

TRANSCONSTITUCIONALISMO: RACIONALIDADE TRANSVERSAL E LAW & ECONOMICS

TRANSCONSTITUTIONALISM: TRANSVERSE RATIONALITY AND LAW & ECONOMICS

Mauricio Salvadori Carvalho de Oliveira¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 O sistema jurídico e a emergência do Constitucionalismo; 2 Transconstitucionalismo, Por um Direito Comum e Government Networks; 3 Racionalidade Transversal ou Comércio dos Juízes? 4 Racionalidade transversal e a Law & Economics no plano reflexivo da estrutura normativa; Considerações Finais; Referência das Fontes Citadas.

RESUMO

Este artigo tem por objeto a aproximação com a teoria dos sistemas para identificar, no plano reflexivo da estrutura normativa, o fenômeno do Transconstitucionalismo, especialmente o “comércio” entre juízes mediante a análise da racionalidade transversal. Para esse fim, percorre-se os caminhos das diferentes doutrinas, Transconstitucionalismo – Marcelo Neves -, Por um Direito Comum – Delmas-Marty - e Government Networks – Slaughter - para identificar as diferentes proposições doutrinárias voltadas para um novo ordenamento jurídico mundial e, por fim, incursionarmos na análise da irritação no sistema jurídico pelo sistema econômico. Neste artigo, utilizou-se, o método analítico-descritivo. Os dados foram coletados pela técnica do referente, fichamento e conceitos operacionais e no seu tratamento foi empregado o método cartesiano; e ainda, o texto final é apresentado sob a moldura do referente proposto e da pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Jurídico; Transconstitucionalismo; Racionalidade Transversal; Law & Economics.

ABSTRACT

This article aims an approach with the systems theory to identify, on the reflexive plan of the normative structure, the Transconstitucionalism phenomena,

¹ Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI - Itajaí/SC. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Advogado. E-mail: mauriciosalvadori@gmail.com.

specially the “commerce” among judges by the transversal rationality analysis. For this purpose, we go through the patches of the different doctrines, Transconstitucionalism – Marcelo Neves -, For a Common Right – Delmas-Marty – and Government Networks – Slaughter – to identify the different doctrinal propositions directed to a new world juridical planning and, at last to raid on irritancy on the juridical system by the economic system. In this article, it was used de descriptive-analytic method. The data was collected by the referent technique, book report and operational concepts and on its handling it was employed the cartesian method; and yet, the final text is presented under the referent frame proposed and of bibliographical research.

KEYWORDS: Systems; Transconstitucionalism; Transverse Rationality; Law & Economics.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objeto a aproximação com a teoria dos sistemas e os efeitos decorrentes da globalização a partir de KANT. A ideia de sistema jurídico que pretendemos abordar, para estabelecer o diálogo entre a racionalidade transversal e a Law & Economics, ainda está vinculada a Teoria do Estado. Consistindo, o escopo deste trabalho na demonstração de que a emergência do Constitucionalismo está muito mais voltada, para explicar o modo de comunicação entre sistemas ou ordenamentos jurídicos diversos, ainda vinculados à Teoria do Estado e, conseqüentemente, fechados, do que para defender a existência de um ordenamento jurídico mundial transnacional.

Analisar-se-á a “relação entre ordens jurídicas diversas”, considerando a ideia “*arquitectónica*” de KANT, porque nos permite discorrer com mais tranquilidade sobre o Transconstitucionalismo e a racionalidade transversal. Diferentemente da formação de uma nova ordem jurídica mundial em torno de um tronco comum ou de um “universalismo por extensão”.

Trata-se de abordar o fenômeno do Transconstitucionalismo, como proposta de comunicação transversal entre os diversos sistemas jurídicos, respeitando seus limites e possibilidades, por meio da racionalidade transversal. Pois, esse mecanismo de comunicação - intensificação dos intercâmbios entre juízes e tribunais – intersistêmica, abre o sistema a outras ordens jurídicas do mesmo

tipo ou de espécies diversas, donde, este espaço de comunicação formal e informal, possibilita o pareamento estrutural com o sistema econômico por meio da adaptação das expectativas normativas pela jurisprudência.

Neste artigo, utilizou-se, o método analítico-descritivo. Os dados foram coletados pela técnica do referente, fichamento e conceitos operacionais e no seu tratamento foi empregado o método cartesiano; e ainda, o texto final é apresentado sob a moldura do referente proposto e da pesquisa bibliográfica.

1 O SISTEMA JURÍDICO E A EMERGÊNCIA DO CONSTITUCIONALISMO²

Com efeito, a ideia a ser exposta neste tópico tem na centralidade o sistema jurídico e os efeitos decorrentes da globalização e, para este mister, iniciamos a abordagem a partir de KANT para dizer que este autor entende por sistema "a unidade de conhecimentos diversos sob uma ideia"³. No qual,

a unidade do fim a que se reportam todas as partes, ao mesmo tempo que se reportam umas às outras na ideia desse fim, faz com que cada parte não possa faltar no conhecimento das restantes e que não possa ter lugar nenhuma adição accidental, ou nenhuma grandeza indeterminada da perfeição, que não tenha os seus limites determinados *a priori*⁴.

Ou seja, o todo constitui um sistema organizado que pode crescer internamente, mas não externamente, impondo uma racionalidade tradicional, ou na metáfora do próprio autor,

² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. "O constitucionalismo apresenta-se inicialmente como semântica político-jurídica que reflete a pressão estrutural por diferenciação entre política e direito no âmbito da emergente sociedade multicêntrica da modernidade. Mas a semântica constitucionalista reagiu construtivamente no plano das estruturas, servindo como "ideologia" revolucionária para o surgimento das Constituições como artefatos possibilitadores e asseguradores da diferença entre sistemas político e jurídico". (p.53).

³ KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de: Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. Título original: Kritik Der Reinen Vernunft, p. 657.

⁴ KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**, p.657.

tal como um corpo de um animal, cujo crescimento não acrescenta nenhum membro, mas, sem alterar a proporção, torna cada um deles mais forte e mais apropriado aos seus fins⁵.

Isso porque, todas as ideias articuladas a partir de conceitos confluídos encontram-se harmoniosamente unidos entre si num determinado sistema de conhecimento, supondo a ideia de "ordenação" e "unidade". Daí a razão para qual entendemos que KELSEN, inspirado em KANT⁶, teoriza sobre a ordem jurídica⁷, em forma piramidal, hierarquizada e linear, vinculado a Teoria do Estado, cuja normatividade é imposta pela coerção. Modo pelo qual, uma norma fundamental assegura a unidade e validade do conjunto/sistema⁸.

Todavia no Constitucionalismo Contemporâneo, essa forma de "unidade de conhecimentos", no qual só lhe era admitido crescer e modificar-se internamente, ganha novas formas e contornos, na medida em que se propõem formas de extensão/propagação do Direito para além das fronteiras do Estado-nação, ligadas ou não a Teoria do Estado.

Em tempos hodiernos, de globalização⁹, de mundialização¹⁰ e de transnacionalização¹¹, onde, jurídico, político, social e econômico estão

⁵ KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**, p.657.

⁶ KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. "Entendo assim por doutrina transcendental do método a determinação das condições formais de um sistema completo da razão pura". (p. 575). "Ora, um conceito *a priori* (um conceito não empírico) ou contém já em si uma intuição pura, e neste caso pode ser construído, ou então nada contém a não ser a síntese de intuições possíveis que não são dadas *a priori*, e então, por intermédio desse conceito, pode-se bem julgar sinteticamente e *a priori*, mas apenas se julgará discursivamente, segundo conceitos, e nunca intuitivamente, pela construção do conceito". (p. 584).

⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: João Batista Machado. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Título original: *Reine Rechtslehre*. "Uma "ordem" é um sistema de normas cuja unidade é construída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é - como veremos - uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. Uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem". (p. 33).

⁸ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Traduzido por: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.85.

⁹ ROSA, Alexandre M. da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. 2ª ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Remete-nos a: "AVELÃS NUNES, Antônio José.

entrelaçados na mesma esfera social, ganha relevo, no Constitucionalismo Contemporâneo, a discussão acerca da emergência de um Ordenamento Jurídico Mundial e a discussão passa então a ser qual o mecanismo, ordem ou unidade de conhecimentos que regerá o direito globalizado.

Assim, se por um lado, a Teoria do Direito permanecer vinculada a Teoria do Estado se falarão na criação de um direito comum em torno de valores¹² consensuados ou, simplesmente, da comunicação entre sistemas jurídicos diversos ou da propagação deste para além das fronteiras do Estado-nação, seguindo a ideia sistêmica do direito.

Por outro lado, se a Teoria do Direito apartar-se da Teoria do Estado, conforme propõe GUNTHER TEUBNER, uma nova ordem mundial será construída por meio da propagação do Estado e política para além das suas fronteiras, tratando sua proposta de um pluralismo jurídico transnacional¹³ ou, ainda, da Teoria sistêmica de LUHMANN. Ou seja, com o propósito de tratar de um "ordenamento jurídico mundial transnacional", podendo-se dizer, o equivalente a um sistema mundial "com autonomia relativa diante do Estado-nação"¹⁴, porquanto desvinculado da

Neoliberalismo e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; FALK, Richard. **Globalização Predatória: uma crítica.** Trad. Rogério Alves. Lisboa. Instituto Piaget, 2001". Nota de rodapé 12. p.7.

¹⁰ GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os Juízes na Mundialização: a nova revolução do Direito.** Tradução de: Rogério Alves. 1ª ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2006. Título original: *Les juges dans la mondialisation*. "Tendo-se alargado no espaço, ela já não consiste unicamente em resolver diferendos entre vizinhos mas essencialmente em organizar a circulação de bens, capitais e informações entre continentes. Isto deve-se ao fato de o estabelecimento generalizado de relações entre espaços econômicos, sociais e culturais, para o bem e para o mal, exigir regras ou, no mínimo, formalidades e trâmites que garantam a segurança dos novos fluxos de transações e cubram os riscos que estes geram. Esta é a dimensão funcional da mundialização do direito". (p.8).

¹¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo.** "... ordens jurídicas transnacionais em sentido estrito, ou seja,(...) ordens normativas que são construídas primariamente não por Estados ou a partir de Estados, mas sim por atores ou organizações privados ou quase públicos". (p.187).

¹² DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum.** "... os direitos do homem propõem os primeiros elementos de um contexto jurídico comum. Comum às diferentes categorias jurídicas. Comum também – já – a diferentes sistemas de direito". (p.194).

¹³ TEUBNER, Gunther. **A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional.** Impulso, n.14, v.33, p-9-31, 2003. ([HTTP://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp33art01.pdf](http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp33art01.pdf)). Acessado em: 17/07/2012.

¹⁴ TEUBNER, Gunther. **A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional,** p. 11.

Teoria do Estado, cujo meio de ação ocorre “por processos pelos quais o direito é acoplado a discursos sociais altamente especializados e politizados”¹⁵.

Para este fim, defende TEUBNER três teses:

1. O direito global só pode ser interpretado adequadamente por meio de uma teoria do pluralismo jurídico e de uma teoria das fontes do direito, correspondentemente concebida em termos pluralistas.
2. O direito global (não: “inter-nacional”), nesse sentido, é um ordenamento jurídico *sui generis* que não pode ser avaliado segundo os critérios de aferição de sistemas jurídicos nacionais.
3. A relativa distância à política internacional e ao direito internacional não preservará o “direito mundial sem Estado” de uma repolitização¹⁶.

Parte dessas três teses, para expor que o Pluralismo Jurídico deslocou seu foco para “as formas jurídicas de diferentes comunidades étnicas, culturais e religiosas no âmbito do Estado-nação da idade moderna”¹⁷, o que admitimos como sendo subsistemas, derivados do sistema social¹⁸. E, esses subsistemas, na atualidade, servem para a observação do “Direito Vivo”¹⁹ para ajustar o pluralismo jurídico aos “discursos e redes de comunicação”²⁰, concentrando, assim, as fontes do direito em processos espontâneos de formação

¹⁵ TEUBNER, Gunther. **A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional**, p. 11.

¹⁶ TEUBNER, Gunther. **A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional**, p. 11.

¹⁷ TEUBNER, Gunther. **A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional**, p. 11.

¹⁸ LUHMANN, Niklas. **Sistemi Sociali. Fondamenti di una Teoria Generali**. Bolonha: Il Mulino, 1990. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.27.

¹⁹ EHRlich, Eugen apud. TEUBNER, Gunther. **A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional**, p.10.

²⁰ TEUBNER, Gunther. **A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional**, p.14.

independentemente do Estado, ou seja, em “redes especializadas, formalmente organizadas e funcionais”²¹, como no funcional estruturalismo de LUHMANN²².

Assim, se por um lado e, na concepção de pluralismo jurídico de TEUBNER, o direito global possui pouco respaldo político/institucional, por outro, “está estreitamente acoplado a processos sociais e econômicos dos quais recebe os seus impulsos mais essenciais”²³ e sua reconstrução, “como atos jurídicos globais solapa o caráter apolítico do direito global e fornece dessarte o fundamento da sua repolitização”²⁴. Podendo-se dizer, se auto-reproduz, se equiparando a autopoiesis²⁵ da teoria do sistema de LUHMANN.

Com efeito, TEUBNER, sustenta que a repolitização ocorrerá por meio dos “processos nos quais o direito mundial se “acopla estruturalmente” a discursos altamente especializados, isolados”²⁶, desenvolvidos a partir das periferias sociais e das zonas de contato com outros sistemas, por meio de “processos globalizadores fragmentados da sociedade civil em relativa independência política”²⁷.

²¹ TEUBNER, Gunther. **A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional**, p.14.

²² ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. “A estrutura não é mais o eixo de condição da compreensibilidade do sistema. Essa posição é ocupada pela função,...”. (p.62). “A função não é entendida somente como um efeito a se produzir, mas como um esquema de sentido regulativo que torna mais amplo o universo observação/comparação entre prestações equivalentes”. Nessa linha de raciocínio, o equifuncionalismo de Lhumann leva a uma especial sensibilidade do sistema, que, perante soluções distintas, consegue soluções equivalentes”. (p. 63).

²³ TEUBNER, Gunther. **A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional**, p.9.

²⁴ TEUBNER, Gunther. **A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional**, p. 11.

²⁵ ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito**. “Qual é a noção a partir daí que podemos ter de um sistema que é ligado ao passado e ao futuro simultaneamente, que lida com a ideia de paradoxo? Chamamos isso de *autopoiesis*. O sistema autopoietico é aquele que é simultaneamente fechado e aberto, ou seja, é um sistema que tem repetição e diferença, tendo que equacionar no seu interior esse paradoxo, que os operadores do Direito vão usar como critério para tomar decisões”. (p.38).

²⁶ TEUBNER, Gunther. **A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional**, p. 11.

²⁷ TEUBNER, Gunther. **A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional**, p. 12.

Por isso, na sua ótica, a política é ultrapassada pelos outros sistemas sociais, técnicos e frios, acoplados via comunicação discursiva. Daí a conclusão, o pluralismo jurídico é definido como a “coexistência de diferentes processos comunicativos que observam ações sociais na ótica do código binário direito/não-direito”²⁸, excluindo meras convenções sociais ou normas morais não fundamentadas neste código, que é substituído por um discurso jurídico global fundamentado no paradoxo da autovalidação, e, portanto, é um direito que se aparta do Estado-nação, sendo essa a contribuição inovadora de TEUBNER para a construção de um Pluralismo Jurídico Transnacional.

Embora tenhamos abordado a questão sobre duas miradas diversas. E, em certa medida incompatíveis. Porque a ideia de sistema jurídico que pretendemos abordar, para estabelecer o diálogo entre a racionalidade transversal e a Law & Economics, ainda está vinculada a Teoria do Estado, enquanto a outra não. No entanto, consistindo o escopo deste trabalho na demonstração de que a emergência do Constitucionalismo está muito mais voltada, para explicar o modo de comunicação entre sistemas ou ordenamentos jurídicos diversos, ainda vinculados à Teoria do Estado e conseqüentemente fechados²⁹, do que para defender a existência de um ordenamento jurídico mundial transnacional, foi necessário traçar as diferenças sob as duas perspectivas.

²⁸ TEUBNER, Gunther. **A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional**, p. 19.

²⁹ ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito**. “Unidade, autonomia, fronteiras do sistema jurídico. Tais conceitos, dito de outra forma, referem que um sistema – e não vários – permite sua autodefinição, identificando suas próprias operações na mesma proporção dos aspectos que devem ser repensados por intermédio de novas figuras da autopoiese. Ora, até então a teoria havia tentado compreender quase a totalidade dos fenômenos do Direito funcionalmente diferenciado a partir dos processos de positivação”. (p.113).

2 TRANSCONSTITUCIONALISMO, POR UM DIREITO COMUM E GOVERNMENT NETWORKS

Neste tópico analisar-se-á a “relação entre ordens jurídicas diversas”³⁰, considerando a ideia “arquitectônica”³¹ de KANT, porque para ele, “a globalização do direito é tão somente a consequência de uma codificação da política internacional”³², permitindo-nos discorrer, com mais tranquilidade, sobre o Transconstitucionalismo³³ e a racionalidade transversal.

Isso porque, na teoria Luhmanniana “as interpenetrações possibilitam apenas que cada sistema ponha reciprocamente à disposição da autoconstrução do outro complexidade desordenada, ou seja, o sistema receptor tem à sua disposição “complexidade inapreensível, portanto desordem”³⁴, excluindo, assim, a possibilidade de que um sistema coloque a disposição do outro a “complexidade preordenada” e a “própria racionalidade processada”, permitindo, apenas, a “construção de uma racionalidade transversal entre esferas autônomas de comunicação da sociedade mundial”³⁵. E, em nosso humilde entender, por essa mesma razão, a teoria do sistemismo Luhmanniano, na perspectiva deste trabalho, é incompatível com a racionalidade transversal no sistema jurídico atual, seja “porque a noção de racionalidade transversal importa um *plus* em relação à de acopamento estrutural”³⁶, seja porque “traz poucos elementos

³⁰ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, p.115.

³¹ KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. “Por architectónica entendo a arte dos sistemas”. (p. 657).

³² TEUBNER, Gunther. **A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional**, p. 12.

³³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. “O conceito aponta exatamente para o desenvolvimento de problemas jurídicos que perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas”. (p.XXII). “A pluralidade de ordens jurídicas implica, na perspectiva do transconstitucionalismo, a relação complementar entre identidade e alteridade”. (p.XXV).

³⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, p.37.

³⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, p.38.

³⁶ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, p.38.

novos as problemáticas de diferenciação funcional, mesmo que ela coloque o todo em um nível de abstração mais elevado³⁷.

Partir-se-á, então, para o seguimento desta exposição, de duas premissas extraídas da obra de MARCELO NEVES³⁸ para dialogar com os modelos de sistemas jurídicos mundiais apresentados por MIREILLE DELMAS-MARTY³⁹ e ANNE-MARIE SLAUGHTER⁴⁰, ambos vinculados a Teoria do Estado. E, encontrar possíveis respostas que emergem desta comunicação entre sistemas jurídicos como metodologia de solução dos conflitos que ultrapassam as fronteiras dos respectivos Estados, especialmente, ao final, a comunicação do sistema jurídico com o sistema econômico via racionalidade transversal.

Primeira premissa:

[...], parece-me mais frutífera uma análise que, sem desconhecer a emergência de novos atores, sistemas, "regimes" ou "redes" globais com pretensão de tomar decisões coletivamente vinculantes e produzir normas jurídicas, leve em conta que o Estado ainda é o foco fundamental da reprodução da nova ordem normativa mundial⁴¹.

Segunda premissa:

Os entrelaçamentos promotores da racionalidade transversal servem sobretudo ao intercâmbio e aprendizado recíprocos entre experiências com racionalidades diversas, importando a partilha mútua de complexidade preordenada pelos sistemas envolvidos e, portanto, compreensível para o receptor (interferência estável e concentrada no plano das estruturas)⁴².

³⁷ ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito**, p.90.

³⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**.

³⁹ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**, 2004.

⁴⁰ SLAUGHTER, Anne-Marie. **A New World Order. Princeton**. Princeton University Press, 2004. In: GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os Juizes na Mundialização**.

⁴¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, p.34.

⁴² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, p.50.

Efetuada tais considerações preliminares sobre o método empregado neste trabalho e pré- estabelecido que o escopo desta análise centra-se na comunicação entre sistemas jurídicos como metodologia de solução dos conflitos que ultrapassam as fronteiras dos respectivos Estados. Torna-se imperioso discorrermos, ainda que sucintamente, sobre a configuração do sistema jurídico vigente a partir da modernidade, até o atual deslocamento de suas linhas, mediante o fenômeno da mundialização, transnacionalização ou globalização.

Neste sentido, DELMAS-MARTY expõe que o traçado linear – piramidal – que parecia nítido e ligava hierarquicamente os diversos graus – normativos – do sistema, “estabilizados pelas coerções hierárquicas”, e escalonava as normas, “sobrepostas ou subordinadas”, uma às outras, em “superiores e inferiores”, conferindo unidade e validade do conjunto por uma norma fundamental, pressupondo uma “cadeia ininterrupta de alto à baixo da pirâmide”, deslocaram-se alterando seu traçado⁴³.

Primeiro porque a própria concepção dinâmica do sistema “reconhece aos órgãos encarregados de aplicar a lei” uma margem de criação do direito – discricionariedade -, supondo a inversão da ordem hierarquizada na cadeia normativa⁴⁴.

Segundo, por este modelo de sistema hierarquizado “não se adapta[r] bem à heterogeneidade espacial”. Ou seja, com a formação de uma nova paisagem, mediante o surgimento de fortes relações internacionais e comunitárias, como dar conta das normas internacionais em relação às normas constitucionais nacionais? Ou ainda, no caso específico da União Europeia, como “situar as normas de direito comunitário e as da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, ou da relação entre cortes constitucionais?⁴⁵

⁴³ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**, pp. 85-86.

⁴⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. “À concepção estática do sistema, ele acrescenta assim uma concepção dinâmica, que reconhece aos órgãos encarregados de aplicar a lei – os receptores da norma (mas ele [Kelsen] não emprega o termo) – uma margem que faz de cada ato de aplicação do direito um ato de criação do direito”. (p.85).

⁴⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**, p. 86.

A autora então sugere, diante desta descontinuidade do sistema, a imposição do pensamento plural – múltiplo - e a necessidade de reconhecermos a existência de outras pirâmides, todas inacabadas, mas que enredadas em si – “ligadas por anéis estranhos”⁴⁶ - ou entre si pelos novos modos de geração do direito favorecem a concepção de hierarquias alternativas na relação entre sistemas não hierarquizados e hierarquias invertidas na relação entre sistemas hierarquizados.

Conclui, diante desta descontinuidade, pela geração circular de normas, tendo o efeito de inverter os níveis normativos, fazendo com que o nível inferior participe da determinação das normas de nível superior, cujo canal – anel de ligação – de interação seja os princípios gerais do direito, tornando, ainda, a jurisprudência uma nova fonte do direito para dar vida ao “verdadeiro pluralismo jurídico”⁴⁷.

Este pensar daria margem ou lugar, simultâneo, a duas ordens jurídicas, nem totalmente independentes, nem totalmente subordinadas, mas de “controle estendido” e de uma “soberania nacional controlada”, considerando a “coordenação” que ordenaria a relação entre “ordens jurídicas parcialmente distintas”⁴⁸.

Pôde-se inferir, dos argumentos de DELMAS-MARTY, que os anéis estranhos que enredam as pirâmides inacabadas [sistemas jurídicos “abertos”] pressupõem a intensificação dos intercâmbios entre os juízes, para, numa dialética mais geral entre o universal abstrato e situações particulares e concretas, o universal, gradualmente, tomar forma e corpo visível. Sendo que, a pretensão desta

⁴⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum.** “Em vez da hierarquia contínua e linear que a imagem da pirâmide expressava, aparecem hierarquias descontínuas, como outras tantas pirâmides inacabadas, e hierarquias enredadas que formam “anéis estranhos”, retomando a imagem de Hofstadter”. (p.87).

⁴⁷ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum.** “Em última análise, quer o enredamento ligue sistemas totalmente distintos e não hierarquizados (pelo jogo de hierarquias alternativas), quer se situe no interior de sistemas já hierarquizados, unificados ou parcialmente distintos (hierarquias invertidas), ele oferece possibilidades novas e sugere a hipótese de que, para além da teoria americana da pluralidade das “esferas de justiça”, somente justapostas umas às outras, poderia existir um verdadeiro pluralismo jurídico”. (pp.110-111).

⁴⁸ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**, p.110.

dialética é produzir um “pluralismo ordenado”, evitando a ameaça de uma “ordem hegemônica ou de uma desordem impotente”⁴⁹.

Em síntese, a preocupação da autora consiste em encontrar uma coerência sistemática para o conjunto de fenômenos que definem a mundialização do direito e para isso propõe “ordenar os diversos valores em volta de um tronco comum, de um consenso conseguido pela interseção de várias perspectivas, de uma harmonização dos princípios”⁵⁰ em nome de uma ordem mundial. Entretanto, esta perspectiva preocupa-se pouco com as condições políticas e sociais para o seu sucesso, tais como, o interesse e a vontade dedicados à criação de espaços jurídicos comuns.

Daí a razão para qual fazemos coro a MARCELO NEVES para, parafraseando-o, ainda que em outro contexto, dizermos que esta pretensão normativa da sociedade mundial trata-se apenas de um projeto em perspectiva que deve ser levado a sério⁵¹.

Por outro lado, A.- M. SLAUGHTER prefigura a “nova ordem mundial” como um emaranhado de redes refletindo sobre a extensão do Estado de direito democrático para além das fronteiras do Estado-nação⁵².

Este fenômeno de expansão mundial ocorreria mediante a desarticulação dos três poderes – executivo, legislativo e judiciário – para gravá-los nesta configuração do plano mundial que denomina “redes de governo” [Government Networks], dissociando, cada um desses três poderes, da soberania nacional para associa-los aos seus homólogos estrangeiros⁵³, inscrevendo essa posição no “universalismo por extensão”⁵⁴.

⁴⁹ GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os Juízes na Mundialização**, p.10.

⁵⁰ GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os Juízes na Mundialização**, p.111.

⁵¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, p.113.

⁵² SLAUGHTER, Anne-Marie. **A New World Order. Princeton**. Princeton University Press, 2004. In: GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os Juízes na Mundialização**, p.11.

⁵³ SLAUGHTER, Anne-Marie. **A New World Order. Princeton**. Princeton University Press, 2004. In: GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os Juízes na Mundialização**, p.11.

⁵⁴ GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os Juízes na Mundialização**, p.59.

Desta forma, o transnacionalismo ou mundialização no entendimento de SLAUGHTER, pode ser compreendido “como um processo de propagação: não numa dialética da ordem e do caos, mas um alargamento progressivo que termina numa forma de cosmopolitismo”⁵⁵, federando “as solidariedades horizontais em nome de uma ordem mundial”⁵⁶. Não significando, conforme expõe GARAPON, que “pelo fato de as redes se intersectarem e estabelecerem relações entre elas que passarão a constituir um sistema e, de certa forma, conquistar a sua autonomia relativamente à esfera política”⁵⁷.

Assim, o que as duas autoras propõem de comum é a construção de uma ordem jurídica mundial que se estabeleceria por meio das comunicações entre os sistemas jurídicos e se entrelaçariam no momento da “co-determinação” das normas, ou seja, no momento da tomada das decisões pelos tribunais. E, aparentemente, o que possuem de diferente é que DELMAS-MARTY possui uma compreensão em torno valores materiais [viés substancialista], unindo esses valores em torno de um tronco comum, enquanto SLAUGHTER expõe sua tese, mediante uma visão pragmática⁵⁸, para determinar o novo direito comum pela propagação do direito, para além das fronteiras do Estado-nação, por meio da política internacional.

Mas, sem dúvida, o entrelaçamento ou o *Input* entre os sistemas jurídicos envereda não para uma nova ordem jurídica mundial, mas sim oculta inúmeros conflitos e lutas de influência dos quais “os juízes são os instrumentos de estratégias expansionistas nacionais”⁵⁹.

⁵⁵ GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os Juízes na Mundialização**, p.11.

⁵⁶ GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os Juízes na Mundialização**, p.111.

⁵⁷ GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os Juízes na Mundialização**, p.33.

⁵⁸ POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Tradução de: Evandro Ferreira e Silva. 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. Título original: *Overcoming Law*. “Não há um conceito canônico de pragmatismo. Defino-o, para começar, como uma abordagem prática e instrumental, e não essencialista: interessa-se por aquilo que funciona e é útil, e não por aquilo que “realmente” é. Portanto, olha *para a frente* e valoriza a continuidade com o passado somente na medida em que essa continuidade seja capaz de ajudar-nos a lidar com os problemas do presente e do futuro”. (...). “Aplicado ao direito, o pragmatismo trataria a decisão segundo os precedentes (a doutrina conhecida como “*stare decisis*”) como uma diretriz e não como um dever”. (pp.4-5).

⁵⁹ GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os Juízes na Mundialização**, p.11.

Com efeito, MARCELO NEVES, ao tratar de transconstitucionalismo, expõe que “o problema consiste em delinear as formas de relação entre ordens jurídicas diversas”⁶⁰, relacionamentos estes, formais e informais entre atores governamentais e não governamentais⁶¹, do que podemos supor aqui que a relação das ordens jurídicas nacionais com ordens jurídicas internacionais, supranacionais e transnacionais, ocorre quando as decisões de um são por outro levadas em conta. Este é o ponto de concordância entre estas diferentes posições doutrinárias analisadas.

Neste contexto, MARCELO NEVES discorre que

essa situação importa relações de observação mútua, no contexto da qual se desenvolvem formas de aprendizado e intercâmbio, sem que se possa definir o primado definitivo de uma das ordens, uma *ultima ratio* jurídica⁶².

Ou seja, no transconstitucionalismo, as ordens se relacionam no plano reflexivo de suas estruturas normativas que são “autovinculantes e dispõem de primazia”⁶³, porquanto as Cortes citam-se “reciprocamente não como precedente, mas como autoridade persuasiva”⁶⁴, especialmente no julgamento de *hard cases* e, não só como *obiter dictum*, mas, não rara as vezes, como a *ratio decidendi*, sem que isso implique a subordinação hierárquica de um tribunal a outro e vice-versa⁶⁵.

Assim, mediante a referência de decisões estrangeiras, os juízes e tribunais, procuram encontrar soluções e argumentos lógicos, servindo-se das jurisprudências “hospedadas”⁶⁶ como manancial de ideias e de garantia jurídica,

⁶⁰ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, p.115.

⁶¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, p.117.

⁶² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, p.117.

⁶³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, p.118.

⁶⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, p.119.

⁶⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, p.179.

⁶⁶ ROSA, Alexandre M. da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. 2ª ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. “Enfim, tomar o diálogo pela ‘hospitalidade’ de uma acolhida e não pela ‘hostilidade’ de uma rejeição, *in limine*. Este diálogo – que se inclui e exclui ao mesmo tempo – pressupõe um respeito pelos ‘limites’ (de conteúdo variável, claro) que impõem critérios diferenciados de exercício do ‘poder’”. (p.5).

na medida em que justificariam seus argumentos, na ânsia de “legitimá-los” perante as expectativas sociais.

Desta forma, os Juízes valendo-se do poder de impor uma solução as partes [*rectius: Imperium*], pondo em prática seu caráter vinculativo e, também, da capacidade de dizer os fundamentos do direito [*rectius: Jurisdictio*]⁶⁷, têm a necessidade de convencer, de impor uma decisão coerente com as normas e princípios do próprio sistema a que está inserido. Sendo, através deste canal de comunicação - “comércio entre juízes”⁶⁸, comércio no sentido de troca - entre os tribunais, especialmente os Constitucionais, que se fertiliza a ideia do transconstitucionalismo e conseqüentemente se estabelece a “relação entre ordens jurídicas diversas”⁶⁹.

Trata-se, assim,

[...] de uma contribuição decisiva para a compreensão do entrelaçamento transversal entre âmbitos de comunicação orientados primariamente conforme expectativas normativas e domínios de comunicação estruturados primariamente de acordo com expectativas cognitivas na sociedade mundial⁷⁰.

Com efeito, esse posicionamento, que é contrário - porque não tem a pretensão de formar uma nova ordem mundial - a ideia das autoras DELMAS-MARTY e SLAUGHTER, deixa-nos claro que a “formação de Constituições transversais no plano transnacional”⁷¹, constitui apenas um projeto em perspectiva que deve ser levado a sério, daí a afirmar que uma ordem jurídica global está em vias de construção é um passo desnecessário a dar, ao menos nesse momento.

⁶⁷ GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os Juízes na Mundialização**, p.44.

⁶⁸ GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os Juízes na Mundialização**. “O novo comércio entre juízes não é um espaço legislativo à revelia, mas sim um fórum informal de intercâmbios situado, na maior parte das vezes, à margem dos mecanismos institucionais”. (p.15).

⁶⁹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. “quando se trata de transconstitucionalismo. Nesse caso, o problema consiste em delinear as formas de relação entre ordens jurídicas diversas”. (p.115).

⁷⁰ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, p. 111.

⁷¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, p. 113.

Dos aspectos até aqui destacados, infere-se que o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas caracteriza-se por “ser um constitucionalismo relativo à (soluções de) problemas jurídico-constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens”⁷². Serve de modelo de entrelaçamento e se abre a uma pluralidade de perspectivas para a solução de problemas constitucionais, “adequando-se às relações entre ordens jurídicas do sistema jurídico heterárquico da sociedade mundial”⁷³. Também é clarificador da ideia de que não se pretende afirmar a existência da construção de uma ordem jurídica mundial centralizada, nos moldes de um sistema jurídico nacional, mas sim de analisar os diversos problemas e soluções comuns aos vários sistemas jurídicos que entrecruzam-se, por intermédio da referência a decisões estrangeiras, no interior⁷⁴ de um dado sistema.

Assim, a “Constituição não deve ser posta de lado pelos intérpretes-aplicadores do ordenamento constitucional”⁷⁵, pois vincula juízes e tribunais, e deve ser “reconstruída permanentemente mediante a sua interpretação e aplicação por esses mesmos concretizadores”⁷⁶ através de formas transversais de articulação, compreendendo seus próprios limites e possibilidades, para contribuir na solução dos problemas que lhes são apresentados.

Para concluir, diante do que foi exposto alhures, a ideia de MARCELO NEVES, diferentemente de DELMAS-MARTY e SLAUGHTER, não é propor a formação de uma nova ordem jurídica mundial em torno de um tronco comum ou de um “universalismo por extensão”. Mas sim, tratar do fenômeno do Transconstitucionalismo como proposta de comunicação transversal entre os diversos sistemas jurídicos, respeitando seus limites e possibilidades e seus

⁷² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, p.129.

⁷³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, p.131.

⁷⁴ ROSA, Alexandre M. da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. “Este tratamento “hospitaleiro” se dá por uma certa “tolerância” entre os discursos ([econômico] e jurídico) mediante a apresentação de suas especificidades (lugar, função, linhagem...)”. (p.5).

⁷⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. “Enquanto critério básico de autocompreensão da ordem jurídica estatal, a Constituição não deve ser posta de lado pelos intérpretes-aplicadores do ordenamento constitucional, ou melhor, por aqueles incumbidos de concretizá-lo como ordem com força normativa, especialmente pelos juízes e tribunais constitucionais”. (p. 295).

⁷⁶ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, p. 295.

entrelaçamentos. Que, necessariamente, ocorrerão mais por interesse e necessidade dos Juízes e Tribunais em encontrar soluções recíprocas para casos concretos, “conectando transversalmente os fragmentos”⁷⁷, do que por vontade política dos Estados-nação em criar uma metalinguagem universal.

3 RACIONALIDADE TRANSVERSAL OU COMÉRCIO DOS JUÍZES?

Com efeito, no primeiro tópico abordou-se a ideia sistêmica de KANT porque, como justificamos, serviu de fonte inspiradora para o sistema jurídico Kelsiano e, embora sofra críticas na atualidade, permitiu que observássemos suas deficiências e ainda constitui o modelo de sistema jurídico vigente, que preserva a estrutura do direito como ciência pura e a soberania do Estado. Permanece fortemente vinculado à Teoria do Estado e mantém-se “fechado” em sua forma piramidal, hierarquizada e linear, cuja normatividade é imposta pela coerção, assegurando a unidade e validade do conjunto/sistema por uma norma fundamental.

Essa premissa ganha relevo na medida em que

A Constituição estatal moderna surge como uma “ponte de transição” institucional entre política e direito e, assim, serve ao desenvolvimento de uma racionalidade transversal específica, que impede os efeitos destrutivos de cada um desses sistemas sobre o outro e promove o aprendizado e o intercâmbio recíproco de experiências com uma forma diversa de racionalidade⁷⁸.

Desse tratamento constitucional surgem os fenômenos da politização do direito e da juridificação da política, hipótese, que na prática constitucional passa a ser:

⁷⁷ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. “tem-se tornado lugar comum a utilização do termo “fragmentação” para designar a falta de unidade do direito na sociedade mundial do presente”. (p.289).

⁷⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, p.76.

judiciário com pretensão de ocupar o espaço da legitimação política; parlamento e governo com aspiração de serem referências para a solução de casos jurídicos – duas alternativas subcomplexas, que levam tanto à desconsideração da justiça como igualdade assegurada pelo Estado de direito quanto ao desprezo à legitimidade política fundada democraticamente⁷⁹.

Assim, os tribunais constitucionais, motivados por este paradoxo, Estado de Direito e democracia, mesmo que estejam orientados por um sistema/ordenamento jurídico “fechado”, são “impelidos pelo sentimento ou consciência crescente de um patrimônio democrático ou civilizacional comum, por determinados silêncios do direito positivo”⁸⁰, para, mediante o “comércio entre juízes”⁸¹, comércio no sentido de troca, possibilitar “à legitimação dos procedimentos constitucionalmente estabelecidos, na medida em que esses servem para reorientar as expectativas em face do direito, sobretudo daqueles que tenham suas pretensões rejeitadas por decisões jurídicas”⁸².

Estas formas de relacionamento, em que as Cortes citam-se reciprocamente, ocorrem no plano reflexivo de suas estruturas normativas, por serem autovinculantes e disporem de primazia. Assim, pode-se dizer, ocorrem “ortogonal e horizontalmente”⁸³ a partir do interior do próprio sistema jurídico na medida em que estes se comunicam por meio da decisão judicial a outro sistema jurídico não subordinado hierarquicamente.

As razões que levam os juízes a encetarem intercâmbios entre eles são múltiplas: podem, certamente, estar à procura da melhor decisão possível, mas podem, igualmente, estar a agir devido a uma preocupação com a sua reputação ou sob pressão dos seus governos para atrair

⁷⁹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, pp.76-77.

⁸⁰ GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os Juízes na Mundialização**, p.30.

⁸¹ GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os Juízes na Mundialização**. “O novo comércio entre juízes não é um espaço legislativo à revelia, mas sim um fórum informal de intercâmbios situado, na maior parte das vezes, à margem dos mecanismos institucionais”. (p.15).

⁸² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, pp.64-65.

⁸³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. “Para uma teoria do sistema multicêntrico da sociedade mundial, no âmbito do qual diversas ordens jurídicas relacionam-se ortogonal e horizontalmente, em uma pluralidade de núcleos de autofundamentação, enfrentando os mesmos problemas constitucionais”. (p. 125).

investimentos, para tornar a luta contra a insegurança interna mais eficaz (mandado de detenção) ou para apaziguar a opinião pública do país que se mostra revoltada com a inação do governo (TPI)⁸⁴

Dessa forma, a racionalidade transversal serve aos constitucionalismos estatais para abrir o sistema a outras ordens jurídicas, do mesmo tipo ou de espécies diversas⁸⁵, por meio da intensificação dos intercâmbios entre os sistemas de justiça democráticos – método do transconstitucionalismo -. Pode, no entanto, se apresentar como um novo atentado contra a soberania dos Estados⁸⁶ se não observados os limites e possibilidades internas do Sistema – sua norma fundamental asseguradora da unidade e validade do conjunto⁸⁷.

Com efeito, este espaço de comunicação formal e informal – racionalidade transversal -, está mais para uma dimensão do próprio direito interno do que para o surgimento de um novo direito uno e coerente. Que, tanto possibilita a comunicação/comércio entre ordens jurídicas quanto destas com sistemas diversos, como, por exemplo, o pareamento estrutural com o sistema econômico⁸⁸ por meio da adaptação das expectativas normativas⁸⁹ pela jurisprudência.

⁸⁴ GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os Juízes na Mundialização**, p.37.

⁸⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. “O ponto de partida do transconstitucionalismo não é a negação, mas sim a abertura dos constitucionalismos estatais para outras ordens jurídicas, seja do mesmo tipo ou de espécies diversas”. (p. 187).

⁸⁶ GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os Juízes na Mundialização**. “A intensificação dos intercâmbios entre os sistemas de justiça democráticos, que por vezes ocorre pelas constas dos governos, é frequentemente apresentada como um novo atentado contra a soberania dos Estados, definindo-se, classicamente, esta última como o maior poder, ao nível interno, e a maior independência, ao nível externo”. (p. 65).

⁸⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, p. 33.

⁸⁸ ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito**. “O sistema jurídico não é confrontado unicamente com o desafio interno de reintroduzir e de integrar à sua autopoiese as distinções, fundamentais e próprias, de sistema e de ambiente, ou, ainda, dos valores de seu código. Ele sofre mais do que as pressões que provindas de seu ambiente, ou, mais precisamente, dos sistemas que fazem parte e que emprestam seus canais de pareamentos estruturais. Essas pressões aumentam na medida em que o Direito, além de assegurar sua função, objetiva a manutenção da congruência normativa das expectativas sociais”. (p.129).

⁸⁹ ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito**. “As expectativas sociais vêm, sobretudo, em dois casos: quando, de uma parte, os consensos normativos são fortemente contestados e/ou sofrem uma evolução

4 RACIONALIDADE TRANSVERSAL E A LAW & ECONOMICS NO PLANO REFLEXIVO DA ESTRUTURA NORMATIVA

A racionalidade transversal, conforme demonstrado alhures, abre o sistema a outras ordens jurídicas, do mesmo tipo ou de espécies diversas, por meio da intensificação dos intercâmbios, no qual, este espaço de comunicação formal e informal, possibilita o "pareamento estrutural"⁹⁰ com o sistema econômico por meio da adaptação das expectativas normativas pela jurisprudência.

Quando tratamos da relação transconstitucional entre ordens jurídicas do mesmo tipo ou de espécies diversas, *v.g. Civil Law e Common Law*, as relações de *input* ou *output* pertencem a um mesmo sistema funcional guiado pelo mesmo código binário, lícito e ilícito e não implica que "os critérios internos de validade normativa de uma ou ambas as ordens sejam negados, mas sim que, à luz do problema, os conteúdos normativos se transformam no processo concretizador, possibilitando o convívio construtivo entre ordens"⁹¹.

Todavia, quando tratamos de sustentar o pareamento estrutural do sistema jurídico com o sistema econômico por meio da adaptação das expectativas normativas pela jurisprudência, de logo surge o primeiro problema a ser transposto. A diferenciação funcional⁹² de cada um desses sistemas.

acelerada; e, quando, de outra, o horizonte de expectativas, o futuro social, é, ele mesmo, opaco, não permitindo apreciar as consequências do próprio Direito em vigor". (p. 129.).

⁹⁰ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito**. "Remetemo-nos à *Verfassung*, 1990, 204,s., para um estudo esclarecedor dos pareamentos estruturais entre os sistemas políticos, jurídicos e econômicos". Nota de rodapé 57, p.129.

⁹¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, p.126.

⁹² ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito**. "Importante assinalar que a diferenciação funcional dos subsistemas sociais é dada não pela hierarquia, mas sim por sua função. A função de um sistema depende de sua diferenciação interna que é proporcionado pelo código binário. Como lembra HERRERA, Sonia E. Reyes. Análise do Sistema Educativo na perspectiva de Niklas Luhmann. *Cadernos de Sociologia*, Porto Alegre, v.10, 1999, p.90, no do sistema social encontram-se "subsistemas autônomos, funcionalmente diferenciados, que se reproduzem autopoieticamente, sendo que sua reprodução vai ser regida pela função que desempenham para o sistema social global". Nota de rodapé 78. (p. 75).

Enquanto o sistema jurídico possui o código binário lícito e ilícito o sistema econômico tem na sua funcionalidade o código "Pagamento/Não-pagamento"⁹³ e, este código, "pressupõe a exclusividade do subsistema, de tal forma que nenhum outro subsistema possa tratar a sua operatividade, preservando sua identidade quando contraposto ao sistema social e a seus demais subsistemas"⁹⁴. Daí a razão para colocarmos o problema sob a perspectiva do pareamento estrutural por meio da adaptação das expectativas⁹⁵ normativas pela jurisprudência.

Nesta mirada, a Análise Econômica do Direito (AED), assim denominado "o movimento metodológico surgido na Universidade de Chicago no início da década de 60 do século passado, o qual busca aplicar modelos e teorias da Ciência Econômica na interpretação e aplicação do Direito"⁹⁶, utiliza-se da "pragmática de custos e benefícios"⁹⁷ para parear, sincrônica e estruturalmente, os sistemas jurídico e econômico no plano reflexivo da estrutura normativa, transpondo, com esta matriz, os limites da diferenciação funcional de cada um desses sistemas.

Esta corrente metodológica adota "a ideia de que o objeto da ciência jurídica possui uma estrutura similar ao objeto da ciência econômica"⁹⁸ analisando-a a partir de três fatores: "a) a construção de um estatuto teórico específico (Coase, Becker, Calabresi e Posner, dentre outros); b) proeminência do discurso

⁹³ ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito**, p.75.

⁹⁴ ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito**, p.76.

⁹⁵ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito**. "a sociedade contemporânea adquire uma estrutura de expectativas muito mais complicada do que as sociedades de contingência simples: *a expectativa de expectativas. Para encontrar soluções bem integráveis, confiáveis, é necessário que se possa ter expectativas não só sobre o comportamento, mas sobre as próprias expectativas do outro*". (pp.76-77).

⁹⁶ ROSA, Alexandre M. da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**, p.59.

⁹⁷ ROSA, Alexandre M. da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. "O Direito foi transformado em instrumento econômico diante da mundialização do neoliberalismo. Logo, submetido a uma racionalidade diversa, manifestamente pragmática de custos e benefícios (pragmatic turn), capaz de refundar os alicerces do pensamento jurídico, não sem ranhuras democráticas". (p. 59).

⁹⁸ROSA, Alexandre M. da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**, p.60.

neoliberal; c) imbricamento entre as tradições do *civil Law* e do *common Law*⁹⁹ para transformar o direito “em uma verdadeira ciência, racional e positiva, mediante a análise e investigação do Direito de acordo com os princípios, categorias e métodos específicos do pensamento econômico”¹⁰⁰.

Busca, sob a ótica normativa, “responder dois questionamentos: a) quais os impactos das normas legais no comportamento dos sujeitos e Instituições; e b) quais as melhores normas”¹⁰¹, cujo resultado é a necessidade de uma uniformização judicial com finalidade de promover eficiência, “entendida como a melhor alocação de recursos”¹⁰², mediante a avaliação custo/benefício¹⁰³.

Trata-se, em verdade, de um processamento de *inputs* que atingem o sistema jurídico mediante a intercomunicação dos elementos do sistema econômico que não chega a causar-lhe corrupção sistêmica¹⁰⁴ “a partir do *pragmatic turn* [que] refunda a Teoria da Decisão Judicial pelo critério da riqueza”¹⁰⁵, porquanto o código função do Direito continuará sendo lícito ou ilícito e a operação do sistema continuará Direito e Não-Direito.

Todavia, esta releitura da AED, converte o Sistema Judicial em um jogo de cartas marcadas, pois sempre levará às decisões judiciais a satisfação das condições de

⁹⁹ ROSA, Alexandre M. da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**, p.60.

¹⁰⁰ ROSA, Alexandre M. da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**, pp.60-61.

¹⁰¹ ROSA, Alexandre M. da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**, p. 61.

¹⁰² ROSA, Alexandre M. da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**, p. 63.

¹⁰³ COASE, George J. Stigler *apud* POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. “(...) em um mundo onde a reorganização dos direitos estabelecidos pelo sistema jurídico implica custos, a decisão dos juízes, em casos de perturbação da paz, diz respeito, na prática, a um problema econômico e à determinação de como os recursos devem ser empregados (...). Os juízes têm consciência disso e frequentemente ponderam, embora nem sempre de forma muito explícita, o que se ganharia e o que se perderia com a proibição de atos que tenham efeitos danosos”. (p.438).

¹⁰⁴ ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito**. “O entorno provoca ressonância, ruído de fundo, mas não modifica o sistema, que se encontra imunizado em relação a tais aspectos. Portanto, a dicotomia sistema/entorno torna possível a auto-referencialidade dos sistemas”. (p.74).

¹⁰⁵ ROSA, Alexandre M. da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**, p. 64.

eficiência¹⁰⁶, a exemplo do que provoca a “súmula vinculante”, que permite, ao sistema econômico, calcular e controlar os “impactos das normas legais no comportamento dos sujeitos e Instituições” para decidir melhor a alocação de recursos.

É preciso que o Sistema Jurídico seja dotado de mecanismos eficientes para sua implementação e cumprimento, bem como punições, no caso de violação. Aí reside, pois, a funcionalidade do Sistema Judicial na manutenção dos dogmas neoliberais (propriedade privada e cumprimento dos contratos). Assim é que quanto menor for o custo (das partes e social), o tempo do processo, bem assim for potencializada a visibilidade das sanções (prevenção geral e especial, positiva e negativa), para efeito do cumprimento das normas jurídicas, mais eficiente será, do ponto de vista econômico, o Sistema Judicial¹⁰⁷.

Porém, esta sincronização sistêmica gera instabilidade ao sistema jurídico ao deslocar a linha de validade - legitimidade da decisão judicial - para eficiência - parametricidade econômica -, ao rearticular internamente o direito pela intervenção externa da economia no plano reflexivo da estrutura normativa. Ou seja, “é a desconstrução de todo esquema hierárquico de estruturação do Direito que se aprofunda, livrando-o da “hierarquia” sistêmica”¹⁰⁸.

A economia imagina o indivíduo não como “homem econômico”, mas como pragmatista; como alguém que baseia suas decisões não em custos irre recuperáveis - estes, ele os trata como águas passadas (“não chore sobre o leite derramado”) - mas nos custos e benefícios vinculados a linhas alternativas de ação que permanecem em aberto¹⁰⁹.

¹⁰⁶ ROSA, Alexandre M. da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**, “O Sistema Judicial é montado a partir de articulações metonímicas ‘guias’, a saber, das quais é muito difícil se fugir, sob pena de inconsistência narrativa e lógica. Iniciando-se (sempre) da eficiência e se tendo a prova real pelas consequências, a porta de entrada e de saída ficam condicionadas, mediante constantes correções intermediárias”. (p.82).

¹⁰⁷ ROSA, Alexandre M. da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**, p. 81.

¹⁰⁸ ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito**, p.129.

¹⁰⁹ POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**, p.16.

Com essa visão, a atuação da Análise Econômica do Direito incide tanto no plano macro do Sistema Judiciário quanto sobre a decisão judicial e, é diretamente sobre a concepção dinâmica do sistema, ou seja, sobre os órgãos encarregados de aplicar a lei, que tem uma margem de criação do direito – discricionariedade - , que impõe a releitura de “todos os conceitos jurídicos do ponto de vista econômico da eficiência (maximização da riqueza), não sem problemas democráticos”¹¹⁰. Porque altera o mapa cognitivo, ou seja, parte do modelo do sistema de conceitos usados pelo julgador para comunicar a natureza de um problema, num formato diagramático que representa as crenças, valores, preferências, experiências e sabedoria na forma como este interpreta uma determinada situação.

Por essas razões, e sem exaurir o tema, abordou-se a ideia de sistema jurídico fechado, vinculado a Teoria do Estado, orientado e assegurado por uma norma fundamental [KANT e KELSEN] para estabelecer o diálogo entre a racionalidade transversal e a Law & Economics, em razão da função criativa do direito pelos Juízes. Porque, embora na dimensão dinâmica do sistema, se possua discricionariedade para criar normas no caso concreto. Sob a perspectiva do modelo sistêmico adotado neste artigo, os Juízes estão adstritos aos limites e possibilidades da norma fundamental.

Até porque, pensar o diverso implicaria na admissão da Teoria do Direito apartada da Teoria do Estado, conforme a proposta GUNTHER TEUBNER abordada no item primeiro, por meio dos quais o direito é acoplado a discursos sociais altamente especializados, técnicos e frios, e politizados.

Com efeito, essa comunicação, racionalidade transversal, permissiva do emparelhamento estrutural, do sistema jurídico com o sistema econômico, por meio da adaptação das expectativas no plano reflexivo da estrutura normativa, ocorrerá mais por interesse e necessidade dos Juízes e Tribunais em adequar-se ao discurso neoliberal globalizado, do que por uma necessidade do Constitucionalismo Contemporâneo.

¹¹⁰ ROSA, Alexandre M. da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**, p.87.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O transconstitucionalismo serve de modelo de entrelaçamento entre ordens jurídicas e se abre a uma pluralidade de perspectivas para a solução de problemas constitucionais por meio da análise dos diversos problemas e soluções comuns aos vários sistemas jurídicos que se entrecruzam, por intermédio da referência a decisões estrangeiras, no interior de um dado sistema.

Este fenômeno apresenta-se como proposta de comunicação transversal entre os diversos sistemas jurídicos, respeitando seus limites e possibilidades e seus entrelaçamentos, que ocorrerão mais por interesse e necessidade dos Juízes, do que por vontade política dos Estados-nação em criar uma metalinguagem universal.

Dessa relação intersistêmica, surge à racionalidade transversal, servindo aos constitucionalismos estatais a abertura do sistema a outras ordens jurídicas, do mesmo tipo ou de espécies diversas. Porém, este espaço de comunicação formal e informal – racionalidade transversal -, possibilita a comunicação/comércio entre ordens jurídicas quanto destas com sistemas diversos, como, por exemplo, o pareamento estrutural com o sistema econômico por meio da adaptação das expectativas normativas pela jurisprudência.

Nesta mirada, a Análise Econômica do Direito (AED), utiliza-se da “pragmática de custos e benefícios” para parrear, sincrônica e estruturalmente, os sistemas jurídico e econômico no plano reflexivo da estrutura normativa, transpondo os limites da diferenciação funcional de cada um desses sistemas. Trata-se, em verdade, de um processamento de *inputs* que atingem o sistema jurídico mediante a intercomunicação dos elementos do sistema econômico, porquanto, o código função do Direito, continuará sendo lícito ou ilícito e a operação do sistema continuará Direito e Não-Direito.

Porém, esta sincronização sistêmica gera instabilidade ao sistema jurídico ao deslocar a linha de validade - legitimidade da decisão judicial - para eficiência -

parametricidade econômica -, ao rearticular internamente o direito pela intervenção externa da economia no plano reflexivo da estrutura normativa.

Assim, a atuação da Análise Econômica do Direito, incide tanto no plano macro do Sistema Judiciário quanto sobre a decisão judicial e, é sobre a concepção dinâmica do sistema que impõe a releitura dos conceitos jurídicos do ponto de vista econômico da eficiência (maximização da riqueza). Alterando o mapa cognitivo para comunicar a natureza de um problema e a forma como este interpreta uma determinada situação.

Com efeito, essa comunicação, racionalidade transversal, permissiva do emparelhamento estrutural, do sistema jurídico com o sistema econômico, por meio da adaptação das expectativas no plano reflexivo da estrutura normativa, ocorrerá mais por interesse e necessidade dos Juízes e Tribunais em adequar-se ao discurso neoliberal globalizado, do que por uma necessidade do Constitucionalismo Contemporâneo.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Traduzido por: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os Juízes na Mundialização: a nova revolução do Direito**. Tradução de: Rogério Alves. 1ª ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2006. Título original: Les juges dans la mondialisation.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de: Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. Título original: Kritik Der Reinen Vernunft.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: João Batista Machado. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Título original: Reine Rechtslehre.

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

OLIVEIRA, Mauricio Salvadori Carvalho de. Transconstitucionalismo: racionalidade transversal e law & economics. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Tradução de: Evandro Ferreira e Silva. 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. Título original: *Overcoming Law*.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROSA, Alexandre M. da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. 2ª ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TEUBNER, Gunther. **A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional**. *Impulso*, n.14, v.33, p-9-31, 2003. ([HTTP://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp33art01.pdf](http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp33art01.pdf)). Acessado em: 17/07/2012.