

# O DIREITO E A CRÍTICA PÓS-MODERNA

## LAW AND THE POSTMODERN CRITIQUE

Artur Flamínio da Silva\*

BECKER, Christian. **Was bleibt? Recht und Postmoderne – ein rechtstheoretischer Essay**. Baden-Baden: Nomos, 2014.

**RESUMO:** No presente texto analisa-se a obra *Was bleibt? Recht und Postmoderne – ein rechtstheoretischer Essay* de Christian Becker. Partindo da crítica pós-modernista de Luhmann e da filosofia da linguagem, Becker tenta buscar uma resposta para o que resta do Direito clássico no Séc. XXI.

**Palavras-chave:** Luhmann. Pós-modernismo. Teoria dos sistemas.

**ABSTRACT:** *In this paper we analyze the work of Christian Becker named Was bleibt? Recht und Postmoderne – ein rechtstheoretischer Essay. Based on the Luhmann's post modernism critic of law and some authors of the philosophy of language, Becker tries to give an answer to what remains of classic Law in the XXI century.*

**Keywords:** *Luhmann. Post Modernism. System theory.*

A obra que optamos por resenhar toma por objeto um dos temas importantes da Teoria do Direito: o que sobra da construção clássica do Direito depois da crítica pós-moderna? A dúvida do autor surge num contexto em que aquele tem por certo que a legitimação do Direito implica uma “fundamentação” do uso da força pelo Estado. Por sua vez, o conceito de “fundamentação” encontra-se intimamente ligado à sua “razão” (*Vernunft*), “racionalidade” e, em qualquer caso, à sua “plausibilidade”. A “razão” é, deste modo, o Direito esclarecido do Modernismo que impõe que se coloque a seguinte questão: “como é possível distinguir as fundamentações racionais das irracionais?” (BECKER, 2014, p. 9, 10 e 14).

De uma forma simples, o autor coloca a tônica no estudo em torno das dúvidas que emergem em torno do que resta do “edifício” do método jurídico (em termos analíticos, herméticos e teórico-discursivo). Neste sentido, o autor busca conhecer se é possível, porventura, considerar – socorrendo-se, em particular, da reflexão efetuada por NIKLAS LUHMANN – que subsiste um entendimento que fundamente o Direito numa concepção metafísica e hierárquica, concluindo, desde logo, sobre o que resta do direito continental europeu face à desconstrução teórica do pós-modernismo.

O texto tem, à partida, um tom mais crítico, apontando possíveis soluções, em detrimento de uma postura mais dogmática, assumindo-se – como o autor reconhece – enquanto um ensaio que pretende problematizar sob a forma de um excursus (BECKER, 2014, p. 6). De resto, esta opção metodológica de BECKER remete-nos também para uma avaliação mais sintética e que permite ao leitor tomar um primeiro contato com a obra. Neste sentido, cumpre referir que a monografia assume a dimensão de 160 páginas, dividida em quatro partes: (i) uma primeira com a introdução; (ii) uma segunda sobre a Teoria do Direito pós-moderna; (iii) uma terceira sobre o discurso jurídico; (iv) uma quarta que consiste numa conclusão.

O livro de BECKER é de leitura agradável, na medida em que permite, de uma forma simples, suscitar o interesse daqueles que queiram perceber o impacto do pós-modernismo no discurso jurídico. Por conseguinte, é no discurso jurídico que

---

\* Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2008) e mestrado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nova (2011). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito do Desporto, Direito Administrativo e Teoria do Direito.

BECKER fixa a maior parte da sua atenção, analisando alguns autores da filosofia da linguagem pós-moderna – nomeadamente NIETZSCHE<sup>1</sup>, LUDWIG WITTGENSTEIN<sup>2</sup> e RORTY<sup>3</sup> – para concluir que a “a linguagem se refere sempre à linguagem”, sendo, deste modo, um sistema “operativamente fechado”, numa assumida glosa à teoria dos sistemas autopoieticos de LUHMANN (1997, p. 93), uma vez que a comunicação deriva de um processo de construção interpretativa “histórico-contingente” (BECKER, 2014, p. 37 e ss.). Esta lógica desconstrutiva tem subjacente uma evidente constatação de que a linguagem exerce, sem margem para dúvidas, uma forte influência no Direito, em particular, na interpretação de normas.

Neste contexto, BECKER conclui que a crítica pós-moderna tem, por outro lado, um papel fundamental na difícil tarefa da descoberta de fundamentações de soluções jurídicas, colocando-se, em especial, dúvidas em torno de saber como “distinguir entre as fundamentações racionais ou irracionais” (BECKER, 2014, p. 10). Esta percepção permite ao autor, desde logo, inferir que a fundamentação jurídica assenta no paradoxo de que uma norma nunca pode regular a sua própria aplicação ou de que nunca se pode colocar em causa a distinção – que se efetua quando se decide sobre se um determinado fato está de acordo com o Direito (*Recht*) ou em desacordo com o Direito (*Unrecht*) – pode ou não ser considerada justa (BECKER, 2014, p. 92-93). É, assim, neste paradoxo que o Direito pós-moderno encontra a sua legitimação<sup>4</sup>.

BECKER entende, por conseguinte, que as fórmulas jurídicas como “Estado de Direito” ou “Democracia” exigem um preenchimento material que depende da existência de um processo formal. Em suma, o autor defende que “a forma é, no Direito, um valor material” (BECKER, 2014, p. 151). Neste sentido, BECKER reconhece que a existência de princípios jurídicos não depende de “entidades abstratas” que enquanto construções absolutas possam ser aplicadas ao caso concreto. Em bom rigor, existe a necessidade de preencher toda a manifestação jurídica principiológica com um conteúdo substancial que permita determinar uma aplicação, em concreto, na resolução de casos jurídicos. Esta substância principiológica não é, todavia, identificável com o próprio princípio. Pelo contrário, o autor conclui que os princípios “não apresentam qualquer conteúdo ou então, caso tenham um cariz substancial, aquele não se assume como uma imanência dos princípios” (BECKER, 2014, p. 83 e 84). No entanto, a existência de um princípio tem, por outro lado, como consequência que sobre o seu conteúdo não seja possível ser aceite como fundamentação de toda e qualquer afirmação proferida num processo argumentativo (BECKER, 2014, p. 60 e ss.).

Por outro lado, a “paradoxolidade” detectada pela crítica pós-moderna assenta numa “debilidade teórica” que implica constatar que “só o Direito pode ele próprio dizer-nos o qual é o critério distintivo do que é (ou não) de acordo com o Direito”. Em particular, tendo presente que “a natureza das coisas” não nos é acessível,

---

<sup>1</sup> Para BECKER, o contributo dos padrões teóricos deste autor reconduzem-se à ideia de que inexistem verdades absolutas, pelo que o conhecimento advém funcionalmente da linguagem e é desta realidade (a linguagem) que se pode entender que os seres humanos encaram a mesma como uma “regularidade fixa” (*starren Regelmässigkeit*) da qual criam conceitos. Cf. BECKER, 2014, p. 26.

<sup>2</sup> Da análise dos postulados teóricos deste autor BECKER retira que “as palavras e as frases não têm sentido somente por terem um papel num jogo de palavras concretas; não existe, assim, (...) sentido de expressões linguísticas independente de um contexto”. Deste modo, para saber se um determinada realidade pode ser reconduzida a um conceito é imprescindível que se adopte um processo de averiguação de “parecenças entre famílias”. Exige-se, assim, uma decisão casuística de análise de parecenças que permite auxiliar no método subsuntivo. Cf. BECKER, 2014, p. 33 e ss.

<sup>3</sup> RORTY permite concluir que a linguagem é “dinâmica, evolutiva e, em termos futuros, eternamente aberta”. Na verdade, não existe um critério “temporalmente estável” e “contextualmente invariável”. Cf. BECKER, 2014, p. 37.

<sup>4</sup> Em particular sobre o paradoxo na obra de Niklas Luhmann, cf. LAI, 2014, p. 20 e ss.

também importa constatar que não é possível “quebrar a auto-referencialidade da semântica jurídica”, restando-nos, assim, utilizar a linguagem como forma argumentativa que nos permita “criar o conteúdo de critérios jurídicos casuisticamente” e, por outro lado, “discutir” fundamentadamente sobre esse conteúdo (BECKER, 2014, p. 97-99).

Esta constatação é, de fato, importante, mas, no plano da prática jurídica, parece óbvio reconhecer que a existência de paradoxos ao nível da legitimação do sistema jurídica não é suficiente, nem uma solução adequada para a resolução de casos concretos. No entanto, admitir a existência de paradoxos no Direito permite-se assumir que “devemos discutir a substância de todas as questões jurídicas, sem recorrer a entidades externas” (BECKER, 2014, p. 83). Quais são os meios de controle neste processo de discutibilidade da substância? Segundo Becker, a resposta é simples: *por intermédio de um processo jurídico discursivo*.

Deve-se, no entanto, mencionar que com esta argumentação se percebe a tentativa do autor em superar um aspecto delicado e também o mais frágil do pós-modernismo e que diz respeito à circularidade jurídica que culmina no reconhecimento da auto-referencialidade do sistema jurídico que, a nosso ver, é erigido como princípio absoluto, em particular, na teoria dos sistemas autopoieticos<sup>5</sup>. Na verdade, levada ao extremo, o pós-modernismo não resolve a questão que pode envolver a existência de um “sistema funcional, mas que, na sua essência, possa identificar-se com um critério identitário interno arbitrário e segregador”<sup>6</sup>.

Uma tentativa de resposta a este problema é-nos oferecida por BECKER com base em dois argumentos: (i) a prática discursiva no Direito implica a existência de um “vocabulário último” histórico-contingente que não depende de uma “fundamentação não circular”; (ii) num Estado Constitucional democrático o recurso a conceitos como “Estado de Direito”, “processo equitativo”, “princípio democrático” ou “autonomia privada” representam jogos de linguagem histórico-contingentes, mas que, ainda que permitam interpretações diversas, condicionam a existência de uma qualquer posição (acrescentamos nós: inclusivamente uma arbitrária), uma vez que no processo argumentativo não é possível, por exemplo, “argumentar contra” o Estado de Direito, mas demonstrar que aquela posição argumentativa é sólida ao ponto de não sucumbir face a outra posição argumentativa contrária (BECKER, 2014, p. 105 e ss.).

No entanto, isto não significa que uma argumentação é melhor em relação a outra. Pelo contrário, o que se exige é que quem “participe no discurso jurídico” possa demonstrar que aquela decisão é, segundo os cânones da gramática discursiva, fundamentada de um modo plausível (BECKER, 2014, p. 119). Neste contexto, Becker reconhece – de um modo muito interessante que consubstancia inclusivamente um ponto forte do trabalho que o autor desenvolve – que as teorias pós-modernas têm um *blind spot* (*blinder Fleck*), uma vez que não têm concretização plenamente útil na prática jurídica. Na verdade, a função de desconstrução que se manifesta na perspectiva do observador “é completamente inadequada” quando estiver em causa a atividade de interpretação ou de decisão do juiz (ou seja, a perspectiva do participante) (Becker, 2014, p. 120 e ss.). Em particular, porque o processo de desconstrução da realidade jurídica (por si só) não permite que o juiz alcance uma solução de adequada a resolver o caso concreto. Neste sentido, segundo Becker, no processo deliberativo o juiz deve, perante um caso concreto, fundamentar a decisão num sentido que seja de acordo com os “requisitos pragmáticos” da prática discursiva do sistema jurídica. Havendo,

---

<sup>5</sup> Sobre a auto-referencialidade na teoria dos sistemas autopoieticos, por todos, LUHMANN, 1991, p. 63.

<sup>6</sup> Cf. SILVA, 2015, p. 93. Para mais desenvolvimentos, com amplas indicações, Cf. SILVA, 2012.

portanto, uma decisão assim fundamentada então aquela será “válida”, ainda que não seja a única certa (BECKER, 2014, p. 128).

A solução de BECKER funda-se na certeza de que o “Direito significa uma constante disputa de conteúdos, com problemas concretos de relevância social, não raras as vezes também com dúvidas sobre o que tem relevância social e o que deve pertencer ao espaço privado” (BECKER, 2014, p. 133). Por outro lado, aponta como solução encarar a dogmática como “uma valoração substancial” que permita, em primeiro lugar, ao sistema estabelecer “padrões materiais de decisão” que permitem a concretização de condições de resolução de casos futuros e, em segundo lugar, como forma de estabelecer uma “sensibilidade” sistemática para a necessária variabilidade na resolução de casos não previstos pelos padrões estabelecidos no processo anterior (Becker, 2014, p. 145).

Na conclusão, refere, portanto, que “o Direito é o Direito” (BECKER, 2014, p. 153), sendo que pouco ou nada sobra da metafísica como fundamentação do Direito, uma vez que a crítica que o pós-modernismo efetuou ao Direito consistiu somente numa constatação do óbvio: a normatividade jurídica consiste numa complexa teia de textos, de prováveis interpretações incertas, atacáveis e a exigir uma fundamentação. Em suma, não existe no Direito uma unidade, um certo, um justo. Existe, sim, uma escolha entre vários caminhos possíveis e todos eles certos, mas errados ao mesmo tempo. A argumentação jurídica de um texto, de um sentido dogmático ou de uma decisão jurisprudencial vale no sistema jurídico enquanto não for refutado por um outro argumento que seja reconhecido (por este mesmo sistema) como uma autoridade superior em relação ao anterior (BECKER, 2014, p. 149 e ss.).

De um modo conclusivo, resta-nos, portanto, reconhecer que a obra de Becker proporciona excelentes momentos de reflexão, devendo ser recomendado a todos aqueles (juristas ou não) que tenham interiormente uma questão: como deve ser encarado o Direito no pós-modernismo?

## REFERÊNCIAS

BECKER, Christian. **Was bleibt? Recht und Postmoderne – ein rechtstheoretischer Essay**. Baden-Baden: Nomos, 2014.

LAI, Chih-Chiang. **Die paradoxien des rechts**. Berlim: Duncker & Humblot, 2014.

LUHMANN, Niklas. **Die gesellschaft der gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.

\_\_\_\_\_. **Soziale systeme: grundriss einer allgemeinen theorie**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

SILVA, Artur Flamínio da. A auto-referencialidade da teoria dos sistemas autopoieticos de Teubner como a suposta superação do mito da neutralidade de Kelsen. **Revista de Estudos Jurídicos (REJ) UNESP – Eletrônica**, Franca, v. 16, n. 24, 2012. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/683>>. Acesso em: 11/09/2015.

\_\_\_\_\_. Luhmann e os paradoxos do direito. **RECHTD**, v. 7, n. 1, p. 92 e ss, 2015.