

# UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

FACULDADE DE DIREITO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

JOSÉ AMANDO JUNIOR

## EFEITO REFLEXO CONSTITUCIONAL

Estudo de caso sobre a racionalidade e o sistema jurídico na pós-modernidade

### JOSÉ AMANDO JUNIOR

## EFEITO REFLEXO CONSTITUCIONAL

Estudo de caso sobre a racionalidade e o sistema jurídico na pós-modernidade

Dissertação de Mestrado em Direito. Área de Concentração de Direito Público. Linha de Pesquisa: Cidadania e Efetividade dos Direitos. Orientador: Dr. Saulo Casali Bahia.

### JOSÉ AMANDO JUNIOR

## TERMO DE APROVAÇÃO

## EFEITO REFLEXO CONSTITUCIONAL

Estudo de caso sobre a racionalidade e o sistema jurídico na pós-modernidade

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Público, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

SAULO CASALI BAHIA – Orientad	lor						
Doutor em Direito pela Pontifícia Professor da UFBA.	Universidade		.· (PUC)	de	São	Paulo	e
1º Membro da Banca:							
Titulação:  2º Membro da Banca:			.•				
Titulação:							
	Salvado	r, d	le			de 200	)6.

Faltando dez dias para o término do prazo de depósito desta dissertação, pensei, sinceramente, em desistir do Mestrado. Estava cansado, preocupado com outras pendências e muito desmotivado.

Quando retornei de uma das viagens ao interior do Estado, realizadas para a consecução da administração dos bens da minha família, a primeira coisa que minha mãe me fez olhar foi uma fotografia do meu pai, sorrindo e me pegando no colo quando criança.

Lembrei-me do quanto ele se orgulhava de ter a mim e minha irmã como filhos. Terminei de escrever esta dissertação não pelo título, mas para continuar lembrando do seu sorriso. Onde quer que esteja, estará sempre conosco.

A José Amando Sales Mascarenhas (in memorian), com muito orgulho de ser seu filho.

Se tivesse de agradecer pessoalmente a todos que contribuíram direta ou indiretamente à consecução desta dissertação, com certeza a lista de pessoas, que já é grande, seria maior que o próprio texto. Portanto, farei agradecimentos em torno de espaços de convivência, indicando pessoas que possam representá-los com maior proximidade, estendendo-os a todos aqueles que de uma forma ou de outra tenham ligação com o grupo.

A toda à família LUCENA CORREIA e à toda família SALES MASCARENHAS, nas pessoas que mais amo nessa vida: de minha mãe, MARIA LUIZA CORREIA MASCARENHAS e minha irmã, LEILA CORREIA MASCARENHAS.

Ao ídolo de uma geração de juristas baianos, brilhante, eterno e pranteado professor ARX DA COSTA TOURINHO (in memorian), de quem tive a honra de ser discípulo, amigo e principalmente companheiro de lutas políticas em prol da Universidade Federa da Bahia. A ele meu respeito e humilde agradecimento, por tudo.

Agradeço a meu orientador, Dr. SAULO CASALI BAHIA, a quem devo a minha permanência e a melhor experiência que tive no Programa de Pós-graduação em Direito da UFBA, no grupo de pesquisa sobre direitos ao patrimônio histórico imaterial no Brasil. Estendendo o agradecimento aos demais professores do programa, em especial àqueles como quem pude compartilhar informações e produzir conhecimentos coletivamente em sala de aula e no colegiado da pós-graduação.

Agradeço, especialmente, aos meus colegas de escritórios de advocacia: ao sócio-irmão ROBSON SANT'ANA (ROBGOL), por toda a competência, apoio e dedicação nos momentos mais difíceis, principalmente quando da escrita desta dissertação; ao meu primeiro sócio RODRIGO MORAES, grande advogado autoralista que, com certeza, na sua área, é o melhor da Bahia e um dos melhores do Brasil; a SARA (SARADIUCS), que por uma armadilha do destino veio a trabalhar conosco, mas hoje manda no escritório sorrindo e alegrando nos dias; e a BETHY pela alegria, dedicação ao trabalho e vontade de aprender.

Aos clientes-amigo do escritório de advocacia AMANDO, MORAES E SANT'ANA, na pessoa de OSENI SENA, Presidente do Sindicato dos Servidores da Assembléia Legislativa da Bahia, o meu muito obrigado pela confiança e paciência dos últimos meses.

Louvo todos os colegas de pós-graduação com quem tive a oportunidade de compartilhar experiências, conhecimentos, frustrações e vitórias, nas pessoas dos amigos SAMUEL SANTANA VIDA, companheiro de militância em movimentos sociais, advogado, professor genial, a quem devo minha iniciação acadêmica na sociologia jurídica, na hermenêutica e, principalmente, nas discussões sobre o racismo no Brasil e multiculturalismo, temas abordados, por sua influência, nesta dissertação; MAURÍCIO GÓES E GÓES (PLURIGÓES), advogado nato, amigo das horas mais difíceis e companheiro de lutas do início ao fim desta jornada e nas próxima sque viram na OAB; WALBER CARNEIRO, amigo, brilhante estudioso da fenomenologia e das ciências do espírito que nos brindou com sua elegância e capacidade intelectual; ANTÔNIO ADONIAS, processualista sagaz, brilhante hermeneuta e um amigo a quem todos podiam contar a qualquer momento; à turma de Constitucional, nas pessoas de DURVAL CARNEIRO e MORGANA BELAZI.

A RAIMUNDO MACHADO, ANANIAS MORAES e NILSON CASTELO BRANCO, amigos especiais da nossa família por terem sido amigos de verdade do meu pai.

Aos queridos colegas de magistério das Faculdades Jorge Amado, nas pessoas amigas CÍNZIA, PALOMA, ISABELA, estas em especial pelo apoio incondicional ao término desse Mestrado, e nos grandes companheiros a PONCIANO, UIRÁ, JULIANO,

FÁTIMA, RENATA, KÁDJA, MALFATI, MILTON, JORDÃO, ELMIR, ANTÔNIO VIEIRA (O PADRE), EUSÉBIO, LÚCIA, EUNICE, CLÓVIS e VALTON.

Aos amigos e companheiros de movimento estudantil da UFBA, nas pessoas de MURILO OLIVEIRA, CHARLES DARWIN, JOSÉ GUERRA, RAFAEL BARRETO, MAURÍCIO SEM-TERRA, LUIS CARLOS (EXPLICADINHO) e MANOLO que, onde estiverem, com certeza estarão lutando pela justiça social nesse país; e aos exalunos de graduação da UFBA, na pessoa do amigo CARLOS ARTUR (QUINHO).

Aos amigos servidores da UFBA, nas pessoas de RAMANITA, uma segunda mãe na universidade para eu e todos os demais alunos; JOVINO, o melhor amigo dos alunos da UFBA; a meus amigos JARBAS, JOMAR, JÚNIOR, SONINHA, CARLINHOS, AGNALDO, NATAN, SENA, MÉRCIA, CHICO, YOKO, ÂNGELA, PEDRO e ANGÉLICA, e aos ex-funcionários da Fundação, FÁTIMA, MARISA e GILDO.

Aos amigos de infância e adolescência, nas pessoas de MARCELO MACHADO; ALEXNALDO QUEIROZ DE JESUS, JOÃO GILBERTO NEVES e GUSTAVO LEVY, para quem não tenho palavras para expressar a gratidão de quase 20 anos de muita amizade e convivência.

Aos amigos-irmão de Itaberaba, minha cidade natal, nas pessoas MÁRIO MÁRCIO; ALEXANDRO RIBEIRO (OLODUM) e sua esposa ALINE; a toda a família SANTANA, nas pessoas de ADERNÍLSON, ADSON e "respectivas" LUCIANA e VAL; a toda a família BRANDÃO DE LIMA, em espacial JEAN, NOLAN e FEL; e a toda a galera do GILENO.

Aos amigos-irmão de Condomínio Rosa, INCLUSIVE OS FUNCIONÁRIOS, nas pessoas de ALEXANDRE (DENTINHO); ADRIANO; MARCELO (FINURA); TÉRCIO (TEL); ANDRÉ (SACO); MAURO; ALMIR (ALMIZINHO); ROBERTO (SMITH); MARCELO E LUCIANO BEZERRA; TAKASHI; LÉO GARRIDO (BOMBA), B.A.; ROBSON; SEU ZÉ; ZÉ ANTÔNIO, por todos bons momentos de curtição, sempre na alegria.

Aos amigos cristão-novos, EMERSON, FRED, IVAN e CÁSSIO, pelas boas risadas do verão passado e dos próximos 80, se Deus quiser.

A todos os alunos e ex-alunos da Jorge Amado, nas pessoas do amigo MAURO OLIVEIRA (MAURONET), com quem compus a realização acadêmica mais significativa de minha vida, o projeto "Cantando Direito", além das músicas em homenagem a meu pai e a Arx; JANA METZGER; ILDO FUCS; FERNANDO REALE; LUIZ SOUTO JR; EMÍLIA; FABIANA; JORGE AMADO NETO; EDEM; AOS "BRUNOS"; HÉLDER; CLÁUDIO ANDRÉ; PAULO SERRA; ISMAEL; CISSA; GILBERTO; THIAGO; ARMINDO; NÍNIVE; MILENA; ROSE; GÉRSON; ANA CARLA; VITÓRIA; IVNA; ANA LUIZA; MANOEL; CAMILA; ALAN VITOR; ANDRÉA, VITOR, em extensão a todos do "núcleo duro"; MARQUINHOS BRITTO, em extensão a todos do núcleo "moleza beleza" e aos funcionários das FJA MARCOS (CAFÚ), EMÍLIA, BETTY, MAURÍCIO, SHEILA, MARI, JANE e à exfuncionária PRISCILA.

A todos os ex-alunos da UFBA e companheiros de grupo de pesquisa, nas pessoas de HUGO ROXO; BRUNO MOURA; CÉSAR AUGUSTO; MATEUS; GABRIEL MASCARENHAS; DAINARA SOUZA; CARLA GABRIELI; JEANE ALVES; QUEILA OLIVEIRA; HERMANO SANTOS; THIAGO OLIVEIRA; YANE MARCELLE e FERNANDA OLIVEIRA.

Esta dissertação versa sobre as transformações do direito na transição pós-moderna, tendo como procedimento de análise a teoria dos sistemas autopoiéticos, e técnica metodológica um estudo de caso um fenômeno relativo ao controle jurisdicional de constitucionalidade: a atuação da Corte Constitucional como legislador positivo.

Palavras-chave: Modernidade. Pós-modernidade. Sistemas. Autopoiese. Controle Jurisdicional de Constitucionalidade. Efeito Reflexo.

#### **ABSTRACT**

This dissertation addresses the subject of transformations of the law in transience post-modernism. The procedural addressess the anal of autopoiesis teory sistems, and technology study of a fact relative of the judicial constitution control: the a act of the Suprema Court likes positive parliamentary.

Keywords: Modernism. Post-modernism. Sistems. Autopoiesis. Judicial Constitution Control. Reflex Effect.

### LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade.
ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade.
Agrv. – Agravo.
Art. – Artigo.
Cf. – Conferir.
Min. – Ministro(a).
Recl. – Reclamação.
Reg. – Regimental.
STF – Supremo Tribunal Federal.
TJ – Tribunal de Justiça.

INTRODUÇÃO 01

## CAPÍTULO I

RACIONALIDADE POLÍTICO-JURÍDICA DA MODERNIDADE		
1. Projeto sócio-cultural da modernidade.	10	
2. Pressupostos da gnosiologia moderna.	11	
3. O paradigma da verdade como alicerce cognitivo da modernidade.	14	
4. Mecanismo cognitivo da modernidade.	17	
4.1. Ascensão do modelo capitalista de produção.	20	
4.2. Valores da dimensão do Estado em Thomas Hobbes.	22	
4.3. Valores da dimensão do mercado em John Locke.	25	
4.4. Valores da dimensão da comunidade em Jean-Jackes Rousseau.	28	
4.5. Quadro axiológico do sistema cultural da modernidade.	31	
5. Aportes teóricos da racionalidade político-jurídica na modernidade.	34	

5.1. O paradigma do interesse público.	35
5.2. Razão, interesse público, democracia e consensualidade.	37
5.3. Democracia representativa, razão e interesse público.	39
5.4. Democracia representativa e legalidade.	40
CAPÍTULO II	
RACIONALIDADE POLÍTICO-JURÍDICA NA TRANSIÇÃO PÓS-MODERNA	
1. Crise do projeto sócio-cultural da modernidade.	43
2. Pós-modernidade.	45
3. Condição pós-moderna: reconhecimento das mini-racionalidades e do multiculturalismo.	47
4. Pressupostos da gnosiologia pós-moderna.	51
5. Epistemologia pós-moderna.	56
5.1. Superação da objetivação científica.	57
5.2. Superação da dualidade verdade/falsidade e da legalidade científica.	59
5.3. Superação da dicotomia entre ciências naturais e ciências sociais.	61
6. Fenomenologia: a ruptura definitiva com o método no processo de compreensão.	63
6.1. Fenomenologia em Heidegger: a ontologia do ser.	64
6.1.1. Fenomenologia e ciência.	67
6.2. Fenomenologia em Gadamer: a hermenêutica filosófica.	69
6.2.1. O fenômeno hermenêutico.	69
6.2.2. A hermenêutica jurídica.	71
7. Pós-modernidade, direito e teoria dos sistemas.	73
CAPÍTULO III	
SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS	

75

1. Introdução à teoria geral dos sistemas.

2. Teoria da cognição de Santiago.	78	
2.1. A autopoiese.	79	
2.2. Autopoiese e objetividade científica: os limites da verdade.	81	
2.3. O real.	83	
2.4. Vida e conhecimento.	86	
2.5. Determinismo estrutural dos sistemas vivos.	88	
2.6. Relação entre os sistemas e seus ambientes.	90	
2.7. Acoplamento estrutural.	92	
2.8. O surgimento da linguagem.	92	
2.9. Síntese final.	94	
3. Teoria dos sistemas sociais autopoiéticos.	95	
3.1. Sistemas autopoiéticos em Luhmann.	96	
3.1.1. Organização e decisão no sistema autopoiético em Luhmann.	97	
3.2. Sistemas autopoiéticos em Capra.	101	
3.2.1. Padrão de organização (forma) dos sistemas autopoiéticos.	102	
3.2.2. Estrutura (matéria) dos sistemas autopoiéticos.	103	
3.2.3. Processo dos sistemas autopoiéticos.	105	
3.2.4. Significados dos sistemas autopoiéticos.	105	
CAPÍTULO IV		
PRODUÇÃO ABSTRATA DO DIREITO		
1. Nomogênese jurídica.	107	
2. Existência do fato social.	109	
3. Fato social potencialmente jurídico.	110	
4. A distinção entre o fato social e o fato jurídico.	113	

5. O valor como elemento de definição do fato jurídico.	116
6. Assimetria axiológica e relações de poder: fundamentos da autopoiese do direito.	119
7. Transformação do fato jurídico em norma jurídica: a atividade legislativa.	122
8. Organização das normas jurídicas sob a forma de sistema: o ordenamento.	125
8.1. Valor, princípios e regras jurídicas.	126
8.2. Interconstituição normativa.	128
CAPÍTULO V	
PRODUÇÃO CONCRETA DO DIREITO	
1. Síntese da teoria da norma jurídica.	131
2. Teoria dos discursos jurídicos.	134
3. Discursos jurídicos e fatos sociais concretos.	138
3.1. Fatos sociais concretos e fatos jurídicos concretos.	139
3.2. Inexistência do fenômeno da aplicação do direito.	142
4. Interpretação, compreensão, argumentação e teoria dos discursos jurídicos.	149
4.1. Pressuposto da teoria do discurso jurídico moderno: pretensão de validade.	150
4.2. Metodologia de produção dos discursos jurídicos normativos.	155
5. A distinção entre princípios e regras como exemplo de rompimento do paradigma	
da identidade pela teoria dos discursos jurídicos.	159
6. O fenômeno da inconstitucionalidade na teoria dos discursos jurídicos.	167
 CAPÍTULO VI	
EFEITO REFLEXO CONSTITUCIONAL	
1. A emenda constitucional nº 03/1993.	172
1.1. Ação declaratória de constitucionalidade: início de uma nova era.	173
1.2. Efeito vinculante: pressuposto do efeito reflexo.	175

2. Efeito reflexo.	177
3. Efeito reflexo constitucional.	179
4. Delimitação do campo de incidência do efeito reflexo constitucional.	182
5. Efeito reflexo constitucional: estudo de caso.	184
5.1 Crise lógica causada pelo efeito reflexo atribuído ao art. 203, inciso V da CF/88.	188
6. O engessamento hermenêutico do sistema jurídico pelo efeito reflexo.	190
7. Efeito reflexo e poder constituinte.	198
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS CITADAS	209
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS CONSULTADAS	216
REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS E ELETRÔNICAS	220
APÊDICES – ADIN 1232-1/1993 E RECLAMAÇÃO 2303-6/2000	221

### HISTÓRICO DO ANTEPROJETO DE DISSERTAÇÃO E DA PESQUISA

O anteprojeto de dissertação do Mestrado foi desenvolvido a partir de um artigo escrito para a Revista Jurídica, ano VII, exemplar nº 01 de janeiro de 2002. O artigo foi denominado de A Hermenêutica Jurídica e o efeito vinculante da interpretação conforme a Constituição em relação aos órgãos do Poder Judiciário: um manifesto pela democracia participativa no processo de construção do constitucionalismo brasileiro.

Consistiu numa análise hermenêutica recaída sobre a criação do efeito vinculante das decisões em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Teve, como suporte epistemológico, a teoria da hermenêutica jurídica dogmática de Eros Roberto Grau sobre a produção da norma jurídica no processo de interpretação, elaborado sobre o texto jurídico.

Concluiu-se que, em determinadas circunstâncias, a serem especificadas na presente dissertação, o Supremo Tribunal Federal age como legislador positivo<sup>1</sup>, quando exerce o poder de controlar abstratamente a constitucionalidade das leis. Em outras, vai além: age como *constituinte constituído decorrente* – nomenclatura a ser esclarecida nos

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Para grata surpresa, logo em seguida à produção do presente artigo, foi lançado na Bahia o livro *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*, do professor Luiz Lenio Streck. Nesta obra, o aludido autor comunga da tese de que, em determinadas circunstâncias, após o advento do efeito vinculante e das sentenças interpretativas, o STF age como legislador positivo. Esta obra foi fundamental para o desenvolvimento do presente trabalho.

elementos textuais da dissertação –, vez que, no controle de normas infraconstitucionais regulamentadoras da Constituição Federal, o STF acaba alterando a normatividade originária do próprio texto constitucional.

O aludido trabalho atribuiu, à legislação que criou o efeito vinculante (emenda constitucional nº 03) e à interpretação conforme a Constituição, a qualificação de inconstitucionais, por ferimento ao princípio da universalidade de jurisdição (art. 5°, inciso XXXV da CF/88) e ao princípio da independência e harmonia entre os poderes (art. 2° da CF/88).

Todavia, tais conclusões foram realizadas de forma prematura, restando evidenciado que careciam de bases científicas mais consistentes. Mesmo sendo avançada, em relação ao estágio atual das discussões acerca do tema na epistemologia jurídica brasileira, a teoria da norma jurídica de Eros Roberto Grau – exposta no seu livro *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito* – detém algumas lacunas, não trazendo respostas a uma série de premissas científicas que pressupõem a presente investigação.

Para a consecução do trabalho, foram erigidas algumas indagações que serviram de problemas científicos prévios ao inicia da pesquisa. A primeira delas surgiu a partir da indefinição do que viria a ser a *inconstitucionalidade* enquanto fenômeno normativo, já que constava do artigo a conclusão pela incompatibilidade entre o efeito vinculante (EC nº 03) e a interpretação conforme a Constituição – como instrumento decisório em sede de controle abstrato – e os dispositivos supracitados da CF/88.

Para responder esta primeira indagação de natureza epistemológica, a dissertação teria de perpassar por uma análise do direito integrado como um conjunto de normas, ou seja, pela teoria do ordenamento jurídico *sistema de normas* postas em patamares hierárquicos distintos. Como o fenômeno da inconstitucionalidade é eminentemente relacional, seria preciso descrever o mecanismo pelo qual duas identidades normativas se colocam ou são colocadas em posições antagônicas no plano da existência sistêmica. Ou seja, era preciso investigar o processo de produção dos discursos jurídicos no sistema.

De imediato foram consultadas obras sobre o tema, como os livros *Teoria do* ordenamento jurídico, de Norberto Bobbio; *Curso de Direito Constitucional* de Paulo Bonavides; *Metodologia da Ciência do Direito*, de Karl Larenz; *Interpretação* 

sistemática do Direito, de Juarez Freitas; Hermenêutica e sistema jurídico, de Alexandre Pasqualini e, por fim, Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito, de Claus-Wilhelm Canaris.

Todas as teorias estudadas partiam de paradigmas estabelecidos pela ciência moderna, com influência em geral kantiana e cartesiana na metodologia, os quais não respondiam com clareza e profundidade as questões expostas. Foi preciso iniciar uma pesquisa interdisciplinar, para que as barreiras epistemológicas colocadas no início da investigação pudessem ser suplantadas sem prejuízo do cerne do trabalho.

Naquele momento, mais precisamente no início de 2003, a pesquisa começou a ser influenciada pela obra *Conexões ocultas*, do físico Fritjof Capra (2002). Capra busca, pela sua investigação, uma forma de entrelaçamento entre o sistema biológico do ser humano e o sistema social de produção da cultura. Ao contrário dos autores anteriormente consultados, antes de estabelecer as suas conclusões finais, Capra desenvolve uma teoria sistêmica própria e acabada, o que chama a atenção em sua obra e a distingue das demais.

Capra consubstanciou suas conclusões no que denomina de teoria da cognição de Santiago, de autoria de dois biólogos chilenos, Humberto Maturana e Francisco Varela. A leitura de Capra fez com que a pesquisa naturalmente convergisse para o estudo da neurofenomenologia em Maturana, conjugada, no que é possível fazê-lo, com a teoria dos sistemas sociais de Luhmann e em Capra, para que, efetivamente, houvesse substância epistemológica às conclusões extraídas na dissertação.

Acontece que esses estudos partiam de caminhos metodológicos semelhantes, que remetiam a um histórico do processo de consubstanciação de uma nova ciência iniciada com as descobertas no campo das ciências naturais (mais precisamente na astrofísica e na micro-física) e as investigações na seara da ciência dos espíritos (mais precisamente na fenomenologia de Heidegger e Gadamer), todas do início a meados do século XX.

A partir desse estudo, a pesquisa foi levada a discutir, no campo da sociologia, as mudanças pelas quais as relações humanas vêm perpassando desde o advento e a realização do projeto da modernidade. Pela leitura de Boaventura de Sousa Santos, Agnes Heller, Alain Touraine, David Harvey, Perry Anderson, Piort Sztompka, percebeu-se que a teoria dos sistemas estava inserida como procedimento de

investigação dos fenômenos de alta complexidade que circundam o mundo contemporâneo. Consiste ela numa das propostas alternativas *pós-modernas* à superação da metodologia científica da *modernidade*.

Após a sistematização da leitura desses autores, a investigação ganhou outros contornos, tendo que se adaptar a uma linha de pesquisa multidisciplinar, acarretando a alteração do próprio problema científico. Como resultado, a pesquisa e o próprio trabalho final se tornaram *intertemporais*: não se esgotam no ato do depósito da dissertação.

Far-se-á uma releitura introdutória do processo de produção do direito na modernidade, à luz de alguns dos paradigmas traçados pela teoria dos sistemas autopoiéticos, tentando encontrar um caminho que possa conduzir os estudos futuros de eventual doutoramento à identificação de um padrão de organização do direito na pós-modernidade, que ainda não foi visualizado até presente momento, com vistas à proposição de mudanças estruturais na retórica jurisdicional, na funcionalidade das instituições e no próprio papel dos profissionais do direito.

Ao final, após o esgotamento da linha teórica da pesquisa, realizar-se-á um estudo de caso acerca de um fenômeno jurídico que representa uma alteração estrutural no sistema de produção do direito na modernidade: o *efeito reflexo constitucional*<sup>2</sup>. A técnica escolhida visa encontrar uma coerência ou não dessa tendência de centralização de poder na jurisdição com um sistema de produção dos direitos que atenda aos paradigmas da pós-modernidade incipiente.

Esclarece-se, de antemão, que não se trata de um trabalho voltado ao estudo da jurisdição constitucional, tampouco da evolução do controle de constitucionalidade brasileiro ou da análise da constitucionalidade do *efeito reflexo*. O problema desta pesquisa não é *espistemológico-dogmático* e sim puramente *epistemológico*: cinge-se à análise científica do sistema de produção do direito no tempo e espaço pós-modernos, tendo como, *estudo de caso* – técnica utilizada –, um fenômeno da jurisdição constitucional.

A dissertação visa a responder as seguintes perguntas: o sistema jurídico da modernidade, na pós-modernidade incipiente, alterou o seu padrão de organização para

.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Denomina-se de efeito reflexo constitucional a atuação do Supremo Tribunal Federal como *legislador* constituinte constituído decorrente positivo.

se adequar a este período de transição? O discurso jurídico moderno (resultante da produção abstrata e concreta do direito), ainda é utilizado pelo direito contemporâneo? A atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador constitucional decorrente atinge o padrão de organização do direito moderno? O efeito reflexo constitucional é adequado ao sistema organizacional autopoiético traçado por Luhmann como paradigma de compreensão dos fenômenos complexos da pós-modernidade? O sistema de produção do direito na modernidade deve sofrer alterações para manter a congruência com o seu ambiente recheado de fatos sociais complexos?

#### **METODOLOGIA**

Dentre as diversas opções ou caminhos a seguir optou-se, neste trabalho, por analisar as transformações político-jurídicas na transição paradigmática entre a modernidade e a pós-modernidade à luz da *teoria dos sistemas autopoiéticos*, sob a influência da leitura de Humberto Maturana, Francisco Varela, Fritjof Capra e Niklas Luhmann.

Não será utilizado nenhum método consagrado pelas ciências sociais. Ao longo do texto ficará claro que não é adotado o conceito de ciência trazido pela modernidade; rejeita-se a separação sujeito-obejto na relação epistemológica e discorda-se da noção de método incorporada à ciência moderna. Na falta de um nome mais adequado, denomina-se de abordagem sistemática a investigação que será realizada sobre os temas, sempre sob a égide dos paradigmas emergentes (sintagmas) apresentados no capítulo II desta dissertação.

Interessa a este trabalho uma investigação de escopo sistemático e transdisciplinar – a dissertação lida com conceitos e categorias do direito, da sociologia, da filosofia, da epistemologia, da gnosiologia, da neurofenomenologia, da biologia e da física. Todo ele está centrado na premissa de que o sistema de produção do direito no Brasil de hoje pode ser estudado como um subsistema cognitivo ainda com raízes na modernidade, mas sob o influxo de transformações já sentidas pela inserção da racionalidade pósmodernidade que é, por excelência, uma negação da discplinaridade e afirmação da diversidade científica.

A narrativa da presente dissertação será realizada sob a égide da impessoalidade, na terceira pessoa do singular, com sujeito oculto ao longo dos capítulos, respeitando o padrão narrativo adotado no programa de pós-graduação em direito da UFBA. Mesmo

não utilizando a narrativa na primeira pessoa do singular, assevera-se que não se quer delegar, a qualquer dos autores citados, a responsabilidade sobre as corroborações ou não-corroborações das conclusões finais.

As transcrições de trechos dos textos de outros autores, via de regra, ressalvados os poucos que precisam constar no texto principal da dissertação, serão realizadas em notas de rodapé. A opção preconiza o continuísmo na redação do texto original, o que, acredita-se, facilitará a leitura do mesmo.

Em razão dessa opção, foi escolhida a modalidade de indicação das citações denominada *autor-data* pelos especialistas. Prefere-se este sistema, tendo em vista a preservação das notas de rodapé para a consecução das citações e de comentários correlatos aos assuntos tratados no texto principal. Trata-se de uma opção pela nãobanalização das notas de rodapé.

Outro detalhe que merece ser chamado à atenção cinge-se ao fato de a palavra direito estar cunhada, ao longo do texto, em letra minúscula. A adoção desta técnica deve-se a uma questão ideológica: em praticamente todos os trabalhos científicos sobre o direito, a palavra vem cunhada inicialmente em letra maiúscula e outros ramos do saber não. Isto ocorre constantemente com a filosofia, a economia, a sociologia etc. Para não estabelecer qualquer espécie de hierarquia – até porque o trabalho é transdisciplinar – todas as ciências serão epigrafadas com letras minúsculas, não significando, isso, uma inferiorização desses ramos do saber.

Quanto às normas da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas), far-se-á uma interpretação sistêmica da sua importância, adotando-a como parâmetro, apesar da inexistência de qualquer preocupação em segui-las em sua literalidade e integridade. Entende-se que se trata de um modelo, uma amostragem de como deve ser apresentado um trabalho científico, para que haja uma mínima uniformidade nos padrões de apresentação. Entretanto, a existência de tais normas não pode se constituir numa determinação cogente e cega, a ponto de anular ou secundarizar o conteúdo do trabalho.

## PLANO TEXTUAL DA DISSERTAÇÃO

No capítulo I, analisar-se-á a modernidade em seus meandros gnosiológicos e epistemológicos, tentando demonstrar um padrão de organização ao seu sistema

político-jurídico de tomada de decisões, a partir dos referenciais teóricos de Touraine, Sztompka, Heller, Boaventura de Sousa Santos e outros filósofos e sociólogos. No capítulo II, tentar-se-á descrever o que a sociologia denomina de pós-modernidade, a partir dos mesmos critérios eleitos para a análise fenomenológica no capítulo antecedente, em consulta bibliográfica similar.

No capítulo III, tratar-se-á das teorias dos sistemas autopoiéticos na origem – Matura a e Varela – e em obras decorrentes de Luhmann e Capra. Para o alcance do fim almejado (análise sistêmica da produção do direito), far-se-á uma introdução à teoria geral dos sistemas. Trabalhar-se-á com a teoria da complexidade<sup>3</sup> ou dinâmica não-linear de desenvolvimento do raciocínio sistêmico, numa perspectiva holística de investigação, na denominação adotada por Capra.

Nos capítulos IV e V, descrevendo o processo de produção do direito à luz de conceitos e categorias da modernidade, tentando inserir, na abordagem do tema, considerações decorrentes de saberes trazidos pela teoria dos sistemas autopoiéticos, adequados à compreensão dos fenômenos sociais, principalmente pelas observações elaboradas por Capra.

No capítulo VI far-se-á um breve histórico acerca da introdução do efeito vinculante no Brasil como preparação teórica para o estudo de caso a ser realizado, quando será expsto o que se entende por efeito reflexo constitucional. A dissertação será concluída com a análise dos aspectos abordados ao longo dos capítulos, respondendo as perguntas formuladas nesta introdução.

## PLANO PÓS-TEXTUAL DA DISSERTAÇÃO

As referências da presente dissertação estão divididas em: referências bibliográficas; referências legislativas e jurisprudenciais e referências eletrônicas. As referências bibliográficas, por sua vez, estão subdivididas em referências citadas no texto e referências meramente consultadas.

"A"); princípio da não-contradição (impossível algo ser "A" e não ser "A" ao mesmo tempo) e princípio

do terceiro excluído (ou "A" é verdadeiro ou "A" é falso, não há uma terceira hipótese).

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Como bem assevera Rocha (2005, p. 47): "É preciso livrar-se das amarras da lógica clássica que, fundamentada no princípio da não-contradição, não nos permite pensar a riqueza da alteridade". Portanto, será necessário rejeitar, gradativamente, os três princípios básicos da racionalidade linear no sistema tempo/espaço do legado greco-latino (apud ECO, 2001): princípio da identidade ("A" sempre é igual a

Acredita-se na importância desta última divisão, tendo em vista que existem textos que influenciaram a pesquisa, mas efetivamente não foram citados por questões de espaço no texto e tempo para a escrita da dissertação. Estes textos serão referenciados como textos consultados.

### PÚBLICO ALVO

A dissertação tem como auditório a comunidade acadêmica do direito, em especial àqueles que se dedicam ao estudo da sociologia e da gnosiologia jurídicas. Infelizmente, os conceitos e categorias trabalhados nesta dissertação não estão acessíveis ao público em geral. Espera-se que um dia tal realidade possa ser alterada, para que a estrutura do direito se torne mais democrática.

Espera-se que o texto não seja mal compreendido, tendo em vista a investigação ampla à qual ele se propõe, o que muitos acham inadequadas a uma dissertação de mestrado. Sendo a subjetividade um elemento presente a toda e qualquer investigação científica, em decorrência das descobertas do início do século XX no campo da física, o que se pode dizer sobre esta dissertação, em síntese, é que se trata do retrato de uma série de angústias acerca da racionalidade jurídica e a sua estagnação no tempo e no espaço em conceitos e categorias aparentemente já suplantadas.

### RACIONALIDADE POLÍTICO-JURÍDICA DA MODERNIDADE

### 1. Projeto sócio-cultural da modernidade.

Calcado nos idos do século XVI, o projeto da modernidade<sup>4</sup> foi concebido pelas expectativas renascentistas de revalorização da cultura clássica, em especial a grega. Visou à retirada do pensamento mítico fundado em dogmas morais da Igreja (teocentrismo<sup>5</sup>), da condição de eixo gnosiológico da civilização. Primou pela associação deste eixo à figura do homem (antropocentrismo<sup>6</sup>) que, por sua vez,

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Apesar de sua existência remontar do século XVI, o termo "modernismo" – não confundir com "moderno" que é bem mais antigo – só foi criado em 1890, como explica Perry Anderson:

<sup>&</sup>quot;Pós-modernismo, como termo e idéia, supõe o uso corrente de modernismo. Ao contrário da expectativa convencional, ambos nasceram numa periferia distante e não no centro do sistema cultural da época: não vêm da Europa ou dos Estados Unidos, mas da América hispânica. Devemos a criação do termo modernismo para designar um movimento estético a um poeta nicaragüense que escrevia num período guatemalteco sobre um embate literário no Peru. O início, por Rubén Darío, em 1890, de uma tímida corrente que levou o nome de modernismo inspirou-se em várias escolas francesas – romântica, parnasiana, simbolista – para fazer uma "declaração de independência cultural" face à Espanha, que desencadeou naquela década um movimento de emancipação das próprias letras espanholas em relação ao passado" (ANDERSON, 1999, p. 09).

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Neste sentido, aduz Touraine (1999, p. 18): "A idéia de modernidade substitui Deus no centro da sociedade pela ciência, deixando as crenças religiosas para a vida privada".

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Desse eixo antropocêntrico nasceu a pretensão científica de reivindicar para si o privilégio imperial sobre as demais formas de conhecimento. Para Anderson (1999), essa pretensão à superioridade como verdade denotativa derivaria da necessidade de legitimação da própria ciência, como será visto mais adiante, a caracterização de um processo artificial e totalitário que o tempo demonstraria ser quase que autofágico.

impulsionaria a idéia de universalização da cultura, constituída esta nas bases de uma propensão monopolista (etnocentrismo)<sup>7</sup>.

Naquele primeiro momento, inegável que, acima de quaisquer outros fatores como o capital e o trabalho, a  $razão^8$  constitui-se na engrenagem propulsora do projeto, tomando a si o papel principal (TOURAINE, 1999, p. 38). A razão consubstanciava o cerne de uma postura metodológica preconcebida e adequada à aquisição de conhecimentos pelo homem (racionalidade proposital-instrumental). Pela utilização dos seus postulados e pelo soerguimento de paradigmas assentados nestes, a humanidade seria capaz de fornecer a si mesma a mensuração dos riscos de uma sociedade em constante mutação, sedenta da transformação do tempo e do espaço feudais.

Na minuta daquele prospecto, o sistema coletivo de convivência humana assentar-se-ia sob a lógica instigante de acumulação de conhecimentos e advento de novas tecnologias, pela utilização das ferramentas fornecidas pela razão. Teria como objetivo fundamental o alcance de uma sociedade digna em que as mazelas pudessem ser minimizadas ao extremo<sup>10</sup>. Apresentava-se como a solução dos problemas gerados pelo advento da civilização, reorganizando o convívio coletivo para que este pudesse ser fundado na solidariedade entre os indivíduos, onde o fluxo da história nortear-se-ia pela prevalência de dois valores supremos: *liberdade* e *razão*<sup>11</sup>.

\_

Neste trabalho não é adotada a distinção entre modernidade e contemporaneidade estabelecida pela historiografia hodierna. A contemporaneidade é compreendida como uma fase da modernidade e não como outra era. Ao revés, será adotada a distinção entre modernidade e pós-modernidade como um paradigma incipiente de transmutação da racionalidade pragmática, principalmente na seara do direito atual.

<sup>8</sup> Morin (2001, p. 157) dá uma definição que deve ser adotada para a designação de um significado ao termo razão:

<sup>&</sup>quot;Denomino *razão* um método de conhecimento baseado no cálculo e na lógica (na origem, *ratio* significa cálculo), empregado para resolver problemas postos ao espírito, em função dos dados que caracterizam uma situação ou um fenômeno"

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Como bem constatou Touraine (1999, p. 18), o projeto e a "realização" da modernidade são indissociáveis da mitificação da razão como paradigma humano: "renunciar a uma seria como rejeitar a outra".

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> No mesmo sentido caminha David Harvey (2004, p. 23):

<sup>&</sup>quot;[...] o que Habermas chama de *projeto* da modernidade entrou em foco durante o século XVIII. Esse projeto equivalia a um extraordinário esforço intelectual dos pensadores iluministas "para desenvolver a ciência objetiva, a moralidade e a lei universais e a arte autônoma nos termos da própria lógica interna destas". A idéia era usar o cúmulo de conhecimento gerado por muitas pessoas trabalhando livre e criativamente em busca da emancipação humana e do enriquecimento da vida diária".

O projeto sócio-cultural da modernidade, portanto, consiste numa perspectiva visionária de consubstanciação de um modelo geral de produção do conhecimento fundado nos paradigmas do pensamento racional<sup>12</sup>, metodologicamente preconcebido; um sistema de controle do convívio coletivo, assentado na necessidade de melhorar as condições de vida dos seres humanos a partir dos avanços tecnológicos nos diversos ramos de investigação dos fenômenos naturais e sociais.

Alicerçada na idéia de universalização do procedimento de geração dos conhecimentos pela razão, a modernidade tenta encontrar a melhor maneira de os homens conduzirem seus relacionamentos intersubjetivos, inclusive no processo de produção do direito, aspecto fundamental para a construção da base epistemológica deste trabalho.

### 2. Pressupostos da gnosiologia moderna.

Independentemente dos resultados obtidos pelas transformações pelas quais perpassou o projeto sócio-cultural da modernidade desde o século XVI, é certo que este ainda possui uma essência inalterada, elemento que o distingue dos demais períodos históricos pelos quais atravessou a civilização humana. Essa essência é identificada pelos postulados

Noutro trabalho seu, reafirma o seu pensamento, analisando os valores liberdade e vida e suas importâncias para a idéia de justiça formal da modernidade:

1

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Um exemplo desta constatação pode ser encontrado na transmutação semântica do conceito ético-político de justiça, na passagem do sistema teocêntrico ao sistema antropocêntrico. Agnes Heller (1998, p. 111-144), traçando um paralelo entre a produção literária na ruptura da Idade Média, tomando como base "Fausto" de Goethe, chega à conclusão que o projeto de modernidade identificava o conceito ético-político de justiça não só à moralidade cristã, mas numa idéia de moralidade baseada na razão e na liberdade enquanto valor primordial. Diz a autora que o pensamento predominante assentar-se-ia na idéia de que a natureza da raça humana deveria ser a natureza de todos os seres individuais, e todos os indivíduos precisam partilhar a mesma natureza. O melhor mundo possível seria visto como o mundo da ótima (ou máxima) liberdade, ótima (ou máxima) razão e ótima (ou máxima) moralidade. A natureza humana precisaria, portanto, liberdade e razão, e bondade deveria ser deduzida de uma ou de outra, ou de ambas (HELLER, 1998, p. 116).

<sup>&</sup>quot;O padrão último, absoluto, pelo qual se pode julgar a justiça e a injustiça de normas e regras pode assim ser formulado da maneira seguinte: "igual liberdade para todos; iguais oportunidades de vida para todos". Não igualdade, mas vida e liberdade são os valor incondicionais da modernidade. A igualdade é um valor condicional, no sentido de que precisa ser relacionada aos valores de liberdade e vida para dar-lhe sentido. A igualdade na miséria ou na ausência de liberdade, por exemplo, é de valor negativo" (HELLER & FEHÉR, 1998, p. 180).

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> A modernidade pode ser identificada como a *era do conhecimento racionalizado*. Seu projeto se consolida nas revoluções liberais do século XVIII e suas conseqüências perduram até os dias de hoje<sup>12</sup>. É o resultado da idealização de uma civilização voltada ao alcance da felicidade dos seres humanos, pela aquisição ilimitada de conhecimentos, como bem constata Touraine (1999, p. 38):

<sup>&</sup>quot;Os modernistas têm a consciência ingênua: eles levam a luz no meio das trevas e confiam na bondade natural do homem, na sua capacidade de criar instituições racionais, e, sobretudo, para seu interesse, que o impedem de se destruir e o conduzir à tolerância e ao respeito da liberdade de cada um. Esse universo progride por seus próprios meios, pelas conquistas da razão. A sociedade nada mais é que o conjunto dos efeitos produzidos pelo progresso do conhecimento".

gerais da razão, que propiciam o processo de validação e o entrelaçamento entre os diversos conhecimentos gerados no sistema de cognição da modernidade, caracterizando, assim, a sua identidade.

O primeiro deles é o que comumente se denomina de *princípio da causalidade*<sup>13</sup>. Prescreve a maior premissa do pensamento racional moderno, a qual determina que para todo o fenômeno a ser investigado existe uma causa adequada à sua explicação. Alçada à seara dos fenômenos sociais, esta premissa poderia ser entoada sob os seguintes dizeres: *como efeito de qualquer ação humana (causa) existe uma conseqüência (fenômeno social)*.

Mas a gnosiologia moderna foi além do princípio da causalidade e, na epistemologia das ciências naturais, desenvolveu a regra universal da *unicasalidade*: para todo o fenômeno existe apenas *uma única causa adequada* à sua explicação. Para a gnosiologia moderna, a linearidade na relação causa-efeito é o postulado racional de explicação dos fenômenos e, através dela, seria possível entender o papel do ser humano inserido no plano da realidade.

O determinismo unicausal, para alguns estudiosos como Schick (2003, p. 125), evidencia que a organização do pensamento moderno é a chave para o entendimento da ausência de liberdade na geração dos conhecimentos, paradoxalmente criada pela libertação calcada na sobrelevação da razão em face da moral religiosa norteadora do Estado feudal. Como decorrência da linearidade unicausal da racionalização do processo de identificação e explicação dos fenômenos, ressurgem do pensamento clássico os princípios lógico-formais da *identidade*, da *não-contradição* e do *terceiro excluído*, como relata Umberto Eco (2000, p. 21)<sup>14</sup>.

Esse princípio levado ao extremo pela metodologia científica do período positivista gerou uma segregação das ciências sociais, como bem constata Álvaro Ricardo Cruz (2004, p. 135):

<sup>&</sup>quot;Durante cinco séculos, as ciências sociais foram consideradas ciências de "segunda classe". O fato de o homem não poder isolar fatos/relações sociais dentro de uma laboratório e reduzir a mecânica do mundo à simplicidade do *princípio da causalidade* provocou essa sensação de inferioridade em relação às ciências exatas".

É tão importante o princípio da causalidade que determinou a feição da própria ciência moderna, na definição de Boaventura de Sousa Santos (2004, p. 29):

<sup>&</sup>quot;É um conhecimento causal que aspira à formulação de leis, à luz de regularidades observadas, com vistas a prever o comportamento futuro dos fenômenos".

Através da razão, o conhecimento passa a ser construído como um processo contínuo de geração de novos significados, sempre relacionados à explicação unicausal dos diversos signos. Na modernidade, a geração de conhecimentos válidos para a humanidade passaria pela contextualização do resultado das investigações unicausais às diversas dimensões impostas pelo processo histórico, na qual seria estruturado o conceito de aprendizado analítico.

A função do *aprendizado analítico* seria a de controlar as conseqüências das ações humanas levando-se em conta as experiências vivenciadas no âmbito do convívio coletivo. Pela sua utilização, mensurar-se-ia antecipadamente os riscos das escolhas a serem colocadas na posição de paradigmas, de fins num processo cujo futuro pudesse ser controlado. Nasce a grande ilusão moderna: a razão seria capaz de conduzir o ser humano à felicidade plena, já que estaria num estágio de eterno aprendizado.

Derivado do princípio da unicausalidade e da noção de aprendizado, exsurge como outro elemento de identificação da organização da modernidade o *raciocínio teleológico*<sup>15</sup>: para todo objetivo (fim) possível e previamente traçado, existe ao menos um meio para alcançá-lo. Escolher o melhor ou os melhores meios para alcance do fim almejado é agir racionalmente, em sintonia com a noção de aprendizado extraída das bases do postulado da unicausalidade<sup>16</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> "Para podermos explicar o mundo através das causas precisamos elaborar uma noção de cadeia unicausal: se um movimento vai de A para B, nenhuma força no mundo poderá fazer que vá de Ba para A. Para o alicerçamento da unilinearidade da cadeia causal é essencial que se assumam alguns princípios: o princípio da identidade: (A=A), o princípio da não-contradição (é impossível uma coisa ser A e não ser A ao mesmo tempo) e o princípio do meio excluído (ou A é verdadeiro ou A é falso e *tertium non datur*). Desses princípios decorre o modo de raciocínio típico do racionalismo ocidental, o *modus ponens*: se p, logo q; mas p, logo q".

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> O raciocínio teleológico não se confunde como o finalismo entoado pela religiosidade dominante no período feudal, como bem elucida Touraine (1999, p. 17):

<sup>&</sup>quot;A modernidade exclui todo o finalismo. A secularização e o desencanto de que nos fala Weber, que definiu a modernidade pela intelectualização, manifesta a ruptura necessária com o finalismo do espírito religioso que exige sempre um fim da história, realização completa do projeto divino ou desaparecimento de uma humanidade pervertida e infiel à sua missão. A idéia de modernidade não exclui a de fim da história, como testemunham os grandes pensadores do historicismo, Comte, Hegel e Marx, mas o fim da história é mais o de uma pré-história e o início de um desenvolvimento produzido pelo progresso técnico, a libertação das necessidades e o triunfo do Espírito".

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> Tamanha é a importância da teleologia que, para o direito moderno – como será exposto nos capítulos III e IV –, a equação "fim-meio" estrutura todas as teorias ditas científicas, erigidas como explicação dos fenômenos jurídicos. Isto ocorre porque a função do direito na modernidade, e também na pósmodernidade – até o presente momento – é fazer com que o convívio coletivo se mantenha estável, ao tempo em que sejam permitidas mudanças sociais idealizadas antecipadamente.

O padrão de organização do sistema cultural da modernidade evidencia a existência de um determinismo na estrutura de geração dos conhecimentos válidos para a humanidade a partir do século XVIII. Pode ser definido pela prevalência irrestrita da linearidade característica do *princípio da unicausalidade* posto como âncora da explicação dos fenômenos; pelo conceito de *aprendizado analítico*, derivado da própria unicausalidade e pelo *pensamento teleológico*, capaz de possibilitar o controle dos eventos futuros pela criação de novas tecnologias.

Naquele momento nascia para a racionalidade moderna a noção de *proporcionalidade*, derivada lógica do princípio teleológico. Se para cada fim posto como causa da conduta existe ao menos um meio a realizá-lo, a civilização deve buscá-lo. Mas se para cada fim existem ao menos dois meios a realizá-lo, a civilização deve buscar o melhor, o mais adequado (adequação); o menos oneroso (necessidade) enfim o melhor (proporcionalidade estrita).

Estes preceitos são fundamentais para a compreensão do projeto sócio-cultural da modernidade, o qual idealizou o planejamento universal das ações humanas, que por sua vez permitiria, à civilização, atingir objetivos pré-determinados, diminuir as complexidades e mazelas, fomentado uma sociedade justa e solidária, na qual o direito possuiria um papel primordial e não apenas secundário como pregava o materialismo histórico de Marx.

#### 3. O paradigma da verdade como alicerce cognitivo da modernidade.

O alicerce fundamental da gnosiologia moderna está relacionado à consolidação do conceito de *verdade*<sup>17</sup> como paradigma epistemológico das investigações científicas erigidas sob os postulados do pensamento racional. Na filosofia contemporânea, o conceito de verdade pode ser compreendido sob cinco perspectivas diferentes: verdade como *correspondência*; verdade como *revelação*; verdade como *conformidade a uma regra*; verdade como *coerência* e verdade como *utilidade*.

<sup>17</sup> Sobre a adoção do conceito de verdade na epistemologia moderna, discorre Bauman (1997, p. 143):

<sup>&</sup>quot;A disputa acerca da veracidade ou falsidade de determinadas crenças é sempre simultaneamente o debate acerca do direito de alguns de *falar com a autoridade* que alguns outros deveriam *obedecer*; a disputa é acerca do estabelecimento ou reafirmação das relações de superioridade ou inferioridade, de dominação e submissão, entre os detentores de crenças.

A *teoria* da verdade, segundo essa avaliação, trata de estabelecer superioridade sistemática e, portanto, *constante e segura* de determinadas espécies de crenças, sob o pretexto de que a elas se chegou graças a um determinado procedimento confiável, ou que é assegurado pela espécie de pessoas em que se pode confiar que o sigam".

A verdade como *correspondência* é o mais antigo dos significados e o mais divulgado deles. Pressuposto por muitas escolas pré-socráticas, o primeiro filósofo clássico a formulá-lo expressamente foi Platão, na definição de um discurso verdadeiro feita em *Crátilo*: "Verdadeiro é o discurso que diz as coisas como são; falso é aquele que as diz como não são" Para Aristóteles, esse conceito poderia ser afirmado pela frase: "Negar aquilo que é e afirmar aquilo que não é, é falso, enquanto afirmar o que é e negar o que não é, é a verdade" (ABBAGNANO, 2003, p. 995)<sup>19</sup>.

A segunda concepção acerca do termo verdade apresenta esta como uma *revelação* ou *manifestação*. Possui duas formas: a *empirista*<sup>20</sup> e a *metafísica* ou *teológica*<sup>21</sup>. A verdade como *revelação empírica* consiste naquilo que se revela imediatamente ao homem, sendo, portanto, sensação, intuição ou fenômeno. Já a *revelação metafísica* ou *teológica* consiste a idéia de que a verdade surge em modos de conhecimentos excepcionais ou privilegiados, por meio dos quais de torna evidente a essência das coisas, seu ser ou o seu princípio (Deus) (ABBAGNANO, 2003, p. 996).

A terceira noção de verdade a considera como *conformidade* com uma regra ou um conceito. Enunciada primeiramente por Platão reaparece esporadicamente na obra de Santo Agostinho e encontra sua maior expressividade na obra de Kant, que a utiliza como critério de referência à forma da verdade. Para Kant, o que contrariasse a relação

onio eriterio de referenc

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Nesta linha caminha o pensamento de Descartes sobre o que seria a verdade, identificada no discurso e não nas coisas:

<sup>&</sup>quot;Já há algum tempo eu me apercebi de que, desde os meus primeiros anos, recebera muitas falsas opiniões como verdadeiras, e de que aquilo que depois eu fundei em princípios tão mal assegurados não podia ser senão mui duvidoso e incerto; de modo que me era necessário tentar seriamente, uma vez em minha vida, desfazer-me de todas as opiniões a que até então dera crédito, e começar tudo de novo desde os fundamentos, se quisesse estabelecer algo de firme e de constante nas ciências". (Méditations – Premierè, Adam e Paul Tannery, Oeuvres de Descartes. Paris: Vrin, 19996-1978, IX, p. 13) in FORLIN, 2005, p. 25-43.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> "Aristóteles enunciava também as duas teses fundamentais dessa concepção de verdade. A primeira é que a V. está no pensamento ou na linguagem, não no ser ou na coisa (*Met.*, VI, 4, 1027 b 25). O segundo é que a medida da V. é o ser ou a coisa, não o pensamento ou o discurso: de modo que uma coisa não é branca porque se afirme como V. que ela assim é, mas afirma-se com V. que ela é branca porque é (*Met.*, IX, 10, 1051 b 5)" (ABBAGNANO, 2003, p. 995).

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> "No sentido empirista, a V. era considerada como revelação pelos cirenaicos, que viam nas sensações a própria *evidência* das coisas (Sexto Empírico, Adv. Math., VII, 199-200), pelos epicuristas, que consideravam a sensação como o critério da V. (Dióg. L., X, 31-32), e pelos estóicos, para os quais esse critério estaria na representação da *cataléptica* (v.) (Dióg. L., VII, 54)" (ABBAGNANO, 2003, p. 996).

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> "A característica fundamental dessa concepção é a ênfase dada à *evidência*, assumida ao mesmo tempo como definição e critério da verdade. Mas a evidência, obviamente, nada mais é que a revelação ou manifestação" (ABBAGNANO, 2003, p. 996).

de conformidade entre uma regra e um conceito pra efeito de elaboração da linguagem humana seria falso, porque o intelecto não poderia contradizer as suas próprias leis (ABBAGNANO, 2003, p. 998).

A quarta definição de verdade consiste em entendê-la como *coerência*, aparecendo no movimento idealista inglês da segunda metade do século XIX, mais precisamente na obra Lógica ou morfologia do conhecimento, de B. Bosanquet, em 1888. Segundo esta definição, os *graus de verdade* que o pensamento humano alcança podem ser julgados e classificados segundo o grau de coerência que possuam, embora essa coerência seja sempre aproximativa e imperfeita (ABBAGNANO, 2003, p. 998).

Já a quinta e última noção de verdade a define como *utilidade*. Pertence a algumas formas de filosofia da ação, especialmente o pragmatismo, tendo sido formulada inicialmente por Nietzsch: "Verdadeiro, em geral, significa apenas o que é apropriado á conservação da humanidade" (apud ABBAGNANO, 2003, p. 998). Toda e qualquer proposição, para ser categorizada como verdade, deverá ser útil à criação de técnicas de dominação do homem pela natureza ou para o estabelecimento de valores essenciais à convivência social.

Não obstante às diversas manifestações ideológicas sobre a noção de verdade na modernidade, certo é que os seus critérios e sua noção são fortemente influenciados pelo pensamento cartesiano, o qual reconstruiu-a pelo critério da correspondência<sup>22</sup>, iniciando a sua investigação pela colocação em dúvida de todos os conhecimentos até

-

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Sobre o tema, toma-se por base a obra de Enéias Forlin, *A teoria cartesiana da verdade*, no qual o autor chega à seguinte conclusão:

<sup>&</sup>quot;A análise que fizemos das duas primeiras *Meditações* mostra claramente que a filosofia cartesiana opera com uma única e mesma noção de verdade, a saber, a noção correspondencial de verdade. Não se trata de afirmar, porém, que o sistema cartesiano integrou pura e simplesmente a noção clássica de verdade como correspondência. Em primeiro lugar, tal noção foi, ela própria, submetida à prova crítica da dúvida e, se foi aceita, é porque conseguiu demonstrar a sua validade. Em segundo lugar, e como decorrência disso, ela sofreu uma significativa modificação, sendo integrada ao sistema cartesiano de maneira consideravelmente diversa daquela pela qual vinha sendo concebida na tradição filosófica fundada nas crenças do senso comum: 1) ela obteve sua validade pela via da intuição intelectual, e não pela percepção sensível, isto é, por uma via totalmente diferente daquela a que habitualmente estava associada; 2) não se trata mais, portanto, de situá-la numa relação de exterioridade entre nossas opiniões e as coisas que nos cercam, mas de situá-la, a partir da interioridade da consciência, numa relação entre três termos, isto é, na relação entre, opinião, idéia e realidade exterior; 4) por fim, o critério de verdade deixou de ser a experiência sensível para se converter fundamentalmente na percepção clara e distinta da mente" (FORLIN, 2005, 335/336).

então assentados em sua época, e proporcionando o surgimento da noção de percepção como um fenômeno capaz de distinguir a realidade da inverdade<sup>23</sup>.

A verdade científica na modernidade extingue a noção de dogma pautada na explicação dos fenômenos em decorrência da vontade de uma entidade metafísica (Deus), mas, paradoxalmente, reconstrói a noção dogmática através da entificação da sua própria categoria epistemológica. Para a modernidade, a verdade científica consiste na qualidade em virtude do qual um procedimento cognoscitivo qualquer se torna eficaz e obtém êxito, no que ela é influenciada pela noção de utilidade enunciada no pensamento de Nietzche.

Enquanto categoria científica da modernidade, a verdade encontra uma série de barreiras no seu emprego alocado a um dado conhecimento. A maior delas, com certeza, diz respeito à relatividade histórica da verdade. Todo o processo humano de conhecimento dos fenômenos em geral demonstra, à luz da história, que verdades tidas como infalíveis foram contestadas posteriormente de forma clamorosa, muitas vezes tendo como contraditas opiniões não só transversas como opostas<sup>24</sup>.

Como será analisado, no capítulo II, a transitoriedade histórica da verdade científica começou a ser desvendada no início do século XX, o que influenciou Karl Popper a desenvolver o seu conceito de corroboração em oposição à idéia dogmática da verdade.

### 4. Mecanismo cognitivo da modernidade.

Ao longo da pesquisa acerca da estrutura da modernidade, evidenciou-se que uma das melhores análises realizadas sobre o tema foi concebida pelo sociólogo português Boaventura de Sousa Santos, cuja obra servirá de aporte epistemológico às conclusões a serem apresentadas neste capítulo<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> São exemplos provindos da Idade Média: a rotação do sol em relação à órbita da terra; o pretenso fim dos mares e da estrutura planetária na linha do horizonte etc.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> Na transição paradigmática da modernidade à pós-modernidade essa noção de percepção objetivada será devidamente rechaçados pela micro-física de Heisenberg, pela teoria da relatividade de Einstein, pela fenomenologia da linguagem de Heidegger e Gadamer e pelas teorias da construção cognitiva do ser humano sob o padrão de autopoiese..

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Antes de adentrar na sua construção teórica de Santos, vale ressaltar que, para ele, o paradigma cultural da modernidade é constituído antes de o modo de produção capitalista ter se tornado dominante (2000, p. 76). Esta assertiva inicial é fundamental para que se possa analisar a estrutura montada para materializar o

Desenvolvendo seu pensamento sobre a prospecção inicial do projeto cultural da modernidade, Santos (2000, p. 77) afirma que este possui dois pilares básicos: *pilar da regulação* e *pilar da emancipação*.

O pilar da emancipação teria a função de gerar novos conhecimentos e tecnologias que pudessem orientar a vida prática dos cidadãos; que pudessem balizar as condutas intersubjetivas, proporcionando uma melhoria substantiva na qualidade de vida das pessoas.

Na ótica de Santos, este pilar seria informado por três racionalidades distintas, três formas diversas de materialização do pensamento racional: a *racionalidade estético-expressiva* das artes e da literatura; a *racionalidade moral-prática*, do direito e da ética e a *racionalidade cognitivo-instrumental*, das ciências e da técnica.

Já o pilar da regulação seria consubstanciado pela presença de três princípios básicos: o princípio do Estado; o princípio do mercado e o princípio da comunidade. A associação dos dois pilares tem o objetivo de estruturar a aquisição de conhecimentos essenciais à orientação do convívio coletivo dos seres humanos, voltada à preservação de valores próprios do projeto inicial.

Tal estrutura funcionaria num modelo de *sistema de freios e contrapesos*. A regulação, através das organizações de cada um dos princípios, traria a estabilidade para a diversificação das relações humanas, enquanto as racionalidades da emancipação teriam por função impulsionar as descobertas de novos conhecimentos, adequando-os às demandas sociais.

Essa engrenagem é fundamental para o entendimento do direito na modernidade, pois, dentre outros objetivos, forneceria os novos padrões de conduta intersubjetiva; os atualizaria no compasso das mudanças históricas, ao tempo em que os organizaria de forma controlada no âmago do convívio coletivo, pela antevisão e mensuração dos riscos sociais advindos das transformações sócio-culturais pelas quais fatalmente passaria a humanidade.

sistema de valores da modernidade antes da ascensão do modo produção capitalista e as transformações geradas no sistema cognitivo assim que o capitalismo norteou os mecanismos de geração de riquezas para a civilização moderna.

.

Nessa linha de pensamento, Santos (2000, p. 77) identifica "cálculos de correspondência" <sup>26</sup> entre os princípios e as racionalidades. Cada linha de entrelaçamento destes princípios consubstanciaria uma dimensão cultural da modernidade: o princípio do Estado e a racionalidade moral-prática formam a dimensão cultural do Estado; o princípio do mercado alinhado à racionalidade cognitivo-instrumental consubstancia a dimensão cultural do mercado e, por fim, o princípio da comunidade, juntamente com a racionalidade estético-expressiva, consolida a dimensão cultural da comunidade:

Quadro Sinótico 1-1

### DIMENSÕES CULTURAIS DA MODERNIDADE

DIMENSÃO DO ESTADO	DIMENSÃO DO MERCADO	DIMENSÃO DA COMUNIDADE
Princípio do Estado	Princípio do Mercado	Princípio da Comunidade
Racionalidade moral-prática	Racionalidade cognitivo-instrumental	Racionalidade estético-expressiva

Na idealização original do projeto sócio-cultural a interligação entre as diversas dimensões ocorreria sob o padrão de *rede aleatória*<sup>27</sup>, de maneira que subsistisse eqüidistância entre os elos da conformação da estrutura final de inter-relacionamento entre as mencionadas dimensões. Na condição de rede aleatória, as dimensões estariam

<sup>-</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> "Como em qualquer outra construção, estes dois pilares e seus respectivos princípios ou lógicas estão ligados por cálculos de correspondência. Assim, embora as lógicas de emancipação racional visem, no seu conjunto, orientar a vida prática dos cidadãos, cada uma delas tem um modo de inserção privilegiado no pilar da regulação. A racionalidade estético-expressiva articula-se privilegiadamente com o princípio da comunidade, porque é nela que se condensam as idéias de identidade e de comunhão sem as quais não é possível contemplação estética. A racionalidade moral-prática liga-se preferencialmente ao princípio do Estado na medida em que a este compete definir e fazer cumprir um mínimo ético para o que é dotado do monopólio da produção e da distribuição do direito. Finalmente, a racionalidade cognitivo-instrumental tem uma correspondência específica com o princípio do mercado, não só porque nele se condensam as idéias de individualidade e da concorrência, centrais ao desenvolvimento da ciência e da técnica, como também porque já no século XVIII são visíveis os sinais da conversão da ciência numa força produtiva" (SANTOS, 2000, p. 77).

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Sobre as redes aleatórias, escrevem Barabási e Bonabeau (2003, p. 66): "... apesar da localização randômica dos links, o sistema resultante será profundamente democrático: a maioria dos nós terá aproximadamente a mesma quantidade de conexões. De fato, em uma rede aleatória os nós obedecem a uma posição de Poisson, em forma de sino, e os nós com um número de *links* significativamente superior ou inferior à média são extremamente raros".

interligadas e influiriam uns nos outros, consubstanciando um equilíbrio nas relações de poder intra-sociais:

Figura 1-1



Observa-se que as redes aleatórias são formadas por "nós" (pontos de intersecção entre as setas) que representam um equilíbrio na influência intra-sistêmica dos elementos que compõem a estrutura do projeto sócio-cultural da modernidade, já que os "nós" possuem a mesma quantidade de conexões. Essa conformação inicial da estrutura do sistema cultural da modernidade evidencia uma distribuição democrática de poder entre as dimensões, subsistindo uma funcionalidade equilibrada no processo de produção do conhecimento.

Na sua idealização inicial (século XVI ao século XVIII), como sistema de freios e contrapesos, a produção cognitiva da modernidade seria capaz de conciliar o desenvolvimento harmonioso de valores (objetivos) tendencialmente contraditórios, como justiça e autonomia privada; solidariedade e identidade; emancipação e subjetividade; liberdade e igualdade, pois seriam suportados por dimensões interrelacionadas equanimente (SANTOS, 2000, p. 78)<sup>28</sup>.

#### 4.1. Ascensão do modelo capitalista de produção.

O sistema cultural norteador da produção de conhecimentos na modernidade foi engendrado a partir de uma estrutura baseada em dimensões (organizações e racionalidades) que deveriam funcionar por um mecanismo auto-regulável de freios e

-

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> "Tal é possível por a construção abstrata dos valores não dar à partida a primazia a nenhum deles e por as tensões entre eles serem reguladas por princípios complementares. Nestas condições, todas as tensões possíveis são positivas e as provisórias incompatibilidades entre os valores transformam-se numa competição *ad infinitum* segundo as regras de um jogo de soma positiva".

contrapesos, onde as relações de poder fossem distribuídas equanimente. Ocorre que esse projeto se desgovernou quando da ascensão descomunal do modelo de produção capitalista, passando a comportar um desequilíbrio que ainda está longe de ser corrigido<sup>29</sup>.

A partir do século XIX, com a ascensão do modo de produção capitalista como meio hegemônico de condicionamento das relações econômicas, a estrutura do sistema cultural da modernidade sofre profundas alterações, que podem ser identificadas, basicamente, pela distinção de três períodos históricos: o *capitalismo liberal* do século XIX; o *capitalismo organizado*, do final do século XIX e início do século XX e o *capitalismo financeiro* ou *desorganizado* que se inicia no final da década de sessenta (SANTOS, 2000)<sup>30</sup>.

Ressalvado o período do capitalismo organizado, no qual o Estado teve papel fundamental na organização das relações pautadas na dinâmica *capital-trabalho*, intervindo na economia muitas vezes por absorção de atividade econômica (monopólios estatais na siderurgia, petróleo etc.), a dimensão do mercado ditou a produção de conhecimentos a partir do século XIX.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Essa análise prévia é fundamental para que sejam contextualizadas as mudanças pelas quais perpassou o micro-sistema jurídico de controle de constitucionalidade no Brasil, e quais influências este sofreu da lógica de produção do sistema capitalista nas últimas duas décadas em razão das alterações decorrentes do processo de aceleração da globalização da economia.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> *Iº Fase – Período Capitalista Liberal*: surgimento da cultura capitalista com a valorização do mercado e do próprio homem enquanto ente propulsor da lógica de consumo. *Conseqüências*: valorização do humanismo através do sobrelevo da liberdade individual e, em decorrência, explosão das contradições do projeto de modernidade (solidariedade e identidade; justiça e autonomia: igualdade e liberdade).

<sup>2</sup>º Fase — Período de Expansão do Imperialismo Capitalista (Capitalismo Organizado): coincidência com o positivismo de Comte, enquanto ideologia pregada para sustentar a idéia de superestrutura uniforme para as diversas nações em desenvolvimento. Conseqüências: importe de regras jurídicas dos países ditos desenvolvidos; o início do fenômeno da aculturação pelo capitalismo; adensamento da articulação entre o Estado e a sociedade com o advento da legislação social, sob o manto das reivindicações proletárias contraditas às distorções econômicas patrocinadas pela mais-valia.

<sup>3</sup>º Fase — Período de Imposição Política do Capitalismo Financeiro (Capitalismo Desorganizado): iniciada na década de sessenta, esta fase caracteriza-se pela política intervenção direta dos países do 1º escalão capitalista nas nações que buscavam seu posicionamento ideológico num mundo estratificado na dualidade de modelos econômicos. Conseqüências: castração das políticas de emancipação soerguidas por agentes vanguardistas dos países da semiperiferia; crise do aumento da produção (crescimento das escolhas) aliada à diminuição da capacidade de consumir (concentração de renda); fim dos monopólios de interpretação (Igreja, Estado e Família) o que, contrariando o paradigma da modernidade de autonomia da interpretação, levou à ausência de interpretação pela manipulação da consciência popular, a partir dos instrumentos concedidos pelos fenômenos da aculturação, deseducação e despolitização dos indivíduos.

A justificativa para dimensão mercadológica ter se sobrelevado em relação às demais é encontrada na co-relação existencial entre os objetivos do modo de produção capitalista e os valores desenvolvidos pela organização do mercado após as revoluções liberais. Com a derrocada do sistema mercantilista e a sobrelevação de princípios do liberalismo clássico pelos fisiocratas e, posteriormente, por Adam Smith – todos calcados nas premissas erigidas por Locke –, o apogeu do modo de produção capitalista seria apenas uma questão de tempo.

A partir desse desequilíbrio na estrutura da modernidade, fenômenos como a economização dos conhecimentos e a própria monopolização de geração destes pela racionalidade cognitivo-instrumental da ciência se evidenciaram como um novo paradigma<sup>31</sup>. Com a ascensão do modelo capitalista de geração de riquezas, todas as formas de soerguimento do conhecimento passaram a ser influenciadas direta ou indiretamente pela lógica econômico-científica, o que fez com que as demais racionalidades autônomas se tornassem satélites da racionalidade cognitivo-instrumental da dimensão do mercado<sup>32</sup>.

Para entender melhor esse desequilíbrio, é necessário identificar os pontos de divergência dessas dimensões, clarificados pela depuração dos valores de cada uma delas. Ainda tomando como base a obras de Santos, (2000), é possível dizer que os princípios do Estado, do mercado e da comunidade estão bem definidos em nível de racionalidade nas obras de Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, respectivamente. Pretende-se obter dos estudos sobre estes três contratualistas um quadro axiológico geral do sistema cultural da modernidade, que possibilitará uma

.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> Para a conclusão deste trabalho esta premissa é fundamental, visto que o direito também começou a ser estudado sob o manto desse paradigma, que, mesmo imperceptível, acarretou consigo uma paranóia quase esquizofrênica dos estudiosos do direito. Fez com que Kelsen, no início do século XX, criasse a tão discutida teoria pura do Direito – que se constitui numa tentativa de cientificar o conhecimento jurídico –, sedimentando as relações jurídicas pautadas exclusivamente no seu caráter normativo.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> "A realização desse equilíbrio dinâmico foi confiada às três lógicas de racionalidade atrás mencionadas: a racionalidade moral-prática, a racionalidade estético-expressiva e a racionalidade cognitivo-instrumental. Vimos, porém, que nos últimos duzentos anos a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da tecnologia se foi impondo às demais. Com isto, o conhecimento-regulação conquistou a primazia sobre o conhecimento-emancipação: a ordem transformou-se na forma hegemônica de ignorância. Esse desequilíbrio em favor do conhecimento-regulação permitiu a este último recodificar nos seus próprios termos o conhecimento-emancipação. Assim, o estado de saber no conhecimento-emancipação passou a estado de ignorância no conhecimento-regulação (a solidariedade foi recodificada como caos) e, inversamente, a ignorância no conhecimento-emancipação passou a estado de saber no conhecimento-regulação (o colonialismo foi recodificado como ordem)" (SANTOS, 2001, p. 79).

analise posterior do processo dialógico e sistêmico de produção do direito, tema essencial às conclusões desse trabalho.

#### 4.2. Valores da dimensão do Estado em Thomas Hobbes.

Pouco se sabe sobre a vida pessoal de Thomas Hobbes. Inglês, nasceu em 05 de abril de 1588, em Westport, Malmesbury. Ao contrário do que se poderia imaginar, inicialmente a predileção científica de Hobbes convergiu sobre os estudos da física. Concluiu a primeira edição de sua principal obra, *O Leviatã*, somente em 1651. Faleceu em 1679.

Descrente da possibilidade de pacificação social em função de uma harmonia natural entre os homens, Hobbes (1999) depura o sentido máximo do Estado moderno. Alça-o ao patamar de fim último e desígnio dos homens, como sua forma de preservação e bem-estar. Para o filósofo (HOBBES, 1999, p. 141) <sup>33</sup>, os homens não conseguiriam sobreviver em sociedade, visto que a realização das suas liberdades acarretaria o esfacelamento da paz social nas trincheiras da violência e da incapacidade de promoção do bem comum.

Mais que enaltecer a onipresença do Estado como fator primaz da possibilidade de convivência humana em coletividade, Hobbes (1999) tece um discurso que permeia, em vários trechos, os valores essenciais em que o Estado se assenta na modernidade. Faz referências à aspereza com que os homens se tratam em face da ilimitável liberdade individual que o estado puro de natureza propicia<sup>34</sup>.

33 "Porque as leis da natureza (como a justiça, a equidade, a modéstia, a piedade, ou, em resumo, fazer aos outros o que queremos que nos façam) por si mesmas, na ausência do temor de algum poder capaz de levá-las a ser respeitadas, são contrárias à nossas paixões naturais, as quais nos fazem tender para a parcialidade, o orgulho, a vingança e coisas semelhantes. E os pactos sem a espada não passam de palavras, sem força para dar a menor segurança a ninguém. Portanto, apesar das leis de natureza (que cada um respeita quando tem vontade de respeitá-las e quando pode fazê-lo com segurança), se não for instituído um poder suficientemente grande para nossa segurança, cada um confiará, e poderá legitimamente confiar, apenas em sua própria força e capacidade, como proteção contra todos os outros".

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> Em nenhuma outra passagem de *O Leviatã*, chega com tanta contundência à conclusão de que o fim maior do Estado é a mantença da *segurança* ou *ordem* social, quando fala da primeira e da segunda lei natural:

<sup>&</sup>quot;É dado que a condição do homem (conforme foi declarado no capítulo anterior) é uma condição de guerra de todos contra todos, sendo neste caso cada um governado por sua própria razão, e não havendo nada, de que possa lançar mão, que não possa servi-lhe de ajuda para a preservação de sua vida contra seus inimigos, segue-se daqui que numa tal condição todo homem tem direito a todas as coisas, incluindo os corpos dos outros. Portanto, enquanto perdurar este direito de cada homem a todas as coisas, não poderá haver para nenhum homem (por mais forte e sábio que seja) a segurança de viver todo o tempo que geralmente a natureza permite aos homens viver".

Primando pelo pleno exercício de suas liberdades irrestritas no estado de natureza, os homens nunca alcançariam a ordem social necessária para o desenvolvimento do cotidiano coletivo. Por este raciocínio, Hobbes (1999, p. 114) erige o que denomina de segunda lei da natureza ou propriamente seu conceito de liberdade: "Que um homem concorde, quando outros homens o façam, e na medida em que tal considere necessário para a paz e para a defesa de si mesmo, em renunciar a seu direito a todas as coisas, contentando-se, em relação aos outros homens, com a mesma liberdade que aos outros homens permitem relação a si mesmo". Este enunciado legal seria derivado diretamente da primeira ordenação, qual seja, a necessidade vital de preservação da paz, nem que para tanto se realize a guerra.

À sua maneira, Hobbes erige as bases do que futuramente seria entendida como a moderna função intervencionista do Estado, vez que encontra no contrato social a resposta para a limitação da liberdade e sua necessária ponderação ao ideal de igualdade entre os homens, criando assim o espectro da idéia de sistema equilibrado de convivência social, reconhecendo a oposição real entre os dois valores.

O contrato traria a paz, sendo por ele instrumentalizada a criação do próprio Estado. Neste ponto, poder-se-ia concluir que o Estado tem de agir para equacionar a tensão mantida entre liberdade e igualdade transmutando-a a um patamar equável em que os seres pudessem conviver harmonicamente. Para a realização de tal proeza, urgia a ratificação do mito da *autoridade* pelo Estado nas rédeas da democracia representativa<sup>35</sup>, e assim foi escrito Hobbes (1999, p. 144)<sup>36</sup>, ao discorrer a respeito do

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> "A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de defendê-los das invasões dos estrangeiros e das injúrias uns dos outros, garantindo-lhes uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda sua força e poder a um homem, ou a uma assembléia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por uma pluralidade de votos, a uma só vontade. O que equivale a dizer: designar um homem ou uma assembléia de homens como representante de suas pessoas, considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que representa sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo que disser respeito à paz e segurança comuns; todos submetendo assim suas vontades à vontade do representante, e suas decisões á sua decisão" (HOBBES, 1999, p. 143/144).

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> "Feito isto, à multidão assim unida numa só pessoa se chama *Estado*, em latim *civitas*. É esta a geração daquele grande Leviatã, ou antes (para falar em termos mais relevantes) daquele *Deus Mortal*, ao qual devemos, abaixo do *Deus Imortal*, nossa paz e defesa. Pois graças a esta autoridade que lhe é dada por cada indivíduo no Estado, é-lhe conferido o uso de tamanho poder e força que o terror assim inspirado o torna capaz de conformar as vontades de todos eles, no sentido da paz em seu próprio país, e da ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros. É nele que consiste a essência do Estado, a qual pode ser assim definida: Uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa do bem comum.

poder comum, resultado da transferência do autogoverno das pessoas a seus governantes.

A desenvoltura de suas idéias em relação ao Estado faz de Hobbes o filósofo iluminista que decantou com maior substância as estruturas basais do direito moderno. Como será abordado adiante, Rousseau, considerado por alguns como "o fundador da democracia na modernidade" (BURNS, 1970, p. 602), erige seu conceito de Comunidade como uma forma de repensar o Estado a partir da legitimidade que é aferida exclusivamente pelo povo enquanto estrutura social organizada.

Ao contrário de Rousseau, Hobbes não encontra em suas reflexões nenhuma positividade no corpo social alijado do poder organizado nas instituições do Estado. Sua filosofia vai ao encontro da identidade do Estado na supremacia do governo como paradigma reluzente da preservação das ambições sociais da humanidade, o que hoje se perpetua por um dos pilares da teoria do ramo do direito que mais se aproxima do Estado, o direito administrativo, cujo preceito fundamental é subjacente à defesa da indisponibilidade do interesse público pela administração.

Hobbes é enfático neste sentido, sendo o primeiro filósofo moderno a enxergar a autoridade como um fim em si mesma e não como um meio para o alcance do interesse público<sup>37</sup>. No pensamento hobbesiano não há espaço para delegação dos poderes inerentes à soberania, pelo representante legitimamente instituído, não ficando claro, em sua filosofia, se haveria alternativa à monarquia como regime de governo. Todavia, são patentes a inexorabilidade e intangibilidade da autoridade, ao aduzir que os direitos do soberano são intransferíveis. O controle destes poderes seria o primeiro dever do representante soberano.

Hobbes (1999, p. 251) institui definitivamente o mito da autoridade, que não se encontra em sua teoria na pessoa do soberano e sim na rigidez com que a representatividade se impõe como um fim do próprio Estado. É nítido que o filósofo

Àquele que é portador dessa pessoa se chama soberano, e dele se diz que possui poder soberano. Todos os restantes são súditos".

<sup>37</sup> "[...] dado que todo súdito é por instituição autor de todos os atos e decisões do soberano instituído, segue-se que nada do que este faça pode ser considerado injúria para com qualquer de seus súditos, e que nenhum deles pode acusá-lo de injustiça. Pois quem faz alguma coisa em virtude da autoridade de um outro não pode nunca causar injúria àquele em virtude de cuja autoridade está agindo" (1999, p. 147).

encontra na representatividade dos monarcas ou dos parlamentos, o elo de ligação entre o soberano e o Estado.

Impedidos de falar em nome de Deus estariam todos os súditos<sup>38</sup>, pois ele falaria sempre através do soberano que, por sua vez, se incumbiria em exercer a função de guardião da lei da natureza: a preservação da *segurança* do povo. Dos filósofos analisados nesta dissertação, Hobbes é aquele que, de forma mais completa, antevê os princípios gerais da uma dimensão moderna do Estado.

#### 4.3. Valores da dimensão do mercado em John Locke.

John Locke nasceu na Inglaterra e viveu de 1632 a 1704. Teve sua iniciação acadêmica aos vinte anos em Oxford, até ser expulso, 32 anos depois, de forma ilegal e contra a sua vontade. Sua obra mais importante foi titulada de *Dois tratados sobre o governo*, cuja autoria nunca chegou a assumir em vida, tendo em vista a grande consternação que suas idéias causavam ao regime estabelecido. A única prova de que estes escritos pertencem a Locke foi produzida por uma cláusula em seu testamento, pela qual deixava à biblioteca de Oxford o texto original.

Pode-se afirmar que sua contribuição à primeira formação do Estado liberal se deu através do seu "Segundo tratado sobre o governo" (1998, p. 65-96). Inicia seu pensamento descrevendo o estado de natureza, o qual consistiria na plena realização da liberdade e da igualdade pelos homens, dentro dos limites traçados pela própria lei que o regia (lei da natureza). Tal estado permitiria que os homens se relacionassem com plena liberdade no tocante à possibilidade de disposição dos seus bens, ressalvada a vedação de prejudicar outrem em sua vida, saúde, liberdade ou posses, excetuadas as sanções imputadas aos infratores da lei da natureza. Neste caso, estes deveriam ser castigados na proporção da lesão causada à paz social, inclusive visando que outros não cometessem o mesmo delito.

De fato, Locke (1998, p. 472/473) acreditava piamente na existência de um estado de natureza que antecedera a sociedade civil. Identificava que os príncipes e chefes de governo do seu tempo permaneciam nesse estado de natureza, no que esboçava o início da diferenciação entre o Estado e a comunidade. Para o autor, somente existiria

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> Essa linha de raciocínio rompe, definitivamente, com o elemento puramente metafísico na configuração do conceito de soberania.

sociedade política caso houvesse um acordo entre os homens que viabilizasse um gerenciamento da lei da natureza, sendo que a diferença entre os conceitos de Estado e comunidade não nasce da desconexão entre os significados de *estado de natureza* e *sociedade política ou civil* <sup>39</sup>. Para Locke, esta distinção exsurge da disparidade entre os homens comuns que não se governam diretamente e aqueles que detém a autoridade concedida pela comunidade<sup>40</sup>.

A principal contribuição de Locke à teoria do contrato social e à ascensão da classe burguesa foi fornecida pelo seu *estatuto da propriedade privada na modernidade*. Para ele, a idéia de apropriação dos bens e recursos naturais pelos indivíduos deveria ser entendida como uma extensão do próprio ser humano, visto que a sua preservação se constituiria no fim maior da sociedade política<sup>41</sup>. Conferiu um *status* à propriedade privada nunca antes defendido com tanta veemência no curso do sistema absolutista de gerência do poder<sup>42</sup>.

Mesmo ampliando o conceito de propriedade para além das fronteiras dos bens materiais, Locke foi fundamental para que a sociedade européia assimilasse, no amadurecimento do projeto da modernidade, que os objetos de acúmulo de riquezas do ser humano são extensões da sua própria existência enquanto ser social. Seu

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> "E assim, tendo sido excluído o juízo particular de cada membro individual, a comunidade passa a ser o arbítrio mediante regras fixas estabelecidas, imparciais e idênticas para todas as partes, e, por meio dos homens que derivam sua autoridade da comunidade para a execução dessas regras, decide todas as diferenças que porventura ocorram entre quaisquer membros dessa sociedade acerca de qualquer questão de direito; e pune com penalidades impostas em lei os delitos que qualquer membro tenha cometido contra a sociedade" (1998, p. 458).

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> No direito moderno essa disparidade se perpetua como verdade atemporal pelo preceito da indisponibilidade do interesse público pela administração (MELLO, 2000, p. 34). Esta assertiva fica patente pela similaridade mentida entre os conceitos de *Estado* e *Administração*, dissociados da idéia de sociedade civil ou comunidade. Isso evidencia que nem sempre há uma necessária cumplicidade entre o que a sociedade pensa e o que o Estado faz em seu prol.

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> Ao dissertar sobre a escravidão, Locke tocou no assunto escrevendo que: "Tendo esses homens, tal como digo, perdido o direito à vida e com ela as liberdades, bem como suas propriedades, e estando não estado de escravidão, não sendo capazes de posse nenhuma, não podem, pois ser considerados parte da *sociedade civil*, uma vez que o principal fim desta é a preservação da propriedade (1998, p. 456).

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> "Tendo o homem nascido, tal como se provou, com título à liberdade perfeita e a um gozo irrestrito de todos os direitos e privilégios da lei da natureza, da mesma forma que qualquer outro homem ou grupo de homens no mundo, tem ele por natureza o poder não apenas de preservar sua propriedade, isto é sua *vida*, *liberdade e bens* contra as injúrias e intentos de outros homens, como também de julgar e punir as violações dessas leis por outros, conforme se convença merecer o delito, até mesmo com a morte, nos casos em que o caráter hediondo do fato, em sua opinião, assim o exija" (1998, 458).

pensamento também foi imprescindível para justificar a propriedade como um fenômeno natural, legitimando-a pelo trabalho<sup>43</sup>.

A associação da propriedade ao trabalho serviu de questionamento para riqueza dos nobres e da comunidade eclesiástica<sup>44</sup>, consubstanciando uma tese edificante dos alicerces teóricos necessários para que a burguesia pudesse obter o controle do poder político pelo desenvolvimento ulterior da fisiocracia enquanto modelo econômico da primeira fase da Revolução Francesa. Seu discurso foi fundamental para a queda do regime absolutista no campo político e à derrocada do matiz místico no campo ideológico pela sobrelevação do pensamento racional na explicação da desigualdade sócio-econômica entre os homens, fundada no valor do trabalho.

Por estes dizeres, Locke concedeu as condições para que a burguesia pudesse galgar espaço e ascender ao poder político na França através do processo revolucionário desencadeado em 1789 e principalmente pela superação do sistema mercantilista. Na sua obra, ao tempo em que se encontra a legitimação da propriedade privada pelo trabalho, apresentam-se também as bases para o desenvolvimento de uma teoria efetivamente econômica que viria a avalizar a *livre iniciativa* como um dos fundamentos da sociedade política moderna.

O único valor mercadológico da modernidade não idealizado diretamente por intermédio de sua obra foi o *lucro*, o que não impediu que os fisiocratas desenvolvessem-no anos depois, sendo a sua legitimidade lapidada na doutrina de Adam Smith (BURNS, p. 604/605). O fato é que Locke foi árduo defensor do controle da propriedade privada<sup>45</sup>, apesar de ter fornecido as fundações de um sistema que posteriormente viria a ser denominado de capitalismo.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> "Mas, sendo agora a *principal questão da propriedade* não os frutos da terra e os animais que destes subsistem, e sim *a própria terra*, como aquilo que tem em si e carrega consigo todo o resto, creio que está claro, também neste caso, a *propriedade* é adquirida como no caso anterior. *A extensão da terra* que um homem pode arar, plantar, melhorar e cultivar e os produtos dela que é capaz de usar constituem sua *propriedade*. Mediante o seu trabalho, ele, por assim dizer, delimita para si parte do bem comum".

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> É preciso que se tenha em consideração que o conceito de trabalho para os iluministas não incluía os ofício eclesiásticos mantidos pela Igreja Católica, visto que sempre foram entendidos como atividade sacrossanta destituída de correspondência com os problemas físicos e mundanos do ser humano. Essa concepção de Igreja é inconfundível, portanto, com a noção que conhecemos a partir do trabalho da pastoral da terra no Brasil, por exemplo.

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> Locke foi um árduo defensor da produtividade como limitação ao direito de propriedade. Dizia o filósofo inglês que: (...) se o ato de colher uma bolota ou outros frutos da terra etc. dá o direito a eles,

#### 4.4. Valores da dimensão da comunidade em Jean-Jackes Rousseau.

Jean-Jackes Rousseau nasceu no ano de 1712 em Genebra, vivendo até 02 de julho de 1778. Ao longo de sua jornada filosófica, Rousseau escreveu grandes obras sobre temas como a arte, a música, a literatura, as ciências e, notadamente, sobre a sociedade política e a desigualdade social entre os homens. Dentre suas obras mais célebres figuram: Discurso sobre as ciências e as artes, que lhe rendeu a láurea em 1750; Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens, publicado em 1755; O contrato social e Émile, obras publicadas em abril e maio de 1762. Analisar-se-ão, neste tópico, as três primeiras obras supramencionadas.

No *Discurso sobre as ciências e as artes*, Rousseau esboça a sua teoria sobre a felicidade bucólica, da qual desfrutavam os homens no estado de natureza, antes que as artes e as ciências lhes usurpassem a plena liberdade. Foi essa máscara de sabedoria trazida pelo conhecimento clássico, pela filosofia, que fundou intelectualmente a base das desigualdades entre os homens e os pressupostos para o tempo de angústias e frustrações, contemporâneo à existência de Rousseau<sup>46</sup>.

Já no seu *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens* descreve o que seria o estado de natureza antes do advento das convenções, do governo, da autoridade e das desigualdades. Contrapondo-se à opinião de Hobbes<sup>47</sup>, que enxerga no homem um mordaz combatente, incessantemente disposto ao ataque, Rousseau descreve um homem integrado à natureza, robusto e em equilíbrio com seu ecossistema.

qualquer um poderá *açambarcar* tanto quanto queira. Ao que respondo que não. A mesma lei da natureza que por este meio nos concede a propriedade, também *limita* essa *propriedade*. Deus deu-nos de tudo em abundância (1 Tm 6, 17) é a voz da razão confirmada pela revelação. Mas até que ponto ele no-lo deu? *Para usufruirmos*. Tanto quanto qualquer pessoa possa fazer uso de qualquer vantagem da vida antes que se estrague, disso pode, por seu trabalho, fixar a propriedade. O que quer que esteja além disso excede sua parte e pertence aos outros. Nada foi feito por Deus para que o homem estrague ou destrua.

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> "Enquanto o governo e as leis suprem à segurança e ao bem-estar dos homens reunidos, as ciências, as letras e as artes, menos despóticas e talvez mais poderosas, estendem guirlandas de flores nas correntes de ferro que eles carregam, sufocam-lhes os sentimentos dessa liberdade original para a qual pareciam ter nascido, fazem-nos amar sua escravidão e formam o que chamamos de povos policiados. A necessidade ergueu os tronos, as ciências e as artes os consolidaram.

<sup>(...)</sup> Onde não há nenhum efeito, não há causa que procurar; porém aqui o efeito é certo, a depravação real, e nossas almas foram se corrompendo à medida que nossas ciências e nossas artes avançaram para a perfeição" (1999, p. 12-15).

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> "Não vamos, sobretudo, concluir com Hobbes que, por não ter a menor idéia da bondade, o homem seja naturalmente mau; que seja vicioso por não conhecer a virtude; que sempre recuse aos seus semelhantes favores que não crê dever-lhes; nem que, em virtude do direito, que se atribui com razão, às coisas de que necessita, imagine loucamente ser o único proprietário de todo o universo" (ROUSSEAU, 1999, p.188).

Os homens, no estado de natureza tracado por Rousseau, vivem despreocupados com a sua segurança pessoal e não sofrem os males da civilização<sup>48</sup>.

Rousseau é um crítico mordaz da civilização de sua época. Traduz em seu discurso o total desprezo pela cultura do seu tempo e pela forma com que os homens se distinguem uns dos outros, em razão da sobrelevação de valores menores e artificiais. Nega o excesso e mostra um retrato, demasiado cru, do desprezo dos homens civilizados pela dignidade, honra, ética e moral<sup>49</sup>.

Defensor contumaz do estado de natureza, dizia que este era o mais conveniente para a manutenção da paz e o mais propício ao desenvolvimento do gênero humano. Para Rousseau – desmistificando uma postura piegas que lhe é atribuída por alguns quando comentam sua obra - os homens eram bons, essencialmente, porque conseguiam conviver em harmonia com a natureza e os demais animais que o circundavam neste estado. Talvez tenha sido o primeiro ambientalista da modernidade, característica que não é muito enaltecida pelos comentaristas da sua obra.

Com a civilização, o homem teria se afastado desse estágio ideal para construir desigualdades artificiais e altamente prejudiciais à sua própria existência, principalmente as baseadas na riqueza e no acúmulo incontrolável de propriedades por uns, o que gera a miséria de tantos outros. Como é perceptível, a teoria de Rousseau se assenta na sobrelevação do valor da *igualdade*, reincidente no decorrer de sua obra.

No que concerne ao direito, Rousseau é implacável. Insinua que as desordens e os ilícitos combatidos pelas leis são criados por elas próprias, já que estas não existiriam

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> "Aí está, sem dúvida, a razão por que os negros e os selvagens se preocupam tão pouco com os animais ferozes que podem encontrar nos bosques. Os caraíbas da Venezuela, entre outros, vivem, a esse respeito, na mais profunda segurança e sem o menos inconveniente. Embora andem quase nus, diz Francisco Coreal, não deixam de expor-se afoitamente nos bosques, armados somente de flecha e arco. Jamais se ouviu dizer, entretanto, que algum deles tenha sido devorado por animais" (1999, p. 167).

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> "A extrema desigualdade na maneira de viver, o excesso de ociosidade, em uns, o excesso de trabalho em outros, a facilidade de exacerbar e satisfazer nossos apetites e nossa sensualidade, os alimentos muito requintados dos ricos, que os nutrem com sucos constipativos e os deixam prostrados de indigestões, a má alimentação dos pobres, da qual carecem até no mais das vezes e cuja falta os leva a sobrecarregar avidamente o estômago quando possível, as vigílias, os excessos de toda espécie, os arrebatamentos imoderados de todas as paixões, as fadigas e o esgotamento do espírito, os desgostos e os inúmeros pesares que se experimentam em todos os estados e pelos quais as almas são perpetuamente corroídas: eis a prova de que a maioria de nossos males é obra nossa e de que os teríamos evitado quase todos conservando a maneira de viver simples, uniforme e solitária que nos era prescrita pela natureza" (Rousseau, 1999, p. 169/169).

sem tais males. Exemplifica dizendo que o dever de uma fidelidade eterna só serve para provocar adultérios e mesmo as leis da continência e da honra aumentam necessariamente a devassidão e multiplicam os abortos. Pela obra analisada, Rousseau deixa claro que a civilização foi erigida sob a égide da lei do mais forte, circunstância inexistente no estado de natureza.

Numa fase mais madura da vida, Rousseau escreve sua grande obra *O contrato social*. Diz que o pacto social exsurge da necessidade de os homens terem encontrado obstáculos prejudiciais à sua subsistência no estado de natureza, os quais poderiam a vir sobrepujar a sua sobrevivência e as forças de cada individuo para se manterem nesse estado. Para Rousseau (1996, p. 20/21), o objetivo do contrato social seria "encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda força comum as pessoas e os bens de cada associado, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedeça, contudo a si mesmo, e permaneça tão livre quanto antes". A cláusula única desse contrato seria a alienação total, de cada associado, com todos os seus direitos, à comunidade<sup>50</sup>.

Essa foi a principal contribuição de Rousseau para o direito na modernidade. Sua obra estandardizou o valor da soberania popular como única forma de alcance do interesse público<sup>51</sup>. Dos três filósofos analisados, Rousseau foi o que mais conspirou em favor dos direitos do povo, pelos movimentos que antecederam a Revolução Francesa. Sobrelevou e integralizou numa unidade os valores da *liberdade*, da *igualdade* e da *solidariedade*<sup>52</sup>, criando um novo conceito de Estado: a *comunidade*.

Nesta sociedade, consubstanciada pela idéia indissolúvel de inter-relacionamento entre a liberdade, a igualdade e a solidariedade, "todo poder emanaria do povo". Ou seja, todo o poder ao povo para libertar os homens da opressão do Estado (*liberdade*); igualá-los em direitos, em deveres e condições sócio-econômicas (*igualdade*) e fazer com que comunguem um único sentimento de afeição recíproca (*solidariedade*).

<sup>50</sup> É preciso salientar, no entanto, que a Comunidade de população na tomada de Rousseau não coincide com o conceito de sociedade civil que utilizamos hodiernamente. Comunidade seria uma organização social capaz de viabilizar para o ser humano a democracia plena pela participação direta das decisões políticas.

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> "Pela mesma razão por que é inalienável, a soberania é indivisível, visto que a vontade é geral ou não o é; ou é a do corpo do povo, ou unicamente de uma parte. No primeiro caso, essa vontade declarada é um ato de soberania e faz a lei; no segundo, não passa de uma vontade particular ou de um ato de magistratura; é, quando muito, um decreto" (ROUSSEAU, 1999, p. 34/35).

<sup>&</sup>lt;sup>52</sup> Atualmente, a idéia de *fraternidade* é cunhada com o nome de *solidariedade*, para distanciá-la da religião e aproximá-la da razão. Na minha opinião, poderiam ser entendidas como sinônimas.

Na democracia de Rousseau não havia espaço para a representatividade se ao povo não fosse dada a oportunidade de ratificar os atos legislativos<sup>53</sup>. Por essa defesa inexorável da soberania popular, Rousseau é considerado o "pai" de democracia moderna. Além de árduo defensor dos valores essenciais da Revolução Francesa – tanto que seu busto foi carregado em noite de glória quando da queda da bastilha – foi o construtor definitivo da indissociável relação existente entre interesse público e democracia na modernidade. Todavia, mesmo advogando pela democracia direta, não foi capaz de fazer com que o sistema político moderno a absorvesse como procedimento de confecção das decisões políticas. A democracia possível ou real, na visão da racionalidade moderna, é a democracia representativa, como ver-se-á no quinto tópico deste capítulo.

# 4.5. Quadro axiológico do sistema cultural da modernidade.

As teorias do contrato social, mesmo que não mais adequadas à explicação do surgimento das instituições detentoras do poder político na modernidade, constituem-se em maneiras práticas de clarificar e exemplificar as distintas projeções futuras que os filósofos fizeram sobre o sistema de convívio coletivo ideal para a humanidade.

O breve resumo feito sobre as obras de Hobbes, Locke e Rousseau serviu para que fosse pintado um quadro ilustrativo da amálgama de objetivos e metas traçadas por estes filósofos pós-renascentistas, e como a estrutura do sistema cultural da modernidade foi constituída em prol desses valores.

Se no epicentro da Revolução Francesa era impossível distinguir a estrutura do sistema<sup>54</sup>, tendo em vista a pouca clareza acerca dos paradigmas traçados, com o passar do tempo a modernidade submeteu a subjetividade à institucionalização. Propiciou a

nada. Nos breves momentos de sua liberdade, pelo uso que dela faz bem merece perdê-la" (1999, p. 114).

\_

<sup>&</sup>lt;sup>53</sup> "A soberania não pode ser representada pela mesma razão que não pode ser alienada; consiste essencialmente na vontade geral, e a vontade não se representa: ou é a mesma, ou é outra – não existe meio-termo. Os deputados do povo não são, pois, nem podem ser os seus representantes; são simples comissionários, e nada podem concluir definitivamente. Toda lei que o povo não tenha ratificado diretamente é nula, não é uma lei. O povo inglês pensa ser livre, mas está redondamente enganado, pois só o é durante a eleição dos membros do Parlamento; assim que estes são eleitos; ele é escravo, não é

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> Distanciar os anseios revolucionários da burguesia (Mercado), do campesinato (Comunidade) e dos novos agentes políticos (Estado) no alvoroço causado pela derrocada do regime absolutista seria evidenciar a própria descaracterização da Revolução Francesa. Como todo o processo revolucionário, não se pode falar em sistemas tampouco em instituições definidas.

consolidação dos organismos do Estado, do mercado e da comunidade, tornando-os legítimos representantes dos interesses em disputa na sociedade.

Após o assentamento das relações sociais, estas instituições começaram a interagir autonomamente, postulando por seus próprios interesses. Esse processo de distanciamento axiológico das dimensões que conformam a estrutura do sistema cultural da modernidade criou uma miríade de significados postos ao sistema como objetivos a serem alcançados com desenvolvimento de novas tecnologias.

Isso gerou conflitos de interesses estruturais que foram refletidos em todos os aspectos da vida social e também no sistema jurídico, já que este foi erigido como baliza de sustentação dessa incipiente idéia de prospecção de programas a serem realizados para o alcance do bem-estar dos seres humanos em coletividade<sup>55</sup>.

Em resumo, poder-se-ia dizer que a dimensão do Estado foi engendrada para conceder abrigo à *ordem*, à *hierarquia* e à *autoridade* como valores fundamentais e característicos da sua própria subsistência. Em dados momentos históricos, um ou outro governante se preocupou com o fim das mazelas sociais e o benefício da sociedade. Todavia, essa tônica só perdura até o momento em que os valores infra-estruturais do mercado sejam ameaçados. Nestas circunstâncias, acaba prevalecendo a necessidade de manutenção do controle do poder político pelo Estado, sob o argumento da imprescindibilidade da ordem para o alcance do progresso num ritmo desejado e, em todos os aspectos, controlado pelos valores do mercado.

Já a dimensão da comunidade tem como objetivos fundamentais: *liberdade*, *igualdade* e *solidariedade*. Enquanto a dimensão do Estado se materializou em objetivos e valores instrumentais para a proteção do mercado – apesar de serem apresentados como modelos de garantia dos valores da comunidade –, a comunidade prima por objetivos e valores reais, concretos, substanciais e idealizados em discursos jurídicos sensíveis.

5

<sup>&</sup>lt;sup>55</sup> Tomada como a exemplo, a Constituição Federal de 1988 estandardiza a evidente batalha axiológica travada por todos os agrupamentos supracitados, cujo objetivo foi o de inserir no texto desta carta valores representativos dos interesses abarcados pela estrutura do sistema da modernidade.

Nascem desse processo princípios como o da *livre iniciativa* (art. 1°, inciso IV e art. 170, inciso IV) e *propriedade privada* (art. 5°, inciso XXII e art. 170, inciso II), que atendem a interesses existenciais do mercado; *segurança pública* (art. 144) e *hierarquia* entre instituições, que atendem às necessidades genéticas do Estado; assim como a *liberdade* (direitos do art. 5°), a *igualdade* (direitos do art. 6°) e *solidariedade* (direitos ao patrimônio histórico – art. 216 e ao meio ambiente – art. 225), subservientes aos valores da comunidade.

Por outro lado, o mercado, consoante idealizações de Locke, dos fisiocratas e de Adam Smith, tem como valores basilares a *propriedade privada*, o *lucro* e a *livre iniciativa*. O discurso deste espaço moderno está centrado na tese que alça a propriedade privada à condição de direito natural do homem em relação ao Estado, podendo o particular acumulá-la ilimitadamente, desde que a ela seja empregada uma função social.

O acúmulo indiscriminado, aceitado como dogma no modo de produção capitalista, gera o valor lucro, visto que é assentado na exploração do trabalho como forma de administração e ampliação de patrimônio (mais-valia). Já a livre iniciativa constitui-se no suporte teórico dos demais valores, associando a acumulação de propriedades à própria noção de liberdade, possibilitando que o mercado viesse a interagir na modernidade como comunidade e não como instituição autônoma com valores próprios.

Dessas constatações, idealiza-se, por amostragem, o seguinte quadro sinótico exemplificativo, como forma de explicar as diferenças entre os valores estatais, sociais e mercadológicos na construção das dimensões na modernidade:

Quadro Sinótico 1-2

AXIOLOGIA DO SISTEMA CULTURAL DA MODERNIDADE

DIMENSÃO DO ESTADO	DIMENSÃO DA COMUNIDADE	DIMENSÃO DO MERCADO
Autoridade	Liberdade	Propriedade Privada
Hierarquia	Igualdade	Livre Iniciativa
Ordem	Solidariedade	Lucro

De fato, a modernidade viria a se desenvolver em torno de valores tendencialmente conflituosos. A necessidade de criação de um sistema que pudesse conciliar da melhor maneira possível os valores essenciais a cada uma das dimensões supracitadas teria de subsistir sobre aportes teóricos concretos que, em constantes conflitos, pudessem dar suporte racional às construções argumentativas resolutivas dos choques de interesses

intra-sociais. O maior destes aportes, como bem constata Touraine, advém do ressurgimento da noção de interesse público<sup>56</sup>.

# 5. Aportes teóricos da racionalidade político-jurídica<sup>57</sup> na modernidade.

Como dito nos tópicos anteriores, o complexo sistema cultural da modernidade foi estruturado como um dos pilares da histórica contraposição liberal ao regime absolutista ditado pela vontade soberana do imperador<sup>58</sup>. Nos idos do século XVIII, mais precisamente em 1789, assolada pelos empecilhos criados pela encarnação do poder político na figura do monarca, a população francesa – orientada ideologicamente pela classe burguesa, representante fidedigna da elite econômica e intelectual do período – protagonizou localmente, e desencadeou globalmente, um processo revolucionário que resultou na derrocada do sistema absolutista<sup>59</sup>.

Tomando como ícone o poder popular, o iluminismo francês – movimento que dali em diante tomaria corpo como alicerce de um novo pensamento ocidental – concebeu uma

<sup>&</sup>lt;sup>56</sup> "A idéia de que a sociedade é fonte de valores, que o bem que é o que é útil à sociedade e o mal o que prejudica sua integração e eficácia, é um elemento essencial da ideologia clássica da modernidade. Para não mais se submeter à lei do pai, é necessário substituí-la pelo interesse dos irmãos e submeter o indivíduo ao interesse da coletividade" (TOURAINE, 1999, p. 23).

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> Racionalidade que permeia a relação entre os sistemas político e jurídico de geração de conhecimentos da modernidade.

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> Ressalte-se, entretanto, que a noção de interesse público é muito mais antiga. Remonta, mais precisamente, da Antiguidade Clássica, dos escritos gregos de Aristóteles acerca do *sumo bem comum*.

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> Na interpretação de Edward Burns (1970, p. 590/591), o intrínseco vínculo entre a vida pessoal do rei e a administração do Estado – fator de explicação, por exemplo, da indistinção mantida entre o patrimônio de ambos – aliado às desastrosas guerras travadas na Europa, consubstanciaram motrizes suficientes para impulsionar o ideal revolucionário francês de 1789, marco histórico do redimensionamento do significado social da expressão *coisa pública*. Poder-se-ia explicar este fato pela cultura política herdada da Idade Média, a qual não contrapunha o público e o privado de forma obrigatória (HABERMAS, 1984, p. 17). Vários foram os fatores responsáveis pela derrocada do regime absolutista na Europa ocidental e principalmente na França. Burns (1970) divide as causa da revolução em três espécies, mesmo reconhecendo a perfeita interligação entre elas<sup>59</sup>: políticas, econômicas e intelectuais. As causas políticas cingiram-se à centralização do poder nas mãos de uma aristocracia arcaica e inábil representada pela dinastia dos Bourbons que dirigiu o governo francês nos séculos XVII e XVIII e às guerras longas e dispendiosas das quais participaram os reis franceses, obtendo como resultado em sua maioria fragorosas derrotas.

Já as causas econômicas provieram da ascensão da classe média representada pela burguesia<sup>59</sup> emergente, detentora de boa parte das riquezas na França<sup>59</sup>; a oposição ao mercantilismo<sup>59</sup>; a sobrevivência dos privilégios econômicas do clero e da aristocracia numa realidade diversa do período da alta idade média; a duplicação da carga tributária direta no século XVIII; a grande quantidade tributos indiretos cobrados junto à população e a reminiscência do sistema de servidão para em torno de 10% da população rural da França<sup>59</sup>. Por fim, as causas intelectuais representadas pelos autores liberais Locke, Voltaire e Montesquieu e pelo democrata Rousseau, todos defensores de teorias contratualistas. Neste contexto, foi sedimentando um discurso diametralmente oposto à figura maquiavélica do Príncipe, sem necessariamente abolir o mito da autoridade.

retórica revolucionária no intuito de assegurar a participação da sociedade na organização e gestão do Estado<sup>60</sup>. Teses político-organizacionais como a do contrato social de Rousseau e a do poder constituinte de Sieyès foram tomadas como manifestos em prol do racionalismo antropocêntrico identificado fora da figura mítica do rei. O controle da atividade estatal na França não era mais uma escolha e sim uma bandeira a ser hasteada no cume de um novo projeto de civilização que se iniciava para a humanidade<sup>61</sup>.

O tempo mostrou que apenas a ruptura inicial provocada pela centralização do poder no monarca fora insuficiente à realização dos valores almejados pelas dimensões cognitivas que começavam a se formar. Destarte, após a consolidação da revolução, tornou-se preciso repensar o sistema político-jurídico, o que acarretou a promoção do alinhamento deste, de uma vez por todas, às pretensões hegemônicas da burguesia.

# 5.1. O paradigma do interesse público.

O *interesse público*<sup>62</sup> nasceu como postulado basal da gestão pública, fim almejado ante o exercício democrático dos poderes inerentes aos Estados nacionais na consecução do ideal coletivo. Interpõe-se como instituto primaz na fundação da tão aclamada lógica da administração pública, pois sob o influxo da sua sobrelevação habita toda uma teoria acerca do inter-relacionamento entre a máquina burocrática do Estado, o mercado e a

<sup>&</sup>lt;sup>60</sup> Dito pela burguesia, saber-se-ia mais tarde que este aporte ideológico apenas consistia num jargão panfletário e vazio: necessário apenas à mobilização das massas, naquele momento histórico, mas desprovido de qualquer utilidade prática no sistema a ser erigido.

<sup>&</sup>lt;sup>61</sup> Habermas (1984, p. 13-41) perfilha um caminho que visa a compreender a ótica de transformação da esfera pública no período histórico ora analisado. A representatividade pública dos imperadores envolvia, pelos predicados da personalização, o status metafísico de eles próprios se constituírem no Estado; de representarem a sua própria dominação, exercendo-a perante o povo ao invés de pelo povo. A sinergia das forças pré-revolucionárias se organizava num vetor antitético à representatividade pública das autoridades estamentais, restringindo a idéia de público ao Estado que, na modernidade, acaba por emprestar, àquele, significação filológica.

<sup>&</sup>lt;sup>62</sup> Sem alusão direta a um discurso maniqueísta, poder-sei-a identificar a gênese jurídica do interesse público na formulação contrária ao sentido denotado pela expressão interesse privado, apesar de não subsistir uma concreta polarização entre os sentidos dos dois conceitos, como pretendeu o discurso moderno.

comunidade. A dissociação entre duas categorias de interesses, o público e o privado, é característica existencial da própria modernidade<sup>63</sup>.

Interesse público consiste na idéia paramétrica de *interesse de todos* ou *interesse da coletividade*, tomada esta como um corpo autônomo. Mesmo erigido como paradigma de uma sociedade cuja característica maior é a amálgama de visões e interesses que a cerca, o que coloca o interesse público no campo das utopias, era necessário infraestruturar a produção das decisões políticas sob seus postulados.

Partindo da premissa de que o Estado age racionalmente (buscando os melhores meios para o alcance de fins antepostos) em nome do interesse público, portanto em nome de todos, não haveria o que contestar acerca das decisões tomadas pela sociedade política. Estas sempre estariam pautadas no interesse de todos e seriam consubstanciadas a partir da única forma de alcance de conhecimentos válidos para o ser humano: o pensamento racional. O interesse público foi a grande baliza da ordem social e do *princípio da regulação*, pois foi capaz de gerar a idéia de que não seriam necessárias novas rupturas, já que as decisões políticas modernas atenderiam aos anseios de toda a coletividade<sup>64</sup>.

O parâmetro de conduta fundado na noção de interesse público visa a coadunar o fomento e operacionalização do sistema político-jurídico de gestão imposto aos atuais Estados nacionais no plano da legitimidade factual. Este confere, à administração, limites substantivos ao exercício da gerência da coisa pública, no sentido de garantir o respeito irrestrito aos anseios gerais, em tese implícitos em todos os atos praticados em nome do Estado enquanto sociedade política<sup>65</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>63</sup> "Não basta que estejam presentes as aplicações tecnológicas da ciência párea que se fale de sociedade moderna. É preciso, além disso, que a atividade intelectual seja protegida das propagandas políticas ou das crenças religiosas, que a impersonalidade das leis proteja contra o nepotismo, o clientelismo e a corrupção, que as administrações públicas e privadas não sejam os instrumentos de um poder pessoal, que a vida pública e a privada sejam separadas, assim como devem ser as fortunas privadas do orçamento do Estado ou das empresa" (TOURAINE, 1999, p. 18).

<sup>&</sup>lt;sup>64</sup> Como asseverou Habermas (1997), a idéia abstrata de interesse público foi soerguida em atendimento ao ideal democrático de gestão administrativa, na condição de opositora da vontade particular materializada difusamente no âmbito do convívio coletivo. Partindo desta premissa, os estudos jurídicos clássicos chegaram à conclusão de que, no corpo orgânico do Estado, essencial seria resguardar como discurso o emblema do interesse público inclusive para a sobrevivência da autêntica vontade privada.

<sup>65</sup> Sociedade política é um conceito utilizado como sinônimo de Estado em sentido estrito e administração pública.

Tais limites são compreendidos como a expressão lídima da própria função da administração que, no entender de Amaral (1998, p. 145), subsume-se na organização do poder e na defesa do cidadão. Eis a estrutura racional do interesse público moderno: balizar as decisões políticas (incluídas as legislativas e jurisdicionais), criando uma divisa entre o que viria a ser o interesse de todos e o que seria o interesse individual ou privado.

O paradigma do interesse público ressurgiu na modernidade como aporte de ponderação dos valores tendencialmente conflituosos trazidos pelas dimensões cognitivas acima descritas. Em eventuais situações de risco à harmonia do sistema em razão do conflito de objetivos entre as dimensões da modernidade (ex: propriedade privada e igualdade), o que deveria nortear o pólo decisório do sistema de resolução de conflitos de interesses deveria ser a noção de interesse público.

A noção de interesse público é fundamental à solução de quaisquer conflitos de interesses, sejam estes inter ou trans-subjetivos, no sistema de convivência coletiva criado pela modernidade. O interesse público pode ser caracterizado como um dos valores supra-principiológicos do direito na modernidade, pois orienta teoricamente o trabalho de concreção jurídica em prol da descoberta da solução mais racional a ser conferida aos conflitos de interesses insurgentes no seio social.

#### 5.2. Razão, interesse público, democracia e consensualidade.

Como foi dito no primeiro tópico deste capítulo, a modernidade consiste num projeto de civilização para os seres humanos, no qual o eixo gnosiológico estaria assentado no pensamento racional. Derivado do princípio da unicausalidade (essência do pensamento racional moderno) surge o pensamento teleológico. Determina este que o ser humano, utilizando o princípio da unicausalidade e sistematizando o aprendizado, seria capaz de escolher o melhor ou os melhores meios para atingir objetivos previamente traçados.

Logo, para o alcance do Estado ideal, do Estado pautado no interesse público, seria necessário estruturar racionalmente esta relação<sup>66</sup>. A primeira premissa já houvera sido erigida: o fim (objetivo) do Estado é o interesse público. Como o Estado se materializa

<sup>&</sup>lt;sup>66</sup> "A particularidade do pensamento ocidental, no momento da sua mais forte identificação com modernidade, é que ele quis passar do papel essencial reconhecido à racionalização para a idéia de *sociedade racional*, na qual a razão não comanda apenas a atividade científica e técnica, mas o governo dos homens tanto quanto a administração das coisas" (TOURAINE, 1999, p. 18).

nas decisões políticas, ante a estrutura teleológica do pensamento racional, deveria ser criado um sistema que pudesse racionalizar a tomada de decisões, à luz da dependência destas à idéia de interesse público. Sob influência de Rousseau, ressurge da Grécia a consagrada idéia de *democracia*.

Trata-se de uma lógica relativamente simples, mas que para ser compreendida precisa ser contextualizada historicamente. Conforme as conclusões colhidas nesta dissertação, para que o processo revolucionário liberal do século XVIII pudesse ser encerrado e o novo projeto de civilização (modernidade) começasse a ser implementado, foi necessário sobrelevar o princípio de que as decisões político-jurídicas, daquele momento em diante, seriam tomadas em nome do interesse público (interesse de todos). O único termo conhecido que pôde abarcar a idéia de um todo coletivo foi *povo*<sup>67</sup>; nasceu, mais uma vez sob a influência de Rousseau, o princípio da *soberania popular*.

Todas as decisões devem ser tomadas para proteger o interesse de todos; *todos*, na condição de elemento constitutivo do Estado, só podem ser identificados no conceito de *povo*<sup>68</sup>; logo, todas as decisões devem ser tomadas com o intuito de proteger o interesse do povo. Essa premissa foi fundamental para recriar a ordem social pós-revolucionária: todas as decisões serão tomadas racionalmente, para proteger o interesse do povo, logo não existe causa justificável para dar continuidade ao processo de mudança pela revolução<sup>69</sup>.

A conclusão que é possível alcançar deste encadeamento de premissas é que não existiria outro meio racionalmente idôneo de se chegar ao interesse de todos senão pela consulta direta à vontade do povo (sufrágio universal). Logo, pela utilização da teleologia, a democracia moderna (governo de todos; governo do povo) surge como único meio racionalmente legítimo para sustentar o paradigma do interesse público.

<sup>67</sup> Sieyès (2001) utilizava o conceito de nação para designar o titular do poder constituinte, em contraposição à idéia de povo, presente na obra de Rousseau. Com o tempo, essa dicotomia se esvaziou, prevalecendo o termo *povo* para a desigfnação do titular do poder constituinte.

.

<sup>&</sup>lt;sup>68</sup> O conceito de povo também é derivado da Grécia antiga, mas ganhou nova roupagem na modernidade. A Ciência Política o coloca como elemento constitutivo do Estado. Nestas circunstâncias, o povo está ao lado do território e do governo, como elementos característicos da existência do Estado. Nesta obra, como será visto, o a noção de povo é colocada acima da noção de território e de governo, contrariando o que leciona a Ciência Política moderna.

<sup>&</sup>lt;sup>69</sup> Como dito anteriormente, paradoxalmente a idéia de interesse público, estandarte revolucionário do século XVIII, acabou abalizando a regulação e a ordem social modernas, na consagração da democracia possível: a democracia representativa.

Nessa perspectiva, toda e qualquer decisão política que não estivesse balizada pelo procedimento democrático de escolha (consulta direta a todos) não poderia ser enquadrada como *ato gnosiológico moderno* adequado à realização do Estado, pois não estaria pautada no procedimento racional de alcance do *interesse público*.

A democracia moderna não é uma simples opção política de regime de governo. Ela antecede à própria noção de governo moderno (obviamente não antecede a noção de governo em sentido amplo) e constitui-se como ferramenta exclusiva eleita pela razão para o alcance do paradigma do Estado moderno: o interesse de todos ou interesse público, expressos na noção de *povo*. Daí a máxima moderna: todo poder emana do povo (todos) e em seu nome deve ser exercido.

Toda essa construção gnosiológica não soluciona, entretanto, a problemática existente para o alcance da vontade de todos, paradigma fundamental da racionalidade política moderna. Como as sociedades sempre evidenciaram o caráter conflituoso do convívio coletivo, a única maneira racionalmente possível de eliminar a possibilidade de decisões ilegítimas no seio social – decisões que não fossem tomadas no interesse de todos – seria fomentar a *consensualidade*.

A consensualidade na democracia moderna dar-se-ia pela submissão de todos à decisão político-jurídica que melhor refletisse o pensamento racional. Todavia, como a razão nunca se apresentou dissociada da vontade, do desejo, do interesse privado e de outros fatores que se apresentam na personalidade de cada ser humano de forma absolutamente aleatória e não-explicada, a consensualidade nunca pôde ser alcançada e os conflitos na tomada de decisões políticas não deixaram de existir no período pós-revolucionário. Foi preciso repensar o modelo.

### 5.3. Democracia representativa, razão e interesse público.

Em função da inviabilidade de implantação do regime democrático direto fundado na consensualidade, haja vista a complexidade e as enormes dimensões dos Estados modernos, assim como a desinformação do povo, foi preciso engendrar uma fórmula viável racionalmente de alcance do interesse de todos, sem que se deixasse de aplicar mecanismos de consulta direta aos cidadãos. Foi criada a democracia representativa como regime real em contraposição à democracia direta, que seria um regime utópico.

Neste momento da história, alguns conceitos básicos criados pela modernidade sofreram uma mutação no plano da realidade, apesar de terem permanecido incólumes no plano abstrato da academia. O paradigma da consensualidade foi substituído pelo paradigma do *embate controlado de idéias* que, até os dias de hoje, reina como princípio dos nossos parlamentos.

Com a queda da consensualidade e a aceitação do embate controlado, interesse público deixa de ser interesse de todos e passa a ser interesse da *maioria*. Conseqüentemente, democracia deixa de ser governo de todos ou do povo e passa a ser governo da *maioria* ou da *maioria do povo*.

Está formado o sistema binário que informa racionalmente a decisão política moderna no âmbito da democracia representativa: *maioria/minoria*. A decisão política legítima racionalmente sempre é tomada por maioria; já a ilegitimidade política ocorre quando a decisão que prevalece é tomada pela minoria. Apesar dessa evidente mutação, como foi dito acima, esses conceitos não foram alterados no plano teórico, para não causar distúrbios à ordem social estabelecida ou gerar contestações que pudessem instaurar um novo processo revolucionário.

A solidificação da democracia representativa efetivou-se ao tempo em que começava a ecoar o clamor por um pacto social que não só representasse uma ruptura paradigmática pelo sepultamento do feudalismo, mas que efetivamente epigrafasse os desígnios da modernidade insurgente. São reorganizadas, principalmente no século XIX, as teorias do contrato social para a legitimação do Estado, no qual a democracia representativa seria o veículo possível para o salvaguardo do paradigma do interesse público, que nortearia os espaços decisórios desse novo quadro sócio-político.

# 5.4. Democracia representativa e legalidade.

A simbiose entre o ideal de interesse público (interesse da maioria) e a democracia representativa seria perfeita se embasada na sobrelevação da legalidade estrita como instrumento a serviço da vontade geral, da soberania popular (interesse da maioria). Não seria demasiado arriscado asseverar que a lei como ferramenta da razão ocidental, epígrafe da segurança jurídica no Estado moderno é, sem sombra de dúvidas, a expressão do próprio interesse público (MELLO, 2001, p. 41).

Nesse o discurso, o sistema da lei seria a expressão da vontade geral, denominado de "Regime da Legalidade Democrática". Assenta-se esta idéia na prospecção do projeto da modernidade pelo qual teve, a lei, papel de orientação para um futuro controlado, antecipando um estado de coisas possíveis e considerado preferível (GOMEZ, 2001, p. 18). Ou seja, a lei seria o veículo da democracia e do interesse público.

Como assevera Habermas, a *legalidade estrita* (positividade do Direito) vem acompanhada da expectativa de que "o processo democrático da legislação fundamente a suposição da aceitabilidade racional das normas estatuídas" (HABERMAS, 1997, p. 54). Tal conformação teórica é cultuada, pela doutrina clássica do direito, com uma devoção quase eclesiástica.

O preceito da legalidade como tutor do interesse público (interesse da maioria) é reafirmado pelas gerações que, sucedâneas umas das outras, reproduzem a aparentemente eterna lição professada por Meirelles (1995, p. 82), da qual depreende-se que a eficácia de toda a atividade administrativa estaria condicionada ao atendimento da lei. Nestes termos, poder-se-ia afirmar que, tanto pela ótica clássica, quanto pelo influxo hodierno do direito, o poder de executar as leis ainda é simpléctico à idéia de gestão da coisa pública.

A canonização do entendimento supra-referendado está de plenamente enraizada na idéia de democracia estatal. As Constituições modernas abalizam, por princípio fundamental, a mitificação da razão legal. O monopólio do poder político pelo Estado, alinhado à tripartição das suas funções<sup>70</sup>, lapida-se pelo princípio da legalidade como se compusesse um fenômeno quase que sobrenatural, pois de uma forma temerosa parece preceder a própria idéia de democracia como sufrágio da soberania popular (soberania da maioria). É a sobrelevação do modelo em relação à substância; a derrota da essência pela forma. Mesmo assim, toda crítica erigida em face desta teoria deve ser lapidada por um cuidado científico especial<sup>71</sup>.

--

O Poder Político é uno e indivisível. A aclamada "Tripartição dos Poderes do Estado" não passa de uma divisão de funções inerentes a um único poder político.

<sup>&</sup>lt;sup>71</sup> Elidir aleatoriamente a adução de Maurer (2001, p. 45), solidificada na vertente que contempla a lei como enforme do próprio Estado, seria um desrespeito incomensurável aos pensadores-guias das entrelinhas por vezes sub-reptícias do Direito moderno.

Acontece que o entrelaçamento entre a legalidade e o interesse público projeta-se com um significado científico de altíssimo grau face aos ditames da rudimentar, mas autêntica, teoria democrática. Toda a lógica de existência do poder estatal está lastreada na tentativa de aferição legítima e idônea do interesse público às suas instituições. Daí a preocupação de Mello (2001) em erigir preceitos informativos para a consecução da finalidade pública do Estado como a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade, pelo Estado, do interesse público.

A alocação desses enunciados normativos no cerne da principiologia administrativa impele, de forma inexorável, ao estudo científico da matéria sob uma ótica préformulada, elevando-os ao status de verdadeiros cânones. Nesta, se edifica um raciocínio silogístico no sentido de desacatar toda e qualquer indução que desautorize a legalidade enquanto postulado da própria razão democrática para o Estado.

Assim, a racionalidade imposta pela legalidade assentou-se na tripartição do poder político-estatal, sendo que o resultado do labor legislativo deveria ser interpretado como a expressão do interesse público, pois a relação entre a elaboração da lei e a sua fiel execução pela administração determinaria a finalidade administrativa (PIETRO, 2001, p. 68). O princípio da legalidade viria a servir de base jurídico-genética<sup>73</sup> para todos os demais princípios informativos da administração. Mais: substituiria os conectivos deônticos<sup>74</sup> dos enunciados normativos ou designações doutrinário-jurisprudenciais destes, uma vez que somente nela resiste o interesse público.

Nessa cadeia lógico-formal estariam compreendidos os princípios da moralidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação, da impessoalidade, da eficiência e da própria segurança jurídica. Todos, portanto, satélites da lei enquanto produto do

.

<sup>&</sup>lt;sup>72</sup> "Ora, a *principiologia administrativa* é o conjunto de cânones ou de princípios que informam todos os institutos do direito administrativo". José Cretella Júnior, *Manual de Direito Administrativo*, 6° edição, 1998, p. 39.

<sup>&</sup>lt;sup>73</sup> A idéia de genealogia normativa é extremamente difundida no Direito Moderno. Desde Hans Kelsen (princípio dinâmico da norma fundamental – *Teoria Pura do Direito*, 6º edição, São Paulo, 2000, pp. 215 e ss.) a J. J. Gomes Canotilho (caráter normogenético dos princípios – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3º edição, Coimbra, 1998, pp. 1086/1087), a idéia da validade-conteúdo de uma norma decorrer de outra hierarquicamente superior resiste como um dos aportes jurídicos do dito Direto Moderno.

<sup>&</sup>lt;sup>74</sup> O termo lingüístico denominado de "conectivo deôntico" provém de uma lógica imputativa ínsita ao normativismo jurídico, como expressão científica do dever-ser jurídico. Significa o instrumento utilizado para ligar o antecedente normativo ao conseqüente dever jurídico. (COELHO, 2001, pp. 47 e ss).

sistema democrático representativo, advinda de um processo no qual a participação do povo é intermediada por órgãos do próprio Estado.

Erigido sob os postulados do pensamento racional, o Estado moderno é infraestruturado pela adoção de uma série de conceitos e categorias epistemológicas. Estes, isoladamente, constituem os conteúdos das premissas fundamentais de racionalização do fenômeno social, em particular do processo decisório que tem como resultado o ato político como gênero e o ato jurídico como uma de suas espécies.

A relação entre esses conceitos consubstancia-se da seguinte forma: o interesse *público* impõe-se como paradigma geral do Estado moderno; tem como meio de viabilização a *democracia representativa*; a qual possui suporte na *legalidade*; consubstanciada, por sua vez, na racionalização das relações de poder a partir do princípio da *independência e harmonia entre os poderes* do Estado.

# RACIONALIDADE POLÍTICO-JURÍDICA NA TRANSIÇÃO PÓS-MODERNA

### 1. Crise do projeto sócio-cultural da modernidade.

Outrora o que pareceria sólido e consistente  $desmanchou no ar^{75}$  em meio às suas incoerências, déficit e excessos<sup>76</sup>. O projeto da modernidade pautado no racionalismo iluminista vem sucumbindo frente às suas contradições e promessas não cumpridas ou cumpridas em exagero.

Remontando à análise iniciada no capítulo antecedente, asseverou-se que a modernidade surgiu como um complexo projeto de civilização para a humanidade, pautado na idéia ingênua, como bem constatou Touraine (1999, p. 38), de associar o progresso ao acúmulo de novos conhecimentos e tecnologias que pudessem auxiliar o homem a

<sup>&</sup>lt;sup>75</sup> Referência a uma frase de Karl Marx "tudo que é sólido desmancha no ar", utilizada por Marshall Berman como titulo de uma das mais importantes obras sobre a pós-modernidade.

<sup>&</sup>lt;sup>76</sup> "O pensamento iluminista (e, aqui, sigo Cassier, 1951) abraçou a idéia do processo e buscou ativamente a ruptura com a história e a tradição esposada pela modernidade. Foi, sobretudo, um movimento secular que procurou desmistificar e sacralizar o conhecimento e a organização social para libertar os seres humanos de seus grilhões. Ele levou a injunção de Alexander Pope de que "o estudo próprio da humanidade é o próprio homem" muito a sério. Na medida em que ele também saudava a criatividade humana, a descoberta científica e a busca da excelência individual em nome do progresso humano, os pensadores iluministas acolheram o turbilhão da mudança e viram a transitoriedade, o fugido e o fragmentário como condição necessária por meio da qual o projeto modernizador poderia ser realizado [...].

O século XX – com seus campos de concentração e esquadrões da morte, seu militarismo e duas grandes guerras mundiais, sua ameaça de aniquilação nuclear e sua experiência de Hiroshima e Nagasaki – certamente deitou por terra esse otimismo. Pior ainda, há a suspeita de que o projeto do iluminismo estava fadado a voltar-se contra si mesmo e transformar a busca da emancipação humana num sistema de opressão universal em nome da libertação humana" (HARVEY, 2004, p. 23).

dominar a natureza e estabelecer padrões universais de convivência, conciliatórios de culturas e tangenciados à aceitação de um modelo eurocêntrico de civilização.

Essa universalidade aparentemente neutra e tendente a uma isomorfia das relações sociais não conseguiu acabar com a fome; gerou inúmeras guerras ao longo dos séculos XIX e XX; propiciou a ascendência hegemônica de países sobre outros, evidenciando a exacerbação do fenômeno da aculturação; insuflou o racismo e os conflitos étnicos mundo afora; criou uma tecnologia que, se utilizada, pode destruir o planeta milhões de vezes; acelerou a aquecimento global e desorganizou todos os padrões climáticos até então conhecidos; aumentou a desigualdade social e a disparidade entre ricos e pobres<sup>77</sup>.

Não foram poucas as vezes que em nome de um discurso ocidental dos direitos humanos e de uma pretensa racionalidade democrática universal países hegemônicos no cenário mundial, como os Estado Unidos e a Inglaterra, subjugaram outras nações, invadindo territórios e descaracterizando traços culturais sob o discurso de estarem levando o progresso e a civilização a países menos desenvolvidos, carentes de ajuda e dominados por forças políticas autocráticas.

Essa tragédia<sup>78</sup> no caminho da realização do projeto sócio-cultural da modernidade faz com que se remeta a um pensamento de Bauman (1997, p. 13), quando este afirma que "os grandes crimes, freqüentemente, partem de grandes idéias". A grandeza do projeto da modernidade contrasta com algumas das maiores atrocidades que a humanidade presenciou no curso da sua materialização.

Como bem observou Santos (2001, p. 29), um dos grandes problemas da modernidade foi ter propiciado um espaço para a ascendência descomunal do conhecimento-

No que respeita à promessa de liberdade, as violações dos direitos humanos em países vivendo formalmente em paz e democracia assumem proporções avassaladoras. Quinze milhões de crianças trabalham em regime de cativeiro na Índia; a violência policial e prisional atinge o paroxismo no Brasil e na Venezuela, enquanto os incidentes raciais na Inglaterra aumentaram 276% entre 1989 e 1996 [...]. No que respeita à promessa de paz perpétua que Kant tão eloqüentemente formulou, enquanto no século XVIII morreram 4,4 milhões de pessoas em 68 guerras, no nosso século (XX) morreram 99 milhões de pessoas em 237 guerras. Entre o século XVIII e o século XX a população mundial aumentou 3,6 vezes, enquanto os mortos na guerra aumentaram 22,4 vezes" (SANTOS, 2001, P. 23/24).

.

<sup>&</sup>lt;sup>77</sup> "No que respeita à promessa da igualdade os países capitalistas avançados com 21 % da população mundial controlam 78% da produção mundial de bens e serviços e consomem 75% de toda energia produzida. [...]

 $<sup>^{78}</sup>$  Com isso não se quer dizer que o projeto foi realizado tragicamente como um todo, apenas naquilo que não cumpriu ou que cumpriu em excesso.

regulação sobre o conhecimento-emancipação, em decorrência do modo como a ciência moderna<sup>79</sup> se converteu em conhecimento hegemônico e se institucionalizou como tal.

Todo o conhecimento válido na modernidade deveria se converter em científico. Até as artes, a música e a literatura – vide como tais campos do conhecimento humano são estudados nas universidades – tiveram de incorporar outra linguagem para se adequar a esta perspectiva monopolista da ciência moderna.

Em decorrência desse fenômeno, a relação entre os pilares citados no capítulo anterior ficou longe de atingir um patamar de eqüidistância, gerando uma desigualdade intrasistêmica entre as dimensões culturais da modernidade, propiciando ao mercado e, conseqüentemente, aos seus valores, a hegemonia completa na condução do projeto sócio-cultural da modernidade.

Em contraposição a esse projeto ambicioso traçado no século XVI e inicialmente realizado no final do século XVIII, boa parte dos filósofos e cientistas contemporâneos admitem a existência atual de um período de transição para um modelo novo de civilização que se inaugura com a sobrelevação de novos paradigmas. Na falta de um nome mais adequado, convencionou-se denominar este período de pós-modernidade.

### 2. Pós-modernidade.

Apesar de o termo ter sido cunhado para designar um movimento estético de reestruturação do modernismo<sup>80</sup>, pós-modernidade<sup>81</sup>, na acepção técnico-científica, foi o

<sup>79</sup> Sobre o assunto, Morin (2001, p. 19) tece um interessante comentário acerca do tratamento dado à ciência ao longo da história:

"Em função desse processo (modernidade), a situação e o papel da ciência na sociedade modificaram-se profundamente desde o século 17. Na origem, os investigadores eram amadores no sentido primitivo do termo: eram ao mesmo tempo filósofos e cientistas. A atividade científica era sociologicamente marginal, periférica. Hoje, a ciência tornou-se poderosa e maciça instituição no centro da sociedade, subvencionada, alimentada, controlada pelos poderes econômicos estatais. Assim, estamos num processo interretroativo".

<sup>&</sup>lt;sup>80</sup> "[...] a idéia de *pós-modernismo* surgiu pela primeira vez no mundo hispânico, na década de 1930, uma geração antes do seu aparecimento na Inglaterra ou nos Estados Unidos. Foi um amigo de Unamuno e Ortega, Federico de Onís, quem imprimiu o termo *postmodernismo*. Usou-o para descrever um refluxo conservador dentro do próprio modernismo: a busca de refúgio contra o seu formidável desafio lírico num perfeccionismo do detalhe e do humor irônico, em surdina, cuja principal característica foi a nova expressão autêntica que concedeu às mulheres" (ANDERSON, 1999, 10).

<sup>&</sup>lt;sup>81</sup> Uma das primeiras significações do termo pós-modernismo na acepção técnico-científica devese a Fredric Jamenson, pelo texto que abre *A guinada cultural*, conferência proferida no *Museu Whitney de Artes Contemporâneas* no outono de 1982:

termo escolhido para designar um processo de ruptura com o projeto sócio-cultural da modernidade, mesmo que não seja um período histórico nem uma tendência cultural ou política de características bem definidas, até o momento (HELLER & FEHÉR, 1998, p. 11).

Com toda a incerteza que carreia consigo ainda assim algumas características podem ser aferidas sobre a pós-modernidade: trata-se da tentativa de soerguimento de novos paradigmas, mais adequados à sociedade pós-industrial, levando em consideração o fato de a formação do conhecimento e dos padrões de conduta dos seres humanos estarem, mais do que nunca, sob a tensão exacerbada entre a cultura local e a tentativa de engendrar um etnocentrismo global<sup>82</sup>.

Essa tensão vem provocando mutações rápidas nas estruturas aparentemente solidificadas da modernidade, criando e recriando, numa velocidade jamais presenciada na história da civilização, um espaço paradoxalmente consubstanciado entre a cegueira do excesso de informações<sup>83</sup> e a diversidade do multiculturalismo. Se existem duas palavras que podem sintetizar a idéia de pós-modernidade, são elas: *incerteza* e *diversidade*.

A pós-modernidade tenta retomar uma capilaridade perdida pelos déficits e excessos cometidos em prol da realização do projeto sócio-cultural da modernidade. Arraiga-se e exacerba algumas categorias e conceitos construídos ou reconstruídos originalmente

<sup>&</sup>quot;A visa inicial que Jamenson teve de pós-modernismo tendia assim a encará-lo como sinal de degenerescência interna do modernismo, para a qual o remédio era um novo realismo ainda a ser ideado" (ANDERSON, 1999, p. 60).

<sup>&</sup>lt;sup>82</sup> "Pode-se em vez disso entendê-la como o tempo e o espaço privado-coletivos, dentro do tempo e do espaço mais amplos da modernidade, delineados pelos que têm problemas com ela e interrogações a ela relativas, pelos que querem criticá-la e pelos que fazem um inventário de suas conquistas, assim como de seus dilemas não resolvidos" (HELLER & FEHÉR, 1998, p. 11).

<sup>&</sup>lt;sup>83</sup> "O carregado senso do passado que caracteriza o modernismo já não existia – fosse como transpiração de tradições repressivas ou reservatório de sonhos frustrados – e desapareceu e intensa expectativa do futuro – como possível cataclisma ou transfiguração – que caracteriza o modernismo. No máximo, apagando-se num perpétuo presente, os estilos e imagens *retrô* proliferaram como substitutivos do temporal.

Na era do satélite e da fibra ótica, por outro lado, o espacial comanda como nunca esse imaginário. A unificação eletrônica da Terra, instituindo a simultaneidade de eventos mundo afora como espetáculo diário, instalou uma geografia substituta nos recessos de cada consciência, enquanto as redes circundantes de capital multinacional que efetivamente dirigem o sistema ultrapassam a capacidade de qualquer percepção. A ascendência do espaço sobre o tempo na constituição do pós-moderno está assim sempre em desequilíbrio, com as realidades a que responde constitutivamente sobrepujando-a – induzindo, como sugere Jamenson numa passagem famosa, essa sensação de que só se pode captar com uma sardônica atualização da lição kantiana: o "histérico sublime"" (ANDERSON, 1999, p. 68).

pela modernidade, assim como afasta da seara gnosiológica alguns pressupostos de investigação dos fenômenos, principalmente no que concerne à metodologia científica.

Uma das teses defendidas nesta dissertação consiste em crer que a pós-modernidade rompe com alguns paradigmas da modernidade, em certo aspecto retomando categorias e conhecimentos suplantados pela identidade moderna (senso comum, por exemplo), mas não significa, até o presente estágio, um movimento revolucionário de ruptura do padrão de organização da modernidade. Ao revés, promove mudanças estruturais, porém suas bases ainda são decorrentes do processo revolucionário que deu origem à modernidade-mundo<sup>84</sup>.

# 3. Condição pós-moderna: reconhecimento das mini-racionalidades e do multiculturalismo.

Dos dados fornecidos pela história, reconhece-se o conflito extremamente penoso na formação dos Estados nacionais, no tocante à imposição de limites de território e de cultura a povos distintos provenientes de experiências comunitárias díspares, às vezes quase opostas<sup>85</sup>. Um dos alicerces do projeto sócio-cultural da modernidade, a idéia de Estado-nação, esbarrou em obstes intransponíveis, as quais geraram conflitos étnicos que perduram até os dias de hoje.

O Estado seria a entidade incumbida de reconciliar o particular com o universal, à luz da tripartição de dimensões exposta no item "4" do capítulo I. Mas isto só foi possível em parte e na medida em que a unidade territorial pudesse ser refletida na formação de uma única realidade econômica, social, política e cultural.

As possibilidades dessa composição, todavia, sempre dependeram da ficção do "Estadonação", produto de uma concepção jurídica de nacionalidade que obscurecia a presença

<sup>&</sup>lt;sup>84</sup> No mesmo sentido, se posicionam Agnes Heller e Ferenc Fehér:

<sup>&</sup>quot;Os que preferirem habitar na pós-modernidade ainda assim vivem entre os modernos e os pós-modernos. Pois a própria fundação da pós-modernidade consiste em ver o mundo como uma pluralidade de espaços e temporalidades heterogêneos. A pós-modernidade, portanto, só pode definir-se dentro dessa pluralidade, comparadas com esses outros heterogêneos" (HELLER & FEHÉR, 1998, p. 11).

<sup>&</sup>quot;Temos que reiterar o que vimos surgindo desde o início: a pós-modernidade (incluindo a condição política pós-moderna) não é uma nova era. A pós-modernidade é em todos os sentidos "parasítica" da modernidade; vive e alimenta-se em suas conquistas e seus dilemas. O que é novo na situação é a inédita consciência histórica surgida na post-histoire; o sentimento grassante de que vamos ficar para sempre no presente e ao mesmo tempo depois dele" (HELLER & FEHÉR, 1998, p. 23).

<sup>85</sup> As formações dos Estados da Itália, da Alemanha, da Grã-Bretanha e de Israel podem servir de exemplos para a tese aqui erigida.

de diversos grupos étnicos dotados de concepções políticas de identidades discrepantes e, por vezes, até mesmo antagônicas, dentro das fronteiras de um mesmo Estado<sup>86</sup>.

Os que defendem a ruptura com o projeto etnocentrista da Europa ocidental<sup>87</sup> colocam o multiculturalismo em oposição ao projeto sócio-cultural da modernidade de globalização forçada pelo decanto das imposições mercantilistas. Seria a redenção da racionalidade à uma evidente diversidade sócio-cultural, expressada nas diferentes demandas econômicas, artísticas, políticas e jurídicas de cada povo. Essa perspectiva de tratamento ao complexo de culturas que circundam as diversas civilizações no mundo inteiro é entendida por Santos (2000, p. 110/111)<sup>88</sup> como o sexto guião da pósmodernidade, ou seja, o reconhecimento da imprescindibilidade das *miniracionalidades*.

Colocada como parâmetro, a etnogenia do Estado brasileiro poderia ser exemplo de ao menos três marcantes realidades sócio-econômico-culturais, como forma de exemplificação desta diversidade em tensão, mantida pelo Estado-nação:

-

As mini-racionalidades pós-modernas estão, pois, conscientes dessa irracionalidade global, mas estão também conscientes que só a podem combater localmente. Quanto mais global for o problema, mais locais e mais multiplamente locais devem ser as soluções. Ao arquipélago destas soluções chamo eu socialismo. São soluções movediças, radicais no seu localismo. Não interessa que sejam portáteis ou mesmo soluções de bolso. Desde que explodam nos bolsos".

<sup>&</sup>lt;sup>86</sup> São exemplos a Espanha e a Grã-bretanha.

<sup>&</sup>lt;sup>87</sup> "Os europeus não apenas entendiam sua cultura como superior às outras, e essas outras, estranhas, como inferiores a eles. Também achavam que a "verdade" da cultura européia é na mesma medida a verdade ( e o *telos*) ainda oculta de outras culturas, mas que ainda não chegara a hora de as últimas compreenderem isso. [...] Em algum ponto tinha de chegar o momento em que fatalmente os europeus seriam obrigados a questionar o projeto "Europa" como um todo; quando teriam de denunciar a falsa pretensão a universalidade inerente no "particular europeu". A campanha cultural e política contra o etnocentrismo foi na verdade uma grande campanha em favor da pós-modernidade" (HELLER & FEHÉR, 1998, p. 13)

<sup>88 &</sup>quot;O sexto e último guião chama-se as mini-racionalidades não são racionalidades mínimas. A história anterior tem um prolongamento insidioso. É que se tivemos êxito em destruir os adamastores que existiam antes de nós, acabamos por criar outros adamastores ainda mais perigosos. Precisamente porque a racionalidade moderna se aperfeiçoou, especializando-se, foi deixando criar nos interstícios da parcelização uma irracionalidade global, a que hoje, desesperadamente, procuramos dar nome: é a ditadura sobre as necessidades de Agnes Heller, a colonização do Labenswelt de Habermas, a rigidez global de um desastre eticamente inatribuível de K.-O. Apel. Isto significa que a totalidade abstrata das lógicas da racionalidade acabou por se fragmentar em mini-racionalidades múltiplas que vivem à sombra duma irracionalidade global e que, como tal, não são capazes de ver. Esta situação deve-nos precaver contra a tentação de caracterizar a pós-modernidade como cultura da fragmentação. A fragmentação maior e mais destrutiva foi-nos legada pela modernidade. A tarefa é agora a de, a partir dela, reconstruir um arquipélago de racionalidades locais, nem mínimas nem máximas, mas tão-só adequadas às necessidades locais, quer existentes quer potenciais, e na medida em que elas forem democraticamente formuladas pelas comunidades interpretativas.

Norte e Nordeste – Nesta primeira realidade, é encontrada a formação de um povo arraigada a uma cultura de opressão – fomentada pela estrutura colonialista de exploração –, na sua acepção mais radicalizada. Nas duas regiões ainda sobrevive a indissociabilidade dos fenômenos religioso e político, contemplada pelo estereótipo do coronel. Esta figura preponderou e prepondera como um mito da salvação – perceba-se a influência do caráter religioso –, numa estrutura centralizadora que ainda sobrevive com base nos primórdios da terceira etapa do projeto político da modernidade para os países periféricos.

Incorpora, comunitariamente, um grau de exclusão social que se confunde com o regime escravocrata de trabalho, "abolido" há mais de um século, mas determinante para a baixa gradação dos índices de desenvolvimento humano dos descendentes das etnias negra e indígena, maioria da população nestas regiões. Em contrapartida, interpõe-se como um berço etnográfico; o broto da formação cultural autenticamente brasileira, tamanha a diversidade de costumes sociais e artísticos desenvolvidos sob a égide da opressão, da qual, realmente, soerguem-se as grandes manifestações da vanguarda popular.

Sudeste (na figura do Rio de Janeiro, Minas Gerais e, principalmente, de São Paulo) – Concatena uma realidade na qual o projeto modernista conseguiu se disseminar na infra-estrutura social, acarretando de forma mais clara as conseqüências inerentes ao descumprimento dos seus paradigmas.

Capitalizada ao extremo, a cidade de São Paulo poderia ser considerada a Meca desta região, onde são incorporados todos os valores associados a uma sociedade de acumulação de capital e da exploração da mão-de-obra, na qual se fazem endogenamente presentes os conglomerados internacionais de especulação financeira. Noutro aspecto, engloba uma diversidade infinita de culturas estrangeiras (europeus e asiáticos, principalmente) e de outros estados federados (nordestinos, em ampla maioria), as quais servem à confluência de uma realidade paulistana,

proporcional ao crescimento da intolerância, da exclusão e marginalização de alguns desses "corpos estranhos".

De fato, São Paulo exerce um poder decisivo dentro da federação, está ambivalente sobre o Brasil, não sabe se acredita no Brasil como um grande país, um país rebelde, ou se acredita que ele, São Paulo, é uma espécie de ponte entre o Brasil atrasado e a Europa, os Estado Unidos.

Sul – Região marcada por um projeto diverso de utilização dos recursos naturais e de povoamento. Ao invés da lógica de exploração externa, marcante no nordeste brasileiro, a realidade sulina, bem postada no exemplo do Estado do Rio Grande, caracterizou-se pala construção de uma sociedade alicerçada nos costumes dos povos europeus.

Influenciadas pelo sentido de ocupação ordenada e desenvolvimento agropecuário, as comunidades procuraram construir um epílogo social congruente com as diversas experiências européias de desenvolvimento humano (italiana, alemã – principalmente –, polonesa etc.). Isto gerou uma cultura "homogênea em sua heterogenia" com raízes bem formadas, refletoras de uma realidade mais próxima à realização dos anseios da modernidade-mundo européia, posto que não traz em demasia os excessos e déficits mais graves da incompletude do projeto sócio-cultural da modernidade.

O discernimento acerca da existência de diversidade cultural dos povos que venha a gerar a autonomia da noção de multiculturalismo e de relativismo cultural<sup>89</sup> nos Estados nacionais coloca-se como o primeiro passo para o reconhecimento de micro-estruturas comunitárias. Estas se apresentam como detentoras de seus próprios problemas, carente

<sup>&</sup>lt;sup>89</sup> "O relativismo cultural, que iniciou sua rebelião contra a fossilização das culturas de classe e também contra a leonização etnocêntrica da "verdade única", o que significa dizer a herança ocidental, venceu. Na verdade, venceu de maneira tão completa que se acha agora em posição de entrincheirar-se. Aqueles que estão agora se entrincheirando são os membros da mais nova geração que aprenderam suas lições e tiraram suas próprias conclusões. O pós-modernismo é uma onda dentro da qual todos os tipos de movimentos, artísticos, políticos e culturais são possíveis (HELLER & FEHÉR, 1998, p. 201).

de uma racionalidade setorizada, adequada à peculiaridade de suas demandas e conflitos sociais, com implicações na própria teoria clássica do federalismo.

Não mais se aceita a dicotomia estabelecida entre uma suposta civilização e um patamar primitivista de inter-relacionamento humano em sociedade<sup>90</sup>. O etnocentrismo da Europa ocidental vem sendo deformado gradativamente, abrindo um espaço antropológico novo, no qual não há mais condições para o estabelecimento de hierarquias de culturas ou soerguimento de discursos imperialistas.

A racionalidade político-jurídica da pós-modernidade rejeita imposições culturais tendentes ao universalismo de padrões de conduta intersubjetivos. Subsiste uma vindoura expectativa de sucumbência desses distúrbios remanescentes do projeto sóciocultural da modernidade, esperando-se que no novo espaço global de integração que se pretende construir, algumas promessas não cumpridas pela modernidade possam florescer de maneira gradativa e sem as conseqüências drásticas do modelo anterior.

## 4. Pressupostos da gnosiologia pós-moderna.

Não é possível asseverar, com certeza, qual é a identidade do ser pós-moderno ou qual o padrão gnosiológico que deve ser adotado na pós-modernidade para a construção de uma racionalidade própria. Todavia, a priori, já é possível fazer algumas constatações preliminares.

Nota-se que a pós-modernidade, assim como a modernidade, está assentada sob o paradigma da racionalidade. Não é aceitável, portanto, a tese de que a pós-modernidade se constitua num projeto totalmente novo, como já explicitado, no qual impera a irracionalidade das relações e da explicação do processo de geração do conhecimento. A racionalidade permeia a pós-modernidade, apesar de não ter se apresentado por completo, mas, com certeza, será revelada sob outras vestes.

Em relação aos princípios da racionalidade moderna – analisados no capítulo I –, constata-se que a pós-modernidade rompe totalmente com a causalidade no processo de

expressão antropológica. O "terceiro mundo" gravou-se a fundo, às vezes num sentido positivo, outras negativo, na membrana da consciência do "primeiro mundo"" (HELLER & FEHÉR, 1998, p. 17).

<sup>90 &</sup>quot;Um grande fator a incentivar o universalismo relativo da condição pós-moderna é o fato de não mais existir terra incognita em nossa geografia política. O colapso do sistema colonial (juntamente com os posteriores escrúpulos de consciência brancos), assim como a "museificação da Europa" encerraram o longo período de desvalada supremacia cultural em tom de "busca pelo primitivo", para usar uma famosa

explicação dos fenômenos. Sob o enfoque da multiplicidade de fatores que se fundem para a geração do conhecimento humano, é certo que a busca pelo mecanismo racional de explicação dos fenômenos constitui uma investigação infrutífera, porque parte do pressuposto de que é possível isolá-lo, distanciando-o do sujeito cognoscitivo.

No domínio da astrofísica, a teoria da relatividade<sup>91</sup> de Albert Einstein<sup>92</sup>, esboçada a partir de 1905, foi fundamental para que o fenômeno da compreensão deixasse de ser concernido na relação sujeito-objeto. Einstein provou que o mais importante na investigação científica dos fenômenos atômicos e moleculares não era a observação do movimento dos corpos, mas o comportamento do campo de observação que se interpõe entre eles. Se o campo de observação interfere no processo de descoberta do conhecimento, a relação gnosiológica não se perfaz mais na interação distanciada entre o sujeito cognoscitivo e o objeto cognoscível, mas numa relação sujeito-sujeito, porque é ele quem constituiu o seu próprio campo.

Outra importante contribuição à ruptura da racionalidade pós-moderna com o princípio da causalidade foi dada por Werner Karl Heisenberg, pelas suas investigações na seara da microfísica<sup>93</sup>; pelo soerguimento das noções preliminares da física quântica e pela

<sup>&</sup>lt;sup>91</sup> "Einstein constituiu o primeiro rombo no paradigma da ciência moderna, um rombo, aliás, mais importante do que Einstein foi subjectivamente capaz de admitir. Um dos pensamentos mais profundos de Einstein é o da relatividade da simultaneidade. Einstein distingue entre simultaneidade e de acontecimentos presentes no mesmo lugar e a simultaneidade de acontecimentos distantes, em particular de acontecimentos separados por distâncias astronômicas. Em relação a estes últimos, o problema lógico a resolver é o seguinte: como é que o observador estabelece a ordem temporal de acontecimentos no espaço? Certamente por medições da velocidade da luz, partindo do pressuposto, que é fundamental à teoria de Einstein, que não há na natureza velocidade superior à da luz. No entanto, ao medir a velocidade numa direção única (de A a B), Einstein defronta-se com um círculo vicioso: a fim de determinar a simultaneidade dos acontecimentos distantes é necessário conhecer a velocidade; mas para mediar a velocidade é necessário conhecer a simultaneidade do acontecimentos. Com um golpe de gênio, Einstein rompe com este círculo, demonstrando que a simultaneidade de acontecimentos distantes não pode ser verificada, pode tão-só ser definida. É, portanto, arbitrária e daí que, como salienta Reichenbach, quando fazemos medições não pode haver contradições nos resultados uma vez que estes nos devolverão a simultaneidade que nós introduzimos por definição no sistema de medição" (SANTOS, 2004, p. 42).

<sup>&</sup>lt;sup>92</sup> "O início da física moderna foi marcado pela extraordinária proeza intelectual de um homem: Albert Einstein. Em dois artigos, ambos publicados em 1905, Einstein introduziu duas tendências revolucionárias no pensamento científico. Uma foi a teoria da especial da relatividade; a outra, um novo modo de considerar a radiação, eletromagnética, que se tornaria característico da teoria quântica, a teoria dos fenômenos atômicos. [...]

Einstein acreditava profundamente na harmonia inerente à natureza, e, ao longo de sua vida científica, sua maior preocupação foi descobrir um fundamento unificado para a física. Começou a perseguir esse objetivo ao construir uma estrutura comum para a eletrodinâmica e a mecânica, duas teorias isoladas dentro da física clássica. Essa estrutura é conhecida como teoria especial da relatividade. Ela unificou e completou a estrutura da física clássica, mas, ao mesmo tempo, provocou mudanças radicais nos conceitos tradicionais de espaço e tempo, e, por conseguinte, abalou um dos alicerces da visão de mundo newtoniana" (CAPRA, 2002, p. 70).

introdução do princípio da indeterminação ou incerteza<sup>94</sup>. Este princípio renuncia a visualização da realidade e a descrição da mesma como procedimentos adequados à investigação científica.

Não há possibilidade de enxergar o curso completo dos fenômenos nem de descrever a ordem necessária à consubstanciação da sua integridade. Pela primeira vez, em 1927, a causalidade rigorosa dos fenômenos físicos era negada, em virtude de não conseguir prever com exatidão o comportamento das partículas atômicas.

Além dos dois físicos mencionados, Niels Bohr, na esteira das descobertas de Heisenberg, formulou o princípio da complementaridade<sup>95</sup>, pelo qual enunciou a incompatibilidade da mecânica quântica com o princípio da causalidade. Suas descobertas evidenciaram que uma descrição espaço-temporal rigorosa e uma seqüência causal rigorosa de processos individuais não podem ser realizadas simultaneamente: uma ou outra deve ser sacrificada, o que constitui em mais um argumento contrário à consubstanciação da investigação científica dos fenômenos sob os postulados da relação sujeito-objeto.

As descobertas da física no início do século XX foram fundamentais para o soerguimento do que hoje é denominada de *teoria da complexidade*, base para a consequente negação da cadeia linear de análise dos fenômenos naturais e sociais.

<sup>&</sup>lt;sup>93</sup> Teoria que concatenou as descobertas acerca da dualidade da matéria em nível atômico. Sobre o assunto, discorre Fritjof Capra (2003, p. 75):

<sup>&</sup>quot;A descoberta do aspecto dual da matéria e do papel fundamental da probabilidade demoliu a noção clássica de objetos sólidos. A nível subatômico, os objetos materiais sólidos da física clássica dissolvemse em padrões ondulatórios de probabilidades. Esses padrões, além disso, não representam probabilidades de coisas, mas probabilidades de interconexões".

<sup>&</sup>lt;sup>94</sup> "A grande realização de Heisenberg consistiu em expressar as limitações dos conceitos clássicos numa forma matemática precisa, conhecida como princípio da incerteza. Esse princípio consiste num conjunto de relações matemáticas que determinam a extensão em que conceitos clássicos podem ser aplicados a fenômenos atômicos; essa relações marcam os limites da imaginação humana no mundo atômico. Sempre que usamos termos clássicos – partícula, onda, posição, velocidade – para descrever fenômenos atômicos, descobrimos existirem pares de conceitos, ou aspectos, que estão inter-relacionados e não podem ser definidos simultaneamente de um modo preciso. Quanto mais enfatizamos um aspecto em nossa descrição, mais o outro se torna incerto, e a relação precisa entre os dois é dada pelo princípio da incerteza" (CAPRA, 2002, p. 74).

<sup>95 &</sup>quot;Para um melhor entendimento dessa relação entre pares de conceitos clássicos (princípio da incerteza), Niels Bohr introduziu a noção de complementaridade. Segundo ele, a imagem da partícula e a imagem da onda são duas descrições complementares da mesma realidade, cada uma delas só parcialmente correta e com uma gama limitada de aplicação. Ambas as imagens são necessárias para a descrição total da realidade atômica e ambas são aplicadas dentro das limitações fixadas pelo princípio da incerteza. A noção de complementaridade tornou-se parte essencial do modo como os físicos pensam a natureza, e Bohr sugeriu várias vezes que também pode ser um conceito útil fora da física" (CAPRA, 2002, p. 74).

Destarte, não há mais como sustentar a explicação do processo de formação do conhecimento através dos princípios da racionalidade clássica (identidade, não-contradição e terceiro excluído).

Na pós-modernidade o que é "A" pode ser "B" e o que é "verdadeiro" pode ser "falso", tudo numa mesma dimensão tempo/espaço, a depender do ângulo e das experiências trazidas pelo sujeito cognoscitivo e da comunidade à qual ele se dirige para efeito de convalidação da sua investigação científica. A pós-modernidade abre espaço para a ascensão de uma perspectiva estritamente hermenêutica de investigação dos fenômenos, assentada no paradigma da incerteza e da negação do conceito de verdade.

A cegueira criada pela pós-modernidade, refletida também nas relações sociais, reside exatamente nas incertezas que a mesma carreia a partir da negação peremptória do princípio da causalidade na explicação dos fenômenos. A ruptura do princípio da identidade, por exemplo, pode ser exemplificada nas relações sociais a partir das relações intra-sistêmicas mantidas entre as dimensões que disputam o poder social.

Retomando o trabalho com as dimensões culturais da modernidade (Estado, mercado e comunidade), chega-se à conclusão de que, à época em que o projeto sócio-cultural da modernidade foi consubstanciado, havia coincidência entre a subjetividade e a estrutura na qual a mesma seria uma parte conjuntural. Quem fazia parte da burguesia não poderia ser considerado aristocrata tampouco se categorizava com a classe campesina: as classes sociais eram distintas e seus papéis bem definidos.

Essa distinção do indivíduo pela relação de funcionalidade estrita que o mesmo guardava com a dimensão à qual estava associado perfazia uma sociedade praticamente estamental, na qual era possível construir teorias pautadas nos conflitos de classe. Isso disseminou a noção de que a ideologia estaria inter-relacionada como o interesse das classes e das práticas políticas desta para a ascendência ao poder.

Hoje, num mundo globalizado de relações fugazes, onde o capitalismo deixou de ser industrial e passou a financeiro e virtual, a relação do indivíduo com as dimensões herdadas da pós-modernidade não pode ser interpretada da mesma forma. Na era da informação virtual, existem burgueses operários (micro-empresários); burocratas magnatas (empresários políticos); burocratas burgueses (servidores públicos de alto

escalão), o que inviabiliza a tentativa de associação do indivíduo aos organismos sociais estanques da modernidade.

E ainda existem fenômenos mais complexos. Nos exemplos supracitados, estereótipos foram definidos a partir de associações híbridas tendo-se como parâmetro as categorias funcionais das dimensões criadas na modernidade (Estado, mercado e comunidade). Noutra hipótese, um mesmo indivíduo, em um curto espaço de tempo, pode perpassar por espaços de tais dimensões, lidando com a complexidade axiológica que é carreada por cada uma delas, de uma maneira na qual ele mesmo tenha dificuldade de se identificar ante as estruturas sociais postas e se posicionar em relações a situações críticas que envolvam escolhas traumáticas.

Imagina-se um indivíduo, advogado com escritório próprio que, todos os dias, no período da manhã, atua como procurador de um município e, à noite, freqüenta uma academia de ginástica. Como procurador do município representa os interesses do Estado, defendendo os valores da ordem, da hierarquia e da autoridade em praticamente todos os seus atos como profissional do direito. Como sócio de um escritório de advocacia será alçado à condição de prestador de serviços, estritamente aliado aos valores que enunciam a lógica do mercado, principalmente no relacionamento com os seus clientes. Já, à noite, na academia de ginástica, é consumidor de um serviço oferecido pelo mercado: encontra-se na posição de comunidade.

Em um único dia um mesmo indivíduo terá de perpassar por três dimensões culturais diferentes, lidando com valores relativa ou mesmo absolutamente antagônicos, em circunstâncias extremas, o que impossibilita a sua identificação social através do funcionalismo clássico, acarretando uma inevitável incerteza acerca de uma ideologia modernista a seguir.

Se a esse individuo fosse indagada a seguinte pergunta: "você concorda com a extinção da responsabilidade subjetiva e a adoção da responsabilidade objetiva em todos os ramos do direito?". Com certeza, na condição de consumidor (comunidade) a resposta seria afirmativa; na posição de procurador de um município (Estado) a resposta seria negativa; na função de advogado a resposta seria relativa: na relação de prestação de serviços, negativa, com certeza, mas nas lides poderia variar, a depender dos interesses dos clientes nos processos.

Esse exemplo ratifica a teoria dos "jogos de linguagem". Esta teoria identifica o vínculo lingüístico-comunicativo como espaço de inter-relacionamento coletivo, ao tempo em que preconiza que tais vínculos não são tecidos com fios únicos e sim por uma rede de um número infindável de *jogos de linguagem*<sup>96</sup>.

A relação de interesses, de objetivos, enfim, de valores, que na modernidade era bem definida e dimensionada estruturalmente, adentra à pós-modernidade na teoria dos jogos como potenciais movimentos que ensejam resultados provisórios de demarcação de espaços políticos, já que as instituições estão em constante mutação a depender das estratégias de linguagem adotadas para o alcance de dos valores almejados.

Difícil não reconhecer a ruptura com o *princípio da não-contradição* na pósmodernidade, se as imagens e os subterrâneos da gnosiologia contemporânea são formadas no submundo da consciência inconsciente onde múltiplas experiências contraditórias exprimem uma axiologia multifária e em constante ebulição de novas metas, novos valores, novas tecnologias e, logicamente, novos problemas.

Esse é um dos grandes paradoxos modernos herdados pela pós-modernidade incipiente, como bem constata Giddens (2002, p. 11)<sup>97</sup>, a modernidade acabou se constituindo como uma cultura do *risco* na medida em que possibilitou a aproximação de um futuro pensado, racionalizado e preconcebido com o presente das ações que devem ser desenvolvidas para o alcance desse mesmo futuro. Ao tempo em que as novas tecnologias são engendradas, como forma de simplificação das relações humanas em sociedade, acabam criando novas esferas de tensão, proporcionando o aumento do risco

<sup>&</sup>quot;I votard argumenta em la

<sup>&</sup>lt;sup>96</sup> "Lyotard argumenta em linha semelhantes, embora numa perspectiva bem diferente. Ele toma a preocupação modernista com a linguagem e a leva a extremos de dispersão. Apesar de "o vínculo social ser lingüístico", argumenta, ele "não é tecido com um único fio", mas por um "número indeterminado" de "jogos de linguagem". Cada um de nós vive "na intersecção de muitos desses jogos de linguagem", e não estabelecemos necessariamente "combinações lingüísticas estáveis, e as propriedades daquelas que estabelecemos não são necessariamente comunicáveis". Em conseqüência, "o próprio sujeito social parece dissolver-se nessa disseminação de jogos de linguagem. [...]

A "atomização social em redes flexíveis de jogos de linguagem" sugere que cada um pode recorrer a um conjunto bem distinto de códigos, a depender da situação em que ele se encontrar (em casa, no trabalho, na igreja, na rua ou no bar, num enterro etc.)" (HARVEY, 2004, p. 51).

<sup>&</sup>lt;sup>97</sup> "A modernidade é uma cultura do risco. (...) Nas condições da modernidade o futuro é continuamente trazido pelo presente por meio da organização reflexiva dos ambientes de conhecimento. É como se um território fosse escavado e colonizado. Mas essa colonização, por sua própria natureza, não pode se completar: pensar em termos de risco é vital para aferir até que ponto os resultados reais poderão vir a divergir das previsões do projeto.

<sup>[...]</sup> A modernidade reduz o risco geral de certas áreas e modos de vida, mas ao mesmo tempo introduz novos parâmetros de risco, pouco conhecidos ou inteiramente desconhecidos em épocas anteriores" (GIDDENS, 2002, p. 11).

de ocorrência de novos distúrbios que, por sua vez, exigirão novas tecnologias e assim sucessivamente<sup>98</sup>.

Para cada nova tecnologia dois problemas novos surgem, exigindo a criação de duas novas tecnologias que os solucionem e assim segue a sociedade pós-moderna: andando em círculos virtuais de incertezas e inconsistências infindáveis, nos quais a evidência é uma qualidade do reconhecer que não se pode enxergar a realidade como ela é, ao menos sob o paradigma da racionalidade clássica.

## 5. Epistemologia pós-moderna.

O iluminismo trouxe à tona o pensamento racional e o colocou como referencial paradigmático da modernidade a ponto de Touraine (1999, p. 17) denominá-la "difusão dos produtos da atividade racional". Este pensamento racional moderno estruturou-se nos cânones de uma ciência hermética, alçada pelos vôos tormentosos da estrita neutralidade a qual almejava.

A ciência moderna sempre esteve assentada em paradigmas que a colocavam no patamar de máxima eficiência para a demonstração de uma pretensa verdade acerca de fenômenos naturais e sociais, calcadas, muitas vezes, em cálculos de correspondência baseados na *matemática*<sup>99</sup>. O que identifica a ciência moderna e a distingue de todas as outras formas de investigação é a presença de uma metodologia pré-concebida, a qual conduziria o pesquisador, se a ela se ativesse, cumprindo todos os passos, ao alcance da verdade acerca de um dado fenômeno.

A construção de uma epistemologia pós-moderna deve levar em consideração todos os erros cometidos na condução do projeto sócio-cultural da modernidade, assim como a

riscos de alta conseqüência, tais como o colapso dos mecanismos econômicos globais, ou o surgimento de super-Estados totalitários, são também parte inevitável de nossas experiências contemporâneas" (GIDDENS, 2002, p. 11).

<sup>98 &</sup>quot;Por mais que tenha havido progresso na negociação internacional e no controle das armas, uma vez que continuarem a existir armas nucleares ou mesmo o conhecimento necessário para construí-las, e uma vez que a ciência e a tecnologia continuarem a se envolver com a criação de novos armamentos, o risco de da guerra maciçamente destrutiva permanecerá. Agora que a natureza, como fenômeno externo à vida social, chegou em certo sentido a um "fim" – como resultado de sua dominação por seres humanos –, o risco de uma catástrofe ecológica constitui parte inevitável do horizonte de nossa vida cotidiana. Outros

<sup>&</sup>lt;sup>99</sup> "A "matematização da natureza", que foi considerada um elemento importante da revolução científica, em geral era atribuída a uma formidável mudança no sistema metafísico que endossava todos os conceitos do mundo físico, introduzindo maneiras "platônicas" ou "pitagóricas" de ver o mundo em substituição à metafísica aristotélica da filosofia natural medieval" (HENRY, 1998, p. 20).

condição sócio-político apresentada na atualidade. Com seus múltiplos fatores, o espaço pós-moderno deve ser plural no sentido de conceder plurisignificação aos fenômenos, com a adoção de noções complexas sobre a existência e reconhecendo um campo multicultural que se abre à humanidade. Neste sentido, alguns passos dados já podem ser identificados.

## 5.1. Superação da objetivação científica.

O primeiro passo seria a demarcação do que é viria a ser científico. Neste aspecto, a ciência moderna se distancia da noção recorrente na idade média de *senso comum*<sup>100</sup>. O conhecimento válido é aquele empiricamente investigado e testado e não a pura e simples sensação de ter o contato com um determinado fenômeno e apreender superficialmente algum significado desse contato. A ruptura entre a ciência e o senso comum é identificável na própria leitura clássica que se faz do segundo conceito, bem exemplificada na obra de Demo (1985, p. 30)<sup>101</sup>.

Santos (2004, p. 30) atribui à causalidade linear da investigação científica um dos fatores de ruptura da modernidade com o senso comum. Diz o sociólogo que a ciência moderna privilegia o mecanismo de explicação dos fenômenos, tentando responder a pergunta "como funcionam as coisas?", em detrimento de investigar quais são os agentes que impulsionam a ocorrência do fenômeno ou qual o fim desses fenômenos. Na opinião de Santos, no senso comum – conhecimento prático – a causa e a intenção convivem sem problemas, enquanto na ciência moderna a determinação da causa formal é obtida pela exclusão da intenção (objetividade científica).

-

<sup>100 &</sup>quot;O modelo de racionalidade que preside à ciência moderna constitui-se a partir da revolução científica do século XVI e foi desenvolvido nos séculos seguintes basicamente no domínio das ciências naturais. Ainda que com alguns prenúncios do século XVIII, é só no século XIX que esse modelo de racionalidade se estende às ciências sociais emergentes. A partir de então pode falar-se de um modelo global de racionalidade científica que admite variedade interna mas que se distingue e defende, por via de fronteiras ostensivas e ostensivamente policiadas, de duas formas de conhecimento não científico (e, portanto, irracional) potencialmente perturbadoras e intrusas: o senso comum e as chamadas humanidades (em que se incluíram, dentre outros, os estudos históricos, filológicos, jurídicos, literários, filosóficos e teológicos)" (SANTOS, 2004, p. 21).

<sup>101 &</sup>quot;Não é ciência o que chamamos de senso comum, a forma comum de conhecermos a realidade, sobretudo através da experiência imediata. Temos noção das coisas que nos cercam, bem como daquilo que nos constitui.

<sup>[...]</sup> O que marca o senso comum é ele ser acrítico, imediatista e crédulo. Na possui sofisticação. Não problematiza a relação sujeito/objeto. Acredita no que vê. Não distingue entre fenômeno e essência, entre o que aparece na superfície e o que existe por baixo".

O mesmo tratamento a ciência moderna concede à *ideologia* que, na sua acepção, consistiria na elaboração de discursos axiológicos permeados pela vontade acadêmica de demonstrar uma verdade que, mesmo elaborada através de raciocínios complexos, revela o mundo subjetivo de um militante ativista e não a realidade como ela é.

Na modernidade, a ideologia deveria ser afastada da investigação científica sob pena de corrompê-la no que ela possuiria de mais sagrado: a sua objetivação. Para a consecução destes fins, a ciência moderna criou uma série de critérios de validação das investigações científicas, complementando a sua metodologia empirista<sup>102</sup>.

Acontece que o processo de objetivação científica está longe de ser absolutamente neutro, despido de fatores ideológicos. Aflora em seu seio a interferência mútua entre o sujeito-objeto, o que leva autores como Demo (1985) a defender que o reconhecimento do caráter essencialmente ideológico das ciências sociais visa a "desideologizá-las", preservando o processo de objetivação como o critério interno mais importante de cientificidade.

Com os avanços dos estudos no terreno da astrofísica e da microfísica, a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência moderna não mais conseguiu se sustentar ante os paradigmas que deixou de alcançar. Abriu-se um espaço enorme na pós-modernidade para a construção de outros paradigmas ou, na nomenclatura defendida por Hassan (apud HARVEY 2004, p. 48), *sintagmas*<sup>103</sup>.

Dentre outras posturas, a pós-modernidade resgata a noção de *senso comum*, que não mais pode ser caracterizado como um conhecimento acrítico, estratificado no tempo e no espaço como se fosse descartável ou só pudesse ser utilizado como um instrumento

Objetivação: espírito crítico; rigor no tratamento do objeto; ordem na exposição; dedicação científica; abertura incondicional ao teste alheio; assídua leitura dos clássicos; estudo das principais teorias sobre o assunto.

\_

<sup>102</sup> Critérios internos formais: coerência lógica: ausência de contradições; precisão terminológica; concisão lingüística; encadeamento dedutivo de idéias; nitidez nas classificações; respeito às fases do trabalho científico: analítica; crítica e conclusiva.

Critérios internos materiais: consistência e profundidade na abordagem do tema.

Critérios internos políticos: originalidade, comprometimento social.

Critérios Externos: intersubjetividade; argumento da autoridade; a comparação crítica. Cf.: Demo (1985).

<sup>103</sup> O resultado da combinação de um determinante e de um determinado numa unidade lingüística hierarquicamente mais alta, que pode ser uma palavra (p. ex.: *vanglória*, em que *vã* é determinante de *glória*), um constituinte de oração (p. ex.: *As crianças pequenas choram*, em que os adjuntos adnominais *as* e *pequenas* são determinantes de *crianças*), ou uma oração (p. ex.: *O aluno aprendeu a lição*, em que o predicado [*aprendeu a lição*] é determinante do sujeito [*O aluno*]). (AURÉLIO, edição eletrônica).

destinado à alienação completa, extrínseco, portanto, ao meio científico. Tal visão é rebatida veementemente e com muito clareza na obra de Geertz (2000, p. 114)<sup>104</sup> e Santos (1989, p. 37)<sup>105</sup>.

# 5.2. Superação da dualidade verdade/falsidade e da legalidade científica.

Outra importante contribuição à derrocada dos postulados da ciência moderna foi dada por Karl Popper – tido como um dos maiores<sup>106</sup> estudiosos da metodologia da pesquisa científica – que dedicou um tópico do seu livro *A lógica da pesquisa científica*, a desconstruir a noção de *verdade* e reconstruir um signo que pudesse refletir com maior fidelidade o resultado da investigação científica. Consoante suas constatações, ainda estruturadas a partir de um raciocínio formal considerado por muitos como positivista, é dispensável à gnosiologia e à epistemologia o emprego dos conceitos "verdadeiro" e "falso".

Não está o pesquisador jungido a concluir pela falsidade ou verdade de uma dada teoria. Seria perfeitamente racional e mais adequado cientificamente que suas considerações finais se perfizessem através de "... considerações lógicas acerca da relação de deduzibilidade". <sup>107</sup>Ao invés de contemplar a solução científica no âmbito da polaridade

<sup>104 &</sup>quot;Há um número de razões pelo qual tratar o senso comum como um corpo organizado de pensamento deliberado, em vez de considerá-lo como aquilo que qualquer pessoa que usa roupas e não está louco sabe, pode levar a algumas conclusões bastante úteis; entre essas, talvez a mais importante seja que uma das características seja inerentes ao pensamento que resulta do senso comum é justamente a de negar o que foi dito acima, afirmando que suas opiniões foram resgatadas diretamente da experiência e não de reflexões deliberadas sobre estas".

<sup>105 &</sup>quot;Se o senso comum é o menor denominador comum daquilo em que um grupo ou um povo coletivamente acredita, ele tem, por isso, uma vocação solidarista e transclassista. Numa sociedade de classes, como é em geral a sociedade conformada pela ciência moderna, tal vocação não pode deixar de assumir um viés conservador e preconceituoso, que reconcilia a consciência com a injustiça, naturaliza as desigualdades e mistifica o desejo de transformação. Porém, opô-lo, por essas razões, à ciência como quem opõe as trevas à luz, não faz hoje sentido por muitas outras razões. Em primeiro lugar, porque, se é certo que o senso comum é o modo como os grupos ou classes subordinados vivem a sua subordinação, não é menos verdade que, como indicam os estudos sobre as subculturas, essa vivência, longe de ser meramente acomodatícia, contém sentidos de resistência que, dadas as condições, podem desenvolver-se e transformar-se em armas de luta".

Esta valoração não diz respeito ao conteúdo da obra do autor e sim à importância científica desta, independentemente de concordâncias com seus posicionamentos.

Para Popper não é preciso dizer: "A previsão p é verdadeira, contando que sejam verdadeiros a teoria t e enunciado básico b". Ao revés, pode-se dizer que o enunciado p decorre da conjunção (não contraditória – lógica) de t e b. Nas suas palavras, "Não precisamos dizer que a teoria é "falsa", mas, ao invés, dizer que ela é contraditada por certo conjunto de enunciados básicos já aceitos. Não estamos obrigados que os enunciados básicos são "verdadeiros" ou "falsos", pois a aceitação que lhe damos pode ser interpretada

quase maniqueísta do binômio verdadeiro/falso, Popper sugere que seja aclamada a idéia de corroboração.

Por exemplo: em dado momento histórico uma teoria D foi corroborada até que uma nova descoberta científica contestasse os conceitos e enunciados contidos na teoria D, preterindo-a pela teoria ¢, mais lógica ante o objetivo almejado pela pesquisa. A corroboração, portanto, na linguagem metodológica de Popper, seria uma forma de colocar a solução (dogma) científica numa condição intertemporal. 108

De qualquer sorte, o enunciado tido como corroborado – utilizando a linguagem de Popper - deve decorrer de uma concatenação de idéias que tenha como sistema estruturante uma dada lógica, mesmo que esta lógica se assente na própria falta de lógica, de conexão ou de fluxo racional de proposições. A princípio, deve-se asseverar pelo intercalo entre enunciados na construção de um conhecimento, como parâmetro para o aporte da lógica, sem abordar o problema da contradição no processo hermenêutico de construção do saber.

Para Popper todo o conhecimento científico deve ser submetido ao critério da falseabilidade. Não basta que um conhecimento possa ser verificado, ele tem de estar apto a ser falsificado, para que a ele possa ser atribuído o caráter de conhecimento estritamente científico. O que é racional na ciência é que ela aceita ser testada e e aceita criar situações nas quais uma teoria pode ser questionada, aceita a si mesma como "biodegradável" (MORIN, 2001, p. 39).

As idéias de Popper foram fundamentais, pois começaram a introduzir uma crítica mais ácida à utilização da idéia de verdade para a categorização dos conhecimentos adquiridos pelo ser humano em suas investigações científicas. A partir destas contestações, começou a ser estruturado um novo discurso epistemológico, hoje caracterizado como pós-moderno.

como resultado de uma decisão convencional e os enunciados aceitos podem ser vistos como resultados dessa decisão". (POPPER, 2000, p. 300/301).

<sup>108 &</sup>quot;A esta altura, percebe-se claramente a diferença entre verdade e corroboração. Apreciar um enunciado, dando-o como corroborado ou não corroborado, é também uma apreciação lógica e, portanto, intertemporal; assevera que certa relação lógica está em vigor entre um sistema teorético e um sistema qualquer de enunciados básicos aceitos". (POPPER, 2000, p. 302).

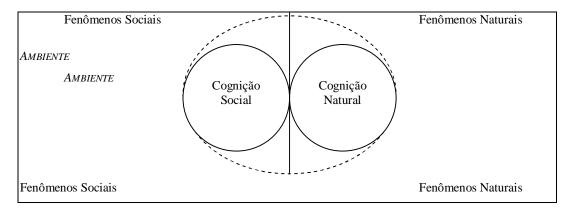
Na esteira do afastamento da gnosiologia da categoria de verdade, um avanço interessante da epistemologia pós-moderna consiste na sua ruptura com a noção de *leis* determinante do funcionamento de uma metodologia para a explicação dos fenômenos. Ao contrário da ciência moderna, a ciência pós-moderna avança para a superação da categoria de leis, pelo rompimento definitivo com o princípio da causalidade no processo de explicação dos fenômenos.

Como esclarece Santos (2004, p. 52), essa alteração vem sendo presenciada como maior vigor na biologia, onde a interação dos fenômenos e formas de auto-organização em totalidades não-mecânicas são mais visíveis. Na biologia, principalmente associada às teorias *autopoiéticas*, a noção de legalidade vem sendo parcial e sucessivamente substituída pelas noções de sistema, de estrutura, de modelo e, por último, pela noção de processo.

## 5.3. Superação da dicotomia entre ciências naturais e ciências sociais.

O projeto sócio-cultural da modernidade concebeu uma epistemologia dualista que seria capaz de estar em permanente contato com o fluxo de fenômenos naturais e sociais, devolvendo à civilização conhecimentos racionalmente estruturados a partir destes objetos de investigação, como o exposto no gráfico abaixo:

Figura 2-1 Epistemologia da Modernidade



Com as descobertas no campo da física e da biologia<sup>109</sup> identificadas nos itens acima e as transformações metodológicas propostas por Popper (2000), não faz sentido algum

\_

<sup>109 &</sup>quot;Os avanços recentes da física e da biologia põem em causa a distinção entre orgânico e inorgânico, entre seres vivos e matéria inerte e mesmo entre humano e não humano. As características da autoorganização, do metabolismo e da auto-reprodução, antes consideradas específicas dos seres vivos, são

sustentar a dicotomia criada pela modernidade entre as ciências naturais e as sociais. Neste aspecto, concorda-se com Santos (2004, p. 61) quando este defende que, tomado como parâmetro o critério de distinção estabelecido pela modernidade, "todo o conhecimento científico-natural é um conhecimento científico social", tendo em vista a superação, nas ditas ciências naturais, da relação sujeito-objeto em prol da constatação da interferência subjetiva no processo de investigação dos fenômenos.

Hodiernamente, teorias vêm sendo propostas, visando à unificação desses dois sistemas ou, na linguagem de Morin, "re-ligando os saberes"<sup>110</sup>. A teoria de Capra (2002) é uma delas. Nas palavras do próprio estudioso (2002, p. 83), ele objetiva desenvolver "uma estrutura teórica unificada e sistemática ("sistêmica") para a compreensão dos fenômenos biológicos e sociais"<sup>111</sup>.

Os sintagmas (paradigmas emergentes) da ciência pós-moderna pretendem superar todas as dualidades criadas pela ciência moderna. Futuramente, se as previsões epistêmica dos cientistas mencionados nesta dissertação se confirmarem, não fará sentido também estabelecer relações de polarização entre: natureza e cultura; natural e artificial; vivo e inanimado<sup>112</sup>; mente e matéria; observador e observado; subjetivo e objetivo; coletivo e individual; animal e pessoa (SANTOS, 2004, p. 64).

hoje atribuídas aos sistemas pré-celulares de moléculas. E quer num quer noutro reconhecem-se propriedades e comportamentos antes considerados específicas dos seres humanos" (SANTOS, 2004, p. 61).

<sup>&</sup>lt;sup>110</sup> Aliás, sobre o assunto, Morin (2001, p. 20) critica a dualidade entre as ciências naturais e as ciências sociais de uma forma bem peculiar, utilizando uma contradição do próprio discurso da racionalidade moderna:

<sup>&</sup>quot;Essa indicações muito breves são suficientes para o meu propósito: uma vez que, doravante, a ciência está no âmago da sociedade e, *embora bastante distinta desta sociedade*, *é inseparável dela*, isso significa que *todas as ciências*, *incluindo as físicas e biológicas*, *são sociais*. mas não devemos esquecer que tudo aquilo que é antropossocial tem uma origem, um enraizamento e um componente biofísico. E é aqui que se encontra a dupla tarefa cega: a ciência natural não tem nenhum meio para conceber-se como realidade social; a ciência antropossocial não tem nenhum meio para conceber-se no seu enraizamento biofísico; a ciência não tem os meios para conceber seu papel social e sua natureza própria na sociedade"como realidade social".

<sup>&</sup>lt;sup>111</sup> A investigação aqui erigida utiliza-se dos elementos da teoria da Capra, as quais destoam bastante do que neste trabalho se denomina de sistema cultural da modernidade, para o soerguimento de conclusões acerca do processo de produção do direito.

<sup>112 &</sup>quot;Quanto à eufórica afirmação de Santos, em relação a esta distinção específica, vale lembrar que Capra (2002), citado por ele diversas vezes em sua obra, ainda não superou a aludida dualidade. Ao constatar que o padrão não-linear de inter-relacionamento seria aplicado à relação entre a célula e o seu ambiente, Capra fez uma ressalva:

<sup>&</sup>quot;Essa acoplagem estrutural, tal como a definem Maturana e Varela, estabelece uma nítida diferença entre os modos pelos quis os sistemas vivos e os sistemas não-vivos interagem com o ambiente. Quando você

Enfim, a ciência pós-moderna parece estar mais próxima ao anti-positivismo; caldeado numa tradição filosófica *complexa*, em contraposição ao padrão de linearidade causal; *fenomenológica*, em contraposição à metodologia hermética de outrora; *interaccionista*, em contraposição à disciplinaridade da ciência moderna e *hermenêutica*, em contraposição ao mecanicismo do positivismo da significância única dos fenômenos.

## 6. Fenomenologia: a ruptura definitiva com o método no processo de compreensão.

Antes mesmo das descobertas físicas e biológicas descritas neste capítulo, ainda no final século XIX as investigações sobre a definição do objeto das ciências socais levou uma série de filósofos a contestar a causalidade como método de alcance das verdades sobre a explicação das relações intersubjetivas dos seres humanos em sociedade.

Após a consolidação do projeto da modernidade, a *fenomenologia* foi a primeira iniciativa teórica de grandes proporções no campo da filosofia que visou separar o fenômeno da compreensão das investigações científico-racionais. Consiste ela numa teoria formulada em prol da tentativa de desvendar os meandros que envolvem a compreensão humana, numa contraposição explícita aos paradigmas até então dominantes da ciência moderna.

O primeiro autor a formular claramente essa distinção foi Wilhelm Dilthey, em sua obra *Introdução à ciência dos espíritos*, em 1883. Neste clássico, Dilthey observou que as relações do sujeito cognoscente com a realidade humana são distintas da relação entre ele e a natureza: "A realidade humana, tal como aparece no mundo histórico-social, é tal que podemos compreendê-la de dentro, porque podemos representá-la sobre o fundamento dos nossos próprios estados" (ABBAGNANO, 2003, p. 157).

Na sua visão, a natureza será mutante e perene, externa ao ser humano. Nas ciências do espírito, o sujeito cognoscente não está diante de uma realidade externa, mas ante a si mesmo. Nessas investigações científicas sobre os seres humanos, o sujeito cognoscente seria idêntico ao objeto cognoscível.

organização. Em geral, o comportamento resultante é imprevisível".

-

dá um pontapé numa pedra, por exemplo, ela *reage* ao pontapé de acordo com uma cadeia linear de causa e efeito. Seu comportamento pode ser calculado por uma simples aplicação das leis básicas da mecânica newtoniana. Quando você dá um pontapé num cachorro, a situação é totalmente diferente. Ele reage ao pontapé com mudanças estruturais que dependem da sua própria natureza e do seu padrão (não-linear) de

Na corrente do historicismo alemão, a conclusão de Dilthey sobre a compreensão é a de que ela permanece como órgão do conhecimento histórico e, em geral, do conhecimento interpessoal, por não ser suscetível de explicação causal. Na sua visão, é impossível alcançar o ideal da metafísica de desvendar *a priori* a ordem lógica do mundo, negando peremptoriamente a submissão das investigações sociais ao método natural. Propõe um método novo pautado na idéia de uma consciência histórica como elemento metodológico independente, para esclarecer os problemas colocados às ciências do espírito.

Todavia, o primeiro a anunciar a noção de *fenomenologia* nos termos em que ela é hoje conhecida foi Edmund Husserl, na sua obra *Investigações lógicas* (1900-1901). De imediato, ele esclareceu que a fenomenologia não se confunde com a psicologia. A primeira consiste numa ciência de essências, portanto, *eidética*, e não de dados de fatos, cuja tarefa é expurgar os fenômenos psicológicos de suas características reais ou empíricas e transportá-los para o plano da generalidade essencial. Já a psicologia trabalharia sobre acontecimentos reais, dados de fatos que, juntamente com o sujeitos das ações estudadas, inserem-se no mundo espaço-temporal (ABBAGNANO, 2003, p. 438).

Foi com base nestas investigações fenomenológicas preliminares que Heidegger e, posteriormente, Gadamer fundaram as bases de um realismo metafísico como procedimento de estudo da compreensão sob o prisma ontológico. Com fundamentos nas conclusões destes dois autores citados a neurofenomenologia da teoria da cognição da Santiago pôde ser desenvolvida a partir de categorias e conceitos já consolidados.

#### 6.1. Fenomenologia em Heidegger: a ontologia do ser.

A obra *Ser e tempo*, de Martin Heidegger, constitui um divisor de águas na fenomenologia do século XX. Considerada por muitos como a grande obra filosófica daquele século, nela Heidegger se propõe a responder o seguinte questionamento ontológico: *qual é a origem do ser?* O problema é que essa indagação não pode ser respondida a partir de métodos, categorias e conceitos utilizados pelas investigações científicas modernas, porque ela mesma remete a um cíclico obscuro: para respondê-la, ter-se-ia de conhecer, antes de qualquer outra coisa, o significado do "ser" – já que a

indagação filosófica se vale dos "ser" pelo verbo utilizado na pergunta [o que  $\acute{e}$  (ser) o ser] que, nada mais  $\acute{e}$ , que o objeto da própria investigação  $^{113}$ .

Para o autor, quando se diz que "ser" é o conceito mais universal, isso não significa que também seja o conceito mais claro e que despreze qualquer outra discussão. Defendo o contrário, ou seja, o conceito de "ser" é o conceito mais obscuro.O conceito de "ser" é indefinível, conclusão comumente tirada da sua máxima universalidade.

Na ótica de Heidegger é fato que o "ser" não pode ser concebido como ente; não pode ter o seu sentido derivado da definição de conceitos superiores; não pode ser explicado através de conceitos inferiores, contudo isso não autoriza a conclusão de que o "ser" não oferece mais nenhum problema. Daí concluiu-se apenas que o "ser" não é um ente, por isso, o modo de determinação do ente (aceitável dentro de certos limites, como a definição da lógica tradicional que tem seus fundamentos na antiga ontologia) não se aplica ao ser. A impossibilidade de definição do "ser" não libera o estudo da questão do sentido do "ser", ao contrário, o exige.

A evidência do conceito do "ser" e o fato de que em todo conhecimento, proposição ou comportamento com o ente, bem como em todo relacionamento consigo mesmo, fazerse o uso do "ser" e, nesse uso, compreender-se a palavra sem maiores dificuldades, acarreta que essa compreensão comum demonstra apenas a incompreensão do "ser" em sua essência, revela um enigma inserido *a priori* em todo se ater e ser para o ente como ente. O fato de viver-se sempre uma compreensão do "ser" e o sentido do "ser" estar, ao

\_

<sup>&</sup>lt;sup>113</sup> Segundo Heidegger (2004-a, p. 27-41), é característica do tempo em que viveu o progresso da reafirmação da "metafísica", embora a questão tematizada no livro tenha caído no esquecimento, o que é um equívoco, pois não se trata de uma questão desprezível, foi ela que deu fôlego às pesquisas de Platão e Aristóteles para depois restar esquecida como a "questão temática de uma real interpretação", assim permanecendo até à lógica de Hegel.

Os esforços iniciais da filosofia grega para a interpretação do ser sedimentou um dogma de declarar supérflua a questão sobre o sentido do ser, assim como lhe sanciona a falta, sob a argumentação de que o "ser" é o conceito, a um só tempo o mais universal e o mais vazio, razão pela qual é resistente a toda tentativa de definição e, por ser o conceito mais universal e, conseqüentemente, indefinível, prescinde da própria definição. Como todos empregam e compreende o "ser" constantemente, o que inicialmente inquietava o filosofar antigo (permanecendo inquietante), transformou-se em evidência meridiana que, se levantada, implicava em erro metodológico do trabalho.

Aristóteles teria sido o responsável pelo estabelecimento de uma nova base para o problema do "ser", embora não esclarecesse a obscuridade dos nexos categoriais. A ontologia medieval, por sua vez, voltou a discutir de forma variada o problema do "ser", especialmente nas escolas tomista e escotista, sem, contudo, chegar a uma clareza de princípio.

Por fim, Hegel determina o "ser" como o imediato indeterminado e coloca essa determinação à base de todas as ulteriores explicações categoriais de sua Lógica, contudo, mantêm-se na mesma direção da antiga ontologia de Platão, apenas diferindo pelo abandono do problema (colocado por Aristóteles) da unidade do "ser" face à variedade multiforme das categorias reais.

mesmo tempo, envolto em obscuridades demonstra e evidencia a necessidade de se repetir a questão sobre o sentido do "ser".

Consoante suas conclusões, repetir a questão do "ser" significa elaborar primeiro, de maneira suficiente, a colocação da questão, até porque todo questionamento é uma procura e toda procura retira do procurado sua direção prévia. Questionar é procurar cientemente o ente naquilo que ele é e como ele é. Até o questionamento possui em si mesmo um modo próprio de ser, ele pode empreender um questionamento como "um simples questionamento" ou como o desenvolvimento explícito de uma questão, que se caracteriza por tornar de antemão transparente o questionamento quanto a todos os momentos constitutivos mencionados de uma questão<sup>114</sup>.

O questionamento é o próprio "ser", o que determina o ente como ente, como o ente já é sempre compreendido, em qualquer discussão que seja. O autor estabelece como primeiro passo filosófico na compreensão do problema do "ser" a não determinação da proveniência do ente como um ente, sendo necessário reconduzi-lo a um outro ente, como se ele, o "ser", tivesse o caráter de um ente possível. O questionamento do "ser" exige, portanto, um modo próprio de demonstração que se distingue essencialmente da descoberta de um ente. Seguindo a linha de intelecção anteriormente traçada, Heidegger afirma que o perguntado (sentido do "ser") requer também uma conceituação própria que, por sua vez, também se diferencia dos conceitos em que o ente alcança a determinação de seu significado.

O autor (2004, p. 32) denomina de ente muitas coisas e em sentidos diversos: ente é tudo de que se fala, de que se entende, com que se comporta dessa ou daquela maneira é, também, o que e como nós mesmos somos. "Ser está naquilo que é e como é na realidade, no ser simplesmente dado (*Vorhandenheit*), no teor e recurso, no valor e validade, na *pre-sença* (*Dasein*)<sup>115</sup>, no "há"".

<sup>114</sup> Aduz que se deve colocar a questão do sentido do ser inter-relacionada aos momentos estruturais anteriormente referidos. Necessita de uma orientação prévia do procurado. Para isso, o sentido do ser já nos deve estar, de alguma maneira, disponível e essa compreensão do ser vaga e mediana é um fato, por mais que oscile, flutue e se mova rigorosamente no limiar de um mero conhecimento verbal, esse estado indeterminado de uma compreensão do ser já é sempre disponível em si mesmo, apresentando-se como

fenômeno positivo que necessita de esclarecimento.

<sup>&</sup>lt;sup>115</sup> Elemento essencial no pensamento de Heidegger é o que ele designa com o termo *pre-sença* (Dasein): ente que cada um de nós somos é e que, entre outras, possui em seu ser a possibilidade de questionar. Tal relevo merece em seu pensamento a pre-sença que ele a colocação na obra de forma prévia, explícita e

Ressalva a possibilidade de que tal empreitada (questionamento do ser da pre-sença) caia num círculo vicioso, círculo vicioso esse na realidade inexistente porque o ente pode vir a ser determinado em seu "ser" sem que, para isso, seja necessário já dispor de um conceito explícito sobre o sentido do "ser". Sustenta que se não fosse assim, não poderia ter havido até hoje nenhum conhecimento ontológico.

A pressuposição do "ser" possui o caráter de uma visualização preliminar do "ser", de tal maneira que, nesse visual, o ente previamente dado se articule provisoriamente em seu próprio ser. Essa visualização do "ser" orientadora do questionamento, nasce da compreensão cotidiana do "ser" em que nos movemos desde sempre e que, em última ratio, pertence à própria constituição essencial da pre-sença<sup>116</sup>.

Outra contribuição do Heidegger se deu na sua definição de existência (Existenz). Para ele, a existência é um modo de "ser" em situação, ou seja, num conjunto de relações analisáveis que vinculam o homem às coisas do mundo e aos outros homens. A conceito de existência na filosofia de Heidegger é paralelo ao conceito de pre-sença. A existência é o modo de "ser" dos homens e a pre-sença o "ser dos outros entes finitos.

A filosofia contemporânea, balizada nas investigações metafísicas e ontológicas de Heidegger, entende a existência sob três significados distintos: 1º o modo de ser do próprio homem; 2º o relacionamento do homem consigo mesmo e com o outro; 3º relacionamento que se resolve em termos de possibilidade.

### 6.1.1. Fenomenologia e ciência.

transparente, antes mesmo de ingressar na questão sobre o sentido do ser. A pre-sença não é apenas um ente que ocorre, entre outros entes. Ao contrário, do ponto de vista ôntico, ela se distingue pelo privilégio de, em seu ser, isto é, sendo, estar em jogo seu próprio ser. Mas também pertence a essa constituição de ser da pre-senca a característica de, em seu ser, isto é, sendo, estabelecer uma relação de ser com seu próprio ser (o homem pre-sença é o único ente capaz de refletir sobre si mesmo). Isso significa, explicitamente e de alguma maneira, que a pre-sença se compreende em seu ser, isto é, sendo. É próprio deste ente que seu ser se lhe abra e manifeste com e por meio de seu próprio ser, isto é, sendo. A compreensão do ser é em si mesma uma determinação do ser da pre-sença. O privilégio ôntico que distingue do ser a pre-sença está em ser ela ontológica (primado ontológico da pre-sença). Ser ontológico ainda não diz aqui elaborar uma ontologia. Ser ontológico da pre-sença deve significar pré-ontológico.

116 Para o autor ainda não se discutiu até aqui, nem se provou, o primado da pre-sença nem se decidiu nada sobre uma função possível ou necessária do ente a ser interrogado como o primeiro. O que o autor insinua é apenas um primado da pre-sença. O privilégio da questão do "ser", porém, só se esclarecerá

completamente se o questionamento definir, de modo suficiente, sua função, seu propósito e seus

motivos.

Sobre a ciência, diz o Heidegger: "pode-se definir a ciência como o todo de um conjunto de fundamentação de sentenças verdadeiras" (2004, p. 38). Reconhece que essa definição não é completa e nem alcança o sentido da ciência, pois, como algo realizado pelo homem, as ciências possuem o modo de ser desse ente (homem - *pre-sença*). A pesquisa científica não é o único modo de *ser* possível desse ente e nem sequer o mais próximo.

Defende que as ciências são modos de ser da pre-sença nos quais ela também se comporta com entes que ela mesma não precisa ser. Pertence essencialmente à pre-sença ser em um mundo. Assim, a compreensão do ser, própria da pre-sença, inclui, de maneira igualmente originária, a compreensão de mundo e a compreensão do ser dos entes que se tornam acessíveis dentro do mundo. É por isso que se deve procurar, na analítica existencial da pre-sença, a ontologia fundamental de onde todas as demais podem originar-se.

Em decorrência de tudo quanto apresentado, a pre-sença possui um primado múltiplo frente a todos os outros entes. O primeiro é um *primado ôntico:* a pre-sença é um ente determinado em seu ser pela *existência*. O segundo é um *primado ontológico:* com base em sua determinação da *existência*, a pre-sença é em si mesma ontológica. Pertence à pre-sença, de maneira igualmente originária, e enquanto constitutivo da compreensão da existência, uma compreensão do ser de todos os entes que não possuem o modo de ser da pre-sença. A pre-sença tem, por conseguinte, um *terceiro primado que é a condição ôntico-ontológica* da possibilidade de todas as ontologias. Desse modo, a pre-sença se mostra como o ente que, ontologicamente, deve ser o primeiro interrogado, antes de qualquer outro.

A questão do "ser", logo, não é senão a radicalização de uma tendência ontológica essencial, própria da pre-sença, a saber, da compreensão pré-ontológica do ser, que só é possível através de uma investigação pautada na fenomenologia.

Conclui que como a questão diretriz sobre o sentido do ser está inserida dentro da questão fundamental da filosofia em geral, o de tratar tal questão deve ser fenomenológico, pelo que, expõe de forma preliminar uma concepção, não profunda, da fenomenologia ["ciência dos fenômenos" (2004, p. 57)].

Por essa capacidade de analisar o "ser" imerso no tempo e no espaço, distinguindo-o de diversas maneiras e perspectivas, Heidegger foi o mais notável filósofo a romper definitivamente com o primado da identidade na forma como a metodologia das ciências naturais de investigação dos fenômenos dos espíritos na sua época concebia. Sua obra foi decisiva para o desenvolvimento de uma investigação puramente fenomenológica, e, por isso, Heidegger é considerado o precursor da fenomenologia como esta é conhecida na atualidade.

### 6.2. Fenomenologia em Gadamer: a hermenêutica filosófica.

Na sua mais conhecida obra, *Verdade e método* (2003), desenvolvida a partir das conclusões de Heidegger, Hans-Georg Gadamer inicia sua investigação situando-a no âmbito do problema hermenêutico. Para ele, o fenômeno da compreensão e a maneira correta de se interpretar o compreendido não são apenas um problema específico da teoria dos métodos aplicados nas ciências do espírito.

#### 6.2.1. O fenômeno hermenêutico.

Entende que na sua origem, o fenômeno hermenêutico não é, de forma alguma um problema de método. Não se interessa por um método de compreensão que permita submeter os textos, como qualquer outro objeto da experiência, ao conhecimento científico. Para Gadamer, o fenômeno da compreensão impregna não somente todas as referências humanas ao mundo, mas apresenta uma validade própria também no terreno da ciência, resistindo à tentativa de ser transformado em método da ciência. Afirma que a sua investigação toma pé nessa resistência que vem se reconhecendo no âmbito da ciência moderna, contra a pretensão de universalidade da metodologia científica.

Aduz que tal como na experiência da arte, estamos às voltas com verdades que suplantam fundamentalmente o âmbito do conhecimento metodológico, algo semelhante se dá também no conjunto das ciências do espírito, onde nossa tradição histórica, mesmo sendo transformada em todas as suas formas em *objeto* de pesquisa, acaba, ela mesma, *manifestando-se em sua verdade*.

Chama a atenção para o processo de mutação pelo qual passam as mensagens na abstração lingüística, dizendo que aquilo que se transforma chama muito mais a atenção do que aquilo que continua como sempre foi. Essa é uma lei geral da nossa vida

espiritual Assim, as perspectivas que resultam da experiência da mudança histórica estão sempre correndo o risco de serem distorcidas, por esquecerem a ocultação do permanente.

Afirma que para entender o universo da compreensão melhor do que parece possível sob o conceito de conhecimento da ciência moderna, a reflexão deverá encontrar um novo relacionamento também com os conceitos que ela mesma utiliza; deverá conscientizar-se de que sua própria compreensão e interpretação não são uma construção a partir de princípios, mas o aperfeiçoamento de um acontecimento que já vem de longe.

Defende que o surgimento da consciência histórica nos últimos séculos significa uma ruptura ainda mais profunda que a latinização dos conceitos gregos. Desde então, a continuidade da tradição do pensamento ocidental operou apenas ainda de forma fragmentada. Deste modo, argumenta que houve a perda da inocência ingênua pela qual se colocavam os conceitos da tradição a serviço dos próprios pensamentos.

Ao final da introdução da sua obra, infere que nem os conceitos nem a filosofia conseguem satisfazer à experiência hermenêutica. Ao contrário, a conceptualidade em que se desenvolve o filosofar já sempre nos possui, da mesma forma em que nos vemos determinados pela linguagem em que vivemos.

Para Gadamer, o círculo hermenêutico é a compreensão do todo a partir do individual e o individual a partir do todo. Desta maneira, o círculo hermenêutico possui um sentido ontológico positivo, segundo o qual toda interpretação correta tem de garantir-se contra a arbitrariedade de intuições ou de noções populares, voltando-se para as coisas em si próprias.

Segundo seu relato, para Heidegger<sup>117</sup>, a compreensão de um texto sempre perpassa um projetar prévio, que consiste numa antecipação do sentido do texto como um todo pelo intérprete, tão logo apareça um seu primeiro sentido. Esta antecipação se dá com base

<sup>117</sup> Heidegger concebe uma prévia estrutura para a compreensão, segundo a qual deve-se "ler" o que "está lá", através de uma compreensão guiada pela consciência metodológica, a partir das próprias coisas. Para ele o problema da estrutura prévia reside na consciência das diferenças entre o uso costumeiro da linguagem e o uso dos textos ou do autor.

nas expectativas do leitor, que sempre tem uma perspectiva face ao texto, numa relação teleológica de pensamento.

Esse prévio projeto é constantemente revisado ao longo da leitura do texto, com a formulação de novos projetos prévios. Daí que a verdadeira compreensão somente é alcançada quando as opiniões prévias são reconhecidas pelo seu autor que deve tentar controlá-las, não incorrendo na arbitrariedade. Por isso, a tarefa do intérprete é alcançar a compreensão do texto a partir do hábito da linguagem da época e de seu autor.

Ao contrário do que afirma Heidegger, Gadamer entende que não é necessário deixar de lado todas as opiniões prévias e opiniões próprias sobre o sentido do texto, mas, sim, uma abertura para a opinião do outro ou do texto; tem-se que confrontar a opinião do outro em relação ao entendimento do próprio intérprete. Para Gadamer (2003, 354-361), o problema hermenêutico dos preconceitos se instala quando tais preconceitos não são percebidos (preconceitos negativos), impedindo que o intérprete conheça a coisa, segundo a noção da tradição.

A tradição é validade sem precisar fundamentação, pois consiste na autoridade de algo que foi transmitido na história, operando sobre o comportamento do intérprete. Ao contrário do que prega o romantismo, as ciências do espírito não se opõem à tradição. Para tais ciências, o interesse que se volta para a tradição é motivado pelo presente e pelos interesses atuais (GADAMER, 2003, p. 368-378).

Sobre a hermenêutica, Gadamer afirma que uma hermenêutica adequada à coisa deve mostrar a realidade da história na própria compreensão. A compreensão é um processo de história efeitual, porque, ao compreender um fenômeno histórico a partir da distância histórica, o intérprete estará sempre sob o efeito da história efeitual, que lhe norteará sobre o que será questionado e o que constitui o objeto da investigação.

Tal efeito opera em toda compreensão, e a consciência histórica efeitual é, antes de mais nada, a consciência da situação hermenêutica, que se caracteriza por representar uma posição que baliza a possibilidade de ver. Tal limitação cria um horizonte, que é o espectro de visão, a partir de um determinado ponto. A situação hermenêutica se caracteriza pelo horizonte de questionamento correto para as questões que se colocam em face à tradição.

Na sua ótica, existem dois horizontes diferentes: o primeiro, em que está aquele que compreende, e outro, histórico, para onde aquele que compreende pretende se mover. Tanto o horizonte histórico, quanto o do intérprete, formam, conjuntamente, um grande horizonte, que se move a partir do intérprete e que abrange a profundidade histórica da sua autoconsciência, para além do presente<sup>118</sup>. A tarefa da hermenêutica, na ótica de Gadamer, seria a fusão consciente destes dois horizontes.

## 6.2.2. A hermenêutica jurídica.

Dissertando sobre a hermenêutica jurídica, Gadamer defende que o processo hermenêutico é unitário (compreensão, interpretação e aplicação<sup>119</sup>), investigando a diferença existente entre o comportamento do historiador jurídico e o do jurista diante de um mesmo texto jurídico, dado e vigente, objetivando saber se havia uma diferença unívoca entre eles.

O jurista descobre o verdadeiro sentido da lei a partir de um determinado caso concreto. Ele tem que descobrir o conteúdo normativo da lei, respeitando o caso ao qual irá aplicá-la. Assim, o jurista deve, ao especificar este conteúdo, analisar o valor histórico que convém a lei, em relação ao ato legislador.

Quanto ao comportamento do jurista, Gadamer (2003, p. 429) adverte que ele "não pode sujeitar-se a que, por exemplo, os protocolos parlamentares lhe ensinariam com respeito à intenção dos que elaboraram a lei. Pelo contrário, está obrigado a admitir que as circunstâncias foram sendo mudadas e que, por conseguinte, tem que determinar de novo a função normativa da lei".

Para ele, existem distinções entre o papel do historiador do direito e do jurista. Ao julgar o caso concreto, o juiz adapta a lei às necessidades atuais, o que não implica, necessariamente, numa tradução arbitrária da lei: "[...] compreender e interpretar significam conhecer e reconhecer um sentido vigente. O juiz procura corresponder à *idéia jurídica* da lei, intermediando-a com o presente. É evidente, ali, uma mediação jurídica. O que tenta reconhecer é o significado jurídico da lei, não o significado

\_

<sup>&</sup>quot;O horizonte do presente não se forma à margem. Não existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem conquistados. Antes, compreender é sempre um processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos" (GADAMER, 2003, 405).

<sup>&</sup>lt;sup>119</sup> Quanto à aplicação do direito, adota-se posição distinta neste trabalho.

histórico de sua promulgação ou certos casos quaisquer de sua aplicação" (GADAMER, 2003, p. 430).

Assim, não se comporta como historiador, mas se ocupa de sua própria história, que é seu próprio presente. Por conseqüência, pode, a cada momento, assumir a posição do historiador, face às questões que implicitamente já o ocuparam como juiz. O juiz teria a tarefa prática de decretar a sentença, e nisso podem entrar em jogo também muitas e diversas considerações político-jurídicas, as quais o historiador jurídico, que tem diante de si a mesma lei, não faz. Mas, com isso, o seu *entendimento* da lei é diverso? A decisão do juiz acaba sendo sempre constitutiva, porque intervém praticamente na vida. Pretende ser uma aplicação justa e de nenhum modo arbitrária da lei; deve pautar-se, portanto, em uma interpretação justa e isso inclui necessariamente a mediação de história e atualidade na compreensão 120.

A tarefa da interpretação consistiria em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na idéia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa de conjunto.

Por fim, para Gadamer, existe uma relação essencial entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica; entretanto, a hermenêutica ocupa uma posição dominante em

\_

Para Gadamer, a tarefa do historiador seria distinta da tarefa do juiz ao se deparar com o fenômeno da compreensão histórica. O historiador jurídico torna-se diferente do trabalho do jurista. O historiador, embora não tenha a tarefa do jurista, ao investigar o significado histórico da lei, deve considerar que seu objeto é fruto do Direito e que, portanto, precisa ser entendido juridicamente. "O historiador jurídico que pretende compreender a lei a partir de sua situação histórica original não pode ignorar sua sobrevivência jurídica: ela lhe fornece as questões que ele coloca à tradição histórica." "Não implica isso que sempre é necessária uma tradução? E não se dá esta tradução, sempre e em qualquer caso, nos moldes de uma mediação com o presente? Na medida em que o verdadeiro objeto da compreensão histórica não são eventos, mas sim seu 'significado', esta compreensão não estará descrita corretamente, se se fala de um objeto em si e de uma aproximação do sujeito a ele. Em toda compreensão histórica sempre já está implícito que a tradição que nos chega fala sempre ao presente e tem de ser compreendida nessa mediação - mais ainda: como essa mediação."

A pertença do intérprete ao objeto a ser interpretado é idêntica a do ponto de vista na perspectiva que dá num quadro. Aquele que compreende não escolhe arbitrariamente um ponto de vista, seu lugar lhe é dado anteriormente. Com efeito, para que haja a possibilidade de uma verdadeira hermenêutica jurídica, faz-se necessário que a lei estabeleça a igualdade entre todos os membros da comunidade jurídica. Caso contrário, não será possível nenhuma hermenêutica; a vontade do senhor absoluto estará acima da lei onde, por ser superior, o senhor poderá explicar suas próprias palavras, mesmo em contradição com as regras da interpretação. Assim como no absolutismo, à vontade do monarca nem sequer se coloca a tarefa de interpretar a lei, pode sempre impor o que lhe parece justo, sem atender à lei.

virtude de não ser sustentável a idéia de uma dogmática jurídica total - onde se pudesse baixar qualquer sentença por um simples ato de subsunção.

### 7. Pós-modernidade, direito e teoria dos sistemas.

Apresentadas as noções introdutórias acerca dos espectros que rondam a existência efêmera da pós-modernidade, é chegada à hora de tecer considerações intermediárias entre as fases desses discursos, a fim de lhe dar coerência e unicidade.

Se a modernidade-mundo foi transformada em pós-modernidade, o direito pode passar por essa transição sem sofrer qualquer espécie de mutação? A racionalidade jurídica do direito na modernidade deve ser mantida nesse processo de transição? A epistemologia jurídica deve sofrear alguma alteração para sua adequação aos novos paradigmas da pós-modernidade?

O presente trabalho caminha no sentido de responder afirmativamente a estas indagações. Com todas as transformações gnosiológicas e epistemológicas apontadas neste capítulo, é lógico que o direito, como subproduto da racionalidade civilizatória, terá de se adequar a uma nova realidade criada pela estrutura do sistema que coordena a produção do conhecimento: a comunidade científica mundial que, com poucas exceções a exemplo de Habermas, concorda que existe um processo de transição paradigmática em curso.

Neste aspecto, anui-se com as angústias de Canotilho (1998, p. 1245-1351)<sup>121</sup>, quando este inicia uma busca por um novo lugar epistemológico para a teoria constitucional nesse novo mundo pós-modernizado, globalizado pela informação e pelas redes de comunicação virtual que são capazes de gerar padrões de comportamento em segundos,

conceituais e métodos de conhecimento. [...]

Em abandono da verdade, talvez não se possa dizer a propósito das teorias clássicas da constituição como são, por exemplo, a teoria de Heller, Smend, Smitt, aquilo que ironicamente Schupmter afirmou acerca das teorias econômicas: "a maior parte das criações da inteligência ou da imaginação desaparecem sem deixar rasto após um período que varia entre uma hora depois do jantar e uma geração". Algumas intranquilidades teóricas agitadas pelos autores referidos ressurgem hoje sob outros nomes ("teoria da justiça", teoria da democracia", "teoria dos sistemas"), mas tendo em conta o desenvolvimento constitucional e a crítica da razão constitucional. A crítica da razão constitucional obriga-nos a perguntar pela relevância do conteúdo da teoria para o mundo real. O desenvolvimento constitucional toma em consideração o arranjo de novas formas organizativas, de novos processos político-sociais e de novas soluções para os problemas para os problemas nascidos dentro dos sistemas ou subsistemas sociais" (CANOTILHO, 1998, p. 1245).

<sup>121 &</sup>quot;Não há hoje uma situação clássica em sede de teoria da Constituição. Entendemos por situação clássica aquela em que se verifica um acordo duradouro em termos de categorias teóricas, aparelhos

assim como novos padrões de relacionamento intersubjetivo que devam ter repercussões no direito.

Ao que parece a velocidade das transformações sociais que trazem consigo a velocidade das relações jurídicas; as múltiplas faces de uma socialização global que como contrapartida carreia consigo movimentos contra-factuais e contra-hegemônicos pelos quais se exige o reconhecimento das diversas culturas e mini-racionalidades locais; a negação do método e da causalidade no campo epistemológico; a ruptura da ciência pós-moderna com divisão do saber em disciplina autônomas e não-comunicáveis; todos esses fatores exigem dos padrões da racionalidade político-jurídica alterações substanciais em teorias, conceitos, categorias, que possam responder demandas atuais de problemas novos, sob um prisma aceitável nos padrões estabelecidos pela incipiente pós-modernidade.

# SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS

# 1. Introdução à teoria geral dos sistemas.

A palavra *sistema* é derivada do grego *synhistanai* (colocar junto). Sistematizar consiste em organizar abstratamente diversos elementos interligados por estarem contidos num único espectro conformativo. Em síntese, sistema significa "um todo integrado cujas propriedades essenciais surgem das relações entre as suas partes" (CAPRA, 2003, p. 39).

É o resultado de uma coordenação de condutas, no intuito de compreender racionalmente as reações provenientes do entrelaçamento estrutural dos componentes formadores de uma unidade<sup>122</sup>. A sistematização do fenômeno social permite uma visão integrada do processo de racionalização da produção do conhecimento e das formas de interação, tendo como pressuposto a necessidade de organização dos elementos autônomos que interagem entre si, identificando o mecanismo pelo qual se processa esta integração.

Como bem relata Paulo Pimenta (2002, p. 29), "na noção de sistema está presente, pois, a de limite, pois, o vocábulo (sistema) indica um conjunto de elementos que se estruturam de alguma forma, e, ao fazê-lo, gizam uma linha divisória com outros

-

<sup>&</sup>lt;sup>122</sup> Dissertando sobre os sistemas sociais, Leonel Severo Rocha (2005, p. 28) chega à seguinte conclusão: "A análise sistêmica parte do pressuposto de que a sociedade apresenta as características de um sistema, permitindo a compreensão dos fenômenos sociais a partir dos laços de interdependência que os unem e os constituem numa totalidade".

elementos que estão fora do conjunto". Daí a assertiva final no sentido de que o extrínseco ao sistema constitui o seu mundo circundante, o seu ambiente (PIMENTA, 2002, p. 29).

As raízes do processo de organização epistemológica da teoria dos sistemas são complexas: encontram-se nos estudos relativos à engenharia energética e nas tecnologias bélicas criadas em torno da segunda guerra mundial (BERTALANFFY, 2003, p. 02). A partir desses marcos históricos começa-se a desenvolver uma espécie de "modismo" em torno da idéia de sistema, a qual começa a se imiscuir em algumas técnicas, vindo a denominar disciplinas no ramo do conhecimento como *análise de sistemas* e *sistemas* de *informação*.

Desenvolvida pioneiramente na teoria da *tectologia* de Alexander Borgonov, a teoria geral dos sistemas foi difundida nos estudos de Ludwig Von Bertalanffy<sup>123</sup>. Em sua obra, igualmente denominada de *Teoria geral dos sistemas*<sup>124</sup>, datada de 1947 em primeira edição, na qual o autor tentar erigir um novo paradigma epistemológico tendente à universalidade, em substituição ao funcionalismo sociológico clássico. Visa à compreensão dos fenômenos que circundam a existência da civilização contemporânea, por serem, estes, pautados num alto nível de complexidade, e estruturados em propriedades dinâmicas de interligação das relações sociais.

As conclusões de Bertalanffy<sup>125</sup> acerca da insuficiência da descrição idiográfica dos acontecimentos históricos servem de base para a necessária busca de outro paradigma metodológico que assista a compreensão dos fenômenos de alta complexidade, circundantes numa sociedade globalizada, interligada em rede aleatória de transmissão

<sup>123</sup> Bertalanffy indica outros referenciais teóricos que teriam precedido a teoria geral dos sistemas. Dentre eles: W. Köhler (*Die physischen Gestalten in Ruhe und im stationären Zustand*) e A. J. Lotka (*Elemtnts of Mathematical Biology*).

.

<sup>124</sup> Chama a atenção o autor para o fato de ter empregado o termo "teoria geral dos sistemas" em sentido amplo, em condição similar à "teoria da evolução" ou "teoria do comportamento" (2003, XIII).

<sup>&</sup>lt;sup>125</sup> Bertalanffy cita, como exemplo, a descrição do processo histórico a partir de conclusões idiográficas, as quais atribuíam a causa de eventos a superstições religiosas, rivalidades e ambições individuais e até atos de loucura de ditadores, como na segunda guerra mundial. Sobre os fenômenos da sociedade contemporânea entende (2003, p. 07): "Os acontecimentos parecem envolver algo mais que as decisões e ações individuais, e estão determinados de forma melhorada por «sistemas» socioculturais, tratando-se de pré-juízos, ideologias, grupos de pressão, tendências sociais, crescimento e decadência da civilização e quem sabe o quanto mais".

de informações geradoras de conhecimentos múltiplos que, se não organizados, propiciam a formação de um espaço de cegueira coletiva.

O propósito da teoria dos sistemas é exatamente coordenar as condutas sem romper com a racionalidade, mas buscando mecanismo de compreensão da dinâmica não-linear dos fenômenos complexos que permeiam o inter-relacionamento subjetivo na sociedade de massas do período pós-revolução industrial<sup>126</sup>.

Foi a sociedade de consumo do capitalismo industrial o espaço que propiciou a difusão da teoria geral dos sistemas e a sua colocação no patamar de parâmetro para efeito de balizamento das decisões das grandes corporações contemporâneas, principalmente as grandes empresas. A idéia de sistema ganhou desenvoltura em função da necessidade de criação de mecanismos de redução de complexidades, otimização de resultado e maximização da eficiência nos processos decisórios das organizações que informam as relações contemporâneas.

Sua teoria geral tem como pressuposto a tentativa de racionalizar a relação de interdependência de unidades simples componentes de organismos complexos com o intuito de organizá-los, propiciando a obtenção dos resultados almejados. Em suma, sob a égide dos pressupostos da pós-modernidade o sistema existe para reconhecer e reduzir as complexidades da sociedade contemporânea, no intuito de organizar e facilitar o processo de decisão: estas são as palavras-chave para a compreensão da sua teoria geral<sup>127</sup>.

O problema fundamental da teoria geral dos sistemas consiste em encontrar fundamentos que possibilitem a superação do proceder analítico da ciência clássica, a qual parte do pressupostos de que o objeto investigado é o resultado de partes unidas a partir de relações mecânicas lineares, as quais possibilitariam a sua constituição e

<sup>126 &</sup>quot;Pode-se referir que as idéias ultrapassadas da sociologia jurídica não se conformam aos sistemas macro e complexos do mundo moderno, para que haja uma postura que ultrapassa os pré-conceitos estabelecidos a respeito, a complexidade deve ser entendida como a totalidade das possibilidades de experiências ou ações, cuja ativação permita o estabelecimento de uma relação de sentido" (SCHWARTZ, 2005, p. 68).

<sup>&</sup>lt;sup>127</sup> Para Bertalanffy a teoria geral dos sistemas possui a finalidade de criar uma doutrina de princípios aplicáveis a todos os sistemas ou a subclasses definidas de elos, diferentemente da ciência dos sistemas, que teria como objeto a explicação científica dos sistemas de várias ciências (2003, p. XIII).

reconstituição, entendido este procedimento tanto no sentido material quanto no sentido formal  $^{128}$ .

A aplicação do procedimento analítico dependeria de duas condições: a primeira é que não existam interações entre as partes, no sentido de permitir uma identificação das mesmas, possibilitando o desmonte do objeto e a sua reorganização seguindo uma lógica matemática que partiria do conceito de realidade; e a segunda condição subsistiria na idéia de que a relação entre as partes seria absolutamente linear. Parte-se da premissa de que a conduta das partes pode ser depurada pelo mesmo equacionamento utilizado para a compreensão do todo (BERTALANFFY, 2003, p. 18).

Saber como é constituída a relação entre os seus componentes e essa dinâmica em processos que não seguem o padrão de unicidade causal, tampouco de regularidade das experiências consiste na perspectiva de análise da teoria dos sistemas e no seu problema epistemológico. Tentar-se-á superar tais questões, trabalhando com a teoria da cognição de Santiago como base de sustentação de uma teoria sistemática autopoiética sobre o direito.

#### 2. Teoria da cognição de Santiago.

A teoria da cognição de Santiago consiste numa complementação transdisciplinar das descobertas no campo da astrofísica de Einstein e da microfísica de Heisenberg e Bohr, assim como no âmbito da metafísica com a fenomenologia de Heidegger e Gadamer. A aludida teoria será apresentada, de forma propedêutica, com a intenção de compreender com o processo de produção do conhecimento jurídico na esfera social, à luz dos paradigmas pós-modernos.

Foi inicialmente desenvolvida pelo biólogo Humberto Maturana Romesín, aperfeiçoada pelos estudos em conjunto deste com um dos seus discípulos, Francisco Varela. Constitui-se numa integração entre os fenômenos do ser e do conhecer, na medida em que não separa a existência (ser vivo) do mundo circundante (ambiente): processa-os, já

<sup>&</sup>quot;O problema metodológico da teoria dos sistemas, pois, é versar com questões que, comparadas com as analítico-aditivas da ciência clássica, são de natureza mais geral" (BERTALANFFY, 2003, p. 18).

que a constituição de ambos é o resultado do ato de viver praticado pelo sujeito cognoscente ou, na linguagem de Maturana, *observador*<sup>129</sup>.

Nesta teoria não há separação entre o real e o observador. Mesmo não negando a existência do real (*pre-sença* na linguagem de Heidegger), Maturana defende a impossibilidade de este ser comprovado racionalmente, tendo em vista a circularidade do sistema cognitivo humano. O ser humano não consegue enxergar o mundo circundante como este é de fato, pois o conhecimento humano depende de um processo no qual os elementos integrantes são constituídos pelo próprio sistema cognitivo do homem, através da linguagem.

Com isso Maturana conseguiu comprovar, por de experimentos científicos, que o sistema cognitivo do ser humano é *fechado* e o processamento do conhecimento dá-se através do que denomina de *autopoiese*. Esta descoberta de Maturana representou o maior avanço do último século nos estudos da neurofenomenologia, influenciando não só os conhecimentos extraídos das ciências biológicas como também das ciências sociais.

#### 2.1. A autopoiese.

Autopoiese consiste num neologismo do biólogo Humberto Maturana, advindo dos seus estudos sobre as relações constitutivas do ser vivo. Com a descoberta dos retrovírus – estruturas que participam do processo de constituição da célula em sentido contrário ao envio de mensagens do núcleo ao citoplasma através das moléculas de RNA mensageiro – evidenciou-se um processo circular de formação das células através da síntese de diversas classes de moléculas por diversas outras classes.

Naquele momento, Maturana desenvolveu a sua tese de circularidade do processo de formação dos sistemas vivos. Precisava, então, de um termo que significasse ao mesmo tempo auto-referência e circularidade estrutural. Tempos depois, criou o que denominou

11

<sup>&</sup>lt;sup>129</sup> Observador, na definição do próprio Maturana, "é qualquer ser humano que, ao operar na linguagem com outros seres humanos, participa com eles na constituição de um domínio de ações coordenadas como domínio de distinções, e pode, deste modo, gerar descrições e descrições de descrições. Em resumo, eu e todos os leitores deste artigo" (1999, p. 83). A teoria da cognição de Santiago enquadra epistemologicamente os seres humanos como observadores que constroem os seus conhecimentos ao estabelecerem distinções pelo uso da linguagem (1999, p. 17).

de *sistema autopoiético*<sup>130</sup>. Na teoria da cognição de Santiago, autopoiese significa autogeração e identifica um sistema fechado.

Maturana evidenciou este sistema em suas experiências com os fenômenos cromáticos. O surgimento das cores para o sujeito cognoscitivo, antes das suas descobertas, era explicado pela teoria que certificava a existência, no mundo físico, de objetos capazes de refletir preferencialmente um cumprimento de onda. Tal onda, ao atingir as células receptoras da retina, seria captada e representada por uma cor particular.

Maturana (1999, p. 18) começou a estudar os fenômenos cromáticos em função da insuficiência da aludida teoria na explicação de um experimento empírico específico: a projeção de mosaicos de quadrados em tons de cinza colocados simultaneamente em dois projetores, postos em registro. Um dos projetores emitia luz branca e outro emitia luz vermelha. O resultado consistiu na projeção de um mosaico de quadrados com diferentes tons de rosa e de vermelho. Entretanto, a mudança em 90 graus do slide que projetava um dos mosaicos provocou efeitos visuais distintos dos anteriormente observados.

Concluiu que a existência das cores não poderia estar associada ao cumprimento de ondas, já que na experiência não houve qualquer mudança na fonte luminosa nem no objeto iluminado, apenas na posição deste último. Partindo desta constatação, restou evidenciado que a teoria acerca da reflexão preferencial de um determinado cumprimento de onda por cada objeto observado não poderia mais abarcar paradigmaticamente a explicação dos fenômenos cromáticos.

Como consequência da sua investigação, soergueu a premissa de que seria impossível chegar a um consenso epistemológico acerca dos fenômenos cromáticos através dos focos de investigação tradicionais. Com estribo em suas descobertas, Maturana ousou mudar o problema científico.

Ao invés de investigar como o sistema nervoso opera na distinção de objetos externos, o cientista começou a investigar como o sistema nervoso associa um determinado

٠

<sup>&</sup>lt;sup>130</sup> Sobre a criação do termo, Maturana (1999, p. 32) conta que o evento ocorreu em 1971, quando conversava com o seu amigo, José Maria Burles. Este lhe contava do dilema de Don Quixote, que era o de escolher entre o caminho das armas (*práxis*), ou da literatura (*poiese*). Neste momento, Maturana percebeu que "*poiese*" era a palavra que precisa, e, logo em seguido, criou o termo *autopoiese*, mesmo sofrendo uma advertência da mulher do seu amigo de que, em grego, o termo mais adequado seria o de *autopráxis*.

fenômeno espectral ao nome dado às cores. Chegou a uma conclusão espantosa: cada nome dado a uma das cores gerava um estado de atividade específico da retina. Ou seja, concluiu que o nome dado às cores dependeria do estímulo gerado pela retina e não pelo objeto observado, não pelo estímulo cromático gerado por este.

Como diz (MATURANA, 1999, p. 33), naquele momento, por volta de 1965, ele *fechou* o sistema nervoso, porque conseguiu correlacionar dois estados de atividade neuronal (o nome dado às cores e a atividade da retina). Associou o fechamento do processo constitutivo da célula ao fechamento do sistema nervoso. Por esta experiência, Maturana chegou à conclusão de que estava negando o conceito de *representação* (1999, p. 36), ou seja, de que o ato de conhecer consistiria numa representação pelo sujeito do que existe externamente a ele.

Do pressuposto de que o sistema nervoso é um sistema fechado – sistema que desenvolve o conhecimento na interação com o seu ambiente, mas sem estar condicionado diretamente por este –, Maturana propõe a noção de *configuração* em substituição à noção de *representação*. A experiência cromática, a definição das cores, deixa de ser explicada como representação de um mundo exterior ao sujeito cognoscente e passa a ser uma configuração, um modo especial de criação do mundo a partir das experiências do sujeito cognoscitivo.

Chega à conclusão de que o real não pode ser identificado objetivamente, se ele próprio é fruto da criação do sujeito cognoscitivo. Com essa descoberta, Maturana sepultou a já cambaleante *objetividade científica*.

## 2.2. Autopoiese e objetividade científica: os limites da verdade.

Nos estudos clássicos sobre o assunto, *representação* consiste na atividade neural correspondente à dação de significado, através da linguagem, a um objeto sensível. Pela objetividade científica, os objetos existem, porque os seres humanos são capazes de projetar em seus sistemas nervosos imagens referenciais de tais objetos, tendo como ponto de partida o uso corriqueiro da linguagem.

A objetividade científica, como já discorrido, é estruturada no paradigma da causalidade. Esta pressupõe a existência de um elo de ligação do conhecimento, extraído do objeto pelo sujeito, e uma determinação extrínseca à existência do próprio

objeto. Sua pujança é tão notória que comunidade científica só aceita uma explicação acerca de um dado fenômeno observado – independentemente de ser este social ou natural – caso o cientista objetive o resultado científico pela apresentação da *causa* geradora do aludido fenômeno. Para Maturana (1999, 55), a causa, essência da explicação científica, consiste na *descrição de um mecanismo* gerador de um fenômeno<sup>131</sup>.

Além da causa como fundamento de todo e qualquer conhecimento, como já dissertado, a objetividade científica tem como paradigma a *verdade*<sup>132</sup>. Para os defensores dessa vertente de investigação, existe uma hipótese científica que sempre corresponderá ao real de um universo transcendente ao próprio cientista, à sua própria subjetividade. Assim foi semeada a cientificidade moderna: no ideal da absoluta necessidade de preservação de um isolamento axiológico das conclusões científicas, já que a neutralidade, mais que um mito, foi tracejada como essência da atividade do sujeito cognoscitivo.

Contrariamente à objetividade científica, a teoria da cognição de Santiago reserva um papel fundamental à subjetividade do pesquisador para o alcance do resultado científico. Para Maturana, os pontos de partida da investigação merecem uma atenção especial, porque são tidos como capazes de influenciar no resultado da própria investigação <sup>133</sup>. Por isso inexistem verdades ou inverdades teóricas para Maturana, visto que não há como buscar uma realidade que reflita uma ou outra tese. É possível, no entanto,

.

<sup>131 &</sup>quot;O aspecto central de uma explicação científica é a proposição de um mecanismo. Suponhamos que você tenha uma pergunta: "Como um cavalo se movimenta?" (...) A explicação científica seria a descrição que envolveria muitas coisas, mas teria que conter uma descrição do mecanismo que gera o movimento do cavalo. Se você quer explicar o relâmpago, você tem que apresentar um mecanismo que gere o relâmpago. (...) Primeiro você observa o fenômeno que você quer explicar, que constitui a pergunta; segundo, você tem que fornecer um mecanismo – não existe explicação científica se você não propuser rum mecanismo".

<sup>&</sup>lt;sup>132</sup> Sobre a busca pela verdade científica e sobre os cientistas, diz Maturana (1999, 55): "Eles afirmam que suas proposições têm uma relação particular com os mecanismos que geram os fenômenos porque existe algum isomorfismo, alguma correspondência em estrutura entre os mecanismos propostos e os mecanismos no mundo no qual são gerados os fenômenos que eles querem explicar".

<sup>133</sup> Esta visão já é quase consensual entre os cientistas sociais, que entendem a ideologia como um fator indissociável do resultado obtido na investigação, mesmo que esta seja consubstanciada sob os postulados de uma metodologia pré-estabelecida. Na maioria das vezes as pesquisas no campo social servirão apenas para a coleta de dados e a produção de argumentos capazes de provar o que o cientista previamente estabeleceu como o resultado da sua investigação.

reconhecer que se tratam de domínios especulativos distintos (MATURANA, 1999, p. 22-23)<sup>134</sup>:

Para o biólogo chileno, a questão ontológica fundamental não advém do questionamento "o que é?", na formulação clássica de Heidegger. A questão ontológica da teoria da cognição de Santiago é: "o que eu faço quando digo que algo é?". Procura, com isso, esclarecer que o sujeito cognoscitivo está interdependentemente ligado, em sua existência, ao ato de conhecer algo e que este algo não é cognoscível *a priori*, mas apenas sob a perspectiva de validação do conhecimento traçada previamente pelo cientista ou por uma comunidade científica.

Com isso Maturana não quer provar a inexistência do real. Apenas aduz, através de sua teoria, que o real é inatingível se levados em conta tão-somente argumentos provenientes de uma lógica racionalista de enxergar o mundo<sup>135</sup>. Para o pesquisador chileno, uma vez aceita a condição biológica do observador, o mesmo não é capaz de fazer inferências acerca do que venha ser o real externo a si mesmo sem levar em consideração o que gerou a sua própria condição de observador, de ser vivo.

#### 2.3. O real.

Enganam-se aqueles que crêem na teoria da cognição de Santiago como uma tese inconsistente, pela qual seria viável a criação de qualquer mundo possível, desde que imaginado pelo observador. Um mundo, por exemplo, no qual os homens pudessem voar naturalmente, independentemente de recursos tecnológicos, já que o real seria endogenamente ligado à condição neurobiológica do observador. Para desmistificar este crítica, Maturana impõe à sua teoria as noções de *percepção*, *ilusão* e *coerências das experiências*.

-

<sup>&</sup>quot;(...) quando duas ou mais pessoas se encontram com duas teorias diferentes e mutuamente excludentes, não há como buscar na realidade o critério de reconhecimento de qual delas é verdadeira, mas que se reconhecer que se tratam de domínios explicativos, e que os argumentos que aí parecem equivocados e ilusórios não são senão proposições escutadas a partir de domínios de existência diferente do que daquele em que elas foram propostas".

<sup>&</sup>lt;sup>135</sup> Cria, através de sua teoria, um fundamento científico para a concessão de suporte ao filme "Matrix", que alcançou sucesso mundial notadamente por refletir uma tese semelhante à desenvolvida por Maturana acerca da separação entre a mente e o real. Sobre o assunto, Carolyn Korsmeyer (2002, p. 84) tece um comentário que muito se aproxima das considerações soerguidas na teoria da cognição de Maturana: "Quando Neo sai de um confronto, ele sente o gosto de sangue que escorre de sua boca e fica surpreso que uma experiência virtual pudesse causar ferimento físico. "Se você é morto na Matriz, morre aqui?", ele pergunta. Morpheus responde, sóbrio: "O corpo não pode viver sem a mente", reforçando seu comentário sobre a experiência virtual: " a mente torna tudo real"".

O que diferenciaria a *percepção* da mera *ilusão* seria a consensualidade acerca dos resultados científicos provenientes das experiências anteriormente produzidas. A distinção entre *percepção* e *ilusão* é feita sempre *a posteriori*, tomando-se como referência uma experiência anterior e bem sucedida e não o real pura e simplesmente. Na teoria da cognição de Santiago, o real não pode ser o limite entre a percepção e a ilusão.

Outrossim, o real não pode ser demonstrado nem tomado como referência objetivamente, porque o observador sempre se utiliza *recursões* de *recursões* a consensualidades anteriormente solidificadas pelos homens através da linguagem, denominadas de *coerências das experiências* aferidas numa comunidade científica (os chamados preconceitos da teoria de Gadamer).

Essas recursões levam o observador, que hoje está assentado nos paradigmas da objetividade científica, a crer que estaria diante de uma realidade extrínseca a si mesmo, quando, na verdade, a sua própria experiência de vida sempre está ligada ao parâmetro de consensualidade escolhido para a aferição do seu "real", legitimado pela identificação deste numa comunidade de pesquisadores (MATURANA, 1999, p. 20)<sup>136</sup>:

É inegável que o real existe. O problema é que o real não pode ser comprovado pelo observador, porque este não é capaz de distinguir o extrínseco de si mesmo. Esta distinção somente é possível através da linguagem, ou seja, a partir de uma construção cognitiva do próprio observador. Quando o ser vivo, o eu, procura se distinguir do seu ambiente, este último só existe na linguagem utilizada pelo sujeito cognoscitivo, haja vista ser impossível distinguir o ser vivo no vácuo da linguagem.

O observador ou cientista só é capaz de identificar o mundo extrínseco a si mesmo, o real, na linguagem. Não pode tratá-lo objetivamente, senão como produto de recursões de recursões consensuais provenientes da sua experiência de vida, no esteio do *determinismo estrutural*<sup>137</sup>. O real, quando colocado como premissa da construção científica, não existe independentemente do sujeito cognoscitivo. Ao revés, a sua

As explicações científicas são validadas no domínio de experiências de uma comunidade de observadores, e se relacionam com as coordenações operacionais dos membros dessa comunidade, em circunstâncias nas quais são membros dessa comunidade as pessoas que aceitam e usam esse critério para validar seu explicar.

<sup>&</sup>lt;sup>137</sup> Vide tópico 2.5.

própria característica de mundo externo é precedida por uma configuração que lhe dota tal peculiaridade; uma configuração que consiste no próprio linguajar do ser vivo.

Estas conclusões fundamentam fenômenos do próprio sistema jurídico. Comumente os ministros do Supremo Tribunal Federal avocam ao órgão, do qual fazem parte, a função de guarnecer os desígnios constitucionais emanados pela carta de 1988. Sob a égide deste discurso, defendem a tese de que existe uma realidade constitucional que, extrínseca à avocação de competência feita por eles, outorga ao Supremo Tribunal Federal poderes organização e reorganização do sistema jurídico brasileiro na elucidação de questões insurgentes do controle de constitucionalidade.

Dentre estas atribuições, há uma defesa explícita da competência constitucional do Supremo Tribunal Federal de produzir *sentenças interpretativas* em nível de controle abstrato de constitucionalidade. Obviamente, como bem aduz Maturana, esta realidade é uma construção dos sujeitos cognoscitivos em questão (ministros do Supremo Tribunal Federal). O que os Ministros do STF aduzem como o real na Constituição de 1988 só existe enquanto uma construção lingüística que pode ou não encontrar baliza na comunidade à qual ela é dirigida: a comunidade científica do direito e a sociedade como um todo.

Ocorre que tal assertiva, como será defendido neste trabalho, não significa que inexistam limites à construção desse real. Na biologia tais limites 138 são identificados quando são associados a eventos ameaçadores da vida dos seres humanos, da sua congruência com o seu sistema neural. Num Estado Democrático de Direito, como será explicitado na conclusão deste trabalho, os aludidos limites (condições de possibilidade) podem ser encontrados no *padrão de organização* 139 do sistema jurídico, que coincide com os consensos lingüísticos gerados em torno do processo de construção da normatividade do direito contemporâneo, seja ele moderno ou pós-moderno 140.

### 2.4. Vida e conhecimento.

<sup>&</sup>lt;sup>138</sup> Esses limites são denominados por Maturana de *condição de possibilidade*, as quais caracterizam o próprio *padrão de organização* do ser humano.

<sup>&</sup>lt;sup>139</sup> Elemento do sistema que não pode ser modificado sob pena de falência ou morte do sistema em análise.

<sup>&</sup>lt;sup>140</sup> A resposta a esta indagação também está reservada no final da dissertação.

A idéia central da teoria da cognição de Santiago consiste na associação da vida ao conhecimento, o que a aproxima, por vias heterodoxas e totalmente paradoxais, ao projeto da modernidade, o que demonstra que as teorias aplicáveis à compreensão da realidade pós-moderna não abandonaram por completo o projeto sócio-cultural da modernidade.

Para Maturana e Varela, o ato de viver está intrinsecamente ligado à produção de conhecimento pelo ser. Nas palavras de Maturana – que se transformaram em legenda da teoria da cognição de Santiago – *conhecer é viver*. Assim explica a sua conclusão (MATURANA, 1999, p. 42):

Quando digo que conhecer é viver, e viver é conhecer, o que estou dizendo é que o ser vivo, no momento em que deixa de ser congruente com sua circunstância, morre. Ou seja, quando acaba o seu conhecimento, morre. É um conjunto que é uma unidade em sua circunstância. Mas ele é como é, segundo sua história com sua circunstância. E sua circunstância é como é, segundo a história de sua dinâmica.

A *adaptação* é um fenômeno comumente associado à explicação da evolução biológica ou mesmo social. Nesta visão, consistiria numa gradação, o que é veementemente rechaçado na teoria de Maturana. Para ele, não existem sistemas vivos mais ou menos adaptados: existem sistemas vivos adaptados ou sistemas não-adaptados e, portanto, mortos.

O que existe entre o sistema vivo e o seu ambiente é um *acoplamento estrutural* num processo que é identificado como *deriva natural*. O acoplamento estrutural caracteriza o processo cognitivo dos seres vivos. Conhecer e se adaptar são formas de apresentação de uma conduta adequada, uma conduta congruente com a circunstância na qual essa mesma conduta se realiza, sendo ambos possibilitados e determinados pelo ser vivo.

Na sua investigação fenomenológica, "todo o conhecer é a ação efetiva que permite a um ser vivo continuar sua existência no mundo em que ele mesmo traz à tona ao conhecê-lo. O ato de perceber constitui o percebido" (apud GRACIANO e MAGRO, in MATURANA, 1999, p. 23). Em síntese, o conhecimento é o resultado da exposição de uma conduta adequada, nas palavras do próprio Maturana (1999, p. 54):

O problema, então, é identificar a *conduta adequada*. O que constitui uma conduta adequada, isto é, uma conduta que satisfaça a quem fez a pergunta? Se pergunto a alguém se sabe biologia e obtenho como resposta "Sim, eu sei biologia; sou especialista em tal coisa", e em seguida lhe faço uma pergunta à qual responde dizendo ou fazendo algo que reconheço como uma conduta adequada naquele domínio, então posso dizer "Sim, essa pessoa sabe biologia". Penso que é isso o que sempre fazemos. Na verdade não temos outra forma de avaliar o conhecimento. Por conseguinte, se meu problema é a própria cognição ou o conhecimento, e se reconheço que há conhecimento vendo a conduta adequada, então meu problema será identificar a conduta adequada, ou mostrar como surge a conduta adequada.

Encontrar uma explicação científica aceita na comunidade moderna acerca do fenômeno da cognição seria desvelar o mecanismo que gera a conduta adequada (1999, 56). Como consequência dessas conclusões, não existe o sujeito absoluto em si, tampouco uma linguagem privada.

A construção do conhecimento é essencialmente inserida na linguagem, que é o resultado de coordenações de coordenações consensuais de conduta. Na teoria de Maturana, o conhecimento não é o resultado da experiência do sujeito cognoscitivo em face do objeto cognoscível. É uma construção eminente coletiva, na qual interagem ao menos dois observadores<sup>141</sup> na formação de um consenso lingüístico (coerência das experiências), que permite a produção das distinções necessárias à classificação dos fenômenos.

Essas distinções fenomenológicas permitem que os cientistas estudem objetos como se fossem estruturas autônomas e independentes. Mas tal perspectiva, oriunda de uma visão racionalista de explicação do conhecimento, não condiz com a estrutura cognoscitiva dos seres humanos. Como bem relatam Graciano e Magro, "ser e conhecer, em Maturana, são constituídos juntos e do mesmo modo, na práxis do viver" (apud MATURANA, p. 29).

#### 2.5. Determinismo estrutural dos sistemas vivos.

<sup>&</sup>lt;sup>141</sup> A expressão "observadores" não comporta a idéia de que necessariamente sempre existirão duas pessoas no processo cognitivo. Como sustenta Maturana: "Tudo que é dito é dito a um observador, que pode ser ele mesmo" (1999, 34). Utilizando conceitos de semiologia, poder-se-ia dizer que Maturana afirma que sempre existirão dos pólos no processo de produção do conhecimento (emissor e receptor), mas nada impede que estes pólos sejam ocupados pela mesma pessoa, em tempo diferenciado e sob perspectivas diversas, como esposado anteriormente.

Voltando à questão do mecanismo enquanto causa para a explicação científica dos fenômenos, urge analisar o processamento das mudanças do sistema ao tempo em que sejam preservados os seus padrões de organização. Para explicar tais fenômenos, Maturana propõe uma condicionante que é fundamental para a compreensão dos sistemas cognitivos sob uma ótica de investigação adequada aos fenômenos da pósmodernidade: o *determinismo estrutural*.

Na teoria da cognição de Santiago, os sistemas dinâmicos, se são passíveis de investigação e explicação científicas, precisam ser tratados como unidades compostas determinadas estruturalmente, definidas por organizações pré-existentes ao processo de mutação (MATURANA, p. 60). São sistemas que absorvem apenas mudanças estruturais pré-concebidas, sendo que as interações que deságuam no seu núcleo servem de meros fatores desencadeadores dessas mudanças, sem que possam determinar o sentido destas.

Tal conclusão parte do pressuposto de que a explicação científica se faz através de um mecanismo. Ou seja, a ciência moderna é construída a partir da descrição ou produção de uma entidade cuja estrutura determina o que acontece, gerando o fenômeno. A explicação científica revela o mecanismo que gera determinado fenômeno natural ou social, nas palavras do próprio Maturana (1999, p. 59):

- [...] isso significa que, aconteça o que acontecer ao sistema, que está, ele próprio, sendo proposto pela hipótese do mecanismo que irá gerar o fenômeno, ele é determinado por sua estrutura. É determinado pelos componentes e pelas relações entre os componentes que o constituem. Isto significa que quando você tem um sistema determinado estruturalmente, ou um mecanismo, e faz alguma coisa com esse sistema, tudo o que acontece com ele não depende do que você faz com ele.
- (...) Assim os sistemas determinados estruturalmente, em mecanismos ou sistemas que são definidos e constituídos estruturalmente, o que acontece ao sistema depende de como ele é feito. As interações que o sistema atravessa podem somente desencadear mudanças nele. Você não instrui o sistema, você não especifica o que vai ocorrer no sistema.

De fato, enquanto o organismo estiver vivo, permanecerá em constante e ininterrupta interação com o seu ambiente. Entretanto, esta interação não é capaz de condicionar mudanças no padrão de organização do sistema vivo – já que esta perspectiva, na teoria

dos sistemas, define a sua própria identidade –, tampouco na estrutura do sistema. As mudanças estruturais ocorrem ao longo da existência do sistema, mas são condicionadas pela própria estrutura do sistema e não pelo ambiente deste.

Ou seja, o meio (ambiente) não condiciona o processo de mudança ou evolução do ser vivo e vice-versa. Há uma integração num processo contínuo e mútuo de acoplamento estrutural, no qual o ambiente pode desencadear o processo de transformação do ser vivo, mas não pode determiná-las. As mutações geradoras do conhecimento que ocorrem no sistema vivo são determinadas apenas pela própria estrutura deste sistema, mesmo que existam estímulos externos que iniciem o processo.

A permanência do sistema vivo em estado de acoplamento estrutural com o seu meio permite que sejam consubstanciadas configurações estruturais. Todavia, como o sistema vivo é determinado estruturalmente, é o próprio sistema vivo que escolherá qual configuração com o ambiente desencadeará mudanças na sua estrutura. As interações e configurações com o ambiente permitem que o sistema mantenha sua condição de existência.

Destas assertivas Maturana conclui que o observador de um sistema vivo não consegue dissociar o mecanismo de configuração estrutural desse sistema das consequências decorrentes desta interação com o ambiente. Destarte, somente por meio das mudanças estruturais no organismo o sujeito cognoscitivo consegue distinguir a configuração estrutural proveniente do ambiente que atua como agente impulsionador da modificação da estrutura do sistema vivo.

## 2.6. Relação entre os sistemas e seus ambientes.

Todo o sistema vivo existe em um determinado ambiente. Assim como o sistema, o ambiente também passa por mudanças, determinadas por sua própria estrutura. A questão que é colocada à teoria da cognição de Santiago cinge-se à necessidade de saber como o sistema vivo interage com o seu meio.

Como foi certificado no tópico anterior, o processo de mudança dos sistemas vivos leva em consideração informações pré-existentes em sua estrutura. Todavia, é fato que um sistema deve sempre agir em congruência com o seu ambiente. A chave da questão é saber como um sistema consegue manter essa congruência, sendo que ele próprio

encontra-se em estado de constante mutação determinada pela sua estrutura e o seu meio imerso em processo semelhante.

De fato, o sistema interage com o seu ambiente, sendo que a dinâmica de estados de ambos é o resultado dessa relação. O sistema desencadeia mudanças no ambiente e viceversa. Ocorre que estas mudanças somente serão concretizadas se as estruturas de ambos (sistema e ambiente) forem permissivas a tais transformações. Conclui-se que o sistema e o ambiente podem desencadear mudanças estruturais um no outro, desde que a estrutura destes permita que as mutações efetivamente se realizem, de acordo com o próprio Maturana (1999, p. 61-62):

Então, na interação entre um sistema vivo e seu meio, embora o que aconteça no sistema esteja determinado por sua estrutura, e o que aconteça no meio esteja determinado pela estrutura do meio, é a coincidência desses dois fatores que seleciona que mudanças de estados ocorrerão. O meio seleciona a mudança estrutural no organismo, e o organismo, através da sua ação, seleciona a mudança estrutural no meio. Que mudança estrutural ocorre no organismo? Aquela que é determinada pela sua estrutura. Que mudança estrutural ocorre no meio? Aquela determinada por sua estrutura. Mas a seqüência dessas mudanças é determinada pela seqüência das interações. O meio seleciona um caminho de modificações estruturais que o organismo atravessa durante sua vida.

Existem transformações estruturais, é verdade, que resultam da própria dinâmica do sistema, mas aquelas que têm a ver com o meio são selecionadas através da interação com o meio.

Portanto, o conhecimento gerado no sistema vivo não é tão-somente determinado pela estrutura que este carreia consigo. É o produto das histórias particulares das relações mantidas entre o sistema e o seu meio<sup>142</sup>. Até então, não há novidades na abordagem do tema.

A estrutura do sistema, assim como a estrutura do ambiente, é mutável. Todavia, a coerência do sistema com o seu ambiente mantém-se inalterada, invariante. Como foi explanado mo tópico 2.4., a este fenômeno Maturana denomina de *adaptação*. Nos seus

<sup>&</sup>lt;sup>142</sup> Mesmo que inexista literatura a respeito, de fato esta assertiva explica, por exemplo, o porquê de os juristas recorrerem à história de uma sociedade para tentarem extrair conclusões acerca da evolução do sistema jurídico no tempo.

dizeres, "se a adaptação não fosse uma invariante, ela cessaria e o organismo se desintegraria, morreria" (1999, p. 63).

Ademais, além da relação do sistema com o seu ambiente, os sistemas vivos se relacionam entre si. Da mesma forma, quando esta interação é efetivamente consubstanciada, exsurge o mesmo fenômeno anteriormente descrito da invariância da adaptação. Na visão de Humberto Maturana (1999, p. 65), surgiria desta interação um domínio lingüístico ou a própria noção de linguagem como mediadora do convívio coletivo dos sistemas vivos, desde que estes domínios lingüísticos permitirem recursividade na interação lingüística.

Os domínios lingüísticos surgem no processo dinâmico de contínua adaptação dos sistemas vivos uns aos outros, enquanto houver coerência na história destas interações. Cada nova interação ocasionará uma mudança estrutural nos sistemas vivos. Sempre que esta mudança acontece, um novo domínio lingüístico será estabelecido. A este fenômeno outorgou a denominação de *acoplamento estrutural*, já referido nesta explanação inicial<sup>143</sup>.

### 2.7. Acoplamento estrutural.

Da teoria da cognição de Santiago depreende-se a tese de que todo ato de conhecimento está relacionado a uma dinâmica não-linear<sup>144</sup> de interação entre o sistema vivo e o seu ambiente, o que constitui, na linguagem fornecida pela teoria dos sistemas, a *estrutura* do sistema vivo.

Será o fenômeno da *acoplagem estrutural* – resultado da interação entre o sistema vivo e o seu ambiente, seguida da uma adaptação, um aprendizado e um desenvolvimento

<sup>&</sup>lt;sup>143</sup> Vide tópico 2.4.

<sup>&</sup>lt;sup>144</sup> Significa que não existe uma relação objetiva de causa-efeito (cadeia linear) nos sistemas vivos, a qual poderia possibilitar a antevisão da reação desse mesmo sistema a um estímulo do seu ambiente. No exemplo fornecido por Capra (2002, p. 51), a reação de uma pedra (objeto inanimado) a um chute de um ser humano é previsível, conseguindo ser explicada por básicas leis da física newtoniana. O mesmo não ocorreria se o chute (estímulo do ambiente) tivesse como alvo um sistema vivo (cachorro, por exemplo), as reações seriam imprevisíveis, podendo ocorrer desde uma repressão temerosa até uma reação sob forma de ataque violento.

também contínuos – o fator determinante à caracterização de um organismo como inteligente ou não, na medida em que identifica a própria presença da vida neste 145.

Defendem a tese de que a mente (cognição) se constitui num processo e não simplesmente numa coisa pensante. A mente (ser) e a matéria (real) não constituem duas categorias epistemológicas que podem ser entendidas separadamente. Ao revés, devem ser percebidas como "dois aspectos complementares do fenômeno da vida" (CAPRA, 2002, p. 53).

Na opinião de Capra (2002, p. 53), esta é a primeira teoria que consegue transpor os limites herméticos de separação entre cognição (mente) e corpo (matéria), alicerce do pensamento de Descartes.

## 2.8. O surgimento da linguagem.

A linguagem surge como um domínio de coordenações de coordenações consensuais de conduta, a partir de domínios lingüísticos estabelecidos nos acoplamentos estruturais dos sistemas vivos. Como relata Maturana (1999, p. 66): "Quando você tem linguagem, o que você tem é a possibilidade de um comportamento que um observador poderá descrever como recursões em um domínio lingüístico consensual".

Nestas circunstâncias, a linguagem não é uma simples mediadora simbólica ou um código que espelhe regularidades cognitivas ou da realidade, mas como uma atividade recorrente, recursiva e consensual entre seres que têm um modo de vida centrado na cooperação e no entrelaçamento do linguajar e do emocionar-se, no qual trazem à mão distintos domínios da realidade (MAGRO in MATURANA, 1999, 13).

A linguagem surge quando aceitamos a nós mesmos (indivíduos) como resultados da nossa convivência harmônica com o outro, aceitando-o como ser legítimo. De forma brilhante, Maturana identifica o complexo comunicativo como um sistema de agregação

\_

<sup>&</sup>lt;sup>145</sup> Para os biólogos chilenos, o processo de cognição caracteriza a essência do processo de viver, nos termos explicitados no tópico 2.4, como bem relatam Miriam Graciano e Cristina Magro (in MATURANA, 1999, p. 21):

<sup>&</sup>quot;[...] Maturana afirma que conhecer é viver, e viver é conhecer. O sistema nervoso e o ser vivo que ele integra consistem em uma unidade em sua circunstância, vivendo em congruência. No momento em que o ser vivo perde a congruência com sua circunstância – no momento em que perde seu conhecimento – ele morre".

contínua do ser humano à sua intersubjetividade, identificada esta com a própria circunstância do ser.

Para ele, todo o processo de consubstanciação da linguagem tem como influxo inicial a emoção na forma do *amor*, sentimento capaz de tornar legítimo um indivíduo para o outro no aspecto de convivência intersubjetiva. A própria fisiologia do ser humano está diretamente relacionada ao amor. Sem esta determinação estrutural prévia não há possibilidade de os sistemas vivos interagirem dinamicamente através dos acoplamentos estruturais, formando domínios lingüísticos que, por sua vez, possibilitarão recursões consensuais antecedentes da formação da própria noção de linguagem.

Conclui afirmando que a linguagem não está no cérebro ou no sistema nervoso dos seres vivos. Ao revés, encontra-se no domínio das coerências mútuas entre os organismos, que, por sua vez, desencadeiam – mas não determinam – reações operativas internas no sistema nervoso, que se fecha para o processamento de distinções e mudanças de relações de atividades dos organismos.

Ou seja, a dinâmica de estados num domínio lingüístico mantido entre sistemas opera como seletor, apesar de não determinar estruturalmente as mudanças do sistema. Estas, como foi aludido anteriormente, são determinadas pelas próprias estruturas dos sistemas.

### 2.9. Síntese final.

A teoria da cognição de Santiago rompe com uma série de paradigmas e nos fornece uma substancial noção sobre o funcionamento de um sistema fechado e como este sistema deve interagir com o seu ambiente para se conservar vivo. Inova em vários aspectos, principalmente quando defende a tese de que as mudanças no sistema vivo podem ser desencadeadas pelo ambiente do sistema, mas não são determinadas por este. Em síntese, apresenta a seguintes conclusões:

I. O ser humano é incapaz de enxergar o real na sua integralidade fenomenológica. O real é a criação de um mundo pelo sistema cognitivo dos seres humanos, resultado de um processo fechado de geração de referências lingüísticas (*autopoiese*). A representação de uma realidade pelo sistema

nervoso inexiste. O conhecimento humano é fruto de atividades produzidas exclusivamente pelo seu sistema nervoso, através do que denominou de configuração do ambiente.

II. O atributo de verdade ou inverdade à explicação de fenômenos sociais e naturais refletem pontos de vistas (domínios especulativos) distintos na forma de compreensão destes. A verdade é uma qualidade fornecida pelo cientista ou por uma comunidade científica, a partir da verificação de compatibilidade das conclusões com a experiência aduzida por outros cientistas. Não há como separar a subjetividade, a experiência de vida do observador do produto aferido na pesquisa científica.

III. O ato de conhecer está inexoravelmente ligado à existência do ser vivo. Viver é conhecer, nas palavras do próprio Maturana. A adaptação, portanto, não é uma qualidade do ser vivo e sim uma condição de existência deste.

IV. Em todos os sistemas existe um padrão de organização e uma estrutura dos elementos que integrados o compõe. O padrão de organização do sistema é invariável, sob pena de o sistema deixar de existir ou se transformar em outro sistema. Já a estrutura do sistema é mutável, o que não implica na perda de identidade deste.

V. Os sistemas vivos são determinados estruturalmente. Na interação dos sistemas vivos com o seu ambiente as mudanças estruturais podem ser desencadeadas pelo ambiente, mas sempre serão determinadas pela estrutura do sistema vivo. Este fenômeno, Maturana denomina de determinismo estrutural.

As conclusões fenomenológicas trazidas pela teoria dos sistemas autopoiéticos, discussão iniciada na teoria da cognição de Santiago, compreendem-se como o mecanismo mais adequado, até o presente momento, para caracterizar a existência de uma ciência pós-moderna que vise á compreensão dos fenômenos a partir da revelação da sua dinâmica não-linear.

Pretende a suplantação do mecanismo teleológico e do determinismo natural – propiciado pelo ambiente –, com vistas ao estudo de organismos a partir dos fenômenos da auto-regulação e auto-orientação, numa noção estrita de sistema fechado, retro-

alimentados. Defende-se, nesta dissertação, que tais premissas podem ser utilizadas para a compreensão dos sistemas sociais, conforme as teorias de Niklas Luhmann e Fritjof Capra acerca do tema.

# 3. Teoria dos sistemas sociais autopoiéticos.

A teoria dos sistemas sociais autopoiéticos nada mais é que uma tentativa de inserir um arcabouço teórico-epistêmico novo à análise dos fatos sociais provenientes do processo de transição denominado de pós-modernidade pelos filósofos e sociólogos citados nesta dissertação.

Tem, como um dos pontos principais, a retirada do enfoque central, que nas teorias funcionalistas recaía sobre a ação humana, para a análise do processo no qual as ações são realizadas, chegando a definir a questão pelo conceito de cognição comunicativa (comunicação como mecanismo de geração dos conhecimentos sociais). Além disso, importa da teoria da cognição de Santiago o conceito de autopoiese para defender a tese de que o sistema social e seus subsistemas constituem racionalidades fechadas, onde os conceitos, categorias e conhecimentos em geral são realizados pelo processo de comunicação, pela linguagem<sup>146</sup>.

### 3.1. Sistemas autopoiéticos em Luhmann.

O padrão de autopoiese como mecanismo de geração vital dos sistemas vivos foi associado aos sistemas sociais inicialmente na obra de Niklas Luhmann. Sua teoria sistêmica de explicação dos fenômenos sociais começou a ser desenvolvida na década de cinqüenta, ainda no século XX, em meio à crise das teorias funcionalistas<sup>147</sup>,

<sup>&</sup>lt;sup>146</sup> E nesse aspecto a teoria dos sistemas sociais autopoiéticos incorpora ensinamentos da fenomenologia de Heidegger (2003, p. 121), como as conclusões chegadas por este nas suas investigações sobre os caminhos da linguagem:

<sup>&</sup>quot;Fazer uma experiência com a linguagem significa portanto: deixarmo-nos tocar propriamente pela reivindicação da linguagem, ela nos entregando e como ela nos harmonizando. Se é verdade que o homem, que o saiba ou não, encontra na linguagem a morada própria da sua pre-sença, então uma experiência que façamos com a linguagem haverá de nos tocar na articulação mais íntima de nossa pre-sença. Nós, nós que falamos a linguagem, podemos nos transformar com essas experiências, da noite para o dia ou com o tempo. Mas talvez fazer uma experiência com a linguagem seja algo grande demais para nós, homens de hoje, mesmo quando essa experiência só chega ao ponto de nos tornar por uma primeira vez atentos para a nossa relação com a linguagem e a partir daí permanecermos compenetrados nessa relação".

<sup>&</sup>lt;sup>147</sup> "Para Luhmann, a unidade da sociedade não pode ser mais descrita a partira da centralidade do conceito de pessoa, que deve ser substituído pelo de comunicação. Para ele, a rejeição de um conceito humanístico-antropocêntrico e suas limitações é a única possibilidade de fundamentar científicamente e

desencadeada pela contestação global do padrão social de convivência coletiva, engendrado pela sociedade norte-americana capitalista, comumente conhecido como american way of life.

Os aspectos gerais de obra de Luhmann levam a crer que se trata de uma teoria ampla com pretensões de universalidade, que pretende abarcar a explicação de todos os fenômenos sociais. Na trilha do percorrido pelas ciências biológicas e pela filosofia nas investigações fenomenológicas, tem como pressuposto a superação da dicotomia epistemológica encontrada na relação sujeito-objeto.

Parte da premissa de que o observador, para identificar o objeto observado e distingui-lo dos demais no ambiente, utiliza esquemas de distinção incorporados à relação autoreferencialmente. Estes, por sua vez, são indissociáveis do ato criativo do conhecimento, mas constituem um ponto cego na relação, pois não são perceptíveis aos olhos do observador.

Esses esquemas de distinção somente poderiam ser percebidos pelo observador de segunda ordem - alguém que observa o observador na sua relação com o objeto observado – que, todavia, utilizaria seus próprios esquemas de distinção para realizara a ação supramencionada<sup>148</sup>.

A autopoiese social em Niklas Luhmann não é totalmente coincidente com o núncio primordial de Maturana, principalmente no tocante à enunciação da sua teoria sistêmica. Para Luhmann o sistema social é uma rede que comporta uma série de subsistemas sociais distinguidos pelas condições de contingência de cada um deles e pela linguagem difundida nos processos comunicacionais dos mesmos.

O ambiente interage com os próprios sistemas numa espécie de relação de interdependência: os sistemas precisam das contingências do ambiente, pois são

não metafisicamente a noção de sujeito. Cabe aqui acertada consideração de Jean Clam de que na teoria dos sistemas sociais o homm não está sociologicamente excluído, apenas metodologicamente. É um afastamento metodológico, por motivos de impossibilidade epistemológica. Mesmo que a pessoa não ocupe lugar no sistema social, ela forma o ambiente desse sistema e sem o qual ele não existiria. [...] Luhmann considera a complexidade e a contingência como duas das principais características da sociedade contemporânea. O mundo se apresenta como uma multiplicidade de possíveis experiências e ações. Toda essa variedade, contudo, está em contraposição ao limitado potencial humano em termos de percepção, assimilação de informação e ação atual e consciente" (ROCHA & DUTRA, 2005, p. 288)

<sup>&</sup>lt;sup>148</sup> Para Luhmann a estrutura do sistema social deve ser entendida como a "pré-seleção de possíveis relações entre os elementos admitidos em dado momento (SCHWARTZ, 2005, p. 62).

constituídos como instrumentos de regulação destas, ao tempo em que, paradoxalmente, essas contingências definem os limites de racionalidade do sistema. Já o ambiente indolente precisa ser minimamente controlado pelos sistemas sociais, através das decisões destes sistemas que são tomadas em padrões de auto-referencialidade.

### 3.1.1. Organização e decisão no sistema autopoiético em Luhmann.

A partir da década de cinqüenta e, principalmente, nas décadas de sessenta e setenta do século passado, começou a entrar em crise a possibilidade de entendimento das relações sociais a partir de estudos consubstanciados sob a lógica de isolamento dos objetos, recortados espacialmente em regiões estratégicas, num processo simétrico ao das pesquisas empíricas laboratoriais desenvolvidas pelas ciências naturais localizados (LUHMANN, 1997).

Nos termos amplamente denunciados nesta dissertação, a estrita relação causa-efeito decorrente do princípio da causalidade já não mais é colocada como modelo de explicação racional dos fenômenos sociais, tampouco as relações em nível global seguiam o mesmo padrão lógico de correlação causal. Estas se tornaram demasiadamente complexas e os cientistas não conseguiam mais antever os acontecimentos a partir de estudos sócio-historiográficos. Seria preciso reorganizar teoricamente os focos de investigação dos fenômenos sociais para que houvesse uma adequação a estes novos paradigmas.

Em razão dessa complexidade social e desses novos paradigmas, o problema fundamental da teoria em Luhmann consiste em definir padrões sistêmicos racionais de redução de complexidades e organização para evidenciar caminhos a serem seguidos no processo de decisão. Recorreu ao padrão de autopoiese para tentar desvendar qual o mecanismo mais adequado a ser seguido nesses processos decisórios, o qual pudesse reduzir complexidades e gerar segurança na forma de organização para o sistema.

Como premissa epistemológica, Luhmann (1997, p. 03-09) define a *organização* <sup>149</sup> como a realização da autoridade na produção, sendo um fenômeno relevante para a sociedade global. Já *decidir*, na sua acepção, não é o resultado de um processo de reflexão que leva à ação que executa a decisão. Entende que as decisões se diferenciam

1/

<sup>&</sup>lt;sup>149</sup> "Sem organização, por melhores que sejam as intenções, não há muito que se esperar, pois, segundo uma lei natural eterna, cada força, para ser efetiva, necessita de órgãos através dos quais pode se expressar convenientemente" (LUHMANN, 1997, p. 03).

das ações por pontos distintos de relação de sua identificação e por uma forma diferente de enfrentar a contingência, a incerteza.

Enuncia (LUHMANN, 1997, p. 09) que a diferença entre as ações e as decisões consiste no fato de que as primeiras devem ser consideradas como esperadas em um desenvolvimento típico, enquanto as decisões não têm sua identidade num desenvolvimento de um acontecimento determinado, e sim na eleição, entre várias possibilidades, da alternativa certa. As alternativas, por sua vez, são obtidas mediante a retirada da valoração dos pontos de comparação, por abstração funcional, sendo sua existência, por isso mesmo, necessária à decisão (LUHMANN, 1997, p. 10).

A teoria clássica da decisão racional parte do conteúdo da decisão e a explica pela relação meio-fim<sup>150</sup>. A teoria engendrada por Luhmann se desenvolve pela *união da concepção de complexidade acentuada no caráter seletivo das relações entre as decisões* (LUHMANN, 1997, p. 19).

A complexidade se coloca exatamente através de fatores que limitam a capacidade cognitiva do sistema pela imposição de barreiras no processo de comunicação, restringindo o número de elementos que interagem na estrutura do sistema para a consubstanciação da decisão, como forma, inclusive, de reduzir custos. Ademais, surgem elementos de complexidade nos tempos pós-modernos, já que as organizações são obrigadas a tomar muitas decisões em curtos espaços de tempo, o que também implica em limitações no campo da racionalidade.

A complexidade está exatamente no fato de que somente a relação entre decisões pode gerar o caminho organizacional necessário para que haja uma otimização no processo deliberatório sem causar traumas na relação entre o sistema e o seu ambiente. Com isso, Luhmann não nega a importância da relação meio-fim no processo decisório. Apenas

[...] Toda racionalidade se converte em racionalidade de conexão – pode, por conseguinte, variar os fins em vista a meios possíveis e os meios em vista de fins postos. A racionalidade não se assegura nem através de uma decisão primeira, nem através de uma decisão última. Ela deve relacionar seus critérios à não coincidência das decisões, à relação temporal.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>150</sup> "Originalmente se concebia a relação meio e fim, com referência à relação causal, como relação entre efeitos (valores) e causas, e esta interpretação domina inclusive, atualmente, a utilização do termo. Não obstante à medida em que também os fins pode ser vistos como conseqüência de uma eleição e, portanto, como decisões, se posterga o planejamento do problema [...].

Os critérios clássicos de racionalidade se referem à relação entre meio e fim e a definição da perspectiva de suas exigências de otimização" (LUHMANN, 1997, p. 19-20).

diz que esta não deve estar inserida nos aspectos do princípio da causalidade, onde a decisão é um meio para o alcance de um fim pré-determinado abstratamente.

A relação meio-fim deve estar inserida no campo comparativo de decisões; deve servir a um processo deliberatório que leve em consideração experiências anteriores como forma de redução dos riscos e, paradoxalmente, da própria complexidade <sup>151</sup>. A redução de complexidades num processo decisório é mais acentuada na medida em que um maior número de decisões anteceda a decisão futura a ser tomada.

Adverte Luhmann (1997, p. 21), no entanto, que não se pode tomar – nem há sentido nisso –, como regra geral que as pré-decisões sirvam de meios para a própria decisão, porque, sob este aspecto, não se poderia variar e, portanto, deveriam ser tomadas por mesmo agente. Tampouco pode servir como fim à decisão seguinte a decisão própria, que seria uma limitação do campo de alternativas. Apesar da advertência, reconhece o autor que as organizações costumam – como ocorre invariavelmente nos Tribunais constitucionais – tomar decisões futuras pelas pré-existentes como forma de integração de historicidade, experiências anteriores de conflitos, a evolução do poder e ambições prévias (LUHMANN, 1997, p. 22).

A maior constatação intermediária da teoria organizacional de Luhmann, que servirá de base para as elucidações finais desta dissertação, reside no tratamento que ele dispensa à complexidade. Como dito acima, a complexidade está no fato de as decisões não poderem ser mais tomadas na relação meio-fim no sentido do estabelecimento de metas abstratas (fins) para as quais seriam eleitas ações concretas (meios) como forma de otimização de resultados. A relação deve ser estabelecida entre *decisões*, o que demandaria custos, tempo que, numa sociedade virtual em que certas relações duram alguns segundos, acarreta aumento de complexidade.

Mas ao invés de tratar a complexidade como um obstáculo da decisão racional e como uma transparência insuficiente, deve ser ela tratada como um processo para a realização decisões seletivas (traumáticas) em situações de risco, para que estas possam ser

-

(LUHMANN, 1997, p. 21).

<sup>&</sup>lt;sup>151</sup>"[...] a complexidade se constitui nos sistemas organizacionais como a relação entre as decisões. Estas relações são o primeiro conteúdo de uma decisão. Digo, se decide porque se decidiu ou para que se decida. As decisões se qualificam reciprocamente, definem situações umas para as outras. Os aspectos cognitivos e motivacionais do processo de decisão se determinam em forma puramente fática, ante o todo mediante o habituado; decisões funcionam umas para as outras como premissas de decisão"

utilizadas na construção de um sistema racional, a ser manuseado auto-referencialmente, como campo de redução destas mesmas complexidades. As situações de decisões tomadas, portanto, podem ser incluídas como esquemas de racionalização e organização dos sistemas<sup>152</sup>.

Por fim, Luhmann (1997, p. 24) defende, no que se anui inteiramente nesta dissertação, que nas organizações pós-modernas só é possível conseguir uma maior eficiência no processo decisório, tornando-o mais profundo no que concerne à compreensão dos fenômenos ligados à realidade (ambiente do sistema), aumentando o número de decisões. Para Luhmann, melhoria quer dizer crescimento, mas crescimento significa, por sua vez, aumento de complexidade e intensificação da seletividade na associação das relações entre decisões no processo decisório.

# 3.2. Sistemas autopoiéticos em Capra.

A maior contribuição de Fritjof Capra (2002) à teoria dos sistemas autopoiéticos deu-se com a definição das perspectivas dos sistemas sociais. Para o autor, os sistemas autopoiéticos só podem ser compreendidos em sua completude se observadas quatro perspectivas distintas: forma (padrão de organização); matéria (estrutura); processo e significado (esta até então inexistente na teoria dos sistemas, sendo uma criação do próprio Capra). A plena compreensão dos fenômenos sociais somente pode ser concluída a partir da integração dessas quatro perspectivas de investigação sistêmica (CAPRA, 2002, p. 86).

Com base nessas lições preliminares, tentar-se-á engendrar as premissas de um sistema autopoiético consubstanciado sob a égide de compreensão dos fenômenos sociais, inclusive o direito, na incorporação, à investigação, do padrão de auto-referencialidade ou autopoiese. Analisar-se-á perspectiva por perspectiva para, nos capítulos seguintes, seja formulada uma tese acerca da produção do direito que leve em consideração a realidade de um discurso praticado hoje nos moldes de compreensão da teoria dos sistemas autopoiéticos.

p. 23).

<sup>&</sup>lt;sup>152</sup> "Isto significa, então, que os elementos relacionados (decisões) devem ser, por sua vez, apresentados como relações, por exemplo, como relação entre meio e um fim ou incluso como relação (ótima) entre várias relações possíveis entre meio e fim, mas também possivelmente como relação entre princípio (regra) e caso, ou como relação entre condição desencadeante e ação desencadeada" (LUHMANN, 1997,

## 3.2.1. Padrão de organização (forma) dos sistemas autopoiéticos.

Maturana (1999) dá o nome de *organização*, que será identificada neste trabalho pela denominação *padrão de organização*, seguindo a nomenclatura atribuída por Capra (2002 e 2003).

A noção de padrão de organização, por sua vez, é derivada da utilização do conceito de *unidade* na teoria dos sistemas. A unidade consiste numa entidade ou qualquer coisa que possa ser distinguida pelo sujeito cognoscente de alguma maneira. Na teoria geral dos sistemas (MATURANA, 1999), existem duas espécies de unidades: *unidades simples* e *unidades compostas*.

As unidades simples são os objetos que não podem ser distinguidos pela decomposição de suas partes. Já as unidades compostas são passíveis de serem distinguidas das demais unidades pela identificação de suas partes, a partir da separação dos seus componentes. A noção de sistema decorre da análise de *unidades compostas*, realizada pelos sujeitos cognoscentes.

Logo, na definição erigida por Capra (2002, p. 83), o *padrão de organização* de um sistema é a "configuração das relações entre os componentes do sistema". Consiste numa perspectiva, numa forma de enxergar um sistema. Permite que a unidade composta possa ser identificada pelo que se afirma sobre ela.

Maturana utiliza a cadeira como exemplo de uma unidade composta ou um sistema de componentes autônomos, mas inter-relacionados. Poder-se-ia dizer que a cadeira é constituída, normalmente por quatro hastes que comumente são chamadas de "pés" ou "pernas"; um suporte para o quadril e um encosto para apoiar a coluna vertebral. O suporte ao quadril interliga em suas extremidades as hastes, ao tempo em que alicerça o encosto colocado verticalmente sobre o mesmo. Eis uma cadeira de quatro "pernas".

Caso alguém serre essa cadeira em várias partes, os seus componentes serão desorganizados e, consequentemente, a cadeira deixará de existir. Sobre o fenômeno da desorganização do sistema como forma de ruptura da identidade deste, afirma Maturana (1999, p. 58):

Uma unidade é uma unidade composta de algum tipo apenas enquanto sua organização for invariante. Uma cadeira será uma cadeira apenas enquanto sua organização for a organização de uma cadeira. Se a organização muda, vocês não têm mais uma cadeira. (...) Uma cadeira é uma cadeira, uma unidade composta de um tipo particular, somente enquanto sua organização for invariante.

Esse pensamento de Maturana é o reflexo do que vem sendo identificada como a nova teoria geral dos sistemas. De acordo com esta visão importada dos estudos da física e da biologia, "as propriedades essenciais de um organismo, ou sistema vivo, são propriedades do todo, que nenhuma das partes possui" (CAPRA, 2003, p. 40). Ou seja, o que confere identidade a um sistema é o padrão de organização mantido entre as unidades simples que compõem o aludido sistema e não simplesmente a soma entre estas unidades.

Retomando o exemplo da cadeira, não é possível identificá-la tão-somente pela associação entre um encosto, quatro hastes e um suporte para o quadril. Se duas hastes fossem verticalizadas em paralelo como base das duas outras hastes na posição horizontal e, fincadas às extremidades destas, postos em registro o suporte do quadril e o encosto da coluna cervical, ter-se-ia, talvez, até uma obra de arte conceitual, mas, com certeza, não mais uma cadeira 153. Estar-se-ia ante um novo sistema.

Da mesma forma ocorre com o sistema jurídico. Existem unidades simples que compõem o sistema jurídico e que são organizadas num padrão definido. A alteração desse padrão de organização acarreta a morte do sistema jurídico, que pode ou não ser substituído por outro sistema de organização do direito.

### 3.2.2. Estrutura (matéria) dos sistemas autopoiéticos.

A *estrutura* de um sistema consiste nos elementos materiais pelos quais os *significados* dos sistemas são apresentados. A estrutura é uma perspectiva mutável e acompanha o processo de transformação do sistema no que concerne à mudança de seus significados.

todo é sempre diferente da mera soma de suas partes.".

.

<sup>&</sup>lt;sup>153</sup> Sobre o tema, elucidativas são as palavras de Capra (2003, p. 40/41): "De acordo com a visão sistêmica, as propriedades essenciais de um organismo, ou sistema vivo, são propriedades do todo, que nenhuma das partes possui. Elas surgem das interações e das relações entre as partes. Essas propriedades são destruídas quando o sistema é dissecado, física e teoricamente, em elementos isolados. Embora possamos discernir partes individuais em qualquer sistema, essas partes não são isoladas, e a natureza do

A modificação da estrutura de um sistema não altera a identidade do sistema. Seu conceito difere, portanto, da idéia de *padrão de organização*.

Retomando o exemplo da cadeira, nota-se que elas são compostas de diversas maneiras, a partir de diversos componentes particulares. Existem diversos modelos de cadeiras, o que caracteriza diversas estruturas, mas todas possuem o mesmo padrão de organização, o que permite que todas possam ser identificadas como cadeiras<sup>154</sup>.

Como bem define Capra (2002, p. 96), na sociedade humana "as estruturas são criadas em vista de determinada intenção, de acordo com uma forma predeterminada, e constituem a corporificação de um determinado significado". A estrutura dos sistemas autopoiéticos é mutável ao longo do tempo.

Essa mudança tem ocorrido no sopesamento das relações de poder entre os sujeitos e organizações imersos num ambiente lingüístico permeado por substratos de comunicação como textos<sup>155</sup>, leis, livros científicos compõem a estrutura do sistema jurídico, capazes de intervir no processo comunicativo de criação do direito.

Mesmo possuindo uma estrutura variável, o sistema jurídico da modernidade sempre permanecerá estável no seu padrão de organização. O que caracteriza esta estabilidade

\_

Em sistemas dinâmicos, como os sistemas vivos e o próprio sistema jurídico, a estrutura está em constante mutação, mas o padrão de organização permanece estável e invariante.

<sup>&</sup>lt;sup>155</sup> Num primeiro momento parece estranho conceder autonomia ao que sempre foi trado como objeto manipulável, meio de comunicação. Livros, textos, leis são agentes materiais de comunicação, assim como as pessoas. Essas reflexões advêm das constatações pós-modernas acerca de uma nova forma de compreender as redes de comunicação:

<sup>&</sup>quot;Os pós-modernistas também tendem a aceitar uma teoria bem diferente quanto á natureza da linguagem e da comunicação. Enquanto os modernistas pressupunham uma relação rígida e idenfincável entre o que era dito (o significado ou "mensagem") e o modo como estava sendo dito (o significante ou "meio"), o pensamento pós-estruturalista os vê, "separando-se e reunindo-se continuamente em novas combinações". O "desconstrucionismo" (movimento iniciado pela leitura de Martin Heidegger por Derrida no final dos anos 60) surge aqui como um poderoso estímulo para os modos de pensamento pós-modernos. O desconstrucionismo é menos uma posição filosófica do que um modo de pensar sobre textos e de "ler" textos. Escritores que criam textos ou usam palavras o fazem como base em todos os outros textos e palavras com que depararam, e os leitores lidam com eles do mesmo jeito. A vida cultural é, pois, vista como uma série de textos em intersecção com outros textos, produzindo mais textos (incluindo o do crítico literário, que visa produzir outra obra literária em que os textos sob consideração entram em intersecção livre com outros textos que possam ter afetado o seu pensamento). Esse entrelaçamento intertextual tem vida própria; o que quer que escrevamos transmite sentidos que não estavam ou possivelmente não podiam estar na nossa intenção, e as nossas palavras não podem transmitir o que queremos dizer. É vão tentar dominar um texto, porque o perpétuo entretecer de textos e sentidos está fora do nosso controle; a linguagem opera através de nós. Reconhecendo isso, o impulso destrucionista é procurar, dentro de um texto por outro, dissolver um texto em outro ou embutir um texto em outro" (HARVEY, 2004, p. 53/54).

do sistema, além de outros fatores, é a permanência inócua do binômio de decodificação dos fatos sociais. Enquanto o sistema recepcionar os fatos sociais e conseguir decodificá-los como lícitos ou ilícitos ele permanecerá estável e o seu padrão de organização será preservado.

A eventual incapacidade de o sistema jurídico distinguir os fatos sociais lícitos dos fatos sociais ilícitos dos fatos sociais ilícitos dos fatos sociais ilícitos dos fatos sociais ilícitos dos granicas que o mesmo está passando por um processo que o descaracteriza em seu padrão de organização. Nestes momentos, não há de se falar em sistema jurídico ou Direito estabelecido. Este fenômeno ocorre no epicentro dos processos revolucionários, estados que acarretam na sociedade uma insegurança incompatível com a finalidade do Direito moderno: assegurar a *identidade social*.

# 3.2.3. Processo dos sistemas autopoiéticos.

À terceira perspectiva sistêmica é dado o nome de *processo*. Consiste no enfoque sistêmico que verte à identificação de como *estruturas* e *significados* são formados. O processo dos sistemas humanos é caracterizado pela geração de conhecimentos através do fenômeno da comunicação em rede ou *cognição comunicativa*.

O processo dos sistemas humanos é caracterizado pela geração de conhecimentos através de interconexões no processo de comunicação em rede (cognição comunicativa). Foi desenvolvido sob a égide da explicação dada por Maturana sobre o processo de formação da linguagem. A cognição comunicativa segue o mesmo padrão do processo de surgimento da linguagem, explicitado o tópico 2.8 desta dissertação.

### 3.2.4. Significados dos sistemas autopoiéticos.

A perspectiva dos *significados* provém dos estudos de Capra (2002) <sup>157</sup> acerca dos sistemas sociais. A esta dimensão de valores, conceitos, intencionalidades Capra atribui

.

A auto-consciência, como vimos, surgiu, na evolução dos nossos antepassados hominídeos, junto com a linguagem, o pensamento conceitual e o mundo social dos relacionamentos organizados e da cultura. Conseqüentemente, a compreensão da consciência reflexiva está inextrincavelmente ligada à da

<sup>&</sup>lt;sup>156</sup> Vide capítulo IV.

<sup>&</sup>quot;Quando procuramos aplicar ao domínio social a nova compreensão da vida, deparamo-nos imediatamente com uma multidão de fenômenos — regras de comportamento, valores, intenções, objetivos, estratégias, projetos, relações de poder — que não ocorrem na maior parte do mundo extrahumano, mas são essenciais para a vida social humana. Porém, essas características diversas da realidade social partilham todas de uma característica básica que nos proporciona um vínculo natural com a visão sistêmica da vida que foi exposta nas páginas anteriores.

o nome de significados do sistema. Capra (2002, p. 86) utiliza o termo *significado* "como uma expressão sintética do mundo interior da consciência reflexiva, que contém uma multiplicidade de características inter-relacionadas".

O significado constitui uma perspectiva erigida na obra de Capra para a explicação do mecanismo de funcionamento dos sistemas sociais. Para o físico radicado sócio-fundador do Centro de Eco-alfabetização de Berkeley, Califórnia, o significado consiste na esfera intuitiva de formação das imagens mentais, dos valores, das metas e das regras sociais de comportamento (CAPRA, 2002, p. 97).

A adoção da noção de significado rompe com a lógica imposta pelos cientistas dos séculos XVII a XIX, que afastaram este conceito do campo epistemológico, aprisionando-o numa perspectiva metafísica. Na investigação sistêmica proposta nesta obra, não há espaço para as aludidas separações. A epistemologia e a axiologia na teoria dos sistemas autopoiéticos são indissociáveis 158, sob o ponto de vista ora erigido.

linguagem e à do contexto social desta. Mas essa idéia também pode ser considerada sob o ponto de vista inverso: a compreensão da realidade social está inextrincavelmente ligada à da consciência reflexiva" (LUHMANN, 1997, p. 85).

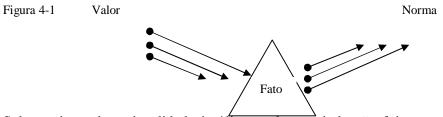
 $<sup>^{158}</sup>$  Sobre o assunto, elucidativas são as palavras de Capra (2003, p. 28):

<sup>&</sup>quot;Geralmente, não se reconhece que os valores não são periféricos à ciência e à tecnologia, mas constituem sua própria base e força motriz. Durante a revolução científica no século XVII, os valores eram separados dos fatos, e desde essa época tendemos a acreditar que os fatos científicos são independentes daquilo que fazemos, e são, portanto, independentes dos nossos valores. Na realidade, os fatos científicos emergem de toda uma constelação de percepções, valores e ações humanos – em uma palavra, emergem de um paradigma – dos quais não podem ser separados. Embora grande parte das pesquisas detalhadas possa não depender explicitamente dos sistemas de valores do cientista, o paradigma mais amplo, em cujo âmbito essa pesquisa é desenvolvida, nunca será livre de valores. Portanto, os cientistas são responsáveis pelas suas pesquisas não apenas intelectuais mas também moralmente".

# PRODUÇÃO ABSTRATA DO DIREITO

# 1. Nomogênese jurídica.

Para Miguel Reale (2003)<sup>159</sup>, o direito é o resultado da integração de três elementos fundamentais e autônomos entre si: *fato*, *valor* e *norma*. A partir da difusão da sua teoria tridimensional específica, de 1968, tem-se estudado o fenômeno da *nomogênese jurídica* sob a perspectiva de que a norma jurídica é o resultado da valoração de um fato social consubstanciada pelo legislador e a transformação desse resultado em dispositivo de regulação de conduta. Reale expressava o processo de nomogênese pelo seguinte gráfico:

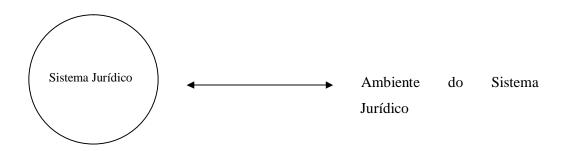


Sob o prisma da racionalidade jurídica moderna, ainda não foi engendrada nenhuma outra teoria que fundamentasse de forma tão cristalina o processo de produção abstrata

<sup>&</sup>lt;sup>159</sup> "Seja-me permitido lembrar que também na referida Teoria do Direito e do Estado, Cap. I – publicada no mesmo ano em que vinha à luz em Stuttgard a obra de W. Sauer, Juristische Methodenlehre, com a exposição de sua "dreiseitenlehre" –, reafirmava eu a essencial correlação dos três aspectos inerentes a toda e qualquer experiência jurídica e, mais ainda, fixava um dos pontos capitais da minha doutrina sobre a norma jurídica como elemento integrante: "é da integração do *fato* em *valor* – escrevia eu – que surge a *norma*"" (REALE, 2003, p. 58/59).

do direito<sup>160</sup>. A primeira premissa que deve ser realçada para a explicação da nomogênese, também denominada cientificamente como *processo de produção abstrata do direito*, é a de que esta se consubstancia sob uma perspectiva sistemática, partindo do pressuposto de que há uma *existência jurídica* (sistema jurídico) e uma *existência não-jurídica* (ambiente do sistema jurídico), como bem constatou Pimenta (2002, p. 29):

Figura 4-2



Tendo como ponto de partida o fato de que a racionalidade moderna só aceita a existência de fenômenos que podem ser incluídos no plano da realidade factual e distinguidos pela linguagem, conclui-se que o ambiente do sistema jurídico (existência não-jurídica) engloba todo e qualquer fenômeno que pode ser transformado em conhecimento pela estrutura do sistema. O ambiente do sistema jurídico é constituído por *fatos naturais* e *fatos sociais*. Ocorre que nem todos os fatos podem impulsionar o processo de criação sistêmica do direito, iniciado pela produção abstrata.

Tido como última instância coercitiva de controle do inter-relacionamento dos seres humanos entre si e com o meio ambiente, instrumento de salvaguardo da paz social, ao

<sup>&</sup>lt;sup>160</sup> Reale (2003, p. 57) entende a elasticidade da norma jurídica como um fenômeno cotidiano do trabalho forense, indissociável as duas outras perspectivas de compreensão da racionalidade jurídica: o fato e o valor. O fundamento da sua teoria da tridimensionalidade específica defende a impossibilidade de o direito ser cindido epistemologicamente em disciplinas autônomas, definidas como campos independentes uns dos outros, cuja distinção seria proporcionada pela segregação dos objetos de estudo:

<sup>&</sup>quot;Fato, valor e norma estão sempre presentes em qualquer expressão da vida jurídica, seja ela estudada pelo filósofo ou pelo sociólogo do direito, ou pelo jurista como tal, ao passo que, na tridimensionalidade genérica ou abstrata, caberia ao filósofo apenas o estudo do valor, ao sociólogo o do fato e ao jurista o da norma (tridimensionalismo como requisito essencial ao direito).

A correlação entre aqueles três elementos é de natureza funcional e dialética, dada a "implicação-polaridade" existente entre *fato* e *valor*, de cuja tensão resulta o momento *normativo*, como solução superadora e integrante nos limites circunstanciais de lugar e de tempo (*concreção histórica do processo jurídico, numa dialética de complementaridade*)".

direito moderno somente interessa regular os fatos capazes de gerar distúrbios na preservação de uma ordem estabelecida. Ou seja, fatos aptos a produzirem conflitos inter e trans-subjetivos e que, por serem produtos da própria atividade cultural do homem, são passíveis de controle pelo mesmo.

Nessa perspectiva, só interessam ao processo de produção abstrata do direito os *fatos sociais* geradores conflitos, no mínimo, intersubjetivos. Os fatos naturais, mesmo intervindo na forma de materialização do direito em situações concretas na condição de excludentes de nexo de causalidade no âmbito da responsabilidade jurídica (força maior), não podem ser previstos previamente nem controlados juridicamente.

#### 2. Existência do fato social.

Antes de explicar – sob o prisma da racionalidade moderna – como os fatos sociais são transformados em fatos jurídicos é preciso relembrar que a estrutura de um sistema interage com os fatos sociais o fazem pela linguagem. Nenhum legislador, por exemplo, é ator social no plano da realidade, tendo a onipresença de interagir como todo e qualquer fato social que interessa ao direito. A discriminação social de pessoas em função da cor da pele, por exemplo, é um fenômeno existente na sociedade brasileira, apesar de nem todas as pessoas terem presenciado ou terem sido sujeitos numa relação como esta.

O que possibilita a existência desse fato social (discriminação social de pessoas em função da cor da pele) é o processo de comunicação existente entre os seres humanos. Ao se tornar consolidado na consciência coletiva e ser transformado em senso comum, o que seria uma mera especulação ou boato se transforma em fato. Os sistemas sociais consubstanciam suas verdades pelo fenômeno da comunicação: "um sistema social surge quando a comunicação acarreta mais comunicação a partir da mesma comunicação" (NAFARRATE, in LUHMANN, 1998, p. 20).

Isto não significa que a realidade tenha plena correspondência com a existência do fato. Não se pode afirmar que a discriminação social de pessoas em função da cor da pele seja real num plano externo ao processo comunicativo <sup>161</sup>, mas, com certeza, existe como fato social, entendido este como resultado da geração de conhecimentos pela comunicação (*cognição comunicativa*) <sup>162</sup>.

Enfim, o que possibilita a existência de um fato social em última instância é a *linguagem*, mesmo com toda a sua imprecisão e vagueza. Os fatos são apresentados através de uma linguagem específica, a linguagem *descritiva* (linguagem do ser). Ao contrário, a linguagem utilizada para veicular as normas jurídicas é denominada de *linguagem prescritiva* (linguagem do dever ser).

# 3. Fato social potencialmente jurídico.

A discriminação social de pessoas em função da cor da pele é um fato social histórico que sempre rondou as civilizações modernas. Obviamente aqueles que se sentem oprimidos e discriminados por uma situação posta e consolidada que os prejudica vão patrocinar enfrentamentos sociais, gerando uma instabilidade sistêmica no seio das comunidades as quais tenham, institucionalizada, a mencionada discriminação.

Aqueles que se sentirem discriminados e usurpados em suas liberdades por conta da cor da pele promoverão exercícios de resistência intelectual, moral e mesmo física que visem a coadunar um novo *status quo* mais favorável à sua situação social. Ao mesmo tempo, aqueles que desejarem a manutenção do *status quo* discriminatório obstarão a alteração da realidade social. O interesse do sistema jurídico por este fato decorre exatamente do caráter danoso que carreia consigo; da possibilidade de ele causar distúrbios nas relações entre as pessoas, decorrentes de interesses diversos postos em situação de conflito<sup>163</sup>.

Foi o que aconteceu com os afros-descendentes no Brasil. Primeiro foram forçados a integrar como mão-de-obra um regime econômico calcado no trabalho escravo, o que nunca aceitaram pacificamente. Ocorre que, em determinado momento, as humilhações

.

<sup>&</sup>lt;sup>161</sup> A palavra *existência*, portanto, está empregada no sentido adotado pela teoria da cognição de Santiago, ou seja, em recursões de recursões de linguagem.

<sup>&</sup>lt;sup>162</sup> Vide capítulo III, tópico 3.2.3.

<sup>&</sup>lt;sup>163</sup> "O jurista, assim, capta o direito num procedimento de incidência, ou seja, na imputação de normas a situações sociais atuais ou potencialmente conflitantes" (FERRAZ JUNIOR, 2001, p. 92).

e os constrangimentos começaram a sofrer as devidas retaliações por ações previamente organizadas, causadoras de distúrbios no *status quo* estabelecido. Com os quilombos, os afros-descendentes começaram a constituir núcleos de resistência afirmativos da sua cultura e ameaçadores de uma realidade social implantada artificialmente.

Essas evidentes consternações fazem com que o fato social em análise sempre tenha de ser regulado pelo direito. Como dito acima, via de regra só interessa ao sistema jurídico regular as condutas das pessoas em sociedade quando estas são causadoras de fatos sociais geradores de conflitos no mínimo intersubjetivos.

A discriminação social em função da cor da pele nunca foi consensualmente aceita pelas pessoas que compõem a sociedade brasileira. Esta conflituosidade intersubjetiva subjacente à existência deste fato o torna um fato social distinto dos demais: o torna um fato social potencialmente jurídico.

Enquanto essas revoltas foram realizadas de forma desestruturada, não atingindo o nível de organização quilombola, a estabilidade do inter-relacionamento subjetivo das pessoas na sociedade não foi ameaçada. Este fator propiciou a permanência da regulação desse fato social como *lícito* para direito vigente à época, já que a sociedade seria capaz de se manter a aludida estabilidade sem alterar esse parâmetro legal, sem a necessidade de aprimoramento das regras jurídicas do sistema coercitivo do Estado.

Com a evolução da organização quilombola e com a ocorrência de outros fatores sócio-econômicos e culturais, os conflitos se tornaram insuportáveis, fazendo com que não houvesse alternativa senão a repressão mais violenta dos movimentos (aprimoramento do sistema coercitivo) ou a eliminação da aceitação formal da distinção social em função da cor da pele<sup>164</sup>.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>164</sup> Este movimento estrutural do sistema identificou novamente o fato social discriminação em razão da cor da pele como um fato social potencialmente jurídico e fez como que o mesmo fosse regulado de forma diversa. Isso explica o processo de alteração legislativa das normas jurídicas que, como será dito nos próximos tópicos, é o reflexo de uma alteração na estrutura do sistema jurídico e não propriamente na mutação do sistema social.

Desde a modernidade, e também na pós-modernidade<sup>165</sup>, nem todos os fatos sociais são suscetíveis de serem transformados em *fatos jurídicos*. Fatos potencialmente jurídicos são todos os fatos sociais que direta ou indiretamente causem distúrbios no interrelacionamento social.

Isso explica o porquê de o fato descrito acima ser objeto de regulação normativa na Constituição Federal de 1988 e, por exemplo, o fato de *pessoas se permitirem, umas às outras, através de condutas omissivas, a liberdade de respirar na orla de Salvador/Ba* não ser regulado normativamente em qualquer lei ordinária ou ato normativo deste município.

No processo de decodificação do sistema jurídico, esse fato social (*pessoas se permitirem, umas às outras, a liberdade de respirar na orla de Salvador/Ba*) não tem potencialidade de geração de qualquer conflito, à luz de um senso comum estabelecido na estrutura do sistema.

Entretanto, se o fato fosse o de *pessoas se permitirem umas às outras, a liberdade de ligar no volume máximo os autos-falantes dos seus carros nos postos de gasolina na madrugada de Salvador/Ba*, com certeza geraria um conflito com outras pessoas que se sentiriam incomodas com o evento, principalmente os residentes das redondezas. Vejase a diferença na figura abaixo:

Figura 4-3 FATO SOCIAL 01 NORMA JURÍDICA As pessoas ligam os As pessoas não devem autos-falantes dos seus ligar os autos-falantes carros no volume dos seus carros no Sistema Jurídico máximo nos postos de volume máximo nos gasolina de Salvador/Ba postos de gasolina de Salvador/Ba (relato), sob pena de serem multadas (sanção). NÃO HÁ NORMA FATO SOCIAL 02 A estrutura do sistema pessoas permitirem, umas às não conseguiu identificar stência jurídiç do direito) ainda Sistema Jurídico outras, a liberdade de relevância (potencial de nação ocorrid¦ respirar na orla de conflituosidade) ao fato Salvador/Ba. para que o mesmo devesse ser regulado pelo direito.

A possibilidade de um fato social vir a causar distúrbios intersubjetivos no âmbito de uma comunidade é o pressuposto lógico da caracterização de um fato como relevante para o direito, que é assentado no *princípio da conflituosidade*. Por uma questão de economia legislativa e, portanto, de redução de complexidades no cerne do sistema <sup>166</sup>, só interessa ao direito racionalizado regular fatos que possam causar conflitos de interesses na esfera pública ou privada; fatos que tenham um potencial mínimo de lesividade, os quais são denominados neste trabalho de *fatos sociais potencialmente jurídicos*.

### 4. A distinção entre o fato social e o fato jurídico.

A distinção a ser apresentada neste tópico se distancia das definições consagradas na teoria do fato jurídico, principalmente na seara civilista. Na dogmática jurídica tem-se, como marco epistemológico inicial, a premissa de que só interessam ao direito as condutas relatadas na estrutura descritiva das normas jurídicas e que, portanto, o fato jurídico nasceria do enquadramento de uma relação concreta à moldura de uma norma jurídica preestabelecida<sup>167</sup>.

A noção civilista de fato jurídico leva em consideração a existência fática para o direito no momento de interpretação/aplicação das leis aos diversos casos concretos surgidos de conflitos de interesses no seio da sociedade. Nesta dissertação, adota-se a noção de fato jurídico nascente no momento legislativo e antecedente à aplicação 168 do direito.

Essa redução de complexidade não guarda semelhança com o defendido por Luhmann na sua teoria. Vide capítulo III, tópico 3.1.1.

<sup>&</sup>lt;sup>167</sup> "O conceito de fato jurídico três categorias compreende, a saber: os fatos ou eventos exteriores que da vontade do sujeito independem; os fatos voluntários cuja disciplina e cujos efeitos são determinados exclusivamente por lei; os fatos voluntários (declarações de vontade) dirigidos à consecução dos efeitos ou resultados práticos que, de conformidade com o ordenamento jurídico, deles decorrem" (RÁO, 1994, p. 28).

<sup>&</sup>lt;sup>168</sup> No capítulo V será defendida a inexistência do fenômeno da aplicação do direito.

Na teoria dos sistemas autopoiéticos, o poder formal do direito<sup>169</sup> impõe ao fato social, antes de este ser utilizado como infra-estrutura lingüística para a produção da norma jurídica, um atributo específico que permitirá sua intelecção pelo sistema jurídico: todo fato social tem de ser tratado pelo direito como fato *lícito* ou *ilícito*<sup>170</sup>.

Defende-se, nesta dissertação, que o tratamento fornecido ao fato social precede a estruturação da norma jurídica, já que não é possível regular uma conduta na órbita do dever-ser sem que esta seja plenamente decodificada pelo sistema. Em suma, não é viável produzir uma norma jurídica sem que antes a estrutura do sistema defina se o fato social será tratado como *lícito* ou *ilícito*<sup>171</sup>.

A própria eleição do que seria um fato social potencialmente lesivo à paz estabelecida é consubstanciada pela estrutura do sistema jurídico, responsável pela decodificação destes. Esse processo faz com que os fatos sociais estritos possam ser compreendidos pelo sistema lingüístico do direito e, conseqüentemente, serem alçados à condição de fatos jurídicos (fatos que precisam ser regulados pelo sistema)<sup>172</sup>.

A estrutura do sistema jurídico é formada pelas pessoas, organizações políticas, civis, econômicas, religiosas capazes de interagir no processo de cognição comunicativa pelo qual o direito é formado. Além disso, a estrutura é formada por elementos materiais de comunicação como livros, textos, leis e tudo mais que esteja relacionado com a produção do direito.

<sup>169</sup> "[...] o esquematismo binário jurídico/antijurídico só se aplica ao poder formal, o qual, aliás, se define graças àquele esquematismo. Mas o poder informal, que pode ser até maior, não se enquadra nele" (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 51).

<sup>169 &</sup>quot;[ ] a asquamatisma hinéria jurídica/antijurídica sá sa anlica ao pada

<sup>&</sup>lt;sup>170</sup> "A codificação binária do poder não lhe é exclusiva nem é uma descoberta recente. Também o direito a conhece (lícito/ilícito); o mesmo se diga para a economia e seu código da propriedade (proprietário/não-proprietário) que é trazido para complexidades maiores por meio dos códigos monetários, ou para a ciência, cujo código (verdadeiro/falso) conduz a uma dialetização da verdade" (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 48).

<sup>&</sup>lt;sup>171</sup> A generalização dos códigos é uma forma de obter uma relativa liberdade situacional que reduz a necessidade de se discutir, *de caso para caso*, a orientação comum. Ou seja, a generalização absorve a insegurança gerando expectativas comuns e comportamentos correspondentes (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 47).

<sup>&</sup>lt;sup>172</sup> Essa orientação segue a linha de raciocínio erigida no capítulo II, já que o que diferencia os sistemas autopoiéticos é o fato de estes terem seus significados determinados pelas suas estruturas e não pelo ambiente que com interage.

No sistema jurídico, é a estrutura, acima descrita, que será responsável pelo processo de transformação de um *fato social potencialmente jurídico* em *fato jurídico*. O trabalho da estrutura consiste em decodificar o fato social, tornando-o compreensível para o sistema lingüístico do direito. Esta decodificação se perfaz pela utilização do *código binário jurídico*: lícito/ilícito<sup>173</sup>.

Inexiste alternativa para o sistema jurídico identificar e tornar adequado à linguagem do direito um fato social, senão pela caracterização deste como lícito ou ilícito. Esse procedimento é utilizado para que a linguagem jurídica possa se distinguir das demais, fazendo com que o direito se torne um sistema comunicativo autônomo em relação aos outros ramos do saber como a política, a economia, a biologia, a história etc.

A existência da noção epistemológica de *fato jurídico* é um dos elementos que tornam o conhecimento do direito peculiar, fazendo com que os dominadores da técnica lingüística e os instrumentos que reproduzem essa técnica (livros, textos, leis etc.) tenham um papel diferenciado em relação aos que não possuem essa capacidade de compreensão. É a partir da relação de poder<sup>174</sup> estabelecida entre os componentes da estrutura do sistema que o processo comunicativo de cognição se perfará e surgirão os *valores* essenciais do sistema que possibilitarão a transformação do *fato social potencialmente jurídico* em *fato jurídico*.

### 5. O valor como elemento de definição do fato jurídico.

O que faz um fato social ser considerado lícito ou ilícito – à luz da racionalidade imposta pelo sistema jurídico da modernidade – é o padrão axiológico criado pela estrutura do sistema, materializado na dialética e hierarquia estabelecida entre os valores (objetivos) hegemônicos num determinado tempo e espaço de produção do direito 175. O

O código consiste numa estrutura (conjunto de regras que que determiam relações entre elementos de um sistema) capaz de buscar ou ordenar, para qualquer item, em seu campo de relevância, outro complementar (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 48).

<sup>&</sup>lt;sup>174</sup> Mesmo não sendo o objetivo imediato desta dissertação a descrição do mecanismo de funcionamneto da estrutura, válidas são as palavras de Ferraz (2003, p. 41) acerca da função do poder no processo de contrução do direito:

<sup>&</sup>quot;A função catalisadora do poder (e do direito) repousa, pois, em conexões causais complexas. O poder, por isso, é um *medium* (generalizado simbilicamente) de comunicação, que não depende *nem* da submissão concreta *nem*, imediatamente, do efeito obtido pelo detentor do poder. Essa generalização simbólica permite evitar uma identificação do *código* do poder (do direito) com os temas comunicados (conteúdos das mensagens e conteúdo das normas)".

valor é o primeiro dos significados do sistema jurídico, porque nasce antes mesmo do fato jurídico. É a existência dos valores que impulsiona a produção do sistema normativo do direito.

Retomando o exemplo do racismo, pode-se dizer que, enquanto os afros-descendentes no Brasil não houveram consubstanciado um núcleo de resistência suficientemente forte, ao nível integrarem, como atores sociais, a estrutura do sistema jurídico, o racismo foi tido como lícito. Quando o fizeram pelos quilombos, pelas práticas difusas de resistência, pela utilização dos discursos abolicionistas que eclodiam no mundo inteiro, o racismo começou a ser compreendido como uma prática ilícita, e a escravidão sucumbiu frente à sua evidente irracionalidade.

Todavia, por trás de uma disputa social na estrutura do sistema jurídico para o fim de distinção dos fatos lícitos e ilícitos, a monopolização do conhecimento pelo pensamento racional evidencia uma competição entre os valores carreados nas dimensões que conformam a estrutura do sistema. No exemplo do racismo à luz da história do Brasil, de um lado se encontra a avidez pelo *lucro* dos mercadores de escravos em contraposição à luta pela *igualdade* travada pelos afros-descendentes.

A distinção social pela cor da pele como forma de manutenção de um regime escravocrata foi um *meio adequado* à manutenção do lucro dos mercadores de escravos; entretanto, é um *meio inadequado* à realização da igualdade entre as pessoas. O que faz um fato social ser considerado lícito ou ilícito é sua comparação a determinado valor (objetivo) preponderante em determinado momento histórico, para uma sociedade específica.

À época da escravatura, o valor do *lucro* foi sobrelevado em relação ao valor da *igualdade* entre os homens – no tocante ao apreço da discriminação como fato social específico –, por isso a distinção era permitida pelo direito. Com o passar do tempo, a *igualdade* se tornou mais valiosa socialmente, resultado dos conflitos gerados numa

É dessa correlação e implicação de caráter complementar que surge e se constitui o devir histórico, cuja unidade é, pois, dialética ou de *processus*, cada valor se atualizando em momentos existenciais que não exaurem os motivos axiológicos, mas antes põem a exigência de sempre renovadas experiências de valores, sempre tendo como horizonte a "*pessoalidade*", digamos assim, do comportamento dos indivíduos e das coletividades" (REALE, 2003, p. 82).

<sup>&</sup>lt;sup>175</sup> "É através da dialética da complementaridade que, a meu ver, será possível restabelecer a ligação entre "experiência gnosiológica" e "experiência ética", reclamada pela unidade fundamental do espírito, lançando-se nova luz sobre a consistência da "experiência jurídica".

ordem permissiva em relação ao comércio de afros-descendentes. Teve o direito de ser transmutado, passando a proibir a escravidão e a distinção social pela cor da pele. Tomando como exemplo o caso do racismo, conforme a figura 4-3, inicia-se a explicação da relação entre o sistema jurídico e os fatos sociais pela figura que segue:

Figura 4-4

Discriminação Social em Função da Cor da Pele (Fato Social)

A linha pontilhada que circunda o sistema jurídico denota a assertiva de que o mesmo possui estrutura aberta ao contato com o ambiente dos fatos sociais. Em verdade, todo e qualquer sistema mantém contato com o seu ambiente. Como pôde ser esclarecido no capítulo III desta dissertação, o que caracteriza os sistemas autopoiéticos ou fechados não é a ausência de contato com o seu ambiente, mas a relação do sistema mantida em nível de congruência com o ambiente <sup>176</sup>.

A estrutura do sistema é responsável pela recepção dos fatos sociais, transformando-os em fatos jurídicos. Essa mutação se perfaz pelo acréscimo de um elemento ao corpo lingüístico dos fatos sociais, possibilitando enfim a decodificação da mensagem recepcionada pelo sistema jurídico.

Todavia, o acréscimo dessa nova característica não acarreta qualquer alteração no padrão de organização do próprio fato social. Como o fato social somente existe pela linguagem, a caracterização de um fato social como jurídico não faz com que este deixe de ser um fato social em sentido amplo e, obviamente, deixe de ser entendido como fato.

Prosseguindo com o exemplo do racismo, a conclusão à qual se chega é: para ser inteligível pelo sistema a discriminação social de pessoas em função da cor da pele deve ser compreendida como lícita ou ilícita, mas a sua linguagem descritiva

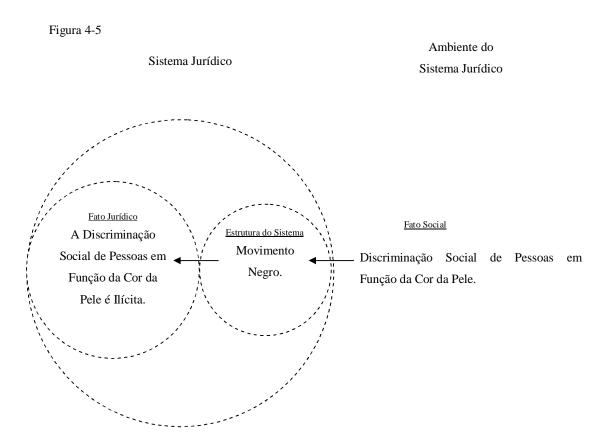
.

<sup>&</sup>lt;sup>176</sup> Vide Capítulo III, tópico 2.1.

(linguagem do ser) permanece inalterada. Isto faz com que a transformação do fato social em fato jurídico não acarrete a passagem do plano factual para o plano normativo.

A existência da norma jurídica não prescinde da pré-existência de um fato jurídico que, por sua vez, não prescinde da pré-existência de um fato social causador de distúrbios no inter-relacionamento subjetivo entre as pessoas. Esta cadeia relacional é intangível no sistema jurídico da modernidade e também na pós-modernidade.

Ainda com o exemplo da transformação do fato social *discriminação social de pessoa em função da cor da pele* em fato jurídico e estabelecendo como premissa o fato de o movimento negro ter sido principal ator sistêmico no processo de transformação do fato social em análise em fato jurídico, pode-se chegar à seguinte figura:



Observa-se que o processo de mutação do fato social foi incapaz de atingir o seu padrão de organização (linguagem descritiva), que permanece inalterado. Todavia, ao fato social foi acrescida uma característica à sua estrutura, inexistente até então: o *fato social* passou a ser considerado ilícito e, por este atributo novo, se transformou em *fato jurídico*. O mesmo ocorreria se o fato social em questão viesse a ser considerado lícito, quando passaria a ser inteligível para o sistema jurídico.

# 6. Assimetria axiológica e relações de poder: fundamentos da autopoiese do direito.

O fato social (em sentido amplo) será compreensível para o sistema jurídico quando a ele for agregado um atributo de linguagem característico do sistema jurídico (licitude ou ilicitude), modificador da sua estrutura, mas mantenedor do seu padrão de organização. Para um fato jurídico começar a existir e poder ser distinguido dos fatos sociais em sentido estrito, é necessário que, a um fato social em sentido amplo, seja atribuída a característica de fato lícito ou ilícito.

O processo descrito acima constitui uma atividade de *cognição* da estrutura do sistema jurídico, tendo como baliza, para efeito de comparação, o segundo elemento do tridimensionalismo específico: o *valor*. A indicação de um fato como lícito ou ilícito é condicionada a uma discussão axiológica acerca da dimensão do tratamento que deve ser dado a cada fato social<sup>177</sup>.

Todavia, a atribuição da licitude ou ilicitude a um fato social traz consigo muito mais que um sistema matemático de comparação do fato social a um valor predeterminado na estrutura. O problema é que, como foi dito no capítulo I<sup>178</sup>, a modernidade e a pósmodernidade tentam alcançar vários valores ao mesmo tempo, sendo que em circunstâncias fáticas específicas estes objetivos (valores) irão conflitar. A solução para

O legislador que estatui uma norma, ou mais precisamente, que intenta regular um determinado setor da vida por meio de normas, deixa-se nesse plano guiar por certas intenções de regulação e por considerações de justiça ou de oportunidade, às quais subjazem em última instância determinadas valorações. Essas valorações manifestam-se no fato de que a lei confere proteção absoluta a certos bens, deixa outros sem proteção ou protege-os em menor escala; de que quando existe um conflito entre os interesses envolvidos na relação da vida a regular faz prevalecer um detrimento do outro, ou considera cada um dentro de um certo âmbito, na imposição ou proibição de certos modos de conduta, na cominação de «sanções» contra os infratores, na restrição ou negação de direitos, na imputação de riscos.

-

<sup>&</sup>lt;sup>177</sup> Isso implica na constatação de que determinados acontecimentos insurgentes na sociedade são tratados como lícitos ou ilícitos, dependendo do valor que é agregado ao fato, com o fim de proteger bens humanos tuteláveis. Nesse sentido, ratifica Larenz (1997, p. 298):

<sup>&</sup>lt;sup>178</sup> Vide análise feita a partir das obras dos intelectuais precursores da modernidade (Hobbes, Locke e Rousseau): capítulo I, tópico 4.

as antinomias decorrentes desses choques depende da co-relação de forças na estrutura do sistema, numa dimensão de existência determinada no tempo e no espaço.

Nos séculos XVI e XVII (tempo) a discriminação social de pessoas pela cor da pele no Brasil (espaço) era lícita (aceita pelo sistema jurídico), porque a co-relação de forças na sociedade era mais favorável aos mercadores de escravos (mercado) que aos afros-descendentes (comunidade), numa análise à luz da modernidade. Como os mercadores objetivavam tão-somente o *lucro*, este valor preponderou sobre a *igualdade* no sistema jurídico brasileiro daqueles séculos.

A partir do século XVIII, isso vem sendo gradativamente alterado, tendo, como fator principal, a organização social dos negros em entidades representativas. Estas forneceram as condições necessárias para a consolidação de um discurso, na maior parte dos aspectos, único, coeso e balizado racionalmente no valor da igualdade, o qual possibilitou a imersão desses atores no processo de comunicação social realizado na estrutura do sistema jurídico.

A unidade do discurso concedeu mais ressonância ao valor da *igualdade*, que acabou sobrelevando-se comunicativamente em relação ao valor do *lucro*, ao menos no que concerne à existência lingüística desses valores no sistema jurídico comprados ao fato social de discriminação de pessoas em função da cor da pela.

Gradativamente, a discriminação social de pessoas pela cor da pele no Brasil foi deixando de ser um fato lícito (adequado ao *lucro* do comércio escravocrata e inadequado à *igualdade* entre os seres humanos) e começou a ser considerado ilícito (inadequado ao *lucro* do comércio escravocrata e adequada ao valor da *igualdade* entre os seres humanos).

Na consubstanciação do direito na modernidade essa agregação de característica (licitude ou ilicitude) ao fato social deve sempre atender a um objetivo previamente traçado, em compasso com o seu padrão de organização assentado no princípio teleológico. A discriminação social de pessoas em função da cor da pele pode ser compatível com o *lucro*, como foi dito anteriormente, mas é incompatível com o valor da *igualdade*. Ou seja, foi um meio adequado para a geração de lucros dos mercadores de escravos na época do Brasil colonial, apesar de inadequado à manutenção da igualdade entre as pessoas.

Observa-se a existência das decisões axiológicas por trás de qualquer discussão jurídica. Entretanto, mesmo que a licitude ou ilicitude do fato jurídico sempre venha a aclarar uma discussão axiológica implícita nesse processo de formação, o fator preponderante para a elucidação do questionamento acerca da melhor maneira de recepcionar um fato social pelo sistema jurídico depende fundamentalmente de um senso comum estabelecido na estrutura do sistema e não de uma suposta *natureza imanente* ao fato social.

Esse senso comum é o resultado de decisões políticas tomadas a partir da co-relação de forças sociais estabelecidas pelas diversas dimensões que compõem a estrutura do sistema, as quais interagem entre si por via do processo dialético de afirmação dos discursos que carreiam consigo. Ou seja, o campo de batalha para a apresentação dos discursos produzidos pelos atores sistêmicos — cada qual fundado em objetivos específicos — e para a formação do senso comum necessário à caracterização de um fato como lícito ou ilícito é a estrutura do sistema integrada ao processo de cognição comunicativa.

É possível concluir, dessarte, que não há uma *natureza* do fato social, tampouco é este que condiciona o seu próprio tratamento jurídico pelo sistema de produção do direito. Caso este fosse o melhor entendimento sobre a questão, não haveria justificativa para a discriminação de pessoas em razão da cor da pele ter sofrido tratamentos jurídicos distintos no sistema jurídico brasileiro ao longo do tempo. Se existisse uma *natureza* do fato social e esta condicionasse o processo de produção do direito, a discriminação em razão da cor da pele deveria ter comportado ao longo da história um único significado para o sistema jurídico (ato lícito ou ato ilícito), o que caracterizaria o direito como um sistema cognitivo aberto.

Em síntese, o sistema jurídico não é aberto, apesar de se comunicar com o seu ambiente numa relação de congruência. Não é o fato que determina como o direito deverá tratá-lo normativamente e sim a estrutura do sistema, ou melhor, as relações de poder travadas na estrutura do sistema que permitem a *identificação* fato potencialmente jurídico e a sua e a *decodificação* para que este seja transformado em fato jurídico. Conclui-se que o padrão de autopoiese pode ser atribuído ao sistema jurídico, pois seus significados (valores, fatos jurídicos e normas) são determinados pela sua estrutura e não pelos elementos do seu ambiente de sistema.

# 7. Transformação do fato jurídico em norma jurídica: a atividade legislativa.

O campo onde são travados os debates discursivos sobre o fenômeno jurídico é aberto à estrutura do sistema. Entretanto, desde o ressurgimento da racionalidade clássica da greco-romana, com implemento do projeto da modernidade, são os organismos estatais institucionalizados, representantes das dimensões de produção da cognição na modernidade, que possuem o monopólio sobre o processo de produção abstrata do direito, a partir do fato jurídico.

Na Constituição de 1988, por exemplo, somente o Presidente da República – em caráter excepcional – e os parlamentos federal, estaduais, municipais e distritais teriam competência para o exercício de atividade legislativa, que consiste numa atividade intrínseca à estrutura do sistema.

A atribuição precípua do legislador<sup>179</sup> é a de captar os anseios insurgentes a partir do resultado da disputa pelo poder de decisão política na estrutura do sistema social<sup>180</sup>, regulando-os através de normas jurídicas. Esses anseios insurgentes são exatamente os *fatos jurídicos* formados pelo processo de cognição comunicativa, impulsionado pelos embates discursivos de caráter axiológico travados na estrutura sistêmica.

O legislador deve interpretar os fatos jurídicos, extrair os valores que fundamentam a existências destes fatos e transformá-los em normas jurídicas. As normas, que serão organizadas em sistema por força dos postulados do pensamento racional, são o resultado da eleição dos meios lingüísticos mais adequados para a formação de parâmetros abstratos de conduta, a serem seguidos pelas pessoas, como forma de resguardo do interesse público e da paz social. A criação e a sistematização destas normas jurídicas pelo legislador encerra o que é denominado nesta obra de processo de produção abstrata do direito moderno.

Retomando a análise do fenômeno da discriminação social de pessoas em função da cor da pele, chegou-se à conclusão de que este fato social em sentido amplo foi recepcionado pelo sistema jurídico como um fato jurídico ilícito, já que é incompatível

٠

<sup>&</sup>lt;sup>179</sup>Quando o termo legislador for empregado nesta dissertação, estar-se-á fazendo referência ao Presidente da República ou ao conjunto de parlamentares de cada ente federado brasileiro.

<sup>&</sup>lt;sup>180</sup> Fatores reais de poder (LASSALLE, 1998) ou grupos de pressão (WOLKMER, 1997).

como o valor da *igualdade*. O processo de caracterização do fato jurídico dá-se da forma que segue:

I. Existem pessoas que discriminam outras em função da cor da pele (Fato Social).

II. A discriminação de pessoas em função da cor da pele é incompatível com a igualdade no Brasil de 1988 (cognição do fato social pelos atores sistêmicos no tempo e no espaço).

III. A discriminação de pessoas em função da cor da pele é um *fato jurídico ilícito*, por ser incompatível com a igualdade no Brasil de 1988 (Fato Jurídico).

Consubstanciado, o discurso que enuncia o fato jurídico (III) precisa ser transformado em norma jurídica. Esse processo ocorre com a mutação da estrutura lingüística do fato jurídico. O fenômeno social (racismo) deixa de ser *descrito* e, em seu lugar, uma conduta passa a ser *prescrita* como forma de limitação da liberdade individual e ordenação da intersubjetividade dos seres numa coletividade. O processo de transformação do fato jurídico em norma jurídica consubstancia-se da forma que segue:

III. A discriminação de pessoas em função da cor da pele é um *fato jurídico ilícito*, por ser incompatível com a igualdade no Brasil de 1988 (Fato Jurídico).

IV. As pessoas não devem discriminar umas às outras em função da cor da pele, por ser esta uma ação incompatível com o valor da igualdade (Norma Jurídica).

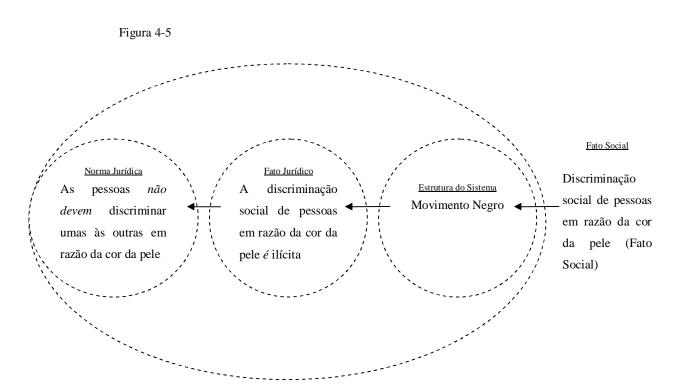
Existem diversas estruturas lingüísticas pelas quais as normas são veiculadas. É óbvio que a norma jurídica supra-exemplificada (IV) não foi o texto adotado pelo legislador constituinte de 1988, por exemplo. Este esculpiu o dever ser normativo em relação ao tratamento a ser fornecido ao fato jurídico (III) pelo art. 5°, inciso XLIV da CF/88<sup>181</sup>, no qual trabalho com conceitos termos distintos, já operando com elementos da estrutura do sistema devidamente estabelecidos e arraigados a um senso comum organizado<sup>182</sup>.

15

<sup>&</sup>lt;sup>181</sup> Art. 5°, inciso XLVI da CF/88: a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

Quando o legislador constituinte utilizou os termos "racismo", "crime", "imprescritível" e "inafiançável", por exemplo, partiu do pressuposto de que seriam conceitos jurídicos suficientemente íntegros no sentido de expressar significados pouco divergentes junto à comunidade apta a exercer o processo de interpretação do texto constitucional. Naquele momento, outros elementos da estrutura do

Na modernidade, a norma jurídica (IV) é uma decorrência lógica do fato jurídico em apreço (III). É fácil constatar que ambas tratam do mesmo fenômeno. Observa-se, no entanto, que na norma jurídica já não há mais uma descrição do fenômeno e sim a prescrição de uma conduta omissiva, adequada à obstrução da materialização do fenômeno, já que este foi recepcionado pelo sistema jurídico como um ilícito, por ser incompatível com o valor da igualdade. O gráfico abaixo sintetiza a relação:



Entre o fato jurídico (III) e a norma jurídica (IV) existe uma distinção nos seus respectivos padrões de organização enquanto micro-sistemas lingüísticos. Isto faz com que a ciência os estude a partir de conceitos diversos (fato jurídico  $\neq$  norma jurídica), já que o fato existe enquanto *descrição* (linguagem do ser<sup>183</sup>) e a norma existe enquanto *prescrição* (linguagem do dever-ser<sup>184</sup>).

sistema interagiram com os legisladores: obras e leis de direito penal, nos quais poder-se-iam encontrar os significados destes termos, que, em tese, não gerariam muitas controvérsias.

Observa-se na sentença: "A discriminação de pessoas em função da cor de suas peles  $\acute{e}$  (ser)...".

<sup>&</sup>lt;sup>184</sup> Observa-se na sentença: "As pessoas não devem discriminar (deve- ser)...".

### 8. Organização das normas jurídicas sob a forma de sistema: o ordenamento.

Outra questão importante a ser esclarecida cinge-se às diversas possibilidades de as normas jurídicas se apresentarem no sistema normativo. O problema é que o legislador dispõe de uma infinidade de termos provenientes da linguagem natural para consolida e estruturar uma linguagem técnica específica da normatividade jurídica e adequada à prescrição de condutas.

Dificilmente será encontrada no sistema brasileiro uma norma que diga literalmente: as pessoas não devem discriminar umas às outras em função da cor da pele, por ser esta uma ação incompatível com o valor da igualdade. Esta foi uma dentre as diversas formas lingüísticas possíveis – utilizada apenas como recurso didático – de explicação da produção de uma norma jurídica a partir de um fato jurídico.

O legislador constituinte de 1988, por exemplo, preferiu a adoção de outras estruturas lingüísticas para a dação de existência à norma transcrita acima. No *caput* do art. 5°, está prescrito: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se, aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade do direito à igualdade". Já no art. 5°, inciso XLII, o legislador prescreveu: "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão nos termos da lei".

Com esses exemplos chega-se à conclusão de que existem várias formas lingüísticas que podem ser utilizadas para proporcionar a existência de uma norma jurídica. Além disso, o legislador cria várias sentenças que balizam a proteção de um único valor, que adentra o sistema jurídico na condição de *bem jurídico*. Por esta prática, o legislador delineia o sistema normativo, comumente chamado de *ordenamento jurídico*.

Ordenamento jurídico consiste na organização sistemática de uma parte dos significados do sistema: as normas jurídicas. Estas, por suas vez, são gêneros de duas espécies de mensagens prescritivas: *princípios* e *regras* jurídicas.

## 8.1. Valor, princípios e regras jurídicas.

O direito, desde a modernidade, foi soerguido como o instrumento democraticamente legítimo de regulação da conduta dos seres humanos, com o intuito de viabilizar o convívio em sociedade dos mesmos. Procura, através de prescrições textualizadas e

codificadas, limitar a liberdade individual das pessoas, almejando a pacificação das relações intersubjetivas.

Da busca pela experiência cultural do homem a estrutura do sistema cria os valores essenciais que permeiam a convivência em coletividade, os quais acabam balizando a consubstanciação dos fatos jurídicos. Como reconhecimento da importância desses valores, o legislador apresenta-os substancialmente como *bens jurídicos*, trazidos formalmente pelos *princípios* do direito, dos quais serão originadas as *regras* jurídicas geneticamente interligadas a estes. Desses fenômenos cognitivos complexos, inicia-se a produção concatenada das normas jurídicas (princípios e regras).

Após a decodificação dos fatos sociais pela estrutura do sistema, o legislador procura antever, pela utilização de precedentes parlamentares (decisões políticas anteriores) as conseqüências da eleição de uma ou outra linguagem para epigrafar as normas jurídicas que melhor regularão as condutas intersubjetivas. A regulação da vida em coletividade pelo direito ainda é explicada pelo pensamento racional clássico: o legislador erige sistematicamente conceitos impulsionados por uma cadeia relacional que se vale no princípio da causalidade<sup>185</sup> [fenômeno (causa)-conseqüência (efeito)], numa perspectiva estritamente teleológica.

Mais do que meros enunciados de valor ou prescrições de conduta, as normas jurídicas, resultantes do processo de produção abstrata do direito, são decisões que expressam direções, fins a serem alcançados nas diversas atividades cognitivas que geram as suas concreções. Destarte, o que conecta uma norma à outra, na conformação da hierarquia axiológica que estrutura sistematicamente o direito, são os diretivos teleológicos, nos quais as *normas-regra* servem de *meio* para a concretização das *normas-princípio*, alçado no ordenamento como *fim* axiologicamente superior. As normas-princípio, por sua vez, constituem enunciados de valores (bens jurídicos) entendidos como substanciais à convivência social<sup>186</sup>.

<sup>185</sup> Vide Capítulo I, tópico 2.

<sup>&</sup>lt;sup>186</sup> Esta constatação só vem reafirmar o que Reale (2000, p. 544) tem dito, há algum tempo, em relação ao nexo teleológico e sua ligação ao valor:

<sup>&</sup>quot;O fim outra coisa não é senão um valor posto e reconhecido como motivo da conduta. Quando reputamos algo valioso e nos orientamos em seu sentido, o valioso apresenta-se como fim que determina como deve ser o nosso comportamento. Não existe possibilidade de qualquer fenômeno jurídico sem que se manifeste este elemento de natureza axiológica, conversível em elemento teleológico".

Essa relação teleológica mantida entre o valor, o fato e as próprias normas jurídicas num ordenamento racionalizado atende às exigências do padrão de organização do sistema cultural da modernidade e, aparentemente, ao menos no que diz respeito ao seu estágio atual. Como não poderia deixar de ser, o padrão de organização do sistema jurídico, por ser este um subsistema sócio-cultural da modernidade/pós-modernidade, absorve elementos do padrão de organização do sistema do qual faz parte e transfere-os à organização de seus significados (valor, fato jurídico e normas jurídicas).

Na teoria clássica predominante no Brasil, o ordenamento jurídico é organizado como fulcro no raciocínio teleológico, que permite a depuração dos sentidos das interconexões (redes) normativas, ao ponto de identificar como se processa a relação entre as normas jurídicas. Nesta obra, adotar-se-á o vocábulo *interconstituição*, conceito utilizado por Maturana (1999) para definir o padrão de autopoiese nos sistemas fechados.

#### 8.2. Interconstituição normativa.

O ordenamento moderno é entendido como o reflexo da amálgama de valores trazida pela estrutura do sistema jurídico. Princípios e regras funcionam como instrumentos lingüísticos-jurídicos comunicação e realização de valores pré-estabelecidos pela estrutura do sistema. Retomando o exemplo do racismo, poder-se-ia dizer que o sistema jurídico é erigido da seguinte forma:

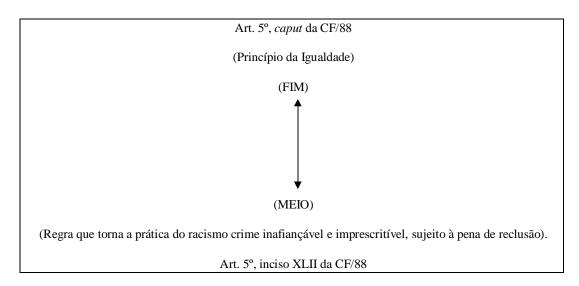
- I. Após a decodificação dos fatos sociais pela estrutura do sistema, ao legislador compete organizar a relação entre os valores e o fato jurídico, sintetizando-a numa linguagem prescritiva (norma jurídica).
- II. O primeiro passo à consubstanciação do ordenamento jurídico (sistema de princípios e regras) é expor quais são os valores (objetivos) gerais da sociedade, na concepção da estrutura do sistema, a serem preservados pelo ordenamento em formação. Surgem os *princípios*, que constituem os enunciados desses valores. No caso em apreço, nasce o princípio da *igualdade* (art. 5°, caput da CF/88).
- III. Todavia, um princípio é apenas um *enunciado finalístico*, não prescindindo de normas de conduta direcionadas a agentes específicos para ser preservado ou realizado. Como *meios* para o salvaguardo dos princípios jurídicos, surgem as

regras jurídicas que estipulam prescrições de condutas negativas ou positivas adequadas à realização dos princípios.

Princípios e regras são conceitos construídos formalmente pelo direito e, por isso, são chamados de normas jurídicas. São veiculados por artigos, parágrafos, incisos e alíneas, não se confundindo, entretanto, com estes instrumentos, que se constituem em meros veículos comunicativos de organização dos significados normativos do sistema <sup>187</sup>. São frutos da integração do pensamento racional ao direito, e são encadeados numa relação teleologicamente organizada, sob o ponto de vista lógico-dedutivo estabelecido desde a modernidade.

Ao posicionar constitucionalmente a norma trazida pelo inciso XLII do art. 5º da CF/88 (a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei), o legislador erigiu a seguinte relação teleológica:

Diagrama 4-1



Idealizando um discurso jurídico moderno do constituinte originário, diria que o racismo deve ser (linguagem do dever ser) punido como crime inafiançável e imprescritível pelo Estado (art. 5°, inciso XLII), pois sua existência afronta o princípio da igualdade (art. 5°, caput da CF/88).

da supremacia constitucional)".

-

<sup>&</sup>lt;sup>187</sup> Um artigo, que é o texto escrito da norma, geralmente contém mais de uma norma jurídica. Um mero parágrafo de artigo é capaz de enunciar uma série de normas jurídicas. O parágrafo único do art. 1º da CF/88 é emblemático neste sentido, pois enuncia 04 princípios diferentes: "Todo poder emana do povo (princípio da soberania popular) que o exerce por meio de representantes eleitos (princípio da democracia representativa), ou diretamente (princípio da democracia direta), nos termos desta Constituição (princípio

No discurso acima exposto, regra e princípio estão evidenciados e interligados teleologicamente. O art. 5°, inciso XLII é um organismo material que evidencia a presença de uma *regra* no discurso, tendo em vista que determina uma conduta (punição como crime inafiançável e imprescritível) a alguém (Estado), sujeitando-se a coletividade ao império do dispositivo. Já o art. 5°, *caput* identifica-se como veículo de um *princípio*, já que apenas enuncia um valor (objetivo/fim), estabelecendo uma conduta indireta a destinatário difuso, para o qual a regra (art. 5°, inciso XLII) é um meio de realização.

Mais que uma afinidade teleológica, existe entre princípios e regras uma relação de *interdependência genética* ou, como diz Maturana (1999) uma relação de *interconstituição*. A regra se origina do princípio, pois o legislador precisa de um meio para realizar a norma axiologicamente mais próxima do valor. Todavia, o princípio se realiza através da regra, já que é por esta que a linguagem do dever-ser atinge o seu destinatário final, o sujeito passivo da norma, quando ocorre a prescrição da conduta.

No caso analisado, o princípio (norma do art. 5°, *caput*) determina que *deve ser* preservada a igualdade entre as pessoas no Brasil, mas não diz com quais condutas concretas isso irá acontecer. Cabe às regras a função sistêmica de enunciar normativamente o que deve ser feito para que um princípio seja preservado. Na epistemologia moderna, a regra depende do princípio, porque sempre atende um valor pré-determinado pelo direito; e o princípio depende das regras, que devem anunciar as atividades necessárias para que o princípio seja preservado ou alcançado.

## PRODUÇÃO CONCRETA DO DIREITO

### 1. Síntese da teoria da norma jurídica.

Apesar de a construção teórica da produção abstrata do direito ser explicada consoante cânones estabelecidos a partir do engendro do tridimensionalismo específico de Reale, o processo de concreção do direito é pontuado de maneira diversa pelos estudiosos mais abalizados.

Em recente contribuição à epistemologia jurídica brasileira, Eros Roberto Grau (2002), influenciado por Muller, Frausini e Capelletti, promove uma ruptura de paradigmas hermenêuticos quando sistematiza seu pensamento no sentido de entender as normas como resultados de interpretação em sentido pluralista<sup>188</sup> e não como frutos do processo legislativo.

Nessa nova categorização epistemológica, as normas jurídicas seriam extraídas pelo intérprete da moldura trazida pelo labor legislativo 189 (texto jurídico) e aplicadas à

<sup>&</sup>lt;sup>188</sup> Abalizado pelas lições de Gadamer, ao fazer uma alusão à figura do *intérprete autêntico* – aquele dotado de poder suficiente para criar as normas –, Grau (2002, p. 76) aduz que não apenas esta categoria de intérprete estaria apta ao exercício do ato cognoscitivo. Também o fariam os advogados, os juristas, os administradores públicos e os cidadãos. Fornece o exemplo de um homem faminto que, sem nenhuma moeda, "ao passar por uma barraca de frutas, não arrebata uma maçã, pois interpreta um texto de direito – que coíbe o fruto –, *produzindo norma*". Ao final, Grau (2002, p. 76) conclui, a partir dos ensinamentos de Gadamer, "... que a interpretação do direito consiste em *concretar a lei* em cada caso, isto é na sua aplicação".

<sup>189</sup> Grau rejeita a tese de que o intérprete é o criador da norma jurídica:

reconstrução dos fatos jurídicos, a partir do relato e da pré-compreensão da realidade<sup>190</sup>. O aporte dessas influências estrangeiras consolida uma nova etapa na hermenêutica jurídica brasileira.

Esse padrão de organização em rede – que tem origem nos *valores*, passa pelos *princípios* e descamba necessariamente nas *regras* – é transposto à configuração da argumentação jurídica, conformadora da estrutura em que as normas são produzidas no sistema. Significa dizer que quando os textos são transformados pelo processo de interpretação (GRAU, 2002, p. 73), o padrão de organização entre as normas e valores, componentes de uma mesma arcada argumentativa, permanece inalterado, constituindo uma rede de componentes hierarquizada axiologicamente. Esta assertiva levará à conclusão erigida por Ávila (2003) de que a distinção entre princípios e regras somente se dá no processo de interpretação-argumentação<sup>191</sup>.

O que é intrigante na obra destes dois autores, responsáveis por dois dos melhores livros brasileiros sobre o tema<sup>192</sup>, é o fato de terem partido da premissa de que o sistema jurídico é um sistema normativo. Esse enfoque coincide com a "teoria do ordenamento jurídico", enunciada, dentre outros, por Norberto Bobbio (1999), mas destoa do conceito adotado neste trabalho.

Demonstrou-se, no capítulo III, que esta dissertação não parte desta perspectiva de investigação. Consoante a visão esposada, a expressão sistema jurídico somente é inteligível em uma análise que comporte a associação entre a teoria dos sistemas e a

-

<sup>&</sup>quot;Isso, contudo – note-se bem –, não significa que o intérprete, literalmente, crie a norma. Dizendo-o de modo diverso: o intérprete não é um criador ex nihilo; ele produz a norma – não, porém, no sentido de fabricá-la, mas no sentido de reproduzi-la.

O produto da interpretação é a norma expressada como tal. Mas ela (a *norma*) parcialmente *preexiste*, potencialmente, no invólucro do *texto*, invólucro do *enunciado*" (GRAU, 2002, p. 73). <sup>190</sup> "As *normas*, portanto, resultam da interpretação. E o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é

<sup>&</sup>lt;sup>190</sup> "As *normas*, portanto, resultam da interpretação. E o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um *conjunto de interpretações*, isto é, *conjunto de normas*. O conjunto das disposições (textos, enunciados) é apenas o ordenamento em potência, um conjunto de *possibilidades de interpretação*, um *conjunto de normas potenciais*. O significado (isto é, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa" (GRAU, 2002, p. 72).

<sup>&</sup>lt;sup>191</sup> Sequer seria necessária a leitura de Ávila para chegar à mesma conclusão. Bastaria uma passagem preliminar pelas lições de Grau (2002, p. 73) para qualquer jurista ser compelido a chegar ao mesmo resultado, através de um silogismo relativamente simples:

I. Princípios e regras são normas;

II. As normas são produzidas da interpretação de textos jurídicos.

III. Logo, quem tem que distinguir os princípios das regras é o intérprete responsável pela produção das normas e não o legislador que apenas enuncia os textos jurídicos.

<sup>&</sup>lt;sup>192</sup> "Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito (Grau, 2002). Teoria dos princípios (Ávila, 2003).

teoria da cognição, disciplinas ainda pouco exploradas pela comunidade acadêmica do direito no Brasil.

Além disso, as bases pelas quais os pensadores fundaram as suas premissas não são suficientemente claras para um entendimento completo da temática. Quando Ávila (2003, p. 16) afirma que "a matéria bruta utilizada pelo intérprete – texto normativo ou dispositivo – constitui uma mera possibilidade de Direito", reduz demasiadamente o espectro de normatividade no sistema jurídico, que não se inicia com o dito intérprete/aplicador, nem se finda no trabalho do mesmo.

A renovação do significado normativo do sistema pela interação deste com o ambiente gera um ciclo autopoiético de produção normativa, cujo resultado é determinado pela estrutura do sistema e não pelo seu ambiente. É o que se chama de "dupla hermenêutica": há uma interpretação sobre seu o objeto, que consiste ele mesmo em outras interpretações.

Esse aporte teórico dos sistemas autopoiéticos contraria, em parte, postulados da tese defendida por Grau (2002) e Ávila (2003) acerca da distinção entre texto jurídico e norma jurídica. As conclusões a que chegam Grau e Ávila são depreendidas da separação dos momentos de produção do direito.

Para os estudiosos, existem dois processos de produção do direito: o abstrato, do qual resultam os textos ou enunciados jurídicos que consubstanciam normas em estado de potência; e o concreto, do qual resultam as normas jurídicas propriamente ditas. Sobrelevada a distinção entre produção abstrata e concreta do significado do sistema jurídico à condição de premissa epistemológica neste trabalho (capítulo III desta dissertação), aparentemente as conclusões de Grau e Ávila estariam corretas.

O problema ocorre quando os autores concluem que os enunciados ou textos jurídicos são provenientes da atividade legislativa e as normas são resultantes da aplicação do significado extraído do texto a um fato interpretado. Esta constatação parte do pressuposto de que existe um início e um fim na cadeia de produção do direito.

O início dar-se-ia pela produção de um *texto jurídico* – norma em estado de potência – pelo legislador, resultante da interpretação de um *fato social*. Já o fim seria

consubstanciado pela produção de uma norma jurídica a partir da interpretação de um ou mais textos jurídicos, e a sua consequente *aplicação* ao fato concreto interpretado.

A produção abstrata do direito dar-se-ia com a *interpretação/valoração* do fato social, transformando-o em *texto jurídico*. Já a produção concreta pela *interpretação/aplicação* do texto jurídico ao caso concreto interpretado, encerrando o ciclo.

#### 2. Teoria dos discursos jurídicos.

O aludido critério eleito pelos autores para distinguir os conceitos *texto jurídico* e *norma jurídica* não é sustentado neste trabalho. Normas e textos jurídicos são categorias vinculadas a um único gênero: os *discursos jurídicos*. São através dos discursos que os conflitos de valores subjacentes aos litígios concretos do direito são resolvidos<sup>193</sup>.

A norma jurídica não é só um produto da compreensão do fenômeno jurídico, mas também da argumentação dessa compreensão, quando da sua formação estrutural pelo discurso jurídico<sup>194</sup>. As normas são provenientes do processo de argumentação, pois são elas as garantidoras da troca discursiva, através da qual são resgatáveis pretensões de validade para a consecução dos fins do direito. Nessa classificação, os *discursos jurídicos* serão definidos a depender do ângulo em que é observada a produção do significado normativo do sistema.

Na ótica do legislador-emissor – que é um dos componentes da estrutura do sistema –, o produto da interpretação do fato jurídico é um *discurso de natureza normativa*, ou seja, um *significado* em si mesmo, uma autêntica norma jurídica, mesmo que pensado abstratamente. Já na visão do jurista-receptor<sup>195</sup> – outro componente da estrutura do

<sup>194</sup> Entende-se, nesta dissertação, que o processo de compreensão está vinculado instrinsecamente ao processo de argumentação, constituindo-se em sistema de decorrência. Todavia, a compreensão antecede a argumentação, separando-se desta em alguns aspectos.

Enquanto a compreensão é um fenômeno autopoiético, uma *qualia* – nomenclatura adotada pela teoria da cognição – a argumentação consiste num procedimento discursivo. Uma compreensão não pode ser descrita em etapas, mas uma argumentação pode ser decomposta e analisada a partir de paradigmas metodológicos estabelecidos pela modernidade.

<sup>&</sup>lt;sup>193</sup> "A institucionalização de normas e regras deve portanto resultar de negociação ou discurso. A força só pode ser usada na medida necessária para assegurar que um grupo de pessoas ouça os argumentos de outros. A negociação é um procedimento em que se resolvem conflitos por acordo. O discurso é um procedimento em que conflitos de valores são resolvidos consensualmente por argumentação racional. As normas e regras nos tempos modernos só podem ser encaradas como justas na medida em que são aceitas como justas por todos os envolvidos, em resultado de um discurso de valor no qual todos têm recurso aos valores universais de liberdade e vida" (HELLER & FEHÉR, 1998, p. 181).

sistema –, o produto da interpretação do fato jurídico constitui um discurso de natureza enunciativa, um signo a ser interpretado.

Utilizando a nomenclatura adotada por Grau, um artigo de uma lei pode dar ensejo à produção de uma ou mais normas jurídicas (visão do legislador-emissor) ou apenas textos jurídicos (visão do jurista-receptor). Quando o legislador prescreveu que "todos são iguais perante a lei", através do caput do art. 5º da CF/88, estava apresentando uma norma constitucional sob a forma de princípio, a qual criou um fim a ser alcançado: tratar todas as pessoas com isonomia.

Para o legislador, não se tratava de um mero signo, visto que o processo de interpretação já houvera sido realizado em face da produção de valores (objetivos) que ensejaram a criação da norma. Destarte, sob a ótica do legislador, a expressão "todos são iguais perante a lei" já traria, consigo, ao menos um significado, se constituindo no numa espécie de mensagem-significado.

Na consciência reflexiva do legislador, este significado já existe, mesmo podendo ser alterado por outros operadores do sistema, num outro momento de atuação da estrutura ou, por ele mesmo (legislador), num processo de retro-alimentação sistêmica a partir da sobrelevação de outros valores paramétricos à comparação do mesmo fato social potencialmente jurídico<sup>196</sup>.

Já os juristas, ao se depararem com a expressão "todos são iguais perante a lei", estão diante de uma mensagem-signo, porque não participaram do processo de produção da norma jurídica. Teriam que produzir outro discurso jurídico integrando-o à interpretação dos fatos conflituosos carentes de solução pelo direito, no momento de sua produção concreta.

Esse critério de distinção entre o discurso normativo (norma jurídica) e o discurso enunciativo (texto jurídico) pode ser denominado de fenomenológico – que em hipótese alguma pode ser entendido como método -, seguindo a linha de raciocínio de Heidegger, Gadamer e da teoria de Santiago de Maturana e Varela.

<sup>196</sup> O sistema de produção do direito é cíclico no tempo e no espaço, podendo a estrutura do sistema variar sua valorações acerca de determinado fenômeno social que seja de interesse do sistema jurídico regular.

<sup>195</sup> Jurista-receptor, ou simplesmente jurista, nesta obra, é toda a pessoa ou organismo social capaz de interagir no processo de concreção do direito. Advogados, juízes, promotores, cidadãos etc.

Ademais, é uma tentativa de adequação aos paradigmas emergentes da pósmodernidade, porque rompe com o princípio da identidade (A=A e sempre será igual a A), uma vez que o mesmo texto (art. 5°, caput, por exemplo), pode ser identificado, a priori, sob duas perspectivas distintas (discurso enunciativo ou discurso normativo), a depender do ângulo de posicionamento do sujeito cognoscitivo na relação semiótica.

Trata-se de um critério fundado na relação existente entre a estrutura do sistema e o discurso jurídico emitido: se esta possuir uma experiência consciente acerca do discurso, sendo capaz de extrair um significado do mesmo no ato de sua produção, para ela esta mensagem constituirá um discurso jurídico normativo 197.

Como parte da estrutura não participa do processo de produção do discurso jurídico normativo, ainda não possuirá uma experiência consciente completa em relação à mensagem contida neste, sendo carecedor de uma nova interpretação – que terá também como mensagem integrante a inserção sistêmica de um fato social -, para obter um significado do discurso. Neste caso, parte da estrutura estaria diante de um discurso *jurídico enunciativo* <sup>198</sup>, do qual outros autores já haviam chamado a atenção <sup>199</sup>.

Vale ressaltar que esta discussão não está resumida à relação: legislador - discurso normativo/discurso enunciativo – jurista. Crer na prisão da discussão às dimensões hermeticamente restritas do processo de produção abstrata do direito seria um equívoco incomensurável. A própria relação entre os juizes, as decisões judiciais e os demandados em ações, constitui uma situação que serve de exemplo para a distinção entre discurso enunciativo e discurso normativo.

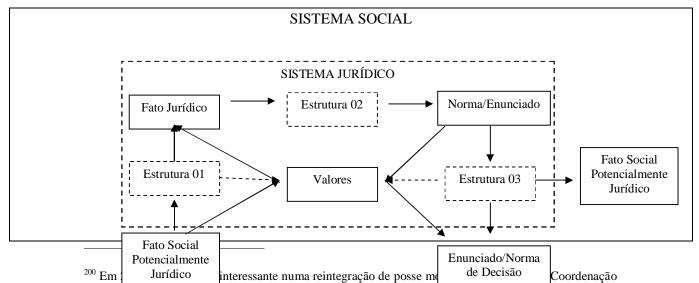
<sup>197</sup> Pólo emissor da mensagem.

<sup>198</sup> Pólo receptor da mensagem.

<sup>199 &</sup>quot;Do que se trata é do seguinte: temos que obter, a partir da lei, a decisão sobre o dever-ser-punido enquanto concreta decisão normativa (de dever-ser). Esta decisão é tomada em último termo pelo juiz penal, mas já antes dele a precisa de tomar o Delegado do M.P., pois que ao promover o processo-crime ele afirma um dever-ser-punido, ou - por via negativa - o defensor do acusado, na medida em que contesta este dever-ser-punido e, portanto, emite um juízo negativo, e porventura ainda uma terceira pessoa que se ponha a refletir sobre o problema jurídico da punibilidade" (ENGISCH, 2001, p. 81).

Até as decisões judiciais tem de ser interpretadas<sup>200</sup>, motivo pelo qual existem os recursos jurídicos. Estes nada mais são que instrumentos de contestação dos dizeres epigrafados sob as vestes de um discurso jurídico de caráter decisório (sentença, acórdão ou decisão administrativa), cuja finalidade consiste em atacar a validade/legitimidade da coerção. Para tanto, este procedimento não poderá prescindir da extração de um significado do discurso pelo processo hermenêutico. O gráfico abaixo, demonstrativo do ciclo de produção do direito, expõe a distinção fenomenológica entre *discursos normativos* e *discursos enunciativos*, sob a ótica do receptor da mensagem:

Figura 5-1



Estadual de Travamaciores Assentados e Acampados da Bahia), novimento social rigado à questão agrária. Deferida liminar pela juíza da Comarca de Itaparica/Ba, foi expedido mandado de reintegração, do qual constava a determinação de que deveriam ser retirados, do imóvel pretensamente esbulhado, todos os apetrechos dos ocupantes, assim como os barracos montados em lona preta — marca do movimento no país inteiro. Acontece que ocorria no local uma situação no mínimo inusitada para os que não assessoram movimentos sociais: a ação de reintegração de posse tinha como objeto um imóvel da União explorado por uma empresa privada e houvera sido movida em face de um movimento social *que ocupava o acostamento de uma estrada de rodagem estadual*, cuja competência de fiscalização pertence a uma autarquia denominada DERBA (Departamento de Infra-estrutura de Transporte).

Na ótica do oficial de justiça, ele deveria proceder à reintegração, retirando todos os barracos e pertences dos sem-terra, visto que a decisão determinava o deslocamento espacial dos itens. Na interpretação fornecida pelos militantes e pelos assessores jurídico da CETA, o oficial somente poderia retirar os bens que estivessem até os limites demarcatórios da propriedade em face da estrada de rodagem, ou seja, nenhum bem. Como se tratava de uma ação de reintegração e não de manutenção ou interdito, o que efetivamente se discutia no processo era a existência do esbulho e não de turbação ou iminência dos mencionados acidentes possessórios. Mesmo que fosse invocado o art. 920 do CPC, a referida ordem judicial houvera sido nomeada de mandado de reintegração de posse, o que evidenciava o seu conteúdo. Ocorre que num Estado onde a justiça nem sempre está acessível às demandas dos movimentos de caráter coletivo, prevaleceu a interpretação do oficial de justiça, visto que estava abalizada na mais eficiente doutrina e jurisprudência dos conflitos fundiários: os revólveres e os fuzis da tropa de choque da polícia militar.

O ciclo hermenêutico de produção do significado do sistema jurídico tem início na transformação dos fatos sociais abstratos em fatos jurídicos, para que estes sirvam de matéria-prima aos legisladores, sendo estes responsáveis pela produção dos discursos jurídicos normativos norteadores das relações advindas de fatos sociais concretos (produção abstrata), como restou explicado no capítulo IV.

Numa segunda etapa de produção (produção concreta), os discursos jurídicos normativos provenientes do processo legislativo, ante a multiplicidade tipológica dos fatos sociais concretos e dos valores que determinam a produção normativa, ingressam no plano de concreção do direito sob a forma de discursos jurídicos enunciativos.

Estes discursos enunciativos deverão ser transformados, por um novo processo de interpretação (fato, valor norma), em discursos jurídicos normativos, que, por sua vez, serão alçados ao ambiente do sistema (fatos sociais), de tal forma que o ciclo não se esgote e perdure até a estrutura do sistema entender que o fato social tratado pelo sistema (norma de decisão) não mais é relevante para o direito, por não possuir potencial de conflituosidade, no mínimo, intersubjetiva.

#### 3. Discursos jurídicos e fatos sociais concretos.

No direito, a evolução ocorrida no que concerne à interpretação das normas a partir das teorias da linguagem não refletiu em avanços acerca da interpretação dos fatos. Perdura a crença de que o processo de interpretação equivale a uma subsunção de sentido extraído de um texto jurídico e aplicada a um fato dado, descrito pelo operador<sup>201</sup>.

A interpretação dos fatos não se constitui num mero processo de descrição dos acontecimentos sociais, conforme analisado nos capítulos antecedentes<sup>202</sup>. Nada existe

.

<sup>&</sup>lt;sup>201</sup> "Além de não descrevermos a realidade, porém o nosso modo de ver a realidade, essa mesma realidade determina o nosso pensamento e, ao descrevermos a realidade, nossa descrição da realidade será determinada pela nossa pré-compreensão dela (=da realidade) e (ii) pelo lugar que ocupamos ao descrever a realidade (=nosso lugar no mundo e lugar desde o qual pensamos). Por isso cabe aqui tudo o que mais adiante for dito sobre a pré-compreensão" (GRAU, 2002, p. 82).

<sup>&</sup>lt;sup>202</sup> Capítulo III, tópico 2.

para o conhecimento humano – inclusive para o direito<sup>203</sup> – sem que o significado seja, não só intermediado, mas integrado e determinado pela linguagem.

Para o conhecimento racional, os fatos não são sensíveis em sua materialidade e sim através da linguagem que é utilizada para significá-los. Esta constatação decorre das lições da hermenêutica fenomenológica de Gadamer e Heidegger, assim como da ciência consciência na teoria da cognição de Santiago, as quais se contrapõem às teorias cartesianas<sup>204</sup>.

O ser humano é incapaz de enxergar a realidade como ela realmente é, tanto do ponto de vista biológico<sup>205</sup> quanto do prisma axiológico. A existência fática como fenômeno também se consubstancia na relação sujeito-sujeito e não na relação sujeito-objeto, em fase de superação pela ciência pós-moderna, ressalvada a sua utilização como suporte metodológico na teoria da argumentação<sup>206</sup>.

#### 3.1. Fatos sociais concretos e fatos jurídicos concretos.

A duplicidade de categorias (*discurso enunciativos* e *discursos normativos*) recaídas sob um mesmo fenômeno lingüístico é equacionada a depender do ângulo pelo qual seja situada a interpretação deste, o que rompe com o princípio da identidade da racionalidade clássica, de acordo com o afirmado no tópico anterior.

Se observado sob a ótica da estrutura emissora da mensagem, tratar-se-á de um *discurso jurídico normativo*, resultado da interpretação de um fato jurídico abstrato; já se vislumbrado sob um processo de *recepção semiótica* (ECO, 2000), o objeto consistirá

-

Não existe, no direito, o *verdadeiro*. Inútil buscarmos a *verdade dos fatos*, porque os fatos que importarão na e para a construção da norma são aqueles recebidos/percebidos pelo intérprete autêntico – eles, como são percebidos pelo intérprete, é que informarão/conformarão a produção/criação da norma (GRAU, 2002).

<sup>&</sup>lt;sup>204</sup> Descartes separou o sujeito cognoscitivo (mente) do objeto cognoscente (matéria), o que ensejou uma visão defendida por séculos na teoria do conhecimento, mas considerada, hoje, bastante controvertida e já superada pela física quântica e as mais recentes descobertas da teoria da cognição.

<sup>&</sup>lt;sup>205</sup> Vide Capítulo III, tópico 2.

<sup>&</sup>lt;sup>206</sup> Além de Maturana, Habermas (1997, p. 55-60) também explica essa ilusão meta-estática pela guinada analítica da linguagem promovida por Frege e Pierce. Aduz que a superação da oposição entre idéia e realidade (significação e significado na teoria semiótica) impôs que as idéias passassem a ser concebidas como parte incorporada à linguagem, de modo que "... a facticidade dos signos e expressões lingüísticas que surgem no mundo liga-se internamente com a idealidade da universalidade do significado e da validade em termos de verdade".

num *discurso jurídico enunciativo* que, para ser reproduzido no discurso jurídico normativo do emissor, ou transformado num novo discurso jurídico normativo, não prescindirá da existência de um novo fato jurídico, conforme a figura 4-1<sup>207</sup>.

Esse gráfico<sup>208</sup> demonstra o processo de produção do significado normativo do sistema jurídico, à luz dos ensinamentos da teoria da cognição de Santiago, sob os paradigmas neurofisiológicos trazidos pelo padrão da autopoiese.

Como ensina Maturana e Varela, o ambiente do sistema é responsável pela alimentação deste (estrutura aberta), quando em contato com o processo autopoiético que determina a produção do significado sistêmico. É autopoiético, porque o ambiente só faz desencadear as mudanças estruturais: não especifica nem as dirige (CAPRA, p. 51).

Em síntese, o significado normativo abstrato ou concreto do sistema jurídico é determinado fundamentalmente pelos valores criados pela estrutura do sistema, respeitado o padrão de organização do mesmo (princípio da causalidade e raciocínio teleológico). O processo de alimentação é apenas impulsionado pelos fatos sociais componentes do seu ambiente, e não determinado pelos mesmos<sup>209</sup>.

Já os fatos jurídicos decorrentes dos fatos sociais constituem parte do significado do sistema, pois são incorporados à estrutura dos discursos jurídicos normativos, sejam

<sup>&</sup>lt;sup>207</sup> É a presença dos fatos sociais concretos que possibilita a mudança do significado do sistema jurídico. Daí a advém a diferença entre as fases abstrata e concreta de produção do significado do sistema jurídico, o que efetivamente abre questionamentos acerca da legitimidade das decisões interpretativas e declaratórias de constitucionalidade com efeito erga omnes e vinculante, provenientes do STF em sede de controle abstrato.

<sup>&</sup>lt;sup>208</sup> Vide p. 127.

<sup>&</sup>lt;sup>209</sup> Um fato social abstrato existente no ambiente do sistema jurídico tem como finalidade estimular (alimentação do sistema) a formação dos valores pela estrutura do sistema, os quais serão utilizados parametricamente para a produção de fatos jurídicos abstratos e conseqüentemente do primeiro significado do sistema<sup>209</sup>.

A transformação do *fato social abstrato* (fato social potencialmente jurídico) em fato jurídico abstrato e a deste no primeiro significado do sistema constitui um único processo. Na primeira fase, também conhecida classicamente como *produção abstrata do direito*, a estrutura do sistema<sup>209</sup> se apresenta através dos argumentos jurídicos já existentes através das entidades ou da personificação destes argumentos em grupos de pressão social, aptos a interpretarem os fatos sociais e alçá-los à condição de fatos jurídicos. Construída conscientemente, a significação do fato social abstrato (fato jurídico) sofrerá um processo de transformação da sua linguagem: deixa de ser puramente descritiva (linguagem do ser) e passa a ser descritivo-normativa (linguagem do dever ser)<sup>209</sup>. Mesmo não possuindo um texto lingüístico escrito a interpretar, os atores sistêmicos legislativos interpretam a linguagem dos fatos, associando-as a um determinado valor.

estes abstratos ou concretos<sup>210</sup>. Nas normas jurídicas de caráter abstrato, os fatos jurídicos são sintetizados nas descrições das condutas, permitidas ou proibidas, ou seja, nas estruturas de dever-ser normativo. A norma, mesmo constituída sob as vestes de outro padrão de organização lingüístico, consiste numa derivação do fato: é o resultado da transformação da linguagem do *ser*, ao agregar a ela o *dever*, no que resulta numa linguagem nova – e, portanto, numa identidade científica distinta –, a linguagem do *dever-ser*.

No art. 5°, inciso XLII da CF/88 tem-se explicitamente a descrição do fato (a prática do racismo) e implicitamente a apresentação do dever-ser, pela sanção correlata ao seu descumprimento (constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão). O dever-ser está implícito, pois a própria sanção já materializa a determinação proibitiva em relação à prática de uma conduta específica (discriminação racial).

Já nas normas jurídicas de caráter concreto, os fatos jurídicos serão encontrados nos relatórios de sentenças, acórdãos e pareceres; no relato dos fatos das petições e recursos. Nenhuma peça processual – que é o veículo de comunicação das normas de caráter concreto – deixa de apresentar sua interpretação sobre um fato social, transformando-a em fato jurídico, sob pena de inépcia do próprio ato<sup>211</sup>.

A figura 5-1<sup>212</sup> ajuda a compreender o processo de construção do significado normativo do sistema. O primeiro deles se constitui num *discurso jurídico normativo*, para a estrutura nº 02 (legislador) ou um *discurso jurídico enunciativo*, para a estrutura nº 03 (juristas), que são os responsáveis pela realização-acoplagem do *discurso jurídico-enunciativo* aos *fatos sociais concretos*.

A norma de decisão nada mais é que a *integração* do discurso jurídico enunciativo dos textos legais ao fato social concreto. Neste processo, são construídos dois significados

<sup>&</sup>lt;sup>210</sup> Habermas (1997, p. 56) elucida a aparentemente paradoxal questão através do seu discurso sobre o direito e suas pretensão de validade como um momento da facticidade social. Para o filósofo, o *agir comunicativo* desencadeia uma tensão lingüística através das mencionadas pretensões de validade sobre a interpretação dos fatos sociais.

Mesmos os acórdãos em controle abstrato de constitucionalidade buscam sua razão de ser no relato de fatos através de exemplos fornecidos pelos julgadores como ilustrativos de aplicabilidade de uma norma em apreço. Vide capítulo VI.

<sup>&</sup>lt;sup>212</sup> Vide pág. 127.

para que a integração se perfaça: um *discurso jurídico normativo* produzido do *discurso jurídico enunciativo* e um *fato jurídico concreto* do *fato social concreto*. Estes novos significados são resultantes da acoplagem estrutural da compreensão dos fatos sociais concretos à compreensão do discurso jurídico enunciativo.

Portanto, o discurso jurídico normativo concreto de decisão (significado último do sistema) consiste no resultado da junção da interpretação de fatos sociais concretos (fatos jurídicos concretos) à interpretação de discursos jurídicos enunciativos (significações dos discursos jurídicos normativos).

#### 3.2. Inexistência do fenômeno da aplicação do direito.

Neste ponto, discorda-se em parte do que leciona Grau (2001)<sup>213</sup>, quando este autor se refere à existência de uma aplicação do direito. Mesmo aqueles autores que se referem a enquadramento da norma ao fato (ENGISCH, p. 85/86) parecem estar equivocados.

Não existe uma *aplicação* de um discurso jurídico normativo a um fato jurídico. A *aplicação* de uma norma jurídica ao caso concreto pressuporia em si uma cisão estrutural, da qual seria possível identificar duas unidades desarticuladas, a *norma* e o *fato social*, a partir da análise de um único discurso.

A distinção até pode ser feita, mas o próprio direito positivo rechaça a possibilidade de um vir desacompanhado do outro, quando se refere à obrigatoriedade de exposição dos fatos que consubstanciariam o conflito de interesses, assim como da fundamentação jurídica que ajudaria a decidi-lo, num único ato: as peças processuais.

O que efetivamente ocorre na produção do significado do sistema jurídico – em especial na criação das normas jurídicas – é um processo de *integração*. Extrai-se um significado da interpretação de um fato social concreto (*fato jurídico concreto*) para *integrá-lo* estruturalmente ao significado obtido da interpretação de um *discurso jurídico* 

<sup>&</sup>lt;sup>213</sup> "Disse, acima, que a norma *parcialmente preexiste*, potencialmente, no invólucro do *texto*, invólucro do *enunciado*. Devo agora explicar porque ela – a *norma* – preexiste apenas *parcialmente* no invólucro do *texto*.

É que a *norma* é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos que se desprendem do texto (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de elementos da realidade (mundo do ser)".

Observa-se que o autor utilizou o período "... a partir de elementos do caso ao qual ela será aplicada". É certo que não distingue os fenômenos de interpretação e aplicação do Direito, o que, todavia, não o impede de utilizar-se de Gadamer para dizer que existe uma aplicação que é feita ao mesmo tempo da interpretação (GRAU, 2001, X).

enunciativo (discurso jurídico normativo), consubstanciando dessa fusão o que é denominado nesta dissertação de discurso jurídico normativo de decisão ou enunciado/norma de decisão, a depender da posição do sujeito na relação de semiótica de comunicação, conforme nomenclatura adotada na figura 5-1.

Seguindo o exemplo analisado ao longo do capítulo acerca da produção do discurso jurídico normativo sobre o crime de racismo (art. 5°, inciso XLII da CF/88), trabalharse-á com o acórdão prolatado pelo STF no julgamento histórico do HC 82424<sup>214</sup>, iniciado em dezembro de 2002, exaurido no dia 17/09/2003, para demonstrar a tese ora defendida.

Esta ação houvera sido impetrada em favor de Siegfried Ellwanger que, após ter sido absolvido em primeiro grau de jurisdição, foi condenado por crime de racismo, pelo Tribunal do Rio Grande do Sul, por ter publicado como editor uma série de livros, 01 de sua própria autoria e 06 de outros autores, sobre o holocausto<sup>215</sup>. Na ótica do editor, os livros teriam como objetivo apenas revisar a história do nazismo em relação aos judeus. Não obstante, o TJ/RS entendeu que o mesmo incorrera em crime de racismo, por injúria qualificada ao povo judeu.

Como foi analisado nos tópicos precedentes, antes de se transformar em norma constitucional, a discriminação pela raça (*fato social abstrato*) foi comparada a valores definidos pela estrutura do sistema, o que caracteriza o fenômeno da autopoiese. A este fato foi imposta uma sanção prévia à condenação penal, a qual serviria de impedimento ao arbitramento de fiança e ao início da prescrição penal, institutos aplicáveis a outros

\_

<sup>&</sup>lt;sup>214</sup> Sobre a importância do julgamento, são emblemáticas as palavras do Ministro Marco Aurélio: "A par de outros enfoques já apreciados nos votos dos ministros que me antecederam, o caso denota um profundo, complexo e delicado problema de Direito Constitucional, e daí o tom paradigmático deste julgamento: estamos diante de um problema de eficácia de direitos fundamentais e da melhor prática de ponderação dos valores, o que, por óbvio, força este Tribunal, guardião da Constituição, a enfrentar a questão da forma como se espera de uma Suprema Corte. Refiro-me ao intricado problema da colisão entre os princípios da liberdade de expressão e da proteção à dignidade do povo judeu. Há de definir-se se a melhor ponderação dos valores em jogo conduz à limitação da liberdade de expressão pela alegada prática de um discurso preconceituoso atentatório à dignidade de uma comunidade de pessoas ou se, ao contrário, deve prevalecer tal liberdade. Essa é a verdadeira questão constitucional que o caso revela" (Trechos do voto do Ministro Marco Aurélio no Habeas Corpus nº 82424/RS, p. 14).

<sup>&</sup>lt;sup>215</sup> "Holocausto judeu ou alemão?: nos bastidores da mentira do século" (Siegfried Ellwanger); "O judeu internacional (Henry Ford); "A história secreta do Brasil", "Brasil colônia de banqueiros", "Os protocolos dos sábios de Sião" (Gustavo Barroso); "Hitler: culpado ou inocente?" (Sérgio Oliveira) e "Os conquistadores do mundo: os verdadeiros criminosos de guerra" (Louis Marschalko).

tipos. Estas características informam o grau de atribuição de valor fornecido ao seu significado (*fato jurídico abstrato*) pelos constituintes originários.

Cada sociedade, a partir das suas estruturas organizadas, tende a eleger os seus problemas fundamentais e valorá-los juridicamente. O racismo no Brasil, além de constituir durante séculos a base de um regime desumano de produção econômica, foi fundamento de exclusão social pela cor da pele após a conquista da liberdade pelos afros-descendentes.

Quando os movimentos negros organizados de todo o país (atores sistêmicos) se inseriram na estrutura do sistema jurídico que originou determinou o resultado da constituinte de 1986, foi sendo ratificado um *senso comum* de que seria necessário impedir as freqüentes humilhações e distorções sociais geradas pelas diferenças de cor e de raça num novo processo comunitário a ser iniciado.

A edificação desse senso comum coletivo pelo processo de comunicação (fato social coletivo) foi fundamental para que o legislador constituinte (estrutura nº 02)<sup>216</sup> pudesse compreender que teria necessariamente de se adaptar a uma realidade que não mais comportava o racismo em quaisquer de suas formas, aprender e desenvolver um discurso jurídico normativo específico, visando ao impedimento de condutas discriminatórias pela cor da raça. Originou-se, daí, a atual redação do art. 5°, inciso XLII da CF/88.

A existência dos movimentos negros organizados foi fator fundamental para a inclusão da regra que impossibilita a adoção dos institutos da fiança e da prescrição penal à prática do racismo. Esta foi uma resposta do sistema jurídico às perturbações causadas pelo ambiente em função do mencionado distúrbio social (fato social potencialmente jurídico).

Tal afirmação independe de como a discussão tenha sido conduzida no âmbito do parlamento, ou por qual deputado foi apresentada a proposta resultante no art. 5°, inciso XLII, visto que o processo é eminentemente autopoiético e não se resume aos debates parlamentares.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>216</sup> Vide Figura 5-1, p. 127.

Entretanto, na cadeia produtiva do significado do sistema jurídico, a existência do aludido dispositivo é uma prova cabal de que, no tocante ao crime de racismo, houve um rearranjo estrutural nas redes componentes do micro-sistema penal como um todo. Isto acarreta uma mudança dos padrões de ligação da rede sistêmica no tocante à própria hierarquia axiológica no direito penal, o que possibilitou uma maior rigidez processual no trato com o racismo se comparado, por exemplo, com outros crimes contra a honra.

Quanto ao significado da norma, em razão da edificação de um senso comum no processo de comunicação que originou este significado, ninguém ousaria dizer que a imputação do crime de racismo não poderia recair sobre um agressor a uma mulher afro-descendente, quando da sua rejeição a um determinado posto de trabalho em função do famigerado critério da "boa aparência". Todavia, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a necessidade de amadurecimento dos seus julgados em homéricos debates cognitivos, os quais recaíram, principalmente, sobre a interpretação de um *discurso jurídico enunciativo* (art. 5°, inciso XLII da CF/88) e um *fato social concreto*.

Nesse caso histórico, a busca pelo significado do discurso jurídico enunciativo trazido pelo art. 5°, inciso XLII da CF/88 visou entender categoricamente o que viria a ser uma discriminação contra o povo judeu e seus descendentes: se esta consistiria num evento tipicamente racista ou de mera conspurcação religiosa. No julgamento foram erigidas teses diversas que ora concediam o *habeas corpus*, ora o denegavam, com diferentes argumentações que, ora justificavam compreensões distintas sobre o *fato social concreto*, ora justificavam compreensões distintas sobre o *discurso jurídico enunciativo* em apreço.

A primeira delas proveio do voto de Moreira Alves<sup>217</sup>, relator do processo. Enfrentando a questão da compreensão acerca do conceito constitucional de raça, decidiu no sentido

[...] Considerado, assim, em interpretação estrita, o crime de racismo, a que se refere o artigo 50, XLII, da Constituição, como delito de discriminação ou preconceito racial, há de se enfrentar a questão que, então, se põe, e é a de se saber se os judeus são, ou não, uma raça.

<sup>&</sup>lt;sup>217</sup> "Além de o crime de racismo, como previsto no artigo 50, XLII, não abarcar toda e qualquer forma de preconceito ou de discriminação, porquanto, por mais amplo que seja o sentido de "racismo", não abrange ele, evidentemente, por exemplo, a discriminação ou o preconceito quanto à idade ou ao sexo, deve essa expressão ser interpretada estritamente, porque a imprescritibilidade nele prevista não alcança sequer os crimes considerados constitucionalmente hediondos, como a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, aos quais o inciso XLIII do mencionado artigo 5° apenas determina que a lei os considerará inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia.

E, a esse respeito, impõe-se a resposta negativa, com base, inclusive, em respeitáveis autores judeus que tratam dessa questão.

de argumentar restritivamente – em relação a outros votos – o termo "racismo", colocando fora da esfera de integração ao fato social concreto que envolvia os judeus, não tipificando a conduta do paciente no crime epigrafado pelo art. 5°, inciso XLII da CF/88.

Imediatamente, foi pedido vistas do processo por Maurício Corrêa<sup>218</sup> que, em abril de 2003, resgatando a história dos judeus através de passagens bíblicas, defendeu a abolição da conceituação clássica de raças, justificando que a genética houvera banido tal diferenciação entre os seres humanos. Neste sentido, entendeu que os povos não poderiam ser diferenciados racialmente e sim pelos seus costumes, pela sua cultura. Foi acompanhado, na mesma sessão, por Celso de Mello.

O ministro Carlos Ayres de Brito, votando na matéria, dentre outros argumentos, defendeu a atipicidade da conduta do agente e, conseqüentemente, a sua licitude. Entendeu que as simples edição e reedição de livros não constituiriam crimes, pois estariam amparadas na idéia geral de liberdade empresarial<sup>219</sup>.

[...] Não sendo, pois, os judeus uma raça, não se pode qualificar o crime por discriminação pelo qual foi condenado o ora paciente como delito de racismo, e, assim, imprescritível a pretensão punitiva do Estado. E tendo ele sido condenado a dois anos de reclusão, a prescrição da pretensão punitiva ocorre em quatro anos, o que, no caso, já se verificou, porquanto, entre a denúncia que foi recebida em 14.11.91. e o acórdão que, reformando a sentença absolutória, o condenou, e que foi proferido em 31.10.96, decorreram mais de quatro anos.

Em face do exposto, defiro o presente "habeas corpus" para declarar a extinção da punibilidade do ora paciente pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva." (Trechos do voto do Ministro Moreira Alves no Habeas Corpus nº 82424/RS).

<sup>218</sup> "Não estou dizendo que os judeus são ou não uma raça. Mas pergunto: será que a melhor exegese não seria a de entender o conjunto dos demais preceitos da Carta Federal relacionados com a matéria para situar essa discriminação contra os judeus como crime de racismo? Ou devo ler a disposição, conforme quer o Ministro Moreira Alves, como dirigido à discriminação racial, considerando a clássica e ultrapassada definição antropológica de que a raça humana se constitui da branca, negra e amarela? Teria sido essa a *mens legislatoris* ou pelo menos a *mens legis*?

Durante a Inquisição e a Segunda Guerra Mundial os ciganos também foram perseguidos, mas essa é outra história. Ninguém sofreu o trauma na própria carne, no sangue, com lágrimas e tudo, mais que o povo judeu.

Alguém poderá dizer que isso não será revitalizado. E os movimentos que, como temos visto, pipocam aqui e acolá, ora através dos KLU-KLUX-KLAN, SKIN I-IEADS e outras insanidades desse jaez que surgem no mundo e até no Brasil, de que é exemplo o livro de autoria do paciente "HOLOCAUSTO. JUDEU OU ALEMÃO", segundo se anuncia já ultrapassada a 29 edição...

Estou apenas dizendo que há uma peculiaridade com relação a tudo que o mundo causou aos judeus, devendo a humanidade, pelo menos in rnemoriam ao trauma que sofreram, fazer-lhes justiça". (Trechos do voto do Ministro Maurício Correia no Habeas Corpus nº 82424/RS).

<sup>219</sup> "É certo que, em contraponto a este equacionamento, alguém poderá dizer que o paciente não apenas editou e reeditou livro próprio e livros alheios. Ele também expôs à venda todas essas obras. Mas a contradita se me antolha descabida. Primeiramente, porque a venda ou comercialização de livros é tãosomente uma conseqüência ou efeito natural das respectivas edições ou reedições (aquela é absorvida por

[

Mesmo já tendo o STF se pronunciado, por maioria, contra a concessão do *habeas corpus*<sup>220</sup>, Marco Aurélio pediu vistas do processo na sessão de 26/06/2003. Na prolação de seu voto, em 17/09/2003, discordou dos outros sete ministros que houveram se posicionado, por entender que o paciente não estimulara o anti-semitismo, defendendo a liberdade de expressão intelectual do editor do livro em detrimento da possibilidade de o julgamento ser instrumento de reedição à censura no nosso país<sup>221</sup>.

Ademais, ainda segundo Aurélio, a Constituição Federal não se referiu ao povo judeu, mas ao preconceito contra os negros, ao tratar da prática do crime de racismo, que considera imprescritível, no inciso XLII, artigo 5°. Para ele, a Constituição de 1988 se aplica somente ao povo brasileiro, conceito no qual os judeus não se enquadrariam.

Se tomadas isoladamente, as decisões dos Ministros simbolizam que os mesmos obtiveram diferentes *qualias*<sup>222</sup> a respeito do *discurso jurídico enunciativo* (art. 5°, inciso XLII da CF/88) e do *fato social concreto* (conflito de interesses entre o paciente,

estas). Em segundo lugar, porque essa mesma comercialização faz parte da liberdade empresarial ou liberdade de iniciativa que o Código dos Códigos erige a fundamento da República Federativa e da Ordem Econômica brasileira (a teor do inciso IV do art. 1 e do caput do art. 170, mais o parágrafo único desse mesmo artigo..." (Trechos do voto do Ministro Carlos Ayres Britto no Habeas Corpus nº 82424/RS).

e

Ao final, foi denegado o recurso por 07 votos (Ministros Maurício Corrêa, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie e Cezar Peluso) a 03, vencidos os Ministros Moreira Alves (Relator), Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto.
 É fácil perceber a importância do direito à liberdade de expressão se analisarmos as dimensões e

<sup>221 &</sup>quot;É fácil perceber a importância do direito à liberdade de expressão se analisarmos as dimensões e finalidades substantivas que o caracterizam. A principal delas, ressaltada pelos mais modernos constitucionalistas no mundo, é o valor instrumental, já que funciona como uma proteção da autodeterminação democrática da comunidade política e da preservação da soberania popular Em outras palavras, a liberdade de expressão é um elemento do princípio democrático, intuitivo, e estabelece um ambiente no qual, sem censura ou medo, várias opiniões e ideologias podem ser manifestadas e contrapostas, consubstanciando um processo de formação do pensamento da comunidade política.

<sup>[...]</sup> À medida que se protege o direito individual de livremente exprimir as idéias, mesmo que estas pareçam absurdas ou radicais, defende-se também a liberdade de qualquer pessoa manifestar a própria opinião, ainda que afrontosa ao pensamento oficial ou ao majoritário.

<sup>[...]</sup> A ninguém é dado o direito de arvorar-se em conhecedor exclusivo da verdade. Nenhuma idéia é infalível a tal ponto de gozar eternamente do privilégio de ser admitida como verdadeira. Somente por meio do contraste das opiniões e do debate pode-se completar o quebra-cabeça da verdade, unindo seus fragmentos". (Trechos do voto do Ministro Marco Aurélio no Habeas Corpus nº 82424/RS).

<sup>&</sup>lt;sup>222</sup> A teoria da cognição de Santiago, através da neurofenomenologia, explica que os motivos pelos quais os julgadores chegaram a conclusões díspares acerca do ocorrido no Rio Grande do Sul têm fundamento na diversidade de sensações obtidas por meio da construção das diferentes experiências conscientes (*qualias*). Como os ministros formaram os seus juízos de convencimento ainda é um mistério para a teoria da cognição. Todavia já é possível afirmar que não só o mundo das idéias (mente) influenciou a tomada de decisão, sendo imprescindível a análise da cultura e dos relacionamentos organizados trazidos por cada julgador, assim como a composição física da estrutura corpórea utilizada pelos mesmos (sistema neural superior).

editor dos livros sobre o holocausto, e a comunidade judaica do Brasil). As respectivas *qualias* advieram das múltiplas experiências conscientes de cada um, o que corresponde ao processo de compreensão subjetiva dos ministros acerca dos fenômenos sociais em apreço.

Mas o que realmente chama a atenção para efeito de enriquecimento do trabalho ora desenvolvido é a existência de uma indissociabilidade estrutural entre o *fato jurídico* concreto – resultante da interpretação do fato social concreto – e o discurso jurídico normativo nos votos dos ministros, quando analisado o produto final, ou seja, o discurso jurídico normativo de decisão.

Marco Aurélio, por exemplo, elege a premissa de que o paciente no *habeas corpus* não conspurcou a imagem do povo judaico através de sua obra (interpretação do fato social concreto ou fato jurídico concreto), aduzindo que não poderia haver crime de racismo imputável ao povo judeu. Conclui que o escritor estava exercendo o seu direito à liberdade de manifestação.

Seu voto poderia se resumido no seguinte discurso jurídico normativo: não há indícios que o paciente tenha cometido qualquer violação à imagem ou honra do povo judaico (fato jurídico concreto)<sup>223</sup>; tampouco seria possível enquadrar o povo judeu no conceito

<sup>223</sup> "A única restrição possível à liberdade de manifestação do pensamento, de modo justificado, é quanto à forma de expressão, ou seja, à maneira como esse pensamento é difundido. Por exemplo, estaria configurado o crime de racismo se o paciente, em vez de publicar um livro no qual expostas suas idéias acerca da relação entre os judeus e os alemães na Segunda Guerra Mundial, como na espécie, distribuísse panfletos nas ruas de Porto Alegre com dizeres do tipo "morte aos judeus", "vamos expulsar estes judeus do País", "peguem as armas e vamos exterminá-los". Mas nada disso aconteceu no caso em julgamento. O paciente restringiu-se a escrever e a difundir a versão da história vista com os próprios olhos. E assim o fez a partir de uma pesquisa científica, com os elementos peculiares, tais como método, objeto, hipótese, justificativa teórica, fotografias, documentos das mais diversas ordens, citações. Alfim, imaginando-se integrado a um Estado Democrático de Direito, acionou a livre manifestação, a convicção política sobre o

[...] A questão de fundo neste habeas corpus diz respeito à possibilidade de publicação de livro cujo conteúdo revele idéias preconceituosas e anti-semitas. Em outras palavras, a pergunta a ser feita é a seguinte: o paciente, por meio do livro, instigou ou incitou a. prática do racismo? Existem dados concretos que demonstrem, com segurança, esse alcance? A resposta, para mim, é desenganadamente negativa.

tema tratado, exercitou a livre expressão intelectual do ofício de escritor e editor, conforme previsto nos

incisos IV, VIII e XIII do artigo 5º da Constituição Federal.

Bem afirmou o ministro Carlos Britto que não achou, ao analisar minuciosamente o livro sob enfoque - e a denúncia está basicamente lastreada naquele escrito do paciente - qualquer afirmação categórica acerca da superioridade da raça alemã sobre uma "raça" judaica, ou de que os judeus se constituiriam grupo inferior se comparado com uma "raça" ariana.

Procedendo de igual maneira, confesso que não identifiquei qualquer manifestação a induzir o preconceito odioso no leitor. Por óbvio, a obra defende uma idéia que causaria repúdio imediato a muitos, e poderia até dizer que encontraria alguns seguidores, mas a defesa de urna ideologia não é crime e, por isso, não pode ser apenada". (Trechos do voto do Ministro Marco Aurélio no Habeas Corpus nº 82424/RS, p. 27 e 31).

\_

raça (interpretação do discurso jurídico enunciativo – art. 5°, inciso XLII da CF/88), o que gera a necessidade de deferir a ordem de soltura pleiteada (dispositivo do discurso jurídico normativo)<sup>224</sup>.

Percebe-se claramente que o trabalho de concreção do direito (criação do discurso jurídico normativo de decisão) não pode ser comparado à antiga idéia de *subsunção*, tampouco poderia ser entendido como um processo de *aplicação*. O *discurso jurídico normativo de decisão* só faz sentido se analisado em sua inteireza, ou seja, pela *integração* do *fato jurídico concreto* (interpretação do fato social concreto) ao *discurso jurídico normativo* (interpretação do discurso jurídico enunciativo dos textos legais).

Leva-se em consideração o fato de que o resultado (discurso jurídico normativo de decisão) proveio da integração de dois outros discursos: um sobre o fato (fato jurídico concreto) e outro sobre o dispositivo legal (discurso jurídico normativo).

Isso explica, por exemplo, a disparidade de interpretação sobre o fato social concreto dos ministros Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio, apesar de ambos terem chegado à mesma conclusão: a absolvição do paciente. Enquanto o primeiro subtendeu a vontade do agente no âmbito da licitude da atividade empresarial ou segundo expressou a sua opinião, no sentido de a materialidade das obras não ofender o povo judaico, ao menos no que concerne aos requisitos necessários para a caracterização do crime de racismo.

Considerado o acórdão como um todo, em razão do posicionamento da maioria, outra conclusão à qual se pode chegar é a de que o significado normativo do sistema jurídico, no que concerne ao crime de racismo, foi alterado. A decisão, em razão da acoplagem estrutural pela qual um fato social concreto (publicação de livro sobre a história do povo judaico) serviu de alimento ao sistema, constituiu a criação, pela estrutura (Supremo Tribunal Federal), de um discurso jurídico normativo novo, que servirá de balizamento às condutas intersubjetivas na sociedade, já que resultou na criação de precedente jurisprudencial, até então inexistente, sobre o tema.

#### 4. Interpretação, compreensão, argumentação e teoria dos discursos jurídicos.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>224</sup> "Concedo a ordem para assentar a inexistência da prática de racismo e concluo pela incidência da prescrição da pretensão punitiva, tal como o fizeram os ministros Moreira Alves e Carlos Britto" (Trecho do voto do Ministro Marco Aurélio no Habeas Corpus nº 82424/RS, p. 68).

Nos termos em que foi erigida, ficou evidente que a *teoria dos discursos jurídicos* está intrinsecamente ligada ao fenômeno da compreensão, em razão da indivisibilidade do processo hermenêutico<sup>225</sup>, mas se refere de forma precípua à argumentação, que possibilita a existência da *cognição comunicativa*, mecanismo do processo nos sistemas autopoiéticos.

A teoria dos discursos consiste numa *teoria da argumentação*, que serve de fundamentação racional ao processo cognitivo de compreensão dos fenômenos sociais, já que este último não pode ser explicado sob os paradigmas do pensamento racional. Enquanto a compreensão, como primeiro resultado do processo de interpretação, visa à produção subjetiva do significado normativo do sistema jurídico, a teoria do discurso jurídico, na condição de teoria da argumentação, tem como objetivo coordenar metodologicamente a forma de exteriorização do significado do sistema [valores e normas (princípios e regras)] nos espaços formais de produção abstrata e concreta do direito (legislativo, administrativo e jurisdicional).

Possui o objetivo de solver o problema relativo à utilização de procedimentos metodologicamente aceitos na modernidade, instrumentais à transmutação dos discursos jurídico-enunciativos – trazidos pela legislação e pela descrição dos fatos sociais – nos discursos jurídico-normativos formalizados nas petições, pareceres, decisões e sentenças jurisdicionais.

Enfim, adota-se nesta dissertação, de forma explícita, uma distinção de dois fenômenos imersos no processo de interpretação: a *compreensão* e a *argumentação*. O primeiro (compreensão) é consubstanciado numa relação *sujeito-sujeito*, já que a cognição humana é realizada num processo autopoiético. O segundo (argumentação), é a tentativa de enquadramento da compreensão numa relação *sujeito-objeto*, no qual o jurista (intérprete) tenta racionalizar o seu discurso normativo tendo como pressuposto a sua existência deste em objetos (normas e fatos sociais) que seriam passíveis de tratamento científico, nos moldes enunciados pela racionalidade moderna<sup>226</sup>.

#### 4.1. Pressuposto da teoria do discurso jurídico moderno: pretensão de validade.

-

<sup>&</sup>lt;sup>225</sup> Vide Gadamer, capítulo II, tópico 6.2.2.

<sup>&</sup>lt;sup>226</sup> A teoria da argumentação é uma das provas de que a pós-modernidade não rompeu totalmente com os paradigmas da modernidade. A causalidade, por exemplo, que não serve para explicar o processo de geração da compreensão, continua sendo utilizada para substanciar o procedimento de geração dos discurso jurídicos. Vide Capítulo I, tópico 2.

A primeira grande premissa do discurso normativo consiste na inexorável pretensão de validade almejada pelo emissor-orador (ENGISCH, 2001, p. 84). Por esse precípuo motivo, a teoria do discurso jurídico tem boa parte de seus pressupostos soerguidos sob as epístolas da teoria do agir comunicativo de Habermas<sup>227</sup>.

Em agosto de 2004, foi realizada uma sustentação oral junto ao Tribunal Regional Eleitoral do Estado da Bahia que poderia retratar o pressuposto acima. Tratava-se de uma impugnação de registro de candidatura que recaia sobre postulante ao cargo de vice-prefeito em município no interior da Bahia. Este exercia a profissão de médico, na condição de prestador de serviços, junto à Santa Casa de Misericórdia da localidade.

O impugnante alegou a necessidade de desincompatibilização do cargo com três meses de antecedência à realização do pleito eleitoral, com fulcro na tese de que o impugnado equiparava-se à condição de servidor público (art. 1°, inciso II, alínea "1" da LC 64/90). Advogou a tese de que a instituição contratante seria mantida exclusivamente com recursos do sistema único de saúde, equiparada, portanto, a uma fundação mantida pelo poder público.

Em contestação, o impugnado conseguiu provar via documentos que a instituição fora constituída como associação civil e não como fundação. Além de outros argumentos, defendeu que o caso não poderia abarcar uma *interpretação extensiva* do conceito "fundação mantida pelo poder público". A lei eleitoral teria caráter de direito excepcional em relação à regra geral da liberdade profissional prescrita no art. 5°, inciso XIII da CF/88, devendo ser *interpretada restritivamente*.

Apesar de ter conseguido a obtenção da improcedência do pedido em primeira instância, inclusive com parecer favorável do Ministério Público Eleitoral, o processo foi incluso em pauta de votação no TRE-Bahia com parecer ministerial em sentido oposto ao proferido no juízo recorrido. Em síntese, o Procurador Regional Eleitoral alegou a necessidade de atribuição de uma *interpretação teleológica* ao caso, em desapego à *literalidade* da lei eleitoral. Considerou o candidato inelegível, sob a justificativa do público e notório privilégio que a classe médica gozaria no curso do pleito eleitoral em relação aos demais candidatos.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>227</sup> "Em qualquer ação de fala são levantadas pretensões de validade criticáveis, que apontam para o reconhecimento intersubjetivo. A oferta de um ato de fala adquire eficácia para a coordenação, porque o falante, com a sua pretensão de validade, assume *uno actu* uma garantia suficiente e digna de fé de que a pretensão levantada poderá eventualmente ser resgatada através de razões adequadas" (1997, p. 37).

Ante essa situação, o procurador do impugnado dirigiu-se aos membros do Tribunal com a certeza de que teria que erigir o seu paradigma discursivo a partir das lições de Habermas em relação às ações das pessoas. Para ele (HABERMAS, 1997, p. 40), as condutas humanas são coordenadas pela linguagem, e os consensos constituem o espaço de concretização dessas ações<sup>228</sup>:

Nessa linha de raciocínio, tratou de reconstruir empiricamente um auditório ideal – mesmo este sendo sensível –, por desconhecer as opiniões dos membros do TRE-Bahia na referida matéria. Aduziu como características desse auditório, em termos hermenêuticos, uma postura advinda dos estudos clássicos acerca da disciplina. Já houvera procedido de maneira similar em relação ao juízo de 1º instância.

Manteve uma conduta linear na construção da linguagem das petições escritas no processo. Em resumo, colocou-se na posição de *orador* (PERELMAN & OLBRECHTS-TYTECA, 2000) e utilizou os mesmos conceitos hermenêuticos anteriormente manuseados, visto que estes já estavam consolidados à linguagem utilizada pela *comunidade jurídica* (auditório empírico), ali representada pelos juízes componentes do Tribunal Regional Eleitoral (auditório sensível).

Ressaltou os argumentos inferidos na defesa com *veemência técnica*<sup>229</sup>, visando estabelecer, através da sustentação, uma pretensão de verdade hermenêutica a ser dada ao caso, como se realmente existisse espaço sistêmico para uma única *decisão correta*<sup>230</sup>. Essa é premissa básica de toda e qualquer teoria do discurso jurídico racionalmente estruturada. Por si só ele tem de se interpor monoliticamente em relação

"A motivação racional para o acordo, que se apóia sobre o "poder dizer não", tem certamente a vantagem de uma estabilização *não-violenta* de expectativas de comportamento. Todavia, o alto risco de dissenso, alimentado a cada passo através de experiências, portanto através de contingências repletas de surpresas, tornaria a integração social através do uso da linguagem orientado pelo entendimento inteiramente implausível, se o agir comunicativo não estivesse embutido em contextos do mundo da vida, os quais fornecem apoio através de um maciço pano de fundo consensual".

-

<sup>&</sup>lt;sup>229</sup> Discurso incisivo permeado pela utilização de conceitos técnicos. Oratória que dispensa a retórica laureada de adjetivações, comum no meio jurídico.

<sup>&</sup>lt;sup>230</sup> Com esteio nesta conclusão, ensina Larenz (1997, p. 443):

<sup>&</sup>quot;Se bem que toda e qualquer interpretação, devida a um tribunal ou à ciência do Direito, encerre necessariamente a pretensão de ser uma interpretação «correta» no sentido de conhecimento adequado, apoiado em razões compreensíveis, não existe, no entanto, uma interpretação «absolutamente correta», no sentido de que seja tanto definitiva, como válida para todas as épocas. Nunca é definitiva, porque a variedade inabarcável e a permanente mutação das relações de vida colocam aquele que aplica a norma constantemente perante novas questões. Tão-pouco pode ser válida em definitivo, porque a interpretação, como ainda haveremos de ver, tem sempre uma referência de sentido à totalidade do ordenamento jurídico respectivo e às pautas de valoração que lhe são subjacentes".

às demais construções e deve referendar uma única verdade: a sua própria verdade. Esta característica impossibilita que os discursos jurídicos sejam estudados no âmbito da compreensão, já que este não permite a subsistência da idéia de univocidade das razões.

Para que o discurso pudesse ser aceito pelos juízes do TRE-Bahia, o procurador do impugnado utilizou um expediente quase marginal do ponto de vista da epistemologia pós-moderna e suas implicações hermenêuticas. Subverteu ontologicamente a idéia de senso comum, opondo-a ao conhecimento científico, na tentativa de restabelecer a relação maniqueísta construída na modernidade: a ciência equivale ao conhecimento verdadeiro e o senso comum é fruto de ilações e crendices sem qualquer nexo com a veracidade trazida nos fatos.

Contra-argumentou ao Procurador Regional Eleitoral, aduzindo que o seu discurso estava assentado na afirmação crédula, acrítica e imediatista (DEMO, 1985, p. 30) de subtender que o médico possui uma vantagem eleitoral imanente, em relação aos demais candidatos, simplesmente por ser médico. Em síntese, desqualificou o discurso do representante do Ministério Público Federal por necessidade argumentativa, dizendo que não poderia ser aceito em função de suas pretensões de validade estarem erigidas sob a epígrafe de uma forma de convivência e relacionamento incapaz de se coadunar às necessidades racionais de construção do conhecimento moderno.

Ocorre que o discurso jurídico do procurador do impugnado também foi produzido sob a modulação dos parâmetros soerguidos pelo senso comum. O discurso, para ser aceito pelo auditório ao qual o mesmo é dirigido, deve ser moldado para se enquadrar nos paradigmas de validade existentes na comunidade que o julgará. O ato de convencimento de alguém está intrinsecamente ligado ao senso comum, sem que nenhum distúrbio concreto venha a ser acarretado por essa relação.

Longe de ser um conhecimento estático e conservador, como descreve a modernidade, o senso comum é o resultado das reflexões de um povo sobre um fenômeno, que se cristaliza com o tempo e se legitima na tradição mantida pelas gerações sucedâneas (GEERTZ, 2000, p. 111-141). Como bem relata Santos (1989, p. 31-69), o senso comum advindo de culturas que conseguiram resolver os problemas fundamentais da modernidade está longe de poder ser considerado um conhecimento conservador. Ao

contrário, se aproxima de uma perspectiva libertária e paradigmática. Eis algo não discursado na sustentação, mas que, efetivamente, é defendido nesta dissertação.

Outro aspecto controvertido do discurso jurídico do procurador do impugnado neste julgamento deu-se quando se valeu de termos lingüísticos como *interpretação restritiva* e *interpretação extensiva* fora do escopo de seus verdadeiros significados semânticos. Interpretações restritivas ou extensivas somente existem se precedidas de *interpretações paramétricas*, pois se tratam de conceitos relacionais. São qualificações fornecidas a discursos mais ou menos abrangentes no seu espectro de *eficácia tópica ou grau de interatividade*<sup>231</sup>.

Acontece que o aferimento da impossibilidade de ser fornecida uma interpretação extensiva a um dispositivo legal que em tese se colocaria como exceção à realização do direito ao exercício da liberdade profissional (art. 5°, inciso XIII da CF/88). O problema é que, em momento algum, foi exteriorizado qual seria a interpretação paramétrica, não podendo concluir, portanto, que a interpretação fornecida pelo Procurador Regional Eleitoral era extensiva.

Enfim, não foi finalizada a criação do discurso jurídico-normativo a partir do discurso jurídico-enunciativo proveniente da combinação entre o art. 5°, inciso XIII da CF/88 e o art. 1°, inciso II, alínea "1" da LC 64/90<sup>232</sup>. A mera sustentação implícita que a associação entre a literalidade de ambos os dispositivos legais acima citados geraria um discurso normativo em si mesmo é absolutamente equivocado na tese aqui desenvolvida.

TT.\*1\*

<sup>&</sup>lt;sup>231</sup> Utiliza-se o conceito de *eficácia tópica* ou *grau de interatividade* em substituição ao conceito de aplicabilidade. Como foi aduzi no tópico 3.2, nesta dissertação não é acatada a noção de que o *discurso jurídico-normativo* seja aplicado a um *fato concreto*. A construção do fato concreto é parte do *discurso jurídico-normativo*.

<sup>&</sup>lt;sup>232</sup> O problema da verificação dessas duas modalidades de interpretação jurídica foi constatado por Savigny desde o século XIX, em relação ao parâmetro interpretativo na sua visão: a literalidade da lei (apud LARENZ, 1997, p. 11/12):

<sup>&</sup>quot;Significativa do rumo «positivista-legalista» que é próprio dos primeiros escrito de SAVIGNY é a sua rejeição do que ele chama de interpretação «extensiva» e « restritiva». Entende ele por isso uma interpretação ampliadora ou limitadora da letra lei, de acordo, naturalmente, com o fim ou com a razão de ser da lei. Só que este fim ou razão – afirma SAVIGNY – não faz parte, por via de regra, do conteúdo da norma: por conseguinte, tem de ser «encontrado e aposto artificialmente» pelo intérprete".

Posteriormente, Savigny reviu seus postulados teóricos, acatando a possibilidade de estas interpretações serem implementadas para a retificação de uma expressão defeituosa (apud LARENZ, 1997, p. 17).

Ao invés de apresentar uma interpretação paramétrica, trabalhou, o orador, com a possibilidade de que a mesma já estaria enraizada ao senso comum jurisdicional do TRE-Bahia. Tal procedimento foi adotado em virtude da impossibilidade de equacionar o tempo de exposição oral da tese com a explicação de todos os seus pressupostos. Destarte, não conseguiria explicar os mecanismos pelos quais são formadas interpretações extensivas ou restritivas, já que estas somente existem em face de outras interpretações, não podendo ser extraídas diretamente de um discurso jurídico-enunciativo.

No que diz respeito à idéia defendida pelo Procurador Regional Eleitoral, distúrbios hermenêuticos também podem ser constatados. Não existem interpretações *literais* ou *teleológicas*: o que efetivamente o jurista produz são *discursos normativos teleológicos*. Todo o discurso jurídico-normativo se apresenta como uma proposição teleológica, já que o padrão de organização do sistema cognitivo da modernidade e da pósmodernidade é assentado no *princípio da causalidade*, postulado intangível do pensamento racional clássico e da idéia de que as ações humanas em geral estão centradas no paradigma da teleologia. O que denominou de interpretação literal, na verdade, consiste num instrumento retórico que dá suporte a uma retórica teleológica, que serve de justificação racional a uma compreensão.

Por este breve exemplo, percebe-se que a doutrina e a jurisprudência chamam de metodologia de interpretação do direito o que, em verdade, consiste numa metodologia de argumentação do direito ou de produção do discurso jurídico normativo.

#### 4.2. Metodologia de produção dos discursos jurídicos normativos.

A metodologia sistêmica de interpretação dos enunciados jurídicos foi engendrada como uma teoria que possibilitaria ao jurista decidir os conflitos de interesses sem dispor da segurança exigida pela própria natureza da tarefa. Formulada originariamente por Friedrich K. von Savigny, foi batizada de *teoria de interpretação do sistema* (LARENZ, 1997, p. 15).

Até hoje é utilizada como uma tentativa de racionalizar, através da suposta dação de cientificidade<sup>233</sup>, a explicação do fenômeno da interpretação do direito. Na visão do seu

\_

<sup>&</sup>lt;sup>233</sup> Savigny não entendia a ciência pelo seu conceito positivista. Para ele, a ciência se assemelharia a uma arte; a uma atividade livre do espírito que cooperaria na criação do Direito. A peculiaridade de sua obra

criador (apud LARENZ, 1997, p. 09-19), o intérprete do direito teria como paradigma hermenêutico o sentido expresso na literalidade da lei pelo legislador. Deveria colocarse em espírito na posição do legislador, deixando que a lei brotasse novamente em seu pensamento. Para tanto, unificar-se-iam, como etapas de um mesmo processo, os quatro elementos de interpretação: gramatical, lógico, sistemático e histórico<sup>234</sup>.

Tais regras de interpretação unificadas, para Ferraz Junior (2001, p. 285), servem como conceitos de "concepções cripto-normativas (cripto = oculto)", formuladas como orientações sobre os objetos e os propósitos da interpretação. Justificariam um ou outro resultado previamente almejado pelo intérprete através do procedimento ínsito a cada método escolhido, certificando a cientificidade do processo de compreensão dos enunciados legislativos através da sua simples presença<sup>235</sup>.

O problema epistemológico da teoria de interpretação do sistema é encontrado na absoluta impossibilidade de ser ela considerada coerente à luz do paradigma fenomenológico adotado como premissa nesta dissertação. Na teoria da cognição de Santiago, eleita como ponto de partida epistemológico deste trabalho, a compreensão é proveniente de um processo cognitivo fenomenológico. Portanto, não pode ser entendido como se proviesse exclusivamente de uma atividade intelectiva, puramente racional e controlada metodologicamente. Não há espaço para o esse aforismo na teoria da interpretação aqui adotada.

consiste na associação que produz entre a verdade e o Direito. Para Savigny, há uma subordinação expressa dos enunciados da ciência do Direito ao conceito de verdade (apud LARENZ, 1997, p. 444).

<sup>&</sup>lt;sup>234</sup> Larenz (1997, p. 16/p. 450) explica que a estrutura teórica de Savigny, neste aspecto, sofreu algumas alterações. Num primeiro momento ele concebeu quatro espécies de interpretação (gramatical, histórica, teleológica e sistemática), e depois reformulou a sua teoria para abarcar estas quatro espécies como elementos interdependentes de um mesmo processo:

<sup>&</sup>quot;(...) não se trata de diferentes métodos de interpretação, como permanentemente se tem pensado, mas de pontos de vista metódicos que devem ser todos tomados em consideração para que o resultado da interpretação, como permanentemente tem se pensado, mas de pontos de vista metódicos que devem ser todos tomados em consideração para que o resultado da interpretação deva poder impor a pretensão de correção (no sentido de um enunciado adequado)".

<sup>&</sup>lt;sup>235</sup> Sobre o tema, Engisch (2001, p. 137/138) faz uma sensata síntese: "O tratado de Direito Civil de ENNECCERUS, que continua a ser um texto modelar, declara que a interpretação tem de partir do teor verbal da lei, o qual há-de ser posto a claro «tendo em conta as regras da gramática e desiganadamente o uso corrente da linguagem», tomando, porém, em particular consideração também os «modos de expressão técnico-jurídicas». Acrescenta, todavia, que além do teor verbal hão-de ser considerados: «a coerência interna do preceito, o lugar em que se encontra e as suas relações com outros preceitos», que resulta particularmente dos trabalhos preparatórios, e finalmente o «fim particular da lei ou do preceito em singular» (ou seja, a interpretação teleológica). A terminar, acentua-se ainda, porém, que também revela ou tem importância o *valor* do resultado, que o direito apenas é uma parte da cultura global e, por conseguinte, o preceito da lei deve, na dúvida, ser interpretado de modo a «ajustar-se o mais possível às exigências da nossa vida em sociedade e ao desenvolvimento de toda a nossa cultura» (o que, todavia, em minha opinião, pode ser incluído no conceito de interpretação teleológica)".

Todavia, mesmo não comportando as características uma teoria interpretativa, a metodologia de Savigny vem sendo utilizada na modernidade como justificativa da escolha de um discurso jurídico normativo pelos chamados "operadores do direito". Nestas condições, a menção a este fato é importante, já que, apesar de não ser eficaz na explicação do fenômeno da compreensão hermenêutica, vem sendo aduzida como infraestrutura retórica para a dação de vigor aos discursos jurídicos normativos produzidos na via jurisdicional, como ocorreu no julgamento do HC 82424, quando da fundamentação dos votos pelos ministros do STF.

Se bem observados, os votos dos ministros do STF são o reflexo de exteriorizações das respectivas compreensões de cada um sobre o processo em julgamento. Entretanto, por exigência do sistema jurídico moderno, a justificativa das compreensões externadas (argumentações) não podem ser fundadas em experiências pessoais; tradições familiares, sociais ou locais de cada um dos ministros; convicções filosóficas e religiosas; ou seja, elementos determinantes ao fenômeno da compreensão, que se consubstancia numa relação sujeito-sujeito.

Ao revés, os ministros teriam de se valer de uma falsa idéia de que suas convicções a respeito do caso encontrar-se-iam na verdade do fato ou na verdade do dispositivo legal correlato à solução do conflito de interesses. Esta assertiva gera a também falsa conclusão de que a interpretação jurídica se perfaz numa relação sujeito-objeto, nos moldes empiristas da ciência moderna, o que não corresponde aos paradigmas atuais do entendimento a respeito da cognição humana.

A metodologia clássica de Savigny se fez presente nos votos dos ministros Moreira Alves<sup>236</sup>, que utilizou a metodologia histórico-legislativa para a fundamentação do seu

<sup>&</sup>lt;sup>236</sup> "Para justificar juridicamente essa interpretação, em face inclusive da nossa realidade social sem qualquer conotação de atrocidade, vali-me de um critério lógico na exegese constitucional, que, nesse ponto, diferencia esta da interpretação das normas infraconstitucionais de direito público e privado. Com relação a essas normas infraconstitucionais, a partir do final do século XIX, quando sustentada tal posição por Josef Kohler, o que se interpreta é o que a norma diz (a mens legis) e não aquilo que, por meio dela, pretendeu dizer o legislador (a mens legislatoris) o que não é seguido na exegese de texto constitucional, que dá relevante importância ao elemento histórico do texto constitucional, e, portanto, ao que se pode extrair do que se discutiu na Assembléia Constituinte, especialmente quando entre a sua promulgação e o momento de sua aplicação não medeia longo espaço de tempo a permitir a denominada interpretação evolutiva em que se leva em consideração a mudança das condições sociais". (Trecho da confirmação do voto do Ministro Moreira Alves no Habeas Corpus nº 82424/RS, p. 08).

entendimento acerca do conceito de racismo, e Marco Aurélio<sup>237</sup>, que fez menção à metodologia histórico-sociológica para a justificação do seu voto. Já Maurício Correia se valeu da história bíblica do povo judeu para chegar erigir indagações e chegar à conclusão de que o crime de racismo seria adequado para a caracterização de conspurcação étnica aos judeus<sup>238</sup>.

Não existe metodologia racional que explique o processo de compreensão humana. A proposta erigida por Savigny e reproduzida pela doutrina e jurisprudência hodierna consiste numa metodologia de justificação racional da compreensão para fins de exteriorização de um discurso. Possibilita a aceitação do discurso jurídico normativo de decisão pela comunidade jurídica, pois comporta uma falsa idéia de objetividade, na qual estão assentados os paradigmas de racionalidade da ciência moderna.

A visão de integrar o negro na sociedade é tão presente em nossa cultura que, atualmente, discute-se com absoluta procedência a adoção de políticas afirmativas como medidas compensatórias das desigualdades políticas, econômicas e sociais existentes, colocando-se o peso da lei a favor da almejada igualdade. O Governo Federal chegou até a. criar uma secretaria para se debruçar em tais questões. Um livro preconceituoso contra os negros teria muito mais chance de representar uma ameaça real à dignidade daquele povo, porque no Brasil não seria difícil encontrar adeptos para tais pensamentos". (Trecho do voto do Ministro Marco Aurélio no Habeas Corpus nº 82424/RS, p. 36).

Há de perguntar-se qual a relação disso tudo com o presente julgamento?

Sei que a loucura de Hitler nada tem a ver com o caso em si - e não falo isso para situar-me nesse terreno. Estou apenas dizendo que o povo judeu foi estigmatizado. Nas casas e passaportes judaicos havia um J como sinal do indesejável, do proscrito. Veja-se o que esse povo sofreu e vem sofrendo até hoje

Pergunto: será que a Carta Federal, ao prescrever no inciso XLII do artigo 5º que "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei", só se refere à raça, de um modo geral, visto que quem inspirou essa cláusula foi o então deputado constituinte Caó, cuja preocupação, em grande parte, teria nascido da circunstância de ser negro?

Será que todos os constituintes votaram a disposição tão-só com esse desiderato? Ou haveria elastério maior para incluir, como no caso, discriminações tidas como de racismo contra outros segmentos da sociedade brasileira?" (Trecho do pedido de vistas do Ministro Maurício Correia no Habeas Corpus nº 82424/RS, p. 36).

<sup>&</sup>lt;sup>237</sup> "Nesses termos, seria mais facilmente defensável a idéia de restringir a liberdade de expressão se a questão deste habeas resvalasse para os problemas cruciais enfrentados no Brasil, como, por exemplo, o tema da integração do negro, do índio ou do nordestino na sociedade. Em relação a tais pontos, percebese claramente o preconceito arraigado em nossa comunidade, capaz de predispô-la a transformar em atos violentos de discriminação as idéias de intolerância lançadas eventualmente em um livro. O Brasil possui toda uma carga histórica de escravização dos negros e dos índios, bem como infelizes episódios nos quais se cultivara, especialmente por grupos discriminatórios da região sul, um ódio aos nordestinos, o que chegou até mesmo a dar ensejo a uma ridícula e absurda proposta separatista.

<sup>&</sup>lt;sup>238</sup> "Se formos catalogar todo o sofrimento dos judeus desde a época em que Abraão saiu de Ur até hoje, presenciaremos repetidos fatos - amargos e terríveis - que denegriram a história, humilhando e martirizando não uma raça - salvo as tresloucadas concepções de Hitler e de seus asseclas -, mas um povo. E a mais dura quadra, a mais :riste, a mais cruel, aquela que nos deixou marcados para o resto da vida foi a da Segunda Guerra Mundial, em que seis milhões de judeus foram mortos, exterminados nos campos de concentração de Auschwitz, de Dachau e em tantos outros. Antes, porém, experiências sem nenhum sentido científico utilizaram esses seres humanos como cobaias vivas, legando a alguns sobreviventes, a seus amigos e familiares, e à humanidade como um todo lúgubres memórias e marcas indeléveis de dor e de aflicão.

# 5. A distinção entre princípios e regras como exemplo de rompimento do paradigma da identidade pela teoria dos discursos jurídicos.

A distinção das espécies de normas que ajudam a compor os significados do sistema jurídico não é de simples esmerilagem. Canotilho (1998, p. 1086)<sup>239</sup> entende os *princípios* e as *regras* como corpos jurídico-normativos diferenciados a partir de apreensões diversas de categorias analíticas.

Substancialmente, não é possível vislumbrar diferenças significativas entre as duas categorias normativas: ambas são provenientes da necessidade de resguardar ou alcançar os bens jurídicos fundamentais (valores) para o desenvolvimento de uma sociedade. Formalmente, se apresentam no sistema jurídico sob vestes diversas.

Os princípios constituem os enunciados de valor (objetivos, fins) do sistema e as regras são os arcabouços escultores de condutas específicas e direcionadas que venham propiciar um espaço de realização dos fins traçados pelos princípios<sup>240</sup>. A definição categórica de uma regra ou de um princípio exige mais que um processo de obtenção dos anseios essenciais da estrutura do sistema.

Sem sombra de dúvidas, a lição de Canotilho (1998) acerca da diferenciação entre princípios e regras é um dos fundamentos mais sólidos de toda a esfera de conhecimento jurídico-sistemático da metódica jurídica hodierna. Mas, como todo o conhecimento que se pretenda científico, tem de ser exposto a relativizações advindas do processo ínsito de falseabilidade (POPPER, 2000), não se pode dizer que subsistam graves falhas na teoria erigida pelo professor português, no entanto ela é incompleta à luz do que se pretende sobrelevar neste trabalho dissertativo.

O critério fundamental de diferenciação entre princípios e regras constitucionais se perfaz pela idéia de genealogia normativa. É a mais importante contribuição de Canotilho (1998, p. 1087) ao presente texto. Consoante o explicitado no tópico 8 do capítulo III, significa dizer: toda a regra é depreendida de um princípio, existindo entre ambos uma *interdependência genética* ou *interconstituição*, explicitada nos processos abstrato e concreto de produção do significado normativo do sistema jurídico.

-

<sup>&</sup>lt;sup>239</sup> Grau de Abstração, grau de determinabilidade, caráter de fundamentalidade, proximidade da idéia de direito e natureza normogenética (CANOTILHO, 1998, P. 1086).

<sup>&</sup>lt;sup>240</sup> Sobre a distinção dessas duas categorias epistemológicas, vide capítulo IV, tópico 8.

Desse critério decorrem os demais elencados pelo jurista português: grau de abstração (os princípios são mais abstratos que as regras); grau de determinabilidade (as regras são suscetíveis de aplicação direta enquanto os princípios precisam de uma intermediação interpretativa do juiz ou aplicador do Direito); grau de fundamentalidade (as regras se fundamentam nos princípios) e proximidade da idéia de Direito (os princípios estão mais radicados nas exigências de justiça que as regras). Trabalhar-se-á com os mencionados critérios, fazendo uma leitura crítica sobre todos.

A *interconstituição* existente entre princípios e regras não é só válida para a afirmação peremptória de que princípios dão origem às regras. Ao revés, contrariando em parte a teoria de Canotilho, entende-se que as regras também instrumentalizam a realização dos princípios, a partir de uma relação material de mútua dependência, dinamizada por meio de uma interação comensal.

Para serem eficazes na promoção da pacificação social, os significados normativos do sistema jurídico devem ser realizados em último grau de concreção através de uma prescrição de conduta a alguém, ou seja, pela imposição de uma regra jurídica. Nesta última assertiva reside a essência da distinção entre regras e princípios. Para evidenciála, é necessário partir de lugares comuns já consolidados epistemologicamente.

Sendo os princípios e as regras espécies de normas jurídicas, é necessário encontrar o elo epistemológico que os une num mesmo gênero. Neste trabalho, foi sustentada a tese que as normas são estruturas lingüísticas oriundas dos fatos jurídicos e dos valores, que se distinguem destes por serem erigidas sob a égide da linguagem do dever-ser.

Ora, sendo regras e princípios consubstanciados em seus significados como arcabouços lingüísticos de dever-ser é óbvio que ambos prescrevem condutas a serem realizadas. A diferença entre ambos encontra-se no fato de o princípio prescrever uma conduta de forma indireta e a regra de forma direta. Isto já foi evidenciado por outros autores, como Humberto Ávila (2003).

Ocorre que a categorização de dispositivos legais como princípios ou regras é variável de dispositivo a dispositivo, a depender do momento de produção do direito (abstrata ou concreta), assim acontece na diferenciação entre discursos jurídicos enunciativos e normativos.

A categorização de um dispositivo como princípio para o legislador não necessariamente irá identificá-lo na mesma categoria quando este for integrado a um discurso proveniente da interpretação de fatos sociais concretos. A concreção do direito pelo processo de *argumentação* pode alterar a identidade normativa de um dispositivo legal, fazendo com que princípios engendrados pelo legislador se transformem em regras (o que é mais comum) e vice-versa.

O *caput* art. 37 da CF/88, por exemplo, enuncia vários textos jurídicos, denominados pelo pela doutrina administrativa de princípios. Esta doutrina assim o fez, porque o legislador, no art. 37 da CF/88, apenas enunciou valores caros à administração pública, que deveriam nortear o processo de preservação do interesse público. Soa eles: princípio da legalidade; princípio da impessoalidade; princípio da moralidade; princípio da publicidade e princípio da eficiência.

Ao contrário do que se poderia pensar, o art. 37, caput da CF/88 não necessariamente será mantido na condição de princípio no processo hermenêutico-argumentativo de concreção do direito constitucional. Um dos valores enunciado por este mesmo dispositivo pode servir, no processo de construção dos discursos jurídicos normativos, como regra e não como princípio.

Imagina-se que um advogado vá ao prédio da Receita Federal de uma determinada localidade retirar um processo administrativo-fiscal e se depare com uma instrução normativa que traga os seguintes dizeres: "os autos dos processos administrativo-fiscais sob responsabilidade da Receita Federal não poderão ser retirados dos cartórios, devendo, o contribuinte, pagar uma taxa para que o serventuário público possa xerocopiar o processo".

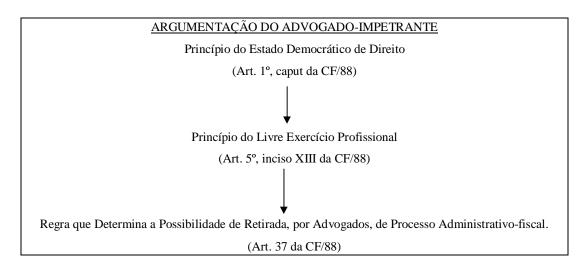
Então, solicitando a um servidor da Receita Federal a retirada dos autos do processo-administrativo fiscal, recebe o advogado a seguinte mensagem: "ninguém está autorizado a retirar quaisquer autos de processos-administrativos fiscais. Pode a parte, ou o seu representante legal, apenas solicitar que os autos sejam xerocopiados mediante o pagamento de uma taxa. Esta é a determinação constante em instrução normativa".

Observa-se que o servidor público construiu uma regra impositiva de uma obrigação de não-fazer ao advogado, sujeito passivo da determinação. Para tanto, obviamente, teve de associar o termo "contribuinte" – interpretação do signo componente do discurso

enunciativo — à condição substitutiva que o advogado exercia no momento do requerimento de carga dos autos — interpretação da situação fática. Poderia ter feito outra interpretação, crendo que o discurso jurídico enunciativo seria impassível de aplicação a profissionais do direito, tendo em vista as prerrogativas de função asseguradas por outros textos legais. Este segundo significado mudaria a regra produzida a partir do texto da instrução normativa, o que terminaria por conferir o direito de retirada dos autos do processo pelo advogado.

Insatisfeito com a negativa, o advogado requer uma certidão administrativa ao servidor público, obtendo a prova da ocorrência do evento. Como base no documento, impetra um mandado de segurança perante a Justiça Federal, pelo qual aduz: "(...) que o ato do servidor público violou direito líquido e certo de qualquer advogado, constituído sob procuração *ad judicia*, ter acesso aos autos de processo administrativo-fiscal, inclusive podendo retirá-los dos cartórios públicos, tendo em vista o *princípio da publicidade* dos atos administrativo esculpido no caput do art. 37 da CF/88; que tal princípio existe, no caso dos advogados, como um instrumento de prerrogativa de função, para a garantia do livre exercício profissional (art. 5°, inciso XIII da CF/88) e, por conseguinte, do Estado Democrático de Direito (caput do art. 1° da CF/88)".

Graficamente, a interpretação-argumentação do advogado poderia estar representada da maneira abaixo-epigrafada, a partir da concreção dos textos jurídicos que a compõem:



Observa-se que o advogado-impetrante do mandado de segurança construiu uma regra prescritiva de conduta do discurso jurídico enunciativo relativo à publicidade dos atos administrativos. Mesmo tendo sido enformado como princípio pelo constituinte

originário, na interpretação-argumentação da mencionada personagem, o dispositivo constitucional aparece como uma regra jurídica.

Na argumentação supra, princípios seriam: o livre exercício profissional e o Estado Democrático de Direito. Tal certificação advém do fato de que o advogado-impetrante não produziu nenhuma regra dos textos jurídicos constantes do caput do inciso XIII do art. 5º da CF/88 e do caput do art. 1º da CF/88, conforme análise de sua interpretação-argumentação jurídica.

Nessa interpretação-argumentação, o advogado-impetrante erigiu a regra da publicidade dos atos administrativos como instrumento de concreção dos princípios do livre exercício profissional (art. 5°, inciso XIII da CF/88) e do Estado Democrático de Direito (caput do art. 1° da CF/88). Ou seja, a regra jurídica produzida pelo advogado-impetrante foi o meio encontrado para que fosse possível concretizar os fins do livre exercício profissional e do Estado Democrático de Direito, caracterizando uma interrelação teleológica entre as normas no sistema interpretativo-argumentativo soerguido, na forma do gráfico que segue:

#### ARGUMENTAÇÃO DO ADVOGADO-IMPETRANTE

Princípio do Estado Democrático de Direito – oi Art. 1°, caput da CF/88)

(Fim)

↓
(Meio Informativo)

Princípio do Livre Exercício Profissional – Art. 5°, inciso XIII da CF/88



Regra que Determina a Impossibilidade de Retirada, por Advogados ou Cidadãos, de Autos dos Processos Administrativo-fiscais da Receita Federal – Art. 37 da CF/88.

Da interpretação-argumentação do advogado é perceptível que o fim maior é o Estado Democrático de Direito, colocado na condição de Princípio Fundamental. O meio informativo pelo qual o advogado-impetrante encontrou para associar o princípio do Estado Democrático de Direito à regra erigida por intermédio do texto jurídico trazido pelo art. 37 da CF/88 foi o princípio do livre exercício profissional que, neste caso, se coloca como princípio-meio ou informativo do Estado Democrático de Direito. Por fim, pela interpretação-argumentação do advogado-impetrante, a ação do servidor

administrativo estaria violando 03 normas constitucionais (uma regra e dois princípios), interligadas geneticamente (interconstituídos no processo de construção do discurso), concebidas a partir 03 diferentes dispositivos constitucionais.

Imaginando uma eventual resposta da autoridade coatora, pensa-se nos seguintes termos: "O caput do art. 37 da CF/88 é formado por princípios de natureza abstrata; não obstante o desconforto dos profissionais do direito, um princípio jurídico pode ser concretizado de diversas maneiras. Neste caso, entendeu por bem o Secretário da Receita Federal baixar uma instrução normativa que proíbe a retirada dos autos de processo administrativo-fiscal por advogados ou quaisquer outros cidadãos, tendo em vista as peculiaridades do processo administrativo-fiscal e o dever de zelo que compete a todos os servidores da Receita Federal, consoante regra esculpida pelo art. 116, inciso I da Lei 8.112/90".

Ao contrário da argumentação erigida pelo advogado-impetrante, na qual o texto jurídico da publicidade dos atos administrativos serve como regra; na interpretação-argumentação da autoridade coatora, o mesmo exerce a função de princípio constitucional, fim calcado pelas regras infra-ordenadas como meios de sua concreção, na forma gráfica que abaixo-exposta:

# ARGUMENTAÇÃO DA AUTORIDADE COATORA

Princípio da Publicidade dos Atos Administrativos

(Art. 37, caput da CF/88)

(Fim)

(Meio Informativo)

Regra que Impõe o Dever de Zelo dos Servidores da Receita Federal com os Processo Administrativosfiscais

(Art. 116, inciso I da Lei 8.112/90)

(Fim)
↓
(Meio de Concreção)

Regra que Determina a Impossibilidade de Retirada, por Advogados ou Cidadãos, de Autos dos Processos Administrativo-fiscais da Receita Federal (Instrução Normativa)

Na interpretação-argumentação apresentada sob informações ao fictício mandado de segurança, ao invés de dois princípios e uma regra, a autoridade coatora produziu um princípio e duas regras. Parte do enunciado do *caput* do art. 37 da CF/88, a que faz

referência à publicidade dos atos administrativos, é um fim posto sob a condição de princípio a ser concretizado pelas regras construídas a partir do texto art. 116, inciso I da Lei 8.112/90, e do texto da instrução normativa da Receita Federal.

Na interpretação-argumentação em apreço, a fictícia autoridade coatora construiu duas regras prescritivas de condutas, advindas de enunciados jurídicos diversos, sendo que o dever de zelo com os processos administrativos fiscais e a proibição de saída de seus autos seriam meios de concretização dos preceitos da administração pública, incluído, dentre eles, o princípio da publicidade administrativa.

A eleição do texto jurídico trazido pelo art. 37 da CF/88 para figurar na condição de princípio não foi aleatória. Cumpre dois objetivos retórico-argumentativos: desarticular a edificação feita pelo autor que o colocou na condição de regra e evitar que a regra depreendida da interpretação do texto da instrução normativa conflitasse com a interpretação-argumentação do advogado-impetrante.

Caso esta última hipótese vingasse, estaria concebida uma antinomia aparente, na qual prevaleceria, em função do critério hierárquico de solução, a norma constitucional construída pelo autor. Advogando pela caracterização principiológica do texto jurídico concernente à publicidade dos atos administrativos (art. 37 da CF/88), as informações – caso esta seja a posição aceita pelo órgão julgador – evitariam que houvesse tal antinomia, vez que inexistem conflitos entre regras e princípios, pelo fato de aquelas serem concreções destes.

Nesse caso, o conflito seria afastado, devendo prevalecer a única regra capaz de conferir densidade ao princípio jurídico trazido pelo texto do art. 37 da CF/88: a interpretação da instrução normativa no sentido de proibir que advogados retirem os autos de processo administrativo-fiscal dos órgãos da Receita Federal.

Como bem leciona Grau (2002, p. 174), princípios e regras jamais conflitam, pois estas operam na concreção daqueles. Mesmo no confronto de dois princípios, como no caso anteposto (livre exercício profissional x publicidade dos atos administrativos), a solução se daria pelas regras e não pelos mesmos. Ou seja, deveria ser afastada a interpretação-argumentação do impetrante em face do texto jurídico do art. 37 da CF/88 ou a interpretação-argumentação da autoridade coatora em face da instrução normativa.

Todavia, a própria feição dos princípios o coloca como estruturas híbridas, exatamente por comportarem regras diversas que os congreguem aos fatos.

Mas se ao invés de limitar o campo interpretativo-argumentativo na esteira descrita acima, a autoridade coatora tivesse elencado como princípio fundamental de construção da sua cadeia o Estado Democrático de Direito, ter-se-ia a seguinte argumentação: "O caput do art. 37 da CF/88 é formado por princípios de natureza abstrata; não obstante o desconforto dos profissionais do Direito, um princípio jurídico pode ser concretizado de diversas maneiras. Neste caso, entendeu por bem o Secretário da Receita Federal baixar uma instrução normativa que proíbe a retirada dos autos de processo administrativo-fiscal por advogados ou quaisquer outros cidadãos, tendo em vista as peculiaridades do processo administrativo-fiscal e o dever de zelo que compete a todos os servidores da Receita Federal, consoante regra esculpida pelo art. 116, inciso I da Lei 8.112/90. Tal medida foi erigida para preservar a segurança jurídica e o Estado Democrático de Direito". Graficamente, poder-se-ia representar da forma que segue o argumento da autoridade mencionada:

# ARGUMENTAÇÃO DA AUTORIDADE COATORA

Princípio do Estado Democrático de Direito

(Art. 1°, caput da CF/88)

(Fim)

(Meio Informativo)

Princípio da Publicidade dos Atos Administrativos

(Art. 37, caput da CF/88)

(Fim)

(Meio Informativo)

Regra que Impõe o Dever de Zelo dos Servidores da Receita Federal com os Processo Administrativosfiscais

(Art. 116, inciso I da Lei 8.112/90)

(Fim)

(Meio de Concreção)

Regra que Determina a Impossibilidade de Retirada, por Advogados ou Cidadãos, de Autos dos Processos Administrativo-fiscais da Receita Federal (Instrução Normativa)

Nessa argumentação, a autoridade coatora vale-se, da mesma forma que o advogadoimpetrante, do princípio do Estado Democrático de Direito. Para ambos, o Estado Democrático de Direito, em extrema *ratio*, pode ser encontrado na preservação do livre exercício da profissão e da segurança conferida pela impossibilidade de retirada dos processos administrativo-fiscais.

O aludido fenômeno é dos mais complexos no direito. A bem da verdade, o discurso jurídico enunciativo é o mesmo (Estado Democrático de Direito – art. 1°, *caput* da CF/88), mas os princípios e os valores que os sopesam não. Enquanto de um lado o advogado-impetrante faz uma defesa fundada em dos valores fundamentais dos direitos da Comunidade ou sociedade civil, a liberdade; do outro, a autoridade coatora trabalha sob a perspectiva de um dos valores essenciais à mantença da soberania do Estado, a segurança.

Significa dizer que, mesmo não sendo convertido em regra, o princípio do Estado Democrático de Direito, por ser uma estrutura andrógina, foi imprescindível para aclarar os valores que subsidiam as argumentações: liberdade e segurança. Este constitui outro papel a ser cumprido pelos princípios: além de darem origem às regras, propiciam a aplicação da chamada jurisprudência dos valores (LARENZ, 1997), que pode auxiliar fundamentalmente a ponderação de opções argumentativas, no plano do juízo de convencimento das partes e dos órgãos julgadores<sup>241</sup>.

#### 6. O fenômeno da inconstitucionalidade na teoria dos discursos jurídicos.

O conceito clássico atribuído ao fenômeno da inconstitucionalidade advém da constatação de que normas jurídicas trazidas pelo texto constitucional podem conflitar com normas infraconstitucionais, provenientes de emendas; leis ordinárias e complementares; atos normativos em geral e até regulamentos.

Como constata Silva<sup>242</sup>, a inconstitucionalidade das leis<sup>243</sup> tem como fundamento a existência de uma hierarquia formal entre o texto da Constituição e demais atos

<sup>242</sup> "A inconstitucionalidade tem como fundamento o fato de que do princípio da supremacia da constituição resulta a compatibilidade vertical das normas da ordenação

<sup>&</sup>lt;sup>241</sup> Larenz (1997, p. 623) enuncia com clareza esta função dos princípios, quando diz que "(...) estão mais ou menos concretizados na regulação dada, mas que precisam ainda de ser concretizados, representam elementos de um «sistema interno», que tem por missão tornar visível e pôr em evidência a unidade valorativa interna do ordenamento".

normativos abstratos e atos jurídicos concretos infraconstitucionais. Entretanto, esta hierarquia formal não obsta o choque também material entre as normas constitucionais e as normas provenientes da legislação infraconstitucional, como bem constata Baracho (1984, p. 157)<sup>244</sup>.

A supremacia formal da Constituição, em relação aos demais discursos jurídicos no sistema, consiste no axioma epistemológico que fornece suporte à teoria constitucional. Enuncia a necessidade de todos os atos e as normas jurídicas infraconstitucionais guardarem compatibilidade semântica com o texto da Constituição de um Estado.

Visa a garantir a unidade e a coerência entre os discursos normativos produzidos no sistema jurídico, características fundamentais à manutenção da sua estabilidade, no resguardo do mito da segurança jurídica enquanto princípio basilar de toda a estrutura do direito a partir do engendro e implantação do projeto da modernidade<sup>245</sup>.

Ocorre que a inconstitucionalidade não é um fenômeno cujo estudo pode ser realizado de forma simplificada supradescrita. O tema não é mais exaurido com a facilidade de outrora, pela adoção da racionalidade linear e dos pressupostos da teoria analítica.

A questão em pauta hoje é cingida à transição paradigmática da teoria da norma jurídica. Esta, definitivamente, migrou do campo da ciência pura nos moldes analíticos de Kelsen para o tortuoso, mas fascinante, espectro da hermenêutica filosófica, principalmente sob a insigne da fenomenologia e das teorias da linguagem.

jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a Constituição. As que não forem compatíveis com elas são inválidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores" (2002, p. 157).

<sup>&</sup>lt;sup>243</sup> Entenda-se o vocábulo "lei" em sentido material, ou seja, englobando também os atos normativos federais, estaduais, distritais e municipais, de todos os poderes do Estado e seus órgãos auxiliares.

<sup>&</sup>lt;sup>244</sup> "Esse raciocínio leva à conclusão de que as leis ordinárias devem ser formal e materialmente ajustadas à Constituição. Todas as regras de Direito inferiores ao texto maior e todos os atos que lhe dão nascimento ou os modificam estão submetidos ao principio da constitucionalidade. O controle de constitucionalidade é a verificação, por uma autoridade competente, se o princípio da constitucionalidade foi respeitado, tendo como sanção a possibilidade de anular ou paralisar o ato inconstitucional".

<sup>&</sup>lt;sup>245</sup> Na axiologia do direito, pode-se que a supremacia constitucional consolida um princípio informativo da própria segurança jurídica. Além de deter a finalidade supra-aludida, resguarda o texto constitucional das tempestades causadas pelo espírito casuístico e por vezes avassalador que impulsiona a ação legiferante de muitos parlamentos espalhados mundo afora. Nesse sentido, é identicamente expresso nos limites à reforma constitucional, presentes em sistemas rígidos, como o brasileiro.

A inconstitucionalidade deixa de ser entendida como um dado *a priori*, imanente à natureza da norma, e passa a ser compreendida como um fenômeno da interpretação jurídica, incidente no processo de compreensão e também de argumentação do direito. Utilizando os conceitos trabalhados no capítulo IV, certifica-se que o fenômeno da inconstitucionalidade das leis não é resultado de conflitos entre discursos jurídicos enunciativos, como se textos legais pudessem conflitar entre si.

Para a verificação da inconstitucionalidade é imprescindível a construção de discursos jurídicos normativos em espaços propícios a debates de cunho dialético que possam propiciar diferentes entendimentos acerca do significado atribuído a dispositivos do texto constitucional e a dispositivos infraconstitucionais, que poderiam ou não justificar a existência de um conflito normativo.

Em suma, a inconstitucionalidade não mais pode ser compreendida como a verificação de uma incompatibilidade normativa numa relação estanque de análise do sujeito (jurista) em relação a um objeto posto (conflito entre textos). A inconstitucionalidade, assim como a norma jurídica, não pode ser *identificada* ou *desvendada*, nos termos da teoria da moldura de Kelsen (2000). A norma jurídica e, portanto, o conflito entre normas jurídicas são fenômenos *produzidos* pelo jurista que devem estar adequados logicamente a situações de resolução de conflitos de interesses.

A inconstitucionalidade é um fenômeno hermenêutico por excelência, podendo ocorrer sempre que um jurista tenha de atribuir um modelo de decisão a um conflito de interesses, subjacente às relações mantidas no âmbito inter e trans-subjetivo dos seres humanos. Inconstitucionalidade, destarte, não advém de um conflito puro e simples de textos como algo que possa ser constatado nos moldes da investigação científica clássica: provem de uma incompatibilidade entre discursos jurídicos normativos utilizados para decidir casos concretos e propiciar a pacificação social.

O próprio direito positivo, no art. 28, parágrafo único da Lei 9.868/99, reconhece que a inconstitucionalidade pode ser manipulada pelo Supremo Tribunal Federal. Hoje, o STF, no julgamento de ações concernentes ao controle abstrato de constitucionalidade, tem o poder-dever de permitir que dispositivos aparentemente inconstitucionais permaneçam no ordenamento jurídico a partir da extração ou atribuição de significados

a estes, cujo resultado do ato interpretativo propicie a prevalência da harmonia na compatibilidade dos mesmos com o texto constitucional.

A possibilidade de prolação de *sentenças interpretativas* (STRECK, 2004) através dos mecanismos hermenêuticos da *interpretação conforme a Constituição* e da *declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto*, ratificam a tese de que o fenômeno da inconstitucionalidade não pode ser compreendido, em sua inteira complexidade, pelos moldes da epistemologia analítica sem que se perpasse pelos novos paradigmas da filosofia hermenêutica nos parâmetros das teorias da linguagem.

Nesta dissertação adotou-se o entendimento de que as normas jurídicas, tanto em sentido abstrato quanto em sentido concreto, são resultantes do processo de interpretação, mais precisamente da fase de *argumentação* jurídica, fase posterior à compreensão.

Como é possível perceber pela simples observação do gráfico 5-1<sup>246</sup>, as decisões valorativas têm papel fundamental no processo de produção abstrata e no processo de construção concreta do direito. Em verdade, é em decorrência da amálgama de valores que substanciam a produção abstrata e concreta do direito que é possível verificar o fenômeno do conflito de normas e, portanto, da inconstitucionalidade de atos e dispositivos normativos.

Como pano de fundo da maioria dos conflitos de normas num ordenamento jurídico hierarquizado subsistem conflitos entre valores, objetivos consagrados pelo sistema. Desta constatação é que surge um dos grandes problemas da epistemologia jurídica hodierna, já que a solução dos conflitos, por ser eminentemente hermenêutica, acaba por tender a um ou outro valor em jogo no momento de construção da norma decisória do controle de constitucionalidade, sendo que ambos podem ser igualmente consagrados pelo sistema constitucional.

Esse fenômeno não só circunda o conflito entre dispositivos normativos em planos hierárquicos distintos, como também no próprio sistema constitucional. É o que a doutrina e jurisprudência brasileira convencionou denominar de colisão de direitos, fenômeno que deveria ser resolvido por ponderação de interesses, já que um princípio

<sup>&</sup>lt;sup>246</sup> Vide p. 147.

não poderia ser sacrificado em detrimento de outro e sim, tão-somente, ter sua aplicabilidade afastada ante um caso concreto.

Exemplo de colisão de direitos no âmbito da Constituição ocorreu no julgamento do HC 82424, analisado detidamente no capítulo IV desta dissertação. No caso estavam conflitando dois bem jurídicos (valores) tutelados pelo sistema constitucional pátrio: a liberdade de manifestação (art. 5°, inciso IV) e a igualdade étnica e racial (art. 3°, inciso IV)<sup>247</sup>.

CAPÍTULO VI

EFEITO REFLEXO CONSTITUCIONAL

<sup>&</sup>lt;sup>247</sup> Vide capítulo I, tópico 4.5.

# 1. A emenda constitucional nº 03/1993.

Em 17 de março de 1993, com a promulgação da emenda constitucional nº 03, o controle jurisdicional de constitucionalidade abstrato sofreu alterações que iniciaram um processo contínuo de mutação do próprio sistema de produção abstrata do direito no Brasil. Ao contrário do que seria possível crer, à época, não se tratou apenas de uma mudança do texto constitucional para introduzir novidades processuais no controle de constitucionalidade. A partir da promulgação desta emenda, a estrutura do sistema jurídico brasileiro foi substancialmente alterada, restando investigar se, com estas transformações, o padrão de organização do sistema também foi modificado.

Com vigência da emenda constitucional nº 03/1993, foi criada a competência do Supremo Tribunal Federal para declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade, pela ação declaratória de constitucionalidade, introduzida no art. 102, inciso I da CF/88, no qual já figurava a competência para o julgamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidades.

Além disso, ao rol de competências do Supremo Tribunal Federal foi acrescida a possibilidade de apreciar as argüições de descumprimento de preceito fundamental na forma da lei, introduzida no art. 102, § 1º da CF/88.

Mas, como certeza, a mais significativa alteração do texto constitucional pela emenda supracitada foi a dação de *efeito vinculante* às decisões declaratórias de constitucionalidade, o qual consubstanciou uma hierarquia definitiva entre o controle difuso e o controle concentrado, na qual devem prevalecer as decisões deste. A partir dessa alteração do texto constitucional, os demais órgãos do poder judiciário deveriam se submeter às decisões de declaratórias de constitucionalidade das leis e atos normativos federais, nos termos da redação fornecida ao art. 102, § 2º da CF/88248.

# 1.1. Ação declaratória de constitucionalidade: início de uma nova era.

<sup>&</sup>lt;sup>248</sup> Vale ressaltar que a redação desse artigo foi alterada novamente com o advento da emenda constitucional nº 45/04, a qual estendeu o efeito vinculante às declarações de inconstitucionalidade em sede de controle jurisdicional abstrato.

Muita controvérsia doutrinária foi gerada em razão da criação da ação declaratória de constitucionalidade. Idealizada pelo jurista Ives Gandra Martins como contra-proposta à idéia de o Governo Collor reeditar a ação avocatória criada pela emenda constitucional nº 07/77, foi renegada após a promulgação da emenda 03/93, em razão do desvirtuamento da sua proposta original. Não foram poucos os juristas que propugnaram em suas obras pela inconstitucionalidade parcial da emenda constitucional, no que se refere ao dispositivo legislativo que engendrou o mencionado mecanismo processual.

Vários argumentos contrários à criação de mecanismo processual foram desenvolvidos pela doutrina. Um dos mais contundentes refere-se ao fato de a ação declaratória de constitucionalidade inexistir na legislação extravagante, como chama a atenção Streck (2004, p. 570), o que traria um grau de incerteza jurídica à sua adoção em caráter experimental pelo sistema brasileiro.

Como o modelo de controle abstrato de constitucionalidade brasileiro é inspirado nos sistemas português e alemão, causou consternação a alguns juristas o fato de o poder legislativo brasileiro ter se arvorado e criado um instrumento ainda não conhecido em países de maior tradição no exercício do controle da constitucionalidade das leis, o que, de fato, consistia numa desconfiança a ser relevada.

A grande questão discutida, à época, girava em torno das implicações trazidas pela possibilidade de o STF declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal que, em tese, já nasceria com presunção de constitucionalidade.

Dizia-se que a improcedência no mérito, das ações diretas de inconstitucionalidade, não possuiria qualquer repercussão no ordenamento jurídico, como ressaltou Gilmar Ferreira Mendes, fazendo menção à doutrina de Theodor Maunz e Reinhold Zippelius<sup>249</sup>. Na sua opinião (MENDES, 1999, p. 253), a declaração de nulidade importava na cassação da lei, não dispondo a declaração de constitucionalidade de efeito análogo, pois a validade da lei não dependeria de declaração judicial e a lei vige, após a decisão, tal como vigorava anteriormente.

Com o passar do tempo, as preocupações dos juristas contrários à adoção da ADC no controle abstrato de constitucionalidade foram se confirmando. Ao contrário do que os defensores da ADC diziam, as decisões de mérito da ADC começariam a ter

<sup>&</sup>lt;sup>249</sup> Maunz, Theodor & Zippelius, Reinhold. *Deutsches Staatsrecht* 26 ed. Revista. Munique, 1985.

repercussões junto ao ordenamento jurídico brasileiro, ao ponto esta ser alcunhada de "ADIN de sinal trocado", designação que enaltece a tese de ambivalência entre as duas ações.

No julgamento da questão de ordem suscitada pelo Ministro Moreira Alves na ADC nº 01, o STF já indicava que adotaria jurisprudência no sentido de confirmar os temores de parte dos juristas brasileiros. Fatalmente esta nova ferramenta de fiscalização abstrata seria utilizada para restringir a utilização do controle difuso de constitucionalidade, como realmente foi.

A questão central cinge-se aos efeitos que possuiriam tal decisão. Para que a ADC tivesse funcionalidade sistêmica, ou seja, cumprisse seu papel, seria necessário que todos os demais órgãos do poder judiciário se eximissem de declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de dispositivos infraconstitucionais, sob pena inocuidade da ação. Para garantir essa segurança jurídica, foi implantado no sistema brasileiro o *efeito vinculante*.

# 1.2. Efeito vinculante: pressuposto do efeito reflexo.

Antes do advento da EC/03-93, era praticamente consenso na doutrina e jurisprudência que as decisões prolatadas em sede de controle abstrato de constitucionalidade possuíam dois efeitos: um no *tempo* e outro no *espaço*.

No tempo, as declarações de inconstitucionalidade possuíam efeito retroativo ou *ex tunc*, tendo em vista o entendimento de que a inconstitucionalidade, material ou formal, sempre seria caracterizada por ser um vício endógeno à norma incompatível com a Constituição ou *ab initio*.

No espaço, as decisões em sede de ação direta de inconstitucionalidade possuiriam – como até hoje possuem – efeito *erga omnes* ou eficácia geral, cujo significado consiste na submissão de toda a coletividade ao império da decisão prolatada pelo STF, no concernente ao dispositivo do acórdão.

Aparentemente o *efeito vinculante*, introduzido pela EC 03/93, estendido às decisões declaratórias de inconstitucionalidade pelo art. 28, parágrafo único da Lei 9.868/99<sup>250</sup> e ratificado pela EC 45/05<sup>251</sup>, nada de novo traria ao mecanismo de fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis, tendo em vista o fato de as declarações de inconstitucionalidade já serem dotadas de eficácia *erga omnes*. Ocorre que o *efeito vinculante* não se confunde com o efeito *erga omnes*, sendo suas conseqüências bastante distintas.

Na visão de Martins e Mendes (2005, p. 532), tendo como base os fundamentos utilizados pelo ex-deputado Roberto Campos como justificativa da proposta de emenda constitucional nº 130 que deu origem o efeito *erga omnes* se refere à parte dispositiva do julgado, obstando que a questão seja submetida mais de uma vez junto ao Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade<sup>252</sup>, enquanto o efeito vinculante se refere aos fundamentos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade ou constitucionalidade em sede de controle abstrato (MARTINS & MENDES, 2005, 541-543).Esta posição, todavia, não é unânime dentre os pesquisadores da matéria.

No direito português, por exemplo, o efeito *erga omnes* abarca a idéia de vinculatividade, inexistindo tal distinção (MEDEIROS, 1999, p. 800-802)<sup>253</sup>. Já Cruz

<sup>250</sup> "Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em sessão especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforma a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal".

"As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)"

<sup>&</sup>lt;sup>251</sup> Art. 102, § 2° da CF/88:

<sup>&</sup>lt;sup>252</sup> "Parece assente, entre nós, orientação segundo a qual a eficácia *erga omnes* da decisão do Supremo Tribunal Federal se refere à parte dispositiva do julgado.

Se o Supremo chegar à conclusão de que a lei questionada é constitucional, haverá de afirmar expressamente a sua constitucionalidade, julgando procedente a ADC proposta. Da mesma forma, se afirmar a improcedência da ADIn, deverá o Tribunal declarar a constitucionalidade da lei que se queira ver ver declarada inconstitucional.

Do prisma estritamente processual, a eficácia *erga omnes* obsta, em primeiro plano, que a questão seja submetida uma vez mais ao Supremo Tribunal Federal".

(2004, p. 257)<sup>254</sup> não entende como pacífica a tese de que deva existir efeito vinculante em relação aos fundamentos dos acórdãos em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Para o referido autor, o efeito vinculante deve ser restrito aos dispositivos das decisões.

Não obstante a extensa discussão doutrinária, o STF se posicionou no sentido de entender que o efeito vinculante se estende aos fundamentos das decisões em sede de controle abstrato de constitucionalidade<sup>255</sup>, ensejando, inclusive, reclamação contra qualquer decisão de outro órgão do Poder Judiciário que venha a conflitar com o posicionamento fixado pela Corte Constitucional.

Sob o paradigma formado a partir desse entendimento é que será iniciado o estudo de caso que serve de balizamento dogmático para a discussão teórica travada nesta dissertação.

#### 2. Efeito reflexo.

O efeito reflexo das decisões jurisdicionais consiste na redução do *grau de* interatividade<sup>256</sup> dos discursos jurídicos normativos elaborados pelo legislador, ao patamar de estes só poderem ser integrados a fatos jurídicos exclusivos, antevistos pelo

<sup>253</sup> "A eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade tem plena razão de ser. a força obrigatória geral pretende, no fundo, atribuir à declaração força ou vinculatividade paralela à da norma controlada".

<sup>254</sup> "Contudo, a "Jurisprudência dos Valores", tal como se viu no capítulo anterior, no afã de fazer com que o Judiciário Ordinário fique subordinado às decisões das Cortes Constitucionais, sustenta que o efeito vinculante estende-se aos fundamentos determinantes da decisão (*tragende gründe*). Isso impediria o Judiciário Ordinário de fundamentar autonomamente seus julgados.

O efeito vinculante, tal como admitido pela "Jurisprudência dos Valores", concede ás decisões de controle abstrato de constitucionalidade força de lei, ou seja, transforma-s em discursos normativos de fundamentação, com todas as consequências já examinadas.

Dessa forma, tal efeito vinculante passaria a obrigar órgãos e autoridades que não haviam integrado o processo, fazendo com que se adaptassem a uma postura fixada pela Corte Constitucional. Sob essa concepção o efeito vinculante não poderia ser admitido.

Para que possa ser aceito no Estado Democrático de Direito, ele deve ater-se à parte dispositiva da decisão, de modo a não haver distinção entre o mesmo e os limites objetivos da coisa julgada".

<sup>255</sup> "Efeito vinculante das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade. Eficácia que transcende o caso singular. Alcance do efeito vinculante que não se limita à parte dispositiva da decisão. Aplicação das razões determinantes da decisão proferida na ADI 1.662. Reclamação que se julga procedente" (Rcl. 2.363, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 01/04/05).

<sup>256</sup> Gradação da capacidade de um discurso jurídico normativo ser integrado a fatos jurídicos formando discursos jurídicos de decisão. Sobre o tema, vide capítulo V desta dissertação.

Supremo Tribunal Federal nos fundamentos dos acórdãos em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

Adotando uma distinção clássica, o efeito reflexo das decisões interpretativas em sede de controle abstrato de constitucionalidade faz com que o Supremo Tribunal Federal deixe de atuar na condição já conhecida de *legislador negativo*, retirando discursos jurídicos considerados inconstitucionais pelos ministros da corte em sede de controle abstrato de constitucionalidade, e o coloca na posição de *legislador positivo*.

O efeito reflexo pode ser identificado nas situações em que houver alteração de normatividade dos discursos produzidos pelo legislador oficial (Presidente da República e Parlamentos federais, estaduais, municipais e distrital), vinculando os poderes executivo e judiciário<sup>257</sup> a uma única opção de discurso jurídico normativo.

Ao contrário do que se pode imaginar, o efeito reflexo das decisões em sede de controle abstrato de constitucionalidade não é resultado pura e simplesmente da existência do efeito vinculante. Esse fenômeno se manifesta em razão de o efeito vinculante das decisões em sede de controle abstrato de constitucionalidade não estar restrito aos dispositivos das decisões, obrigando os juízos inferiores a respeitar as *razões* ou *fundamentos* utilizados no voto condutor do acórdão, nos termos de jurisprudência reiterada pelo STF, consoante o exposto no tópico 1.2 deste capítulo.

Ocorrerá sempre que os acórdãos forem veículos de decisões interpretativas declaratórias da constitucionalidade de um dispositivo normativo infraconstitucional<sup>258</sup>, as quais determinem que para um discurso jurídico enunciativo só exista um único discurso jurídico normativo possível, concedido de forma vinculante a um dispositivo legal sob o pretexto de torná-lo apto a permanecer no ordenamento jurídico sem conflitar com a Constituição Federal de 1988.

"A eficácia geral e o efeito vinculante de decisão, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de

constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, só atingem os demais órgãos do Poder Judiciário e todos os do Poder Executivo, não alcançando o legislador, que pode editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão" (Rcl. 2.617-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 20/05/05)

-

<sup>&</sup>lt;sup>257</sup> O STF entende, acertadamente, que o efeito vinculante não interfere nos trabalhos do poder legislativo:

<sup>&</sup>lt;sup>258</sup> O conceito de infraconstitucionalidade é empregado, nesta dissertação, para identificar todo e qualquer ato não proveniente do constituinte originário e, portanto, passíveis de controle de constitucionalidade. Enquadra-se nesta categoria a emenda constitucional.

#### 2.1. Modalidades de efeito reflexo.

O efeito reflexo ocorre quando o STF fixa uma única interpretação possível a discursos jurídicos *infraconstitucionais*<sup>259</sup> cuja análise da constitucionalidade está sendo realizada em sede de controle abstrato. Entretanto, existem discursos jurídicos produzidos pelo legislador ordinário que se integram diretamente ao texto da Constituição Federal.

Nesses casos, a incidência do efeito reflexo não atingirá tão-somente os discursos jurídicos infraconstitucionais. Quando o discurso jurídico infraconstitucional for alçado à condição formal de discurso constitucional (emendas) ou, mesmo não sendo, estiver diretamente co-relacionado em grau de interconstituição com um discurso contido no texto constitucional originário, o efeito reflexo também atingirá os discursos constitucionais.

Portanto, existem duas modalidades de efeito reflexo: o efeito reflexo puramente infraconstitucional, incidente apenas sobre discursos jurídicos infraconstitucionais; e o efeito reflexo constitucional, que incide sobre os discursos jurídicos infraconstitucionais, e também sobre os discursos jurídicos originários do poder constituinte.

Essa dissertação tem como objeto de estudo as conseqüências sistêmicas da existência do *efeito reflexo constitucional* no direito brasileiro, numa condição de análise que leva em consideração o fato a modernidade estar passando por um processo de transição paradigmática ao que se convencionou denominar de pós-modernidade.

## 3. Efeito reflexo constitucional.

Consoante o explanado acima, o efeito reflexo constitucional exsurgirá sempre que houver interferência no grau de interatividade de um discurso jurídico proveniente da atividade do poder constituinte originário, quando do julgamento de discursos jurídicos infraconstitucionais que sejam inseridos posteriormente no texto constitucional ou que guardem relação de interconstituição direta com dispositivos originários do texto constitucional.

figurar ou não no texto constitucional. Portanto, nesta definição, as emendas também são compreendid como discursos infraconstitucionais, no que é contrariado, em parte, posicionamento fixado pelo STF.

Entende-se por discursos jurídicos infraconstitucionais todo aquele produzido pelo legislador ordinário, passíveis de controle jurisdicional de constitucionalidade, independentemente de virem a figurar ou não no texto constitucional. Portanto, nesta definição, as emendas também são compreendidas

Toda e qualquer interferência em discursos jurídicos infraconstitucionais provenientes da atividade legislativa acaba, de certa forma, atingindo indiretamente conceitos trabalhados originariamente na Constituição. De fato, o que caracteriza o efeito reflexo constitucional e o distingue do efeito reflexo puramente infraconstitucional é a interferência do STF na atividade constituinte decorrente<sup>260</sup>.

Enquanto no efeito reflexo puramente infraconstitucional o STF age como legislador ordinário positivo, no efeito reflexo constitucional, além de agir como legislador ordinário positivo, o STF age como legislador constituinte decorrente positivo. Este último fenômeno, a atuação do STF como legislador constituinte, mesmo que decorrente, e positivo que interessa a esta dissertação.

Os discursos jurídicos produzidos pelo legislador constituinte derivado podem integrar diretamente o texto constitucional ou indiretamente, complementando-o. Os primeiro são de caráter modificativo. No Brasil, esses discursos são denominados de emendas constitucionais – produzidas a partir do art. 60 da CF/88 – e emendas constitucionais de revisão – produzidas a partir do art. 3º do ADCT.

Quando o STF decide uma ação de controle abstrato de constitucionalidade, interferindo no grau de interatividade de dispositivos trazidos ao ordenamento via emenda constitucional, o há efeito reflexo constitucional, pois a interferência do órgão judicante age sobre o trabalho do legislador constituinte derivado.

Ocorre que os discursos jurídicos enunciados pelo constituinte originário, veiculados por princípios ou regras, além de poderem ser modificados, sempre serão integrados (interconstituição normativa) por outros discursos infraconstitucionais construídos pela estrutura do sistema, independentemente de esta se apresentar sob a forma de ato legislativo (produção abstrata) ou judiciário-administrativo (produção concreta). Esta integração pode ocorrer em nível de complementação ou suplementação de interatividade.

capacidade de interatividade completa. A este fenômeno denomina-se de complementação de

*interatividade* – vide p. 180.

<sup>&</sup>lt;sup>260</sup> Entende-se por atividade constituinte decorrente três modalidades de atuação legislativa: a reforma constitucional (atividade constituinte decorrente modificativa); a elaboração de Constituições Estaduais (atividade constituinte decorrente estadual); e a integração de interatividade constitucional (atividade constituinte decorrente derivada). Esta última modalidade ocorre quando a intervenção do legislador ordinário já é prevista no texto da Constituição, quando esta traz conceitos que precisam ser complementados pela atividade legislativa ordinária, para que as normas constitucionais possuam sua

A complementação de interatividade ocorrerá sempre que a estrutura do sistema entenda que é necessária a produção de um ato legislativo intermediário entre o discurso constitucional e o discurso jurídico normativo de decisão (discurso de resolução dos fatos jurídicos concretos) para que o discurso jurídico trazido pelo poder constituinte possa ser integrado aos fatos jurídicos concretos, que se relacionam em nível de congruência com o sistema jurídico-constitucional.

Decorrem dos discursos constitucionais carentes de leis ordinárias e complementares para a consubstanciação da integração sistêmica em nível de ordenamento jurídico. São, em geral, normas que trazem expressões como: *na forma da lei, conforme dispuser a lei*, regulado por leis complementares etc. Na nomenclatura atualmente adotada pela doutrina e jurisprudência, esses discursos seriam classificados de normas de *eficácia limitada* ou normas de *eficácia contida*<sup>261</sup>.

A suplementação de interatividade, ao contrário, pressupõe a estrutura do sistema entende ser desnecessária a produção de um ato legislativo intermediário entre o discurso constitucional e o discurso jurídico normativo de decisão (discurso de resolução dos fatos jurídicos concretos) para que o discurso jurídico trazido pelo poder constituinte possa ser integrado aos fatos jurídicos concretos. Na nomenclatura

Doutrinária e jurisprudencialmente tais dispositivos são denominados de *normas de eficácia limitada* ou *contida* [a depender da interpretação (leia-se vontade política) concedida aos dispositivos constitucionais], seguindo a classificação de Vezio Crisafulli (1952), trazida ao Brasil por José Afonso da Silva (1999). Não é adotada esta classificação nesta dissertação, pois a mesma é pautada no dimensionamento de aplicabilidade em abstrato (eficácia) de uma norma constitucional. Esta classificação acaba criando um *juízo sintético a priori* (KANT, 1999) a um discurso jurídico, com fundamento numa relação epistemológica clássica sujeito-objeto, já que a eficácia da norma estaria dimensionada na extensão da aplicabilidade que o *legislador quis fornecer à mesma*. Neste caso, a *vontade do legislador* constitui o elemento de justificação externa do discurso produzido em prol do enquadramento de uma norma constitucional e uma ou outra categoria adotada na classificação (eficácia plena, limitada ou contida)

Conforme o exposto nos capítulos II, III, IV e V, existem várias premissas na teoria dos sistemas autopoiéticos que não se coadunam com essa postura epistemológica. A primeira delas cinge-se à ruptura do princípio da identidade da racionalidade clássica na teoria dos discursos, que impõe a possibilidade de ao menos uma dupla identidade ao mesmo texto legal (enunciado ou norma), a depender única e exclusivamente da posição da estrutura do sistema numa relação semiótica. Logo, não seria possível criar *juízos sintéticos a priori* a partir de classificações doutrinárias.

A segunda diz respeito à adoção da fenomenologia como aporte epistemológico do discurso científico em substituição à noção de método nas teorias autopoiéticas. É defendido nesta dissertação que a relação sujeito-objeto é um paradigma epistemológico da modernidade, superado pela fenomenologia, vez que esta dimensiona a compreensão como um fenômeno sujeito-sujeito. Logo, a classificação erigida por Crisafulli não se sustenta no plano da eficácia normativa concebida pelo legislador, já que este não faz menção a tal classificação. O dimensionamento da integração dos discursos jurídico só poderá ser consubstanciado no processo de construção concreta do direito, sendo a escolha da estrutura do sistema (juristas) justificável subjetivamente e não a partir de elementos externos (vontade da lei ou do legislador).

atualmente adotada pela doutrina e jurisprudência, esses discursos seriam classificados de normas de eficácia plena.

efeito reflexo constitucional é incidente somente sobre os discursos infraconstitucionais complementares. Não há afetação reflexa constitucional sobre discursos infraconstitucionais suplementares, pois estes não possuem uma interconexão tão forte com os discursos constitucionais originários.

Os discursos suplementares podem ter seu grau de interatividade restrito, mas esse fenômeno deve compreendido como um efeito reflexo infraconstitucional, pois a existência desses discursos não está diretamente associada a uma necessidade de integração do discurso constitucional na esfera da sua capacidade de interatividade, mas tão-somente no seu grau de interatividade.

Em suma, os discursos infraconstitucionais complementares são essenciais para que um dispositivo constitucional possua interatividade, uma vez que a mesma estaria condicionada à existência daquele<sup>262</sup>. Noutro patamar estariam os discursos infraconstitucionais suplementares, porque estes interferem apenas no grau de interatividade dos discursos constitucionais originários, já que estes não dependem daqueles para interagirem com os discursos fático-jurídicos produzidos pela estrutura do sistema, quando está em relação de congruência com o seu ambiente.

# 4. Delimitação do campo de incidência do efeito reflexo constitucional.

Não há efeito reflexo constitucional quando a decisão é declaratória de inconstitucionalidade ou quando as decisões declaratórias de constitucionalidade não vierem acompanhadas de indicativos de interatividade da interpretação adotada pelo STF para os discursos jurídicos modificativos ou complementares em análise no controle abstrato, que restrinjam a integração desse discurso a fatos jurídicos específicos antevistos nos próprios acórdãos.

dissertação, defende-se a inexistência do fenômeno da aplicação do direito e sim da integração de

discursos jurídicos com discursos fáticos.

<sup>&</sup>lt;sup>262</sup> Por isso que *interatividade* não se confunde com *eficácia*. Um discurso constitucional pode possuir ou não interatividade, mas sempre terá eficácia, na doutrina clássica. A eficácia está ligada à possibilidade de uma norma possuir a capacidade de produzir efeitos em abstrato. Já interatividade está relacionada à capacidade de um discurso constitucional ser integrado a fatos jurídicos concretos, constituindo discursos jurídicos de decisão. A interatividade é um conceito substitutivo de aplicabilidade, vez que, nesta

Em relação à *declaração total de inconstitucionalidade*, não restam dúvidas: não há efeito reflexo constitucional, porque o discurso afetado pelo controle deixa de existir. Inexistindo tal discurso em sede de plano modificativo da normatividade constitucional originária, a Constituição simplesmente deixa de ser *emendada* ou *complementada*, não ocorrendo qualquer interferência na interpretação do discurso jurídico eventualmente repristinado<sup>263</sup>.

Outrossim, não há razão para enquadrar o efeito repristinatório na categoria de efeito reflexo. O fato de um discurso jurídico revogado ter sua vigência revigorada, em função da declaração de inconstitucionalidade do discurso jurídico revogador, não caracteriza uma atuação legislativa positiva do STF. Da mesma forma, entende Rui Medeiros (1999, p. 491)<sup>264</sup>.

Quanto à *inconstitucionalidade parcial sem redução de texto*<sup>265</sup>, prevista no parágrafo único do art. 28 da lei 9.868/99, esta apenas retira do espectro de interatividade do discurso uma interpretação possível ao mesmo, deixando "livre" sob o ponto de vista

-

resultantes de uma decisão modificativa."

<sup>&</sup>lt;sup>263</sup> Haverá repristinação quando o processo de modificação implicar na revogação total ou parcial de dispositivo constitucional. Não ocorrerá tal fenômeno quando a emenda se prestar a, apenas, *acrescer* dispositivo novo ao texto constitucional. Essa distinção (revogação ou acréscimo sem revogação) é indiferente para a análise do efeito reflexo constitucional. Verificada a presença do efeito reflexo constitucional ante um discurso modificativo, é indiferente o seu caráter, pois há alteração do trabalho do constituinte decorrente.

<sup>&</sup>lt;sup>264</sup> "A norma inconstitucional impede, freqüentemente, a aplicação de normas diversas que se situam aliunde. A correspondente decisão de inconstitucionalidade tem, então eficácia positiva. Isto mesmo pode ser, facilmente, ilustrado com o chamado efeito repristinatório. O próprio Mestre da Escola de Viena, teorizador do Tribunal Constitucional como legislador negativo, considerava que uma decisão de inconstitucionalidade que determinasse a repristinação da norma anterior constituía, 'não uru simples acto negativo de legislação, mas um acto positivo'. E também sabido que, em matéria de violações do princípio da igualdade, o efeito repristinatório pode conduzir à eliminação da discriminação: 'se até certa altura uma lei não fizer acepção de situações ou de pessoas e, depois, vier uma nova lei abrir diferenciações não fundadas, esta lei será inconstitucional e continuará a aplicar-se a preexistente'. Todavia, mesmo neste último caso, pode dizer-se que as normas repristinadas conformes com o princípio da igualdade já estavam latentes no ordenamento jurídico. As normas repristinadas não são, seguramente, criadas pelo órgão de controlo da constitucionalidade, não se confundindo portanto com as normas

<sup>&</sup>lt;sup>265</sup> Defende-se, nesta dissertação, que não deve existir a categoria jurídica da *declaração parcial de inconstitucionalidade com redução de texto*, como defendem alguns autores. A análise da constitucionalidade no controle abstrato não recai sobre um dispositivo legal (artigo, inciso, parágrafo) e sim sobre um discurso jurídico, que pode ser acompanhado de outros discursos jurídicos num mesmo dispositivo legal. Toda a redução de texto implica numa inconstitucionalidade total de um discurso jurídico, sob pena de ruptura da estrutura lógica do discurso jurídico, sem que a estas decisões possa ser atribuído o efeito reflexo.

<sup>&</sup>lt;sup>266</sup> A expressão entre aspas conota que a interpretação do discurso é passível de limitação hermenêutica que ocorre, principalmente, pela imposição à linguagem técnica de barreiras lingüísticas, presentes estas

hermenêutico, podendo o discurso ser reconstruído pela estrutura do sistema sob outras vestes, não adotadas explicitamente pelo legislador, no momento de integração aos diversos fatos jurídicos concretos. Também é infactível que seja atribuído efeito reflexo a esta modalidade de decisão, pois a mesma não vincula o judiciário à adoção de uma única interpretação ao discurso jurídico analisado em sua constitucionalidade.

Portanto, reafirmando o defendido no item nº 2 e acrescendo, ao conceito, categorias trabalhadas no item nº 3, o efeito reflexo constitucional ocorrerá sempre que os acórdãos do STF, em sede de controle abstrato, forem veículos de decisões interpretativas declaratórias da constitucionalidade de um discurso jurídico infraconstitucional modificativo ou complementar de discursos constitucionais originários, determinando, àqueles (efeito reflexo infraconstitucional) e reflexamente a estes (efeito reflexo constitucional), uma única interpretação possível.

Reestruturando o conceito, pode-se afirmar que o efeito reflexo constitucional consiste na interferência do STF no trabalho do constituinte decorrente, quando da prolação de acórdãos em sede de controle abstrato de constitucionalidade, cujos teores veiculam decisões interpretativas, vinculantes também em suas razões, que determinam que para um discurso jurídico enunciativo infraconstitucional (modificativo ou complementar) só exista um único discurso jurídico normativo possível a pretexto de torná-lo apto a permanecer no ordenamento jurídico sem conflitar com a Constituição Federal.

#### 5. Efeito reflexo constitucional: estudo de caso.

Um exemplo de efeito reflexo constitucional ocorreu no julgamento da ADIN 1.232-1/DF. Esta versou sobre a análise da constitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei Federal 8.742/93, dispositivo que criou o critério da renda per capita familiar de até 1/4 do salário mínimo para obtenção do benefício assistencial de 01 salário mínimo previsto no art. 203, inciso V da CF/88<sup>267</sup>.

na linguagem natural. Não há, por exemplo, como estender o grau de interatividade do princípio da dignidade da pessoa humana aos animais. O conceito ser humano, na linguagem natural, está estritamente associado a uma espécie animal, que engloba homens e mulheres e exclui dos mesmo primatas, cães, baleias e outros animais com sistema neurológico menos complexo que o do homem. Nada impede, no entanto, que sejam construídos conceitos jurídicos correlatos de defesa dos direitos dos animais, como defende o professor da Universidade Federal da Bahia, Heron Santana.

A ação foi proposta pelo Procurador-Geral da República, tendo este aduzido como fundamento a intelecção do próprio art. 203, inciso V da CF/88<sup>268</sup>. À época, defendeu que o critério estabelecido pela regra trazida na legislação infraconstitucional seria restringente da garantia constitucional, uma vez que esta não faz qualquer privação quando utiliza a expressão *a quem dela necessitar*.

Na sessão de julgamento, o Ministro-Relator Ilmar Galvão proferiu voto no sentido de o STF não precisar declarar a inconstitucionalidade total do texto jurídico impugnado. Ao revés, pretendeu fixar-lhe interpretação conforme a Constituição, alegando haver compatibilidade de uma das interpretações com a supracitada disposição da Constituição Federal de 1988.

(...) ao estabelecer que, em se tratando de "família cuja renda mensal per capita seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo", AUTOMATICAMENTE "Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência", o § 3º do art. 20 da Lei federal nº 8.742, de 1993, nada mais estava fazendo, senão instituindo típica PRESUNÇÃO *JURIS ET DE JURE*, ou seja, DISPENSANDO DE QUALQUER COMPROVAÇÃO, NO ESPECÍFICO CASO CONSIDERADO – continuando os demais casos submetidos à regra geral de comprovação –, no que não extrapolou a outorga que lhe foi conferida pelo texto constitucional (Trecho do voto de Ilmar Galvão).

Ao que parece Galvão não pretendia fixar uma interpretação conforme: visava, com seu voto, declarar a inconstitucionalidade parcial de um discurso jurídico normativo possível ante o discurso jurídico enunciativo trazido pelo do § 3º do art. 20 da Lei Federal 8.742/93 sem que isto acarretasse a redução do texto jurídico (declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto).

Esclareceu que a norma tomaria as vestes da inconstitucionalidade caso houvesse a presunção única de que o idoso, ou pessoa portadora de deficiência, somente teria direito ao benefício assistencial se comprovasse uma renda familiar *per capita* inferior a ½ (um quarto) de salário mínimo.

,

<sup>&</sup>lt;sup>267</sup> "Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 01 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

<sup>§ 3 °.</sup> Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo".

<sup>&</sup>lt;sup>268</sup> "Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

V-a garantia do salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provido por sua família, conforme dispuser a lei".

Para Galvão, a eleição de uma única possibilidade de construção da normatividade do dispositivo legal implicaria na sua inconstitucionalidade. No entanto, se fosse facultado ao poder judiciário resolver as questões que exorbitassem o plano da comprovação *juris et de jure*, não subsistiria a inconstitucionalidade material argüida.

Sua decisão é exemplo típico de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, vez que entende que apenas uma das interpretações possíveis ao discurso jurídico enunciativo do § 3º do art. 20 da Lei Federal 8.742/93 o tornaria inconstitucional. A declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto não é exemplo de decisão que acarrete o efeito reflexo, pois não restringe o espaço hermenêutico sobre o discurso jurídico enunciativo em apreço, podendo o judiciário, em circunstâncias concretas, adotar outra compreensão sobre o dispositivo legal.

Com entendimento contrário se posicionou o ex-Ministro Nélson Jobim, que prolatou o voto vencedor sob as seguintes vestes epigrafais:

Sr. Presidente, data vênia, do eminente Relator, compete à lei dispor a forma de comprovação. Se a legislação resolve criar outros mecanismos de comprovação, é problema da própria lei. O gozo do benefício depende de comprovar na forma da lei, e esta entendeu comprovar desta forma. Portanto não há interpretação conforme possível porque, mesmo que se interprete assim, não se trata de autonomia de direito algum, pois depende da existência de lei, da definição (Trecho do voto de Nélson Jobim).

O voto supratranscrito implicou na declaração de constitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei Federal 8.742/93. Todavia, pelo fato de a norma constitucional originária (art. 203, inciso V) carecer de uma complementação no seu plano de integridade normativa, faltando-lhe aspectos certificadores de termos *indefinidos* ou *indeterminados*<sup>269</sup> trazidos pela mesma (*meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família*), conclui-se que houve, reflexamente, uma demarcação interpretativa na seara normativo-constitucional.

A restrição imposta pelos fundamentos do voto de Jobim às possibilidades de integração do micro-sistema normativo formado pela argumentação sistemática do § 3º do art. 20 da Lei Federal 8.742/93 c/c o art. 205, inciso V da CF/88, aliada ao efeito vinculante da declaração de constitucionalidade (art. 28, parágrafo único da CF/88), acarreta a imposição de uma única possibilidade de construção da regra constitucional a ser

 $<sup>^{269}</sup>$  São termos considerados vagos ante uma análise comparativa com seus diversos significados atribuídos na gramática da linguagem natural.

concretizada pelo poder judiciário em todo o país na dissolução de litígios, já que a discussão girou em torno de fundamentos hermenêuticos.

Perceba-se que no § 3º do art. 20 da Lei Federal 8.742/93 o legislador não utilizou uma linguagem restritiva para a construção do seu discurso jurídico normativo, que poderia ter sido produzido sob outros signos: considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa *somente* (*exclusivamente*) a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo.

A restrição de integração discursiva da norma a fatos jurídicos que se enquadrassem numa única hipótese trazida das inúmeras interpretações que poderiam dar suporte de concreção ao discurso enunciativo, cuja constitucionalidade estava em apreço, não foi promovida pelo legislador e sim pelo STF, quando acatou a constitucionalidade, sob os fundamentos do voto de Jobim.

Como pôde ser analisado nos capítulos II e V, o fato de Jobim ter justificado seu voto a partir de elementos aparentemente externos à sua subjetividade de julgador ("... compete à lei dispor a forma de comprovação. Se a legislação resolve criar outros mecanismos de comprovação, é problema da própria lei"), não invalida a assertiva de que sua compreensão foi formada na relação sujeito-sujeito, em nada tendo "a lei" influenciado na decisão a qual abraçou.

Ao revés, como explica Gadamer (2003, p. 30-32), para entender o universo da compreensão melhor do que parece possível sob o conceito de conhecimento da ciência moderna, a reflexão deverá encontrar um novo relacionamento também com os conceitos que ela mesma utiliza; deverá conscientizar-se de que sua própria compreensão e interpretação não são uma construção a partir de princípios, mas o aperfeiçoamento de um acontecimento que já vem de longe, uma fusão de horizontes dos preconceitos inerentes à experiência de vida do intérprete.

Tentar ocultar tais preconceitos faz parte do "jogo" da argumentação jurídica moderna, mas crê que tais preconceitos simplesmente não existem é gerar um problema hermenêutico, que se instala quando tais preconceitos não são percebidos (preconceitos negativos), impedindo que o intérprete conheça a coisa, segundo a noção da tradição (GADAMER, 2003, p. 354-361).

## 5.1 Crise lógica causada pelo efeito reflexo atribuído ao art. 203, inciso V da CF/88.

Para ilustrar que esta interpretação restritiva não poderia subsistir como vetor lógicoracional (razoável) de interatividade do dispositivo constitucional supracitado, tampouco de baliza para a concreção de um direito fundamental, bastaria aduzir 02 simples situações hipotéticas.

# 1ª SITUAÇÃO HIPOTÉTICA.

Numa família "A", formada por um idoso e seu filho a renda *per capita* é de ½ do salário mínimo [R\$ 175,00 (cento e setenta e cinco reais), em valor atualizado até julho de 2006]. Neste caso, o idoso, pela concreção da regra constitucional a partir dos fundamentos do voto de Jobim, não teria direito ao benefício, pois possuiria *meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provido por sua família*.

Já numa família "B", também formada por um idoso e seu filho, com renda *per capita* de ¼ do salário mínimo [R\$ 87,50 (oitenta e sete reais e cinqüenta centavos), em valor atualizado até julho de 2006], o idoso teria direito ao benefício.

Como resultado conclui-se que a interpretação fornecida à expressão constitucional *que* comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provido por sua família implicou na inversão das condições materiais das famílias envolvidas. Passou a família "B" {renda familiar de R\$ 525,00 [½ do salário mínimo (R\$ 175,00)] mais a complementação de renda [01 salário mínimo (R\$ 350,00)] decorrente da concessão do benefício assistencial} a dispor de melhores condições que a família "A" [renda familiar de R\$ 350,00 (01 salário mínimo)].

Essa situação caracteriza uma contradição lógica. Ratifica um ferimento ao princípio da isonomia, pois em um caso (família "B") o Estado brasileiro reconheceu que são necessários, no mínimo, R\$ 525,00 (quinhentos e vinte e cinco reais) de renda familiar para manter um idoso; já num outro caso (família "A"), o Estado reconheceu que R\$ 350,00 (trezentos e cinqüenta reais) são suficientes para a manutenção do idoso.

# 2ª SITUAÇÃO HIPOTÉTICA.

Numa outra família "C", formada também por um idoso e seu filho, a renda *per capita* ainda é de ½ do salário mínimo [R\$ 175,00 (cento e setenta e cinco reais), em valor

atualizado até julho de 2006]. Ocorre que, neste caso, o idoso também é deficiente. Nesta hipótese, o fato jurídico é mais complexo, pois uma circunstância impele a crer que a situação do decano da família exige um dispêndio de recursos mais vultoso do que se o mesmo fosse apenas idoso ou apenas deficiente.

Ainda assim, o decano da família não teria direito ao benefício, mesmo precisando de mais recursos para se manter, em razão da regra constitucional ter sido restringida pelos fundamentos do voto de Jobim, pois possuiria meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provido por sua família, simplesmente por ter renda per capita superior a 1/4 do salário mínimo. Mais uma contradição lógica criada pelo julgado.

Enfim, onde estaria a efetividade dos direitos fundamentais, nesta história? Será que não assiste razão ao antropólogo Clifford Geertz (2000, p. 249) quando afirma que o direito é uma "artesanato local" e o fato de sua produção demandar a análise das especificidades de cada caso, mais que uma ideologia, é uma premissa de orientação isonômica e democrática do sistema? Onde estaria a melhor orientação: nas palavras de Jobim ("Aí, teríamos critérios regionais, sub-regionais, microrregionais, municipais, distritais e criava uma enorme obrigação, a qual não teria uma forma de controle")<sup>270</sup> ou no entendimento do antropólogo estadunidense<sup>271</sup>.

Não se quer, com esta sustentação, crucificar a argumentação erigida por Jobim, até porque em hipótese alguma seria possível afirmar que sua conduta estaria motivada por objetivos escusos. Ao revés, ao que parece, a sua postura reflete um condicionamento ideológico de cunho weberiano, pautado na rejeição da política como uma técnica de

<sup>&</sup>lt;sup>270</sup> Vide votos no julgamento da Recl. 2.303-6, anexa.

<sup>&</sup>lt;sup>271</sup> "Assim como a navegação, a jardinagem e a poesia, o direito e a etnografia também são artesanatos locais: funcionam à luz do saber local. Um caso individual, seja ele o de Palsgraff ou da Ponte sobre o Rio Charles, proporciona ao direito não só as bases que dão origem a toda uma série reflexões, mas também o próprio objeto que lhe dá orientação; no caso da etnografia, as práticas estabelecidas, tais como potlacht ou couvad, têm a mesma função. Sejam quais forem as outras características que a antropologia e a uma linguagem erudita meio incompreensível e uma certa áurea de fantasia - ambos entregues á tarefa artesanal de descobrir princípios gerais em fatos paroquiais. Repetindo, uma vez mais, o provérbio africano: "a sabedoria vem de um monte de formigas".

Dada a semelhança entre suas visões do mundo e até na maneira como focalizam o objeto de seus estudos (um enfoque no qual "para conhecer a cidade é preciso conhecer suas ruas") pareceria que advogados e antropólogos foram feitos um para o outro e que o intercâmbio de idéias e de argumentos entre eles deveria fluir com enorme facilidade. [...] O antropólogo e o advogado, ambos connoisseurs de casos específicos, peritos em assuntos práticos, estão na mesma situação. O que os distancia e separa é sua própria afinidade eletiva" (GEERTZ, 2000, p. 249).

inter-relacionamento sujeita aos ditames da moralidade kantiana, pela qual propugnava a adoção do que denominou de "ética da responsabilidade".

O cerne da questão cinge-se à análise da possibilidade de uma declaração de constitucionalidade, em sede de controle abstrato, poder interferir reflexamente na construção da normatividade constitucional por força dos efeitos vinculante concedido aos fundamentos dos acórdãos, à luz do paradigma de racionalidade no processo de organização decisória da teoria sistêmica autopoiética.

### 6. O engessamento hermenêutico do sistema jurídico pelo efeito reflexo.

Seguindo a jurisprudência dominante no STF de que os fundamentos dos acórdãos em sede de controle de constitucionalidade também vinculam os juízos inferiores, chega-se à seguinte conclusão: após a declaração de constitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93, não há outra possibilidade de construção de um discurso jurídico normativo no sistema jurídico brasileiro senão nos termos dos fundamentos adotados por Jobim. Ou seja, os idosos e pessoas portadoras de deficiência só terão acesso ao benefício assistencial de 01 salário mínimo se possuírem como renda *per capita* familiar o valor igual ou inferior a ¼ do salário mínimo.

Para que não pairem dúvidas a respeito da adoção desse viés pragmático restritivo no sistema de produção do direito no Brasil, faz-se mister analisar o posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de algumas questões processuais, circundantes à matéria.

O primeiro desses julgamentos ocorreu em 13 de maio de 2004, na Reclamação 2.303-6, proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social em face do Juizado Especial Federal Adjunto à Vara Única de Bagé/RS, cujo acórdão<sup>272</sup> definitivo foi prolatado em sede de julgamento de agravo regimental interposto contra decisão monocrática da Ministra-

<sup>&</sup>lt;sup>272</sup> "RECLAMAÇÃO. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E IDOSO. ART. 203. CF. SALÁRIO MÍNIMO.

A sentença impugnada ao adotar a fundamentação defendida no voto vencido afronta o voto vencedor e assim a própria decisão final da ADI 1.232. Reclamação procedente. ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria 1e votos, julgar procedente a reclamação prejudicado o agravo, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 13 de maio de 2004" (Acórdão do Agravo Regimental na Reclamação 2.303-6, relatada pela ministra Ellen Gracie, julgado pela primeira turma do STF).

Relatora Ellen Gracie, que houvera deferido monocraticamente liminar na ação, utilizando prerrogativa prevista no Regimento Interno do Supremo tribunal Federal<sup>273</sup>.

No seu relatório, Gracie expôs que a sentença impugnada na reclamação foi concessiva do beneficio previsto no art. 203 da Constituição Federal, inciso V da CF/88, regulado pela Lei nº 8.742/93. Todavia, para o julgamento procedente do pedido, reconheceu que a renda familiar *per capita* da autora superava a importância de ¼ do salário mínimo, assentando que "esse requisito legal deve ser tomado apenas como parâmetro para se examinar as condições econômicas da família e não como um requisito impeditivo, por si só, para a concessão do beneficio" e que "... a situação econômica financeira dependerá do exame de outros fatores, como tipo de deficiência da autora, as suas necessidades e as condições de vida dela e de sua família, que não podem ser reunidos em um fator numérico aleatório".

Narrou ainda que a sentença finalizava: "De tudo, conclui-se que, mesmo em casos onde a renda *per capita* resulte um pouco superior ao limite estabelecido no § 3° do art. 20 da Lei n° 8.742/93, a miserabilidade do grupo familiar poderá ser demonstrada de modo a ensejar o deferimento do benefício assistencial, quando ficar comprovado que os ganhos são insuficientes à manutenção da família, tal como no caso".

A causa de pedir jurídica da reclamação ajuizada pelo INSS, conforme a previsão elaborada no tópico "1" deste capítulo, sustentava que a posição adotada pela sentença não se coadunava com a decisão proferida na ADIn 1.232, que declarou constitucional o § 3° do art. 20 da Lei n° 8.742/93.

Acrescentou que desrespeita a decisão desta Corte tanto a decisão que declara a respectiva inconstitucionalidade do art. 20, § 3° da Lei n° 8.742/93, como aquela que adota outros critérios para atestar a miserabilidade, não se limitando ao que foi fixado na lei. Concluiu, o INSS, que, nos estritos termos da decisão proferida na referida ação direta de inconstitucionalidade apenas o critério objetivo de ¼ do salário mínimo pode ser tomado como parâmetro para a concessão do beneficio assistencial e que saltaria aos olhos o descumprimento da decisão proferida em sede de mérito da aludida ADIn, realizado pelo Juizado Especial Federal de Bagé.

<sup>&</sup>lt;sup>273</sup> "Art. 158. O Relator poderá determinar a suspensão do curso do processo em que se tenha verificado o ato reclamado, ou a remessa dos respectivos autos ao Tribunal".

Foram prestadas informações, nas quais o juízo reclamado sustentou que a sentença não houvera considerado inconstitucional o limite de renda de ¼ do salário mínimo previsto no § 3° do art. 20 da Lei n° 8.742/93, não descumprindo, portanto, a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria.

Ao revés, com base no princípio da razoabilidade e através de uma interpretação tópicosistemática, avaliara o juízo tal parâmetro como um *quantum* objetivo considerado pela própria legislação como indicativo de insuficiência econômica (signo presuntivo de pobreza) para assegurar-se a subsistência ao portador de deficiência e ao idoso, que não afasta, contudo, a possibilidade de sua conjugação com outros fatores indicativos de miserabilidade no caso concreto, em face das peculiaridades deste.

Em parecer, o Procurador-Geral da República, Carlos Fonteles, manifestou-se pela improcedência da reclamação, fundando-se na idéia de que a interpretação extensiva dada ao dispositivo pelo Juizado Especial Federal não representa enfrentamento à autoridade da decisão do STF que não indicou uma exegese específica para o dispositivo<sup>274</sup>.

A defensoria publica requereu vista e após seu retorno dos autos da Procuradoria-Geral da República apresentou agravo regimental contra a concessão da liminar outrora

-

<sup>&</sup>lt;sup>274</sup> "9. Da leitura da sentença reclamada «is. 34/44), infere-se que não foi negada vigência ao art. 20, § 3°, da Lei n.° 8.742/93, tampouco, foi declarada, sequer indiretamente, a inconstitucionalidade do dispositivo em questão.

<sup>10.</sup> A decisão atacada estende os limites da lei, mas não os refuta ou lhes nega vigência. Como bem pontuado pelo Juízo reclamado, em suas informações, a lei estabeleceu um parâmetro de comprovação do estado de miserabilidade "que não afasta, contudo, a possibilidade de sua conjugação com outros fatores indicadores da miserabilidade no caso concreto, face às peculiaridades deste" (fls. 68).

<sup>11.</sup> A tarefa interpretativa implementada pela Justiça Especial Federal poderá, eventualmente, ser objeto de impugnação específica, na via do recurso extraordinário. Todavia, ressalta-se que a decisão hostilizada não representa descumprimento do comando da ADI 1.232, que não fixa urna interpretação cogente ao § 3° do art. 20, da Lei n. ° 8.742/93, mas, tão-somente, declara a sua constitucionalidade.

<sup>12.</sup> A condenação do INSS não se fez em descumprimento ao teor do julgamento da ADI 1.232. Naquela oportunidade, diga-se, os votos proferidos pelos Eminentes Ministros NELSON JOBIM e SEPÚLVEDA PERTENCE deixam entreaberta a possibilidade de previsão de outras hipóteses para comprovar a incapacidade de manutenção do idoso ou deficiente físico. Basta a previsão legal. A circunstância ditada no § 3. °do art. 20 da Lei n.° 8.742/93, por si só, não é inconstitucional, pois prevê uma dessas circunstâncias. Essa é a decisão alcançada na ADI 1.232.

<sup>13.</sup> E, por certo, dessa decisão não divergiu o Juízo reclamado. O Juizado Especial Federal Adjunto à Vara Única de Bagé - RS, deu a sua interpretação da norma, atividade que não se encontra limitada por anterior deliberação da Suprema Corte, haja vista que o julgamento da ADI 1.232 não aponta qual seria a exegese correta à aplicação do art. 20, § 3°, da Lei n.º 8.742/93" (Trecho do parecer do Procurador-Geral da República, extraído do relatório confeccionado por Ellen Gracie no julgamento da Recl. 2.303-6).

deferida por Gracie. No julgamento do aludido agravo, a relatora<sup>275</sup> propôs – o que acabou sendo aceito pelo plenário da primeira turma – que o mesmo se tornasse prejudicado em razão da conclusão dos autos para o julgamento definitivo da reclamação.

No seu voto, Ellen Gracie deu provimento no mérito à reclamação ajuizada pelo INSS, aduzindo como fundamento da sua decisão o conflito hermenêutico travado entre os votos de Ilmar Galvão e Nelson Jobim na da ADIn 1.232, prevalecendo o posicionamento restritivo do último<sup>276</sup>.

Em sentido contrário votou o Carlos Ayres Britto. Entendeu, em suma, que o fato de o STF ter declarado a constitucionalidade § 3° do art. 20 da Lei n° 8.742/93 e a sentença, impugnada via reclamação pelo INSS, não ter declarado a inconstitucionalidade do aludido dispositivo legal, consubstanciava situação jurídica propícia ao indeferimento da reclamação <sup>277</sup>.

<sup>275</sup> A relatoria dos agravos regimentais interpostos contra decisões monocráticas em ações ou recursos propostos junto aos Tribunais pertence ao relator do processo originário. No caso em apreço, a própria Ellen Gracie.

<sup>276</sup> Consta do voto do Min. Ilmar Galvão, quando do julgamento de mérito da ADI 1.232, verbis:

"Na realidade, não se pode vislumbrar inconstitucionalidade no texto legal, posto revelar ele uma verdade irrefutável, seja, a de que é incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a ½ do salário mínimo.

A questão que resta é a de saber se com a hipótese prevista pela norma é a única suscetível de caracterizar a situação de incapacidade econômica da família do portador de deficiência ou do idoso inválido.

Revelando-se manifesta a impossibilidade da resposta positiva, que afastaria grande parte dos destinatários do beneficio assistencial previsto na Constituição, outra alternativa não resta senão emprestar ao texto impugnado interpretação segundo a qual não limita ele os meios de prova da condição de miserabilidade da família do necessitado deficiente ou idoso.

Meu voto, portanto, com o parecer, julga procedente apenas em parte a ação, para o efeito acima explicitado.."

De forma contrária, porém, entendeu o Min. Nelson Jobim. Transcrevo, para maior clareza, o voto de Sua Excelência:

"Sr. Presidente, data vênia do eminente Relator, compete à lei dispor a forma da comprovação. Se a legislação resolver criar outros mecanismos de comprovação, é problema da própria lei. O gozo do beneficio depende de comprovar na forma da lei, e esta entendeu de comprovar dessa forma. Portanto, não há interpretação conforme possível porque, mesmo que se interprete assim, não se trata de autonomia de direito algum, pois depende da existência de lei, da definição."

O voto, do Mm. Nelson Jobim, acabou prevalecendo no julgamento.

A sentença impugnada adotou a fundamentação defendida no voto vencido. Consequentemente, afronta o entendimento vencedor e, assim, a decisão da ADI 1.232.

Meu voto é, pois, no sentido do provimento da reclamação, julgando prejudicado o agravo regimental interposto pela Defensoria Pública". (Voto de Ellen Gracie na Recl. 2.303-6).

<sup>&</sup>lt;sup>277</sup> "6. Bem, se a decisão tribunalícia em apreço proclamou a constitucionalidade do § 3° do art. 20 da lej federal, dispositivo que erige critério de concessão do benefício mensal previsto no inciso V do art. 203 da Constituição Federal, quer me parecer que somente se patentearia o desrespeito a tal decisório se a sentença reclamada:

Após o voto de vistas de Ayres Britto, houve a confirmação de voto de Gracie, desta vez se valendo de um discurso pautado na questão econômica subjacente ao julgamento da lide. Primeiro reafirmou seu entendimento jurídico que o decidido no julgamento da ADIn 1.232 foi a impossibilidade de integração do benefício a fatos jurídicos concretos que não estivessem adequados à hipótese trazida pelo § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, ou seja, ter como renda per capita familiar não superior a ¼ do salário mínimo.

Logo em seguida, apresentou o contra-argumento econômico ao voto de Ayres Britto, ao aduzir a impossibilidade de o Estado brasileiro arcar com o pagamento de benefícios a pessoas cujas circunstâncias fáticas (fato jurídico concreto) não poderiam ser enquadradas no discurso normativo trazido pelo legislador, sob pena de ruptura do cálculo atuarial que possibilitou a criação do benefício de assistência na medida exata da disponibilidade de recursos da seguridade social<sup>278</sup>.

a) incorresse em declaração de invalidade do que se decidiu nesta nossa Casa de Justiça;

b) proclamasse um parâmetro de avaliação da carência material do reclamado que fosse realmente insuscetível de absorção pelo acórdão aqui apontado como paradigma *sub judice*. E o fato é que em tal interditado proceder o ilustrado juiz monocrático não incorreu.

[...] 7. Em outras palavras – e como tudo na vida comporta leitura ora mais ora menos subjetiva –, entendo que o juiz singular nem se contrapôs por modo frontal ao nosso *decisum*, nem proferiu julgamento insuscetível de assimilação por esse *decisum* mesmo. O que enxergo no ato sentencial ora invectivado é a consubstanciação de valores e critérios francamente assimiláveis pela decisão plenária tida por violada, como os seguintes:

I – o § 3° do art. 20 da lei 8.742/93 fixou um parâmetro objetivo para o Estado enquanto sujeito devedor de assistência social "a quem dela necessitar" (parte final do art. 203, caput, da CF). Donde a obrigatoriedade de interpretação que sempre homenageie este desígnio constitucional do atendimento a uma necessidade material persistente, até porque a assistência social é dever do Estado (art. 6° da Carta de Outubro) e nem mesmo se confunde com a previdência social (o mesmo art. 6° bem separa as duas realidades jurídicas, no que é confirmado pelo cabeça do art. 194 e pelo citado caput do art. 203 Lex Máxima):

II – esse parâmetro objetivo da lei 8.742 vigora, assim, para o Poder Público. Somente para o Poder Público – insista-se – no sentido de que, ante a constatação de que a renda per capita familiar do necessitado é inferior a do salário mínimo, nada mais há que se discutir. O dever de assistência social exsurge para o Estado por• uma forma tão líquida quanto instantânea;

III – já do ângulo do particular, o critério sempre definidor do seu pretenso direito é o fato em si da verificação de uma densidade material que persiste. Principalmente quando se trata – e este é o caso – de pessoa portadora de deficiência física, pois é para esse tipo de ser humano que a Magna Carta de 1988 dirige duas específicas regras tutelares, ambas situadas no plano dos fins de toda atividade de assistência social". (Trechos do voto de Carlos Ayres Britto na Recl. 2.303-6).

<sup>278</sup> "Verifico, no entanto, que, a seguirmos nesta senda, estaríamos dando, no caso, ao juiz do Juizado Especial o direito de criar e aumentar beneficio, o que não é da sua competência. Criaria beneficio, deixando de indicar a fonte de custeio, exigência que se faz até àqueles que têm competência legislativa. Isso porque, ao deixar inteiramente a critério do magistrado a aferição desse estado de necessidade e desta verificação de pobreza, foge-se, portanto, daquilo que foi fixado em lei como um parâmetro atuário, ou seja, aquilo que o orçamento da Previdência e Assistência Social comporta. Existe um universo correspondente aos habitantes do País. Dentro dele se calcula que uma determinada parcela não tenha

Em "à parte", ainda no curso da confirmação de voto de Gracie, se pronunciou Jobim sobre o tema. Esclareceu que, à época do julgamento, seu voto foi o condutor do acórdão, em sentido contrário ao de Ilmar Galvão, prevalecendo a tese de que a lei não houvera fixado qualquer outro critério, devendo figurar a renda per capita de até ¼ do salário mínimo como única hipótese normativa.

Recrudesceu seu argumento pelo viés da segurança jurídica, aduzindo que, se o entendimento de Ilmar Galvão prevalecesse, instaurar-se-ia uma grande desordem, abrindo margem à criação de critérios regionais, sub-regionais, microrregionais, municipais, distritais e gerando uma enorme obrigação, a qual não teria uma forma de controle<sup>279</sup>.

Dando continuidade à sua missão quase quixotesca, Ayres Britto insistiu que o entendimento restritivo do STF traria problemas de lógica sistêmica ao ordenamento, no concernente à obrigatoriedade de cada família possuir um salário mínimo para sobreviver. Exemplificou o problema matemático aduzindo que se a família possuísse 03 membros, para que um deles tivesse acesso ao benefício, se idoso ou deficiente, a

rendimentos que superem a ¼ (um quarto) do salário mínimo, e, nestas condições, apenas para beneficiar essas pessoas, e não outras, a lei definiu o beneficio que já era previsto pela Constituição Federal.

Por isso, Ministro Carlos Britto, pedindo vênia a Vossa Excelência, entendo que a sentença, embora tenha afirmado com todas as letras que não descumpria a decisão deste Supremo Tribunal Federal, de fato, na prática, faz letra morta da nossa decisão, porque a decisão do Supremo Tribunal Federal foi exatamente a de fixar como parâmetro objetivo a ocorrência, a existência ou não deste limitador de ganhos da família: um quarto do salário mínimo". (Trecho da confirmação de voto de Ellen Gracie na Recl. 2.303-6).

re

<sup>&</sup>lt;sup>279</sup> "Quando da discussão da matéria, acabei sendo Redator do acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade, a observação que fazíamos era que o inciso V do art. 203 da Constituição Federal estabelece:

<sup>&</sup>quot;Art 203

V — a garantia de um salário mínimo de beneficio mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei".

O que dispôs a lei n° 8.742/93, no art. 20 e seus parágrafos:

<sup>&</sup>quot;Art. 20. O beneficio de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

<sup>§ 2</sup>º Para efeito de concessão deste beneficio, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.

<sup>§ 3</sup>º Considera-se incapaz de prover a manutenção de pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo."

Ou seja, o Ministro Carlos Britto estava entendendo que isto era uma obrigação, um direito líquido e certo daqueles que tivessem 1/4 (um quarto). Aqueles, cuja família tivesse percepção de renda superior a '/4 (um quarto), poderia ter direito por outros parâmetros. Mas, não é o que fixou a lei e não é o que nós entendemos naquele texto" (Trecho do voto de Nelson Jobim na sessão de julgamento da Recl. 2.303-6).

família teria de ter como renda, no máximo, ¾ do salário mínimo, patamar de rentabilidade familiar denominado por Ayres Britto de "submínimo".

A partir daí, sucedeu-se uma discussão entre os ministros do STF. Ao final do debate, as inquietações de Ayres Britto não foram devidamente respondidas, mas seu voto foi rechaçado por Cezar Peluso, Sepúlveda Pertence, Gilmar Ferreira Mendes, além de Jobim e Gracie, já mencionados<sup>280</sup>.

Interessante foi o posicionamento ressalvado de Marco Aurélio nesse julgamento. Antes de adentrar no mérito da reclamação, fez questão de chamar a atenção para o descabimento de reclamação em face de descumprimento de acórdão prolatado em ação direta de inconstitucionalidade, por entender que o acórdão não é executável, tendo eficácia em si mesmo, não sendo possível apontar o descumprimento frontal do pronunciamento do STF<sup>281</sup>.

Mesmo entendendo que o comando constitucional autorizaria o enquadramento de discursos jurídicos normativos outros ao micro-sistema formado pela associação dos arts. 203, V e § 3° do art. 20 da Lei n° 8.742/93, no sentido defendido por Ayres Britto, entendeu que a reclamação não seria o momento adequado para rediscutir a matéria, ressentindo-se de não ter podido participar do julgamento da ADIn 1.232. Ao final, votou pela procedência da reclamação, nos termos do voto-relator de Gracie.

A partir desse julgamento paradigmático, o STF vem se pronunciando reiteradamente sobre a matéria em diversos outros julgados. Foi o ocorrido nos seguintes julgamentos: agravo regimental no recurso extraordinário 439.591-6, proveniente do Estado de São Paulo, que teve como agravante a Sra. Elizabeth Estan e agravado o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) <sup>282</sup>; embargos de declaração no recurso extraordinário 416.729-

<sup>281</sup> Tal posicionamento já houvera sido ressalvado pelo Ministro no julgamento de outras reclamações, sendo acompanhado em algumas oportunidades pelos então ministros Néri da Silveira, Ilmar Galvão, Carlos Velloso e Celso de Mello. Cf.: Rcl-MC 1782 / AP – AMAPÁ; Rcl-MC 1782 / AP – AMAPÁ; Rcl 500 / PR – PARANÁ; Rcl 389 / PR – PARANÁ; Rcl 390 / RS - RIO GRANDE DO SUL (nesta, o próprio Marco Aurélio figurou como relator).

<sup>&</sup>lt;sup>280</sup> O debate pode ser acompanhado pela leitura do inteiro teor das discussões na sessão de votação da Recl. 2.303, anexo, ao final, a esta dissertação.

<sup>&</sup>lt;sup>282</sup> EMENTA: Benefício assistencial (CF, art. 203, V; L. 8.742/93, art. 20, § 3°): ao decidir que a renda familiar é inferior a 1/4 do salário mínimo per capita, desde que descontadas as despesas da recorrida, o acórdão recorrido divergiu do entendimento firmado pelo STF na ADIn 1232, Galvão, DJ 01.06.2001, conforme assentado na Rcl 2.303-AgR, Pleno Ellen Gracie, 3.5.2004, quando o Tribunal afastou a

8, proveniente do Estado de Santa Catarina, que teve embargante Michele Bueno dos Santos e embargado o INSS<sup>283</sup>; agravo regimental em recurso extraordinário nº 348399, proveniente do Estado de São Paulo, que teve como agravante Ana Maria Silva e agravado o INSS <sup>284</sup>; recurso extraordinário nº 286.390-4, proveniente do Estado de São Paulo, que teve como recorrente o INSS e recorrido Antônio Florenço<sup>285</sup>.

# 7. Efeito reflexo e poder constituinte.

possibilidade de se emprestar ao texto impugnado interpretação segundo a qual não limita ele os meios de prova da condição de miserabilidade da família do necessitado deficiente ou idoso.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Brasília, 07 de junho de 2005. SEPÚLVEDA PERTENCE - RELATOR".

<sup>283</sup> EMENTA: 1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. 2. Benefício assistencial (CF, art. 203, V; L. 8.742/93, art. 20, § 3°): ao afastar a exigência de renda familiar inferior a 1/4 do salário mínimo per capita, para a concessão do benefício, o acórdão recorrido divergiu do entendimento firmado pelo STF na ADIn 1232, Galvão, DJ 01.06.2001, conforme assentado na Rcl 2.303-AgR, Pleno Ellen Gracie, 3.5.2004, quando o Tribunal afastou a possibilidade de se emprestar ao texto impugnado interpretação segundo a qual não limita ele os meios de prova da condição de miserabilidade da família do necessitado deficiente ou idoso.

3. Recurso extraordinário: devem ser considerados os fatos da causa na versão do acórdão recorrido (Súmula 279): precedentes.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em receber os embargos de declaração no recurso extraordinário como agravo regimental no recurso extraordinário e, por unanimidade em negar provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Brasília, 25 de outubro de 2005. SEPÚLVEDA PERTENCE - RELATOR

<sup>284</sup> EMENTA: Benefício assistencial (CF, art. 203, V; L. 8.742/93, art. 20, § 3°); ao afastar a exigência de ser comprovada renda familiar inferior a 1/4 do salário mínimo per capita para a concessão do benefício, o acórdão recorrido divergiu do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal na ADIn 1232, Galvão, DJ 01.06.2001, quando o Tribunal afirmou a constitucionalidade das exigências previstas na L. 8.742/93.

## A C Ó R DÃ O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 21 de fevereiro de 2006. SEPÚLVEDA PERTENCE – RELATOR.

<sup>285</sup> EMENTA Previdência. Constitucionalidade do § 3° do artigo 20 da Lei 8.742/93.

O Plenário desta Corte, ao julgar improcedente a ADIN 1232 proposta contra o § 3º do artigo 20 da Lei 8.742/93, concluiu, com eficácia "erga omnes", pela constitucionalidade desse dispositivo legal. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário conhecido e provido.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, unanimidade de votos, em conhecer do recurso extraordinário e dar provimento, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 20 de março de 2001. MOREIRA ALVES – RELATOR.

O STF vem ratificando a sua jurisprudência, no sentido de crer que os fundamentos das decisões em sede de controle abstrato de constitucionalidade também vinculam os juízos inferiores, como em casos como o exposto neste capítulo. Contudo, o engessamento do sistema cognitivo do direito brasileiro não é a única conseqüência da postura adotada pelo STF: esta prática acarreta conseqüências na própria teoria do poder constituinte.

Analisando o caso do benefício assistencial, entendeu a estrutura do sistema jurídico brasileiro que o ato do poder constituinte em apreço (art. 203, inciso V) careceria de *complementação de interatividade* (em nível de produção abstrata do direito) pela estrutura do sistema, já que a ele foi interconstituído um discurso jurídico decorrente de atividade legislativa: o § 3° do art. 20 da Lei n° 8.742/93 consiste num discurso jurídico enunciativo que, na teoria do poder constituinte, é derivado do discurso original (art. 203, inciso V).

Na jurisdição constitucional sob o prisma positivista, o STF não poderia alterar o espectro de normatividade do texto, apenas declará-lo inconstitucional, se assim entendesse ser esta a melhor decisão. O julgamento da ADIn 1.232, assim como tantos outros, são paradigmáticos por denotarem uma mudança no mínimo estrutural no sistema jurídico brasileiro, pois colocam o STF como um ator capaz de alterar a normatividade do discurso jurídico-constitucional originário e não simplesmente fiscal da atuação do poder constituinte derivado.

No caso ora analisado, em razão da vinculação da declaração de constitucionalidade aos demais órgãos do poder judiciário (art. 102, § 2º da CF/88), tornou-se impossível a proposta de maior abrangência integrativa de Ilmar Galvão ao art. 203, inciso V, ou qualquer outra diversa da fundamentação do voto vencedor.

Dali em diante, a expressão *que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provido por sua família* (conceito trazido pelo constituinte originário) significaria: para ter direito ao benefício assistencial constitucional de um salário mínimo, *inexoravelmente* o idoso ou portador de deficiência deverá possuir como renda familiar *per capita* até ½ de salário mínimo.

O § 3° do art. 20 da Lei n° 8.742/93, produto do legislador constituinte derivado, veio a complementar a normatividade do art. 203, inciso V da CF/88. Como elucidado

anteriormente, em nenhum momento o legislador utilizou termos como *exclusivamente* ou *somente* para reduzir os espectro de integração do discurso jurídico normativo que criou a esse ou aquele fato jurídico.

O voto de Jobim restringiu reflexamente o plano de integração do art. 203, inciso V, porque produziu, a partir do discurso jurídico enunciativo do § 3° do art. 20 da Lei n° 8.742/93, um discurso jurídico normativo impassível de ser integrado a fatos jurídicos nos quais o idoso ou deficiente físico, mesmo necessitando do benefício para sobreviver, tenha renda per capita superior a ¼ do salário mínimo.

Só o fato de Galvão ter produzido um discurso jurídico normativo – que depois, inclusive, veio a ter a aderência de Ayres Britto – distinto do criado por Jobim, já é uma prova inconteste de que não existia uma única interpretação para o discurso jurídico enunciativo do micro-sistema do art. 203, inciso V c/c o § 3° do art. 20 da Lei n° 8.742/93<sup>286</sup>.

Como pode ser constatao, pelo entendimento do próprio STF, a fundamentação do voto vencedor de Jobim na ADIn 1.232 – que implica nos termos de interpretação do acórdão – restará vinculada a todo e qualquer julgamento do poder judiciário que versar sobre a possibilidade de integração do conceito constituinte *que comprovem não possuir meios* de prover à própria manutenção ou de tê-la provido por sua família.

Reflexamente, a declaração de constitucionalidade perpetrada pelo plenário do STF na ADIn 1.232 veio determinar, pela fundamentação do voto de Jobim, não só a única interpretação possível para o § 3° do art. 20 da Lei 8.742/93, mas também a única interpretação possível para um dispositivo constitucional (art. 203, inciso V), núncio de um dos direitos fundamentais da carta política de 1988: o direito à seguridade social, na modalidade de assistência, previsto no art. 6° da CF/88.

-

<sup>&</sup>lt;sup>286</sup> Apesar disso, é possível afirmar que ambos os votos são possíveis e racionalmente estruturados sob as perspectivas dos limites impostos pela linguagem, apesar de terem como suporte axiológico valores distinto [solidariedade (ampliação do direito à assistência) em Ayres Britto e ordem (preservação do cálculo atuarial menos arriscado à saúde do sistema de seguridade) em Jobim.

O estudo de caso trazido nesta dissertação repetir-se-á sempre que uma declaração de constitucionalidade for concebida numa decisão interpretativa, em sede de controle abstrato, quando ação tiver como objeto de análise: emendas constitucionais ou discursos infraconstitucionais que sejam complementos de interatividade de discursos constitucionais.

Como restou demonstrado no capítulo VI, a fundamentação de tais acórdãos tomarão definitivamente as portentosas vestes de um discurso jurídico normativo abstrato, *com uma única interpretação*, em função da formação da coisa julgada material (art. 24 da CF/88). Mesmo parte da doutrina, reconhecendo que esta comporta limites (mudança do conteúdo da Constituição ou da norma objeto do controle; mutação constitucional ou mudanças das circunstâncias fáticas que norteiam a aplicação da norma), é sintomática a dificuldade em crer que o STF revisará seus julgamentos com base nesses requisitos.

Dessarte, o amadurecimento da normatividade hermenêutico-jurisdicional dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição de 1988 pode sofrer uma precoce interrupção pela prisão formal no tempo (coisa julgada – art. 24 da Lei 9.868/99) e no espaço (efeitos *erga omnes* e vinculante – art. 28, parágrafo único da Lei 9.868/99), como ocorreu no estudo de caso analisado nesta dissertação.

Não é preciso tecer comentários aprofundados para notar que a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADIn 1232 foi estapafúrdio, fora de propósito, absolutamente irracional e, pior que isso, é a manutenção do efeito vinculante sobre seus fundamentos, o que restou consignado pelo julgamento das reclamações expostos no capítulo VI.

O sistema construção da efetividade dos direitos fundamentais, pelo controle concentrado de constitucionalidade, é mais suscetível a fraudes sociais, uma vez que exclui a possibilidade democrática de se lapidar um sentido bravio e emancipatório à Constituição Federal. Além do quê, segue em sentido contrário ao pluralismo jurídico, pelo qual convergem algumas correntes vanguardistas do direito além da modernidade, como a teoria da Constituição aberta, defendida por Peter Häberle (1997).

Nesse sentido, urge evocar a teoria organizacional autopoiética de Luhmann (1997)<sup>287</sup> para constatar que tal decisão só foi tomada da forma como foi concebida, tendo em vista a completa ausência de amadurecimento sistêmico sobre a questão. Se a atribuição do efeito vinculante ao posicionamento do STF fosse concedida após a análise da interpretação do § 3º do art. 20 da Lei Federal 8.742/93 no sistema de controle difuso de constitucionalidade, à luz da produção concreta do direito, o STF uniformizaria a jurisprudência sob várias decisões precedentes que serviriam de parâmetros relacionais para a organização do sistema.

Aparentemente, a descentralização no sentido de privilegiar o controle difuso de constitucionalidade pode transparecer uma disfunção sistêmica. Mas, como bem ressaltou Luhmann, a complexidade dos sistemas sociais de hoje deve ser encarada como um estímulo ao processo de reconhecimento de que os parâmetros organizacionais do sistema de controle social não podem ser formulados abstratamente. Ao revés, precisam de um *inventário de decisões* que indiquem um horizonte seguro para que outras decisões de risco ou traumáticas sejam tomadas sobre alicerces mais confiáveis.

É inegável a necessidade de uniformização das decisões para garantia de segurança jurídica do sistema. Neste sentido, seria inadequada qualquer formulação teórica que viesse a inquinar de inconstitucional o efeito vinculante das decisões de uma corte suprema. Entretanto, é inegável que o controle abstrato de constitucionalidade, da maneira como está estruturado no país, não constitui o mecanismo adequado para o cumprimento desse papel.

Não se deve tentar entender o sistema jurídico ao lume dos olhos acadêmicos hipnotizados por um racionalismo moderno, apregoado na universalização dos valores

\_

<sup>&</sup>lt;sup>287</sup> Vide capítulo III, tópico 3.1.

da dimensão do mercado, que conspiram em prol da atrofia da estrutura sistêmica como meio para manutenção de um *status quo*. É lógico que, para o mercado, respostas rápidas criam um espaço de segurança jurídica maior.

Acontece que o Brasil é um país com democracia frágil e incipiente. Não pode se dar ao luxo de *importar* categorias jurídicas que podem funcionar em países europeus como a Alemanha, mas são absolutamente inadequadas à sua realidade histórico-jurídica. Numa sociedade multifária e excludente, no qual a estrutura do sistema jurídico está atrofiada ao máximo – já que a maioria das pessoas não possui condições de interagir no processo de cognição comunicativa sob o qual o direito está erigido – há de se esperar que as iniciativas legislativas convirjam no sentido de prestigiar a *democracia participativa* como energia emancipatória à luz dos paradigmas colocados pela pós-modernidade, principalmente no reconhecimento das mini-racionalidades.

O direito, na modernidade, sempre foi apontado como um elemento da superestrutura de manutenção do poder, tendente a ir a reboque dos modelos econômicos impostos pelos grandes monopólios mundiais. Segundo esta ideologia, a forma de concepção da cultura jurídica e aplicação dos ditames ornamentados como discursos do direito refletiriam somente a necessidade de adequação do sistema formal de poder – Estado – às imposições do macro-capital.

Não são poucos os exemplos que serviriam para ratificar a ideologia acima concatenada. Se a realidade brasileira for tida como parâmetro, perceber-se-á que as teses jurídicas estão sendo erigidas como sustentáculo dos modelos econômicos, frutos dos acordos com os bancos internacionais credores do país, como ocorreu indiretamente no julgamento da Recl. 2303, quando Gracie invocou argumentos econômicos, em prol da preservação de uma suposta *integridade fiscal*, para justificar a restrição do grau de interatividade normativa do direito fundamental.

Entretanto, é de fácil percepção o fato de que o dito crescimento econômico não impulsiona uma postura de distribuição de renda, fenômeno imprescindível ao desenvolvimento humano face à realidade do Brasil. Noutro aspecto, a violência urbana e rural, conseqüências da famigerada exclusão social, toma vestes de guerra civil e gera uma insegurança que nem o mais perfeito sistema penal poderia conter, como vem sendo presenciado pelos assassinatos de policiais e agentes

penitenciários no Estado de São Paulo, patrocinados por uma facção formada por presos.

É fato que a marginalização social exclui do acesso à justiça milhões de brasileiros, tornados reféns das políticas de internacionalização da produção e do próprio capital financeiro virtual. Por isso mesmo a decisão pouco amadurecida do STF sobre o grau de interatividade de um benefício assistencial toma as vestes de tragédia jurisdicional, propiciada por uma disfunção sistêmica de natureza grave.

A idéia de universalização do direito, alicerçada no sistema estruturado no Estado enquanto monopólio do poder político-jurídico conspira pelo descrédito da própria epistemologia pós-moderna como energia emancipatória. É necessário que todas as ferramentas do direito estejam voltadas à transformação das realidades periféricas.

Uma vez que o sistema jurídico incorpora mecanismos inadequados à resolução dos novos conflitos emergentes da diversidade social, por serem estes desorganizados e incapazes de compreender a complexidade que circunda a era pós-moderna, não possível sequer dizer que esse modelo de direito procura acompanhar as inovações impingidas pelo quotidiano, visto que as próprias decisões judiciais impedem a aproximação da população mais carentes do aparelho jurisdicional do Estado.

Sobre o assunto, pertinente é a análise de Santos (2001) acerca de três temas de imprescindível monta para a sociologia dos tribunais, na era que se faz iminente. Consoante seus ensinamentos, o acesso à justiça; a administração da justiça enquanto instituição política e profissional; e os conflitos sociais e seus mecanismos de resolução, interpõem-se como as três linhas mestras de reflexão para o jurista do novo século, comprometido com seu tempo, com a sua realidade.

Dos três temas propostos pelo sociólogo, esta dissertação trata, em particular, da questão relativa à democratização do acesso à justiça como paradigma da pósmodernidade. Não se está, com isto, fazendo uma apologia à reestruturação dos tribunais como a grande e única solução para a democratização do acesso à justiça. Reconhece-se, no entanto, que fenômenos como efeito reflexo constitucional são ameaçadores a uma racionalidade pós-moderna que emerge no início deste novo século, sob o manto da inclusão e do reconhecimento da diversisdade em todas as esferas.

É preciso entender a gênese do conhecimento na pós-modernidade, para que se compreenda que o direito, assim como a navegação, a etnografia, a jardinagem e a poesia funcionam à sua luz do saber local (GEERTZ, 2000, p. 249) e da adoção da teoria da complexidade. A antropologia vem denunciando, há algum tempo, a necessidade de intercâmbio de informações entre os diversos ramos do conhecimento ocidental, devido à transformação mundial pela qual passa a sociedade contemporânea.

Esta confluência urge como forma, não meramente auxiliar, mas essencial à função judicante tradicional, que se perfaz numa via essencialmente transdisciplinar, apesar de ainda resguardar resquícios de uma linguagem consolidada culturalmente, inacessível a muitos pelas suas peculiaridades e especificidades.

Não é à toa que Geertz (2000: 255), discorrendo sobre a sociedade estadunidense, denuncia que o crescimento da litigiosidade no direito público obriga juízes a saberem muito mais do que realmente lhes interessa saber sobre clínicas psiquiátricas em Alabama, compra e venda de imóveis em Chicago, a polícia na Filadélfia ou departamentos de antropologia em Providence. Ou seja, obriga-lhes a ter uma bagagem de conhecimentos pragmáticos para resolução de conflitos de interesses que só podem ser resolvidos mediante o amadurecimento de um sistema que comporte a completude do ciclo de produção do direito (produção abstrata e concreta) e não se restrinja à análise meramente abstrata dos fenômenos.

Não é válida a abdicação do processo penoso, mas democrático, no qual se prima pela discussão acerca da efetividade dos direitos fundamentais à luz dos casos localizados, em decorrência das demandas realmente litigiosas nas quais interagem partes sensíveis. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal não estão em melhores condições cognitivas de titularizarem o processo de construção da normatividade constitucional dos direitos fundamentais, a partir de um mero conflito de normas frias e sem significado etnográfico, as quais se interporão de forma constritiva no judiciário do país inteiro<sup>288</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>288</sup> "Universalismo significa que uma relação significativa se atualiza independentemente da situação e das *qualidades* dos parceiros. Se o código-poder não se universaliza, ele não se institucionaliza socialmente. Para universalizar-se, ele necessita do direito que atua, então, como uma forma estabilizadora, de tal modo que as decisões do poder parecem não depender das qualidades pessoais do detentor do poder, mas das regras de seu exercício. Ou seja, o esquematismo binário direito/não-direito permite que tanto o detentor quanto o submetido *possam* (*e devam*) *agir juridicamente*" (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 52).

A multicultura do Distrito Federal não é suficiente para desvendar ou servir de parâmetro para as reais demandas do povo brasileiro a ponto de excluir os Juízos de 1º instância do país inteiro do processo de concatenação interpretativa dos discursos jurídicos enunciativos núncios dos direitos fundamentais.

No direito, a lógica dialética aristotélica prevalece sobre a analítica, exatamente pelo fato de ser o fenômeno jurídico produzido no campo da argumentação sobre decisões, incompatível com a certeza absoluta, pelo qual efetivamente se perfaz a interpretação judicial das normas (PERELMAN, 2000).

A argumentação jurídica, base de todas as decisões judiciais, é produzida pelos juristas, como bem leciona Perelman (2000, p. 01), no plano do verossímil, do provável, do plausível, até porque, após a ruptura causada pelo trabalho científico de Popper (2000, p. 275-309), o conceito de verdade foi extremamente contestado no âmbito científico.

Aceitar um sistema jurídico que comporte a possibilidade de 11 Ministros investidos indiretamente – à luz dos postulados democráticos – legislarem constitucionalmente de forma a extirpar a diversidade imanente à riqueza multifária dos litígios concretos corrompe uma lógica científica que já vem sendo sedimentada há algum tempo nesse processo de transição pós-moderna.

Pior, o efeito reflexo constitucional recaindo sobre discursos jurídicos enunciativos de normas intermediárias de concreção dos direitos fundamentais fará com que o direito brasileiro fique cada vez mais distante do entendimento dos fenômenos complexos que circundam a pós-modernidade.

Crer na possibilidade de o Supremo Tribunal Federal poder redimensionar, infalivelmente, a normatividade dos direitos constitucionais fundamentais, adequando-os, em abstrato, à realidade de localidades díspares em realidades sociais, é subestimar de maneira irresponsável o potencial evolutivo e transformador da humanidade representada aqui no povo brasileiro.

Ante a diversidade que assola a realidade cultural do nosso país entende-se que o efeito reflexo constitucional interveniente no grau de interatividade dos direitos fundamentais não traz a pretensa segurança jurídica pretendida. Ao revés, propicia uma cegueira e

uma grande insegurança, principalmente quando as decisões são tomadas sem os precedentes necessários para a reconstrução de um horizonte concreto de produção dos direitos.

O eixo gnosiológico do sistema jurídico pós-moderno reside na idéia de segurança jurídica em sintonia com o viés democrático de amadurecimento dos julgados como forma de criação de um inventário de decisões que possam propiciar redução de complexidade ao longo prazo.

Respondendo as perguntas formuladas na introdução da dissertação, pode-se dizer que o sistema jurídico da modernidade, na pós-modernidade incipiente, está passando por um processo de alteração da sua estrutura, mas que ainda não atingiu o seu padrão de organização para se adequar a este período de transição.

O efeito reflexo constitucional, portanto, constitui uma mudança estrutural do sistema jurídico moderno, já que a própria concepção clássica da função judiciária vem sofrendo um processo de mutação. Logo, a atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador constitucional *decorrente derivado* não atinge o padrão de organização do direito moderno, mas compromete a transição a uma racionalidade jurídica pós-moderna.

O discurso jurídico moderno (resultante da produção abstrata e concreta do direito) é utilizado em parte pelo direito contemporâneo, que continua a se valer do silogismo causal para a consecução dos discursos que servem de mecanismo comunicativo dos debates na seara jurisdicional.

O efeito reflexo constitucional é inadequado ao sistema organizacional autopoiético traçado por Luhmann como paradigma de compreensão dos fenômenos complexos da pós-modernidade, porque elide o fato de que as decisões deveriam ser maturadas por outras decisões antecedentes. Mais adequado, à teoria de Luhmann, seria se o STF se pronunciasse definitivamente após o exercício democrático do controle difuso de constitucionalidade.

O sistema de produção do direito da modernidade deve sofrer alterações para manter a congruência com o seu ambiente recheado de fatos sociais complexos, mas num caminho que se aproxime mais do regime anglo-saxão da *commun law*, que parece ser mais adequado à resolução dos problemas de alta complexidade carreados pela pósmodernidade incipiente.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS CITADAS

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Incidente de Argüição de Inconstitucionalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

AMARAL, Diogo Freitas do. Curso de Direito Administrativo, vol. I. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

ANDERSON, Perry. As Origens da Pós-modernidade. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BACHOF, Otto. Normas Constitucionais Incostitucionais?. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

BARABÁSI, Albert-Lászlo & BONABEAU, Eric. Redes sem escala. Scientific American Brasil, Junho de 2003.

BARACHO, José Alfredo Oliveira. Processo Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARBOSA, Rui. Atos inconstitucionais. 2ª edição. Campinas: Russell, 2004.

BARRUFINI, José Carlos Toseti. Revolução e poder constituinte. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 12º edição. São Paulo: Saraiva, 1990.

BAUMAN, Zygmunt. O mal-estar da pós-modernidade. Tradução: Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BERTALANFFY, Ludwig Von. Teoria general de los sistemas. Fundamentos, desarrollo e aplicaciones. 10º Reimpressão. México: Fondo de Cultura Econômica, 2003.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 15º edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRITO, Edvaldo. Limites da revisão constitucional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1993.

BURNS, Edward. História da Civilização Ocidental: O Drama da Raça Humana, vols. I e II. Tradução: Lourival Gomes Machado, Lourdes Santos Machado e Leonel Vallandro. 2º edição. Porto Alegre: Globo, 1970.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 3º edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. 2º edição. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1992.

CAPRA, Fritjof. As conexões ocultas. Ciência para uma vida sustentável. Tradução: Marcelo Brandão Copolla. 11º edição. São Paulo: Cultrix, 2002.

CAPRA, Fritjof. O ponto de mutação. A ciência, a sociedade e a cultura emergente. Tradução: Álvaro Cabral. 28º edição. São Paulo: Cultrix, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. Roteiro de Lógica Jurídica. 4º edição. São Paulo: Saraiva, 2001.

CRETELLA JÚNIOR, José. Manual de Direito Administrativo. 6º edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CRISAFULLI, Vezio. Le norme "programatiche" della costituzione. Milão: 1952.

DEMO, Pedro. Introdução à Metodologia da Ciência. São Paulo: Atlas, 1985.

ECO, Umberto. Interpretação e superinterpretação. Tradução: Martins Fontes. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ECO, Umberto. Os limites da interpretação. Tradução: Pérola de Carvalho e Afonso Nunes Lopes. São Paulo: Perspectiva, 2000.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Constituinte: Assembléia, Processo, Poder. 2º edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. Técnica de decisão e dominação. 3º edição. São Paulo: Atlas, 2001.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Estudos de filosofia do direito. 2º edição. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 18º edição. São Paulo: Saraiva, 1990.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder constituinte. 3º edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

FORLIN, Enéias. A teoria cartesiana da verdade. São Paulo: Fapesp, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução: Flávio Paulo Meurer, Enio Paulo Giachini e Márcia Sá Cavalcane-Schuback. Petrópolis: Vozes, 2003.

GEERTZ, Clifford. O Saber Local. Tradução: Vera Mello Jocelyne. 3º edição. Petrópolis: Vozes, 2001.

GIDDENS, Anthony. Modernidade e identidade. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

GOMEZ, Diego J. Duquelsky. Entre a Lei e o Direito: Uma Contribuição à Teoria do Direito Alternativo. Tradução: Amador Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre interpretação e aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUIMARÃES, Ary. A Desconstitucionalização do Brasil. Revista da Faculdade de Direito da UFBA, Salvador, BA, ano XXXVII, 1997/1998.

HÂBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre a facticidade e a validade I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Mudança Estrutural da Esfera Pública. Tradução: Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HARVEY, David. Condição pós-moderna. Tradução: Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 13º edição. São Paulo: Loyola, 2004.

HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo: parte I. Tradução Márcia Sá Cavalcanti Schuback. 13ª edição. Petrópolis: Vozes, 2004.

HELLER, Agnes. Além da justiça . Tradução Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

HELLER, Agnes & FEHÉR, Ferenc. A condição política pós-moderna. Tradução Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

HENRY, John. A revolução científica e as origens da ciência moderna. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

HOBBES, Thomas. Do cidadão. 3º edição. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HOBBES, Thomas. Leviatã ou matéria, forma, poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

KANT, Immanuel. Crítica da razão pura. Tradução: Valerio Rohden e Baldur Moosburger. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6º edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LIJPHART, Arend. Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países. Tradução: Roberto Franco. 2003. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo. Tradução: Julio Ficher. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUHMANN, Niklas. Sistemas sociales: lineamento para uma teoria general. Tradución: Silvia Pappe y Brunhilde Erke. México: Anthropos Editorial, 1998.

LUHMANN, Niklas. Organización e decisión. Autopoiesis, acción y entedimiento comunicativo. México: Anthropos Editorial, 1997.

MARX, Karl & ENGELS, Friederich. A Ideologia Alemã. Tradução: Luis Cláudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MATURANA, Humberto. A ontologia da realidade. Textos organizados por Cristina Magro, Miriam Graciano e Nelson Vaz. Belo Horizonte: UFMG, 1999.

MAURER, Hartmut. Elementos de Direito Administrativo Alemão. Tradução: Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 5º edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 20° edição. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 13º edição. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. A ação declaratória de constitucionalidade, a inovação da Emenda Constitucional 3, de 1993. In MARTINS, Ives Gandra Martins da Silva e Gilmar Ferreira (coord.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional. 3º edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORIN, Edgar. Ciência como consciência. Tradução: Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 5º edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

PERELMAN, Chaïm & OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado da argumentação: a nova retórica. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Petrópolis: Vozes, 2001.

PERELMAN, Chaïm. Lógica Jurídica. Tradução: Virgínia K. Pupi e Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito Administrativo. 13º edição. São Paulo: Atlas, 2001.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário. São Paulo: Dialética, 2002.

POLETTI, Ronaldo. Controle de Constitucionalidade das Leis. 2º edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

POPPER, Karl Raimund. A Lógica da Pesquisa Científica. Tradução: Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Editora Cultrix, 2000.

REALE, Miguel. Teoria tridimensional do direito. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social. Tradução: Antonio de Pádua Danesi. 3º edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 3º edição. São Paulo: Cortez, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. Introdução a uma ciência pós-moderna. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. O discurso e o poder. 2º reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice: o social e o político na pósmodernidade. 7º edição. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discursos sobre as ciências. 2º edição. São Paulo: Cortez, 2004.

SCHICK JR., Theodore. Destino, Liberdade e Pré-conhecimento. In Matrix, bem-vindo ao deserto do real. Org. William Irwin. São Paulo: Madras, 2003.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. A Constituinte Burguesa (Quést que le Tiers État?). Tradução: Norma Azeredo. 4º edição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 21º edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Malheiros Editores,1999.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. 2º edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SWARTZ, Bernard. Direito Constitucional Americano. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

SZTOMPKA, Piotr. A Sociologia da Mudança Social. Tradução: Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

TOURAINE, Alain. Crítica da Modernidade. Tradução: Elia Ferreira Edel. 6º edição. Petrópolis: Vozes, 1999.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS CONSULTADAS

BOAVENTURA, Edivaldo M. Metodologia da pesquisa. São Paulo: Atlas, 2004.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 10º edição. Brasília: UNB, 1999.

CAPRA, Fritjof. A Teia da Vida. Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Tradução: Newton Roberval Eichemberg. 14º edição. São Paulo: Cultrix, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 14º edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 2º edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DEL VECCHIO, Giorgio. Lições de filosofia do direito. 5º edição. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

DOWBOR, Ladislau. A Reprodução Social. Proposta para uma Gestão Descentralizada. 2º edição. Petrópolis: Vozes, 1999.

FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. 2º edição. São Paulo: Malheiros, 1998.

JARA, Carlos Júlio. "Construindo o Poder Local". Caderno CRH – Revista do Centro de Recursos Humanos da Faculdade de Filosofia da UFBA. n. 26/27, p. 211-233. Salvador: EDUFBA, 1997.

KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do Estado. Tradução: Luís Carlos Borges. 3º edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KORSMEYER, Carolyn. Ver, crer, tocar e a verdade. In Matrix: bem-vindo ao deserto do real. Org. William Irwin. São Paulo: Madras, 2002, p. 75-85.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. A essência da constituição. Tradução: Aurélio Wander Bastos. 4º edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

LUHMANN, Niklas. La realidad de los medios de masas. 1ª edição. México. Anthropos, 2000.

LUHMANN, Niklas. Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo. Santiago: Chile, Anthropos, 1997.

LUHMANN, Niklas. Teoría política en el Estado de Bienestar. Espanha: Madrid, Alianza Universidad, 3ª edição, 2002.

MARCONI, Marina de Andrade. Metodologia Científica. Para o curso de direito. São Paulo: Atlas, 2000.

MARX, Karl & ENGELS, Friederich. A Ideologia Alemã. Tradução: Luis Cláudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1997.

NADER, Paulo. Filosofia do direito. 13º edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NASCIMENTO, Carlos Valder (Org.). Coisa Julgada Inconstitucional. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

NEVES, Marcelo. Teoria da Inconstitucionalidade das Leis. São Paulo: Saraiva, 1988.

NIETZSCHE, Friedrich. A gaia ciência. Tradução: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

PASQUALINI, Alexandre. Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

ROCHA, Leonel Severo & STRECK, Lenio Luiz. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Porto Alegre: Rio Grande do Sul/Brasil. Livraria do Advogado/Editora. 2005.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano & CLAM, Jean. Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito. Porto Alegre: Rio Grande do Sul/Brasil. Livraria do Advogado/Editora. 2005.

ROMESIN, Humberto Maturana. Cognição, Ciência e Vida Cotidiana. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2001.

ROMESIN, Humberto Maturana. De Máquinas y Seres Vivos. Autopoieses; La Organización de lo Vivo. 1ª edição. Buenos Aires: Editorial Universitária Lúmen, 2003. ROMESIN, Humberto Maturana. El sentido de lo humano. 13ª edição. Chile. J. C. Sáez Editor. 2003.

SALDANHA, Nelson. Formação da Teoria Constitucional. 1º edição. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SALDANHA, Nelson. Formação da teoria constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. O processo legislativo. 2º edição. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SANCHÍS, Pietro.Ley, Princípios, Derechos. Madri: Dykinson, 1998.

SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na constituição federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

STOCKINGER, Gottfried. A sociedade da comunicação: o contributo de Niklas Luhmann. Rio de Janeiro: Papel Virtual, 2003.

SWARTZ, Bernard. Direito Constitucional Americano. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

TEIXEIRA FILHO, Monoel Antonio. O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis e dos Atos Normativos do Poder Público. São Paulo: LTr, 1985

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 10° edição. São Paulo: Malheiros, 1993.

VARELA, Francisco J. La habilidad ética. 1ª edição. Barcelona. Debate. 2002.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura do Direito. 2ª edição. São Paulo: Alfa-omega, 1997.

## REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS E ELETRÔNICAS

BRASIL. Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei Federal 9.868/99, publicada em 05 de novembro de 1999.

BRASIL. Lei Federal 8.742/93, publicada em 07 de dezembro de 1993.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1232-DF, 1993. Endereço Eletrônico do STF. Disponível em: http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Peticao/Frame.asp?clsse=ADI&processo=1708&r emonta=2. Acesso em: 12 de julho de 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental Reclamação 2303-RS, 2000. Endereço Eletrônico do STF. Disponível em: http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Peticao/Frame.asp?Classe=ADI&processo=2258&remonta=2. Acesso em: 10 de julho de 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Reclamação 383-SP, 1992. Endereço Eletrônico do STF. Disponível em http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/It/frame.asp?PROCESSO=383&CLASSE=Rcl&c od\_classe=403&ORIGEMe=ADI&processo=2258&remonta=2. Acesso em: 10 de julho de 2003.

## APÊDICES - ADIN 1232-1/1993 E RECLAMAÇÃO 2303-6/2000