

O DIREITO ECONÔMICO DA SOCIEDADE GLOBAL NUMA PERSPECTIVA POLICONTEXTURAL: GUNTHER TEUBNER E A JUSTIÇA COMO FÓRMULA DE CONTINGÊNCIA DA ECONOMIA

THE ECONOMIC LAW OF GLOBAL SOCIETY IN A POLYCONTEXTURAL PERSPECTIVE: GUNTHER TEUBNER AND JUSTICE AS A FORMULA FOR THE CONTINGENCY OF THE ECONOMY

Arnaldo Bastos Santos Neto¹

Diógenes Faria de Carvalho²

Felipe Magalhães Bambirra³

RESUMO

A presente investigação reflete acerca da abordagem sistêmica sobre a sociedade e o direito, verificando a conexão existente entre as sociedades marcadas pela complexidade e a emergência de uma economia globalizada. Buscamos entender como a fórmula de contingência do sistema jurídico permite que o mesmo faça adaptações a um entorno em veloz mutação, mudanças estas que vão muito além das fronteiras do direito e do Estado nacional. A relação entre o direito e a economia global impõem uma visão que assuma a existência da policontextualidade, conforme as contribuições de Gunther Teubner, autor que constitui o marco teórico fundamental do presente estudo. Por meio de sua abordagem podemos indagar sobre como a própria ideia de justiça aparece como uma fórmula de

¹ Doutor em Direito pela UNISINOS. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás e Professor no Programa de Mestrado em Direito Constitucional Econômico da UNIALFA, bem como pesquisador bolsista da FUNADESP. Email: arnaldobsneto@yahoo.com.br

² Pós-doutor em Direito do Consumidor pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor Associado da Universidade Federal de Goiás (UFG). Professor Permanente no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional Econômico do Centro Universitário Alves Faria e Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (Unialfa/Fadisp). Coordenador-geral de Consultoria Técnica e Sanções Administrativas da Secretaria Nacional do Consumidor, do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Email: dfcarvalho01@hotmail.com

³ Mestre e Doutor em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e Pós-Doutor pela Universidade Federal de Goiás - Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar de Direitos Humanos (PPGIDH). É Professor no Unicentro Alves Farias, no Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico (mestrado em Direito), pesquisador bolsista da FUNADESP. Email: fmbambirra@gmail.com

adaptação que regula a complexidade adequada do sistema econômico em sua relação com o direito. A justiça ganha uma nova roupagem, deixando de ser a busca de fórmulas ideais para se tornar um conceito pragmático-sistêmico.

Palavras-chave: policontextualidade. Economia globalizada. Gunther Teubner.

ABSTRACT

This investigation reflects on the systemic approach to society and law, verifying the existing connection between societies marked by complexity and the emergence of a globalized economy. We seek to understand how the contingency formula of the legal system allows it to adapt to a rapidly changing environment, changes that go far beyond the borders of law and the national state. The relationship between law and the global economy imposes a vision that assumes the existence of polycontextuality, following the contributions of Gunther Teubner, the author who constitutes the fundamental theoretical framework of this study. Through his approach, we can inquire about how the very idea of justice appears as an adaptation formula that regulates the adequate complexity of the economic system in its relation to the law. Justice takes on a new guise, ceasing to be the search for ideal formulas to become a pragmatic-systemic concept.

Keywords: polycontextuality. Globalized economy. Gunther Teubner.

1 INTRODUÇÃO

Compreender os dilemas econômicos de uma sociedade organizada em bases globais constitui um dos principais enfoques de Gunther Teubner, jurista sistêmico de inspiração luhmanniana. No presente artigo, vamos verificar como o autor de “O direito como sistema autopoiético” desenvolve uma abordagem da questão da justiça na esfera econômica que vai além do seu uso como fórmula de contingência. Teubner entende que não há uma teoria sociojurídica sobre a justiça; ou seja, não há uma explicação capaz de dar conta da “justiça do jurídico”. Sendo assim, a justiça aparece como o ponto cego da distinção entre a lei e a sociedade.

Dessa forma, a sociologia registra um paradigma perdido: a justiça como um ideal de boa sociedade. Entretanto, isso não significa, como Kelsen sugeriu, que a sociologia jurídica deve abandonar totalmente a ideia de justiça. É preciso reformular a velha ideia sob novas condições para distinguir cuidadosamente entre diferentes *monocontextos* de justiça: justiça moral, justiça política, justiça econômica e até mesmo a justiça do jurídico. Tais *monocontextos* fazem parte de “uma dura realidade social imposta inexoravelmente ao direito” (TEUBNER, 2002, p. 95), assim como só podemos falar de um direito da sociedade, pois só o direito produz direito e só pode haver uma justiça do direito, uma justiça especificamente jurídica.

A sociologia jurídica precisa desenvolver um conceito de justiça que seja específico da lei, ou seja, uma justiça do jurídico, como sublinha Gunther Teubner, mas isso não quer dizer que o direito monopoliza a justiça; muito pelo contrário, pois, em uma sociedade contemporânea, diferentes conceitos de justiça coexistem em diferentes contextos, sem que nenhum metaprincípio lhes possa dar unidade.⁴ Debalde se procura por um *pancontexto* em que os princípios de uma sociedade justa possam ser formulados de forma unitária. A procura por uma sociedade justa não pode ser encontrada num único caminho; desde o começo, ela segue por diferentes avenidas. Cada contexto diferente de justiça é realizado numa prática social específica, obedecendo a uma racionalidade parcial e a uma normatividade parcial, que não podem ser fundidos em princípios comuns de justiça (TEUBNER, 2008).

A proposta de Teubner é que a justiça deve ser compreendida como um conjunto de práticas subversivas de autotranscendência do direito, o que é negligenciado na teoria legal e nas doutrinas oficiais. Vista desse modo, a justiça é uma autodescrição do direito que mina os próprios esforços, uma vez que, ao se realizar, cria sempre novas injustiças. Tal autodescrição dos textos legais constitui o suporte não só do legalismo, como também do jusnaturalismo. A reentrada da teoria sociológica na prática legal pode criar um espaço imaginário para a normativização da justiça hoje, gerando um espaço que está localizado para além do direito natural e do positivismo (TEUBNER, 2008, p. 19-20), de tal forma que a dogmática e a teoria do direito, como autodescrições, reflitam sobre o direito e sua prática (bem como seus limites), fazendo incluir no direito elementos do seu entorno, buscando elaborar conceitos adequados para tal. A justiça, em uma sociedade complexa, é um princípio que critica constantemente o direito, subvertendo-o e pondo-o em conflito consigo mesmo: a justiça subversiva é um espinho na carne do direito!⁵

⁴ De acordo com Teubner: “La sociologia del diritto deve sviluppare anche un concetto di giustizia che tenga conto della propria razionalità e della propria normatività – la giustizia del diritto. Cio non significa, certamente, che il diritto ha il monopolio sulla giustizia. Piuttosto, coesistono in differenti contesti sociali differenti concetti di giustizia, che non si adattano a un principio unitario” (TEUBNER, 2008, p. 28).

⁵ Conforme Teubner: “*Viceversa: la giustizia ‘boicotta’ le decisioni del diritto. Contrariamente alla spinta del diritto verso la certezza delle decisioni, la giustizia giuridica inaugura nelle vesti di una prassi discorsiva un nuovo spazio della incertezza e della indeterminatezza del diritto. La giustizia minaccia la routine del ricorso alle decisioni del diritto e domanda, fondamentalmente, se un conflitto non debba essere deciso diversamente, alla luce delle richieste esterne al diritto, non da altro. La giustizia agisce internamente al diritto come forza sovversiva, per la quale il diritto protesta contro se stesso. La giustizia protesta contro la naturale tendenza del diritto a vincolarsi al pregiudizio, alla consuetudine, alla sicurezza, alla stabilità, all’autorità e all’tradizione. Contrariamente alla tendenza del diritto, all’stabilità perfettamente ordinata, la giustizia gioca la sua preferenza per il disordine, la rivolta, la differenza, la variabilità e il cambiamento. Essa protesta in nome della società, degli uomini e della natura – dopo tutto risuona l’arcano interno del diritto. La giustizia sovversiva è una spina nella carne*” (TEUBNER, 2008, p. 40-41).

Teubner critica três postulados tradicionais da abordagem da justiça: a ideia paradigmática da reciprocidade, o pressuposto do consenso e a ideologia da racionalidade, que funcionam como obstáculos epistemológicos para compreensão do tema. Na sua crítica ao paradigma perdido da reciprocidade, Teubner lembra que Rawls e Habermas basearam sua tentativa de transformação da reciprocidade intersubjetiva em um princípio universal. Tanto o “véu da ignorância” quanto a “situação comunicativa ideal” representam tentativas em tal direção, baseando-se num processo de abstração que vai do particular ao universal. Ou seja, John Rawls e Habermas concebem a justiça sem história, justiça sem sociedade. Ambos reformulam os conceitos kantianos de justiça sob as condições históricas contemporâneas: Rawls através de uma adaptação da teoria econômica moderna e Habermas introduzindo a intersubjetividade e a evolução das estruturas normativas. Porém, tais ideias, critica Teubner, refletem as estruturas semânticas da velha Europa quando definem os componentes básicos de justiça: reciprocidade universal, consenso e racionalidade. Rawls e Habermas constroem o seu princípio moral de reciprocidade entre os seres humanos de forma universal, por meio de normas abstratas e gerais que formam a base de uma sociedade justa. O véu da ignorância de Rawls concebe as projeções normativas dos atores individuais racionais fora de suas circunstâncias particulares, induzindo-os a desenhar instituições políticas justas. Em Habermas, a situação ideal de fala é tomada como um procedimento formal que pressupõe a garantia de uma expressão recíproca não distorcida dos interesses individuais, que podem ser universalizados no sentido de normas moralmente justas. Entretanto, a policontextualidade, “uma das mais perturbadoras experiências dos nossos tempos”, trouxe descrédito a essas crescentes variações do conceito kantiano de justiça. A circunstância de que vivemos numa sociedade policontextual⁶, que não pode ser unificada com base em nenhum princípio universal, solapa de forma decisiva as tentativas de formulação de uma teoria da

⁶ Por policontextualidade, Gunther Teubner entende a emergência de estruturas sociais intermediárias altamente fragmentadas, baseadas em distinções binárias: a sociedade não pode mais ser pensada como resultado direto das interações individuais e a justiça não pode ser baseada numa universalização dos princípios de reciprocidade entre indivíduos. A ideia de policontextualidade já pode ser encontrada, em seus primórdios, na ideia de solidariedade orgânica de Emile Durkheim, no politeísmo das modernas racionalidades formais de Max Weber, no pluralismo dos jogos de linguagem de Wittgenstein ou na crítica sociológica feita por Theodor Adorno. Weber em particular analisou a modernidade como racionalização de diferentes esferas de valores que conduzem a conflitos insolúveis entre poderes despersonalizados. Nessas situações a justiça não pode ser encontrada como referência a uma única razão, na reciprocidade e na universalização. Kelsen tem uma percepção de “justiça” relacionada com o relativismo filosófico, ou seja, relativismo dos valores, para ele não pode haver uma justiça universal e única, mas várias justiças, assim como vários sistemas de moral, possivelmente relacionados a vários contextos históricos diferentes. No pluralismo dos jogos de linguagem de Wittgenstein as regras idiossincráticas de cada jogo de linguagem não podem ser justificados por princípios da razão ou por valores abstratos, mas apenas pela prática das reais “formas de vida”. E finalmente, de acordo com Adorno, a justiça universal kantiana necessariamente joga contra as estruturas da sociedade moderna: a incomensurabilidade das diferenciações verticais e horizontais da sociedade transforma o impulso moral de justiça no seu oposto.

justiça como nas propostas de Rawls e Habermas (PRANDINI, 2009). Cada esfera de justiça, como bem argumentou Walzer, possui sua lógica distributiva própria, baseada em valores cujo sentido somente pode ser dado naquele contexto.⁷

De igual modo, merecem críticas todas as postulações em torno da justiça baseando-a no consenso, que Teubner, assim como Luhmann, anteriormente, reputam como impossível, pois implicam uma ilusória possibilidade de juntar numa única racionalidade toda a multiplicidade complexa dos diversos subsistemas sociais. Por fim, Teubner dirige suas reflexões críticas contra o racionalismo e o formalismo jurídico, que compreendem a justiça (assim como o direito) na esfera do calculável, e não como o incalculável, conforme veremos em nossos apontamentos sobre Derrida. A dedução, o silogismo e a subsunção, que justificam a decisão judicial, não são imunes à realidade vivida que se apresenta ao sistema através da sua diferença com o entorno (PRANDINI, 2009).

As soluções propostas por Teubner para superar tais obstáculos epistemológicos são de igual número. Primeiramente, Teubner convida a refletir sobre a assimetria e a reflexividade de uma justiça jurídica (uma justiça do jurídico, uma vez que a relação entre direito e justiça é de conexão necessária), levando em conta que cada operação do sistema jurídico deve ser calculada dentro das suas consequências internas e externas. Cada sistema deve refletir sobre os limites do próprio ponto de vista e confrontá-lo com seu ambiente. A justiça deve ser pensada, dessa forma, como justiça ecológica. A complexidade adequada indicada na fórmula de transcendência tem a ver não só com a complexidade interna do direito, mas também com as suas relações com os demais subsistemas sociais. Como assegura Teubner (2008, p. 34): “*La giustizia come formula di contingenza non è immanente al diritto, bensì trascende il diritto! Consistenza interna più capacita di rispondere alle richieste ecologiche – questa è la duplice formula della giustizia giuridica*”.

Em contraste com as teorias neo-kantianas de justiça, que refinam mais e mais vários requerimentos procedimentais e formais de consenso e universalização, um conceito sociológico deve se concentrar na relação substantiva do direito com a sua ecologia. Uma orientação ecológica do direito é provavelmente o mais importante aspecto da teoria dos sistemas, com sua insistência na distinção sistema/ambiente adicionada ao debate sobre justiça. A justiça redireciona a atenção da lei

⁷Tal policontextualidade está longe de estabelecer uma relação harmônica e pacífica entre os diversos monocontextos da sociedade, como bem argumenta Teubner: “A policentricidade ainda mantém a consoladora hipótese de uma unidade de contexto na qual vários centros de ação coexistem – por assim dizer, no Olimpo dos Deuses. É substituída hoje por um policontextualismo mais ameaçador, isto é, por uma pluralidade de perspectivas excludentes, constituídas por operações de sistema/ambiente e incompatíveis umas com as outras” (TEUBNER, 2002, p. 100).

para sua adequação ao mundo exterior: “*La giustizia indirizza il diritto positivo a domandarsi problematicamente del suo adeguamento all’ambiente esterno*” (TEUBNER, 2002, p. 100).

De tal interação, a justiça incorpora elementos não só formais, mas também substantivos. Trata-se de uma abertura da autorreferência em direção ao ambiente, uma vez que a clausura do direito é sempre uma forma de injustiças. A dogmática, a jurisprudência e a teoria direito permitem uma auto-observação do direito e da justiça, possibilitando uma reentrada (*re-entry*) de temas extraídos do confronto com o entorno.

Por fim, Teubner apresenta a ideia de uma auto-subversão do direito mediante a justiça, em que o incalculável penetra no direito quando este se abre ao seu ambiente. Da imanência da autopoiese específica do direito, partimos para uma transcendência proposta pela heteropoiese, e assim por diante, retornando à imanência. Não se trata de uma dialética existente entre o direito e a justiça, mas sim de uma relação de transcendência e alteridade (como propõe Derrida): a justiça torna-se o Outro do direito. Numa diferença marcante com o pensamento de Luhmann, Teubner irá se referir à justiça no caso concreto, possível se compreendermos que num encadeamento autopoietico, que vai do ato jurídico (operação) para norma de direito (estrutura) e volta para o ato jurídico (operação), abre-se um espaço de possibilidade, um momento de suspensão, no qual o direito será aplicado a uma realidade concreta (PRANDINI, 2009).

2 A JUSTIÇA REFLEXIVA

Temos, assim, um conceito de justiça reflexiva, no momento em que a própria justiça reconhece seus limites dentro dos códigos e programas do subsistema jurídico e ainda na necessidade da sua justificação. Tal experiência dos limites, causada pela reentrada da diferença sistema/entorno no próprio sistema, permite uma mediação entre transcendência e imanência, fazendo com que o direito seja constringido a transcender-se, saindo de si para refletir sobre sua reação com o Outro. Sendo assim, a justiça reflexiva também deve responder acerca das consequências do direito no seu ambiente.

Como é possível pensar a justiça como uma transcendência dos limites da lei quando isso atinge o fechamento autorreferencial do sistema legal? Como a justiça pode transcender o fechamento da lei, se a transferência da validade com base no código binário legal-ilegal toma lugar exclusivamente em cadeias recursivas de sentenças, leis ou atos contratuais? Teubner argumenta que,

em tal contradição, reside o núcleo da eficácia da justiça no nosso tempo. A justiça é a necessária e, ao mesmo tempo, impossível autotranscendência da clausura da lei: tal paradoxo somente pode ser pensado como uma *coincidentia oppositorum* do direito, ou seja, como uma coincidência dos contrários ou conciliação dos contrários capaz de ser traduzida numa consciência do oposto. A justiça é confrontada com a clausura primária da lei: a clausura operacional pela concatenação de atos legais → estruturas legais → atos legais. Nessa autorreferência tautológica e radical isolamento da lei frente ao seu meio ambiente social, a clausura operativa se transforma na maior fonte de injustiça (TEUBNER, 2008, p. 35).

No entanto, as práticas de justiça no mundo moderno têm tomado um curso diferente. A justiça do jurídico não pode quebrar a clausura operacional e retornar às operações primárias de um direito diluído na sociedade. Paradoxalmente, ela (a justiça jurídica) transcende a lei positiva pela segunda clausura através da auto-observação legal.

No momento de uma transformação crucial do direito, quando, num processo judicial legislativo ou de contratação, a argumentação legal começa a excluir argumentos *ad hoc* e *ad hominem* e a se referir a materiais legais especializados, o discurso da justiça começa a fazer parte de uma auto-observação legal que foca os limites da lei e busca transcendê-los. Sempre que a clausura das operações legais vier complementada pela clausura da auto-observação legal, as práticas da justiça estarão concentradas na adequação da lei ao seu ambiente.

Um paralelo interessante pode ser feito entre o papel que joga a utopia no sistema político como elemento capaz de fazer com que as operações cotidianas ganhem uma dimensão voltada a um futuro idealizado, mas que se crê necessário e possível, e a justiça no sistema legal, a qual desafia o sistema a ultrapassar os seus limites. A justiça é a utopia do direito, somente ela pode mobilizar a imaginação dos juristas para que possam ir além das fronteiras do sistema, inaugurando novas formas de conexão do calculável com o incalculável.

3 A JUSTIÇA DA SOCIEDADE MUNDIAL

A sociedade mundial, como lembra Neves (1993, p. 26), “constitui-se como uma conexão unitária de uma pluralidade de âmbitos de comunicação em relações de concorrência e, simultaneamente, de complementariedade. Trata-se de uma *unitas multiplex*”. Uma das características da constituição da presente sociedade mundial consiste na inexistência de um centro político unitário,

pois os processos globalizadores fragmentados da sociedade civil ocorrem com relativa independência da política (TEUBNER, 2003, p. 12). Como fica, então, a questão da justiça no contexto de um direito crescentemente fragmentado da sociedade mundial? Especialmente na sociedade atual, onde assistimos à emergência de uma normatividade que surge no contexto de uma globalização policêntrica, ocorrendo em níveis variados e de forma não coordenada, o que coloca em questão a tríade característica da modernidade jurídica: Constituição, Estado-Nação e Soberania (SCHWARTZ, 2007).

A diminuição da frota comercial marítima alemã a partir dos anos 70 serve como exemplo para entendermos o quanto a globalização coloca em xeque as conquistas civilizatórias obtidas no marco do Estado-nação, criando situações de “desordem global”. Desde os anos 70 que os armadores alemães passaram a adotar o registro dos seus barcos mercantes em outros países, de bandeiras consideradas baratas. Dessa forma, podem escapar da rigorosa regulação de segurança do trabalho, bem como dos custos laborais da legislação e dos convênios sindicais alemães. Como escreveu Denninger, tratando da desordem global do direito: o “*armador podía ocupar su barco con la bandera cambiada, por ejemplo, con un capitán griego, oficiales polacos y marineros filipinos, a los que contrataba según el estándar filipino, que suponía una décima parte del nivel salarial alemán*” (DENNINGER, 2004, p. 127).

Tais problemas, intimamente relacionados ao tema dos direitos fundamentais, suscitaram o interesse de Teubner. O mote para suas reflexões foi o litígio ocorrido na África do Sul envolvendo a questão do acesso à medicação do combate à AIDS. Trata-se do caso “*Hazel Tau vs. Glaxo and Boehringer*”, em que a política de preços praticada por uma multinacional farmacêutica foi denunciada como em conflito com a questão dos direitos fundamentais dos pacientes incapazes de pagar os valores estipulados para a compra dos antibióticos contra o HIV (a mesma situação encontramos no Brasil no caso da quebra das patentes dos mesmos remédios). A questão que se colocou foi a de saber se existe, no setor privado, um “*Acess to Medication as a Human Right*”. Ou ainda: os direitos fundamentais são obrigatórios não somente em face do Estado, mas também diante dos atores multinacionais privados?⁸ O problema jurídico decorrente dos argumentos de Teubner fica

⁸ Teubner (2005) cita diversos exemplos de problemas relacionados: a contaminação do ambiente e o tratamento desumano de grupos étnicos locais, como realizado pela Shell na Nigéria; o acidente com produtos químicos em Bhopal; as condições de trabalho indignas em fábricas precárias na Ásia e na América Latina; o trabalho infantil em empresas como IKEA e NIKE; as acusações contra empresas de Myanmar de colaboração com a ditadura existente naquele país; o uso de trabalho forçado pela Adidas na China; o uso de pesticidas tóxicos em plantações; o desaparecimento de sindicalistas ou ainda os danos ao meio ambiente em obra de grande envergadura. Germano Schwartz apresenta outros exemplos: “códigos de conduta de empresas transnacionais que obrigam seus empregados, nos mais variados Estados da sociedade global, a respeitar certos direitos e valores universais. Outro: os direitos autorais transnacionais, regulados por tratados (TRIPs) que possuem

evidenciado na doutrina do *State-action*, pela qual os atores privados, em princípio, estão excetuados da vinculação com os direitos fundamentais, a não ser que exista um elemento de ação estatal envolvido.

A fragmentação da sociedade interfere diretamente na questão dos direitos humanos, pois não “*existe sólo la frontera entre la comunicación política y el hombre, en la que los derechos humanos montan la guardia*” (TEUBNER, 2005, p. 565). São inúmeras as fronteiras relacionadas, postas não como numa relação entre o todo e a parte, mas sim como diferença entre comunicação e consciência, envolvendo não só a política, mas também a economia, o direito e a ciência, todos esses com relação ao homem entendido como “constructo-de-pessoa”: *homo politicus, oeconomicus, juridicus, organisatoricus*, etc. Tais constructos ocorrem dentro da comunicação, que fazem possível a comunicação com os homens “de fora” (do sistema sociedade)⁹: “*A través de la máscara de la 'persona', los sistemas sociales contactan con los hombres; no pueden comunicar con ellos, pero sí los pueden irritar de manera masiva y dejarse irritar a su vez por ellos*” (TEUBNER, 2005, p. 565).

Traduzindo a questão em outros termos, é possível afirmar que ocorre um crescimento sem precedente “dos sistemas baseados em expectativas cognitivas, seja no plano estrutural (economia, técnica e ciência) ou semântico (meios de comunicação de massa) da sociedade mundial” (NEVES, 2009, p. 31), colocando em xeque os sistemas baseados em expectativas normativas, como o direito. E não só o direito, mas também a política, que se vê ultrapassada pelos outros sistemas sociais. Com a política posta em questão, o direito pode, de uma forma crescente, se desvincular dos arcabouços democráticos erigidos em torno do Estado-Nação. No contexto do que se convencionou chamar de globalização, as Constituições perdem importância como mecanismo de acoplamento entre a política e o direito, em razão de seu forte vínculo com o Estado nacional (NEVES, 2009). O surgimento das “constituições civis” reclama que, “contrariamente à concepção de hierarquia e unidade do direito no Estado constitucional, a teoria do direito e a dogmática jurídica enfatizem a ‘pluralidade heterárquica de ordens jurídicas’” (NEVES, 2009, p. 109).

O perigo resulta da autonomização dos processos comunicativos de matriz anônima e que não são personificados como coletivos visíveis (Estados, partidos, empresas etc.), o que impede de ir além com base na teoria tradicional, pois não percebemos que a violação aos direitos ocorre não por homens, mas sim por processos sociais impessoais; ou seja: “*no son los hombres los que*

equivalente normativo em cada país, podendo ser exigidos em qualquer nível de jurisdição mesmo que a violação tenha sido dada em outro Estado-Nação” (SCHWARTZ, 2007, p. 346).

⁹ O acoplamento entre os sistemas psíquicos (consciência) e os sistemas de comunicação (sociedade) se faz através da linguagem. Cf. LUHMANN; DE GIORGI, 1993, p. 55.

amenazan a otros hombres, sino procesos comunicativos anónimos, que son los que tienen que ser identificados antes que nada” (TEUBNER, 2005, p. 567). Trata-se da possibilidade de enxergarmos não somente um ator privado como origem da infração dos direitos fundamentais, mas sim uma matriz anônima de um meio comunicativo que se tornou autônomo. Como o direito pode lidar com esta realidade? A solução pode estar na compreensão do que Luhmann chamou de *complexidade adequada do direito com referência à sociedade*, cuja análise apresentei anteriormente. O que remete novamente ao tema da justiça como fórmula de contingência presente dentro do sistema jurídico.

Mascareño relaciona a compreensão luhmanniana de justiça ao problema da legitimação procedimental e da auto-constitucionalização social, temas já abordados por Teubner. Enquanto mecanismo de legitimação, a justiça como fórmula de contingência aparece como mecanismo privilegiado, “*un elemento clave para promover la autotranscendencia del derecho y la observación de las legitimaciones derivativas de espacios extrajuridicos*” (MASCAREÑO, 2009, p. X), numa sociedade global onde: a) normas são produzidas fora do contexto jurídico (e que concorrem com as normas dos tribunais); b) surgem referências estranhas ao direito em suas próprias autodescrições doutrinárias; e c) teorias não-jurídicas acerca do direito destroem a unidade da reflexão jurídica (TEUBNER, 2002). A auto-constitucionalização social surge como uma forma de pluralismo jurídico capaz de expressar o politeísmo da sociedade contemporânea, que se apresenta como um “complexo de vários mecanismos independentes de produção de normas sociais que geram normas jurídicas diretamente a partir dos vários subsistemas da sociedade” (TEUBNER, 2002, p. 97). É preciso perceber, como fez o pluralismo jurídico, que o Estado não é o único centro produtor de normatividade. Para Teubner, o “direito global só pode ser interpretado adequadamente por meio de uma teoria do pluralismo jurídico e de uma teoria das fontes do direito, correspondentemente concebida em termos pluralistas” (TEUBNER, 2003, p. 11). Tal teoria precisa colocar o seu foco nos processos espontâneos que ocorrem no interior da globalização. Teubner reclama a necessidade de uma teoria de uma “constituição civil global”, que deve ser construída de modo diverso da teoria constitucional do Estado-nação. A partir de então, se poderia “construir gradualmente una *Constitución de la Sociedad Mundial* en la constitucionalización de una pluralidad de sistemas parciales autónomos en la sociedad mundial” (DENNINGER, 2004, p. 123). Como ressalta Rocha (2007, p. 34):

Hoje, existem, cada vez mais espaços locais de poder, onde existem comportamentos obrigatórios, onde existem regras para serem cumpridas, onde há critérios de controle temporal das expectativas normativas da sociedade, que não derivam do Estado. E são extremamente variados: movimentos sociais, sindicatos,

ONG's e comunidades, que têm regras próprias para a tomada de decisões para grupos de pessoas que as seguem. Assim, são outras regras de Direito que estão surgindo. De certa maneira, sempre existiram, mas estão surgindo sob a observação da sociedade. A globalização vai forçar a um outro tipo de observação que antes não havia. Não é que as coisas não existiam, elas não eram observadas. Então, o Direito, hoje, necessariamente, deve ser observado de forma diferente, não normativista. Do ponto de vista internacional, também, pois é importante analisar outros tipos de possibilidades de organizações que existem no exterior, como a ONU, grandes multinacionais e a União Européia etc. Há, assim, uma observação plural do mundo ou, caso se queira, mais do que pluralismo, um multiculturalismo. Há muitas outras possibilidades de normatividade, e tudo isso faz com que se esteja muito longe da teoria kelseniana.

O direito mundial aponta para proliferação de diversos tribunais supranacionais que operam com alta independência do marco estatal nacional clássico, cujos melhores exemplos são o *European Court of Justice* e o *Appellate Body*, o órgão de apelação da OMC (MASCAREÑO, 2009), além da emergência daquilo que pode ser denominado como regimes neo-espontâneos que surgem por conta de uma crescente complexidade da diferenciação funcional do direito na sua relação com outros subsistemas (econômico, financeiro, meios digitais, transporte, construção, esporte etc.), diagnóstico referendado por Teubner¹⁰. São regulamentações nas quais cresce um direito material sem Estado e com relativa autonomia frente às formas de legitimação democrática das comunidades nacionais, num fenômeno denominado como fragmentação do direito mundial. O que não quer dizer que tal direito mundial “sem Estado” se encontra a salvo de uma crescente repolitização: “justamente a reconstrução de (trans)ações sociais e econômicas como atos jurídicos globais solapa o caráter apolítico do direito global e fornece dessarte o fundamento da sua repolitização” (TEUBNER, 2003, p. 11). Teubner sublinha que as ordens jurídicas internas das empresas multinacionais são as primeiras candidatas à definição de um “direito mundial sem Estado”¹¹ (TEUBNER, 2001, p. 345).

4 JUSTIÇA E FRAGMENTAÇÃO

¹⁰De Giorgi e Luhmann criticam a resistência que a sociologia moderna oferecem quando o assunto é o reconhecimento da sociedade como um sistema global: “*Y en particular, los autores que, en el ámbito de la teoría de la sociedad atribuyen un papel central al Estado moderno, rechazan, precisamente por este motivo, el reconocer el sistema global como sociedad. El fenómeno de la sociedad moderna se manifiesta, entonces, en la figura de la response to globalities. Nosotros ya habíamos caracterizado arriba esta fijación como un impedimento del conocimiento que actualmente bloquea la teoría de la sociedad*” (DE GIORGI; LUHMANN, 1993, p. 71).

¹¹Também no domínio da padronização técnica, da *lex sportiva internationalis* e da autoregulação profissional, temos claros sintomas da emergência de formas de coordenação mundial com uma participação mínima das políticas estatais.

Teubner aponta os limites de uma solução que recorra aos modelos oferecidos pelo direito constitucional dos Estados nacionais, pois a própria lógica do direito não corresponde a um sistema de julgamento de cortes superiores, mas sim de *networks*, fazendo com que a lei deixe de ocupar o centro do próprio sistema jurídico (SCHWARTZ, 2007, p. 347). A própria relação centro/periferia torna-se problemática, pois o “direito mundial desenvolve-se a partir das periferias sociais, a partir das zonas de contato com outros sistemas sociais, e não no centro de instituições de Estados-nações ou de instituições internacionais” (TEUBNER, 2003, p. 14)¹². Os limites de uma visão calcada numa concepção hierárquica da Constituição ficaram evidenciados com o fracasso do Tratado Constitucional que se pretendeu adotar na Comunidade Européia, que foi rechaçado por vários países. Tal modelo de racionalidade não consegue dar conta da existência de uma multiplicidade de constituições civis:

O grande desconstrutor não se chama nem Jacques Derrida, nem Niklas Luhmann, mas “globalização”. A *lex mercatoria* do mercado mundial e outras práticas jurídicas “isentas de Estado” fizeram explodir as dúvidas de princípio até então bem reduzidas ao silêncio: produzem um direito global sem Estado, tanto para lá das ordens jurídicas nacionais como além do direito tradicional dos povos, que se baseia em convenções entre Estados. A globalização do direito despoleta uma massa de fenômenos, impondo-se à prática do direito, que não pode incluí-los ou excluí-los da sua hierarquia normativa. (...) A *lex mercatoria*, a ordem jurídica transnacional dos mercados mundiais, revelou-se historicamente o caso mais bem sucedido de um “direito mundial” autônomo, transcendendo a ordem política internacional. (TEUBNER, 2001, p. 356).¹³

Diante dessa fragmentação, argumenta Mascareño, têm surgido quatro tipos de reação típica, que são: a) o restabelecimento da unidade dogmática do direito diante de sua segmentação substantiva; b) o descolamento de uma hierarquia de normas frente ao pluralismo jurídico; c) institucionalização hierárquica de tribunais diante da descentralização fragmentária dos mesmos; d) a

¹² E mais adiante: “O direito econômico global é uma forma do direito com um centro subdesenvolvido, mas, ao mesmo tempo, uma periferia altamente desenvolvida. Mas precisamente, é uma forma jurídica cujo 'centro' foi criado pelas 'periferias' e permanece dependente delas” (TEUBNER, 2003, p. 18).

¹³ A *lex mercatoria* comporta a elaboração de contratos que não remetem a uma ordem jurídica nacional: “A *lex mercatoria* não remete para a vontade do legislador nacional, mas para um fundo de materiais semânticos não jurídicos, para hábitos do comércio, costumes de conduta e práticas comerciais surgidas sob as condições caóticas do mercado mundial, ou mais precisamente para práticas ditadas pelos interesses econômicos dominantes” (TEUBNER, 2001, p. 356).

politização dos conflitos de normas perante a desestatalização e supra-nacionalização das controvérsias. Tais abordagens falham, todavia, num ponto básico, pois acreditam que a fragmentação do direito possa ser superada, mas não o será (MASCAREÑO, 2009). Melhor apostar na proposta de Teubner que sugere a busca de uma *compatibilidad normativa débil* entre os fragmentos jurídicos, por dois motivos: não pode existir harmonia normativa no pluralismo jurídico; e segundo, da falta desta harmonia decorrerá sempre uma colisão de regimes jurídicos. Para impedir que tais colisões se transformem em paradoxos decisórios somente se pode aspirar a uma compatibilidade jurídica débil entre os ordenamentos.

Entretanto, o que se pode consistir nessa compatibilidade normativa débil? A hipótese de Mascareño é que se pode aspirar a ela quando se busca legitimação das operações jurídicas, tanto dentro como fora do direito, levando-se em conta o conceito de legitimidade formulado por Luhmann, definida como a disponibilidade generalizada de aceitar, dentro de certos limites de tolerância, decisões de conteúdo ainda indeterminado, ou seja, a legitimidade não é propriamente interna ao direito, tão pouco externa, parecendo ser ambas as coisas (MASCAREÑO, 2009). Teubner apresenta o exemplo dos contratos formulados no âmbito do direito fragmentado da *lex mercatoria* que pode ilustrar a opinião acima, uma vez que esses fundamentam a sua validade no próprio paradoxo da sua autorreferencialidade, externalizando a sua autovalidação através da atribuição a instituições externas da competência para solução dos conflitos, como os tribunais de arbitragem, que se apresentam como meros produtos internos dos contratos (TEUBNER, 2003). O contrato, e não o direito nacional, torna-se “o mecanismo decisivo da transferência da validade, dos usos e costumes comerciais ou qualquer forma de corporativismo global” (TEUBNER, 2003, p. 23).

Mascareño lança mão do que Willke chama de *legitimidades derivativas*, que surgem como critérios em espaços como comércio internacional, finanças globais, transações digitais etc., onde são centrais os critérios de expertise, conhecimento, eficiência e viabilidade. Nas palavras de Mascareño (2009, p. 18):

estos criterios son los que la formula de contingencia justicia, en su referencia al exterior, logra captar al observar las expectativas en estos espacios, y son los que en su referencia al interior logra internalizar como un criterio jurídicamente valido para conectar operación jurídica con estructuras normativas en el derecho fragmentado de la sociedad mundial.

A ideia chave é a de que organizações, atores supra-nacionais, e espaços operacionais altamente especializados (atores semi-privados e privados) podem formar o seu próprio campo de legitimação, de acordo com as expectativas que em cada espaço de papéis se privilegiem. Como pontifica Mascareño (2009, p. 11): “el derecho de los regimenes fragmentados [...] promueven el aseguramiento de las expectativas de cada espacio”. A fragmentação da sociedade mundial implica o estabelecimento não somente de um direito policontextual, mas também no reconhecimento destas novas formas de legitimação que aparecem como “derivativos de legitimidade”. O ideal seria que tais legitimações não fugissem do arcabouço democrático formal, mas sim aparecessem como recursos adicionais capazes de dar conta da crescente fragmentação da sociedade mundial.

É preciso apostar, então, que a ideia de uma legitimação procedimental é a melhor resposta para lidar com o direito fragmentado supra-nacional e neo-espontâneo, que opera supra-territorialmente, uma vez que não há possibilidade de unidade objetual, social e temporal. As próprias partes envolvidas podem definir elementos substantivos do procedimento. É possível, assim, conectar a reflexividade do direito com os processos reflexivos de outras esferas sociais, através de instituições de acoplamento intersistêmico que relacionam o direito por meio de uma normatividade jurídica secundária com os princípios de racionalidade fundamentais de espaços sociais autônomos: uma constitucionalização social não política e não estatal, mas sim civil, de regimes cujo produto se autonomiza operativamente. Esse direito *policontextual* opera na base da substituição da hierarquia tradicional do direito por uma *heterarquia*, e pode nascer mesmo sem se apoiar no direito positivo existente¹⁴. Como opina Rocha (2007, p. 38):

Na globalização, necessita-se acrescentar à dogmática jurídica mecanismos paraestatais (organizações internacionais), que permitam a influência de outras culturas, de outras estruturas, de uma diversidade social maior, para poder autorreproduzir o Direito a partir de critérios mais abrangentes, ou seja, um direito estruturalmente aberto para uma diversidade cultural mais ampla.¹⁵

¹⁴ Como Sublinha Cárcova: “La idea de autonomia de cada subsistema social, implica además, que no existe entre ellos relaciones ‘jerárquicas’, no existe centralidad de uno respecto de los otros. Todos son igualmente imprescindibles, porque realizan alguna actividad que resulta crucial para el conjunto, pero sin que se establezcan supremacias” (CÁRCOVA, 2007, p. 259).

¹⁵ E mais adiante, no mesmo texto: “Nas sociedades complexas, está surgindo, assim, uma nova cultura jurídica. Se se quiser pensar, do ponto de vista normativo, na hipercomplexidade relacionada à lógica de empresas de informática, de biogenética e, principalmente, relacionada às questões ecológicas e manter, de certa maneira, a autopoiese, desesperadamente, é imperioso que se pense em provocar irritações dentro do sistema do Direito de maneira que a lógica estrutural seja uma lógica que não se confina somente na organização estatal e na Constituição. Por isso, a intenção de se refletir sobre um Direito multicultural: um Direito que permita, pelo menos a partir da ideia de sistema, pensar a equivalência (Luhmann aceita a ideia de equivalência). O Direito comparado é extremamente importante para se imaginar que, apesar de tudo, existem alguns critérios

Neste ponto, é possível retomar, novamente, o conceito de *justiça como fórmula de contingência de Luhmann* como ideia que amplia o horizonte de legitimidade do direito para além do direito, o que é vital para construir uma nova legitimação do direito fragmentado da sociedade mundial. Ou seja, a fórmula de contingência justiça não só autolegitima as alterações jurídicas no interior do sistema, como também aporta legitimação jurídica no entorno do direito frente àquelas esferas com os quais esse se relaciona, o que promove uma compatibilidade normativa débil no contexto de um direito mundial fragmentado¹⁶.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A fórmula de contingência da justiça opera também como um esquema de busca dirigido ao ambiente do sistema, em busca de critérios que se encontram fora do direito. Trata-se de buscar o direito através do não-direito. O sistema jurídico opera como uma *máquina histórica* que busca a todo

suscetíveis de equivalência universal nos sistemas jurídicos, que permitam esse diálogo entre culturas, desde que se tenha essa lucidez. Perante a crise da observação normativista e a dificuldade da autoreprodução autopoietica da dogmática jurídica, a teoria dos sistemas sociais recupera a ligação entre Direito, verdade e cultura na policontextualidade. Essa é a condição necessária para a construção de um espaço pluricultural e democrático, que origine a estruturação e reestruturação de novas possibilidades de produção de identidade e sociedades mais igualitárias” (ROCHA, 2007, p. 40).

¹⁶ Convém reproduzir os argumentos de Mascareño (2009, p. 16): “Este esquema de búsqueda proporcionado por la fórmula de contingencia justicia es fundamental para el derecho, pues en conjunto con el símbolo de la validez y el procedimiento jurídico, permite conectar el ciclo de los actos jurídicos (operaciones comunicativas) con el ciclo de las estructuras de expectativas normativas condensadas en normas. Se trata del cuarto candidato que puede aportar legitimación al vínculo estructura-acto en el derecho, y esto lo hace — puesto de un modo provocativo— por medio de una autotranscendencia cognitiva del derecho hacia el exterior que se traduce, al interior del sistema, en argumentación jurídica. Dicho de otro modo, la fórmula de contingencia justicia conduce al derecho a una búsqueda cognitiva de criterios normatividad fuera del derecho. Con él se puede dar cuenta de la posibilidad del sistema de trascenderse a sí mismo sin que esa autotranscendencia se observe al interior del sistema como recurso a operaciones o estructuras externas. Puesto en términos técnicos esto significa la transformación de la indeterminabilidad externa en determinabilidad al interior del sistema. La justicia, en tanto fórmula de contingencia, permite que el derecho se abra a su entorno para tratar cognitivamente expectativas normativas externas a él, juridificarlas en forma de argumentación e integrarlas al derecho como sustento de la decisión. Permite hacer determinable lo que es en principio indeterminable. Permite diluir episódicamente la diferencia sistema/entorno manteniendo la distinción en su interior; o como lo señala Gunther Teubner: “posibilita analizar más de cerca el ‘entremedio’ en el acontecimiento de perturbación”. Para Teubner la justicia como fórmula de contingencia constituye una especie de cláusula de reposición de justicia con la que el derecho observa las ‘injusticias’ que él mismo produce y busca justicializarlas. Al hacerlo, incorpora nuevos criterios jurídicos que “a su vez producen nuevas injusticias contra las cuales la justicia debe protestar nuevamente para someterse a las obligaciones del sistema jurídico. Y así sucesivamente, en una eterna oscilación autotorturante”.

momento tomar decisões consistentes com a complexidade do seu ambiente: a consistência das decisões consiste na sua adequada complexidade. A justiça serve para regular os níveis adequados de complexidade e consistência do sistema jurídico, observando a sua funcionalidade social. Sua operação deve ser entendida como um processo social, uma vez que somente existe o “direito da sociedade”, não existe direito fora da sociedade. Se em Luhmann não temos uma teoria da justiça pensada como um ideal normativo da boa sociedade, temos uma discussão da racionalidade do direito e da sociedade, abordada em sua autopoiese, ou como nos propõe Rocha, nos moldes de uma *teoria pragmático-sistêmica*, uma teoria preocupada não com o consenso ou a identidade, pois não é o consenso que produz o sentido das decisões, mas sim a diferenciação, e sendo assim, uma teoria preocupada com “a produção da diferença, da fragmentação e da singularidade”.

Ao tratarmos da justiça como fórmula de transcendência do direito, ou seja, como mecanismo que a todo o momento empurra o direito a buscar respostas “no mundo”, apresentamos as formulações do mais original continuador da obra de Niklas Luhmann, o também alemão Gunther Teubner. O ponto tratado é a diferença entre direito e justiça. Na medida em que a justiça se torna o outro do direito, através da constituição desta diferença, percebemos que o direito nunca será capaz de exaurir todos os conteúdos da justiça. O vínculo entre direito e justiça, como dois momentos separados e ligados, coloca em questão o tema do fechamento operacional e da abertura cognitiva.

O surgimento de uma sociedade mundial, economicamente globalizada, multiplica a fragmentação e acelera a estruturação de novas complexidades, ao passo que desestrutura velozmente arranjos outrora consolidados. Os policontextos que se apresentam precisam ser regulados dentro de um nível ótimo de complexidade, impondo ao sistema jurídico uma capacidade adaptativa que não pensa em sujeitos, mas sim em sistemas que interagem.

Se a justiça não é mais um ideal de boa sociedade, só nos resta tratar cuidadosamente de cada contexto em que a justiça se apresenta, em sua dimensão política, econômica etc., sob a forma de uma prática social específica. Teubner propõe que a justiça seja pensada como um conjunto de práticas subversivas de autotranscendência do direito, como uma autodescrição do direito que mina os seus próprios esforços. Operando uma re-entrada da teoria sociológica na prática jurídica que possibilite uma autorreflexão onde o direito inclua elementos do seu entorno e elabore conceitos adequados. Cada operação do sistema jurídico deve ser calculada com base nas suas consequências internas e externas, pois cada sistema deve refletir sobre os limites do seu ponto de vista e confrontá-los com seu ambiente. A justiça surge como justiça ecológica e a complexidade adequada de suas decisões deve se referenciar aos demais subsistemas sociais. A clausura do direito não deixa de ser uma fonte de injustiça e a teoria do direito pode permitir uma re-entrada de temas extraídos do

entorno. A justiça, como sublinha Teubner, ao assumir o seu aspecto ecológico e reflexivo, pode se apresentar ainda como a utopia do direito, como um elemento capaz de desafiar o sistema a ultrapassar os seus limites.

REFERÊNCIAS

CÁRCOVA, Carlos Maria. **Las teorías Jurídicas Post Positivistas**. Buenos Aires: LexisNexis, 2007.

DE GIORGI, Raffaele; LUHMANN, Niklas. **Teoría de la sociedad**. México: Universidad de Guadalajara; Universidad Iberoamericana; ITESO, 1993.

DENNINGER, Erhard. Derecho em “desorden” global. Sobre los efectos de la globalización. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 8, p. 117-130, 2004.

MASCAREÑO, Aldo. Legitimación em el derecho fragmentado de la sociedad mundial. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 33, n. 2, p. 9-23, 2009.

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

OST, François. **Contar a Lei. As fontes do imaginário jurídico**. Tradução de Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

PRANDINI, Riccardo. Riflessioni sull'enigma della giustizia trans-immanente. In: CALLIESS, Galf-Peter *et al.* **Soziologische Jurisprudenz**. Festschrift für Gunther Teubner. Berlin: De Gruyter Recht, 2009.

ROCHA, Leonel Severo. **A problemática jurídica: uma introdução transdisciplinar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985.

ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**, n. 04, p. 1-10, 2007.

SCHWARTZ, Germano. Constituições Cíveis e Regulação: autopoiese e teoria constitucional. In: **Anais do XV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. **Revista Impulso**, Piracicaba, v. 14, n. 33, p. 9-31, 2003.

TEUBNER, Gunther. Altera Pars Audiatur: o direito na colisão dos discursos. In: ALVES, J. A. Lindgren e outros (Coord). **Direito e Cidadania na Pós-Modernidade**. Piracicaba: Unimep, 2002.

TEUBNER, Gunther. **Giustizia autosovversiva**: formula di contingenza o di trascendenza del diritto? Nápoles: Edizioni Città del Sole, 2008.

TEUBNER, Gunther. Os múltiplos corpos do Rei: a autodestruição da hierarquia do direito. In: Vários autores. **Filosofia do Direito e Direito Econômico**. Que diálogo? Lisboa: Piaget, 2001.

TEUBNER, Gunter. Sociedad global, justicia fragmentada: sobre la violación de los derechos humanos por actores transnacionales 'privados'. In: ESCAMILLA, Manuel; SAAVEDRA, Modesto (Org.). **Law and Justice in a Global Society**. Granada: International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, 2005.

Submetido em 10.01.2021

Aceito em 15.03.2021