

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ  
XXXIV CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA  
NÚCLEO CURITIBA**

**MÁRIO HENRIQUE GEBRAN SCHIRMER**

**DIREITO, JUSTIÇA E COMPLEXIDADE:  
UM ENSAIO SOBRE O PARADOXO DA SOCIEDADE MODERNA**

**CURITIBA  
2016**

**MÁRIO HENRIQUE GEBRAN SCHIRMER**

**DIREITO, JUSTIÇA E COMPLEXIDADE:  
UM ENSAIO SOBRE O PARADOXO DA SOCIEDADE MODERNA**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. José Laurindo de Souza Netto

**CURITIBA  
2016**

## TERMO DE APROVAÇÃO

MÁRIO HENRIQUE GEBRAN SCHIRMER

DIREITO, JUSTIÇA E COMPLEXIDADE

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: \_\_\_\_\_

Avaliador: \_\_\_\_\_

Avaliador: \_\_\_\_\_

Curitiba, de de 2016.

*“[...] a Justiça continuou e continua a morrer todos os dias. Agora mesmo, neste instante em que vos falo, longe ou aqui ao lado, à porta da nossa casa, alguém a está matando. De cada vez que morre, é como se afinal nunca tivesse existido para aqueles que nela tinham confiado, para aqueles que dela esperavam o que da Justiça todos temos o direito de esperar: justiça, simplesmente justiça. Não a que se envolve em túnicas de teatro e nos confunde com flores de vã retórica judicialista, não a que permitiu que lhe vendassem os olhos e viciassem os pesos da balança, não a da espada que sempre corta mais para um lado que para o outro, mas uma justiça pedestre, uma justiça companheira quotidiana dos homens, uma justiça para quem o justo seria o mais exacto e rigoroso sinónimo do ético, uma justiça que chegasse a ser tão indispensável à felicidade do espírito como indispensável à vida é o alimento do corpo. Uma justiça exercida pelos tribunais, sem dúvida, sempre que a isso os determinasse a lei, mas também, e sobretudo, uma justiça que fosse a emanção espontânea da própria sociedade em acção, uma justiça em que se manifestasse, como um iniludível imperativo moral, o respeito pelo direito a ser que a cada ser humano assiste.” (José Saramago)*

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>7</b>
<b>2 DIREITO E JUSTIÇA: UMA DIFERENÇA DE COMPLEXIDADE.....</b>	<b>10</b>
<b>3 A COMPLEXIDADE DO MUNDO E O PARADOXO DO DIREITO NA SOCIEDADE MODERNA.....</b>	<b>23</b>
<b>4 CONCLUSÃO.....</b>	<b>37</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>43</b>

## RESUMO

Uma primeira ideia a respeito deste trabalho surgiu no inverno de 2014-15, quando cursava Mestrado em Direito Constitucional na Universidade de Coimbra. A inquietude era sobretudo motivada pela leitura de textos que colocavam em questão a validade uns dos outros. Diante deste cenário ascenderam algumas das ideias que apresento neste ensaio. O trabalho tem o objetivo de oferecer um argumento no sentido de que a justiça é o grande paradoxo da sociedade moderna, uma vez que, embora todos procurem concretizá-la, o objetivo jamais é atingido, dado que não há consenso sobre o que significa “justiça”. Neste contexto, procuro argumentar que a modernidade impõe uma aporia ao sistema legal, que não consegue concretizar um projeto de racionalização da justiça, em razão da pluralidade cognitiva possibilitada pelas liberdades da modernidade.

Palavras-chave: direito, justiça, complexidade, paradoxo, modernidade.

## 1 INTRODUÇÃO

A desordem do mundo, somada a pluralidade cultural da modernidade e as diferentes perspectivas de observação da realidade por parte de cada observador, tem imposto grandes dificuldades a qualquer ambição de contingência, tais como são os projetos deontológicos de direito e justiça.<sup>1</sup>

Até mesmo a linguagem, a mais ampla e abstrata expressão de compartilhamento simbólico, é afetada pelo caótico ambiente da sociedade moderna. É que a linguagem carrega consigo a pretensão de descrever o mundo. Isto é, a tentativa de compreender o mundo e transmitir esta ideia a outras pessoas, com diferentes perspectivas. Trata-se, fundamentalmente, da pretensão de ordenar a desordem. Estabelecer um limite de contingência. Reduzir a infinita complexidade mundana em símbolos compartilháveis.<sup>2</sup> É por meio da linguagem que conhecemos, descrevemos e explicamos o mundo físico, que nos cerca desde nosso primeiro suspiro. A linguagem, entretanto, encontra limites em sua própria pretensão.<sup>3</sup> A tentativa de tornar o mundo menos complexo, implica em deixar de fora certa dose de complexidade de sua narrativa. Isto é, excluir determinada parcela de mundo de nossa descrição.<sup>4</sup> Daí que toda explicação linguística seja uma representação insuficiente da realidade. Afinal, no dito sempre sobra o não dito;<sup>5</sup> na palavra sempre sobra mundo; e na compreensão linguística sempre faltará determinada porção da realidade. Ao contrário do que alguns poderiam pensar, esta característica não é inerentemente prejudicial à comunicação. Não fosse a capacidade de redução de complexidade – com a conseqüente sobra de mundo fora da linguagem – seria impossível que duas pessoas, com experiências, opiniões, vivências e perspectivas diversas conseguissem entender uma a outra.<sup>6</sup> A questão é compreender aquilo que é deixado de fora.

---

<sup>1</sup> BLOOR, David. **Conhecimento e Imaginário Social**. Tradução de Marcelo do Amaral Pena-Forte. São Paulo: Unesp, 2009, p. 18.

<sup>2</sup> LUHMANN, Niklas. **A Improbabilidade da Comunicação**. Tradução de Anabela Carvalho. Lisboa: Veja Passagens, 1992, p. 46. LEVINAS, Emmanuel. **Totalidade e Infinito – ensaio sobre a exterioridade**. 3. ed. Tradução de José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, p. 88-89.

<sup>3</sup> MORIN, Edgar. **Introdução ao Pensamento Complexo**. Tradução de Dulce Matos. Lisboa: Instituto Piaget, 1991, p. 32.

<sup>4</sup> LEVINAS, Emmanuel. **Op. Cit.**, p. 26.

<sup>5</sup> GULLAR, Ferreira. **Desordem**. In *Em Alguma Parte Alguma*. Rio de Janeiro: José Olympio, 2013, p. 21.

<sup>6</sup> LUHMANN, Niklas. **A Improbabilidade...** *Op. Cit.*, p. 42.

Sendo o mundo mais complexo do que a linguagem, torna-se impossível a existência de uma única metanarrativa que consiga explicar toda a realidade.<sup>7</sup> É que se toda proposição linguística deixa de fora alguma parcela da realidade, então nenhuma descrição será suficientemente ampla para explicar todo contexto. É uma conclusão lógica. E é aqui, também, que se iniciam os problemas. Havendo uma pluralidade de possíveis narrativas, há, por conseguinte, um incremento da própria complexidade, dado que havendo diversas narrativas, há diversas opções, inúmeras interpretações e incontáveis possibilidades. E, assim, surge a necessidade de novas pretensões de redução de complexidade.<sup>8</sup> Afinal, a linguagem, ainda que uma redução do mundo físico, é extremamente complexa para ser inequívoca, tal como almejou a lógica positivista.<sup>9</sup>

É sob este paradigma que se dá a relação entre direito e justiça. O direito é a pretensão de reduzir a complexidade dos diversos ideais de justiça de uma sociedade. Sendo ele, então, uma representação menos sofisticada de um paradigma mais amplo ascendem algumas questões. Sobretudo duas. A primeira é saber qual parcela de complexidade será excluída? Ou seja, determinar qual porção de ideais de justiça integrarão o sistema legal e quais serão excluídas. A segunda é determinar a relação entre estes dois contextos. Sendo a justiça mais complexa devemos saber a que limite do direito deve ambicionar reduzir a complexidade, sem implicar em prejuízo a sua característica essencial.

A diferença de contexto destes projetos deontológicos tem provado inúmeras situações paradoxais, as quais os operadores do direito ainda não conseguiram ordenar de maneira coerente. Este é o problema que se coloca. E, assim, espero apresentar um argumento no sentido de que a justiça é o grande paradoxo da modernidade. Ela é o objetivo que todos almejamos, mas que jamais conseguimos. Ela é uma hipótese *irrealizável*, assim como o maior dos

---

<sup>7</sup> LYOTARD, Jean- François. **A Condição Pós-Moderna**. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. 15. ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, p. xvii, 31; 77-80. MORIN, Edgar. *Op. Cit.*, p. 13.

<sup>8</sup> LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad – de la unidad a la diferencia**. Tradução de Josteo Beriain e José Maria Garcia Blanco. Madrid: Trotta, 1998, p. 73-74.

<sup>9</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado Lógico- Filosófico \* Investigações Filosóficas**. 3. ed. Tradução de M. S. Lourenço. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2014, p. 29; 32; 35; 73.



números cardinais, com que um dia sonhou Bertrand Russell.<sup>10</sup> Ela é uma projeção do impossível.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> MONK, Ray. **Bertrand Russell – matemática: sonhos e pesadelos**. Tradução de Luiz Henrique de A. Dutra. São Paulo: Unesp, 2000, pg. 33.

<sup>11</sup> DERRIDA, Jacques. **Força de Lei – O Fundamento Místico da Autoridade**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 30.

## 2 DIREITO E JUSTIÇA: UMA DIFERENÇA DE COMPLEXIDADE

Permitam-me iniciar este ensaio de maneira pouco ortodoxa. Começarei por contar uma fábula, inicialmente elaborada por Bertrand Rüthers.

Era uma vez três irmãos: A, B, C. Não tendo aprendido qualquer ofício, o irmão caçula, C, pediu a A e B que lhe dessem algumas de suas cabras para que pudesse iniciar um rebanho. A deu-lhe 5 cabras de seu rebanho de 30; enquanto B doou-lhe uma de suas três cabras. Passados alguns anos o rebanho de C cresceu espantosamente, mas infelizmente o irmão do caçula faleceu, deixando 132 cabras. À época da morte de C, A possuía 50 cabras e B, 10. Não tendo deixado testamento e não havendo qualquer lei que disciplinasse a matéria, os únicos parentes de C, A e B, tiveram que decidir como dividir as cabras que o irmão caçula os deixara.

O problema é que na ausência de lei que discipline a matéria – estando o caso aberto somente a interpretações de justiça – há pelos menos 7 decisões que igualmente podem reclamar representar a justiça.

(i) A primeira solução seria dividir o rebanho ao meio, uma vez que tanto A como B são igualmente irmãos de C.

(ii) A poderia argumentar que antes de se proceder a divisão igualitária deveria ser devolvida a quantia que cada um deles doou a C quando o irmão precisou de ajuda, assim A teria direito a 68 cabras (5 + 63) e B herdaria 64 cabras (1 + 63).

(iii) B, entretanto, poderia objetar a proposta de A, ao argumento de que deveria ser levado em consideração não a quantidade absoluta que cada um deles doou ao irmão, mas a taxa de sacrifício que cada um fez em prol de C. Assim, B que doou 1/3 de seu rebanho, teve uma taxa de sacrifício muito superior à de A, que contribuiu com apenas 1/6 de suas cabras. Desse modo, B faria jus ao dobro da cota de cabras de A, numa relação em que B teria direito a 2/3 das cabras de C (ou seja, 88 cabras), e A ficaria com 1/3 (isto é, 44 cabras).

(iv) A poderia argumentar que a taxa de sacrifício deveria ser mensurada diante do momento atual e não diante do início do rebanho de C. Assim, B faria jus a 1/3 das atuais cabras de C; e A teria direito a 1/6 das cabras; sendo o restante repartido em duas cotas iguais. Seguindo esta proposta, A ficaria com 55 cabras (22 + 33) e B com 77 cabeças (44 + 33).

(v) contrariando o critério da taxa de sacrifício, proposta por B, A poderia ainda propugnar pela divisão com base no capital de saída, na medida em que haveria uma relação de 1 para 5 na divisão em favor de A. Nesta medida A ficaria com 110 cabras e B com 22.

(vi) na tentativa de apaziguar as disputas, os irmãos poderiam pensar em fundir os critérios, dividindo metade do rebanho sob o critério do capital de saída e a outra metade utilizando a taxa de sacrifício. Esta possibilidade pode ainda se subdividir, em razão de que a taxa de sacrifício pode ser interpretada de duas maneiras, conforme argumentou A.

(vii) por fim, um intermediário, na função de mediador, poderia apresentar o critério da produção, para dividir as cabras conforme o quanto cada um dos irmãos conseguiria produzir caso não tivesse doado as cabras a C. Tendo atualmente 50 cabras, A conseguiu multiplicar por 2 as 25 cabras (30 – 5) que lhe sobraram após contribuir com C; com um rebanho de 10 cabras, B conseguiu aumentar em 5 vezes as 2 cabras (3 – 1) que possuía após a doação que fez a C. Assim, subtraídas, com base na taxa de produção, as 10 cabras que A teria a mais caso não tivesse doado 5 cabras a C e as 5 cabras de B teria na hipótese de não ter ofertado 1 cabra a seu irmão caçula, a

divisão das 117 seria feita em 50% para cada um, sendo sacrificada uma cabra para um almoço de confraternização entre as partes.<sup>12</sup>

Suponho que todos tenham compreendido o problema. A fábula apresenta de maneira ilustrativa a dificuldade de definir a justiça, mesmo em situações cotidianas. É que a justiça, como todo contexto, demanda interpretação; mas interpretações há várias.<sup>13</sup> Aquilo que alguns consideram justo é injusto aos olhos de outros.<sup>14</sup> Nestes casos, os fatos não necessariamente se alteram. São os contextos que alteram as interpretações. O grande problema é, então, o compartilhamento da interpretação, uma vez que, diferentemente dos fatos, os contextos raramente são compartilháveis.

A questão é especialmente árdua quando tratamos da justiça. Esta é uma das qualidades mais abstratas que a mente humana consegue projetar. E é justamente este o problema: a definição de justiça não está vinculada a nada senão as observações e perspectivas do intérprete. Obviamente influências históricas e culturais determinam nossas interpretações, uma vez que moldam preconceitos, mas, ainda assim, o contexto da justiça é desvinculado de critérios positivos e concretos. E, por esta razão, é difícil partilhar conceitos ou projetar expectativas aos outros. Há, portanto, uma carência de contextos compartilháveis. E é, exatamente, esta a angústia. A definição do justo é eminentemente axiológica e, nesse sentido, desacompanhada de critérios positivos prévios.<sup>15</sup> Daí que, em uma sociedade complexa e plural, não há um

---

<sup>12</sup> GUEDES, Neviton. **O criador de cabras, a nossa soberba e os muitos tons da justiça**. 2014. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-out-16/constituicao-poder-criador-cabras-nossa-soberba-tons-justica> >. Em referência a RÜTHERS, Bernd. **Rechtstheorie**. München: Beck, 1999, p. 200-202. A fábula foi levemente adaptada para facilitar a compreensão do leitor. Conquanto não se trate de transcrição direta, a passagem está em separado para facilitar a leitura.

<sup>13</sup> CRUZ, Flávio Antônio da. **Epistemologia, Hermenêutica Constitucional e proporcionalidade: um ensaio**. In *Direito Constitucional Brasileiro*, Vol. 1. Clèmerson M. Clève (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014b, p. 81. Ver também LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade...** *Op. Cit.*, p. 42. LUHMANN, Niklas. **The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History**. In *Journal of Law and Society*, Vol. 15, n. 2. Cardiff University, 1988, p. 153-154; 160-163.

<sup>14</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules – princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 60; 224. SHAPIRO, Ian. **Os fundamentos morais da política**. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 148.

<sup>15</sup> A assertiva reclama uma explicação. Conquanto toda interpretação tenha, em alguma medida, alicerces em fundamentos ontológicos – pois, em última análise, não se pode negar a realidade do mundo que nos cerca – o contexto humano, que condiciona a interpretação, é, muitas vezes, mais vinculado a concepções construtivas da realidade do que propriamente a sua raiz ontológica da observação. A justiça se encaixa neste paradigma. Embora sua construção se inicie, em

único critério de justiça, mas vários ideais de justiça. Todos eles argumentavelmente válidos e justos a sua maneira.

Em última análise, este é um dos fundamentos de existência do direito. Se compartilhássemos de um único código moral possivelmente não precisaríamos de leis escritas. Bastaria apelar ao senso de justiça compartilhado pela comunidade.<sup>16</sup> O problema é que não conseguimos alcançar uma definição compartilhável sobre o justo e, assim, faz-se imperioso um critério que reduza a complexidade do problema.<sup>17</sup> Este redutor de complexidade é o direito. Gustav Radbruch diagnosticava com maestria este problema. Ao enfrentar as falhas do positivismo jurídico, o professor de Heidelberg não se deixou levar pela tentação de argumentar que o direito deveria ser absolutamente justo. Em suas palavras, era preciso compreender que “se ninguém pode definir dogmaticamente o ‘justo’ é preciso que alguém defina dogmaticamente, pelo menos, o ‘jurídico’, estabelecendo o que deve observar-se como direito”<sup>18</sup>.

É aqui que se inicia a relação entre direito e justiça. Por um lado, o direito apresenta-se como um instrumento da justiça e para a justiça. Afinal, não houvesse uma definição sobre o ‘jurídico’ o conceito de justiça se dissolveria em meio a pluralidade de interpretações e perspectivas argumentáveis em um ambiente que não dispõe de critérios estabilizadores.<sup>19</sup> Por outro lado, contudo, o direito se apresenta em face à justiça. Não propriamente um contraditor – embora esta perspectiva não possa ser descartada, sobretudo nos casos de

---

última análise, sob observações da realidade, seus verdadeiros alicerces estão sob valores éticos e morais sobre aquilo que, socialmente, consideramos correto de se fazer. Neste sentido, torna-se difícil argumentar um realismo valorativo, mesmo que condicionado por critérios históricos e culturais.

<sup>16</sup> DWORKIN, Ronaldo. **Uma Questão de Princípios**. Tradução de Luis Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. IX, 16-17; 32-ss. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 125.

<sup>17</sup> Neste sentido é a crítica lançada por Marcelo Neves a Ronald Dworkin. Segundo o professor da UNB, “A própria noção de comunidade ou moralidade comunitária é problemática, pois o conceito de comunidade implica a partilha de valores ou representações morais comuns, sendo antes adequado às formações sociais pré-modernas. Na sociedade moderna, os pontos de observação se multiplicam cada vez mais, sendo inusitado que se possa falar de um ideal regulativo capaz de descortinar o consenso subjacente na moralidade comunitária. Antes se impõe discutir quais são os processos e estruturas normativos adequados à absorção legítima do dissenso estrutural presente na esfera pública a respeito da determinação de direitos e deveres constitucionais”. NEVES, Marcelo. **Entre Hidra... Op. Cit.**, p. 59-60.

<sup>18</sup> RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 5. ed. Tradução Prof. L. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1974, p. 178.

<sup>19</sup> BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra; CADEMARTORI, Luiz Henrique. **A Coerência do Sistema Jurídico em Luhmann: uma proposta ao fechamento operacional e à abertura cognitiva da decisão judicial**. In Revista Sequência, n. 62, 2011, p. 324.

desobediência civil<sup>20</sup> –, mas um obstáculo em relação aos projetos de justiça. É que a confecção das normas jurídicas impõe que determinados *standarts* de justiça sejam adotados,<sup>21</sup> impedindo, assim, outras ambições, contrárias as que foram inicialmente definidas. Este é o preço que se paga pela possibilidade de concretização. Para que a justiça se materialize ela deve ser definida. E tal procedimento pressupõe, invariavelmente, que outras possibilidades e ideias de justiça sejam preteridas. O direito torna-se, então, um obstáculo aos projetos deontológicos que não foram adotados pelo legislador e, em última análise, pelos magistrados. Assim, ao mesmo tempo em que o direito se diz justo, se visto da perspectiva de justiça que foi adotada na confecção da norma legal, ele pode, também, ser tido por injusto, se visto sob uma perspectiva excluída pela narrativa jurídica.

Eis, então, o problema de contingência do direito. Contingência é limitação. Uma distinção entre o que é e o que não é. O que pertence e o que não pertence. Contudo, em um mundo que apresenta diversas perspectivas e carece de um critério compartilhável para definições axiológicas, tudo que é definido de determinada maneira, poderia ser de outra. Isto é, embora as normas jurídicas existam da maneira como existem, elas poderiam ter um conteúdo completamente diferente e ainda assim argumentavelmente justo. Bastaria que o legislador – e, em última análise, o magistrado – interpretassem o mundo e o

---

<sup>20</sup> SCHIRMER, Mário Henrique Gebran. **Desobediência Civil – os limites da oposição à lei**. In *Direito e Práxis – UERJ*. Rio de Janeiro, Vol. 07, n. 15, 2016, p. 80-112. THOREAU, Henry David. **A Desobediência Civil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, 7-36; p. 60-80. LUTHER KING JR., Martin. **Why we Can't Wait**. New York: Penguin Books, 1964, p. 77-100. RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 452-453; 462-469; 475-486. KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. 5. Ed. Tradução de Antônio Ulisses Cortes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2014, p. 306-313; 322. DWORKIN, Ronald. **Uma Questão... Op. Cit.**, p. 162; 169-171. DWORKIN, Ronald. **Levando... Op. Cit.**, p. 325-328; 340-341. Ver também: UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio. **La desobediencia civil en el estado constitucional democrático**. Madrid: Marçal Pons, 1999. FALCON Y TELLA, Maria José. **La desobediencia civil**. Madrid: Marcial Pons, 2000.

<sup>21</sup> Uma questão muito interessante é saber quais ideias de justiça serão absorvidos pelo direito. Muitos teóricos da democracia têm fundamentado sua legitimidade na ideia de consenso. Esta perspectiva, que se conhece desde o contratualismo, é atualmente enfatizada sobretudo nas obras de Jürgen Habermas e John Rawls. Contudo, embora louvável, as ambições consensuais dificilmente se concretizam, em razão da carência de mecanismos e instrumentos que tornem possível suas plenitudes idealizadas. Em última análise, nas condições da sociedade atual, as ambições consensuais sobrecarregam o ambiente comunicacional, impedindo a formação de consensos complexos, estáveis e duradouros. Ver: LYOTARD, Jean-François. **Op. Cit.**, p. 77-80; 112; 118. NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 125-128.

papel da legislação na sociedade de modo diferente daquele que inicialmente pensaram. Isto porque, quando tratamos de critérios axiológicos, não há uma verdade ontológica ou pré-ordenada.<sup>22</sup> O desafio é, assim, adaptar as normas jurídicas aos ideais de justiça, sabendo que elas poderiam ser diferentes se analisássemos sobre outra perspectiva.

O problema se inicia com um diagnóstico que já realizamos: não há um único conceito de justiça na sociedade moderna; dado que, em razão da pluralidade de possibilidades de observação da realidade, aquilo que alguns entendem como justiça é tido por injustiça por outros, sem que para isto, necessariamente, se alterem os fatos. A questão agrava-se, então, com a relação de contingência do direito. As normas jurídicas são positivadas, escolhendo um ou mais paradigmas de justiça, mas inevitavelmente excluindo outros. Não obstante a escolha, tudo o que é de uma maneira, poderia ser de outra, dado que, *a priori*, não existe uma razão ontológica para que as normas jurídicas possuam conteúdo específico. O problema é, assim, afirmar a vinculação entre um ideal indeterminado e um contexto que, embora determinado, poderia ser diferente.<sup>23</sup>

Daí que compreender a relação entre direito e justiça é, sobretudo, perceber o desnível de complexidade entre ambos os projetos deontológicos. É justamente esta diferença que permite identificar uma norma jurídica como justa e injusta, ao mesmo tempo. Entretanto, é, também, este desnível entre a

---

<sup>22</sup> Em um contraponto filosófico, ver a sofisticada tese de razão pré-ontológica de Emmanuel Levinas, que busca projetar conceitos de seu professor Martin Heidegger a um nível de reconhecimento da condição humana anterior ao próprio conhecimento do mundo, por assim dizer. Cf. LEVINAS, Emmanuel. *Op. Cit.*, p. 26; 30-39; 74-79; 91-92; 96; 188-199. DUSSEL, Enrique. **A Ética da Libertação – na idade da globalização e da exclusão**. 4. ed. Tradução de Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Classen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 131-146; 363-383.

<sup>23</sup> Antes deste questionamento deveríamos perguntar se é necessária uma vinculação entre direito e justiça. A questão foi, por muito, uma das principais indagações da filosofia jurídica. Entretanto, em vista dos desastres históricos do século passado, poucos são aqueles que ainda defendem uma separação entre os conceitos. Diante dos horrores cometidos por regimes totalitários, que subverteram o próprio direito – e, assim, alegavam agir dentro dos limites da lei –, poucos são aqueles que permanecem céticos a respeito de necessidade de inclusão de justiça no direito jurídicas. A verdade é que se a justiça necessita do direito, o direito igualmente precisa da justiça! Ver: ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 34-48. RADBRUCH, Gustav. *Op. Cit.*, p. 88-91; 109; 159-160; 165. KAUFMANN, Arthur. *Op. Cit.*, p. 209-222; 225-236; 249-253; 278-279; 284-285.

'desordem' dos ideais de justiça e a 'ordem'<sup>24</sup> das normas jurídicas que possibilita a realização prática do direito e, em alguma medida, da própria justiça.

Gostaria de destacar este ponto, em razão de sua importância. O desnível de complexidade é o que permite identificar cada um desses projetos. É, também, um dos fundamentos de existência do direito positivo, tal como concebido pela sociedade moderna. A justiça carece de uma racionalidade completa que lhe permita aplicação prática. Ela é, por excelência, demasiadamente complexa ao cotidiano, dado que a inexistência de balizas positivas aos seus postulados impede o compartilhamento de suas ideias. A justiça não fornece, assim, fundamentos de expectativas, porque, diante da inexistência de critérios positivos, não é possível antever o conceito projetado por cada um. E é justamente a carência de uma racionalidade completa, que disponha de regras positivas, que fundamenta a necessidade do sistema legal. O direito vem a suprir esta incompletude, pois a racionalidade dos procedimentos jurídicos dispõe de muitos mecanismos compartilháveis que não possuem equivalência no terreno das teorias de justiça. Ou seja, normas positivas previamente formuladas. Normas que permitem antever o comportamento de outras pessoas, pois sabemos de antemão que elas comungam do mesmo paradigma.<sup>25</sup> Neste sentido, a lição de Jürgen Habermas:

Certamente, os limites entre direito e moral não podem, de futuro, ser confundidos. Os processos que as teorias da justiça oferecem, para explicar como é possível julgar algo sob um ponto de vista moral têm, unicamente em comum, com os processos juridicamente institucionalizados, o facto de que a racionalidade dos processos tem, necessariamente, que garantir a 'validade' dos resultados, obtidos processualmente. No entanto, os processos jurídicos aproximam-se das exigências de uma racionalidade processual completa, uma vez que estas mesmas se encontram associadas a critérios institucionais, [...]. O procedimento de discursos morais e não regulados juridicamente, não preenchem esta condição. Aqui, a racionalidade do procedimento encontra-se incompleta. [...]. Por outro lado, são

---

<sup>24</sup> Em verdade não deveríamos falar em ordem, dado que, em razão de sua ainda elevada complexidade, o ambiente jurídico é, ele também, caótico. Isto porque o direito, por si, é um fenômeno complexo. Tampouco deveríamos falar em desordem, uma vez que o conjunto que faz referência ao conceito de justiça, no plano denotativo, possui, assim como o direito, uma ordenação complexa. Desordem pura, por assim dizer, parece haver apenas no mundo, na realidade ontológica do planeta, que – salvo melhor juízo ainda não encontrado pela razão humana – não segue nenhuma ordenação ou regra. A opção por utilizar ordem e desordem tem somente a intenção de facilitar a leitura, uma vez que a ordenação caótica dos ideais de justiça é mais complexa do que a jurídica.

<sup>25</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Vol. I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 54-58; 60-66; 76-77; 109-110; 115; 121-122.

precisamente as fraquezas de uma racionalidade processual, de tal modo imperfeita, que torna compreensível, sob pontos de vista funcionais, a razão pela qual, determinadas matérias necessitam de uma regulamentação jurídica e não podem ser abandonadas as regras morais do caráter pós-tradicional.<sup>26</sup>

Tal constatação não significa que o direito é simples aplicação de normas. Há uma complexidade inerente ao sistema legal em seus próprios termos. Todavia, os critérios de organização do sistema legal são mais rígidos do que aqueles exigidos pelos contextos de justiça e, por esta razão, o direito é, embora complexo à sua maneira, mais organizado do que a justiça, facilitando, assim, sua aplicação prática e cotidiana.

Visto este cenário, a questão é saber como será realizada a seleção dos conceitos de justiça que integrarão o sistema legal. Esta é uma das principais problemáticas do Estado Constitucional, sobretudo em sua versão democrática.<sup>27</sup> É que o processo de positivação legal invariavelmente excluirá alguns ideais de justiça argumentavelmente justos sem que, *a priori*, exista uma razão previamente compartilhada à escolha. O problema é, então, determinar quais ideais serão excluídos, quais serão incluídos e, principalmente, por qual motivo isto ocorre.

Há uma resposta consagrada a esta problemática. A tradição democrática moderna, fortemente inspirada pela influência contratualista – uma das mais antigas teorias de legitimidade do governo – sempre procurou legitimar o poder da lei por intermédio da ideia de consenso.<sup>28</sup> A ambição consensualista parece, entretanto, sobrecarregar o ambiente comunicativo, sendo insuficiente e

---

<sup>26</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Moral**. Lisboa: Editora Piaget, 2014, p. 53-55.

<sup>27</sup> A problemática não é nem um pouco singela. A uma porque há explícita manifestação de poder no discurso das normas jurídicas, haja vista que elas determinam um padrão de comportamento e criam amarras sociais na suposta criação de verdades. A duas que a lealdade que devemos ao governo é sobretudo alicerçada na legitimidade suas leis e seu processo de legiferenda. Afinal, há evidentes motivos para considerarmos Sócrates, Martinho Lutero, Henry David Thoreau, Martin Luther King e Nelson Mandela heróis, quando desrespeitavam leis e desafiavam a injusta autoridade de seus governos, e repudiarmos o comportamento de Adolph Eichmann, que acriticamente obedecia uma autoridade moralmente ilegítima. (SHAPIRO, Ian. **Op. Cit.**, p. 3). Daí a importância a necessidade de zelo na escolha dos ideais de justiça que serão absorvidos pelo sistema jurídico.

<sup>28</sup> *Ibid*, p. 5; 139-146. Há, por óbvio, diversas versões da teoria contratualista. Contudo, as divergências são, todas elas, superadas pela ênfase legitimadora depositada na ideia de acordo. Há muita discordância sobre quem participa do acordo, como este é firmado e se ele realmente existe ou é apenas ficto. Entretanto, hipótese consensual jamais é afastada, unindo teorias diversas sobre um *denominador comum*, por assim dizer.



incompatível a complexidade da sociedade moderna.<sup>29</sup> É que pluralidade de perspectivas inconciliáveis, somada a dificuldade prática de garantir a participação de todos aqueles que serão afetados, é demasiadamente pretensiosa aos modelos de estruturação democrática da sociedade atual. Estas duas objeções, embora relativamente simples, são capazes de levantar significativas dúvidas quanto ao sucesso de teses consensualistas. O primeiro argumento ilustra a dificuldade de consenso entre duas – ou mais – pessoas com visões completamente opostas. Embora algumas teorias consensualistas prevejam a possibilidade de acordos sobrepostos (*overlapping consensus*), quando duas pessoas discordam sobre os fundamentos de uma decisão, mas são capazes de aceitar seus resultados,<sup>30</sup> tais perspectivas não parecem se confirmar nas hipóteses em que as visões defendidas são diametralmente opostas. Quando não há qualquer denominador comum entre duas visões, as possibilidades consensuais são muito restritas, senão nulas. Este obstáculo, no entanto, não é ultrapassado pelas pretensões de consenso. A segunda objeção é igualmente desacompanhada de resposta. Trata-se da possibilidade de participação nas decisões. Esta é uma das principais marcas do procedimento consensual, sobretudo nas obras de Jürgen Habermas e Karl-Otto Apel. Contudo, sua efetiva concretização é suspeita. A crítica promovida por Enrique Dussel é salutar neste ponto. Em seu ensaio sobre a *Ética da Libertação*, o filósofo argentino apresenta este questionamento, partindo da perspectiva dos excluídos do sistema democrático. Segundo Dussel, o nível de consciência moral em que Habermas ancora sua teoria pode perder de vista fundamentações valorativas de vários grupos excluídos e tornar-se apenas a reprodução de princípios de grupos dominantes, sob uma aparente roupagem de

---

<sup>29</sup> Neste sentido é interessante a observação de Niklas Luhmann quanto ao *conflito* entre linguagem e consenso. Nas palavras do professor de Bielefeld: “A própria linguagem não favorece um consenso, antes gera esta distinção entre aceitação e recusa como o fim de se eximir do risco que exista na construção de um mundo fictício (mas real enquanto construção)”. (LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade...** *Op. Cit.*, p. 146). É que, embora exista apenas um único mundo – o mundo físico ao qual todos temos acesso – diferentes observações implicam em diferentes compreensões de mundo e, conseqüentemente, diferentes expressões linguísticas ao mundo que se pretende descrever. A linguagem, portanto, ‘cria vários mundos’, por assim dizer. (RASCH, Willian. **Niklas Luhmann’s Modernity – The Paradoxes of Differentiaon**. Stanford: Stanford University Press, 2000, p. 33-34; 94) E isso dificulta sobremaneira a possibilidade de entendimento e compreensão entre os falantes, dado que o sentido denotativo atribuído a uma palavra dificilmente representará objeto idêntico a duas pessoas. Ver também: NEVES, Marcelo. **Entre Têmis...** *Op. Cit.*, p. 125.

<sup>30</sup> RAWLS, John. *Op. Cit.*, p. 44; 586. Ver também SHAPIRO, Ian. *Op. Cit.*, p. 151.

universalidade.<sup>31</sup> A crítica parece procedente. Embora não existam meios para certificar a hipótese aventada por Dussel, as muitas situações em que a legitimidade do sistema político é corrompida por critérios de amizade, dinheiro, influência e outros fatores de poder escusos, apresentam bons indícios em seu favor. Isto porque, conquanto seja impossível determinar o grau de representatividade política de cada cidadão<sup>32</sup>, parece seguro afirmar que alguns, mesmo sem mandato eletivo, detém significativa influência e outros são considerados ‘subcidadãos’,<sup>33</sup> não tendo qualquer representatividade política, senão seu voto. Ademais, parece interessante ponderar também a carência de participação das futuras gerações.<sup>34</sup> Elas também são influenciadas e atingidas por normas jurídicas do presente. Porém, sua possibilidade de participação é, obviamente, restrita. Vejamos, por exemplo, uma lei que pode implicar em significativas despesas ao Estado, sem assegurar qualquer possibilidade de retorno do investimento. A situação evidentemente ressoa sobre futuras gerações. Entretanto, não há como garantir sua participação no procedimento legislativo e, por este motivo, eventual consenso, seria, ao menos, incompleto se considerarmos os impactos prolongados das leis.

Haja vista a dificuldade da formação de consensos intersubjetivos e duradouros, parece equivocado buscar a legitimidade das leis em hipóteses consensuais. Tal constatação não exclui a possibilidade de consensos na sociedade moderna. Estas hipóteses são, contudo, demasiadamente frágeis para servir de fundamento à legitimidade da lei, cabendo-lhes um papel mais modesto.<sup>35</sup>

Não quero dizer que os consensos não possuem importância em termos de legitimação democrática e gostaria de aprofundar este argumento. Porém, antes é preciso fazer uma distinção. Existem ao menos duas hipóteses distintas de consenso na sociedade moderna. A primeira são as convenções sociais. Neste momento não tratamos propriamente de acordo sofisticados e duradouros, mas padrões de conduta não positivados, que podem ter curto período de

---

<sup>31</sup> DUSSEL, Enrique. *Op. Cit.*, p. 19-20; 24 (nota de rodapé nº 4) e 201-202. Ver também NEVES, Marcelo. *Entre Têmis... Op. Cit.*, p. 144-145.

<sup>32</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão... Op. Cit.*, p. 30-31.

<sup>33</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Têmis... Op. Cit.*, p. 246-250. Sob a perspectiva dos “excluídos” ver DUSSEL, Enrique. *Op. Cit.*, p. 308-309; 415-426.

<sup>34</sup> SHAPIRO, Ian. *Op. Cit.*, p. 142.

<sup>35</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Têmis... Op. Cit.*, p. 125-126; 129-131.

duração e, em regra, não envolvem matérias muito complexas. Todavia, embora, geralmente, não atinjam perspectivas macroestruturais democráticas, é inequívoco que as convenções sociais expõem um discurso de poder, criando padrões de comportamento e amarras sociais. Estas questões são, no entanto, desvinculadas de nossos interesses primordiais, uma vez que, em regra, mantem-se alheias ao sistema legal. É a segunda hipótese que nos interessa. Ela expõe a possibilidade de consensos sobre formalidades. Estes são possíveis, em razão de sua menor complexidade valorativa. Quando se discute apenas as ‘regras do jogo’ os debates são substancialmente menos complexos, uma vez que dispensam análises axiológicas quanto ao conteúdo material que será explicitado. Isto se traduz em possíveis consensos quanto aos métodos e mecanismos de positivação legal. Ou seja, consensos formais. Não no sentido proposto por Habermas e Apel, que vislumbram a formação de consensos por intermédio de um método formal.<sup>36</sup> Antes, a formação de consenso de formalidades. Assim, quando falamos em consensos formais referimo-nos há duas hipóteses: (i) acordo quanto às regras de positivação legal; e (ii) possibilidade da criação de canais de comunicação com a esfera pública.<sup>37</sup> A existência destes consensos é, entretanto, excessivamente precária e restrita para servir de alicerce de legitimidade legal, uma vez que se restringe a formalidades do processo de positivação legal.

Neste contexto, consensos intersubjetivos são demasiadamente precários à amplitude que se exige do elemento legitimador das leis – e do poder

---

<sup>36</sup> É importante destacar, este ponto. A ética do discurso proposta por Habermas e Karl-Otto Apel é também um consenso formal. Todavia, o sentido atribuído a essa expressão no contexto da teoria do discurso é significativamente distinto daquele ora adotado. O consenso proposto pelos professores de Frankfurt é formal no sentido de que decorrente de um procedimento formal, ou seja, sem influências materiais. Entretanto, a pretensão do procedimento de Habermas e Apel é a formação de um consenso intersubjetivo que confira legitimidade à própria lei. Esta seria, no sentido por eles atribuído, a expressão positiva de um procedimento guiado pela moral pós-convencional de uma esfera pública de comunicação. O sentido que aqui atribuímos é muito mais restrito, uma vez que as possibilidades consensuais não atingem a legitimidade de uma lei de conteúdo material, como propõem Habermas e Apel. A hipótese que descrevemos é restrita apenas aos aspectos formais do procedimento legiferante. É, por assim dizer, um consenso sobre as *formalidades formais*.

<sup>37</sup> Sobretudo neste segundo ponto, não se pode negar, uma inspiração na teoria do discurso dos professores de Frankfurt. Entretanto, a hipóteses (ii) deve ser vista a luz da condição (i), dado que o consenso envolve apenas critérios formais de positivação legal, não sendo apto a servir de argumento à legitimidade legal. Ver também: HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabis, 1997.

do governo. Os eventuais acordos, além de raros, são excessivamente frágeis ao desenvolvimento de teorias que assegurem resultados seguros, dado, em razão da plurivocidade linguística, é possível que pessoas que concordem produzam dissenso, haja vista eventuais problemas de compreensão ou transmissão da informação que se pretende reproduzir. É que a própria linguagem não corrobora com as ambições consensualistas.<sup>38</sup> Conquanto ela seja, por excelência, a maneira com que o mundo nos é apresentado, o simbolismo linguístico é excessivamente abstrato para assegurar que as pessoas façam relações idênticas no plano denotativo. Assim, embora a linguagem seja nosso principal instrumento de intersubjetividade, ela induz ao dissenso, pois a distinção entre a mensagem, o símbolo, a compreensão e o mundo não fomenta a concordância, mas antes produz desentendimentos, em razão de sua ambição de abstração.

A diferença entre comunicação e informação, sem a qual não é possível um acto de comunicação com sentido, só pode converter-se numa prática regular e com resultados previsíveis com ajuda da linguagem. Em compensação, há que pagar o preço, duma nova diferença. Esta diferença da linguagem, que distingue entre uma realidade real e outra ficta (apesar de só haver um mundo), compensa-se pelo facto de que podemos estar sempre em acordo ou em desacordo com o que foi dito. A própria linguagem não favorece um consenso, antes gera esta distinção entre aceitação e recusa como o fim de se eximir do risco que exista na construção de um mundo fictício (mas real enquanto construção).<sup>39</sup>

Neste contexto, a fragilidade das ambições consensuais encontra-se justamente na impossibilidade de racionalizar a esfera pública de comunicação. A pluralidade de expectativas e visões mundo – fruto do multiculturalismo da sociedade moderna – e a dificuldade compreensão intersubjetiva fomentam problemáticas que não são amortizadas pela pretensão racional dos projetos de consenso. É este o problema. A esfera pública de comunicação é demasiadamente complexa ao planeamento consensual e, por esta razão,

---

<sup>38</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis...** *Op. Cit.*, p. 126.

<sup>39</sup> LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação.** Tradução de Anabela Carvalho. Lisboa: Veja Passagens, 1992, p. 146. A assertiva luhmanniana expõe, certamente, seu construtivismo radical, ao argumentar a existência de *mundos* derivados de narrativas. Entretanto, a parte deste paradigma epistemológico, o que nos interessa é, sobretudo, ressaltar a dificuldade que a própria linguagem opõe às ambições de consenso. É que se, por um lado, a abstração linguística permite a comunicação, por outro, ela pode dificultar a compreensão, dada a inexistência de simbolismos de significado inequívoco.

parece-me que a pretensão de reconstruir o sistema legal, por intermédio de consensos de justiça, é insuficiente às demandas hodiernas.

Nesse sentido, cabe falar de convencionalismo social e valores culturais como generalidade de expectativas e preferências no mundo da vida. A própria moralidade tradicional, com sua pretensão de valer em todas as interações da sociedade, também estaria vinculada a essa generalização de valores. Entretanto, é inegável que a hipercomplexidade da sociedade moderna, com uma diversidade incontrolável e contraditória de valores e interesses, torna impossível a reconstrução racional do mundo da vida a partir da ação comunicativa em sentido estrito (orientada para o entendimento intersubjetivo). A multiculturalidade, por um lado, e a pluralidade de esferas autônomas de comunicação, por outro, implicam uma fragmentação do mundo da vida no que diz respeito às certezas e convicções partilhadas intersubjetivamente no cotidiano.

Na sociedade contemporânea, o mundo da vida apresenta-se antes como espaço de reprodução do dissenso intersubjetivo. Em outras palavras, a intersubjetividade, linguisticamente construída, afirma-se sobretudo mediante a manifestação e o reconhecimento das divergências. [...] Ou seja, o consenso potencialmente generalizado no mundo da vida destina-se a assegurar o dissenso generalizado que se expressa nos mais diversos tipos de relações interpessoais de uma pluralidade de esferas de comunicação e mesmo a fomentar-lhe a manifestação.<sup>40</sup>

Daí Jean-François Lyotard dizer “o consenso não é senão um estado das discussões e não o seu fim”<sup>41</sup>. Isto é, o consenso é sobretudo a possibilidade de reprodução do dissenso. A concordância sobre a discordância. É a discordância que molda o mundo da vida e esfera pública de comunicação. É discordância intersubjetiva que alimenta o debate. É a discordância que produz o combustível para a evolução social.

Diante deste cenário, o dissenso intersubjetivo reproduzido pela sociedade ecoa sobre os procedimentos legislativos legalmente estruturados permitindo uma interação entre a pretensão de racionalidade dos sistemas político e jurídico e a pluralidade de expectativas valorativas dispersa por toda a sociedade em forma de diferentes percepções cognitivas. Daí que a esfera pública é caracterizada, por um lado, pela pretensão de racionalidade e estruturação democrática legal, instituída pela Constituição, vista neste ponto como instância de acoplamento e intermediação entre direito e política; e, por outro, pelo dissenso estrutural que notabiliza a arena de debates em seus mais

---

<sup>40</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Têmis...* *Op. Cit.*, p. 127-128.

<sup>41</sup> LYOTARD, Jean-François. *Op. Cit.*, 118.

diversos aspectos e fundamentos. Neste sentido, a ambição democrática-legal é organizar o dissenso social, possibilitando canais de comunicação e direitos de manifestação. Entretanto, sabe-se de antemão que a positividade legal não será fruto de um procedimento racionalmente orientado ao consenso intersubjetivo, antes uma manifestação em favor de um ideal de justiça que, por razões diversas e variáveis, conseguiu converter o dissenso em seu argumento. É sobretudo em razão disso que se iniciam nossos problemas. Tendo o direito escolhido um ideal de justiça, entre tantos outros, sem que haja uma razão compartilhável para a escolha – isto é, sem que todos possam concordar com a seleção realizada –, os demais projetos, excluídos pelo sistema legal, passam a exercer pressão, por diversas vias. E é justamente esta relação não harmoniosa, instável e não linear que fomenta problemas de complexidade entre direito e justiça. Afinal, alguma porção de justiça será descartada e alguma será absorvida e não haverá uma razão compartilhável para determinar qual projeção de realidade ocupará qual posto.

### 3 A COMPLEXIDADE DO MUNDO E O PARADOXO DO DIREITO NA SOCIEDADE MODERNA

O capítulo anterior ambicionava demonstrar que a interação entre direito e justiça é moldada por intermédio de uma dinâmica não-linear,<sup>42</sup> pois a relação não se desenvolve com base em processos previsíveis, seguros e proporcionais, mas sobre um modelo multidimensional e instável.<sup>43</sup> É, sobretudo, a partir desta constatação que se alavanca nossa problemática de complexidade. É agora que adentramos ao tema! Neste capítulo desejo explorar os problemas que levantei e apresentar um argumento no sentido de que a desordem do mundo da vida e dos ideais de justiça implicam em um paradoxo ao direito da sociedade moderna.

Antes, porém, é preciso uma breve clarificação do termo ‘complexidade’. Uma limpeza semântica. Afinal, a linguagem coloquial também utiliza da expressão ‘complexidade’.<sup>44</sup> E, assim como ocorre com a maior parte das expressões que repentinamente se tornam populares, o conceito de complexidade perdeu-se na miscelânea linguística de nossos tempos e, por esta razão, necessita de uma ligeira explicação. Complexidade é, no sentido tradicional e usual, algo complicado.<sup>45</sup> Algo difícil. A linguagem técnica da teoria da complexidade é um pouco diferente.<sup>46</sup> Ela não desconsidera, em certa medida, o uso coloquial, mas traz consigo uma ideia de desordem e ‘anti-reducionismo’ que não possuem equivalente no terreno casual. Neste sentido, a complexidade é, nas palavras de Edgar Morin, “a extrema quantidade de

---

<sup>42</sup> RUHL, J. B. **Complexity Theory as a Paradigm for the Dynamical Law-and-Society System: A Wake-Up Call for Legal Reducionism and the Modern Administrative State.** *In Duke Law Journal*, Vol. 45, n. 5, 1996, p. 854.

<sup>43</sup> *Ibid*, p. 854.

<sup>44</sup> BYRNE, David S. **Complexity Theory and the Social Sciences – an introduction.** Londres: Routledge, 2001, p. 16.

<sup>45</sup> MORIN, Edgar. **Op. Cit.**, p. 41. RUHL, J. B. **Op. Cit.**, p. 860.

<sup>46</sup> Embora a limpeza semântica do termo ‘complexidade’ seja imprescindível ao nosso objetivo, é sempre bom lembrar a advertência de Ludwig Wittgenstein a respeito dessa hipotética e presunçosa distinção entre linguagem coloquial e técnica: “os filósofos falam muito frequentemente de investigar, analisar, o sentido das palavras. Mas não nos esqueçamos de que uma palavra não tem um sentido que lhe tenha sido dado, por assim dizer, por um poder independente de nós, para que possa proceder-se uma espécie de investigação científica sobre o que a palavra *verdadeiramente [itálico original]* significa. Uma palavra tem o sentido que é dado por alguém. [...] É um erro afirmar que em filosofia consideramos linguagem ideal em contraste com nossa linguagem comum. Isto poderia levar-nos a crer que podíamos fazer coisa melhor que a linguagem comum. Mas a linguagem comum é perfeita.” (WITTGENSTEIN, Ludwig. **O Livro Azul.** Tradução de Jorge Mendes. Lisboa: Edições 70, p. 60-61). Nossa ambição, no entanto, não é desvelar ou, tampouco, investigar o sentido da palavra ‘complexidade’, mas apenas demonstrar uma diferença do uso linguístico da expressão.

interações e de interferências entre um número muito grande de unidades”<sup>47</sup>, causando possibilidades de incerteza, acaso e a impossibilidade de reducionismos em uma ‘lei mestre’<sup>48</sup>.

O que é a complexidade? À primeira vista, a complexidade é um tecido (*complexus*: o que é tecido em conjunto) de constituintes heterogêneos inseparavelmente associados: coloca o paradoxo do uno e do múltiplo. Na segunda abordagem, a complexidade é efectivamente o tecido de acontecimentos, acções, interacções, retroacções, determinações, acasos, que constituem o nosso mundo fenomenal. Mas então a complexidade apresenta-se com os traços inquietantes da confusão, do inextrivável, da desordem, da ambiguidade, da incerteza... Daí a necessidade, para o conhecimento, de pôr ordem nos fenómenos ao rejeitar a desordem, de desviar o incerto, de seleccionar, os elementos de ordem e de certeza, de retirar a ambiguidade, de clarificar, de distinguir, de hierarquizar... Mas tais operações necessárias à inteligibilidade, correm o risco de a tornar cega se eliminarem os outros caracteres do *complexus*; e efectivamente, como indiquei, elas tornaram-nos cegos.<sup>49</sup>

Neste sentido, a complexidade é, sobretudo, uma oposição ao reducionismo.<sup>50</sup> O reducionismo tem a ambição colocar ordem no mundo, com a utilização de métodos analíticos informados por uma regra geral.<sup>51</sup> Segundo paradigma reducionista, seria possível compreender fenômenos complexos por intermédio da simplificação de seus elementos e processos. Bastaria reduzir as operações e fenômenos a regras simples e organizá-las, na busca por linearidade e previsibilidade.<sup>52</sup>

O grande problema é que a realidade não é tão singela quanto faz crer este pensamento.<sup>53</sup> A maior parte dos sistemas, sejam eles sociais, biológicos ou de pensamento, são regidos por regras complexas,<sup>54</sup> pelas quais “os resultados não são determinados por causas singulares, mas múltiplas, e estas causas podem interagir de maneira não convencional e previsível – e geralmente

<sup>47</sup> MORIN, Edgar. *Op. Cit.*, p. 42-43.

<sup>48</sup> *Ibid.* p. 10; 18; 43; 123.

<sup>49</sup> *Ibid.* p. 17-18.

<sup>50</sup> FOLLONI, André. **Introdução à Teoria da Complexidade**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 26.

<sup>51</sup> MORIN, Edgar. *Op. Cit.*, p. 71.

<sup>52</sup> RUHL, J. B. *Op. Cit.*, p. 853. BYRNE, David S. *Op. Cit.*, p. 19.

<sup>53</sup> MORIN, Edgar. *Op. Cit.*, p. 20, n.5. É que, como bem expõe Morin, em referência a Bachelard, o simples não existe. Só há o simplificado. Uma redução do complexo. Uma redução que opera por intermédio de critério de simplificação e, portanto, não reconduz ao simples, mas ao resultado simplificado de certas leis e premissas metodológicas.

<sup>54</sup> BYRNE, David S. *Op. Cit.*, p. 20.



o fazem”<sup>55</sup>. Em outras palavras, os efeitos combinados não são equivalentes a soma do total de efeitos singulares e, tampouco, podem ser previstos se analisados separadamente.<sup>56</sup> Estes fatores impõem significativas dificuldades às pretensões de linearidade e racionalidade do mundo, conforme alerta David S. Byrne:

A busca por leis de funcionamento lineares é uma busca pela habilidade de previsão. Se conseguíssemos estabelecer uma relação em que nossos modelos formais-lineares de matemática sejam correspondentes ao mundo real – e nosso ideal para fazer isto seja experimentalmente controlado – então poderíamos prever o que aconteceria se soubéssemos as circunstâncias e o estado inicial do sistema. Uma vez que pudéssemos prever, seria possível organizar o mundo a nossa maneira, fazendo-o trabalhar para nós. Deixaríamos de ser a reflexão do mundo para tornarmo-nos o seu motor. Acredito que este seja um projeto totalmente nobre. É a fundação tecnológica da modernidade em si.

O problema é que muito – e, provavelmente, a maioria – do mundo não opera desta maneira. A maior parte dos sistemas não trabalha de forma linear. E há, aqui, dois problemas relacionados aos sistemas não lineares da realidade, em que pese a existência de modelos de matemática não-linear que, em alguns momentos, podem ser utilizados em certos contextos, dos quais derivam. O primeiro, geralmente discutido na literatura de teoria do caos, é a extrema sensibilidade das condições iniciais de sistemas não lineares. A clássica, e bem conhecida, explicação deste problema é o sistema climático. Os esforços para traduzir sistemas climáticos em termos matemáticos são confrontados grandes – e, na verdade, essencialmente intransponíveis – problemas de variação nas condições iniciais, tais como a força da batida de asa de uma borboleta pode provocar grandes variações climáticas em um curto período.<sup>57</sup>

É que, conquanto todos nós compartilhemos da mesma realidade, dado que há apenas um mundo físico, a nossa compreensão daquilo que nos cerca é substancialmente diferente.<sup>58</sup> Há duas razões primordiais para tais distinções. A primeira diz respeito à própria diferença de observação da realidade.<sup>59</sup> Ainda que os fatos sejam compartilhados, os contextos alteram as interpretações e eles raramente são consensuais. A gravidade é um ótimo exemplo. Quando vemos um objeto cair sabemos que a razão da queda é a força da gravidade. Entretanto, todos aqueles que nasceram antes de Isaac Newton, explicariam o fenômeno da

---

<sup>55</sup> Ibid., p. 20. Tradução nossa. No original: “Outcomes are determined not by a single causes but by multiple causes, and these causes may, and usually do, interact in a non-additive fashion”.

<sup>56</sup> Idem. Tradução nossa.

<sup>57</sup> Ibid., p. 19.

<sup>58</sup> LUHMANN, Niklas. *Improbabilidade... Op. Cit.*, p. 146.

<sup>59</sup> RASCH, Willian. *Op. Cit.*, p. 33-35.

maneira diferente. Projetam-se realidades distintas, embora o mundo seja idêntico. Ou seja, criam-se ‘mundos diferentes’ com base na mesma realidade. A segunda razão é a própria linguagem. Trata-se, mais uma vez, da dificuldade de compreensão linguística e comunicacional com que todos somos confrontados. David Bloor aponta para estes problemas, em *Conhecimento e Imaginário Social*:

Nossas ideias acerca do funcionamento do mundo variam de modo considerável. Esse é o caso tanto na ciência quanto em outras áreas da cultura. Tais variações são o ponto de partida para a sociologia do conhecimento e constituem sua questão principal. Quais são as causas dessa variação e como e por que elas mudam? A sociologia do conhecimento concentra-se na distribuição da crença e nos vários fatores que a influenciam. Por exemplo: como o conhecimento é transmitido, quão estável ele é, que processos intervêm na sua criação e manutenção, e como ele é organizado e distribuído em diferentes disciplinas ou esferas?<sup>60</sup>

Os desafios ao reducionismo não se restringem às dificuldades mundanas, no entanto. Suas premissas lógicas são, também, questionáveis. É comum dizer que o reducionismo tem a ambição de matematizar as ciências sociais. Há, alguma verdade aparente, neste argumento. Afinal, o reducionismo é, em muito, fruto do racionalismo clássico e do método analítico, que dominaram o universo científico nos primórdios da modernidade. Nestes tempos, a ciência empirista utilizava da matemática básica em busca de linearidade em seus argumentos e a pretensão reducionista comunga deste fundamento. Entretanto, mesmo no terreno da matemática e da lógica formal, as premissas de simplificação e linearidade foram, pouco a pouco, sendo contestadas, até sofrerem seu golpe final com o Teorema da Incompletude, de Kurt Gödel.<sup>61</sup> Neste contexto, novos modelos matemáticos e lógicos contradizem, em muito, as pretensões de redução.

A complexidade, por outro lado, é avessa as estratégias reducionistas. Uma de suas mais importantes características é justamente a rejeição da

---

<sup>60</sup> BLOOR, David. *Op. Cit.*, p. 18. Bloor atribui um conceito muito próprio à expressão “sociologia do conhecimento”. Este é o tema central de seu principal livro, *Conhecimento e Imaginário Social*. É por meio deste conceito que o professor da Universidade de Edimburgo procura desenvolver uma ‘epistemologia do conhecimento social’, por assim dizer.

<sup>61</sup> GOLDSTEIN, Rebecca. **Incompletude – a demonstração e o paradoxo de Kurt Gödel**. Tradução de David Gaspar. Lisboa: Gradiva, 2009, p. 175-211, em especial p. 178-199.

validade analítica de pequenos fragmentos.<sup>62</sup> Ao trabalhar com modelos não-lineares, a teoria da complexidade admite como previsível que uma pequena variação implique em grandes alterações e uma grande variação não apresente significativos resultados.<sup>63</sup> Este é um dos principais méritos da teoria da complexidade. Ela é, aparentemente, compatível com a desordem do mundo. É, também, correspondente ao nosso modo de vida e às incoerências fomentadas por ele. Assim, sua vantagem face ao reducionismo está justamente em aceitar a existência de problemas, desordens e incoerências inerentes ao modo de vida da modernidade. Ao contrário da análise reducionista, que se ocupa apenas da ordem e da racionalidade, a complexidade “interessa-se pela coerência, mas, também, pela incoerência”<sup>64</sup>; pela ordem e, também, pela desordem; pela racionalidade e pelo irracional; pelo simplificado e pelo caótico; e, sobretudo, pelo não digo que sempre escapa ao dito.<sup>65</sup> É desta constatação que ascende, concomitantemente, o mérito e o desafio da teoria da complexidade.

A complexidade aceita a desordem, o caos e a incoerência. Aceita, também, o paradoxo do pensamento.<sup>66</sup> Esta catástrofe da lógica, que obriga a mente a conclusões contraditórias, tem sido, por muito, o pesadelo do reducionismo e das pretensões de racionalidade.<sup>67</sup> Entretanto, o que representa um ultraje aos reducionistas, é uma tautologia à teoria da complexidade.<sup>68</sup> O pensamento complexo tem, permanentemente, no horizonte o paradoxo do uno e do múltiplo, que coloca em dúvida a capacidade de compreensão da unidade e do todo, pois a unidade não consegue ser compreendida senão em relação ao

---

<sup>62</sup> FOLLONI, André. *Op. Cit.*, p. 25.

<sup>63</sup> BYRNE, David S. *Op. Cit.*, p. 14; 19-21; 31-33.

<sup>64</sup> FOLLONI, André. *Op. Cit.*, p. 36.

<sup>65</sup> FOLLONI, André. *Op. Cit.*, p. 36. FERREIRA GULLAR, *Op. Cit.*, WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tratado... Op. Cit.*, p. 142 (6.54).

<sup>66</sup> A afirmativa é validade especialmente para a teoria autopoietica luhmanniana e suas vertentes de complexidade. Cf. CRUZ, Flávio Antônio. **O confronto entre o concurso formal de crimes e o concurso aparente de normas penais no direito brasileiro: revisão crítica sob os influxos de uma hermenêutica emancipatória**. Tese de doutoramento apresentada ao programa de pós-graduação da UFPR, 2014, p. 113-121.

<sup>67</sup> A respeito dos paradoxos na filosofia, lógica, ciência e teoria do conhecimento, ver entre outros: PLATÃO. **Menon**. Tradução de Ernesto Rodrigues Gomes. Lisboa: Colibri, 1992, p. 71-92. RASCH, William. *Op. Cit.* p. 92-93. GOLDSTEIN, Rebecca. *Op. Cit.* p. 97-103. CRUZ, Flávio Antônio. **O confronto... Op. Cit.** p. 114-116. MONK, Ray. *Op. Cit.*, p. 39-54.

<sup>68</sup> Os paradoxos são, há muito, o pesadelo dos cientistas. Afinal, em sua formação, “é impossível decidir se a afirmação é verdadeira ou falsa, pois ‘as condições de sua falsidade são contemporaneamente condições de sua veracidade (e vice-versa)”. Cf. VILLAS BÔAS FILHO, Orlando; GONÇALVES, Guilherme Leite. **Teoria dos Sistemas Sociais – Direito e Sociedade na Obra de Niklas Luhmann**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 46.

todo; e, contudo, o todo depende da unidade.<sup>69</sup> A epistemologia da complexidade leva-nos, então, a um ceticismo moderado na teoria do conhecimento, pois, em seus termos, “nunca será possível afirmar que todas as interações relevantes foram exaustivamente examinadas por qualquer forma de compreensão da realidade, científica ou não”<sup>70</sup>. Assim, segundo o paradigma da complexidade, a desordem de um sistema não representa seu fracasso, mas seu ponto de partida. A questão é administrar os problemas levantados e fomentados pela complexidade. Não se trata de resolve-los. Trata-se de assumi-los – uma vez que inerentes ao nosso modo de vida – e administra-los nos limites de nossas necessidades e possibilidade fáticas e racionais. E daí que a complexidade é, desde seu início, a ideia paradoxal de organização e caos concomitante e permanentemente em respeito. A complexidade é, assim, um problema, em seus próprios termos. Um paradoxo. Uma aporia entre a organização e a desordem.

Ascende, neste cenário, o principal desafio do pensamento complexo. A complexidade se empenha em argumentar que racionalidade se mostra fragilizada, mas não traz consigo uma alternativa que seja viável em termos práticos. Isto é, ao tempo em que coloca em cheque a ambição simplificacionista, não apresenta respostas às discussões, possibilidades e perguntas que fomenta. E é justamente este o principal desafio da aceitação da teoria da complexidade. Se por um lado, o paradigma complexo é atrativo, em razão de sua capacidade de reconhecer e aceitar a pluralidade e as contradições da sociedade moderna;<sup>71</sup> por outro, o fomento de incertezas e a carência de respostas seguras e definitivas são grandes obstáculos à concretização de qualquer planejamento que necessite da comunhão de pessoas. Neste contexto, a modernidade mostra-se à beira de um colapso: seu projeto inicial é, aparentemente, falho; contudo as soluções levantas não são suficientes. A

---

<sup>69</sup> FOLLONI, André. *Op. Cit.*, p. 25. LUHMANN, Niklas. *Improbabilidade...Op. Cit.*, p. 99-110: “as estruturas e processos de um sistema só são possíveis em relação a um ambiente, e só podem ser entendidas se estudadas nesta relação. Assim é, pois só por referência a um ambiente é possível distinguir (num sistema dado) algumas funções como um elemento e outras funções como uma relação entre elementos. Exagerando um pouco, podemos até dizer que um sistema é a sua relação com o seu ambiente, ou que é a diferença entre sistema e ambiente”.

<sup>70</sup> FOLLONI, André. *Op. Cit.*, p. 27.

<sup>71</sup> É cabível uma observação. Não se trata de aceitar ou não a complexidade, pois a complexidade social não depende da aceitação ou não de uma teoria acadêmicas, mas está, sobretudo, vinculada ao livre arbítrio humano, às liberdades e aos direitos democráticos, que a duras penas o direito nos concede. Assim, a aceitação da complexidade não é uma escolha acadêmica, mas sobretudo uma constatação fática da modernidade.

questão é, assim, encontrar os limites da racionalidade e de aceitação da complexidade.

O problema é a maneira de medição e acerto destes termos. [...] Na prática não é possível. É precisamente o limite prático – e a palavra é essa: limite – que lançam os limites da ciência e das ciências derivadas da tecnologia. Esta é a ideia de caos que é tão atrativa aos pós-modernistas. A ciência parece ter alcançado o limite de suas capacidades. A racionalidade mostra-se exausta, como um projeto geral. É o inferno!<sup>72</sup>

Diante deste cenário, as ambições e exigências da modernidade conflitam com suas diretrizes de pensamento, criando um paradoxo em sua própria pretensão de racionalidade do mundo da vida. É que se, por um lado, o conhecimento humano está, há muito, voltado à procura de previsibilidade e linearidade.<sup>73</sup> Por outro, as exigências do mundo moderno, guiadas por direitos, liberdades e regulações, fomentam ainda mais as possibilidades de incertezas e ambiguidades. Daí o questionamento de Jürgen Habermas:

Será que a racionalização do mundo da vida não se torna paradoxal quando da passagem para a sociedade moderna? O mundo da vida racionalizado possibilita o surgimento e o crescimento de certos subsistemas, cujos imperativos, ao se tornarem autônomos, ricocheteiam de modo destrutivo sobre o próprio mundo da vida!<sup>74</sup>

Esta questão é especialmente angustiante ao direito. O sistema legal tem por ambição estabilizar conflitos de justiça, em torno de expectativas que possam ser partilhadas a partir de um idêntico denominador comum.<sup>75</sup> Tal aspiração se desenvolve sobre um exercício de poder, que tem por alicerce a

---

<sup>72</sup> BYRNE, David S. **Op. Cit.**, p. 19. Tradução nossa. No original: “The problem that raises is one of measurement in terms of accuracy. [...]. *In practice* we can’t. It is precisely this practical limit – that word: ‘limit’ – which seems to set a boundary on science and science-derived technology. This is why the idea of chaos is so attractive to postmodernists. Science seems to have come to the end of its capacities. Rationality seems to be exhausted as a general project. It is hell as like!”. Contrapondo-se a este paradigma ver as obras do físico e filósofo argentino Mário Bunge.

<sup>73</sup> BYRNE, David S. **Op. Cit.**, p. 19.

<sup>74</sup> HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo**. Vol. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneicheler. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 336. Este questionamento de Habermas pode, em certa medida, ser oposto à teoria dos sistemas autopoieticos de Luhmann, dado que, ao argumentar a inexistência de relações hierárquicas entre os subsistemas sociais, o sociólogo de Bielefeld permite, em alguma medida, que a hipertrofia de sistemas dominantes imponha alopoiese a sistemas que se tornam fragilizados no contexto da sociedade mundial moderna. Ou seja, se os sistemas operam livremente eles podem destruir-se uns aos outros; contudo, se elegemos um – ou mais – para que assegure a isonomia sistêmica, a premissa de igualdade é rompida.

<sup>75</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia...** **Op. Cit.**, p. 54-58; 60-66; 76-77; 109-110; 115; 121-122.

criação de supostas verdades e certezas, em um discurso que, por razões práticas, deve, inevitavelmente, levar à solução dos conflitos. Entretanto, está a necessidade de certeza – ou, melhor dizendo, de término dos conflitos, com base em decisões que devemos, a bem de nossa convivência, respeitar – conflita sobremaneira com o ceticismo da complexidade. E deste conflito seguem inúmeras aporias. A aceitação do paradigma da complexidade se traduz em aceitar, ainda mais, novas pretensões de justiça, dado que não há uma restrição reducionista sobre aquilo que pode adentrar ao debate.<sup>76</sup> Se, por um lado, tal consequência benéfica à sociedade, uma vez que engrandece a democracia. Por outro, cria-se um desafio ainda maior ao sistema legal. É que com a multiplicação dos ideais de justiça, a seleção jurídica torna-se ainda mais complicada, haja vista a maior complexidade do conjunto a ser selecionado. E isto tudo implica, por fim, em maior pressão da justiça sobre o direito, pois não há consenso sobre o que significa a justiça e, tampouco, sobre aquilo que será selecionado para integrar o sistema legal. Daí que, sendo o direito uma tentativa de redução da complexidade da justiça, o *gap* de complexidade entre os projetos deontológicos se torna ainda maior, uma vez que, ao contrário dos ideais de justiça, o sistema legal não pode alargar demasiadamente sua complexidade, sob pena de perder seu fundamento de operacionalidade social.

Neste contexto, a modernidade impõe uma aporia ao sistema legal. Ela transporta seu próprio paradoxo para dentro do direito, impondo um conflito entre a pretensão de racionalidade do sistema e a caótica não-ordenação do mundo da vida.<sup>77</sup> É que, embora irmãs, as pretensões de complexidade e contingência apontam em direção opostas. Elas são os reflexos de ordem e desordem da modernidade. Em melhores palavras, são os sintomas da tentativa de organização da desordem e fomento da pluralidade estrutural. A relação de direito e justiça, na sociedade moderna, implica, então, em um contrassenso. Uma permanente ambição de ordenar a desordem; converter o ilógico em lógico; compartilhar o subjetivismo em termos objetivos. O problema é que “todo

---

<sup>76</sup> Exceção pode ser feita ao discurso de ódio, uma vez que este expõe um paradoxo autorreferencial na própria ideia de liberdade democrática. POPPER, Karl. **A Sociedade Aberta e Seus Inimigos**. Vol. I. 3. ed. Tradução de Milton Amado. São Paulo: Editora Itatiaia Ltda., 1998, p. 139-142.

<sup>77</sup> Em verdade as problemáticas de complexidade, compreensão da sociedade e epistemologia são infinitamente mais complexas do que aquilo que brevemente relatamos aqui.

conhecimento opera por seleção de dados significativos e rejeição de dados não significativos”<sup>78</sup> e, por esta razão, alguma porção de justiça sempre será excluída do direito, sem que todos possam concordar com os fundamentos das escolhas. Assim, a medida em que o sistema legal ambiciona concretizar a justiça, mais se afasta dela.

O paradoxo é, justamente, está contradição interna. Haja vista o aumento de complexidade, o dissenso sobre a justiça é transportado ao seio do sistema legal, que passa a conflitar em sua própria idealização de justiça. A questão é que o direito não consegue – e, em alguma medida, nem pode – acompanhar a maximização de complexidade da justiça, dado que sua operacionalidade prática depende, em muito, da capacidade de reduzir complexidade e estabilizar expectativas. Entretanto, com o aumento de complexidade do conjunto de justiça o direito é forçado a uma encruzilhada. Por um lado, o sistema legal é incapaz de absorver todas as demandas de justiça, seja em nível legislativo ou interpretativo. Assim, é inevitável que o ordenamento jurídico passe a ter (muitas) normas injustas. Por outro lado, a pretensão de racionalidade do direito já não atende mais as suas próprias exigências, dado que a complexidade imposta ao sistema legal é demasiada ao objetivo de operacionalidade e estabilização de expectativas. É que ao transportar o dissenso dos ideais de justiça para dentro do sistema legal, este passa a expor inúmeros critérios de justiça conflitantes entre si. E em consequência disto o sistema legal tem sua própria complexidade alavancada, o que implica em um choque de suas perspectivas, dado que sua ambição é justamente reduzir a complexidade. O problema é, então, que a justiça pode ser vista de diversas maneiras, mesmo que à luz da redução de complexidade promovida pelo direito. Não bastasse o contraste entre os ideais de justiça e o sistema legal, este próprio começa a ter em seu seio uma pluralidade de ideais.

Diante deste contexto, o direito não dá conta dos ideais de justiça, em razão da excessiva complexidade destes, que mesmo quando selecionados permanecem com uma dimensão externa. Assim sendo, a pretensão de redução de complexidade mostra-se frustrada, pois não o sistema legal consegue gerenciar a complexidade da justiça e tampouco apresentar respostas a sua

---

<sup>78</sup> MORIN, Edgar. *Op. Cit.*, p. 13.

própria. E daí a aporia. Aparentemente devemos abrir mão de uma das duas perspectivas: ou renunciamos a complexidade e aceitamos limites prévios aos nossos direitos e liberdades, que, em última análise, são os maiores responsáveis pelo aumento da complexidade social; ou assumimos o paradoxo da sociedade moderna, renunciamos ao reducionismo e aceitamos os limites de racionalidade. Importante se dizer: isto não significa dar adeus à razão. Mas, aceitar limites ao projeto de racionalidade, simplificação e ordenação do mundo da vida. Assim, novamente, retornamos à problemática de ordenar a desordem.<sup>79</sup> É exatamente desta pretensão que ascende nosso questionamento central. É que, por um lado, o direito não pode renunciar a racionalidade, sob pena de torna-se mera manifestação irracional e subjetiva de poder. Por outro lado, a modernidade impõe desafios que não podem ser ultrapassados nos limites da racionalidade. Neste contexto, as pretensões de reducionistas mostram-se insuficientes e inaplicáveis.

A questão é que, no seio da sociedade moderna, formam-se, então, dois conceitos sobre justiça significativamente distintos. Sendo o direito incapaz de acompanhar a complexidade da justiça, em razão de seus objetivos práticos, a própria justiça pode ser interpretada de duas maneiras: uma interna e outra externa, por assim dizer. A perspectiva interna enfatiza a legalidade e a segurança jurídica, argumentando que justiça é, sobretudo, coerência e consistência de tomadas de decisões.<sup>80</sup> A justiça externa, por sua vez, ressalta

---

<sup>79</sup> David Byrne apresenta uma interessante perspectiva neste ponto. O professor da Universidade de Durham distingue a desordem e a ordem em quatro modelos distintos, “nos quais não-ordenado não equivale a desordenado” (BYRNE, David. *Op. Cit.*, p. 16). Assim, é possível uma separação entre desordem e organização complexa. Desordem significa aleatoriedade, bagunça, confusão. Algo próximo da utilização ordinária da palavra complexidade. Por outro lado, não-ordenado se traduz em caos ordenado ou contingência. Algo antecedente à ordem. Algo que, melhor dizendo, embora esteja ordenado de alguma maneira, ainda não conseguimos descobrir qual. Esta expressão se aproxima mais da utilização técnica de complexidade. Ela é a representação da desordem ordenada, por assim dizer. A não-ordem nos causa a impressão de desordem apenas porque desconhecemos a razão ou a lei de ordenação. Tal como a biblioteca de Babel, no conto de Borges. Se soubéssemos o critério de organização não diríamos tratar-se de uma organização caótica. Neste contexto, a complexidade de direito e justiça deve ser vista, sobretudo no sentido de não-ordem. É que, embora seja impossível encontrar um denominador comum entre os ideais de justiça e o sistema legal, não se pode excluir uma identidade entre eles. É justamente aí que está o problema. Assim como na biblioteca de Babel, sabemos de antemão que existe algum tipo de ordem naquilo que em nossa percepção parece desordenado. O problema é que desconhecemos – e, tampouco, conseguimos visualizar – o fator de ordenação.

<sup>80</sup> LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Tradução de João Protásio Farias Domingues de Vargas. Edição: Juliana Neunschwander de Magalhães e Letícia Godinho, 2002, p. 162.



a importância de fazer ‘o que é certo’, sem desconsiderar as normas legais, mas lembrando que elas podem ser injustas e nem sempre são capazes de apresentar uma solução adequada ao caso, até porque o sistema legal pode impedir a concretização da justiça. A tensão entre os ideais de justiça interna e externa é, contudo, insolúvel, dado que não há como compatibilizar os níveis de complexidade do sistema legal e da justiça.

A questão final é saber administrar a complexidade. Este desafio é especialmente penoso aos juristas, dado que o sistema legal pressupõe racionalidade. E racionalidade demanda ordem. E ordem exige seleção. E seleção nada mais é do que a forçosa necessidade de reduzir complexidade.

O paradoxo é, assim, indissociável de seu conflito imanente. Ao mesmo tempo em que não se pode renunciar nenhum dos dois polos – interno ou externo – não é possível também uma identificação entre eles. Sem a justiça interna a própria legalidade do direito torna-se deficitária. É a justiça interna que garante a racionalidade do direito e impede que ele se torne uma simples manifestação de poder subjetiva. É a perspectiva interna que permite um controle social, sob a forma de consistência e coerência das decisões juridicamente fundamentadas na premissa de legalidade. Em última análise, a justiça interna representa um ideal de racionalidade e ordem ao sistema legal. Por outro lado, a justiça externa é igualmente imprescindível, uma vez que o direito não possui legítima força obrigatória apenas em razão da legalidade, mas também porque instrumento social de busca à justiça. Aceita ou não a premissa de justiça exposta pelo sistema legal, é preciso lembrar que este é o mecanismo socialmente utilizado e compartilhado como ferramenta de busca aos ideais de justiça que se postulam legítimos. Neste sentido, a observação de Marcelo Neves, em *Entre Hidra e Hércules*:

A justiça, nessa perspectiva, tem duas dimensões: a justiça interna, concernente à tomada de decisões *juridicamente consistentes* (autorreferência); a justiça externa, referente à tomada de decisão *adequadamente complexa à sociedade* (heterorreferência). Por um lado, sem que possa contar com uma solução juridicamente consistente, o direito perde sua racionalidade. Isso implica que, sem um sistema jurídico orientado primeiramente na constitucionalidade e, conseqüentemente, no princípio constitucional da legalidade, ou seja, sem “justiça constitucional interna”, não cabe falar em racionalidade

---

Tradução nossa. No original: “la justicia se puede designar como consistência de la toma de decisión”.

jurídica em uma sociedade complexa. Os julgamentos vão subordinar-se, então, a fatores particularistas os mais diversos, sem significado jurídico-constitucional para a orientação do comportamento e a estabilização das expectativas normativas. A racionalidade do direito exige, portanto, consistência constitucional. Por outro lado, a justiça como racionalidade jurídica importa a adequação social do direito. Evidentemente, essa é uma questão difícil, pois no ambiente do direito há várias pretensões de autonomia sistêmica em conflito. Uma adequação econômica do direito, por exemplo, pode ter impactos negativos na educação, no ambiente, na arte, na ciência e vice-versa. Também há valores e perspectivas morais os mais diversos no mundo da vida fragmentado da sociedade mundial complexa do presente. Algo que se apresenta adequado a um grupo pode parecer inadequado a outro. E não há, nem no plano dos sistemas funcionais nem no plano do mundo da vida, um projeto hegemônico único. Adequação social do direito, constitucionalmente amparada, não pode significar, portanto, uma resposta adequada a pretensões específicas de conteúdo particulares, mas sim a capacidade de possibilitar a convivência não destrutiva de diversos projetos e perspectivas, levando à legitimação dos procedimentos constitucionalmente estabelecidos, na medida em que estes servem para reorientar as expectativas em face do direito, sobretudo daqueles que eventualmente tenham suas pretensões rejeitadas por decisões jurídicas.

Mas a relação entre justiça interna e externa é paradoxal. Não se pode imaginar um equilíbrio perfeito entre consistência jurídica e adequação social do direito, a saber, entre justiça constitucional interna e externa. [...] Por um lado, um modelo de mera consistência constitucional conduz a um formalismo socialmente inadequado. O excesso de ênfase na consistência jurídico-constitucional pode levar a graves problemas de inadequação social do direito, que perde, então, sua capacidade de reorientar as expectativas normativas e, portanto, de legitimar-se socialmente. Por outro lado, um modelo de mera adequação social leva a um realismo juridicamente inconsistente. Na falta de valores, de morais e de interesses partilhados congruentemente na sociedade moderna supercomplexa, a ênfase excessiva na adequação social tende a levar à subordinação do direito a projetos particulares com pretensão de hegemonia absoluta. Nesse sentido, embora sempre defeituoso, pois nunca alcançado plenamente e dependente da experiência de cada caso, o equilíbrio entre justiça constitucional interna e externa serve como orientação para os envolvidos na rede de comunicação do sistema jurídico estatal.<sup>81</sup>

Robert E. Scott alerta para este problema recorrendo ao romance *Os Miseráveis*, de Victor Hugo. Scott aponta a diferença entre justiça e direito sob as figuras de Jean Valjean e do Inspetor Javert. A justiça projetada por Jean Valjean é condicionada a um contexto que não é reconhecido pelo sistema legal, ao qual Javert cegamente se submete.<sup>82</sup> E daí que a diferença de contexto entre os personagens cria, entre eles, um conflito que em nada difere do paradoxo entre direito e justiça: uma perspectiva não encontra consonância na outra e,

<sup>81</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Hidra... Op. Cit.*, p. 223-225.

<sup>82</sup> SCOTT, Robert E. *Chaos Theory and Justice Paradox*. In *William & Mary Law Review*. Vol 35, 1993, p. 330.

assim, embora certas sob seu respectivo enfoque, não podem ser concomitantemente satisfeitas. Scott identifica este desafio e, assim como nos, se vê diante da impossibilidade de aceitar ambas as demandas concomitantemente.

O paradoxo apresenta-se em duas proposições. Primeiro: ambos os critérios devem ser satisfeitos. Segundo: os dois critérios de justiça são naturalmente opostos. Ou seja, são inatingíveis em concomitância. Assim, embora tenhamos a ambição de que uma sociedade justa possa satisfazer as condições essenciais da justiça do presente e da justiça do futuro, vivemos em um mundo que nos obriga a escolher entre uma delas.

A observação de Scott é irrepreensível. Seu ceticismo é, no entanto, demasiado. Conquanto seja certo que ambas as demandas não podem ser satisfeitas ao mesmo tempo, parece exagerado afirmar que devemos escolher uma delas – e abdicar da outra.

A questão é determinar o balanço entre as exigências de racionalidade do sistema legal e as impossibilidades fomentadas pela complexidade moderna. Isto não significa buscar resolver o paradoxo. Há muito, as teorias jurídicas têm se empenhado nessa missão – mesmo que inconscientemente – sem grande sucesso. Ainda hoje o pensamento dominante busca resolver esta equação apresentando apenas duas perspectivas. Por um lado, existem aqueles que se focam no eixo da justiça e pregam a ‘livre interpretação do direito’, a ‘análise crítica da lei’ ou qualquer outro engodo retórico que busque legitimar sua pretensão, que não raras vezes está – explícita ou implicitamente – vinculada a uma narrativa social que se pretende hegemônica e procura converter o discurso jurídico em seu favor. Por outro lado, estão aqueles que pregam a cega aplicação das leis, argumentando que a missão de fazer justiça incumbe exclusivamente ao legislador. Nossa ambição é significativamente distinta destas duas hipóteses. É que diferentemente delas não procuramos resolver o paradoxo, por intermédio de uma solução simplificacionista, a qual possamos recorrer a todos os momentos em que confrontados com questões de direito e justiça. E, diferentemente dos céticos, também estamos dispostos a declarar a falência do sistema legal e abdicar de suas pretensões, pois estamos cientes de que isto significaria, em última análise, adotar a primeira posição de maneira ainda mais radical. Nosso objetivo é procurar – certamente não neste breve ensaio, mas em

um contínuo e duradouro esforço conjunto – uma terceira opção. Uma opção que não negue os efeitos da complexidade sobre o direito. Não negue o paradoxo da justiça. Não assuma o solipsismo jurídico. E também não se converta em nome de um discurso de pretensão hegemônica disfarçado. Nossa proposta, a qual apresentamos agora em breves comentários, consiste em aceitar o paradigma da complexidade e seus desafios epistemológicos e buscar uma maneira de conciliar os pressupostos da modernidade – que, em si, se apresenta de maneira paradoxal – com as ambições do sistema legal e dos ideais de justiça.

#### 4 CONCLUSÃO

O mundo ao qual somos lançados em nosso nascimento é desacompanhado de ordem ontológica prévia. Cabe ao humano ordená-lo e compreendê-lo. O processo não é, contudo, tão simples. Demora algum tempo até adquirirmos a consciência de que o mundo independe da nossa existência. E, mais tempo ainda, para compreender que o mundo que imaginamos é distinto daquele descrito por nossos pares; embora exista, inequivocamente, apenas um único mundo físico, ao qual nenhum de nós tem pleno acesso. É diante deste contexto que nasce a linguagem – se é que se pode definir um marco ao seu surgimento. A linguagem tem a pretensão de transmitir a nossa versão de mundo aos nossos concidadãos mundanos. Mostrarmos a eles a nossa parcela de realidade. Explicarmos o que sentimos. Compreendermos aquilo que eles desejam nos contar. Adquirirmos conhecimentos que nos são transmitidos. A linguagem é, neste contexto, uma redução do mundo. Uma simplificação de fenômenos em símbolos. Uma ordenação da desordem. Em razão dela, aquilo que era pura aleatoriedade caótica, espalhada em um universo sem qualquer ordem, pode agora ser expresso por um conjunto de simbólicos. Um conjunto muitíssimo vasto é verdade. Mas, ainda assim, com inequívoca contingência. A contingência da linguagem, é a primeira redução de complexidade que conhecemos. É a primeira ordenação de desordem. A primeira tentativa de racionalidade da vida. Não fosse a linguagem a vida humana seria impossível. Entretanto, ainda em seu primeiro ato, o projeto de racionalidade, ordenação e contingência começa a mostrar suas fragilidades diante da magnitude mundana. Os símbolos linguísticos, ainda que reduções do mundo, são capazes de produzir incontáveis combinações e sentidos denotativos. São demasiadamente complexos às nossas capacidades de racionalização e ordenação. E, por esta razão, a comunicação é, invariavelmente, orientada ao desentendimento intersubjetivo. Afinal, conquanto possamos compreender aquilo que nossos pares desejam transmitir, dificilmente nossas ideias serão idênticas, dado que, em razão de distintas percepções de uma realidade que não possui critérios de organização, nossos contextos interpretativos jamais serão exatamente iguais.

É aqui que surge a justiça! Ela é a tentativa de transmitirmos, compreendermos e explicarmos aquilo que consideramos correto. Ainda que tenhamos consciência de que a linguagem jamais será inequívoca e,

invariavelmente, levantará problemáticas de compreensão intersubjetiva, desejamos contar aos demais humanos aquilo que acreditamos ser certo. E, por esta razão, destinamos uma porção de nossas possibilidades comunicacionais ao tema da justiça. Eis, então, uma nova pretensão de ordenação da desordem. Uma nova tentativa de racionalização. Uma segunda contingência. Circunscritos por um código linguístico e simbólico do qual compartilhamos, fomentamos debates sobre aquilo que gostaríamos fosse considerado comportamento ideal por nossa comunidade. O problema é que este segundo nível de contingência implica em novos desafios. Embora seu ambiente seja, em alguma medida mais reduzido – uma vez que, ainda que ínfima, há, no horizonte, a redução de complexidade promovida pela linguagem – ainda assim, há muito terreno para discordâncias e possibilidade. Ou seja, ainda há muita complexidade. E daí que não conseguimos descrever a justiça de maneira inequívoca. Um pouco em razão não compreendemos o mundo de maneira idêntica. Outro pouco porque a linguagem jamais será inequívoca. E ainda outra parcela por conta das distintas possibilidades valorativas que cada um de nós atribui a cada conceito. Este é o ponto próprio da justiça. Em um mundo desacompanhado de critérios ontológicos, a justiça é, sobretudo, uma pretensão deontológica valorativa. E daí que o problema é, mais uma vez, a comunhão de perspectivas. Até agora tratávamos, fundamentalmente, de critérios ontológicos e, ainda assim, reconhecíamos a dificuldade de consensos quanto ao mundo fático. A ambição é, ainda mais, árdua quando tratamos de valores. Neste ponto, retornamos a escala zero, em certa medida. Assim como na interpretação do mundo, não há qualquer orientação prévia, novamente, estamos à mercê de perspectivas distintas, sem filtro anterior. Obviamente, as interpretações e criações de ideais jamais serão completamente deslocadas de nossa realidade vivida, observada ou narrada. A inspiração virá de algum lugar. E daí que somos, invariavelmente, histórica e culturalmente influenciados e delimitados, em nossos pensamentos axiológicos. Contudo, em que pese esta fronteira, ainda há demasiadas possibilidades. Os limites impostos por nossas tradições são demasiadamente frágeis, em razão de que, na sociedade moderna, as experiências são excessivamente fragmentadas e distintas para impor limites rígidos em nossos pensamentos axiológicos, sobretudo quando estes são desacompanhados de critérios positivos. Afinal, seria demais exigir que dois brasileiros, um criado com

as melhores oportunidades e caprichos oferecidos pelo mercado e outro crescido em meio a pobreza absoluta e destituído de qualquer direito básico – quiçá ‘privilégios’ – possam comungar de idêntico critério valorativo. Surge aí nosso problema: a justiça, embora uma tentativa de redução de complexidade, racionalização e organização no seio da linguagem – que é, ela também, uma tentativa destes mesmos ideais em face ao mundo – é, ainda assim, demasiadamente complexa às suas pretensões. As inúmeras possibilidades da sociedade moderna são demasiadas aos projetos de justiça, que acabam por perde-se em uma miscelânea axiológica desacompanhada de consenso. Começa, então, a surgir um paradoxo: a justiça mostra-se demasiadamente complexa às exigências de racionalidade da sociedade moderna; por outro lado, os limites da racionalidade são insuficientes à complexidade dos ideais de justiça.

Daí o direito. Uma redução de complexidade terceira ordem. Uma nova tentativa de racionalização. Uma nova ordem da desordem. Ou, melhor dizendo, uma tentativa de ordem da organização caótica dos ideais de justiça; que, por sua vez, desejavam organizar o caos da linguagem; que ambicionava organizar a desordem do mundo. O direito procura trazer racionalidade e operacionalidade à justiça. Esta mostra-se insuficiente às exigências da sociedade moderna, pois carece de mecanismos que permitam-nos comungar de idêntico paradigma. O direito vem a suprir esta ausência. Por intermédio de leis positivas, o sistema legal fornece alicerces para que todos possam partilhar de idêntico ponto de partida em suas observações. Ao contrário da justiça, no direito é possível prever o comportamento dos demais, uma vez que a lei é, a *priori*, a medida de comportamento de toda a sociedade. É possível projetar uma expectativa em torno do cumprimento da lei. Nesta perspectiva, o direito racionaliza, então, a justiça em face às exigências da sociedade. O problema é que esta pretensão de racionalidade, ordenação e redução afasta o próprio direito de seu objetivo inicial, a justiça. É que, em nome de sua racionalidade, o sistema legal é forçado a escolher alguns ideais de justiça, dentre outros argumentavelmente justos. E a questão é que não há consenso quanto ao que é a justiça e, tampouco, quanto aos ideais de justiça que serão selecionados. Neste contexto, a medida em que o direito caminha em direção à racionalidade, ele torna-se, também, mais e mais injusto. É que alguns ideais de justiça são satisfeitos; outros tantos não. E, sob

a perspectiva destes, o sistema legal é promotor de injustiça e não instrumento em favor do justo. Tem-se, assim, um novo paradoxo: duas pretensões contraditórias no bojo do próprio sistema legal. Por um lado, a sociedade exige racionalidade do sistema legal. E tal requisito implica reduzir complexidade. É que racionalidade demanda ordem. E ordem exige seleção. E seleção nada mais é do que a forçosa necessidade de reduzir complexidade. Tais preceitos significam, por outro lado, renúncias. Renúncias de ideais de justiça que não serão satisfeitos pelo sistema legal. E, portanto, terão no direito um instrumento de injustiça. Daí o paradoxo de duas pretensões contrárias e concomitantes. Exigir racionalidade implica em afastar o direito da justiça. Não da justiça idealizada, projetada por cada um de nós. Não do conto de perfeição harmoniosa. Mas da justiça terrena! A justiça que sabe se tratar de um critério não inequívoco. Não compartilhado. Em que atender a perspectiva de um, significa negar a perspectiva de tantos outros. Enfim... Justiça e racionalidade jurídica estão em polos distintos e opostos. E a medida em que buscamos – desde a linguagem, passando pela justiça e chegando ao direito – solucionar um conflito, apenas aprofundamos nossa angústia. Ao mesmo tempo em que exige racionalidade, a modernidade impõe, também, excessiva complexidade aos seus projetos. Duas ambições contrárias. E que jamais encontram perfeita correspondência em suas ambições. Assim, a cada tentativa de ordenação da desordem – ou melhor: da ordenação caótica, pois desordem *pura* há apenas no mundo – o paradoxo é estendido há uma nova dimensão. Projetado a um novo horizonte, ainda mais afastado daquilo que deu início ao paradoxo, à complexidade e à tentativa de racionalização.

Diante deste contexto o problema parece desvelar-se: o paradoxo é inerente a própria modernidade. Ela projeta este conflito ao direito e à justiça. Eis a angústia: uma permanente tentativa frustrada de organização da desordem. Uma tensão essencial entre ordem e desordem; racionalidade e incerteza; contingência e possibilidades; expectativas e pluralidades; liberdades e regulamentações.

A modernidade segue, então, um ciclo de racionalizações que jamais chega a lugar algum. Justiça e direito são reflexos desta modernidade contraditória. A medida em que o direito busca racionalidade ele afasta-se da complexidade dos ideais de justiça. Entretanto, quando caminha em direção à



justiça é sua racionalidade que lhe escapa. Um paradoxo insolúvel e indissociável de sua tensão existencial. A ambição de racionalizar e reduzir a complexidade da justiça e seus distintos ideais argumentativos leva o direito a, paradoxalmente, afastar da própria justiça, pois, diante da inexistência de um ideal axiológico consensual, a ênfase atribuída a qualquer um deles não significaria justiça, mas apenas um desvio em favor de uma pretensão hegemônica, que não reconhece as diferenças culturais da modernidade. Em contrapartida, a incessante busca por justiça esvaziaria completamente o direito, uma vez que corromperia o código de legalidade sob o qual o sistema legal se legitima. E, assim, igualmente permitiria uma distorção, em favor de ideais de justiça com pretensão hegemônica, pois a definição do justo estaria simplesmente à mercê do subjetivismo daquele que detém o poder para decidir em nome alheio.

Justiça e racionalidade tornam-se, na sociedade moderna, ambições irrealizáveis. Projeções do impossível. E, diante das possibilidades atuais, não parece existir qualquer solução à problemática. Sobra-nos uma constatação e um desafio: devemos aceitar e incorporar a complexidade. Ela é reflexo de nosso modo de vida. Ela é a maneira como nos relacionamos. A aceitação da complexidade não significa renunciar à justiça ou à racionalidade. Ao contrário, significa fomentá-las. Entretanto, a mudança em nossa compreensão passa fundamentalmente pela remodelação de nossas instituições jurídicas. É provável que em nenhuma outra área do saber – em especial do conhecimento social – o paradigma da simplificação e do reducionismo tenha se instaurado de maneira tão significativa quanto se fez no direito.<sup>83</sup> Não por outra razão nossos Tribunais não dão conta de suas excessivas e magnânimas demandas. Nossas instituições de ensino não suportam o fluxo de alunos e a quantidade de matéria.<sup>84</sup> Nossa legislação é hipertrófica, extravagante e, em muito, contraditória ou meramente simbólica.<sup>85</sup> Nossos presídios não suportam nossa política de encarceramento em massa.<sup>86</sup> Nosso sistema político e legal se mostra

---

<sup>83</sup> RUHL, J. B. *Op. Cit.*, p. 853; 859.

<sup>84</sup> SCOTT, Robert E. *Op. Cit.*, p. 329.

<sup>85</sup> NEVES, Marcelo. **Constitucionalização Simbólica**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, p. 42-50; 165-170.

<sup>86</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas – a perda de legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de

frágil às pretensões hipertróficas e expansionistas dos mercados financeiros, das amizades, dos parentescos e tantas outras influências que corrompem nossas premissas de integridade.<sup>87</sup> Enfim, ao que tudo indica não há resposta ao problema da racionalidade e justiça na sociedade moderna. A possibilidade de racionalização é o que legitima nosso sistema legal e político. E, portanto, não devemos desistir da racionalidade ou, tampouco negar a complexidade inerente ao nosso modo de vida. Devemos saber que direito e justiça exigem, ao menos, um mínimo de racionalidade. Contudo, a racionalidade está fragilizada. O que não significa que deva ser absolutamente abandonada. Devemos aceitar os desafios da modernidade e estarmos dispostos a remodelar nossas antigas fundações e nosso pensamento. Assim, o fardo do jurista é saber que o direito possui erros, mas não podemos escrever uma nova lei para cada situação de inconsistência ou injustiça que possamos imaginar.<sup>88</sup>

---

Janeiro: Renavan, 2012. Ver também o documentário 13th (13ª Emenda), dirigido por Ava DuVerney, sobre a política de encarceramento em massa nos Estados Unidos.

<sup>87</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis...** *Op. Cit.*, p 11-18; 26.

<sup>88</sup> SCOTT, Robert E. *Op. Cit.*, p. 329.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra; CADEMARTORI, Luiz Henrique. **A Coerência do Sistema Jurídico em Luhmann: uma proposta ao fechamento operacional e à abertura cognitiva da decisão judicial**. In Revista Sequência, n. 62, 2011.
- BLOOR, David. **Conhecimento e Imaginário Social**. Tradução de Marcelo do Amaral Pena-Forte. São Paulo: Unesp, 2009.
- BYRNE, David S. **Complexity Theory and the Social Sciences – an introduction**. Londres: Routledge, 2001.
- CRUZ, Flávio Antônio. **O confronto entre o concurso formal de crimes e o concurso aparente de normas penais no direito brasileiro: revisão crítica sob os influxos de uma hermenêutica emancipatória**. Tese de doutoramento apresentada ao programa de pós-graduação da UFPR, 2014.
- \_\_\_\_\_. **Epistemologia, Hermenêutica Constitucional e proporcionalidade: um ensaio**. In Direito Constitucional Brasileiro, Vol. 1. Clèmerson M. Clève (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- DERRIDA, Jacques. **Força de Lei – O Fundamento Místico da Autoridade**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DUSSEL, Enrique. **A Ética da Libertação – na idade da globalização e da exclusão**. 4. ed. Tradução de Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Classen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2012.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Uma Questão de Princípios**. Tradução de Luis Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FALCON Y TELLA, Maria José. **La desobediencia civil**. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- FOLLONI, André. **Introdução à Teoria da Complexidade**. Curitiba: Juruá, 2016.
- GOLDSTEIN, Rebecca. **Incompletude – a demonstração e o paradoxo de Kurt Gödel**. Tradução de David Gaspar. Lisboa: Gradiva, 2009.
- GUEDES, Neviton. **O criador de cabras, a nossa soberba e os muitos tons da justiça**. 2014.

GULLAR, Ferreira. **Desordem**. In Em Alguma Parte Alguma. Rio de Janeiro: José Olympio, 2013.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabis, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Moral**. Tradução de Sandra Lippert. Lisboa: Editora Piaget, 2014.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Agir Comunicativo**. Vol. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneicheler. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. 5. ed. Tradução de António Ulisses Cortes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2014.

LEVINAS, Emmanuel. **Totalidade e Infinito – ensaio sobre a exterioridade**. 3. ed. Tradução de José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Vol. I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

\_\_\_\_\_. **The Third Question: The Creative Use of Paradoxes**. In Law and Legal History. In Journal of Law and Society, Vol. 15, n. 2. Cardiff University, 1988.

\_\_\_\_\_. **A Improbabilidade da Comunicação**. Tradução de Anabela Carvalho. Lisboa: Veja Passagens, 1992.

\_\_\_\_\_. **Complejidad y modernidad – de la unidad a la diferencia**. Tradução de Josteo Berriain e José Maria Garcia Blanco. Madrid: Trotta, 1998.

\_\_\_\_\_. **El Derecho de la Sociedad**. Tradução de João Protásio Farias Domingues de Vargas. Edição: Juliana Neunschwander de Magalhães e Leticia Godinho, 2002.

LUTHER KING JR., Martin. **Why we Can't Wait**. New York: Penguin Books, 1964.

LYOTARD, Jean- François. **A Condição Pós-Moderna**. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. 15. ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 2013.

MONK, Ray. **Bertrand Russell – matemática: sonhos e pesadelos**. Tradução de Luiz Henrique de A. Dutra. São Paulo: Unesp, 2000.

MORIN, Edgar. **Introdução ao Pensamento Complexo**. Tradução de Dulce Matos. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

\_\_\_\_\_. **Constitucionalização Simbólica**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes.

\_\_\_\_\_. **Entre Hidra e Hércules – princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2014

PLATÃO. **Menon**. Tradução de Ernesto Rodrigues Gomes. Lisboa: Colibri, 1992.

POPPER, Karl. **A Sociedade Aberta e Seus Inimigos**. Vol. I. 3. ed. Tradução de Milton Amado. São Paulo: Editora Itatiaia Ltda., 1998.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 5. ed. Tradução Prof. L. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1974.

RASCH, Willian. **Niklas Luhmann's Modernity – The Paradoxes of Differentiation**. Stanford: Stanford University Press, 2000

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RUHL, J. B. **Complexity Theory as a Paradigm for the Dynamical Law-and-Society System: A Wake-Up Call for Legal Reductionism and the Modern Administrative State**. *In Duke Law Journal*, Vol. 45, n. 5, 1996.

SCHIRMER, Mário Henrique Gebran. **Desobediência Civil – os limites da oposição à lei**. *In Direito e Práxis – UERJ*. Rio de Janeiro, Vol. 07, n. 15, 2016.

SCOTT, Robert E. **Chaos Theory and Justice Paradox**. *In Willian & Mary Law Review*. Vol 35. 1993.

SHAPIRO, Ian. **Os fundamentos morais da política**. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

THOREAU, Henry David. **A Desobediência Civil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio. **La desobediencia civil en el estado constitucional democrático**. Madrid: Marçal Pons, 1999.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **O Livro Azul**. Tradução de Jorge Mendes. Lisboa: Edições 70, 2013.

\_\_\_\_\_. **Tratado Lógico- Filosófico \* Investigações Filosóficas**. 3. ed. Tradução de M. S. Lourenço. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2014.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando; GONÇALVES, Guilherme Leite. **Teoria dos Sistemas Sociais – Direito e Sociedade na Obra de Niklas Luhmann**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas – a perda de legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Renavan, 2012.