadas condições, o mercado é perfeitamente capaz de desenvolver formas de ação eficazes – orientação a longo prazo em continuidade de atividades, em contraposição a

³⁰ Uma avaliação realista das chances de meios de comunicação privatizados encontra-se em VESTING, 1997, p. 319.

orientação ao lucro, possibilidade de autonomias culturais desenvolverem idéias e forças próprias no âmbito de organizações economicamente eficientes, subvenção cruzada de atividades não-lucrativas capazes de adaptar-se com reconhecida flexibilidade a racionalidades não-econômicas;

2. em resposta a: em que grau o *non-profit-sector* crescerá, cultivará e, com o tempo, assumirá atividades sociais de caráter não-político e não-econômico (instituições de caridade, organizações sem fins lucrativos, doações, associações voluntárias, atividades de lazer)?;
3. em que medida o sistema político manterá ou reconquistará o controle sobre atividades privatizadas, protegendo/reforçando, assim, sua autonomia à lógica do mercado (administração estatal tradicional, novas instâncias regulatórias, “quangos”)?;
4. até que ponto a própria economia desenvolverá um sistema político independente que produza bens locais públicos (associações econômicas, redes tradicionais, associações profissionais)?;
5. em resposta a: em que medida surgirão, finalmente, regimes mistos a superar a linha divisória público/privada e a desenvolver formas de coordenação em que racionalidades políticas e econômicas, hierarquias e mercados sejam combinados?

Qual dessas opções será realizada depende especialmente, sob as condições das *varieties of capitalism*, de qual regime de produção for institucionalizado, em qual contexto nacional e regional.³¹ Em todas essas opções, o direito privado teria papel limitado, mas de qualquer forma novo. Não se poderia voltar a uma autonomia privada entendida no sentido puramente econômico, nem simplesmente prosseguir com a *policy orientation* da política institucionalizada. Antes, as atividades regulamentadoras auto-suficientes do direito privado deveriam concentrar-se exatamente nos problemas derivados dos novos *mismatches*, dos desequilíbrios entre a lógica interna dos antigos serviços públicos e seus novos regimes econômicos.

Seria errôneo identificar tais *mismatches* entre essas lógicas de ação sociais com o fenômeno de falhas do mercado, quando se entende por tais falhas um desvio das condições do mercado ideal (sem custos de transação, informação completa, livre acesso e saída, internalização total de custos e benefícios) que produzam resultados paraeficientes. Certamente, até o mercado ideal obte-

³¹ A esse respeito, cf. HALL & SOSKICE, 1998; do ponto de vista do direito comparado, TEUBNER, 1998a.

ria *mismatches* em relação aos serviços públicos privatizados. Da mesma maneira, uma abordagem jurídico-econômica que defina o papel do direito como imitação de um mercado eficiente seria cega perante tais *mismatches*.³² Igualmente errôneo, no entanto, seria utilizar como parâmetro os antigos padrões de direito público dos serviços sociais, pois isso conferiria um privilégio igualmente ilegítimo da política institucionalizada e de sua percepção idiossincrática dos conflitos sociais.

Na discussão mais moderna também tornou-se comum diferenciar regulamentação econômica e social, ou uma tipologia de diversas racionalidades da regulamentação – algo como regulamentação de monopólios, de mercados competitivos, regulamentação social.³³ Porém, mesmo essas fórmulas encontram-se ainda sob o domínio da distinção público/privado e presumem implicitamente uma definição política centralizada dos respectivos *mismatches*. Também a distinção usual entre política alocativa e distributiva não satisfaz as perspectivas multidimensionais cruciais.³⁴ A diferença entre regulamentação econômica/social parece ser apenas uma reformulação moderna da antiga separação público/privado, embora da perspectiva das agências reguladoras. A multiplicidade de setores sociais e suas perspectivas idiossincráticas aparecem, assim, apenas em sua tradução econômica ou política. É significativo que a regulação social, de seu lado, se subdivida em programas de governo e regras de proteção ao consumidor, tratando-se, assim, de nada mais que o ressurgimento da distinção público/privado em nova roupagem (atente-se à alteração dos pares opostos: em lugar de governo/cidadão, governo/consumidor).

Em lugar disso, os critérios – para adotar a famosa fórmula de Michael Walzer – devem se desenvolver espontaneamente nas diversas *esferas da legalidade*. Nos próprios locais estruturais mencionados, as controvérsias internas e os conflitos externos que gravitam em torno da definição de sua identidade social devem distribuir-se entre a pluralidade de sistemas sociais. Trata-se também de uma política de reflexão descentralizada no âmbito de diversos mundos sociais, em oposição à sua definição na esfera da sociedade como um todo, num local privilegiado do político.³⁵ A esses conflitos internos aos e entre os discursos relativos à sociedade civil, especialmente aos conflitos entre atividades sociais e

³² Por exemplo, a orientação exclusivamente econômica da privatização, em LITTLECHILD, 1984 e 1986.

³³ PROSSER, 1997, p. 5ss.

³⁴ Aqui jaz, apesar de todos os méritos, a cruz dos entendimentos regulatórios não-econômicos (STEWART, 1988; SUNSTEIN, 1990).

³⁵ Cf. abordagem semelhante, sob o título do comunitarismo, em WALZER, 1992; SELZNICK, 1992, p. 291-345. Sob conflitos interinstitucionais, FRIEDLAND & ALFORD, 1992, p. 256ss; sob polarização deliberativa, COHEN, 1996, e GERSTENBERG, 1997; sob direito pós-moderno, WILHELMSSON, 1998.

seus novos regimes econômicos, o direito privado deverá desenvolver uma grande medida de responsividade, tanto no direito material quanto no direito processual. Certamente, os critérios não podem simplesmente derivar de princípios de racionalidade predefinidos nos subsistemas sociais e incorporados ao direito privado. Ao contrário, surgem apenas no curso de um conflito entre diversos atores sociais. A tarefa do direito privado, então, será prestar, com racionalidade jurídica específica,³⁶ uma contribuição de fato limitada, mas não insignificante, a esse processo de reflexão em que são formulados novos critérios para o conflito entre atividades sociais e regime econômico.

IV. RACIONALIDADES EM COLISÃO

O desequilíbrio entre serviços públicos e seus regimes econômicos certamente será diferente no setor de saúde e no sistema educacional, na pesquisa e na esfera das comunicações. Não há qualquer regra geral de que a lógica do agir econômico necessariamente conflita com a lógica interna de outras atividades socioculturais. Entretanto, podem-se divisar alguns problemas típicos trazendo consigo um novo acoplamento estrutural dos serviços públicos à economia.³⁷ Quais são os novos conflitos estruturais a serem decididos pelo direito privado, após a privatização? De que tipo são as tensões interdiscursivas das quais surgem conflitos sociais para os quais o direito privado deve encontrar uma solução, mesmo que para isso deva mudar sua própria estrutura fundamental?

Não se trata de – para reforçar novamente – identificar conflitos entre a racionalidade política dos velhos e bons serviços públicos e a racionalidade econômica de seus cínicos sucessores privatizados. Trata-se, sim, de descobrir os campos de problemas em que a lógica do mercado colide com princípios fundamentais dos sistemas sociais em questão. Tratarei com um pouco mais de profundidade alguns dos conflitos mais salientes, uma vez que interessam ao direito privado, e mencionarei outros mais superficialmente.

1. CORRUPÇÃO ESTRUTURAL: nos cantos escuros de algumas das universidades privadas mais prestigiadas internacionalmente, vagueiam os denominados *pink students* ou até mesmo *superpink students* (crianças do Alumni e de outros patrocinadores generosos que mostram um talento pouco mais restrito que o de seus pais – por que então *pink...?*). Em algumas universidades, eles

podem preencher até 15% (!) das vagas disponíveis.³⁸ Esse é apenas um dos exemplos mais crassos da corrupção estrutural em serviços públicos privatizados. Estrutural porque não há corrupção por parte dos burocratas universitários participantes ou dos *selectors* acadêmicos – obviamente eles são impulsionados apenas por um patriotismo institucional. Nessas situações, o padrão científico-pedagógico da universidade, os conceitos de igualdade de admissão e de oportunidades na vida profissional e o princípio do desempenho corrompem-se estruturalmente, por conta do interesse legítimo dos generosos patrocinadores de perpetuar o *splendor familiae* e pelo igualmente legítimo interesse de administrações universitárias, conscientes de sua eficiência em explorar vantajosamente tais oportunidades. Contudo, pode-se detectar nesse contexto uma notável reserva por parte dos tribunais, que não querem interferir nos assuntos internos de universidades privadas. Por que não? Porque eles são de natureza privada.³⁹ Tal exemplo mostra mais do que claramente o quão inadequado é trabalhar com a distinção público/privado. Princípios fundamentais do sistema educacional são ortogonais à distinção público/privado, e o direito privado não poderá, quando a onda de processos começar, esquivar-se dos problemas de corrupção estrutural com referência a seu caráter privado. Ele deve solucioná-los sem recorrer, ao mesmo tempo, diretamente a princípios de direito público, uma vez que os novos *mismatches* econômicos distinguem-se claramente dos antigos *mismatches* políticos. Ademais, esses conflitos também não são de tão fácil resolução, como a arrogância das universidades européias de ponta quer fazer crer, pois, no novo regime, trata-se de ponderar cuidadosamente os princípios pedagógicos de tratamento igualitário e as prerrogativas de uma subvenção cruzada.

Conflitos semelhantes surgem nos meios de comunicação recentemente privatizados, nos quais o motivo do lucro ameaça corromper estruturalmente a integridade jornalística. Lembro-me, por exemplo, dos bons velhos tempos, quando o rádio e a televisão ainda eram monopólios de direito público, de uma corrupção estrutural endêmica comparável, quando a política partidária, com sua fiscalização, escondia-se sob o manto protetor da representação pluralística. Também semelhante é a saga da vaca louca, transformada em paradigma a uma inovadora parceria público-privada, com a finalidade de corrupção estrutural

³⁸ GOSSIP, 1998, passim.

³⁹ Nos EUA pode-se constatar, no entanto, uma tendência ao fortalecimento de intervenções do judiciário em universidades privadas. Assim, por exemplo, em *Greene v Howard University*, 271 F. Supp. 609 (1967) e *Harvey v Palmer College of Chiropractic*, 363 N.W.2d 443. Sobre a discussão britânica acerca das intervenções do judiciário em organizações privadas, cf. BLACK, 1996; SWANN, 1997.

³⁶ A esse respeito, cf. SCHELSKY, 1980, p. 36, em especial ressaltado o critério jurídico-sociológico da estrutura das três funções.

³⁷ Sobre a colisão de sistemas sociais, cf. LUHMANN, 1997, p. 1.087.

da pesquisa científica. O financiamento seletivo de projetos de pesquisa, a influência de empresas e de *lobbys* sobre prioridades de pesquisa, as práticas de demissão por parte de repartições públicas para se livrar de cientistas incômodos e, *last not least*, a *comitologia* fomentadora de consensos da UE foram quase sempre aplicados com êxito, de modo a bloquear, ou ao menos manipular, a pesquisa, comprometendo a integridade do processo científico.

No entanto, é encorajador o fato de, em conseqüência da privatização e diante da corrupção estrutural, uma moderna consciência moral pública encontrar-se com as tendências do direito privado fortalecedoras da autonomia. Realmente, entre as exigências praticamente incontroversas do consenso moral atual, ao menos o núcleo da racionalidade interna de um setor social autônomo, como pesquisa, saúde ou educação, não pode ser substituído pela racionalidade econômica. Isso não é encarado apenas como resultado do comando sociotécnico, mas como um problema moral, “pois agora sabotagens aos códigos tornaram-se um problema moral – como a corrupção na política e no direito, o *doping* no esporte, a compra de amor ou a trapaça com dados de pesquisa empírica”.⁴⁰

Assim, a atual ética na economia ensina que as ações econômicas devem respeitar a integridade dos métodos de pesquisa, educação, tratamento médico e outras áreas autônomas do saber ou, até mesmo, que, a curto prazo, interesses precisam ser sacrificados em prol de vantagens.⁴¹ A sociologia dos sistemas recomenda ao sistema econômico manter-se longe das lógicas próprias específicas dos diversos sistemas sociais e não sucumbir às tentações de sua estrutura decisória descentralizada, a saber, a criação de vantagens por meio de *deals* particulares.⁴² Por seu turno, a sociologia das instituições insiste em que as ações econômicas devem ser limitadas e sua influência sobre diversas instituições, canalizada de tal forma que ela também possa assumir realmente a responsabilidade pelas conseqüências de suas ações.⁴³

Essa ética das fronteiras está de acordo com os desejos básicos de instituições de direito privado: criar muralhas da China entre diversas esferas de ação, como no direito de propriedade, coibir combinações incompatíveis de papéis a serem desempenhados, como no direito contratual, abrir espaço a processos decisórios autônomos, como no direito societário. Esse método genuíno do

⁴⁰ LUHMANN, 1997, p. 1.043.

⁴¹ Cf., por exemplo, STEINMANN & LÖHR, 1991.

⁴² LUHMANN, 1965, p. 115.

⁴³ SELZNICK, 1992, p. 289ss.

direito privado de criar e proteger fronteiras entre diversas esferas de ação também pode ser aplicado com certa probabilidade de êxito, contra a nova corrupção nos meios de comunicação, na pesquisa e no setor de saúde.

2. EXCLUSÃO SOCIAL: hoje em dia, já se pode depreender das matérias jornalísticas britânicas que, em conseqüência das furiosas intervenções da privatização nos setores de saúde e assistência social e no âmbito das telecomunicações, os pobres, deficientes ou desabrigados são discriminados ou até mesmo privados de acesso a alguns setores. Basicamente, o próprio sistema econômico edifica-se sobre o princípio da inclusão universal, nada menos que o próprio sistema social. Cada membro da sociedade tem acesso a suas atividades, em conformidade com as condições próprias do sistema, mas as respectivas condições do acesso universal encontram-se em intenso conflito. Sob o antigo regime público, o acesso ao sistema político pelo direito universal ao voto podia servir de critério relativamente confiável ao acesso aos benefícios dos serviços públicos, mesmo que não se quisesse perder de vista em que medida discriminações por razões puramente políticas – nacionalidade a eleitores e grupos de interesse – desempenharam papel dominante. O novo regime, por sua vez, discrimina pelo poder de compra, resultando daí um dos *mismatches* mais marcantes, relativo aos direitos de acesso universal ao sistema de saúde, à seguridade social e às telecomunicações.

A reação jurídica previsível a esse conflito de condições distintas de acesso é impor ao novo regime normas mantenedoras de seus serviços acessíveis, não por critérios econômicos, mas pelos critérios próprios de cada sistema.⁴⁴ Contra a lógica do mercado e em contradição ao princípio jurídico da liberdade contratual, como normatizado no novo regime de telecomunicações da UE, o “acesso a determinado mínimo de prestação de serviços de qualidade específica para todos os usuários a um preço acessível, construído sobre os princípios da generalidade, igualdade e continuidade”⁴⁵ no centro do regime de direito privado.

Isso não deve, contudo, ser encarado como intervencionismo político, como invasão da racionalidade política na racionalidade econômica. Ao contrário, trata-se da racionalidade interna do setor em questão – saúde, telecomunicações, serviços sociais –, cujos princípios de inclusão encontram-se em conflito com os do mercado, colocando, assim, ao direito privado a missão de satisfazer simultaneamente a lógicas de ação contraditórias. O direito privado

⁴⁴ Discutido, especialmente no âmbito da comunicação, em SAUTER, 1996.

⁴⁵ COM (94) e COM (94) 682.

deve impor normas fundamentais de outros sistemas sociais às transações econômicas. Para tanto, utiliza formas jurídicas antigas e novas: velhos conhecidos, como a obrigação de contratar e o controle judicial de condições gerais do contrato, e inovações, como a divisão adequada de subvenções cruzadas para atividades não-lucrativas entre concorrentes, administração de meios privados por organizações não orientadas ao lucro, imposição de padrões socio-culturais não-econômicos e não-políticos a empresas orientadas ao lucro. Como demonstram os novos regulamentos de telecomunicações, deve-se criar, contra a lógica de mercado e da liberdade contratual, sistemas de tributação privada e subsídios de custos para gerar recursos ao princípio específico de acesso do setor social em questão.⁴⁶ No futuro, a fantasia institucional do direito privado será sempre desafiada, quando se tratar de transformar e desenvolver, interpretatoriamente, a constituição interna de serviços públicos orientados ao lucro como instituições universais de prestação de serviços.

3. CONTRATUALIZAÇÃO E EXTERNALIDADES: no curso da privatização, serviços públicos multilaterais transformam-se em regimes contratuais privados, com a conseqüência de que um bilateralismo forçado retalha estruturas sociais complexas. Um abrangente projeto na área de saúde, por exemplo, exigindo a cooperação de diversas capacidades médicas, sociais, organizatórias, científicas, financeiras e políticas, será organizado por meio de uma combinação de contratos e subcontratos bilaterais entre diversas organizações públicas e privadas. O direito contratual aplicado pelos tribunais seguirá a lógica dos contratos de mercado e tenderá a dirimir conflitos mediante o isolamento jurídico de cada contrato individual. Segue-se, assim, a construção da realidade econômica, que traduz a unidade complexa de um projeto social numa multiplicidade de transações econômicas bilaterais, implementando, com isso, a alocação desse projeto a diversos mercados. Tal construção do projeto não pode mais levar em conta o fato de que transações bilaterais isoladas são realmente incompatíveis com a estrutura em rede das relações sociais, técnicas e políticas interdependentes. A nova análise econômica do direito ainda fortalece essa dependência do direito. Seus critérios – eficiência alocativa e redução dos custos de transação – traduzem todo o mundo produtivo dos projetos na linguagem de custos econômicos e utilidade de transações isoladas, declarando, além disso, tal tradução como vinculativa ao direito.⁴⁷

⁴⁶ A esse respeito, cf. HOFFMANN-RIEM, 1996, VESTING, 1997.

⁴⁷ EASTERBROOK & FISCHEL, (1989) encaram a empresa integrada até mesmo como apenas *corporate contract*, já que tornam a visão econômica reductiva vinculativa ao direito apenas como mera pilha de contratos individuais, cortando, assim, as relações de interdependência internas.

Hugh Collins, o teórico inglês do direito privado, analisou essa distorção de relações sociais por meio de sua contratualização econômica, sistematizando-a em quatro categorias: 1. bilateralização; 2. critérios seletivos de desempenho; 3. novas relações de poder; 4. externalização de efeitos negativos.⁴⁸ Ademais, permanece ainda em aberto a seguinte questão: em que medida a contratualização dos serviços públicos também influencia negativamente a qualidade de seu controle judicial, sobretudo quando se trata do interesse de terceiros não diretamente incluídos na relação contratual bilateral? De fato, a privatização introduz, forçosamente, o princípio da relatividade da obrigação em complexas relações sociais multilaterais, com a conseqüência de que os tribunais as interpretem apenas como uma maioria de relações bilaterais sem relação jurídica. Nesse sentido, a privatização se intensifica, na medida em que o perigo do *purismo dogmático* no direito das obrigações “decompõe acontecimentos sociais unitários em partes tornadas independentes, não mais relacionadas”.⁴⁹

O jurista de Oxford, Mark Freedland, expressou perfeitamente essa problemática:

Government by contract may involve a comparable network of contracts, so that there can be an interlocking of service procurement contracts on the one hand, and consumer or customer contracts with the service provider on the other. In such arrangements, the doctrine of privity of contract ensures that the consumer has no direct contractual relation with the service procurer. It would not be wholly surprising to find, by extension of this reasoning, there were many situations in which the citizen as consumer had no sufficient interest to seek judicial review of the actions or policies of the government department which had procured the service in question.⁵⁰

Na melhor das hipóteses, ela aumentará a pressão sobre a dogmática do direito privado – que, até o momento, protegeu-se rudemente de avanços inovativos – para que aceite o caráter de rede de complexos feixes de processos também como construção jurídica.⁵¹ O conflito entre rede social e bilateralidade econômica forçará o direito privado, a longo prazo, a incluir efetivamente a interdependência das relações como *Drittwirkung* contratual, mesmo que isso contradiga o princípio da relatividade dos vínculos obrigacionais e ocorra às custas de eficiência alocativa e economias de transação.

⁴⁸ COLLINS, 1997, p. 76ss.

⁴⁹ GERNHUBER, 1989, p. 462.

⁵⁰ FREEDLAND, 1994, p. 100.

⁵¹ Cf. MÖSCHEL, 1986; JOERGES, 1991; FLECHSIG, 1996. Para a *common law*, ADAMS & BROWNSWORD, 1990; DEAKIN, LANE & WILKINSON, 1994.

4. **FRONTEIRAS DA MONETARIZAÇÃO:** a privatização desencadeia de maneira nova um antigo conflito, a briga sobre as fronteiras da venalidade. Historicamente, o desenvolvimento do protestantismo e a eclosão de guerras religiosas tinham muito a ver com a expansão do mecanismo monetário em tradicionais áreas sacras. Martinho Lutero protestou energicamente contra a comercialização da salvação pessoal e dos cargos religiosos. E foi um acontecimento histórico importante ambos terem sido definidos como *res extra commercium*. Nos dias de hoje, diante da chocante notícia de que um certo dr. Seed – *nomen est omen* – está privatizando clones de seres humanos, é sobretudo a privatização do setor de saúde e a comercialização de pesquisas biomédicas que inflamam novamente o antigo conflito. E grande parte desses conflitos será novamente discutida, com o que os tribunais deverão se preparar para eliminar as fronteiras da comercialização, mesmo sem pretextos políticos, com o auxílio de cláusulas gerais de direito privado.⁵²

5. **DUMBING DOWN:** veneráveis instituições britânicas, especialmente nas áreas de arte e cultura, mas também de meios de comunicação e universidades, sofreram, no curso da privatização, danos preocupantes em qualidade profissional, atribuídos à influência de mecanismos de mercado.⁵³ Altamente controversa, por exemplo, é a questão de saber se a perda de qualidade da mundialmente famosa BBC pode ser atribuída à concorrência do czar da imprensa, Murdoch BskyB. A tranqüila música clássica da tradicional emissora BBC 3 é diretamente prejudicada pela concorrência da emissora comercial Classics FM. *Dumbing down* no processo de descobrimento concorrencial!

Uma fantasia institucional que introduz corretivos, nesse ponto, deveria depositar suas esperanças prioritariamente em padronizações e *auditing practices* que não tornam seus critérios diretamente dependentes do mercado, no cultivo de reputação cultural e profissional imposta indiretamente ao mercado e incorporada também ao direito privado, por meio de normas de referência.⁵⁴ Contínuas garantias jurídicas seriam direcionadas à institucionalização de um direito à diversidade⁵⁵ e à pluralização das fontes de financiamento, criando determinada autonomia dos padrões.⁵⁶

⁵² Sobre o uso de formas de direito privado para fins públicos, cf. HOFFMANN-RIEM, 1996a; na *common law*, WIGHTMAN, 1998.

⁵³ A esse respeito, cf. HOGAN, 1997.

⁵⁴ Sobre os aspectos sociológicos do desenvolvimento de uma *audit society*, cf. POWER, 1997.

⁵⁵ STEWART, 1983, p. 1.568.

⁵⁶ Sobre o argumento da pluralização das fontes de financiamento, cf. KEALY, 1997, no que diz respeito à ciência; GRABER, 1994, p. 227ss, quanto à arte; VESTING, 1997, p. 321, para os meios de comunicação.

6. **SELETIVIDADE PERVERSA:** a multiplicação do surgimento da espécie *fat cats* nos monopólios de abastecimento da Inglaterra é apenas um dos diversos indicadores da tendência do novo regime à seletividade perversa: pequenas distinções criam grandes desigualdades. Estas não são apenas o pontapé inicial para a popular *envy culture*, mas também – e o que é importante para o realce do caráter meritocrático do novo regime – estão em desacordo com a percepção das reais distinções de desempenho em setores distintos dos serviços públicos.

V. REAÇÃO I: FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Já se podem vislumbrar, atualmente, modelos estruturais com base nos quais o direito privado se desenvolverá após a privatização? A evolução do direito dependerá, em grande medida, da direção na qual o próprio processo de privatização se desenvolver. Por essa questão ainda estar em aberto, deve-se pensar em alternativas. Como são os possíveis cenários de uma reação do direito privado aos conflitos estruturais, aos *mismatches* já mencionados entre atividade e regime? Gostaria de distinguir, em princípio, dois cenários diferentes: fragmentação e hibridização.

Caso se utilize a usual distinção da sociologia das organizações entre acoplamento firme e frouxo,⁵⁷ as novas normas de direito privado poderão relacionar-se à intensidade do acoplamento estrutural entre serviços públicos e economia. Seu futuro aperfeiçoamento depende de o processo de privatização levar a um acoplamento firme ou frouxo dos serviços públicos com os processos de mercado. Fragmentação designa, assim, a reação a uma multiplicidade de âmbitos de autonomia sociais, na medida em que estejam acoplados apenas frouxamente a processos econômicos. Hibridização, por sua vez, consiste na reação a um acoplamento firme à economia. Ironicamente, em ambos os cenários é o próprio processo de privatização que frustra as esperanças do direito a uma nova unidade do direito privado no regime de mercado. Justamente a privatização impele o direito privado a graus cada vez maiores de diferenciação, nos quais direitos privados especiais personificam racionalidades específicas do ambiente social.

Certamente, a fragmentação do direito privado constitui um processo histórico de longo prazo, que assumiu muitas aparências e que pode ser atribuído a diversas causas.⁵⁸ Muitos direitos privados especiais – por exemplo,

⁵⁷ WEICK, 1976; PERROW, 1998.

⁵⁸ A esse respeito, cf. WIEACKER, 1967, p. 543; JOERGES, 1991; ZÖLLNER, 1996.

o direito do trabalho, o direito do consumidor, o direito autoral e o direito ambiental – não guardam nenhuma relação direta com o fenômeno da privatização. E são bem pouco claras as causas dessa múltipla fragmentação: a dominância de determinados grupos sociais, o surgimento de certos ramos profissionais, a significação e urgência de uma arena política, a pressão de problemas sociais, as necessidades internas da dogmática jurídica ou a instituição de uma jurisdição especial. De qualquer forma, nos interessa um critério para a fragmentação do direito privado no setor automotivo induzido externamente, ou seja, a produção normativa espontânea num âmbito social, uma vez que ela também seja utilizada como fonte do direito. A autonomia *privada* de um sistema social revela-se na existência de um maquinário de produção normativa – mecanismos de consenso, organizações formais, padronização –, desempenhando o papel de fonte independente de direito.

Certas evoluções no novo direito das relações privadas são paradigmáticas.⁵⁹ As mudanças dramáticas às quais o tradicional direito de família vem sendo submetido podem atribuir-se, em grande medida, a uma peculiar privatização da vida privada. As pessoas insistem, cada vez mais, na escolha autônoma de uma multiplicidade desconcertante de relações pessoais e estilos de vida idiossincráticos fora das formas tradicionais do direito de família: parcerias não formalizadas, relacionamentos homossexuais, modos de convivência flexíveis, vidas em grupo, novas formas de educação dos filhos, famílias maiores. O Estado reage a essa contratualização radical do direito de família, na medida em que recua, hesitante e passo a passo, do monopólio do casamento heterossexual e de outras regulamentações estatais da vida privada, limitando-se, crescentemente, a traçar apenas uma moldura para a auto-regulação autônoma da vida privada e a disponibilizar intervenções de crise para situações de conflito.

Temos, aqui, um caso exemplar de como o direito confia numa autonomia privada não construída sobre transações econômicas em condições de concorrência, e sim sobre relações íntimas e pessoais de longo prazo, que se estabilizam de maneira bastante precária por meio das instabilidades do afeto mútuo. A racionalidade específica da vida privada, à qual o direito reage, não é definida como a antiga subsistência econômica (papel da *oikos*), nem politicamente (a família como a menor unidade da sociedade ou objeto de uma política populacional), mas proporciona uma área livre singular no mundo social atual, na qual toda a personalidade, em todos os seus aspectos, pode encontrar forma de

⁵⁹ Sobre a análise sociológica das evoluções, cf. ALLERT, 1998.

expressão legítima. As regras e os princípios do novo direito de família reagem quase exclusivamente a essa extravagante racionalidade da vida privada e sua criação normativa espontânea, à “idéia de uma comunidade fundada no casamento por amor e, apesar disso, durável, íntima e pessoal, na qual o indivíduo encontra entendimento para sua peculiaridade concreta”.⁶⁰

Podem-se esperar evoluções paralelas da privatização, em outros subsistemas sociais, com racionalidade própria altamente desenvolvida? Há futuro para um direito de educação, direito de pesquisa, direito de saúde e direito de arte *privados*, ou seja, socialmente autônomos, que reflitam suas respectivas racionalidades próprias – à relativa distância tanto da racionalidade política quanto da econômica? É possível conceber um direito dos *private governance regimes*, que, à vista da poliarquia deliberativa, possa ser descrito como “*functionally specified ‘problem solving-units’. These units are neither conventionally public since they operate independently from state command and control, nor conventionally private because they do exercise a problem-solving function and have reflexive capacities concerning the interests of society as a whole*”.⁶¹

Mesmo que talvez tais esperanças sejam demasiado otimistas, cada uma dessas áreas dispõe de extensivos mecanismos de criação normativa espontânea, que desempenham um papel constitutivo totalmente comparável ao das transações de mercado. Se, por exemplo, a prática contratual de universidades privadas e de outras instituições de ensino submeter-se a um controle judicial constante, o futuro direito contratual de ensino apresentará enormes diferenças em relação ao direito contratual clássico. A liberdade contratual dessas instituições quanto à escolha dos alunos é bastante limitada por princípios pedagógicos, por princípios meritórios de produção acadêmica e por um estrito princípio de igualdade de tratamento, a serem provavelmente sacrificados por nossos *pink students*. Apesar da ampla margem de avaliação pedagógica para o aperfeiçoamento de relações internas nas universidades privadas, é a justiça que examina se foram de fato os princípios pedagógicos que desempenharam papel decisivo nessa avaliação. A liberdade de escolha dos pais, alunos e professores define-se juridicamente num processo em que dominam os princípios pedagógicos.⁶² Philip Selznick descreve os princípios jurídicos de instituições de ensino priva(tiza)das com base em sua lógica normativa interna: “*to take into account*

⁶⁰ LUHMANN, 1997, p. 980.

⁶¹ GERSTENBERG, 1997, p. 352.

⁶² Uma concretização contextualizada do *due process* encontra-se em WINSTON, 1975; SELZNICK, 1992, p. 516ss.

of public concerns, including, among much else, the quality of basic education, teacher preparation, equality of opportunity, racial integration, care for the handicapped, education for civic responsibility".⁶³

Entretanto, finalmente a direção tomada pelo próprio processo de privatização decidirá o surgimento de novos direitos privados especiais, novos fragmentos autônomos de direito privado. Como foi dito, permanece em aberto saber se ele resultará num acoplamento firme ou frouxo com processos de mercado e em quais proporções. Isso porque, realmente, já há hoje em dia grande quantidade de formas de privatização distintas.⁶⁴ O acoplamento apenas será frouxo, se alguns dos antigos serviços públicos no *non-profit-sector* reorganizarem-se em instituições, fundações e organizações de interesse público. Quanto mais a privatização levar à sua organização no setor não-lucrativo, maior será a fragmentação do direito privado em áreas autônomas.

O direito privado, no entanto, não é a única variável dependente nesse contexto. Também é decisivo até que ponto o próprio direito está conceitualmente preparado para as *opportunity structures* da privatização: o direito contratual e o *Deliktsrecht*, o direito societário e o direito das coisas dispõem de formas jurídicas suficientemente elaboradas, de modo a oferecer ao terceiro setor a oportunidade de institucionalizar racionalidades autônomas também juridicamente? Quanto mais regimes para organizações não-lucrativas dos antigos serviços públicos o direito privado oferecer, maior será a chance de que a pressão política utilize a tensão estrutural entre sua racionalidade interna e a racionalidade econômica para os transferir ao terceiro setor.

VI. REAÇÃO II: HIBRIDIZAÇÃO DE RELAÇÕES DE DIREITO PRIVADO

Se não para a maioria dos serviços públicos, para muitos a privatização existente acarreta um firme acoplamento estrutural à economia. Como o direito privado, quando os serviços sociais terão *comercializado* completamente seus processos de produção normativa, quando seus mecanismos especiais de consenso terão se transformado em contratos comerciais, quando suas instituições de prestação de serviços terão se tornado empresas comerciais, e seus processos de padronização, em padrões de mercado?

Em tal situação, os tribunais percebem os serviços privatizados apenas de uma perspectiva extremamente limitada, pois, mediante a política contratual,

⁶³ SELZNICK, 1992, p. 517.

⁶⁴ STAR, 1997.

podem encarar as informações sobre os serviços automaticamente e quase exclusivamente como cálculos econômicos de custo-benefício. Em processos de direito civil concretiza-se uma assimetria peculiar no acoplamento estrutural entre o direito, a economia e o sistema social. A situação representa quase uma repetição da antiga posição dominante da política institucionalizada nos antigos serviços públicos. Cada elemento da relação de prestação de serviços, seja na pesquisa, na educação, na tecnologia, na arte, seja na medicina, traduz-se inicialmente em cálculos econômicos, eficiência alocativa, custos de transação e, após essa tradução, apresenta-se ao direito para que sejam dirimidos os conflitos. Isso significa, aos litígios privados, uma drástica redução de relações sociais, uma vez que a informação sobre o sistema social é inevitavelmente filtrada e canalizada, quando não falseada, em sua reconstrução na forma de cálculos de custos.

A reorganização do direito privado reativa a tais distorções óticas significa uma reestruturação do acoplamento estrutural dos serviços públicos privatizados a seus ambientes não-econômicos. A dogmática privada deve compreender completamente os serviços públicos privatizados em sua natureza híbrida. Eles não são híbridos, no atual sentido habitual de uma mistura de regimes de direito público e privado,⁶⁵ ou de aspectos políticos e econômicos. A idéia da *policontextualidade* leva, aqui, a outro conceito de hibridização. Serviços públicos privatizados têm dupla filiação nos setores sociais, pois integram, ao mesmo tempo, dois sistemas: o econômico e o social no qual desempenham suas funções. O direito privado deve, de modo correspondente, quebrar o firme acoplamento do monopólio da economia e criar, a seu lado, um acoplamento estrutural firme aos sistemas sociais participantes. Na prática, isso significa que o direito fortalece os aspectos não-econômicos diante da lógica *self-enforcing* do cálculo econômico, uma vez que os dota de vinculação normativa. As fontes do direito privado não podem mais, então, ser procuradas exclusivamente na normatização autônoma privada das transações de mercado, e sim em dois procedimentos paralelos e freqüentemente contraditórios de produção normativa espontânea. As regras juridicamente vinculantes de um contrato edificam-se sobre dois mecanismos, igualmente eficazes, de auto-regulação: 1. uma transação econômica; 2. um acordo produtivo no setor social.⁶⁶

⁶⁵ BLACK (1998) define a hibridização de unidades auto-reguladoras, recorrendo aos conceitos *público/privado*, mas mostra dúvidas em relação à utilidade dessa distinção: "talvez devamos tomar como ponto de partida o tipo da função a ser desempenhada, e perguntarmo-nos quais obrigações e responsabilidades devem acompanhar o exercício dessa função e a que devem ser atribuídos, que grau de autonomia aqueles que os desempenham devem ter e que medida de controle judicial é necessária".

⁶⁶ Para maior detalhe, cf. TEUBNER, 1998b.

Assim, o direito contratual reconstrói o contrato não apenas como um projeto empresarial, como uma transação monetária com fins lucrativos em maiores ou menores condições de concorrência, que provocam expectativas econômicas em ambos os lados. De igual significação é sua reconstrução jurídica como um projeto *produtivo* num dos muitos mundos sociais – prestação de serviços, tecnologia, ciência, medicina, jornalismo, esporte, turismo, educação e arte –, que, cada um a seu modo, geram expectativas normativas. A conciliação dessas colisões normativas não fica automaticamente a critério da língua custo/benefício das transações financeiras, mas torna-se uma questão de direito contratual. Nesse ponto, a fórmula jurídica do *conteúdo jurídico do direito positivo dispositivo* adquire uma conotação completamente diferente.⁶⁷ Não se alude apenas à justiça da compensação de interesses entre as partes contratuais, mas também à justiça discursiva: as formas contratuais dispositivas do direito positivo preparam-se para satisfazer à normatividade interna do sistema social. Provavelmente, seria um eufemismo falar aqui de um mero contrabalanceamento entre duas racionalidades distintas. Em relação à dinâmica impositiva do cálculo econômico, isso significa que o direito privado coloca-se ao lado da respectiva racionalidade social e impõe seu padrão à ação econômica. Nesse contexto, posso apenas chamar a atenção ao conceito dos *direitos discursivos*, que serviriam de fundamento jurídico.⁶⁸ Trata-se – no desdobramento das concepções teórico-sistemáticas dos direitos políticos fundamentais – de direitos impessoais de esferas de comunicação autônomas, apoiadas no direito constitucional e direcionadas horizontalmente contra a invasão de sistemas sociais com tendências hegemônicas nessas esferas de comunicação.

Em resumo, o direito privado não aceitaria a reconstrução econômica de relações sociais simplesmente por seu valor nominal, mas as detectaria como relações genuinamente híbridas. Isso altera os dois mais importantes métodos da criação normativa no direito privado: sua irritação por acontecimentos externos e sua simulação de processos sociais.

As irritações do direito privado, ou seja, suas perturbações por meio de acontecimentos que desencadeiam novas normatizações, não mais serão filtradas exclusivamente por observações de mercado, mas também pela reconstrução

⁶⁷ A esse respeito, cf. ESSER & SCHMIDT, 1995, § 10 II.

⁶⁸ Para um aprofundamento, cf. GRABER, 1994; GRABER & TEUBNER, 1998; e TEUBNER, 1998b. A relação do direito fundamental concebida de modo teórico-sistemático desenvolve a ideia de *direitos discursivos impessoais* que apresentam efeitos diante de sistemas sociais em expansão, como conflitos intersistemas generalizados (LUHMANN, 1965; WILKE, 1975).

ção jurídica direta do próprio padrão e dos acontecimentos consensuais do respectivo setor social. Como simulações no direito privado, não seria suficiente o teste de mercado, atualmente reconhecido como imitação dos resultados trazidos provavelmente por um mercado eficiente. Seria necessário um teste discursivo com o objetivo de verificar quais padrões concretos surgiriam com a realização de um processo micropolítico numa das muitas *esferas da justiça*.

Nesse sentido, a padronização de obrigações não mais representará apenas um processo pelo qual o direito privado, de acordo com a famosa fórmula Learned-Hand, segue a comparação aritmética entre os custos econômicos da prevenção e os custos esperados do dano, multiplicados pelo percentual de sua probabilidade. Em lugar disso, será institucionalizada como um processo em que o direito reconstrói simultaneamente o surgimento de padrões profissionais, de acordo com a lógica de ação do serviço público.

De maneira semelhante, o direito de associação de organizações privadas não perceberia apenas em moldes econômicos a necessidade da ordem interna de algumas correções no sentido de intervenção política, mas combinaria, *ab initio*, as exigências de dois sistemas sociais distintos. O papel do direito privado seria, então, garantir, por exemplo, nas áreas da educação, saúde e medicina, esferas de autonomia profissional em tais organizações, defendendo-as de uma invasão direta do mercado.

Em que consiste tal diferença em relação ao moderno direito privado, ao direito das *mixed economies*, cujo objetivo é corrigir falhas de mercado por meio de intervenção política consubstanciada em normas imperativas de proteção ao consumidor, em cláusulas gerais de *bons costumes* de direito privado e em *boa-fé*? A diferença é dupla. Em primeiro lugar, não se trata mais apenas de uma correção *post-hoc* mais ou menos marginal de uma transação econômica por natureza. Em vez disso, o contrato será considerado, de antemão, como constituído de duas dinâmicas sociais equivalentes, e a missão do direito não será uma correção marginal ocasional, e sim uma conciliação corrente de colisões discursivas. Segundo, os aspectos não-econômicos da relação de direito privado não serão mais filtrados e distorcidos pelo processo político, para nessa forma distorcida serem transformados em direito. Antes, o direito privado reagiu diretamente à produção normativa espontânea do setor social envolvido.⁶⁹

⁶⁹ TEUBNER, 1992.

VII. REAÇÃO III: REIMPORTAÇÃO DE CONFLITOS?

Mas de onde vem essa dinâmica social que irrita o direito privado tão contundentemente, de tal modo que ele se submeta a tão amplas alterações estruturais? Em considerável medida, é o próprio processo de privatização que provoca seus efeitos perversos no sentido de *self-defeating tendencies*.⁷⁰ Se for correto que a expansão anterior do Estado social manteve o mercado livre de conflitos políticos, absorvendo-os com maior ou menor êxito pelo sistema político-administrativo,⁷¹ pode-se esperar que a privatização reverta esse processo e reimporte os conflitos domesticados à arena econômica.⁷² Por mais paradoxal que pareça, após a privatização os conflitos políticos sobre serviços públicos aumentam verdadeiramente. Um observador do processo de privatização britânico resume assim tal fenômeno: “as estruturas desenvolvidas durante a estatização nunca fizeram com que fosse necessário solucionar os problemas de princípios regulatórios contraditórios, mas a privatização e a criação de novas instâncias regulatórias trouxeram essa questão à luz do dia”.⁷³

A própria privatização gera novas tensões que – entre outros – também encontram a jurisdição cível como palco de sua resolução de conflitos.⁷⁴ Conflitos políticos maciços, resolvidos anteriormente no âmbito do regime de direito público, não desaparecem, após a privatização, simplesmente com um gesto de *invisible hand*. Depois de sua absorção pelo mercado, tais potenciais de conflito surgem novamente em outras formas, e os novos *private governments* são obrigados a se resolverem com eles. Não podem ser vencidos apenas por meio dos mecanismos de mercado. Já os serviços públicos privatizados são impelidos a uma nova politização que não se limita, necessariamente, à instituição de instâncias de controle de direito público, mas trazem consigo, concomitantemente, uma politização da *private governance*.

As causas desses conflitos discursivos encontram-se nos próprios serviços públicos privatizados, que devem suportar as tensões estruturais entre sua própria racionalidade e o novo regime, e isso não apenas do lado do cliente, mas também daquele que desempenha a função. Nesse ponto, a resistência ao atrito de práticas sociais contra seu novo regime é a causa de todos os novos possíveis conflitos quase-políticos, agora não mais externalizados pelas esferas

privadas. Um indício desse desenvolvimento é a intensidade dos confrontos entre *regulatory agencies*, grupos de consumidores, empresas reguladas e seus sócios, observados atualmente na Grã-Bretanha, como resultado de intensivas privatizações.⁷⁵ Outro indício é a proporção com que formas de protestos civis escolhem instituições econômicas, ao invés de políticas, como alvo de seus ataques. Isso inclui também a curiosa aliança entre movimentos de protesto e os meios de comunicação de massa, que criticam, em nome da moral social, as consideráveis conseqüências da privatização, na medida em que comprometem a sua integridade.

No entanto, para o direito privado, é decisivo o fato de suas estruturas dogmático-conceituais estarem preparadas para tais conflitos. Mas não menos importante é o direito constitucional, que, por meio da regulamentação da legitimação ativa, da representação em ações coletivas e de formas apropriadas de representação de interesses de terceiros, pode contribuir para que o direito privado se prepare para as novas colisões discursivas geradas pela privatização.⁷⁶

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADAMS, J.N. & BROWNSWORD, R. Privity and the Concept of a Network Contract. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, 10(12): 12-37, 1990.
- ALLERT, T. *Die Familie: Fallstudien zur Untervüstlichkeit einer Lebensform*. Berlin: de Gruyter, 1998.
- BAUMAN, Z. *Postmodern Ethics*. Londres: Blackwells, 1993.
- BLACK, J. Constitutionalising Self-Regulation. *Modern Law Review*, Oxford UK/Boston, 59: 24-55, 1996.
- _____. Reviewing Regulatory Rules. In: _____. et al. (eds.). *Commercial Regulation and Judicial Review*. Oxford: Hart, 1998.
- BOARDMAN, A.E. & VINING, A.R. Ownership and Performance in Competitive Environments: A Comparison of the Performance of Private, Mixed and State-Owned Enterprises. *Journal of Law and Economics*, Chicago, 3:21-33, 1989.
- BOUDON, R. *Effets Pervers et ordre social*. Paris: Presse Universitaire Française, 1977.
- BREYER, S.G. *Regulation and its Reform*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1982.
- COHEN, J. & ARATO, A. *Civil Society and Political Theory*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1992.

⁷⁰ PROSSER, 1997, p. 3ss.

⁷⁶ Sobre *public interest litigation*, cf. MICKLITZ & REICH, 1996.

⁷⁰ BOUDON, 1977.

⁷¹ HABERMAS, 1996.

⁷² Nesse sentido, cf. também HOFFMANN-RIEM, 1996a, p. 266.

⁷³ PROSSER, 1997, p. 3.

⁷⁴ WILHELMSSON (1998) desenvolve esse argumento especialmente para o *Deliktsrecht*.

COHEN, J. Procedure and Substance in Deliberative Democracy. In: BENHABIB, S. (ed.). *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political*. Princeton: Princeton University Press, 1996.

COLLINS, H. The Sanctimony of Contract. In: RAWLINGS, R. (ed.). *Law, Society and Economy: Centenary Essays for the London School of Economics and Political Science 1895-1995*. Oxford: Clarendon, 1997.

DEAKIN, S. et al. Trust or Law? Towards an Integrated Theory of Contractual Relations between Firms. *Journal of Law and Society*, Oxford, 21: 329-349, 1994.

EASTERBROOK, F.H. & FISCHER, D. The Corporate Contract. *Columbia Law Review*, Nova York, 89: 1.416-1.448, 1989.

ENGLE, K. After the Collapse of the Public/Private Distinction. In: DALLMEYER, D.G. (ed.). *Reconceiving Reality: Women and International Law*. Washington: The American Society of International Law, 1993.

ESSER, J. & SCHMIDT, E. *Schuldrecht: Allgemeiner Teil*. 8. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller, 1995.

FLECHSIG, N. Haftung von Online-Diensteanbietern im Internet. *Archiv für Presse-recht*, Düsseldorf, 27: 333-346, 1996.

FRANKENBERG, G. *Die Verfassung der Republik: Autorität und Solidarität in der Zivilgesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1997.

FREEDLAND, M. Government by Contract and Public Law. *Public Law*, Londres, 86: 86-104, 1994.

FRIEDLAND, R. & ALFORD, R. Bringing Society Back. In: POWELL, W. & DI MAGGIO, P. (eds.). *The New Institutionalism*. Chicago: University of Chicago Press, 1992.

GERNHUBER, J. *Das Schuldverhältnis: Begründung and Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen*. Tübingen: Mohr & Siebeck, 1989.

GERSTENBERG, O. *Bürgerrecht und deliberative Demokratie: Elemente einer pluralistischen Verfassungstheorie*. Frankfurt: Suhrkamp, 1997.

GRABER, C. *Zwischen Geist und Geld: Interferenzen von Kunst und Wirtschaft aus rechtlicher Sicht*. Baden-Baden: Nomos, 1994.

GRABER, C. & TEUBNER, G. Art and Money: Constitutional Rights in the Private Sphere. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, 61-74, 1998.

GRIMM, D. *Soziale, wirtschaftliche und politische Voraussetzungen der Vertrags-freiheit: Einen vergleichende Skizze*. Frankfurt: Suhrkamp, 1987.

GÜNTHER, G. Life as Poly-Contextuality. In: _____. *Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik I*. Hamburg: Meiner, 1976.

HAAR, C.M. & FESSLER, D.W. *The Wrong Side of the Tracks: A Revolutionary Rediscovery of the Common Law Tradition of Fairness in the Struggle Against Inequality*. Nova York: Simon & Schuster, 1986.

HABERMAS, J. *Strukturwandel der Öffentlichkeit*. 5. Aufl. Neuwied: Luchterhand, 1996.

_____. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt: Suhrkamp, 1992.

HALL, P. & SOSKICE, D. *Varieties of Capitalism: The Challenges Facing Contemporary Political Economies*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

HAMM, W. Privatisierung – ein Schlüsselproblem freiheitlicher Ordnungen. *ORDO*, Stuttgart, 43:139-156, 1992.

HOFFMANN-RIEM, W. Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen – Systematisierung und Entwicklungsperspektiven. In: HOFFMANN-RIEM, W. & SCHMIDT-ASSMANN, E. (ed.). *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*. Baden-Baden: Nomos, 1996a.

_____. Verfahrensprivatisierung als Modernisierung. In: HOFFMANN-RIEM, W. & SCHNEIDER, J.-P. (ed.), *Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht*. Baden-Baden: Nomos, 1996b.

HOGAN, J. Publish and Be Damned! Independent Producers and Democratic Accountability. *Working Paper 14/97*, Londres: LSE, Department of Sociology, 1997.

HORWITZ, M.J. The History of the Public/Private Distinction. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, 130: 1.423, 1982.

IMMENGA, U. Privatisierung im Zielkonflikt: Ein Vergleich der Konzeptionen. In: KREUZER, K.F. (ed.). *Privatisierung von Unternehmen*. Baden-Baden: Nomos, 1995.

JOERGES, C. Status and Contract in Franchising Law. In: _____. (ed.). *Franchising and the Law: Theoretical and Comparative Approaches in Europe and the United States*. Baden-Baden: Nomos, 1991.

KEALEY, T. It's us against them. *The Guardian*, Charlottetown, 1.º/maio/1997, p. 7.

KRONBERGER KREIS. *Privatisierung auch im Westen*. Bad Homburg, 1993.

LITTLECHILD, S.C. *Regulation of British Telecommunications' Profitability*. Londres: Department of Trade and Industry, 1984.

_____. *Economic Regulation of Privatised Water Authorities*. Londres: Department of Environment, 1986.

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

_____. Die Codierung des Rechtssystems. *Rechtstheorie*, Berlin, 17: 171-203, 1986.

_____. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1997.

- LYOTARD, J.-F. *Der Widerstreit*, 2. Aufl., München: Fink, 1987.
- _____. *Die Analytik des Erhabenen: Kant-Lektionen*. München: Fink, 1994.
- MICKLITZ, H.-W. & REICH, N. *Public Interest Litigation Before European Courts*. Baden-Baden: Nomos, 1996.
- MITNICK, B. *The Political Economy of Regulation: Creating, Designing and Removing Regulatory Forms*. Nova York: Columbia University Press, 1980.
- MÖSCHEL, W. Dogmatische Strukturen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs. *Archiv für die civilistische Praxis*, 186: 211-236, 1986.
- _____. Privatisierung als ordnungspolitische Aufgabe. In: *Festschrift für Joachim Gernhuber*. Tübingen: Mohr, 1993.
- _____. Notwendigkeiten und Potentiale der Aufgabenprivatisierung. In: *Festschrift für Ingo Schmidt*. Baden-Baden: Nomos, 1997.
- NATIONAL ECONOMIC DEVELOPMENT OFFICE. *A Study of UK Nationalised Industries*. Londres: HMSO, 1976.
- OLSEN, F. Constitutional Law: Feminist Critique of the Public/Private Distinction. *Constitutional Commentary*, Minneapolis, 10: 319, 1993.
- PERROW, C. *Normale Katastrophen: Die unvermeidlichen Risiken der Grosstechnik*. Frankfurt: Campus, 1998.
- POWELL, W.W. & DI MAGGIO, P.J. (eds.) *The New Institutionalism in Organizational Analysis*. Chicago: University of Chicago Press, 1992.
- POWER, M. *The Audit Society: Rituals of Verification*. Oxford: Oxford University Press, 1997.
- PROSSER, T. *Law and the Regulatory Process*. Oxford: Clarendon, 1997.
- RIEDEL, M. Gesellschaft, bürgerliche. In: BRUNNER, O. *Geschichtliche Grundbegriffe*. Stuttgart: Klett, 1975. Bd. 2.
- RÖHL, K.F. *Allgemeine Rechtslehre*. Köln: Heymanns, 1994.
- SANTOS, B.S. *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*. Nova York: Routledge, 1995.
- SAUTER, W. Universal Service Obligations and the Emergence of Citizens' Rights in European Telecommunications Liberalisation, Utilities. *Law Review*, Londres, 7: 14, 1996.
- SCHELSKY, H. Die juristische Rationalität. In: _____. *Die Soziologen und das Recht*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1980.
- SCHUPPERT, G.F. Die Privatisierungsdiskussion in der deutschen Staatsrechtslehre, *StwStp*, p. 541, 1994.
- SELZNICK, P. *The Moral Commonwealth: Social Theory and the Promise of Community*. Berkeley: University of California Press, 1992.
- SKOURIS, E. *Der Einfluß des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht: Dargestellt für das öffentliche Auftragswesen und die Privatisierung*. Working Paper. Bonn: Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, 1997.
- SPAHN, R. Oikos und Polis: Beobachtungen zum Prozess der Polisbildung bei Hesiod, Solon und Aischylos. *Historische Zeitschrift*. München, 231: 529-564, 1980.
- STARK, A. Privatisations in a Gender and Economic Perspective. *Conference From Dissonance to Sense*, Porvoo/Finland, 28-31, August, 1997.
- STEINMANN, H. & LÖHR, A. *Unternehmensethik*. 2. Aufl. Stuttgart: Poeschel, 1991.
- STEWART, R. Regulation in a Liberal State: The Role of Non-Commodity Values. *Yale Law Journal*. New Haven, 92:1.537-1.590, 1983.
- STEWART, R.B. Regulation and the Crisis of Legalization in the United States. In: DAINTITH, T. (ed.). *Law as Instrument of Economic Policy: Comparative and Critical Perspectives*. Berlin: de Gruyter, 1988.
- STOLLEIS, M. Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozess des Entstehung des modernen Staates. In: HOFFMANN-RIEM, W. & SCHMIDT-ASSMANN, E. (ed.). *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*. Baden-Baden: Nomos, 1996.
- SUNSTEIN, C.R. Paradoxes of the Regulatory State. In: *University of Chicago Law Review*, Chicago, 57: 407-441, 1990.
- SWANN, S. Private into Public Law: Fiduciary Power and Judicial Review. *Conference From Dissonance to Sense*, Porvoo/Finland, 28-31. August 1997.
- TAGGART, M. Public Utilities and Public Law. In: JOSEPH, P. (ed.). *Essays on the Constitution*. Wellington: Brooker's, 1995.
- TEUBNER, G. Ist das Recht auf Konsens angewiesen? In: GIEGEL, H.-J. (ed.). *Kommunikation und Konsens*. Frankfurt: Suhrkamp, 1992.
- _____. *Altera pars audiatur*: Das Recht in der Kollision unterschiedlicher Universalitätsansprüche. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Stuttgart/Beiheft, s. 199-200, 1996a.
- _____. Des Königs viele Leiber: Die Selbstdekonstruktion der Hierarchie des Rechts. *Soziale Systeme*, Stuttgart, 2:229-255, 1996b.
- _____. Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Produces New Divergences. *Modern Law Review*, Oxford UK/Boston, 61: 11-32, 1998a.
- _____. *Vertragswelten*: Die Fragmentierung von private governance regimes. Manuskript. Londres: LSE, 1998b.
- VESTING, T. *Prozedurales Rundfunkrecht: Grundlagen – Elemente – Perspektiven*. Baden-Baden: Nomos, 1997.

- WALZER, M. *Sphären der Gerechtigkeit: Ein Plädoyer für Pluralität und Gleichheit*. Frankfurt: Suhrkamp, 1992.
- WEICK, K. E. Educational Organizations as Loosely Coupled Systems. *Administrative Science Quarterly*, Ithaca, 21: 1-19, 1976.
- WEINRIB, E. J. *The Idea of Private Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995.
- WIEACKER, F. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. 2. Aufl. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1967.
- WIETHÖLTER, R. Zum Fortbildungsrecht der richterlichen Rechtsfortbildung: Fragen eines lesenden Recht-Fertigungslehrers. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Baden-Baden, 3: 1-28, 1988.
- WIGHTMAN, J. Private Law and Public Interest. In: WILHELMSSON, T. & HURRI, S. (ed.). *From Dissonance to Sense: Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law*. Aldershot: Ashgate, 1999.
- WILHELMSSON, T. Small Stories on Morality Through Liability. In: WILHELMSSON, T. & HURRI, S. (ed.). *From Dissonance to Sense: Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law*. Aldershot: Ashgate, 1999.
- WILLIAMSON, O. *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*. Nova York: Free Press, 1985.
- _____. Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives. *Administrative Science Quarterly*, Ithaca, 36: 269-296, 1991.
- _____. *The Mechanisms of Governance*. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- WILKE, H. *Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie: Schritte zu einer normativen Systemtheorie*. Berlin: Duncker und Humblot, 1975.
- WILSON, J.Q. *The Politics of Regulation*. Nova York: Basic Books, 1980.
- WINSTON, K. Self-Incrimination in Context: Establishing Procedural Protections. *Southern California Law Review*, Los Angeles, 48: 813, 1975.
- ZÖLLNER, W. *Die Privatrechtsgesellschaft im Gesetzes- und Richterstaat*. Köln: Schmidt, 1996.

9. MUNDOS CONTRATUAIS: O DIREITO NA FRAGMENTAÇÃO DE REGIMES DE PRIVATE GOVERNANCE

O autor analisa a teoria do direito contratual (inclusive a moderna teoria dos contratos relacionais) diante da pluralidade de discursos encontrados na sociedade pós-moderna, e propõe a compreensão do contrato através da idéia de intertextualidade. Em outras palavras, uma relação não entre pessoas, mas entre textos, entre discursos. E o contrato, nessa perspectiva, passa a ser entendido como uma forma de "tradução" entre discursos jurídicos, econômicos, tecnológicos etc.

Título original: *Vertragswelten: Das Recht in der Fragmentierung von private governance regimes*. *Rechtshistorisches Journal* 17, 1998, p. 234-265. Trad.: JÜRGEN VOLKER DITTBERNER.

I. REENCONTRO COM "IL BUON GOVERNO"¹

A teoria do direito privado deveria começar com uma pergunta onde outras teorias terminam com um resultado. A pergunta é: e após a desconstrução? Na discussão internacional dos últimos dez anos, *Critical Legal Studies* e *Legal Deconstruction* destruíram cruel e eficientemente *la distinction directrice* do direito privado moderno. Eles encerram a eterna briga entre uma orientação formal e uma material, entre princípios individuais e coletivos, entre uma política neoliberal e uma intervencionista, na medida em que não tomam mais partido, mas questionam, com sucesso, as próprias alternativas discutidas.² Ao mesmo tempo, no mundo real, os fundamentos do direito privado moderno que tomam por base a *policy* são abalados pelas ondas de choques brutais da globalização e da privatização.³ Não apenas o projeto intervencionista, mas também o neoliberal é sacrificado pela catástrofe da globalização. Regulamentos do Estado social são desmantelados, os mercados mundiais naturalmente não são capazes de gerar os produtos públicos, uma ordem global básica juridicamente vinculante não é visível. Ao mesmo tempo, porém, cada vez mais atividades sociais são assumidas por *private governance regimes*.⁴ Pode-se pensar, em uma tal situação pós-catástrofe, em um projeto reconstitutivo do direito privado? Em qual direção poderia se desenvolver a fantasia institucional?

Quiçá devêssemos ouvir o conselho do talvez maior especialista da reconstrução do direito privado, Jacques Derrida, que nos oferece a seguinte fórmula epigramática: "o laço da obrigação ou a relação de obrigação não existe entre aquele que dá e aquele que recebe, mas entre dois textos (entre dois 'produtos' ou 'criações')".⁵

¹ Pela cooperação construtiva e pelas sugestões críticas agradeço a Oliver Gerstenberg, Martin Hohllweck e Peer Zumbansen.

² KENNEDY, 1997; UNGER, 1996; DERRIDA, 1992; e SCHLAG, 1991 e 1994.

³ Cf. as diferentes dimensões de direito e globalização na coletânea TEUBNER, 1997b; sobre aspectos da teoria de sistemas, TWINING, 1996. A respeito de privatização e direito, GRAHAM & PROSSER, 1991, e PROSSER, 1997.

⁴ GERSTENBERG, 1997, p. 351 com mais referências.

⁵ DERRIDA, 1997a, p. 1.356.

Essas *ipsissima verba* são uma nova versão da teoria do contrato relacional (*relational contracting*⁶), que entende o contrato não mais como um mero consenso entre duas partes, mas sim como uma relação social complexa? De fato, gostaria de defender a tese de que o direito contratual deve ser reconstruído de forma relacional, mas não apenas no sentido comunitário, hoje predominante, da palavra, como uma relação cooperativa, simpática, calorosa de inter-humanismo no mercado, mas sim como uma relação fria e impessoal de intertextualidade. Gostaria de desenvolver um argumento estritamente anti-individualista, estritamente antieconômico para as muitas autonomias do direito privado, pelo qual o contrato não aparece mais como transação meramente econômica entre dois agentes, mas como espaço da compatibilidade entre vários projetos discursivos – entre dois mundos contratuais. Ao mesmo tempo, gostaria de desenvolver o argumento normativo de que os direitos de discursos que aparecem nesses contratos como meros fenômenos sociais, apenas de forma rudimentar e sem contornos fixos, necessitam de institucionalização jurídica. Dito de forma mais genérica: gostaria de colocar esses argumentos no contexto maior de um direito privado contemporâneo, que necessita da transformação em um direito constitucional de sistemas de regulação global.

Para um entendimento tão intertextual ou interdiscursivo da instituição do contrato, muitas das teorias predominantes do direito privado não são de grande utilidade. Uma vez que elas definem o contrato como a formalização jurídica de uma transação econômica, excluem, *a priori*, importantes dimensões políticas e sociais da relação contratual. Como expressou o jurista inglês de direito privado Hugh Collins, a *sanctious-money of contract* no moderno direito privado significa nada mais do que “a redução de acordos e relações à forma limitada da transação monetária; a consagração dos contratos depende do papel-moeda, em uma palavra, trata-se de *sancti-money*”.⁷ Naturalmente, isso é correto em relação a conceitos neoliberais que subsumem todos os elementos sociais da relação contratual aos critérios da eficiência alocativa ou da redução de custos de transação,⁸ mas também se aplica a projetos intervencionistas.⁹ De fato, se eles exigem uma regulação política externa de contratos, partem implicitamente de uma redução da relação contratual. No entanto, isso se aplica da mesma forma para a doutrina dominante que entendeu, durante os

últimos 200 anos, que o contrato comercial é o modelo de qualquer atividade contratual, ignorando, de forma sistemática, tradições alternativas do pensamento contratual. Deve-se voltar mais atrás na história do pensamento jurídico caso se deseje enfrentar experiências com conceitos não-econômicos do contrato e do direito privado.

Em vez de uma passagem sistemática pelas múltiplas mesclas históricas de contratos estatutários e contratos utilitários descritas por Max Weber, que atestam a ampla disseminação de elementos não-econômicos do contrato,¹⁰ gostaria *pars pro toto* de elucidar o modelo do direito privado a partir de um famoso afresco de Siena do ano 1338.¹¹ Em uma época de extremas turbulências políticas, Ambrogio Lorenzetti, um famoso artista da baixa Idade Média de Siena, elaborou sua obra-prima *Il buon governo* como parte do ciclo de afrescos *Allegorie ed effetti del buono e cattivo governo in città ed in campagna*. Lorenzetti mostrou a seus contemporâneos a perversão do poder político no afresco do *mal governo*, mas no *buon governo* mostrou o caminho possível para uma boa sociedade republicana. Nesse afresco apresenta-se uma visão não apenas do direito em geral, mas também, como era de se esperar na república de comerciantes de Siena, especialmente do direito privado e do contrato, nos quais a distância aos atuais reducionismos aparece de forma bem clara. No *private governance regime* da Siena da Idade Média, especialmente as relações contratuais eram vistas como atividades multiformes e multidimensionais, que constituíam uma parte integrante do *buon governo*.

À primeira vista vê-se apenas a hierarquia usual do direito natural, que leva o povo sob o domínio de um governo orientado para o bem comum, e do direito, que – apesar de todas as ideologias republicanas –, por sua vez, são claramente submetidos às virtudes teológicas e à sabedoria divina (*sapientia*). Porém, gostaria de destacar dois pequenos, mas importantes, detalhes. Quando se observam as pessoas mais próximas à margem inferior do quadro, nota-se que todas seguram um objeto nas mãos. Observando-se mais atentamente, percebe-se que se trata de uma corda, de um laço tecido, que corre pelas mãos das pessoas. A origem dessa corda vinculante aparece no lado esquerdo do quadro: uma figura materna chamada *Concordia* tece a fita a partir de duas cordas da *justitia distributiva* e da *justitia comutativa* – simbolizadas por dois anjos que distribuem justiça ao povo e sancionam celebrações de contratos, sendo mantidos em equilíbrio por uma *Justitia* majestática. De fato, a corda é o *vinculum*

⁶ Mc NEIL, 1980; GORDON, 1987; e EISENBERG, 1994.

⁷ COLLINS, 1997, p. 80.

⁸ Para muitos, MESTMÄCKER, 1994, e EPSTEIN, 1995.

⁹ Cf., por exemplo, as contribuições de WILHELMSSON, 1993.

¹⁰ WEBER, 1972, p. 378ss.

¹¹ A esse respeito, STARN, 1994; SKINNER, 1986; e RUBINSTEIN, 1959.

juris, o liame do direito. Do céu ele vem, dos braços da *Sapientia* divina, dividido nos dois liames da justiça aristotélica pela *Justitia* majestática, tecidos pela *Concordia*, para finalmente vincular as mãos dos cidadãos de Siena. Entretanto, na parte do meio do quadro a corda volta-se subitamente para cima e simboliza, dessa forma, a transição do *jus privatum* horizontal ao *jus publicum* vertical para vincular a mão do imperador que carrega o cetro, o símbolo de poder efetivo, que concede poder vinculativo ao *vinculum iuris*.

Temos diante de nós um entendimento do contrato jurídico segundo o qual o contrato está assentado no contexto de sabedoria, justiça, consenso, poder e virtudes políticas. Isso não é a primeira versão de um contrato social entendido puramente de forma política nem uma transação entendida no sentido puramente econômico. Elementos políticos e econômicos da instituição contratual encontram-se lado a lado, literalmente inseparáveis. Eles penetram tanto os aspectos de troca do contrato (o anjo da *jus commutativa*) quanto seus aspectos de fraternidade (a cidadania vinculada pelo *vinculum juris*), seu poder criador de unificação (a pessoa moral da *Concordia*) e, finalmente, os aspectos de poder e coerção em uma cidade-Estado baseada na auto-organização (o cetro do domínio). Na utopia jurídica da *res publica mercatorum* de Siena não se festeja simplesmente o sábio exercício do poder em um regime majestoso, mas o destacado papel do *jus privatum* para toda a sociedade. *Jus* – como se pode verificar em Villey – simbolizava, naquela época, uma relação cheia de conteúdo, multiforme, recíproca, substancial e justa,¹² em clara contradição à estrutura assimétrica, não-recíproca, substancialmente esvaziada dos modernos direitos subjetivos descentralizados.¹³ A *Jus privatum* possibilita não apenas transações privadas como entendidas hoje, mas é um dos elementos que vinculam os seres humanos entre si e de forma recíproca, integra-os com as suas diversas profissões na comunidade, sua posição, seu lugar e seu *status* na sociedade. Além disso, o direito privado – simbolizado pelo *vinculum juris* que une todos os aspectos da sociedade – liga os homens com o domínio político orientado para o bem comum, que ampara as relações jurídicas privadas com seu poder e está à disposição para sua imposição, sendo que essa força, por sua vez, é legitimada pela relação contratual. E como se não bastasse a sugestiva representação pictórica, essa força integrativa e orientada ao bem comum do direito é celebrada também em palavras:

*Questa santa virtù, là dove regge
induce ad unità gli animi molti,
e questi, a ciò ricolti,
un ben communi per lo signor si fanno.*¹⁴

Concordia é, ao mesmo tempo, produtora e produto do direito privado, por um lado uma relação entre transações de direito privado e por outro uma comunidade dos corações, que quase não é inteligível para o pensamento moderno. Finalmente, o direito privado é alimentado por fontes filosóficas e religiosas, por sua origem em *Justitia*, que por sua vez não é um fim em si, mas se deixa inspirar pela *Sapientia* divina. Assim, o direito do *buon governo* é protegido contra quaisquer perplexidades modernistas da auto-referência e provido de firmes liames morais e filosóficos.

Há mais um detalhe esclarecedor na representação. Quantos corpos tem a *Justitia*? O afresco revela que *Il buon governo* não conhece apenas uma justiça: surpreendentemente, na sociedade perfeita a justiça tem dois corpos. Um – que se encontra ao lado esquerdo do quadro – é desvinculado do poder, independente e soberano. Notem-se as sutilezas das posições hierárquicas: a *Justitia* está colocada claramente abaixo do domínio político, enquanto sua fonte divina, a *Sapientia* angelical, encontra-se um pouco mais alta do que o domínio. De frente ao império do poder, autônoma, isolada de influências políticas, a *Justitia* resolve conflitos e deixa aos cidadãos a justiça de troca, criando assim *Concordia* entre os cidadãos. Há, no entanto, mais uma *Justitia*, uma figura alegórica com o mesmo nome que reside, porém, perto do centro do poder – ao lado direito do quadro. Essa *Justitia* cumpre um papel político como uma das virtudes (assessor do imperador) que restringem o poder bruto do imperador (*pax, fortitudo, prudentia, magnanimitas, temperantia, justitia*). Nesse papel duplo da *Justitia* – expresso de forma moderna: em sua autonomia perante a política e em seu *re-entry* na política – vemos uma simbolização antiga da idéia do Estado de direito, uma visão da independência do processo judicial do direito privado e do direito penal, por um lado, e do direito como autofortalecimento e auto-restrição inerente e efetivo do poder político, por outro.

Lorenzetti desenha a utopia de uma sociedade altamente integrada. A nuance interessante desse desenho é, porém, o fato de não ser a hierarquia sócio-religiosa a integrar mais estreitamente a sociedade. É muito mais o direito que mantém a íntegra da justiça em seus dois corpos: lá é central a força vincu-

¹² VILLEY, 1957, p. 249ss.

¹³ A esse respeito, LUHMANN, 1981.

¹⁴ Inscricção no afresco de Ambrogio Lorenzetti, na Catedral de Siena/Itália.

lante do direito privado e da reentrada do direito no império da política, pelo qual o exercício do poder é ligado à lei.

II. DIREITO PRIVADO EM UMA SOCIEDADE FRAGMENTADA

No *buon governo*, o direito privado não era exatamente um direito econômico autônomo, mas produtor e produto da unidade dos aspectos políticos, econômicos, morais e religiosos da sociedade.

*Là dove sta legata la giustizia
nessuno al ben commun giammai s'accorda
né tira a dritta corda.*¹⁵

A inscrição que relaciona, tal qual uma casa de espelhos, dois afrescos, o do *mal governo*, no qual a *Justitia* está acorrentada, e o do *buon governo*, no qual a *Justitia* vincula a sociedade, não apenas brinca com as palavras *cor e corda, acordarsi e tirare a dritta corda*, mas expressa, assim como a linguagem corporal dos cidadãos de Siena, um oscilar ativo-passivo do direito. Com isso, mostra-se a ligação secreta da ideologia republicana e do pensamento contratual que quase não se vê nas usuais interpretações politicamente orientadas do *buon governo*.¹⁶ A instituição do contrato tinha, naquele tempo, que assumir um papel multidimensional.

Aqui está a contradição decisiva em relação à moderna unidimensionalidade mencionada no início, que hoje em dia instrumentaliza o contrato para que este sirva a uma alocação eficiente de recursos. Pode essa *unitas multiplex* das relações de direito privado se tornar novamente relevante na realidade pós-catástrofe sem que, ao mesmo tempo, se precise cair em uma romantizante nostalgia neocomunitária pela unidade medieval entre direito e comunidade?

Hoje, o maior desafio para o direito privado, que ao mesmo tempo exclui categoricamente tal unidade romântica entre *jus e communita*, é a extrema fragmentação de vários sistemas particulares de regulação que existem na arena global. *Lex mercatoria, lex laboris*, até *lex sportiva internationalis* e outros tipos de sistemas normativos da sociedade são direito global sem Estado. Eles são o produto de uma série de *private governance regimes* altamente especializados, de ordens sociais e jurídicas autônomas que existem a relativa distância do direito nacional e do Direito Internacional Público.¹⁷ Esse direito surge no pano de

fundo de um recuo massivo da regulação político-estatal em âmbito nacional, bem como em âmbito global. Nesse sentido, não se trata apenas do resultado das estratégias de privatização de partidos e governos neoliberais, que poderiam ser facilmente revertidas por governos social-democratas, mas de um deslocamento secular do equilíbrio entre o sistema político e o sistema econômico, de uma “*shift of governance from the public to the private sector, a devolution of an increasing range of political decisions and/or public responsibility to private governed regimes which proliferates n a transnational scale*”.¹⁸

Ambas as tendências, a globalização jurídica e a privatização, levam à necessidade de repensar a normatização de governos transnacionais privados e a criação normativa privada. As normas de *private governance regimes* representam um direito genuíno, que não pode mais ser ocultado, a exemplo dos fenômenos correspondentes no contexto nacional, como criação normativa delegada do soberano político. Esses fenômenos cumprem as tarefas legislativas, administrativas, regulatórias e de soluções de conflitos do direito clássico em novas formas e em novos contextos. Ao mesmo tempo, porém, deveríamos ver até onde os *private governance regimes* estão envolvidos na dialética de seu caráter apolítico e de sua repolitização. Se sistemas regulatórios privados organizam em grande medida o *take-over* de tarefas políticas, eles devem, querendo ou não, engolir uma *poisoned pill*: conflitos políticos massivos, que antigamente eram absorvidos pelo sistema político-administrativo, não desaparecerão por um gesto da mão invisível. Após sua absorção pelo mercado, eles devem ser resolvidos no âmbito dos novos *private governments*. Eles não podem ser resolvidos exclusivamente pelos mecanismos do mercado. Se os bem-sucedidos organizadores particulares do *take-over* engolirem as *poisoned pills*, eles serão forçados a uma nova politização. Essa repolitização não se restringe necessariamente à instituição de estruturas de direito público no plano internacional, como, por exemplo, nas Nações Unidas ou na União Européia, mas traz consigo, ao mesmo tempo, uma politização dos sistemas de domínios privados em si.¹⁹ A pergunta forçosa referente ao *take-over* bem-sucedido é: quais são as condições da possibilidade da produção de bens públicos por meio de *private governance regimes*?

A nova situação histórica, que faz a reconstrução do direito privado parecer, ao mesmo tempo, plausível e necessária, é a fragmentação da sociedade mundial carregada de conflitos. Isso se expressou de forma extrema no con-

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Por exemplo, SKINNER, 1986, e RUBINSTEIN, 1959.

¹⁷ Cf. as análises de vários sistemas jurídicos não-estatais em TEUBNER, 1997b.

¹⁸ GERSTENBERG, 1997, p. 351.

¹⁹ A esse respeito, TEUBNER 1997a, p. 27.

ceito de *différend* de François Lyotard: a sociedade mundial é fragmentada em vários discursos hermeticamente fechados, em sistemas incompatíveis entre si, em jogos de língua diversos, violentamente hostis um ao outro.²⁰ Essa policontextualidade²¹ – em oposição a noções ingênuas de convergência – é formulada, mesmo que seja de forma menos espetacular, em outros contextos teóricos, como, por exemplo, no *new institutionalism* e na teoria dos sistemas,²² como a característica decisiva da sociedade mundial. O desafio repousa no fato de que o direito privado precisa ser reconstruído em conformidade com essa policontextualidade.²³ Aqui se encontra, naturalmente, a diferença decisiva em relação ao mundo social unificado do *buon governo*. Não há um só mundo rico de um único contrato, mas muitos mundos de contratos altamente especializados – *contracting worlds!* A sociedade global consiste em um grande número de *contracting worlds*, que fazem jus ao duplo sentido da expressão. Sistemas sociais se contraem, encolhem, diminuem, especializam-se em uma orientação, uma função, um código, externalizando todo o resto. Ao mesmo tempo, eles são coordenados não por relações hierárquicas, mas por relações contratuais heterárquicas.

Se as relações contratuais devem, hoje em dia, desempenhar seu papel multidimensional, elas o devem fazer sob a nova condição de uma fragmentação da sociedade global em uma série de discursos especializados. Aqui vemos o pano de fundo histórico do enigmático epigrama de Derrida sobre o contrato. Na atual confusão idiomática babilônica dos discursos estraçalhados não é mais possível manter a diversidade na unidade do contrato. Nas palavras do mestre, porém, quer-se ainda hoje, sob condições da fragmentação social, como uma geração antes dele Marcel Mauss, “descrever os sistemas de símbolos que não se deixam dominar pela razão fria econômica, querendo atender aos fenômenos religiosos, culturais, ideológicas discursivas estéticas literárias e poéticas que não se deixam separar do processo da dádiva”.²⁴

A aporia, porém, reside no fato que na moderna Babilônia ocorreu exatamente essa impossível substituição do sistema de símbolos. Portanto, atualmente o contrato só pode ser uma relação entre vários discursos. Contrato é intertextualidade. O preço de uma unidade do contrato seria puro reducio-

nismo, a unidimensionalidade econômica ou jurídica acima criticada. Se hoje a velha unidade da sociedade européia, apresentada de forma magistral no *buon governo*, perdeu-se para sempre e dissolveu-se em uma série de discursos diferentes em âmbito global, então a unidade do contrato também foi perdida de uma vez por todas e dissolveu-se em uma série de projetos que não podem ser reduzidos um ao outro em vários mundos de sentido.²⁵

Isso nos leva à nossa tese central. A unidade do contrato se estraçalhou no jogo sem fim dos discursos. Mesmo se isso parece soar paradoxal: um único contrato se desfaz, na realidade, em uma série de contratos. A fragmentação do mundo social em várias dinâmicas de racionalidade significa que um e o mesmo contrato surge em, no mínimo, três projetos e nos respectivos mundos sociais: 1. como acordo produtivo; 2. como transação econômica; e 3. como relação de obrigações jurídicas. Primeiro, o contrato se reconstrói como um projeto “produtivo” em um dos muitos mundos sociais – produção, distribuição ou serviços em tecnologia, ciência, medicina, jornalismo, esporte, turismo, educação ou arte. Segundo, o mesmo contrato se reconstrói no mundo econômico como projeto empreendedor, como transação monetária rentável em condições de mercado mais ou menos competitivas. Em terceiro lugar, o contrato é finalmente reconstruído, no mundo do direito, como um projeto jurídico, como um compromisso que vincula por determinado tempo e como uma obrigação que gera normas. Observe-se que essa fragmentação do mesmo contrato em três projetos diferentes não é apenas uma questão analítica, mas deve ser compreendida como real, pois não é apenas o resultado de teorias contratuais concorrentes de várias disciplinas acadêmicas. Tampouco são esses projetos apenas três aspectos da mesma relação contratual, examinados de perspectivas distintas. Antes, trata-se de três projetos que podem ser observados empiricamente (!) e que existem de forma independente entre si, cada um sendo movido por uma dinâmica social diferente que é operativamente fechada aos outros.²⁶ Cada um desses projetos faz parte de uma dinâmica autônoma de acontecimentos cheios de atalhos – sistema produtivo, sistema econômico, sistema jurídico –, que a forcem a andar em direções diferentes. E a unidade do contrato hoje em dia não é

²⁰ LYOTARD, 1987.

²¹ A esse respeito, cf. GÜNTHER, 1976; na teoria de sociedade e direito, LUHMANN, 1986, e TEUBNER, 1996.

²² Especialmente apontado em FRIEDLAND & ALFORD, 1992, e LUHMANN, 1997, p. 609ss.

²³ Assim, invocando a sociologia moderna, WILHELMSSON, 1999.

²⁴ DERRIDA, 1992, p. 61.

²⁵ Sobre esse assunto, cf. TEUBNER, 1997c.

²⁶ “Cada subsistema funcional reinterpreta resultados de forma autônoma, processando-os conforme suas próprias regras. Disso decorre que o evento social da celebração do contrato não deve ser analisado de forma unificada, mas sim ser examinado separadamente para cada subsistema.” MÜLLER, 1997, diferencia entre níveis jurídicos, econômicos e políticos do contrato, e CRONE, 1993, fala de interação entre níveis jurídicos e econômicos.

mais a unidade entre povo, domínio e direito do *buon governo*, mas sim a compatibilidade precária e provisória de projetos discursivos fragmentados.

III. A RECONSTRUÇÃO DO “CONTRATO RELACIONAL”

Dessa forma, a interdiscursividade introduz, de novo, a visão estreita e econômica do contrato, que domina a teoria moderna do contrato, mas ao mesmo tempo se distingue claramente das atuais idéias do assentamento social de fenômenos jurídicos. A interdiscursividade tem algumas coisas em comum com o famoso *relational contract* como desenvolvido por Ian Mc Neil em oposição ao contrato clássico. Diante de uma ação de troca pontual, em que o agente egoísta racional, no momento da celebração, formula direitos e obrigações precisamente definidos, ele destaca o excessivo assentamento social do contrato, a função de geração normativa da interação da e cooperação de longo prazo, a posição dos agentes voltada a valores e o caráter processual do contrato como uma relação social complexa.²⁷ De fato, a perspectiva relacional supera com sucesso a análise econômica unidimensional do contrato. Ela não reintroduz apenas a dimensão temporal, na qual as expectativas mudam, mas também a institucionalização no sentido de Philip Selznick, por meio da qual as obrigações formais de trocas se condensam em obrigações materiais, mas também a geração normativa além da celebração do contrato, provocada pela interação contínua e sobretudo pela cooperação das partes, em oposição a uma mera troca.²⁸ Assim, o contrato relacional inclui, na forma de observação, a adaptação informal recíproca, novas interpretações em comum à luz de novas ocorrências e uma moral interativa.

O *relational contracting* abre, entretanto, uma falsa oposição entre a interpretação sociológica e econômica do contrato, na qual economia representa egoísmo, decisões racionais e transações de mercado, enquanto a sociologia, ao contrário, é entendida como solidariedade, cooperação, comunidade. De forma comparável ao princípio de que *hard cases make bad law*, o engajamento comunitário produz má sociologia. A teoria do contrato relacional expressa realmente uma saudade da unidade medieval do *buon governo*. Ian Mc Neil possivelmente não tem consciência disso, mas seu (nunca mencionado) mentor espiritual, Otto von Guericke, que inventou o contrato relacional durante seu regresso a instituições alemãs medievais, certamente sabia disso.²⁹ É um equívoco fatal entender o assentamento social do contrato moderno sim-

plesmente como comunidade, cooperação e solidariedade. Assentamento social – a expressão já sugere uma falsa comodidade – justamente não significa, hoje em dia, que um contrato se sabe acomodado em uma comunidade coerente e consistente, mas sim que ele enfrenta uma série de contradições de racionalidades sociais altamente desenvolvidas. Hoje, a tarefa legítima da sociologia não é a de promover o nobre ideal da solidariedade por métodos acadêmicos, mas sim a de reconstruir sistematicamente as muitas lógicas contraditórias. E a *epistème* econômica é apenas uma entre muitas formas de conhecimento, em conflito com aquelas da ciência, da tecnologia, da política, da medicina, do direito e da arte.³⁰ Um conceito adequado do contrato relacional pode fazer referência não mais às normas em comum que unem *Concordia e Justitia*, mas deve revelar as diferentes lógicas próprias que colidem em uma sociedade.³¹ Relacional não significa, portanto, apenas colocar contrato em relação às exigências de cooperação, adaptação e boa-fé, mas também às exigências, que muitas vezes se contradizem, de vários âmbitos de atuação que são ligados por meio da instituição do contrato.

O termo do contrato relacional entende a realidade de hoje de forma errada ao ver-se como relação calorosa, humana, cooperativa e interpessoal, que supera o frio instrumentalismo econômico com uma orientação comunitarista. Em vez de sonhar com um contrato como uma relação de troca cooperativa entre agentes humanos, devíamos aceitar sua realidade, no sentido de ser uma relação cheia de conflitos entre discursos, jogos lingüísticos, sistemas, textualidades e projetos colidentes.

O que se conclui de uma situação na qual o contrato esteja dividido em três projetos parcialmente contraditórios, sendo que cada um é vinculado a uma lógica de ação diferente? Tal circunstância nos obriga a reeditar o entendimento do contrato como uma relação entre dois indivíduos que trocam seus valiosos recursos para fins de mútua satisfação. Naturalmente, para cada contrato são necessários, no mínimo, dois agentes – ou pessoas reais ou pessoas jurídicas fictícias – e um acordo, mas sua repentina intersubjetividade está sendo, hoje em dia, sobreposta e dominada por uma relação mais complexa de várias intertextualidades. Melhor dito, a dinâmica das intertextualidades contratuais desenvolve-se em três dimensões: Primeiramente, em uma relação entre artefatos semânticos; em segundo lugar, em uma relação entre duas fases

²⁷ Mc NEIL, 1980; GORDON, 1987; e EISENBERG, 1994.

²⁸ SELZNICK, 1969.

²⁹ GIERKE, 1863 e 1902.

³⁰ Essa é uma das teses centrais da teoria de sistemas autopoieticos que radicalizou as idéias da diferenciação funcional. Cf. LUHMANN, 1997, p. 707ss.

³¹ Em uma outra, mas comparável, perspectiva, COLLINS, 1997, p. 78, vê, como tarefa central do direito do contrato se referir a um número grande de instituições e grupos sociais que geram regras sociais conflitantes.

de um discurso específico; e, em terceiro lugar, em uma relação entre cursos especializados.

trato como obrigação não-individual

Para citar novamente Jacques Derrida: “A dívida obriga ou vincula não a nós mas nomes à margem da língua; em sentido estrito, trata-se esta jogada que gera uma relação que une e obriga contratualmente a todos os sujeitos e seu nome, que se mantém à margem da língua”.³² Derrida alude aqui à moderna cisão entre “nomes” e “sujeitos”, entre máscaras sociais) como uma série de construtos lingüísticos e a vida interna dos pensamentos e sentimentos aos quais a *persona* até se isola dos quais nunca pode participar. A talvez desagradável, porém conseqüência dessa cisão é uma perspectiva estritamente antiindividual no contrato, que lhe recusa o amado papel de mútua satisfação de interesses subjetivos. Contra toda retórica sobre a revitalização da autonomia individual no direito privado moderno, a vontade do sujeito individual não é o eixo do contrato. Ao contrário, o indivíduo do contrato sofre com a fragmentação. Por um lado, a abrangente *persona*, com toda a plenitude de possibilidades, como a vivenciamos no *buon governo*, é fragmentada em artefatos especializados à margem dos jogos lingüísticos – o agente econômico maximiza a utilidade, o sujeito de direito submetido a normas e o consumidor de objetos valiosos. Nenhuma dessas *personae* fragmentadas no contrato, nenhuma dessas colagens de expectativas subsistêmicas é a consciência viva de homens concretos. Uma mera relação entre expectativas – esta é a primeira dimensão do entendimento intertextual do contrato. O contrato vincula não a vontade autêntica dos homens, mas os sujeitos construídos de forma totalmente social, de assim chamados parceiros que apenas existem como artefatos semânticos, como textos, fragmentos de um discurso. Os discursos atribuem a seus agentes interesses e transportam desejos subjetivos para os textos de seus jogos lingüísticos artificiais. Não a intersubjetividade, mas a intertextualidade é o significado da relação contratual, na medida em que ela não interliga estados da consciência subjetivos, mas interesses construídos de forma social. Por outro lado, os sujeitos vivos, por sua vez, tornaram-se objeto de obrigações por meio de muitas relações contratuais em um contrato. Por meio

1997a, p. 141.

da construção de *personae*, artefatos semânticos e nomes à margem dos discursos, a relação contratual torna as energias psíquicas dos parceiros contratuais, seu conhecimento individual e seus desejos e motivos utilizáveis para a dinâmica do discurso.³³ A ligação mencionada por Derrida entre “sujeito” e “nomes à margem da língua” é uma inversão dramática da idéia clássica de indivíduo e contrato, que não encontra nenhuma expressão na fórmula bastante vazia da revitalização da autonomia individual no direito contratual e que não é, tampouco, efetivamente considerada pelos conceitos intervencionistas voltados a consumidores.

2. O contrato como projeto discursivo

A segunda dimensão da intertextualidade rejeita a perspectiva econômica do contrato como uma troca de recursos por ser tal perspectiva muito restrita. Ao contrário de uma transação para proveito recíproco de dois agentes econômicos no mercado, ela reconstrói o contrato como um “projeto discursivo”. No centro do interesse encontra-se, então, não a dimensão interpessoal, mas a dimensão prática da relação contratual – a lógica da permuta é sobre-escrita por uma lógica de projeto.³⁴ O dualismo das partes contratuais é substituído pelo dualismo de textos: o texto discursivo originário e sua transformação em um novo texto por meio de promessas e cumprimento contratuais. O que é decisivo é que o contrato não vincula apenas a vontade de ambos os parceiros, mas sua conversação; ele vincula o sistema social que se edifica entre eles. A obrigação do contrato é a obrigação de um texto, em face de sua transformação recursiva, em um outro texto, com uma indicação da direção que é definida pelo contrato. O contrato aparece, portanto, como uma *différance* devida, como uma obrigação de um discurso em face de sua automodificação.

Tal perspectiva desvia a atenção da obrigação das partes para o papel constitutivo da celebração do contrato, para a construção de um sistema social autônomo, na medida em que transforma expectativas latentes em obrigações reais, meras projeções em vínculos operativos. É apenas nesse ponto que aparece a verdadeira dinâmica social do contrato; ele não obriga apenas dois agentes à permuta de seus recursos, mas gera estruturas de um sistema social que força a uma determinada direção, a saber, ao cumprimento do objeto do contrato. Esse

³³ Sobre a exploração de sistemas psíquicos por sistemas sociais que são intermediados pela pessoa, cf. HUTTER & TEUBNER, 1994.

³⁴ Nessa direção pensam ESSER & SCHMIDT, 1995, 1 III, ao definirem o contrato não como relação de permuta, mas como “plano” e “programa”.

vínculo se refere, novamente, em primeiro lugar ao projeto do discurso especial produtivo sobre o qual o contrato surte efeitos. Se uma cirurgia é realizada, um projeto técnico é elaborado ou um serviço complexo é prestado, a relação contratual atualiza esse potencial e o transforma na estrutura vinculativa de um sistema social, na obrigação de um discurso e à real prestação de uma dinâmica social. Nesse aspecto, o contrato entre dois agentes torna-se uma obrigação de um sistema produtivo envolvido no sentido de fabricar um produto técnico, prestar um serviço, realizar um tratamento médico, alcançar um resultado de pesquisa, criar uma obra de arte. Um contrato vincula o sistema produtivo envolvido, uma operação específica durante sua autocontinuação. Em segundo lugar, o contrato vincula operações no discurso econômico. Aqui, o contrato transforma a expectativa geral dos preços de mercado em estruturas vinculativas concretas: obrigação de pagamento e seu cumprimento, obrigação de obtenção de lucros para satisfação de demandas futuras. Em terceiro lugar, o contrato cria uma obrigação de prestação no discurso jurídico; ele vincula o processo jurídico para a geração de novas normas para regulações futuras e solução de conflitos. Dessa forma, o contrato obriga a pelo menos três discursos para sua simultânea automodificação, no sentido de realizar seu respectivo projeto.³⁵

3. O contrato como tradução interdiscursiva

Neste ponto coloca-se a questão de como os projetos contratuais de diferentes discursos estão interligados. A resposta se encontra na terceira dimensão do contrato como interdiscursividade. O contrato se aperfeiçoa como “tradução” mútua de projetos discursivos. Se diferentes projetos discursivos devem ser realizados simultaneamente, sua sincronicidade é decisiva. O laço do contrato, que antigamente no *buon governo* ligava vários sujeitos a suas respectivas demandas, liga, hoje em dia, vários discursos em direção a uma corrente de ocorrências de sua automodificação. O contrato é um texto, o qual é tipicamente elaborado em três linguagens (direitos e obrigações jurídicos, custos e benefícios econômicos, o projeto do trabalho, dos bens e dos serviços envolvidos). Então, a execução do contrato significa, em essência, a tradução mútua e bem-sucedida de projetos discursivos.³⁶ Ele traduz permanentemente informações do projeto produtivo para o projeto econômico e jurídico e vice-versa.

³⁵ MÜLLER, 1997, p. 160ss, fala, nesse contexto, sobre uma identidade do contrato como de um sistema social, até de uma identidade coletiva.

³⁶ CRONE, 1993, p. 162ss; MÜLLER, 1997, p. 146ss. Do ponto de vista do pluralismo do direito, BELLEY, 1996.

A *hidden agenda* apresenta-se assim: no caminho de uma tradução contratual, cada um dos jogos de linguagem possibilita a compensação de um “valor agregado” aos demais. Trata-se do velho pensamento reformulado em novas circunstâncias, no sentido de que o contrato cede ao indivíduo poder sobre a vontade de outro indivíduo. Sob as novas condições, isso significa a exploração de um jogo de linguagem por outro. Valor agregado no real sentido da palavra é um valor obtido adicionalmente. A agregação decorre da dinâmica da tradução. De fato, a tradução contratual apresenta não apenas o velho sentido em nova forma, pois isso não seria um valor agregado, mas sim uma reciclagem. Ademais, isso não deixaria de considerar a incomensurabilidade dos discursos, sua uniformidade e inacessibilidade recíproca, que – o que sempre realçam Lyotard e Luhmann –, em princípio, não admitem simplesmente a continuidade de operações discursivas em outro discurso. No sentido estrito da palavra, a tradução interdiscursiva é impossível.³⁷ Aqui está o paradoxo da atual confusão lingüística babilônica. Entre discursos, a transmissão de sentido é impossível, mas ao mesmo tempo necessária. A saída é apresentada por mal-entendidos produtivos. Um discurso só pode reconstruir o sentido de um outro com seus próprios termos, em seu próprio contexto, mas, no entanto, ele pode, simplesmente, tornar proveitoso o material de sentido de outros discursos, como irritação externa, para criar internamente algo novo. Nesse sentido a tradução contratual compreende mal, fundamentalmente, o sentido do acordo no outro discurso, e exatamente por meio disso gera valor agregado. Através da tradução contratual cada uma dessas línguas é capaz de entender mal cada uma das outras de forma reconstrutiva e tirar proveito desse mal-entendido de vez em quando.

Como funciona esse mal-entendido produtivo? Vamos tomar como exemplo o contrato de patrocínio.³⁸ Um grupo multinacional de empresas do Extremo Oriente, produtor de automóveis nobres, contrata um importante compositor europeu para criar uma ópera, uma obra de arte completa de *business values* asiáticos, uma incorporação estética da criatividade espiritual infinita da empresa, que é apta a recolocar sua *corporate image* em seu devido lugar. Se a opinião do filósofo e psicanalista francês Lacan é correta, a empresa e o compositor organizam seu tráfego eco-estético como uma relação de amor: “pois amor significa dar alguma coisa que não se possui”. O segredo desse amor é que o amante não tem nada, mas recebe o presente do amor de coisas que pertencem, na sua fantasia, ao amante. O compositor importante na reali-

³⁷ DERRIDA, 1997a, p. 124.

³⁸ Sobre isso, cf. GRABER, 1994, p. 131ss.

dade não tem nada a oferecer ao *keiretsu*. Ele compõe sua ópera conforme a dinâmica interna de seu discurso artístico, que decide sozinho – e sem consideração do preço de mercado e popularidade – sobre o valor artístico. Ele não possui nada que poderia garantir o sucesso econômico, mas o mal-entendido contratual possibilita que, no mundo das transações econômicas, a ópera seja entendida como algo que melhora a imagem da empresa e aumenta assim, a longo prazo, sua rentabilidade. E, vice-versa, as intenções profanas de objetivos de maximização do lucro são mal-entendidos no discurso artístico de forma produtiva. O capital financeiro investido pela empresa em seu projeto econômico é traduzido em energias materiais, temporais e pessoais artísticas que são necessárias para completar o grande projeto estético. Naturalmente não há nenhuma garantia de que tal mal-entendido será produtivo. Quem pode prever se a irritação de um grão de areia na concha separará, no fim, a famosa pérola! É muito mais provável, e é o mais comum, que a ópera se torne um produto de propaganda vulgar e esteticamente irrelevante. Em outras palavras: se ela possui valor estético, a falta de sucesso econômico é quase certa, mas a trajetória da co-evolução surgirá dos experimentos raros e antes improváveis em que inúmeros experimentos porventura encontram o local secreto no qual projetos potencialmente econômicos e artísticos sejam compatíveis.

Nesse sentido, a instituição do contrato une diferentes racionalidades sociais. O contrato é uma relação entre linguagens sociais que ata a tendência centrífuga à sua respectiva dinâmica, de forma potencialmente produtiva, mas sempre somente *ad hoc*. Por um rápido momento, ele une diferentes lógicas de atuação: a lógica voltada à tecnologia no produto, a ciência, a arte com a lógica voltada para o lucro da economia e a lógica do direito voltada à norma. Nisso há o caráter oportunista do contrato: aproveitar oportunidades de união de discursos de forma não-centralizada e *ad hoc*. Esse é um evento bastante improvável, que depende de seres humanos reais que são suficientemente inventivos e criativos para descobrir essa oportunidade de combinação rara e coincidente. Por um período extremamente curto, jogos lingüísticos em princípio incompatíveis tornam-se compatíveis, não no sentido de serem integrados agora em um todo discursivo, mas, antes, no sentido de que, por um instante, surge um espaço vazio de compatibilidade, que confirma sua incompatibilidade exatamente em função de seu vazio.

Assim, o nexos do contrato dá início a um movimento ultracíclico entre vários sistemas sociais. Ele possibilita que, em sua *autopoiesis*, *ad hoc* e momentaneamente, eles possam explorar os ciclos da auto-reprodução de outros sistemas sem que sejam questionadas suas autonomias. Por meio do

contrato eles traduzem sua língua em uma outra de forma que elas possam apoiar-se reciprocamente. Isso parece relativamente plausível para as oportunidades de lucro abertas por uma inovação técnica, um resultado de pesquisa ou uma obra de arte, mas sempre sob a condição de que o discurso produtivo possa seguir sua própria lógica e não seja substituído pela lógica de lucro. Isso é, por outro lado, plausível para as possibilidades que o capital financeiro abre aos discursos produtivos, mas aqui também somente sob a condição de que este siga a lógica do lucro.

Em que aspecto o encadeamento jurídico de eventos contratuais desenvolve, então, uma dinâmica utilizável para a tecnologia e a economia? Como tal dinâmica, por sua vez, tira proveito de tais eventos como dinâmica utilizável? A resposta é: por meio de vínculo temporal e da indiferença. O direito contratual consiste em processos para solução de conflitos sob determinadas condições. Explora a dinâmica dos conflitos das esferas produtiva e econômica para dar continuidade à sua autoproteção, ou seja, à produção de normas jurídicas por ocasião de conflitos sociais. Por outro lado, as regras normativas geradas pelo direito são mal entendidas na economia como fatores de custo, vinculam investimentos, permitem o planejamento econômico a um prazo mais longo e abrem novas possibilidades de transações de alto risco. Na esfera produtiva, as regras jurídicas que foram desenvolvidas para resolver conflitos no passado são produtivamente mal entendidas como um fortalecimento de padrões profissionais futuros. Assim, o valor agregado da dinâmica jurídica para as esferas econômica e produtiva encontra-se no vínculo temporal que amplia o horizonte para cadeias de acontecimentos produtivos e econômicos.³⁹

Entretanto, na instituição jurídica do contrato há algo mais do que vínculo temporal. Esse algo mais é a estabilização de um discurso característico de um mundo à parte, de um *contracting world*. “Contratos estabilizam, por um determinado período, uma diferença específica combinada com a indiferença contra todo o resto, incluindo os efeitos a pessoas não participantes e a empresas”.⁴⁰ Com a obrigação, o contrato jurídico gera uma diferença específica e, ao mesmo tempo, uma indiferença específica, por traçar uma nítida linha de delimitação entre participantes e não-participantes. É essa indiferença que possibilita o papel interdiscursivo do contrato, pois ela permite a combinação de elementos de diferentes discursos de forma seletiva na relação social concreta, com exclusão de todos os demais para o momento.

³⁹ CRONE, 1993, p. 91ss; MÜLLER, 1997, p. 147.

⁴⁰ LUHMANN, 1993, p. 459.

IV. PERSPECTIVAS NORMATIVAS: LIBERDADE DA TRADUÇÃO

No entanto, essa sutil combinação de diferentes mundos de sentidos – a dispersão e a ressignificação de elementos de sentido no ultraciclo contratual – depende de uma simetria precária de oportunidades de tradução. Ela é construída com base em uma diversidade irreduzível de jogos lingüísticos, em sua heterogeneidade, em sua separação, em sua autonomia, na impossibilidade e na necessidade de sua tradução e em sua liberdade atual de superar o paradoxo da tradução por suas possibilidades específicas do mal-entendido produtivo. Isso abre novas perspectivas normativas. Diante da tradicional liberdade da celebração individual do contrato, agora é a liberdade da reconstrução discursiva que passa para o primeiro plano. Não se trata mais exclusivamente da liberdade de agentes econômicos escolherem seus parceiros contratuais e fecharem um acordo voluntário à sua escolha, em condições de concorrência. Isso seria apenas um aspecto parcial que reduziria a liberdade contratual à liberdade de o discurso econômico retratar outros discursos em si, mas não o contrário. A liberdade contratual seria então, sob as condições da pluralidade de discursos, a liberdade de os discursos procederem à reconstrução e à ressignificação das operações dos outros discursos em seu próprio contexto. Trata-se da liberdade para o mal-entendido produtivo, de acordo com sua própria lógica interna. E essa liberdade tem como premissa “a separação, a heterogeneidade dos códigos e a diversidade das línguas, a não-ultrapassagem de certos limites, a não-transparência (na língua da teoria de sistemas: diferenciação dos sistemas, sua autonomia e fechamento operativo)”.⁴¹

Essa liberdade é questionada quando tendências totalitárias de um sistema social tentam impor sua versão da tradução a outros mundos de sentidos. Enquanto até agora a liberdade contratual estava adstrita a proteger a liberdade de decisão individual no mercado contra fraude, engano e especialmente contra a intervenção política excessiva, a liberdade contratual deveria ser estendida agora à proteção da dinâmica da tradução contratual contra o próprio mercado, quando o discurso econômico começa a monopolizar o direito da tradução interdiscursiva e impor traduções econômicas a outros discursos. A liberdade da reconstrução discursiva volta-se contra uma nova construção da torre de Babel, o que está ocorrendo em nome da racionalidade econômica. Diante disso, a nova confusão babilônica de línguas deve questionar o projeto de uma constru-

ção econômica do mundo e insistir na obrigação de uma tradução necessária e, ao mesmo tempo, impossível entre as diversas línguas do mundo social.

Um exemplo deve deixar claro que não se trata, aqui, de exercícios acadêmicos de tradução entre jogos lingüísticos esotéricos. Um grande projeto de infra-estrutura, que exige a cooperação de diferentes capacidades técnicas, científicas, financeiras e políticas, é organizado por uma combinação de contratos de diversas organizações e suborganizações públicas e privadas. Se houver uma falha nessa extensa rede e o caso chegar ao tribunal, o direito contratual aplicado pelos tribunais seguirá a lógica de contratos de mercado e tenderá a resolver o conflito isolando, jurídico-conceitualmente, os contratos individuais. Segue assim a perspectiva econômica que traduz a complexa unidade de um projeto produtivo em um grande número de transações isoladas, nas alocações desse projeto para diferentes mercados. Concentra-se em conflitos individuais sem levar em conta que o projeto produtivo traduz, por sua vez, as transações isoladas bilaterais em uma grande rede de relações dependentes, sociais, técnicas e políticas. A análise econômica do direito, que alega utilizar critérios normativos para a solução de conflitos jurídicos, somente pioraria essa dependência do direito em relação à tradução econômica. Os critérios – eficiência alocativa e redução dos custos de transação – traduzem o mundo produtivo de projetos técnicos, políticos, sociais ou artísticos, como um todo, para a linguagem de cálculos de custo-benefício, tornando essa tradução vinculante para o direito. A simetria da tradução exigiria o contrário do direito contratual, ou seja: que fosse conceitualmente capaz de considerar plenamente o caráter de rede do projeto produtivo, mesmo se isso levasse a uma eficiência alocativa reduzida e a custos de transações mais elevados.

A transformação do direito privado deveria ocorrer na direção de tal policontextualidade. Naturalmente o direito privado de hoje não existe em uma *splendid isolation* de seus ambientes sociais, mas opera em firme acoplamento estrutural com o sistema econômico, intermediado por propriedade e contrato.⁴² Mas o problema está exatamente neste ponto, e repousa na redução do direito a um acoplamento monocontextual. Dessa maneira, o direito privado recebe suas informações sobre o resto da sociedade quase automaticamente e quase exclusivamente por meio do cálculo custo-benefício do discurso econômico. Todos os outros discursos da sociedade, sejam estes da ciência, da educação, da tecnologia, da arte ou da medicina, devem passar

⁴¹ DERRIDA, 1997b, p. 29, a respeito da discussão entre Kant e Schelling sobre liberdade econômica com relação ao Estado.

⁴² LUHMANN, 1993, p. 459ss.

por esse filtro. Eles são, primeiramente, traduzidos para o mundo do cálculo econômico, para que então essa tradução seja apresentada ao direito para a solução do conflito. Hugh Collins sistematizou essa distorção de relações sociais por sua contratualização econômica em quatro categorias: 1. bilateralização: relações sociais complexas são traduzidas em um grande número de relações bilaterais fechadas; 2. critérios de avaliação seletivos; 3. externalização de efeitos negativos; 4. relações de poder.⁴⁵ Essa análise mostra como é urgentemente necessário que o direito privado estabeleça contato com os outros subsistemas sociais que seguem critérios racionais. Apesar de isso já estar acontecendo hoje – mesmo em extensão restrita –, sempre que o direito contratual utiliza as famosas cláusulas gerais dos bons costumes, *ordre public* e *public policy*, para declarar inválido um contrato que economicamente faz sentido, invocando critérios não-econômicos, ou ainda que sob invocação da “boa-fé”, compensa critérios econômicos com outros critérios de sociedade. Mas essas são apenas correções marginais da racionalidade dominante que são introduzidas no direito por miríades de transações econômicas. Elas devem ser substituídas pela condição de simetria dentro do triângulo do discurso no contrato.

V. DIREITOS DE DISCURSO NO SETOR PRIVADO

O entendimento do contrato como tradução de jogo lingüístico leva ao questionamento de sua autenticidade, da integridade dos textos e de sua sobrevivência no livre jogo de traduções. A liberdade de reconstrução no interior do triângulo dos projetos contratuais pressupõe que os discursos podem exigir autonomia. Essa pretensão de autonomia de cada texto foi sistematicamente violada pelos vários totalitarismos do século XX. Regimes de discursos com tendências totalitárias controlam as meta-regras da tradução entre os discursos⁴⁴ e monopolizam o direito da reconstrução vinculante que impõem, então, a outros discursos.

Esses “direitos” são, antes de tudo, apenas fenômenos sociais difusos, construtos rudimentares normativos com contornos pouco claros que se apresentam em comportamentos sociais como pretensões vagas de autonomia que, entretanto, são tão importantes para a preservação de uma estrutura social diferenciada que sua institucionalização jurídica deve ter preferência na política

jurídica.⁴⁵ Isso pressupõe, porém, a *conceptual readiness* do direito, no sentido de reagir à pressão de desenvolvimentos sociais. Um entendimento jurídico do contrato como interdiscursividade permite, de fato, que se lance no direito a questão de se a integridade do projeto produtivo do contrato, ou seja, a reconstrução do contrato nas esferas da tecnologia, da ciência, da medicina, do jornalismo, do esporte, do turismo, da educação ou da arte, pode ser protegida pelo instituto jurídico do efeito a terceiros de direitos fundamentais. Assim, questiona-se se o efeito a terceiros de direitos fundamentais no âmbito do direito privado deve ser alterado, passando de uma proteção meramente relacionada ao indivíduo para a proteção de instituições, redes, sistemas e discursos impessoais diante das ameaças no setor privado. Os direitos aqui abordados não podem simplesmente ser vistos como direitos meramente individuais, mas devem ser reconstruídos ao mesmo tempo como “direitos de discurso” diante das atuais ameaças da policontextualidade. Um correlato normativo para o contrato como tradução de jogos lingüísticos seria a ampliação do entendimento dos direitos fundamentais relacionados com o sistema ao contexto dos *private governance regimes*. Isso também exigiria, porém, uma reformulação profunda e adequada do clássico modelo dos direitos fundamentais em todos os seus elementos: indivíduo – Estado – poder – direito subjetivo.⁴⁶

1. Também na área do direito privado os direitos fundamentais não podem ser limitados à proteção das esferas individuais de atuação, mas necessitam de uma ampliação para a garantia da pluralidade de discursos. Não só a liberdade de agir individual do artista, do pesquisador ou do jornalista é submetida a ameaças no setor privado, mas também a integridade dos discursos, a liberdade da arte, da educação, da pesquisa e da comunicação de mídia. Essa ampliação do indivíduo ao discurso foi a mensagem da teoria de sistemas para o direito público, que alterou fundamentalmente seu entendimento sobre os direitos fundamentais, cujas conseqüências sobre o direito privado, porém, ainda devem ser extraídas.⁴⁷ A retórica individualista esconde o papel histórico

⁴⁵ Para um direito não desenvolvido e rudimentar como resultado de comportamentos sociais que forçam uma institucionalização jurídica, cf. SELZNICK, 1969, p. 32ss. Em uma linguagem menos onerada normativamente, LUHMANN, 1965, p. 186ss, desenvolveu um argumento comparável para o desenvolvimento de direitos básicos como instituições sociais.

⁴⁶ Cf. a tentativa de verificar as implicações de uma tal abordagem para a liberdade da arte no contexto privado em GRABER & TEUBNER, 1997. Sobre o debate inglês relativo a direitos fundamentais no contexto privado, cf. CLAPHAM, 1996; COLLINS, 1992; RAZ, 1986; e NELSON, 1981.

⁴⁷ Preparado por um entendimento institucional dos direitos fundamentais no direito constitucional alemão, LUHMANN, 1965, obteve a ruptura. Sobre a continuação do desenvolvimento, WILLKE, 1975; GRIMM, 1987; LADEUR, 1992; e GRABER, 1994. De forma crítica, HABERMAS, 1992, p. 423ss. A respeito de desenvolvimentos semelhantes no debate anglo-saxão, cf. RAZ, 1986.

⁴⁴ COLLINS, 1997, p. 76ss.

⁴⁵ A respeito de entendimento da teoria de sistema a respeito de regimes totalitários, cf. WIELSCH, 1997.

dos direitos fundamentais de proteger a frágil diversidade dos discursos contra as tendências monopolizantes de um discurso dominante.⁴⁸ Os direitos fundamentais devem ser entendidos como contrapartida histórica à diferenciação social, que – mesmo se nem sempre de maneira bem-sucedida, como já sabemos – procura impedir o discurso totalitário na mesma medida em que as tendências expansivas de um sistema social ameaçam a diversidade precária do discurso social.

2. A experiência dos séculos XIX e XX mostra que tendências totalitárias não têm sua origem na política mas sim em outras áreas, hoje especialmente na tecnologia, na ciência e na economia. Um conceito discursivo dos direitos fundamentais deve voltar-se contra qualquer sistema social que apresente tendências totalitárias. Nesse sentido, os direitos fundamentais, entendidos como direitos de discurso, podem formar o fundamento de uma reconstrução do direito privado. Um direito privado contemporâneo deve ver sua tarefa principal na proteção das muitas autonomias não apenas diante do Estado repressivo, mas também especialmente contra as tendências expansivas da tecnologia, da ciência, das mídias de publicação e do mercado. As esferas de liberdade e dignidade individual, a auto-realização do indivíduo, os discursos de pesquisa, arte, educação, comunicação de mídia, a esfera da própria política devem ser protegidos contra a monopolização da tradução por discursos expansivos econômicos e técnicos. Para isso, a mais recente dogmática do reflexo a terceiros, que se concentra na função de proteção do Estado, ajuda pouco.⁴⁹ Ironicamente, na era da privatização ela fortalece um entendimento estrito, voltado ao estado dos direitos fundamentais e de seu reflexo a terceiros. Não pode tratar-se apenas de, no espaço genuíno da configuração do legislador político, encontrar a imposição, ao setor privado, de uma proteção aos direitos fundamentais. Ao contrário, é importante desenvolver, a partir de uma dinâmica das autonomias sociais, uma estrutura adequada de direitos fundamentais para cuja realização possam servir as obrigações de proteção jurídico-estatal.

3. No entanto, para essa finalidade não é suficiente concentrar-se no critério do poder socioeconômico. A atual discussão do reflexo de direitos fundamentais a terceiros não vai suficientemente longe quando escolhe o critério do poder privado para limitar o âmbito do setor privado no qual os direitos funda-

mentais sejam aplicáveis, em vez de um espaço de autonomia privada genuína no qual eles permaneçam inaplicáveis. A analogia entre poder político e econômico pode fazer sentido por um período transitório. Entretanto, ela não vê os perigos específicos para uma livre tradução de discursos que partem de um sistema econômico cujo meio de comunicação não é o poder, mas sim o dinheiro. O critério para a aplicabilidade dos direitos fundamentais no âmbito privado não deve ser simplesmente o poder social, mas sim sua ameaça pelo meio comunicativo específico do respectivo sistema social. A liberdade de pesquisa, educação e arte não está sendo ameaçada apenas pela estrutura esmagadora do poder de macroempresas, contra as quais protestam os indivíduos sem poder. As novas ameaças para a liberdade discursiva decorrem muito mais de uma sutil sedução, da corrupção estrutural pelo meio dinheiro. Patrocínio de arte pela economia, financiamento privado da educação e pesquisa dependente do mercado são as novas situações de sedução nas quais se faz necessária uma institucionalização estável de direitos fundamentais.

4. Este foco sobre os meios de comunicação também exclui, então, uma analogia direta ao direito subjetivo como uma zona de exclusão quase espacial. Isso era adequado como mecanismo de proteção contra a infiltração de poder político em territórios não-políticos. A sedução sutil por incentivos econômicos pode, ao contrário, ser frustrada pelo direito, garantindo à vítima da sedução um espaço protegido de autonomia. Isso é um desafio para a fantasia institucional. Uma “procedimentalização” dos direitos fundamentais com relação a processos jurídicos poderia levar a uma garantia efetiva da autonomia discursiva. Uma importante garantia seria a multiplicação das fontes de dependência para criar, a partir das muitas dependências, uma nova independência. Uma obrigação constitucional do Estado de garantir uma pluralidade de recursos financeiros para pesquisa, arte e educação poderia ter efeitos sobre a autonomia de discursos sociais que seriam comparáveis à construção tradicional de direitos subjetivos.⁵⁰ É demandada, aqui, uma nova procedimentalização dos direitos fundamentais na assim chamada esfera privada.

O motivo por trás de tais direitos fundamentais de discursos no setor privado é o postulado normativo de constitucionalizar o direito privado. Não se trata apenas de realizar os valores da constituição política no direito contratual, no direito dos atos ilícitos e no direito das coisas, mas de transformar o direito privado, em si, em um novo direito constitucional. Isso, no entanto, não repre-

⁴⁸ Amantes liberais e comunitários do humanitarismo de direitos fundamentais são convidados a ler esta frase de forma cuidadosa. O que está em voga não é a substituição da pessoa protegida por direitos fundamentais, mas sim sua descentralização. A sociedade de hoje conhece outros espaços de liberdade além dos pessoais, cuja proteção por direitos fundamentais não é menos importante perante ameaças do setor privado.
⁴⁹ A respeito da mais nova dogmática sobre reflexo a terceiros, cf. OETER, 1994, e JARASS, 1995.

⁵⁰ Relativamente a liberdade da ciência, cf. KEALEY, 1997; quanto a liberdade da arte, cf. GRABER & TEUBNER, 1997.

senta ser o direito constitucional de mercado da escola neoliberal, mas a constituição social de *private governance regimes* que ajam politicamente. Se é correto que os atuais sistemas de regulamentação privada produzem grandes quantidades de direito que normatizam, regulamentam e submetem à sua jurisdição grandes áreas de atividade social, então a questão de uma “constituição” para esses sistemas privados não é, hoje, menos urgente do que a questão da constituição para os sistemas políticos monarquistas na recente história européia. Um direito privado alterado poderia assumir o papel de uma constituição social que proteja as muitas autonomias da sociedade civil. Mas não é a *Concordia do buon governo* de Ambrogio Lorenzetti que está em vista. O objetivo é mais sóbrio e menos exigente do que as ambições de um comunitarismo revitalizado no direito. Buscam-se restrições jurídicas e políticas impostas externamente contra as tendências autodestrutivas de sistemas sociais em expansão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BELLEY, J.-G. Le contrat comme phénomène d'internormativité. In: BELLEY, J.-G. (org.). *Le droit soluble*. Paris: LGDJ, 1996.
- CLAPHAM, A. *Human Rights in the Private Sphere*. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- COLLINS, H. *Justice in Dismissal*. Oxford: Oxford University Press, 1992.
- _____. *The Law of Contract*. 3.^a ed. Londres: Butterworths, 1997.
- CRONE, H.C. von der. *Rahmenverträge: Vertragsrecht – Systemtheorie – Ökonomie*. Zürich: Schulthess, 1993.
- DERRIDA, J. *Gesetzeskraft: Der "mystische Grund der Autorität"*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.
- _____. Babylonische Türme: Wege, Umwege, Abwege. In: HIRSCH, A. (org.). *Übersetzung und Dekonstruktion*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997a.
- _____. Theologie der Übersetzung. In: HIRSCH, A. (org.). *Übersetzung und Dekonstruktion*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997b.
- EISENBERG, M.A. Relational Contracts. In: BEATSON, J. & FRIEDMANN, D. (orgs.). *Good Faith and Fault in Contract Law*. Oxford: Clarendon, 1994.
- EPSTEIN, R. *Simple Rules for a Complex World*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995.
- ESSER, J. & SCHMIDT, E. *Schuldrecht: Allgemeiner Teil: Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen*. 8.^a ed. Heidelberg: Müller, 1995, v. 1.
- FRIEDLAND, R. & ALFORD, R. Bringing Society Back: Symbols, Practices and Institutional Contradictions. In: POWELL, W. & DI MAGGIO, P. (orgs.). *The New Institutionalism*. Chicago: Chicago University Press, 1992.
- GERSTENBERG, O. Law's Polyarchy: A Comment on Cohen and Sabel. *European Law Journal*, Oxford, 3, 1997, p. 343-358.
- GIERKE, O. von. *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*. Berlin: Weidmann, 1863.
- _____. *Das Wesen der menschlichen Verbände*. Berlin: Gustav Schade, 1902.
- GORDON, R. Unfreezing Legal Reality: Critical Approaches to Law, *Florida State University Law Review*, Tallahassee, 15, 1987, p. 195-220.
- GRABER, C. *Zwischen Geist und Geld: Interferenzen von Kunst und Wirtschaft aus rechtlicher Sicht*. Baden-Baden: Nomos, 1994.
- GRABER, C. & TEUBNER, G. Art and Money: Constitutional Rights in the Private Sphere, *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, 17: 61-74, 1997.
- GRAHAM, C. & PROSSER, T. *Privatising Public Enterprises*. Oxford: Clarendon, 1991.
- GRIMM, D. Grundrechte und Privatrecht in der bürgerlichen Sozialordnung. In: _____. *Recht und Staat in der bürgerlichen Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987.
- GÜNTHER, G. Life as Poly-Contextuality. In: _____. *Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik I*. Hamburg: Meiner, 1976.
- HABERMAS, J. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt: Suhrkamp, 1992.
- HUTTER, M. & TEUBNER, G. Der Gesellschaft fette Beute: Homo juridicus und homo oeconomicus als kommunikationserhaltende Fiktionen. In: FUCHS, P. & GÖBEL, A. (orgs.). *Der Mensch – das Medium der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994.
- JARASS, H.D. Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik, *Archiv für öffentliches Recht*, Tübingen, 120, 1995, p. 345-381.
- KEALEY, T. It's us against them, *The Guardian*, Charlottetown, 7, 1.5.1997.
- KENNEDY, D. *Critique of Adjudication*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1997.
- LADEUR, K.-H. *Postmoderne Rechtstheorie: Selbstreferenz – Selbstorganisation – Prozeduralisierung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992.
- LUHMANN, N. *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*. Berlin: Duncker & Humblot, 1965.
- _____. Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewußtseins für die moderne Gesellschaft. In: LUHMANN, N. (org.). *Gesellschaftsstruktur und Semantik*. Frankfurt: Suhrkamp, 1981, Bd. 2.
- _____. Die Codierung des Rechtssystems. *Rechtstheorie*, Berlin, 17, 1986, p. 171-203.

- _____. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1993.
- _____. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1997.
- LYOTARD, J.-F. *The Différend: Phrases in Dispute*. Manchester: Manchester University Press, 1987.
- Mc NEIL, I.R. *The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations*. New Haven: Yale University Press, 1980.
- MESTMÄCKER, E.-J. On the Legitimacy of European Law, *Rebels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, Berlin, 58, 1994, p. 615-635.
- MÜLLER, T.P. *Verwaltungsverträge im Spannungsfeld von Recht, Politik und Wirtschaft*. Basel: Helbing & Lichtenhan, 1997.
- NELSON, W.N. Human Rights and Human Obligations, *Nomos*, Paris, 23, 1981, p. 281-296.
- OETER, S. Drittwirkung der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts, *Archiv für öffentliches Recht*, Tübingen, 119, 1994, p. 529-563.
- PROSSER, T. *Law and the Regulatory Process*. Oxford: Clarendon, 1997.
- RAZ, J. *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1986.
- RUBINSTEIN, N. Political Ideas in Sieneese Art: The Frescoes by Ambrogio Lorenzetti and Taddeo di Bartolo, *Journal of the Warburg and Courtauld Institute*, Londres, 21, 1959, p. 179-207.
- SCHLAG, P. Normativity and the Politics of Form, *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, 139, 1991, p. 801-932.
- _____. Values. *Yale Journal of Law & the Humanities*, New Haven, 6: 219-232, 1994.
- SELZNICK, P. *Law, Society and Industrial Justice*. Nova York: Russell Sage, 1969.
- SKINNER, Q. *Ambrogio Lorenzetti: The Palazzo Pubblico, Siena*. Nova York: Braziller, 1986.
- STARN, R. Ambrogio Lorenzetti: The Artist as Political Philosopher, *Proceedings of the British Academy*, Oxford, 72, 1994, p. 1-56.
- TEUBNER, G. Altera pars audiatur: Das Recht in der Kollision unterschiedlicher Universalitätsansprüche, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Stuttgart, 199-200, 1996 [separata].
- _____. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. In: TEUBNER, G. (org.). *Global Law Without a State*. Aldershot: Dartmouth, 1997a.
- _____. (org.). *Global Law Without A State*. Aldershot: Dartmouth, 1997b.
- _____. Im blinden Fleck der Systeme: Die Hybridisierung des Vertrages, *Soziale Systeme*, Stuttgart, 3, 1997c, p. 313-326.
- TWINING, W. Globalization and Legal Theory: Some Local Implications. *Current Legal Problems*, Oxford, 49, 1996, p. 1-42.
- UNGER, R.M. *What Should Legal Analysis Become?* Londres: Verso, 1996.
- VILLEY, M. *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 1957.
- WEBER, M. (1921). *Wirtschaft und Gesellschaft*. 5. Aufl. Tübingen: Mohr (Siebeck), 1972.
- WIELSCH, D. Die Verheißungen des Totalitarismus: Von der Vergangenheit der Politik zur Zukunft des Rechts, *Rechtshistorisches Journal*, Frankfurt am Main, 16, 1997, p. 492-524.
- WILHELMSSON, T. (org.). *Perspectives of Critical Contract Law*. Aldershot: Dartmouth, 1993.
- _____. Private Law 2000: Small Stories on Morality Through Liability. In: WILHELMSSON, T. & HURRI, S. (orgs.). *From Dissonance to Sense: Welfare State-expectations, Privatisation and Private Law*. Aldershot: Ashgate, 1999.
- WILLKE, H. *Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie: Schritte zu einer normativen Systemtheorie*. Berlin: Duncker & Humblot, 1975.

DADOS DO AUTOR E DOS TRADUTORES

GUNTHER TEUBNER nasceu em 1944, na Alemanha. Estudou ciências do direito e sociologia do direito nas Universidades de Göttingen e Tübingen, na Alemanha, e de Berkeley, nos EUA. Defendeu sua tese de doutorado, em 1970, na Universidade de Tübingen e prestou o segundo exame de Estado em 1971. Tornou-se, em 1974, M.A. (*law and society*) na Universidade de Berkeley e habilitou-se, em 1977, na Universidade de Tübingen.

Entre 1977 e 1981, atuou como professor universitário na Universidade de Bremen. Trabalhou no Instituto Europeu de Ensino Superior, em Florença, na Itália (1981-1993) e, entre 1993 e 1998, como “Otto-Kahn-Freund Professor of Comparative Law and Legal Theory”, na London School of Economics. Foi professor convidado das Universidades Berkeley, Stanford e Ann Arbor e do ILS Paris. Atualmente é professor de ciência do direito na Universidade de Frankfurt am Main e “Centennial Visiting Professor” da London School of Economics. Membro da Academia Européia, em Londres, recebeu o “Leon Petrazycki International Prize” da International Sociological Association e o prêmio “Recht und Gesellschaft”.

Tendo como linhas de pesquisa a teoria geral da sociologia do direito, a teoria geral do direito privado e o direito privado comparado, Gunther Teubner é ainda pouco publicado no Brasil, mas é autor de ampla bibliografia, já acolhida em inúmeras línguas. Entre suas obras destacam-se: *Netzwerk als Vertragsverbund* (2004), *Il diritto Policontesturale* (1999), *Droit et Réflexivité* (1994), *Recht als Autopoietisches System* (1989), esta traduzida em seis línguas, *Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung* (1978), *Gegenseitige Vertragsuntreue* (1975) e *Standards und Direktiven in Generalklauseln* (1971). Também organizou publicações como *Constitutionalism and Transnational Governance* (2002), *Die Rückgabe des Zwölften Kamels* (2000), *Global Law Without a State* (1997), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe* 1995, *Environmental Law and Ecological Responsibility* (1995), *State, Law, Economy as Autopoietic Systems*

(1992), *Paradoxes of Self-Reference in the Humanities, Law, and the Social Sciences* (1991), *Regulating Corporate Groups in Europe* (1990), *Autopoietic Law* (1988) e *Corporate Governance and Directors' Liability* (1984).

No Brasil, publicou "A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional" (*Impulso* 33, Piracicaba, 14: 9-31, 2003) e "Altera Pars Audiatur: o direito na colisão de discursos" (in: *Direito e Cidadania na Pós-Modernidade*. Piracicaba: Editora UNIMER, 2002).

BRUNELA VIEIRA DE VINCENZI é advogada, mestre em direito (USP) e doutoranda em direito na Universidade de Frankfurt, sob orientação de Gunther Teubner.

DOROTHEE SUSANNE RÜDIGER é professora universitária, mestre e doutora em direito (USP).

JÜRGEN VOLKER DITTBERNER é advogado e tradutor.

PATRÍCIA STANZIONE GALIZIA é advogada e tradutora.

RODRIGO OCTÁVIO BROGLIA MENDES é advogado, mestre em direito (Universidade de Frankfurt), sob orientação de Gunther Teubner, e doutorando em direito (USP).