



## O DIREITO E O TEMPO V ENCONTRO DE INVESTIGADORES DOUTORANDOS

13 de Fevereiro de 2019  
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra  
Sala 11 dos Gerais

*Primeira parte*

### ***Conferência de abertura***

9.15 | **EDUARDO BITTAR** A Teoria do Direito, a era digital e o *pós-humano*

*Moderação:* J. M. AROSO LINHARES

**Eduardo Bittar**

Professor Associado da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo (USP)

**RESUMO:** Nesta *Lecture* na *Universidade de Coimbra*, na abertura do *V Encontro de Investigadores Doutorandos*, será discutido o impacto da Era Digital sobre o Direito. Em especial, será discutido o *estatuto jurídico* que se atribuirá ao *cyber-corpo*. Parte-se da idéia de que o Direito será profundamente afetado pelas dinâmicas das novas tecnologias. A emergência do *Pós-Humano* terá enorme impacto social, e, por isso, se trata de pensar como o Direito reagirá a estas transformações, e como se poderá promover a proteção da *dignidade da pessoa humana*, diante da emergência do *Sujeito Pós-Humano de Direito*, algo que afeta inclusive um dos capítulos mais estruturantes da *Teoria do Direito*.

**PALAVRAS-CHAVE:** Era Digital - Pós-Humano - Sujeito Pós-Humano de Direito.

## Segunda parte

### Seminário dos investigadores doutorandos

11.15 | **ALCIMOR ROCHA NETO** Genealogia do Direito Extemporâneo ou o nascimento do não-Direito

*Moderação:* INÊS GODINHO

**RESUMO:** O propósito do presente trabalho é apresentar o processo de como se pode dar uma destemporalização jurídica de uma norma a ponto de esta desjuridicizar-se, identificando, neste momento, o fenómeno da dessincronização entre o tempo desta norma e o tempo do Direito. Parte-se do apontamento de alguns possíveis *filtros* de aferição da juridicidade de uma norma (isto é, (macro-?) critérios de identificação de algo como jurídico ou não-jurídico) e, deste ponto de partida, segue-se numa tentativa de demonstrar que um destes *filtros* é, justamente, o do *tempo do Direito*: uma norma jurídica desjuridiciza-se por fugir do compasso temporal com o tempo do Direito ou, simplesmente, desta norma não se pode dizer que um dia foi de Direito ou que juridicizou-se. Dar-se-ia aí a reconhecimento da extemporaneidade jurídica de uma norma ou o seu reconhecimento como norma não-jurídica, como um não-direito.

12.00 | **MIGUEL RÉGIO DE ALMEIDA**<sup>∇</sup> A DUDH na Filosofia dos Direitos Humanos: mitificação vs. revisionismo

*Moderação:* MÁRIO REIS MARQUES

**RESUMO:** Soados sete decénios da geração da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), assistiu-se novamente à «orgia de celebrações» (Makau Mutua) hegemónica, perpetuando as mitificações inerentes. Enquanto documento fundante da seara dos Direitos Humanos, o significado da DUDH está dependente do modo como a doutrina a recorda, mormente afivelada a narrativas dúbias, pautadas pelo memoricídio do contexto e dos agentes mais determinantes para a sua redacção e popularização, aquém e além de 1948, a montante e a jusante da ONU. Este vício hermenêutico revela-se especialmente periclitante para a Filosofia dos Direitos Humanos, dada a famigerada cláusula colonial do art. 2, n.º 7, da Carta de 1945; a relativa desconsideração dos redactores pelo *Zeitgeist* filosófico; o silêncio ensurdecador com que a Declaração foi colhida na maioria do orbe; e o hiato que decorreu até 1966/1976, concludente da “Carta Internacional dos Direitos Humanos” com os Pactos bipolarizados, *inter alia*.

---

<sup>∇</sup> Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Doutorando em Ciências Jurídico-Filosóficas / Fundação para a Ciência e a Tecnologia – Bolseiro de Doutoramento / miguel.regio.almeida@gmail.com

Tal-qualmente releva o Pensamento Jurídico Crítico mais recente, de particular incidência historiográfica revisionista (e extravasando o específico *iter* institucional da elaboração da DUDH), a chave-interpretativa para aqueles aparentes paradoxos radica na viragem anticolonialista e anti-racista que pautou os meados do séc. XX, determinante da (re)interpretação radical do significado dos Direitos Humanos. Recuperados do silêncio e escudados da apropriação neocolonial, foi devido à acção concertada de ONG, como a NAACP, e de Estados-Membro subalternizados (e não-alinhados) que o anticolonialismo e o anti-racismo se tornaram indissociáveis da DUDH. As respectivas Declarações da ONU de 1960 e 1963 viriam posteriormente a homologar tal entendimento, conduzindo enfim à conclusão dos Pactos e à ignição do Movimento pelos Direitos Humanos. Urge destarte fomentar uma “viragem pedagógica”, “a partir de baixo”, na jusfilosofia concernida com o significado e o potencial jurisdiccionais destes Direitos enquanto *ius totius orbis*, e com o lugar cordial da DUDH no imaginário jurídico popular vigente.

**Palavras-chave:** Imaginário dos Direitos Humanos; Pensamento Jurídico Crítico; ONU; Anticolonialismo; Anti-racismo

12. 45 | Pausa

14.45 | **FERNANDO CÁCERES** Teoria d(as Ciências d)o Direito: a Metodologia Jurídica está morta! Viva a Metodologia Jurídica!

*Moderação:* EDUARDO BITTAR

**RESUMO:** Mais ou menos (in)consciente da herança oitocentista que assim assume, a metodologia jurídica tradicional e/ou dominante no século 20 cristaliza, no prédio das ciências do direito, aquilo que Marietta Auer trata por «pretensão de hegemonia disciplinar» (*disziplinären Hegemonialanspruch*). Sob a proteção da filosofia do direito, a metodologia tradicional parece querer ser uma espécie de *mathesis universalis* do pensamento jurídico académico, ditando do alto, como uma superdisciplina, o que devem e o que não devem pensar as subdisciplinas jurídicas. Para o seu olhar totalizante, contudo, somente o modelo de pensamento dito prático-normativo interessa, pois, para ela, somente a «práxis do direito», melhor: aquilo que ela (des)entende por práxis do direito – a saber: o micro-rol das atribuições funcionais de juízes e juízas – estabiliza a chance para a concretização da sua vontade (político-)disciplinar. Nascida no século 21, a teoria d(as ciências d)o direito responde à unidimensionalidade da metodologia tradicional com um elogio à multidimensionalidade, a um só tempo do direito em si e do pensamento jurídico académico. De um lado, a teoria esclarece que os campos da produção do direito são, na verdade, plurais, eis que a «realidade do direito» é mais ampla (e mais funda) do que a ficção de uma práxis

(judicial/jurisprudencial) do direito faz imaginar. Do outro, informa que não existe ciência do direito no singular, noutras palavras: as ciências jurídicas são várias e não se limitam os seus campos de sentidos próprios à racionalidade dogmática (esta sim prático-normativa); predomina, intradisciplinarmente, antes a «pluralidade disciplinar» e a «multiplicidade metodológica». É a isto que se dedica a presente comunicação: paralelamente à crítica destrutiva, cética, realista, do programa disciplinar da metodologia jurídica tradicional, trata de apontar, numa plataforma reconstrutiva, a *teoria do direito como destino*. Ao anunciar a morte da metodologia, a teoria desmente a plausibilidade da promessa fundamental do pensamento prático-normativo, qual seja a da «pretensão de correção do direito» (*Richtigkeitsanspruch des Rechts*). Pois, analisando os reais processos da obtenção do direito, ela descobre aí a componente, constitutiva do próprio direito, do *poder*, nomeadamente o poder como competência para produzir o direito (*Rechtserzeugungsmacht*), cuja marca essencial/ontológica é precisamente a da resistência às investidas do controle científico, a sua incorrigibilidade reflexiva (dogmática, metodológica, teórica). Mas a teoria do direito não ignora a urgência de maior consciência metodológica no âmbito das ciências do direito, muito particularmente da dogmática jurídica, hoje a vagabundear como um sem-teto-metodológico por conta das relativizações e do pragmatismo – combinação explosiva – do século 20. Porque reconhece então o seu destino *meta*, diz: Viva a Metodologia Jurídica!

15.30 | **LUÍS CORREIA DE SÁ** *Raciocínio e Tópica Jurídicas. Edward H. Levi versus Theodor Viehweg: semelhanças, dissemelhanças e considerações críticas*

*Moderação:* ANA GAUDÊNCIO

**RESUMO:** As considerações que se seguem autorizam um novo passo – aquele em que muito brevemente se esclarecerá os imbricados sentidos do raciocínio normativo-judicativamente pertinente e da Tópica, em dois autores que marcam inolvidavelmente o século XX: Edward Levi e Theodor Viehweg, e que nos conduzirão ao núcleo das nossas disquisições.

Nesse âmbito, analisar-se-ão semelhanças, dissemelhanças e, por fim, teceremos algumas reflexões críticas.

**Palavras-chave:** Raciocínio Jurídico; Tópica Jurídica; Edward Levi; Theodor Viehweg; Semelhanças; Dissemelhanças; Reflexões Críticas.

*Moderação:* ANA GAUDÊNCIO

**RESUMO:** A exploração da capacidade performativa do direito pela mediação da (lente) estética tem-se mostrado uma das grandes preocupações do pensamento jurídico contemporâneo de matriz crítica. Neste contexto, sublinha-se uma experiência performativa e simbólica da juridicidade em oposição às tradições constativas e declarativas, elegendo daí a primeira como uma ferramenta capaz de promover o criticismo do pensamento ortodoxo e formalista. Mas que conexões podem ser mapeadas entre o direito, a estética e a performance? O que poderia significar, no universo jurídico, essa (re)abertura de uma «janela performativa»? De que modo o direito pode ser assumido como implicitamente ou explicitamente performativo? Quais poderiam ser as implicações, no que se refere ao discurso jurídico-metodológico e às práticas que se reveem neste discurso, de uma aproximação pela via da estética e da performance (ou mesmo de uma estética, em sentido amplo, que fundamentalmente se assume como performativa...), sobretudo no que toca à especificidade dos problemas da interpretação jurídica e da formação/constituição do juízo decisório? E que correlações podemos tentar traçar entre aquelas implicações e o problema central dos tipos de racionalidade a serem correspectivamente implicados nos referidos discurso e práticas? Finalmente, até que ponto a referência à performance pode ser pertinentemente mobilizada como um instrumento metodologicamente disruptivo no seu sentido autêntico, de forma a opor-se, portanto, ao conservadorismo jurídico e ao típico textualismo com que este se deixa historicamente impregnar? Pois, partindo da premissa de que a atribuição da aludida qualidade disruptiva não será nem simples nem, tampouco, imediata (como poderia parecer à partida), não está de todo resolvida a questão de sabermos se o (re)estabelecimento da performance favoreceria ou afastaria a fixação textual(ista)... seguindo o fio narrativo das questões antes expostas, e a partir da convocação de interlocutores-caminhos específicos no contexto do pensamento jurídico, propõe-se, nesta breve exposição, uma reflexão acerca da elasticidade da conexão metodológica entre o direito e o mundo da performance.

Moderação: J. M. AROSO LINHARES

**RESUMO:** A nossa comunicação tem por escopo testar os possíveis contributos da regra de reconhecimento no âmbito da *International Investment Law (IIL)* e “*investor-State dispute settlement (ISDS)*”. Em primeiro lugar, o direito internacional do investimento e o mecanismo compulsório de solução de controvérsia investidor-estado tem assumido um papel proeminente no direito internacional<sup>1</sup>. O IIL tem decisivamente contribuído para uma releitura de estruturas preexistentes e conceitos de direito internacional, nomeadamente as fontes de direito internacional<sup>2</sup>. Um esclarecimento necessário, muito embora possa convergir fontes nacionais para a formação do direito internacional do investimento<sup>3</sup>, nesta seção enfrentaremos somente as fontes de origem internacional que naturalmente envolve diferentes atores e processos de formação. Segundo a *Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID Convention)* os procedimentos entre estados e nacionais de outros estados, o art 42 “(1) stipulates that absent an agreement between the parties, the domestic law of host state and

---

<sup>1</sup> SCHILL, Stephan W., **W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law**, *European Journal of International Law* 22 (2011): p. 875–908; SCHILL, Stephan W. and TVEDE, Katrine R, **Mainstreaming Investment Treaty Jurisprudence: The Contribution of Investment Treaty Tribunals to the Consolidation and Development of General International Law**, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 14 (2015) p. 94–129; SCHILL, Stephan, **Sources of International Investment Law: Multilateralization, Arbitral Precedent, Comparativism, Soft Law**, in Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper n. 2017-19 Amsterdam Center for International Law n. 2017-16; SCHILL, Stephan, **Sources of International Investment Law: Multilateralization, Arbitral Precedent, Comparativism, Soft Law**, in D’Aspremont, J. & Besson, S. (eds.), *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, Oxford: OUP, 2017, capítulo 50, p. 1095 – 1115.

<sup>2</sup> DOLZER, Rudolf and SCHREUER, Christoph, **Principles of International Investment Law**, 2nd ed., Oxford: Oxford University Press, 2012; MCLACHLAN Campbell, SHORE, Laurence, and WEINIGER, Matthew, **International Investment Arbitration—Substantive Principles**, Oxford: Oxford University Press, 2007; NEWCOMBE, Andrew and PARADELL, Lluís, **Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment**, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009.

<sup>3</sup> VIÑUALES, E. Jorge, in in D’Aspremont, J. & Besson, S. (eds.), *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, Oxford: OUP, 2017. Neste sentido ver: SALACUSE, Jeswald W., **The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital**, Oxford: Oxford University Press, 2013; SASSON, Monique, **Substantive Law in Investment Treaty Arbitration: The Unsettled Relationship between International Law and Municipal Law**, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010; KJOS, Hege Elisabeth, **Applicable Law in Investor-State Arbitration: The Interplay Between National and International Law**, Oxford: Oxford University Press, 2013.

*applicable international law shall serve as applicable law.*"<sup>4</sup>. Outra dificuldade neste quadrante é o *problema de identidade*, há diversas vozes a tentar precisar a identidade do direito internacional do investimento, a saber:  $\alpha$ ) parte integral do direito internacional público;  $\beta$ ) parte do direito comercial internacional;  $\gamma$ ) internacionalização do direito público<sup>5</sup>;  $\delta$ ) a partir dos mecanismos de solução de controvérsia, nomeadamente arbitragem. Esta última perspectiva engloba as compulsórias arbitragens investidor-estado sob ICSID Convention, mas também as regidas pelo direito internacional com a incidência da Convenção de New York (*Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*)<sup>6</sup>. Consideramos a abordagem mais profícua aquela que valoriza as estruturas, conceitos e o regime jurídico do direito internacional público, precisamente por tratar-se da disciplina que materialmente orienta as relações de investimento, nomeadamente os tratados sobre investimentos<sup>7</sup>. O que não significa fechar os olhos à pluralidade de instrumentos que promovem e protegem o investimento estrangeiro e os interesses dos estados envolvidos, desde tratados bilaterais de investimento; capítulos voltados ao investimento em *free trade agreements*; provisões a respeito de investimento em tratados multilaterais, como *The North American Free Trade Agreement – NAFTA*; tratados versando sobre investimentos em setores específicos. Como se vê há uma diversidade de instrumentos protetivos do investidor e dos interesses dos estados partícipes. Neste cenário complexo, o desafio talvez resida precisamente em encontrar o *equilíbrio* entre a proteção dos investidores e o direito de o estado regular<sup>8</sup>. Qual o papel dos precedentes arbitrais? Segundo o artigo 38 (1) (d) do ICJ Statute, as decisões judiciais não são fontes formais, mas meios subsidiários para a determinação das regras jurídicas. Portanto, as decisões arbitrais não são fontes em sentido estrito. Todavia, os precedentes arbitrais tornaram-se a principal referência para a *realização* de direitos e deveres no IIL, assim o resultado das arbitragens compulsórias investidor-estado decorrem maioritariamente da convocação destes precedentes. No limite, os precedentes arbitrais tornaram-se a principal

---

<sup>4</sup> Cfr. ICSID Convention, Washington, 18 March 1965, 575 UNTS 159.

<sup>5</sup> Roberts, Anthea, **Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System**, in American Journal of International Law 107 (2013), p. 45–94; Schill, **W(h)ither Fragmentation**, p. 878–883.

<sup>6</sup> Cfr. New York Convention, New York, 10 June, 1958, 330 UNTS 3.

<sup>7</sup> Neste sentido, HIRSCH, Moshe, **Sources of International Investment Law**, in International Investment Law and Soft Law, edited by Andrea K. Bjorklund and August Reinisch, Cheltenham: Edward Elgar, 2012, 9–38 e SCHILL, Stephan, **Sources of International Investment Law**, p. 4.

<sup>8</sup> SCHILL, Stephan W. and JACOB, Marc, **Trends in International Investment Agreements 2010–2011: The Increasing Complexity of International Investment Law**, in Yearbook on International Investment Law & Policy 2011-2012, edited by Karl P. Sauvant, Oxford: Oxford University Press, 2013, 141–180, 178–179.

referência para *realização* do conteúdo do direito internacional do investimento<sup>9</sup>. Constituindo-se, na essência, o principal mecanismo para o desenvolvimento desta disciplina. A *jurisprudencia constante* constitui um argumento com mais autoridade que as próprias fontes formais<sup>10</sup>.

Neste quadrante esforçar-nos-emos numa tentativa de delimitação precisa da regra de reconhecimento, liberta das críticas que a condenam antes mesmo de percebê-la em sua plenitude, refletindo na maioria das vezes pré-compreensões equivocadas. Significa isto que o propósito que orienta esta seção não é o de investigar a “*rule of recognition*” por intermédio de contributos parciais que enaltecem as suas deficiências e limitações. Como não é seguramente também o de explorar os pressupostos teóricos que pretensamente sustentariam o positivismo analítico inglês. Como não é ainda enfim de pensá-la competamente destituída de uma prática constitutiva e reivindicadora. Porque é antes o desejo de testá-la em *ação*... Quer dizer, o horizonte de inteligibilidade que escolhemos para discutir a *rule of recognition* é o da *international investment law* e *investment dispute settlement*. Se ao fim e ao cabo concluirmos pelos escassos contributos da regra de reconhecimento teremos ao menos o prazer da conversação. Quando exploramos a distinção entre “*social rules*” e hábitos vimos que as condutas desviantes neste último não ensejam a crítica e sobretudo a exigência de conformidade, noutros termos, a convergência de comportamentos presente nos hábitos não são suficientes para constituir uma regra que exija tal prática<sup>11</sup>. Além disto, as regras sociais luminosamente convivem com as minorias que não as aceitam como *standard* de comportamento. Sem esquecer que as regras sociais possuem uma dimensão interna, não presente nos hábitos, que traduzir-se-ia como uma atitude marcadamente crítica manifestada através da *crítica* às condutas desviantes e sobretudo pela exigência de conformidade. Convém ainda reiterar que as regras sociais são aceitas pela *experiência* e não por nenhuma imposição interna irresistível que leva o indivíduo a realizar determinado ato ou a comportar-se de determinada maneira<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> SCHILL, Stephan, **Sources of International Investment Law**, p. 9; Idem., **System-Building in Investment Treaty Arbitration and Lawmaking**, German Law Journal 12 (2011): p. 1083–1110. Ver ainda: SCHILL, **The Multilateralization of International Investment Law**, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 321–61.

<sup>10</sup> SCHILL, Stephan, **Sources of International Investment Law**, p. 9 – 10.

<sup>11</sup> HART, **The Concept of Law**, p. 55

<sup>12</sup> *In verbis*: “The internal aspect of rules is often misrepresented as a mere matter of ‘feelings’ in contrast to externally observable physical behaviour.” Ibid., p. 57.

O que subjaz a esta atitude crítica é claramente o compartilhar de determinados *standards* de comportamento. Sem esquecer que além das regras que prescrevem uma específica conduta como *standard*, existiria ainda a regra que permitiria a identificação dos *standards* de comportamento. O que, não menos decisivamente, significará a rejeição perentória da teoria soberana de John Austin posto que o *soberano* revelará seu direito de legislar, isto é, o direito de instituir novos *standards* de comportamento e não apenas ordens<sup>13</sup>. O que significa exatamente inscrever o direito nesta trama argumentativa das regras sociais? Este critério de identificação dos *standards* de comportamento está em condições de conferir a normatividade, sem o qual o direito não se realiza enquanto tal? A regra de reconhecimento como uma regra social possui a normatividade exigida pelo direito? A regra de reconhecimento é uma regra social cuja normatividade resulta das práticas sociais? As regras sociais e as práticas sociais estão numa mesma dimensão? Os κριτικός<sup>14</sup> (Kritikós) acentuarão que a continuidade da autoridade legislativa dependeria das práticas sociais, isto é, sujeita à “*the acceptance of a rule*”, hodiernamente traduzida na constituição e na aceitação dos indivíduos dos resultados dos procedimentos levados a cabo pelos *officials*... “*in the law-making, law-identifying, and law-applying operations of the officials or experts of the system.*”<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Ibid., p. 58.

<sup>14</sup> LIDDEL, Henry George & SCOTT, Robert, **A Greek-English Lexicon**, Oxford: Clarendon Press, 1940. *In verbis*: “A. able to discern, critical, “δύναμις σύμφυτος κ.” Arist. APo.99b35; “οὐκ ἔχει ῥίνα κριτικὴν πρὸς τοῦτον” Posidipp.1.4; “αἰσθήσεις κ.” Phld.Mus.p.8 K.; τὸ κ. the power of discerning, Arist.de An.432a16; ἡ κριτικὴ (sc. τέχνη) Pl.Plt.260c, etc.: c. gen., “ἡ γεῦσις τῶν σχημάτων κριτικωτάτη” Arist.Sens.442b17, cf. Thphr.Sens.43, Ocell.2.7; of persons, [“τὸν ὅλως πεπαιδευμένον] περὶ πάντων ὡς εἰπεῖν κ. τινὰ νομίζομεν εἶναι” Arist.PA639a9: esp. in language, grammarian, scholar, literary critic, Pl.Ax.366e, Phld.Po.5.24, Str.9.1.10, etc.; of Crates, Ath. 11.490e, who distd. κ. and γραμματικός, S.E.M.1.79; εἰ δύναται τις εἶναι κ. καὶ γραμματικός, title of work by Galen (Libr.Propr.17); but “τῶν ὕστερον γραμματικῶν κληθέντων πρότερον δὲ κ.” D.Chr.53.1, cf. Apollod. ap. Clem.Al.Strom.1.16.79; “οἱ κ. τῶν λόγων” Philostr.VS 2.1.14; πρὸς τοὺς κ., title of work by Chrysippus, Stoic.2.9; ἡ κ., opp. ἡ γραμματικὴ, Taurisc. ap. S.E.M.1.248, cf. Sch.DTp.3 H. Adv. -“κῶς, ἔχειν τινός” Artem.4Praef., cf. Erot.Praef.p.7 N., Men.Rh. p.391 S. 2. of or for judging, ἀρχὴ κ. the office of judges, opp. ἀρχὴ βουλευτικὴ, Arist.Pol.1275b19. II. = κρίσιμος, ἐβδομάς Ph.1.45 (Sup.), cf. Plu.2.134f, Gal.9.93, al. Adv. -“κῶς” Id.UP17.2, al.”

<sup>15</sup> HART, **The Concept of Law**, p. 61.

*Moderação:* ALEXANDRA VILELA

Arrancando-se não só, mas nomeadamente, da “máquina moral” (*moral machine*)<sup>16</sup>, bem como considerando-se para além das 40 milhões de decisões já realizadas por usuários espalhados por 233 países e territórios do globo, a presente intervenção pretende lançar algumas reflexões morais, éticas e, sobretudo, jurídico-criminais sobre os denominados “algoritmos morais” (*moral algorithms*) – “algoritmos inteligentes ou de aprendizagem” (*learning algorithms*) – de seleção de vítimas em situações de inevitável colisão no tráfego dos carros autónomos. Primeiramente, pelo menos, é questionável falar-se em “máquina moral” ou “ética da máquina” (*machine ethics*) a respeito da inteligência artificial, uma vez que exclusivamente o ser humano pode ser um “genuíno agente moral” e aos robots resta apenas a condição de “seres que simulam comportamentos morais” (Anthony Beavers). Em segundo lugar, sob o aspeto ético, não parece aceitável que esse experimento – hodierno, embora um inequívoco produto em um futuro, talvez breve... – possibilite a simulação de escolhas de quem deve perecer e quem deve sobreviver em situações de inevitável colisão com, pelo menos, um carro autónomo envolvido. Em terceiro lugar, há manifestos entorses da responsabilidade jurídico-criminal, pois, face às ofensas em desfavor da vida e da integridade física de peões e outros usuários dos carros autónomos, seriam considerados autores e/ou partícipes os fabricantes,

---

<sup>16</sup> Trata-se do experimento virtual que recolhe informações a respeito da forma pela qual as máquinas inteligentes «deveriam» tomar decisões morais em situações de inevitáveis acidentes com o automóvel autónomo. Instalado desde de junho de 2016 pelo Instituto de Tecnologia de Massachusetts, disponível em 10 diferentes línguas, o teste avalia as preferências dos usuários nestas situações de inevitável colisão no tráfego rodoviário, fornecendo, ao final, um resumo das preferências morais manifestadas nos diferentes cenários suscitados. Disponível em: <http://moralmachine.mit.edu>. São apresentados 13 diferentes cenários dilemáticos em que, invariavelmente, dar-se-á a(s) morte(s) e o(s) salvamento(s) de alguma(s) pessoa(s), uma vez que, todas as situações são de inevitável colisão, cabendo ao usuário decidir quem salvar e com quem colidir fatalmente. O experimento joga com nove pares de opções para determinar as preferências morais dos usuários, a saber: (i) humanos ou animais; (ii) manter o curso do carro ou desviá-lo; (iii) passageiros ou peões; (iv) muitas ou poucas vidas; (v) homens ou mulheres; (vi) mais jovens ou mais velhos; (vii) peões que atravessam a passadeira legalmente ou ilegalmente; (viii) em boa forma física ou fora de forma; (ix) elevado status social ou menor status social. Além disso, há ainda seis subdivisões entre esses nove pares que aparecem aleatoriamente durante as 13 etapas do experimento, como: as 1) de carácter especista (gatos e cães entre as opções de animais); 2) etário (bebé, miúda ou miúdo entre as opções dos mais jovens; e idosa ou idoso entre as opções dos mais velhos); 3) nível social (executivo, executiva, desabrigado, médico, médica ou criminoso); 4) aparência física (a atleta mulher, o atleta homem, a mulher gorda, o homem gordo); 5) género (a qual atravessa praticamente todas as anteriores opções); e 6) quantitativo (muitas ou poucas pessoas; a mulher grávida). Em síntese, em cada uma das 13 sessões dilemáticas apresentadas há três opções simultaneamente envolvidas, a (1.ª) é a modalidade do grupo de pessoas a ser poupado, e, conseqüentemente, a ser condenado (peões ou condutores); a (2.ª) é a modalidade de comportamento a realizar (continuar o curso do carro ou desviá-lo); e a (3.ª) é a postura perante às leis (os que atravessam legalmente ou ilegalmente a passadeira).

os programadores dos algoritmos, os consumidores diretos e indiretos, todos ou nenhum deles? Além disso, há uma rutura irreversível deste algoritmo “de estado de necessidade” („*Notstandsalgorithmus*“), “de escolha” („*Auswahlalgorithmus*“) ou “codificado” („*einprogrammierten Algorithmus*“) com a ordem jurídica, já que esta não autoriza, sob nenhuma hipótese, quaisquer ponderações de caráter quantitativo ou qualitativo entre vidas humanas *inocentes e já nascidas* em perigo. Ainda que se argumente em favor de um *risco permitido* aqui, para quem assim defenda, resta o ônus de reconhecer antecipadamente a pré-programação do concomitante efeito fatal para a vítima e salvador para quem estiver no interior do carro autónomo em iminente colisão <sup>17</sup>, *scilicet*, ter-se-ia de defender uma previsão legal permissiva expressa de tirar a vida de um terceiro inocente em situações de acidente inevitável no tráfego rodoviário. Assim, este “estado de necessidade programado” („*Programmiernotstand*“) é inaceitável em um Estado Democrático de Direito, porque sequer respeita a possibilidade de convivência mínima entre os seres humanos, uma vez que, da combinação entre o consenso social sobre como deveria responder um carro autónomo em cenários de colisões inevitáveis <sup>18</sup> e a aceitação comercial dessa tecnologia <sup>19</sup> resulta uma concretização de uma lógica totalitária da vida social, a saber: a aceitabilidade de que os males são inevitáveis (o argumento moral do mal menor) e a irresponsabilidade de todos pelos males inevitáveis (o argumento jurídico do risco permitido), além da sublimação da responsabilidade jurídico-penal, uma vez que os robots “não podem ser, propriamente falando, os destinatários de elogio ou culpa morais nem podem ser eles significativamente feitos responsáveis por suas ações” (Anthony Beavers).

**Palavras-chave:** robots – carros autónomos – algoritmo de estado de necessidade – situações dilemáticas – limites do legalismo

---

<sup>17</sup> Cabe uma observação na senda de alguns autores aqui, não há que se falar em uma colisão de deveres quanto ao programador desses algoritmos, uma vez que ele não vivencia a situação de conflito de obrigações de facto, ele meramente projeta-se abstratamente nela para criar um mecanismo de segurança para futuros consumidores de um produto tecnológico em fase de configuração e experimentação.

<sup>18</sup> Consenso ocultamente arquitetado mediante a recolha de dados a partir das decisões tomadas pelos usuários na plataforma virtual da “máquina moral”.

<sup>19</sup> Esse reconhecimento comercial é perseguido incessantemente tanto pelos fabricantes quanto pelos Estados por meio de atores sociais de diversificados ramos da sociedade, nesse sentido, cf. o «Relatório de Junho de 2017 da ‘Comissão Ética de condução conectada e autónoma’» do Ministério de transportes e infraestrutura digital da República Federativa da Alemanha com uma síntese das questões éticas e jurídicas envolvidas no desenvolvimento e implementação dessa tecnologia, cujo destaque vai para as 20 “regras éticas para o tráfego de veículos autónomos e conectados” (parte III, pp. 10-13). Disponível em: <https://www.bmvi.de/SharedDocs/EN/PressRelease/2017/084-ethic-commission-report-automated-driving.html>, acesso em: 10.jan.2019.

18.45 | **LUÍS MENESES DO VALE** A/à espera do(s) direito(s), entre atenção e resposta(s) universais-singulares: para uma teoria normativa das listas e tempos de espera na realização (prático-)institucional da socialidade constitucional no sector da saúde

*Moderação:* ALEXANDRA VILELA



Natasha Soyer, *In The Waiting Line*,  
June 21st, 2015

*“Let us not waste our time in idle discourse! Let us do something, while we have the chance?”*

*(...)*

*“Pozzo: I am blind.*

*(Silence.)*

*Estragon: Perhaps he can see into the future.”*

*(...)*

*“The tears of the world are a constant quantity. For each one who begins to weep somewhere else another stops. The same is true of the laugh”*

*(...)*

*“Estragon: we lost our rights?*

*Vladimir: we got rid of them.”*

*(...)*

*“Let's go.”*

*"We can't."*

*"Why not?"*

*"We're waiting for Godot.”*

Samuel Beckett, *Waiting for Godot/ En attendant*

*Godot*

*(excertos)*

## I

Procurando honrar o compromisso de indagação reflexiva e comunicação discursiva com que o *eidos aglutinador* deste grupo de trabalho nos instiga (*direito e tempo*), as modestas excogitações arrazoadas na pequena intervenção que se propõe trazer a debate visam enredar dois núcleos problemáticos fundamentais (1/2), em torno de uma questão crucial (3) que pré-compreensivamente os assume como condições de inteligibilidade e justificação.

(1) À laia de simples pano de fundo, o arrogo pessoal – só *re-animado*, em desconto de semelhante ousadia, pelo inspirador sopro ético-político de consistentes especulações teológico-críticas ditas pós-modernas (J. Moltmann, G. Rose, R. Kearney, L. Goldmann, J. P. Manoussakis, S. Critschley, E. Düssel, O. Elgar<sup>20</sup>) - de uma quiçá (re)construtiva **refundamentação filosófica do consabidamente problemático *Leitmotiv* da ‘justiça social’**, enquanto *auto-transcendente projecto-procura*<sup>21</sup> de responsabilização solidária pela *estrutura-acção* (Giddens) das exigências de *aequalibertas* (E. Balibar) *participa(c)tiva* no *empreendimento* ou *aventura cooperativa* (Rawls, Walzer) das sociedades plurais (mas politicamente *subjectivadas* ou organizadas em *comuns metamórficos* ou *comunalidades democraticamente tematizandas*) **que a constitucionalidade**, *intencionada* num específico *sentido normativo*, como *politonomia* (potencialmente transcultural), **se empenha em axiotelicamente de-signar** e inscrever gerundivamente no tempo, à guisa de uma *promessa-ponte* (Ost; Simmel) ou mediação constitutiva que complexamente religa *passado(s)*, *presente(s)* e *futuro(s)*, suspensa sobre a *ambiguidade modal do possível* (com a encruzilhada de alteridades, alterações e alternativas e diferenças-diferenciações sincrónico-diacrónicas que irradiantemente potencia) e a ambivalência tanto da espera, entre a esperança e o desespero, como da confiança qual entrega e responsabilidade/atenção, que em parte enxergamos traduzidas, no contexto-norte americano, pelos apelos reinventados à *fé/fidelidade* e à *redenção constitucionais* (Levinson/Balkin) e, na Europa, pela convocação dos

---

<sup>20</sup> E respectivos mestres, interlocutores e discípulos: K. Barth, P. Tillich, E. Bloch, D. Boenhoeffer, M. Riedel, G. Cunico, G. Ferretti, no primeiro caso; Hegel e Adorno, Rowan Williams, Vincent Lloyd e Kate Schick, no segundo; Merleau-Ponty, Lévinas, Derrida, Ricoeur, Jean-Luc Nancy, Caputo, e Yolande Steenkamp, U. Schmiedel, Justin Sands, quanto ao terceiro, para darmos apenas alguns exemplos.

<sup>21</sup> Adaptando a formulação feliz de Aroso Linhares num intento de aproximação em sede constitucional, das noções de *Projecto*, entre nós propugnadas por Castanheira Neves e Orlando de Carvalho, de resto igualmente achegadas de modo mais conciliador, apesar das insuperáveis distâncias, na obra de Pinto Bronze,

*princípios da esperança* (Bloch) e da *responsabilidade* (Jonas), recompreendidos a partir de uma conhecida leitura constitucional-cultural que deles faz Peter Häberle.

(2) E, como *experimentum*-prático-reflexivo fulcral, concitador do investimento capital e das mais generosas expensões prodigalizadas ao presente discreto, a ***equação*** meramente perfunctória ***dos problemas teóricos, dogmáticos e metodológicos suscitados pelos modos e modalidades onto-fenomenologicamente práticos da respectiva trans-institucionalização*** (segundo uma neocompreensão, inclusivamente pós-deleuziana, das próprias instituições) e a sua conseqüente ***sanção/effectivação por/em arquiteturas sistémico-culturais de cuidado existencial*** (*Daseinvorsorgung*) ou serviço público social,

(3) Considerados, desta feita, a propósito das ***dificuldades de racionalização, ordenação e administração temporal, que os mesmos enfrentam no atendimento e resposta às pessoas/cidadãos*** à partida alegada ou pretensivamente carentes/necessitadas de cuidados de saúde, mormente, porquanto contendem com algumas das mais disseminadas percepções da correcção e justiça na distribuição e na priorização do acesso aos bens que o senso comum permite radicar (MacCormick, Katherine Young). *Thema*, este último que constitui, portanto, o fundo da espiral ou o olho do furacão a que importará sobremodo apontar sem prejuízo dos vórtices ascendentes ou descendentes que pela envolvência se suscitarem.

## II

Para o efeito, entende esboçar - apenas ao de leve - as propositivas fundações, intenções e manifestações do mencionado *sentido axiotélico* de socialidade democrática, e as respectivas precipitações e objectivações culturais constitucionais no nomos das infra-estruturas universais de atenção, uso, gozo e fruição e dos serviços de concreta prestação que os informam, e, que - na interacção permanente com os destinatários, dinamizam a metabólica reconstituição critico-reflexiva do próprio *ethos* pessoal dos envolvidos e a concomitante transformação dialéctica constante das subjectividades constituintes de um tal projecto comum de conformação da vida social, e não apenas no sector da saúde, em especial<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Dada a intersectorialidade e a transversalidade que enseja e os efeitos em cascata e verdadeiramente multiplicadores do pluralismo individual bem entendido e dos pressupostos e conseqüentes contextos de integração social adequada ou justa igualmente tidos em vista.

Assim, quanto àqueles ensaia a sobrealudida perquirição fundadora, recorrendo (num tributo filtrado e selectivo à teologia política) a quatro genealogias ou arqueologias culturais passíveis de uma redescoberta, no limiar mais íntimo da dialéctica entre criação/invenção: *o germânico messianismo redentor e escatologicamente produtivo do profetismo judaico* (reconstituído com a ajuda parcial de M. Löwy); *o romantismo estético-cultural inglês e suas declinações no território das ciências humanas e sociais* (como ecoa remotamente em T. Eagleton); *o catolicismo francês da atenção radical e da comensalidade que ela antecipa e prepara, desde Weil até às múltiplas variações e disrupções heterodoxas que o atingem a partir da fenomenologia corpor(re)al* (Marion, Richir, Nancy) e *a teologia emancipatoriamente libertadora da américa do sul* (hoje personificada, por exemplo, em E. Düssel)<sup>23</sup>.

Por sua vez, no tocante ao segundo, sintetiza o que em investigação de doutoramento e ao contrário dos alicerces precedentes se pôde já explanar – e mesmo assim muito esquematicamente embora – quanto à possibilidade de uma mediológica exploração das garantias não jurisdicionais ou exclusivamente jurídico-judiciais de justiciabilidade (mas ainda assim normativamente sancionatórias ou validamente efectivantes) distintivas da constitucionalidade democrático-social<sup>24</sup>.

Na ilustrativa tematização das aporias a que a mediação realizante dos sistemas primacialmente compreensivos ou universais susceptíveis de interna complexidade plástica<sup>25</sup> se expõe sob as múltiplas pressões fácticas ou ideologicamente mais enfunadas de uma solicitação ou procura plural, em nome de legítimas expectativas, pretensões, faculdades e direitos sociais, se considera, então, o problema da definição de listas e tempos de espera.

Assunto sobre o qual se desenvolvem aturadas teorias matemáticas e aplicações econométricas de utilização em diversíssimos campos da realidade, e que nos apresenta, destarte, uma inegável relevância prático-normativa, inclusivamente jurídica e, de modo decisivo, com inegável jaez público-socialmente normativo-constitucional; a ponto de propiciar/propulsionar a formulação de um direito ou de uma teoria jurídica (ou pelo menos normativa) das listas e das filas, de que, neste ensejo, pretendemos alinhar apenas alguns prolegómenos, almejavemente desenvolvidos por ulterior ocasião de mais

---

<sup>23</sup> sem falar, sequer, portanto, na *neo-ortodoxia cristã* desenvolvido por R. Niebuhr e que, passando por M.L. King se vê retomada por autores tão diversos como A. Schlesinger ou Cornell West e políticos de proa como Carter, Clinton ou Obama.

<sup>24</sup> Apostando simultaneamente em evitar que com isso resulte oprimido o espaço do debate político-ideológico, mesmo nas suas versões mais agonísticas, erísticas ou conflituais e patológicas, ou se instaure um qualquer governo da opinião, em nome das virtudes racionais da ordem.

<sup>25</sup> I.e. capazes de um *targeting within universalism* não descaracterizador, talqualmente teorizado por Theda Skocpol, em que se em que assentamos uma *wager* fundamental da justiça social e da socialidade constitucional que a assume e normativamente projecta.

dogmáticas, práticas e até casuísticas discussões. As que, em contrapartida, acredita-se, minimamente respaldadas nos considerandos agora aduzidos, dispensarão então repetidos esforços de fundamentação e articulação, proporcionando assim o aprofundamento das primícias e princípios ora rastreados e ligeiramente alumbrados: a saber, em humilde proposta pessoal, os que permitam reconceptualizar a relação da pessoa/cidadão com os serviços, criando um amplo *ball-interface* e um circuito pessoal de responsividade atenta, no interior do qual se inicia e vai construindo a realização das exigências constitucionais na matéria, quer como imediatas concreções objectivas das fundamentantes e regulativas generalidade, compreensividade, integralidade e universalidade, quer progressivamente, no decurso dos cuidados instrumentais e acessórios, que flanqueiem a prestação nuclear médico-medicamentosa, sem com isso lhe dissimularem a falta de qualidade ou tempestividade numa falsa encenação de hotelaria pseudo-hospitalar, traidora do direito social à saúde como *status positivus e activus socialis* multipolar, pluridimensional e jurisgénico, sem embargo daquela intencionalidade e sobreinstitucionalizações socialmente retrizes/transformadoras.

Desta feita, explorar-se-á a metáfora da fila/lista, vencendo as inibições geradas pelos anátemas foucaultianos, a propósito da biopolítica mas também de bioeconómica dominação do tempo, possivelmente envolvida em quejandas *práticas públicas* de *repartição/ racionamento*. Na verdade, contra a nómica disciplina ou governamentalização dos corpos-*Leib* viventes, proclama-se a singularidade universal da experiência de vulnerabilidade que a doença mais ou menos agudamente sintomatiza e a universal mediação que a responsabilidade solidária requer a fim de facilitar, promover e prover as *Gleichwertige Lebensbedingungen und -verhältnisse* de que depende, comprovadamente, tanto o bem-estar e autonomia individuais, como as colectivas. Mais venturosamente, chega a confiar-se na possibilidade de reimaginar criativamente em tal enlevo as condições de encontro do *projecto comunitário do direito* com a *promessa democrática da política* a propósito da justiça social, e no seio de uma renovada filosofia prática, apta a possibilitar (em geral) e capacitar (especificamente) os agentes profissionais do sector para a prossecução interpretativo-constitucional da assíptica síntese concreta das exigências subsistémicas da saúde com as supraditas intenções normativas, o mesmo é dizer, da *eudaimonia* como bem-estar virtuoso ou felicidade justa [ou - se menos - da satisfação devida ou justa dos desejos/necessidades, cuja prossecução se nos oferece como princípio-meio ou meio em si final (i.e., como princípio-do-fim)] a convivial habitação justa do mundo que alegadamente enceta e favorece.

Em suma, à luz de uma relegitimação praxeológico-institucionalmente política, social, económica e jurídica de serviços prestativos de estrutural integração (social) *igualitária-universal* e *funcionamento equitativo* (do ponto de vista científico-técnico e deontológico-administrativo materialmente específico) vai sugerida uma reconcepção do inervamento normativo das organizações e da disciplina dos profissionais, da discricioniriedade jurídica e das formas de controlo constitucional, nos pantanosos territórios em que mérito e legalidade foram submetidos a complexas simbioses jurídicas e se prestam ao *eros* de sublimação normativo-publicamente constitucional, de um lado, sobrelevando, em contrapólo, a necessidade de uma teorização das posições jurídicas múltiplas em que o cidadão se vê concretamente investido na miríade de relações/razões que o seu estatuto de pessoa e membro da comunidade política lhe assegura quando embutido no subsistema da saúde e inserido na teia/trama de códigos comportamentais, discursivos, rituais que internamente o racionalizam como comunidade epistémica e prática bem sucedida. As que se pretende sirvam a reconstrução interna do próprio sistema a partir da singularidade individual e da obrigação universal de atenção e resposta que demanda e das quais se procurará dizer e significar com justiça nesta alocução.



**Lucio Fontana,**  
***Concetto spaziale 'Attesa'* (1960)**