

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO

A TRANSFORMAÇÃO DO ESTADO –
A PASSAGEM DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO PARA O MODELO DA
COMUNICAÇÃO ENTRE AS FUNÇÕES DO ESTADO

DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO

Professor Orientador: Dr. José Luis Bolzan de Moraes

São Leopoldo, fevereiro de 2006.

DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO

A TRANSFORMAÇÃO DO ESTADO –
A PASSAGEM DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO PARA O MODELO DA
COMUNICAÇÃO ENTRE AS FUNÇÕES DO ESTADO

Tese de doutorado apresentada à
banca examinadora no Programa de Pós-
Graduação em Direito Público da UNISINOS
– Universidade do Vale do Rio dos Sinos
para a obtenção do título de Doutor em
Direito Público.

Orientador: Professor Doutor José Luis
Bolzan de Moraes

São Leopoldo, fevereiro de 2006.

TERMO DE APROVAÇÃO

A minha mãe, Aldina Hassan Ribeiro, que já
não exerce, adequadamente, a memória.

AGRADECIMENTOS

À Lucimara, à Aline e ao Douglas, minha família, pela compreensão pelo tempo despendido para chegar nesse momento;

Ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e ao seu Conselho da Magistratura pelo auxílio financeiro parcial e pela licença de 4 (quatro meses) concedidos. À Escola Superior da Magistratura – AJURIS, pelo convênio celebrado com o Tribunal da Justiça;

À UNISINOS, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, aos respectivos professores e aos funcionários, pela oportunidade, pela compreensão e pelo auxílio nos momentos difíceis;

Ao Prof. Dr. José Luis Bolzan de Moraes, estimado orientador, pela simpatia, pelos conselhos, pela transmissão de experiência, pela compreensão e pelas sugestões, enfim por todo o auxílio;

A todos que, ainda que não citados expressamente, auxiliaram de qualquer forma a execução e a ultimação do trabalho, inclusive aos que ouviram as lamúrias sobre as dificuldades passadas e que deram estímulo para continuar.

RESUMO

Considerando as profundas transformações por que passa o Estado contemporâneo, decorrentes, especialmente, da globalização ou da mundialização econômica, que revela as diversas crises do Estado nos âmbitos conceitual, estrutural, constitucional, funcional e político, a tese apresentada se ocupa da comunicação entre os poderes do Estado, indicando o fim da noção de separação.

O princípio da separação dos poderes do Estado, na sistematização de Montesquieu, que tinha como propósito principal evitar a concentração do poder e como propósito secundário organizar o exercício do poder do Estado, como solução e reação do pensamento liberal ao absolutismo, evoluiu com a teoria norte-americana dos freios e contrapesos, bem como com a consagração constitucional dos conceitos de independência e autonomia dos poderes, exercidos com harmonia. Posteriormente, sedimentou-se a idéia de especialização das funções do Estado, assim enfatizando a delimitação de competências, que também

reduz a noção de poder, no sentido de mostrar que o poder do Estado não é apenas o poder oficial e formal, havendo outras fontes de onde emanam graves influências. E, recentemente, a Constituição da União Européia incorpora o conceito de cooperação leal entre as suas instituições.

A comunicação é, efetivamente, um dos temas centrais dos estudos científicos da atualidade, mormente nas áreas da sociologia e da filosofia. Tendo como teorias de base a Teoria dos Sistemas Sociais, de Niklas Luhmann, e a Teoria da Ação Comunicativa, de Jürgen Habermas, conclui-se que o Estado enfrenta inúmeras dificuldades na sua operação comunicativa, pois não há comunicação intersistêmica e, ainda, há espaços comunicativos, vistos como comunidades de linguagem, que não conseguem interagir pela diferença de sentido. Superados esses entraves, há, ou deve haver, a operação comunicativa entre os segmentos do Estado, apresentando a superação da idéia de separação pela noção de comunicação, que não elimina a especialização das funções, mas que a integra, com o fim de que haja uma atuação orgânica do Estado, em proveito da cidadania, com ênfase na prestação jurisdicional e nas políticas públicas, como resultado dessa operação comunicativa e reflexiva entre aqueles segmentos.

ABSTRACT

Considering the profound transformations the contemporary state is undergoing, especially due to economic globalization or mundialization, which reveals various state crises in conceptual, structural, constitutional, functional and political terms. This thesis concerns itself with communication between the state powers, indicating the end of the notion of separation.

The principle of the separation of powers in the Montesquieu's systematization, whose main purpose was to avoid the concentration of power and whose secondary one was to organize the exercise of power as a solution and a reaction by liberal thoughts to absolutism, evolved with the American theory of checks and balances, as well as with the constitutional acclaim for the concepts of independence and autonomy of the powers, exercised in harmony. At a later date the idea of the specialization of state functions was consolidated, thus emphasizing the delimiting of jurisdiction, which also reduces the notion of power

in the sense of showing that the power of the state is not only the official, formal one, but that strong influence also emanates from other sources. And recently, the European Union constitution incorporated the concept of loyal co-operation between its institutions.

Communication is effectively one of the central themes of scientific study today, especially in the areas of sociology and philosophy. Based on “The Theory of Social Systems” by Niklas Luhmann and “The Theory of Communicative Action” by Jürgen Habermas, it may be concluded that the state faces innumerable difficulties in its communicative operation as there is no intersystemic communication and, in addition, there are communicative gaps, seen as language communities, which are not able to interact because of a difference in meaning. These problems overcome, there is, or should be, communicative operation between the segments of the state, the idea of separation being superceded by the notion of communication, which does not eliminate the specialization of functions, but integrates it so that there is organic action of the state in favor of citizenship, with emphasis on jurisdictional service and public policy, as a result of this communicative and reflexive operation between those segments.

RIASSUNTO

Tenendo conto delle profonde trasformazioni per cui è passato lo Stato contemporaneo, le quali risultano, in particolare, dalla globalizzazione o mondializzazione economica, che rivela diverse crisi dello Stato nell'ambito concettuale, strutturale, costituzionale, funzionale e politico, la tesi presentata tratta della comunicazione fra i poteri dello Stato, indicando la fine della nozione di separazione.

Il principio della separazione dei poteri dello Stato, nella sistematizzazione di Montesquieu, cui meta principale era evitare la concentrazione del potere e cui meta secondaria era quella di organizzare l'esercizio del potere dello Stato come soluzione e reazione del pensiero liberale all'assolutismo, evolse con la teoria nord-americana dei freni e dei contrappesi, nonché con la consacrazione costituzionale dei concetti d'indipendenza e di autonomia dei poteri, esercitati in modo armonico. Posteriormente, si è sedimentata l'idea di specializzazione delle

funzioni dello Stato, dando quindi risalto alla delimitazione di competenze, che reduce anche la nozione di potere, nel senso di mostrare che il potere dello Stato non è appena il potere ufficiale e formale, essendovi altre fonti da dove emanano gravi influenze. E, recentemente, la Costituzione dell'Unione Europea incorpora il concetto di cooperazione leale fra le sue istituzioni.

La comunicazione è, effettivamente, uno degli argomenti centrali degli studi scientifici dell'attualità, principalmente nei campi della sociologia e della filosofia. In base alla teoria fondamentale dei Sistemi Sociali, di Niklas Luhmann, nonché a quella dell'Azione Comunicativa, di Jürgen Habermas, si conclude che lo Stato affronta innumerevoli difficoltà nella sua operazione comunicativa, poiché non c'è comunicazione intersistemica e, inoltre, vi sono spazi comunicativi, visti come comunità di linguaggio, che non riescono a interagire a causa della differenza di senso. Superati questi ostacoli, ci sarà, o ci dovrà essere l'operazione comunicativa fra i segmenti dello Stato, presentando il superamento dell'idea di separazione con la nozione di comunicazione, che non elimina la specializzazione delle funzioni, ma che l'integra, affinché ci sia un'attuazione organica dello Stato, a beneficio della cittadinanza, dando risalto alla prestazione giurisdizionale e alle politiche pubbliche, come risultato di questa operazione comunicativa e riflessiva fra quei segmenti.

RÉSUMÉ

Compte tenu des profondes transformations par lesquelles passe l'État contemporain, lesquelles dérivent, tout particulièrement, de la globalisation ou de la mondialisation économique, qui révèle différentes crises de l'Etat dans les domaines conceptuel, structurel, constitutionnel, fonctionnel et politique, la thèse présentée traite de la communication entre les pouvoirs de l'État, indiquant la fin de la notion de séparation.

Le principe de la séparation des pouvoirs de l'État, dans la systématisation de Montesquieu, qui avait pour but principal d'éviter la concentration du pouvoir et pour but secondaire d'organiser l'exercice du pouvoir de l'État, comme solution et réaction de la pensée libérale à l'absolutisme, a évolué avec la théorie nord-américaine des freins et des contre-poids, ainsi qu'avec la consécration constitutionnelle des concepts d'indépendance et d'autonomie des pouvoirs, exercés avec harmonie. Postérieurement, l'idée de spécialisation des fonctions de

l'État s'est sédimentée, mettant ainsi en évidence la délimitation de compétences, qui réduit aussi la notion de pouvoir, en vue de montrer que le pouvoir de l'État n'est pas uniquement le pouvoir officiel et formel, mais qu'il y aurait d'autres sources d'où émanent de graves influences. Et, récemment, la Constitution de l'Union Européenne incorpore le concept de coopération loyale entre ses institutions.

La communication est, effectivement, un des thèmes centraux des études scientifiques de nos jours, notamment dans les domaines de la sociologie et de la philosophie.

Ayant comme théories de base la Théorie des Systèmes Sociaux, de Niklas Luhmann, et la Théorie de l'Action Communicative, de Jürgen Habermas, on conclut que l'État fait face à d'innombrables difficultés dans son opération communicative, car il n'y a pas de communication inter-systémique et, de plus, il y a des espaces communicatifs, considérés comme étant des communautés de langage qui ne réussissent à interagir dû à la divergence de sens. Une fois ces obstacles surmontés, il y a, ou il doit y avoir l'opération communicative entre les segments de l'État, présentant le dépassement de l'idée de séparation par la notion de communication, qui n'élimine pas la spécialisation des fonctions, mais qui l'intègre afin qu'il y ait une réalisation organique de l'État au profit de la citoyenneté, faisant valoir la prestation juridictionnelle et les politiques publiques, comme résultat de cette opération communicative et réflexive entre ces segments.

RESUMEN

Considerando las profundas transformaciones por las que pasa el Estado contemporáneo, consecuencia, especialmente, de la globalización o de la mundialización económica, que revela diversas crisis del Estado en los ámbitos conceptual, estructural, constitucional, funcional y político, la tesis presentada se ocupa de la comunicación entre los poderes del Estado, indicando el fin de la noción de separación.

El principio de la separación de los poderes del Estado, en la sistematización de Montesquieu, que tenía como propósito principal evitar la concentración del poder y, como propósito secundario, organizar el ejercicio del poder del Estado como solución y reacción del pensamiento liberal al absolutismo, evolucionó con la teoría norteamericana de los frenos y contrapesos, así como con la consagración constitucional de los conceptos de independencia y

autonomía de los poderes, ejercidos con armonía. Posteriormente, se consolidó la idea de especialización de las funciones del Estado, enfatizando así la delimitación de competencias, que también reduce la noción de poder en el sentido de mostrar que el poder del Estado no es solo el poder oficial y formal, habiendo otras fuentes de donde emanan graves influencias. Y, recientemente, la Constitución de la Unión Europea incorpora el concepto de cooperación leal entre sus instituciones.

La comunicación es, efectivamente, uno de los temas centrales de los estudios científicos en la actualidad, principalmente en las áreas de la sociología y de la filosofía. Teniendo como teorías de base la Teoría de los Sistemas Sociales, de Niklas Luhmann, y la Teoría de la Acción Comunicativa, de Jürgen Habermas, se llega a la conclusión de que el Estado enfrenta innumerables dificultades en su actividad comunicativa, pues no hay comunicación intersistémica y, aún, hay espacios comunicativos, vistos como comunidades de lenguaje, que no consiguen interaccionar por la diferencia de sentido. Superados esos obstáculos, hay, o debe haber, la actividad comunicativa entre los segmentos del Estado, presentando la superación de la idea de separación por la noción de comunicación, que no elimina la especialización de funciones, sino que las integra, con el fin de que haya una actuación orgánica del Estado en provecho de la ciudadanía, con énfasis en la prestación jurisdiccional y en las políticas públicas, como resultado de esa operación comunicativa y reflexiva entre aquellos segmentos.

SUMÁRIO

Introdução	19
Capítulo I – O Estado contemporâneo	34
1.1 – Rápida alusão sobre a origem do Estado	36
1.2 – A idéia de soberania	43
1.3 – A fragilidade do Estado contemporâneo	52
1.4 – A revisão do papel do Estado	57
1.5 – O Estado como centro do poder político	62
1.6 – Passagem para outro estágio	66
1.7 – O Estado subproeminente	70
1.8 – O futuro do Estado	76
1.9 – A crise de soberania própria à pós-modernidade	81
1.10– A sociedade em rede – a tomada de decisões na pós-modernidade	84
Capítulo II – As funções do Estado - Uma revisão do princípio da separação dos poderes	91
2.1 – As doutrinas tradicionais sobre a separação dos poderes	92
2.2 – O equilíbrio dos poderes do Estado	102
2.3 – A separação dos poderes no Brasil	115
2.4 – A atualidade do princípio da separação dos poderes	120
2.5 – O Estado e a separação dos poderes na teoria de Niklas Luhmann	133

2.6 – O Estado e a separação dos poderes na teoria de Jürgen Habermas	138
Capítulo III – Bases para a otimização do Estado pela via da comunicação	146
3.1 – A idéia de Estado e sua concepção mecanicista	151
3.2 – A idéia de Estado e sua concepção organicista	173
3.3 – Entre o mecanicismo e o organicismo	182
3.4 – A situação das teorias sistêmicas da pós-modernidade – evolução pela comunicação	195
3.4.1 – Nota introdutória à teoria dos sistemas sociais	196
3.4.2 – Noções genéricas e preliminares da teoria dos sistemas sociais	199
3.4.3 – A teoria evolucionista de Niklas Luhmann	205
3.4.4 – A teoria da diferenciação dos sistemas de Niklas Luhmann	213
3.4.5 – O sistema jurídico	217
3.4.6 – A auto-observação do sistema parcial	228
3.4.7 – Os sistemas parciais: jurídico, político e econômico	238
3.4.8 – A teoria da comunicação de Niklas Luhmann	243
3.4.9 – Os meios de comunicação simbolicamente generalizados	249
3.4.10 – Sobre a autopoiese e o acoplamento estrutural	252
3.4.11 – A comunicação intersistêmica (?)	270
3.4.12 – A tradição organicista e a teoria sistêmica de Niklas Luhmann	277
3.5 – A situação da teoria do consenso – a razão comunicativa – a evolução pela comunicação	279
3.5.1 – O conceito de ação comunicativa	281
3.5.2 – Mundo da vida e sistema	287

3.5.3 – A teoria do consenso	293
3.5.4 – Procedimentalismo e substancialismo	298
3.5.5 – Idealismo, normativismo, positivismo e racionalismo – o mosaico do pensamento contemporâneo	303
Capítulo IV – A função (prestação) jurisdicional e a otimização do Estado	308
4.1 – A função jurisdicional e a recursividade dos conflitos	311
4.2 – Subjetividade, personalismo (ou individualismo) e soluções novas	322
4.3 – Sistemas e diversidade de linguagem	331
4.4 – O diálogo institucional e a cooperação – a comunicação	344
4.5 – O fim da separação dos poderes – por uma teoria da comunicação entre os poderes do Estado	362
Conclusão	369
Bibliografia	381

INTRODUÇÃO

A comunicação é um dos temas centrais nos estudos científicos da atualidade. Para justificar essa concepção, no âmbito da filosofia, por exemplo, conforme as modernas teorias da hermenêutica filosófica, sabe-se que a lingüística não esgota as possibilidades operativas da comunicação, pois há muito a ser perquirido no não-dito ou no não-escrito ou, ainda, naquilo que foi dito e escrito, mas que contém várias alternativas de sentido. Nesses termos, as obras de Martin Heidegger e de Hans-Georg Gadamer. Os signos lingüísticos expressados na linguagem verbal – oral ou escrita –, estão muito aquém das possibilidades comunicativas. A semiótica e a semiologia, nas obras de Charles Sanders Peirce e de Ferdinand de Saussure, têm por objeto todas e quaisquer linguagens possíveis, no caso da primeira, ou o estudo de todos os sistemas de signos da vida social, no caso da segunda.

Também fundamentando aquela conclusão inicial, a sociologia nas suas atuais apresentações teóricas, conforme a teoria de Niklas Luhmann, estabelece que a sociedade somente é possível graças à comunicação, enunciando, numa análise rigorosa, a equação: sociedade é comunicação. Jürgen Habermas e sua teoria da ação comunicativa, numa vertente mais filosófica e menos sociológica, preceitua que a comunicação, em uma das suas características, é derivada de um ato de vontade recíproco no mesmo sentido – consensual.

A política, seja ela uma arte, uma ciência ou, simplesmente, uma prática, como decorrência, está condicionada à comunicação. É redundante ou é, também, uma equação – política é comunicação.

Enfim, a comunicação tem sido estudada por inúmeros ângulos e aspectos. As pesquisas não ficam limitadas a análise sintática, à significação semântica e ao uso pragmático, no que tange à ação, à prática e à finalidade da linguagem. Há muito mais.

O tema geral da tese é, portanto, a comunicação.

Entretanto, isso é insuficiente, pois, tratando-se de tese em programa de pós-graduação em direito, que tem como linha de pesquisa geral o direito público, não basta expressar que a comunicação é o tema geral. Imbrica-se a comunicação com o Estado. O Estado em comunicação, ou a comunicação no Estado. O grande eixo temático da tese, portanto, é a Teoria do Estado, este em sua caracterização

contemporânea, com a constatação das grandes transformações por que passa, diante das novas e profundas exigências da sociedade. A abertura para uma especificação inicia com as funções do Estado, caracterizadas no princípio da especialização das funções. Nesses termos, a tese tem o objetivo de enfrentar uma problemática que atine à especialização das funções do Estado contemporâneo, com ênfase na função jurisdicional.

Pretende-se mostrar como se opera (ou como não se opera) a comunicação nos três poderes no Estado Moderno. Visto, então, o Estado como uma forma de organização social decorrente de uma longa evolução da sociedade no seu aspecto político, o Estado Moderno revelou-se dividido nas funções (a) legislativa, (b) executiva e (c) jurisdicional. Essa divisão das funções foi – e continua sendo – extremamente importante para evitar a concentração do poder político, diante das lições históricas antigas em que havia tal concentração, embora ainda hoje existam déspotas, ou tiranos, em Estados que ainda vivem no absolutismo ou, noutros casos, sob ditaduras militares. E, com efeito, desde Platão, no diálogo “Político”, é atribuído o nome de tirano àquele chefe único que age sem levar em conta as leis, nem os costumes. Enfim, uma das pilastras do Estado Democrático de Direito é, efetivamente, a separação dos poderes.

Embora com raízes na Atenas antiga, desde Platão, como visto, e Aristóteles, a elaboração da teoria dos três poderes deu-se na obra de Montesquieu. As teorias tradicionais apontam que o objetivo dessa separação era, justamente, evitar a concentração do poder político. A teoria evolucionista de

Niklas Luhmann, contudo, mas sem negar as teorias tradicionais, indica que tal decorreu da evolução da sociedade, com o aumento da complexidade das relações sociais. Habermas também estabelece que a divisão das competências em poderes do Estado, independentes entre si em nível pessoal e institucional não se deu por si mesma, mostrando, com isso, que o resultado moderno é decorrente de longa evolução. A expressão evolução é usada como sinônimo de transformação, pois evolução não significa progresso, mas uma forma mais complexa de apresentação de uma organização, da própria sociedade, enfim dos sistemas sociais.

Entretanto, essa idéia de separação dos poderes do Estado tem causas e conseqüências. A pesquisa tentou demonstrar, para além das causas, as conseqüências da separação dos poderes, algumas decorrentes de uma visão estreita do princípio – a impossibilitação de recíprocas interferências que inviabiliza a comunicação serve como exemplo. Esta visão é muito reduzida e traz prejuízos ao funcionamento do Estado. A ausência de comunicação entre os poderes do Estado e as suas razões, ou as dificuldades para que ocorra uma forma de comunicação, não permitem ao Estado, como organização política, uma atuação otimizada. No âmbito da prestação jurisdicional há inúmeros conflitos semelhantes ou iguais, reincidentes ou recorrentes, que poderiam ser evitados se houvesse uma operação comunicativa com as demais funções do Estado.

Existem determinadas áreas da prestação da função jurisdicional em que se destacam, de forma muito aguda, conflitos recursivos. Estes conflitos são minimamente solucionados pela jurisdição, pois se reproduzem, dando origem a

novos conflitos. Nesses casos, a prestação da jurisdição pelo Estado apenas serviu para proporcionar a paz social. Ainda que este modelo, por essa razão, tenha sido sempre insatisfatório, porque não pode o Estado prestar jurisdição apenas para atingir a paz social, na atualidade há o acréscimo de uma exigência, no sentido de que o Estado melhore o seu funcionamento, impondo-se uma maior complexidade que vai além do modelo da separação dos poderes. Numa classificação preliminar, concebem-se como conflitos recursivos os que são repetitivos, no sentido de se verificarem entre outras partes, ou os que são reincidentes, quando sua ocorrência se dá entre as mesmas partes, caso em que há uma semelhança muito grande entre os conflitos, ou o conflito posterior é resultante do conflito anterior.

Cumprindo observar também, com relação às linhas de pesquisa do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, na especificação temática, que se inclui na linha de pesquisa “Sociedade, novos direitos e transnacionalização”. A descrição da primeira parte dessa linha de pesquisa é suficientemente esclarecedora: “Os estudos a serem desenvolvidos nesta (segunda) linha de pesquisa objetivam investigar as transformações ocorridas no Direito, incrementadas pelas crises conceitual, estrutural, funcional e institucional (constitucional) que atravessam o Estado Contemporâneo, a partir do surgimento de novos direitos (terceira e quarta dimensões) e do influxo do fenômeno globalização.” Assim, parte das idéias de crise do Estado Contemporâneo por conta das profundas transformações pelas quais passa no atual momento histórico, conforme a concepção de José Luis Bolzan de Moraes, buscando revelar um aspecto da ineficiência do Estado, consistente na ausência de

soluções, por meio de políticas públicas, para a redução da recursividade dos conflitos que deságuam no Judiciário. Ainda que não se possa afirmar taxativamente inexistirem políticas públicas naquele sentido, as poucas iniciativas que existem não são institucionalizadas e, mesmo quando são adotadas algumas políticas públicas, raramente têm início na comunicação dos agentes do Estado, por isso fracassam ou apresentam resultados módicos.

A filiação à segunda linha de pesquisa também decorre da pesquisa bibliográfica realizada sobre a teoria dos sistemas sociais, que redefine a sociedade.

O título proposto revela, desde logo, uma delimitação temática. Partindo da noção de especialização das funções do Estado, indica que há – ou que deve haver – uma travessia para um modelo comunicacional entre os poderes do Estado. De rigor, da concepção liberal individualista de radical separação dos poderes, como reação ao absolutismo, houve avanços desde a teoria norte-americana dos freios e contrapesos, com a consagração constitucional da independência e autonomia dos poderes, com harmonia.

Todavia, em razão das expressões independência e autonomia têm decorrido uma prática política e um discurso sempre avesso a quaisquer interferências recíprocas. E, por conta do receio dessas interferências, não há, nem sequer, comunicação entre os órgãos que exercem as funções do Estado. Quanto à harmonia, esta expressão tem sido levantada nas questões orçamentárias,

especialmente, assim como no tratamento cordial entre os chefes dos respectivos poderes. Portanto, os poderes do Estado têm exercido as funções de forma separada, estanque, o que, para além de uma delimitação de competências constitucionais, revela uma comunicação que fica apenas no plano institucional representativo.

Noutro aspecto, as cortes constitucionais, os tribunais inferiores e os juízes de primeiro grau de jurisdição têm sofrido críticas porque estaria sendo implementado o que se chama de “judicialização da política” ou de “politização do judiciário”. No sentido de judicialização da política estaria ocorrendo o controle da política pelo judiciário. No sentido de politização do judiciário, os juízes estariam decidindo com base em premissas ou conforme o código do sistema político.

No modelo da comunicação, busca-se uma adequada relação entre os poderes do Estado, que não é visto de forma fragmentada, mas de forma integral e integrada, incluindo a fragmentação, ou seja, que não a elimina.

Enfatiza a tese a função jurisdicional, deixando para outros estudos e pesquisas a função executiva/administrativa e a função legislativa. Contudo, a abordagem necessariamente examinará, na argumentação, essas funções. Na ênfase no judiciário, dentro da limitação temática, examina-se o problema da recursividade dos conflitos, assim caracterizados os conflitos repetitivos entre partes diversas, bem como a reincidência conflitiva, em que as mesmas partes

voltam ao judiciário com demandas semelhantes, resultantes da demanda original, ou envolvidas em idênticas ações, ainda que por fatos diversos. Nesse sentido, a pesquisa procura responder à questão sobre a razão pela qual há excessiva demora na adoção de políticas públicas com a finalidade de ser evitada a repetição de demandas, com vistas à otimização do Estado. Por essa expressão – otimização do Estado – postula-se que, ao mesmo tempo em que há atuação de forma mais rápida na solução dos conflitos que ocorrem na sociedade, também há atuação de forma mais consentânea à realidade experimentada no cotidiano, o que somente é possível por meio de canais comunicativos constantes.

Conhecida a situação teórica tradicional do Estado, que o apresenta como decorrente de uma longa evolução da sociedade em termos políticos, o Estado contemporâneo enfrenta crises. José Luis Bolzan de Moraes, nas pesquisas que de há muito vem realizando, aponta para um quadro de crises agudas do Estado. A constatação do quadro atual, através de uma observação em elevada carga de abstração, é uma das empresas da pesquisa acadêmica. Constatado o quadro de crise, uma das tarefas da pesquisa acadêmica é a de tentar apontar soluções.

Assim, uma primeira justificativa da temática é a de, verificando que o Estado não cumpre, ao menos no nível das exigências da pós-modernidade, as suas funções, apresentar pesquisa que possa prestar algum auxílio na adoção de medidas tendentes a aperfeiçoar a comunicação interna no Estado.

Já existem experiências, em especial na Justiça Estadual do Rio Grande do Sul, que procuram ir além de, simplesmente, solucionar o litígio posto a julgamento. Aqui cabe abrir um parêntese, repetindo o que já constou acima, pois, efetivamente, no Estado Democrático de Direito, a função jurisdicional se exerce com a solução dos conflitos de interesse que são trazidos a julgamento. Todavia, propriamente não é solucionado o conflito, que permanece. Tão-somente é dada uma resolução judicial à ação submetida a julgamento no Judiciário. A toda evidência que, tendo sido prestada a função jurisdicional, não se poderia exigir mais. Entretanto, existem conflitos em muitas áreas do direito, em especial de direitos novos, como é o caso do direito da infância e da juventude, bem como existem conflitos novos em áreas do direito que já têm tratamento legislativo mais antigo, que demandam do Estado outras possibilidades de soluções, mais eficazes, não só tendo em conta a solução da ação, mas de modo a proporcionar, efetivamente, a solução do conflito, podendo, ainda, evitar a sua reprodução que, muitas vezes, se torna recursivo no Judiciário, com a apresentação de novas ações entre as mesmas partes.

Como dito acima, há experiências sendo realizadas, exemplificativamente na área do direito criminal, na área do direito da infância e da juventude e na área do direito de família que precisam receber um tratamento teórico, com vistas a que se possa avaliar melhor da sua eficiência e aplicação e, em caso afirmativo, que no mesmo tratamento teórico, possam ser aperfeiçoadas com a adoção de políticas públicas. Essas experiências serão vistas no quarto capítulo da tese.

Portanto, a pesquisa tem a justificativa, num primeiro ângulo, de perscrutar o atual momento do Estado na sua tríplice partição de funções, mostrando o paradigma em vigor, conforme a sua aplicação e a sua intenção. Esse modelo de separação, com aplicação radicalizada, traz prejuízos aos fins do Estado, presente a intenção e o temor de evitar a concentração do poder. Por outro ângulo, busca apontar novas possibilidades, algumas já em aplicação, que se encontram sem tratamento teórico adequado, no sentido de otimizar o Estado, em busca de melhores resultados, no que concerne à justiça social e no que trata de políticas públicas.

Com relação à metodologia, a tese é baseada fundamentalmente em pesquisa bibliográfica. A reflexão sobre as experiências não é suficiente para caracterizar a tese como empírica. Portanto, é uma tese teórica. E, nesse sentido, tem a perspectiva de examinar a aplicabilidade das teorias de base que serão utilizadas em duplo aspecto, certificação e projeção. No aspecto da certificação das teorias de base, simplesmente terá em conta a demonstração da correção daquelas teorias na especificidade da pesquisa projetada. No aspecto da projeção das teorias de base, tem em vista o aperfeiçoamento do Estado, com a contribuição dos estudos acadêmicos à experiência social. Assim, tem em vista a reflexão sobre a pesquisa bibliográfica, com a análise da política global, do sistema político, enfim do Estado na atualidade e de acordo com a sua evolução histórica.

Cumprido deixar claro, todavia, que a reflexão sobre a pesquisa bibliográfica sempre terá em conta um ponto de vista não dogmático, não tendo, portanto, as teorias de base como isentas de críticas. Com efeito, no que toca às teorias de base, que são as teorias dos sistemas sociais e da ação comunicativa, respectivamente de Niklas Luhmann e de Jürgen Habermas, amplamente diversas, mas que se propugna sejam complementares, haverá necessariamente um diálogo entre elas, mas também com elas e a realidade política e, ainda, uma aproximação dos discursos.

A tese redigida consta de quatro capítulos. O primeiro versa sobre o Estado contemporâneo, embora contenha noções sobre as teorias da origem do Estado e sobre a sua evolução. Parte-se da idéia de fragilidade, ou de crise, do Estado contemporâneo, que se mostra subproeminente, pois de uma posição hegemônica entra em transição para a globalização ou mundialização, esta vista como um fato. O Estado perdeu espaço no que tange ao conceito de nacionalidade, no que tange a ser considerado como centro do poder político, bem como quanto ao conceito de soberania, além das outras características que são modificadas de forma acentuada. O Estado sofre influências para a modificação da sua estrutura de maneira radical e, por isso, entra em crise. Este primeiro capítulo mostra que, nessa transição, a tomada de decisões é adotada em rede, não havendo mais um centro emanador e que uma rede é apresentada em uma teia com muitos nós que reforçam as decisões e que as refletem. Então, de uma pirâmide estrutural, hierárquica, oficial, no que concerne às decisões, a estrutura é modificada radicalmente para uma rede estrutural.

O segundo capítulo mostra o princípio da separação dos poderes do Estado, na ótica da sua revisão. Na atualidade do princípio da separação dos poderes, a doutrina tem destacado alguns pontos de confusão, no sentido de invasão de competências. No presidencialismo há uma ascendência do executivo sobre os demais poderes. No parlamentarismo estabelece-se uma semi-hegemonia do legislativo. E, no papel atual das cortes constitucionais, há o que se chama de “judicialização da política” e “politização do judiciário”, nos termos das pesquisas de Luiz Werneck Vianna e da abordagem de Celso Fernandes Campilongo. Não fosse suficiente essa extensa problemática, há, ainda, a identificação do judiciário como “superego moral da cidadania”, que possuiria as características do pai psicanalítico, conforme o estudo de Ingeborg Maus. Por fim, há a judicialização das relações sociais, das relações de vizinhança e já se anuncia a judicialização das relações educacionais e das relações de família, também em conformidade com as pesquisas de Luiz Werneck Vianna, mas vistas por ângulo diverso por Jürgen Habermas, como colonização sistêmica do mundo da vida.

O terceiro capítulo apresenta, dentro do quadro referencial da realidade posto nos dois primeiros capítulos, as bases para a otimização do Estado pela via da comunicação. Inicia a análise das concepções mecanicista e organicista do Estado e se estabelece nas teorias sistêmicas, essencialmente na teoria dos sistemas sociais, de Niklas Luhmann, bem assim nas teorias do consenso e do discurso, essencialmente na teoria da ação comunicativa, de Jürgen Habermas. Nesse instante, a elaboração da tese apresenta a pesquisa bibliográfica sobre as

teorias de base. A despeito convém, desde logo, antecipar a dificuldade de acesso dessas teorias e, por conseqüência, dificuldade de pesquisa. Basta notar que apenas uma dessas teorias já apresenta elevada dificuldade, por isso pesquisar em ambas implica dificuldades multiplicadas.

Este capítulo terceiro apresenta, efetivamente, as bases para o desenvolvimento de uma comunicação adequada entre os segmentos do Estado, mas parte das idéias de dificuldade e obstáculos dessa comunicação. Na teoria dos sistemas sociais, não há comunicação intersistêmica, uma vez que os sistemas são fechados na sua operação e abertos na sua cognição, por isso as informações recebidas do entorno só podem ser processadas se houver a modificação do sentido, com a operação pelo código sistêmico próprio. Para além disso, a evolução se vale das seleções que são feitas, que não tem em vista um progresso, mas, simplesmente, uma tentativa, que poderá se mostrar equivocada após a experimentação social. E, relativamente à teoria da ação comunicativa, o obstáculo está no idealismo da situação de fala, que somente é possível em ocasiões raras. Mas, esses obstáculos aqui apresentados, somente servem de exemplos, pois, como será visto, há outras inúmeras dificuldades.

Igualmente, destaque-se que a extensa pesquisa bibliográfica realizada sobre a teoria dos sistemas sociais cumpriu a finalidade de proporcionar segurança quanto à utilização dessa vertente teórica, com vistas a que fossem possíveis as conclusões finais. Houve, então, uma extensa descrição da teoria dos sistemas sociais e das suas categorias teóricas. A despeito de não ficar constando, com toda

a clareza, imediatamente após a pesquisa bibliográfica versada, a sua conexão e vinculação à tese, essa forma de apresentação foi a alternativa para manter uma linha de raciocínio que seguiu um projeto inicial de abordagem teórica. Como se vê do sumário, preferiu-se seguir, inicialmente, uma certa cronologia na redação da pesquisa escrita, partindo-se das noções sobre as transformações do Estado contemporâneo, desenvolvendo-se, na seqüência, a pesquisa sobre a especialização das funções, desde os primórdios do princípio da separação dos poderes, com as noções sobre as diversas crises e dificuldades atuais. Por isso, então, a apresentação e a descrição, somente no terceiro capítulo, das teorias de base anunciadas. Entretanto, as teorias de base, como era fácil supor, precisariam de maior espaço na redação, daí a extensão do terceiro capítulo.

Por fim, no último capítulo objetiva-se a certificação das teorias de base, iniciando-se com a notícia de algumas experiências realizadas no âmbito do judiciário no Estado do Rio Grande do Sul, realizando a crítica ponderada de tais projetos e mostrando as razões pelas quais não há a institucionalização de tais experiências. Nesse quadro, considera, em especial, o equívoco da concepção radical de separação dos poderes, expondo a necessidade de uma comunicação entre os órgãos que ocupam as funções do Estado, que pode ser compreendida nas idéias de diálogo permanente e de cooperação, trazendo os necessários esclarecimentos sobre a exata compreensão do que seja a idéia de fim da separação dos poderes. De qualquer modo, para a compreensão da tese, não são suficientes os conceitos de diálogo permanente e de cooperação leal. Esta última expressão é retirada da Constituição da União Européia, que não expressa as

noções de independência, autonomia e harmonia das suas instituições, mas enuncia que deve haver cooperação leal.

Com efeito, o diálogo permanente esbarra nos obstáculos expostos nas teorias de base e a cooperação leal fica aquém da idéia de comunicação entre as instituições, ou entre os segmentos de poder do Estado.

Nesses termos, para além de apontar precisas soluções – que são, contudo, apontadas – a tese se satisfaz com a indicação de estar superado o princípio da separação com o ingresso no modelo da comunicação entre os poderes do Estado, ou entre os órgãos constitucionalmente competentes para o exercício das funções do Estado, que deve abarcar a comunicação na sociedade, incluindo a comunicação nos segmentos, não oficiais, ou não institucionalizados, de influência do poder.

CAPÍTULO I – O Estado contemporâneo

O Estado, como construção da sociedade, ocupa uma posição de subproeminência na pós-modernidade¹. Esta é a idéia central do presente capítulo. No que concerne ao direito, especialmente no nível externo, há a prevalência do

¹ Por pós-modernidade entende-se um espaço de tempo posterior ao período chamado de modernidade, em que havia determinação, em que havia história. A pós-modernidade traz a indeterminação. A pós-modernidade, como diz Vattimo (VATTIMO, Gianni. O fim da modernidade. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. IX-XVII) põe fim à idéia de história, com sua noção de progresso e de superação, vendo a história como uma estória. Luis Alberto Warat já expôs que pós-modernidade seria uma fase de transição para uma nova época (menção em aula no PPGD - Mestrado). David Lyon (LYON, David. Pós-modernidade. São Paulo: Paulus, 1998, p. 17-21) cita Nietzsche e Heidegger como personagens pré-históricas da idéia de pós-modernidade, aquele com a criação do niilismo, com a idéia da “morte de Deus” a significar que não se pode ter certeza de nada, este com a menção a um crepúsculo no pensamento ocidental, que vê como uma oportunidade para a reconstrução. Ainda sem usar a expressão pós-modernidade, Marshall Berman (BERMAN, Marshall. Tudo que é sólido desmancha no ar. São Paulo: Companhia das Letras, 1986, p. 21) menciona que a “moderna humanidade se vê em meio a uma enorme ausência e vazio de valores, mas, ao mesmo tempo, em meio a uma desconcertante abundância de possibilidades.”

direito privado sobre o direito público, como anota Manuel Jiménez Redondo². No que concerne à economia, é vítima constante dos processos da globalização, através dos quais a volatilidade dos capitais força a implementação de políticas econômicas muitas vezes contrárias aos primeiros interesses da cidadania, o que ocorre com mais intensidade nos países em desenvolvimento. Essas crises e transformações por que passa o Estado contemporâneo têm sido com precisão estudadas por José Luis Bolzan de Moraes³.

Todavia, para além dessas constatações, insta pôr as questões sobre se o Estado assim prosseguirá, nessa fragilidade, ou se é imposta uma revisão do papel do Estado, tornando-o novamente forte e poderoso, ou, ainda, se o Estado cumpre, nesse espaço de tempo, uma passagem para um outro estágio na evolução da sociedade, o que dá formação a um conjunto de indagações prospectivas. Nesse caso, há sempre o risco de incidir em erros e equívocos. Para evitá-los, cuidando de dar o tom científico impositivo, a abordagem seguirá uma linha de observação da realidade do Estado nacional, nos níveis interno e externo.

Relativamente à soberania, que é a característica que define o Estado moderno, a lógica da pós-modernidade é diversa daquela tradicional e expressada nas Constituições. Para além do “poder invisível” mencionado por Norberto Bobbio, a lógica atual é a do poder em rede, ou em cadeia, como mencionam

² REDONDO, Manuel Giménez. Introdução. HABERMAS, Jürgen. *Más Allá del Estado Nacional*. México/DF: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 39.

³ Ver, entre outras obras: MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, 104p.

Niklas Luhmann, Jean-Marie Guéhenno, Jürgen Habermas, Michael Hardt e Antonio Negri, além de Manuel Castells, por exemplo. Nesse sentido, o Estado deixa de ser o centro de emanção do poder político, passando a integrar a rede de poder. Assim, ainda que o Estado ocupe uma função privilegiada, a subproeminência se apresenta porque deixou de ocupar uma posição central exclusiva. O Estado, o imenso Leviatã hobbesiano, já não é o único, nem, tampouco, o principal incentivador e implementador de políticas públicas em prol da cidadania, conforme a doutrina do *Welfare State*, sendo que, para o Estado liberal, não se admite nenhuma intervenção.

De todo modo, a preservação da democracia, ainda que esta se apresente com um quadro novo e mais complexo no jogo de influências do poder, mostra que o Estado continua reservando para si absoluta importância. Assim, embora o Estado se apresente frágil e subproeminente, no estágio atual não pode ser substituído por outra fonte de emanção e de organização do poder político.

1.1 – Rápida alusão sobre a origem do Estado

Considerando que as incontáveis teorias sobre a formação do Estado já se encontram delineadas na doutrina, estando presentes nos manuais de Teoria Geral do Estado ou de Ciência Política⁴, a pretensão é a de apresentar apenas uma visão

⁴ Ver, a respeito, exemplificativamente: BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. São Paulo: Malheiros, 2003. STRECK, Lenio Luiz, e MORAIS, José Luis Bolzan de. Ciência política e teoria geral do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. DALLARI, Dalmo. Elementos de teoria geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 1985. LEAL, Rogério Gesta. Teoria do Estado. Porto

meramente superficial sobre o ponto, pois adiante serão feitos novos questionamentos.

Sobre a origem das Repúblicas, ou do Estado, Jean Bodin menciona que foi a violência que lhe deu causa, contrariando expressamente Demóstenes, Aristóteles e Cícero, que teriam seguido o que havia sido escrito por Heródoto, no sentido de que os primeiros reis foram escolhidos pela fama de justiça e virtudes, no tempo em que os chamavam de heróicos. Diz ele, com base nos “*testimonios yndubitables de los más verdaderos historiadores, como son Tucídides, Plutarco, y César*”, que “*quando no ubiera la razón, los primeros hombres no tenían honrra ni virtud mayor que matar, robar, maltratar y sujetar los hombres.*” Cita, ainda, a História Sagrada, “*donde se dize que Nembrot, segundo hijo de Cham, fue el primeiro que sujetó los hombres con la fuerça y violencia, estableciendo su principado en Asiria. Y por esta causa le llamam el poderoso caçador, que los hebreos ynterpretam ladrón y salteador*⁵.” Mas, como exemplo da origem do Estado, cita Bodin o seguinte:

Y no ha setenta años que los pueblos de Guaga em Africa sauen que cosa es rey, ni otra alguna señoría, hasta que un particular de ellos fue a ver el rey de Tombut. Y, auiedo considerado la grandeza y magestad que vio en él, le dio gana de hazerse también rey en su tierra, y començó con matar un rico mercader. Y, tomándole sus cavallos, armas y mercancías, las repartió entre sus parientes y amigos, y con ayuda dellos sujetó aora los unos y después los otros, con fuerça y violencia, matando los más hazendados y apoderándose de sus bienes. De suerte que el hijo, viéndose rico de los robos de su padre, se hizo rey, y el sucessor de estos a

Alegre: Livraria do Advogado, 2001. AZAMBUJA, Darcy. Teoria geral do Estado. Porto Alegre: Editora Globo, 1979.

⁵ BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 216.

continuado con grande poder y autoridad, como escriue León de Africa. Este es el origen de las Repúblicas que nos haze clara la definición del ciudadano, no ser otra cosa que libre súbdito, dependiente de la suprema autoridad de otro⁶.

Portanto, para Jean Bodin, há uma vinculação entre as origens do Estado como resultantes da reunião de muitas famílias e por via da violência.

Também na obra *Los seis libros de la República*, Jean Bodin se refere a Estado. Nessa referência, no início do livro segundo, perquire “*Qué cosa es el Estado de una República*”. Adiante explica:

Pues havemos tratado de la Magestad suprema y de los privilegios y señales dellas, necessario es ver quienes son los que en cada República tienem la suprema autoridad para que podamos juzgar qual sea la manera de Estado. Como, si la suprema autoridad está en um príncipe solo, la diremos Monarchía; si en todo el pueblo, será Estado popular; si en la menor parte del pueblo diremos ser Estado aristocrático⁷.

Como o próprio Jean Bodin cita Maquiavel⁸, bem como porque Maquiavel publicou “O Príncipe” em 1513, não há como se retirar de Maquiavel o mérito de ter sido o precursor na definição e no uso da palavra Estado⁹. Para Bodin, Estado seria a maneira de a República se apresentar, ou o *Estado de la República*. Na sistematização atual, contudo, as formas de governo são a Monarquia e a República, uma opondo-se a outra, enquanto os sistemas de governo são o presidencialismo e o parlamentarismo. Todavia, desde Aristóteles (que viveu entre

⁶ Idem, ibidem.

⁷ Idem, p. 383.

⁸ Idem, p. 384.

⁹ Ver a respeito STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 24. Ver, ainda, BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1999, p. 22.

386 e 322 a.C.), na sua obra “A Política”, já há menção ao Estado, definido como uma sociedade política: “*Todas as sociedades, portanto, têm como meta alguma vantagem, e aquela que é a principal e contém em si todas as outras se propõe à maior vantagem possível. Chamamo-la Estado ou sociedade política*”¹⁰.”

Cumprido esclarecer, contudo, que a partir de Maquiavel há o prenúncio do Estado dito moderno, em dicotomia com o Estado dito antigo¹¹. A palavra Estado recebe, então, uma nova significação. Para os gregos, os Estados não ultrapassavam os limites de uma cidade – “*polis*” – surgindo a política como arte ou ciência de governar a cidade. Para os romanos havia a “*civitas*” ou a “*respublica*”, com o mesmo sentido. Portanto, o termo “estado”, usado na antigüidade, ou melhor “*status*”, que significava situação ou condição, era utilizado conjuntamente, como em Bodin, “Estado da República”, não com o significado adquirido a partir de Maquiavel. Nesse sentido José Luis Bolzan de Moraes e Lenio Luiz Streck, que aludem às características do Estado Antigo (Oriental ou Teocrático), em que havia confusão entre a família, a religião o Estado e a organização econômica, por isso não havia distinção entre o pensamento político e a religião, às características do Estado Grego, em que, especialmente, havia as cidades-Estado, ou seja, a *polis*. E, por fim, mencionam as características do Estado Romano, em que a base de organização era familiar e a noção de povo era restrita, não sendo Estados nacionais, pois o povo não estava ligado por tradições, lembranças, costumes, língua e cultural, mas por produtos de

¹⁰ Aristóteles. A política. São Paulo: Martins Fontes, 1998, 2ª ed., p. 1.

¹¹ MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. Op.cit., p. 25.

guerras e conquistas¹². Assim, “o nome Estado é um novo nome para uma realidade nova: a realidade do Estado precisamente moderno, a ser considerado como uma forma de ordenamento tão diverso dos ordenamentos precedentes que não podia mais ser chamado com os antigos nomes¹³.”

José Luis Bolzan de Moraes e Lenio Luiz Streck¹⁴ enunciam, ainda, as idéias negativas e positivas sobre a origem do Estado. A visão negativa do Estado está fundada na idéia de opressão de uma classe sobre a outra. O Estado seria a superestrutura do modo de produção capitalista, que seria a sua infraestrutura. A ótica negativa prende-se à perspectiva das idéias marxistas do desaparecimento do Estado, que decorreria, ao cabo dessa evolução política, da extinção das classes. E, a seu turno, a visão positiva se centra nas teorias contratualistas, ou, no dizer de outros, nas teorias voluntaristas¹⁵, que expõem o Estado como decorrente do acordo de vontades entre os homens que, num certo momento histórico, deliberaram a criação do Estado e, como decorrência do poder sobre os homens. Em Hobbes se vê claramente essa teoria, da passagem do estado de natureza para o Estado no sentido político. No estado de natureza “todo homem é inimigo de todo homem”, por isso, o Estado é um mal necessário, na medida em que, para a obtenção da paz e para a obtenção de segurança, os homens decidiram limitar a sua liberdade, reciprocamente¹⁶.

¹² Idem, p. 20.

¹³ Idem, p. 25.

¹⁴ Op.cit., p. 30-43.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 18.

¹⁶ HOBBS, Thomas. Leviatã. São Paulo: Nova Cultural, Os Pensadores, 1988, vol. I, p. 76 e 79.

As teorias voluntaristas de Hobbes e Rousseau se opõem, de certa forma, à idéia de John Locke. Para os primeiros, por meio do contrato social há a total alienação dos direitos naturais dos homens no estado de natureza ao Estado. Para Locke, que inaugura o liberalismo, há apenas uma limitação parcial, recíproca, dos direitos naturais, no sentido de que os indivíduos não renunciariam aos seus próprios direitos naturais¹⁷.

Sem destoar e, todavia, apresentando uma visão mais aprimorada, Georges Burdeau revela que o nascimento do Estado se deveu a uma gama de fatores, ou a um conjunto de circunstâncias que concorrem num dado momento histórico que formatam a institucionalização do poder. Portanto, para Burdeau, o Estado decorre, em suma, da institucionalização do poder, mas esta decorre de um complexo de circunstâncias, que são: (a) o território, pois favorece a idéia de Estado a sua maneira de ser, que é válida se à unidade física do espaço contido no interior das suas fronteiras corresponder a unidade espiritual do povo que aí vive; (b) a nação, “que brota de um sentimento ligado às fibras mais íntimas do nosso ser.” Cita, então, a raça, a língua, a religião, as recordações comuns, o habitat, mas conclui dizendo prevalecer a consciência dos membros do grupo, pois a nação depende mais do espírito do que da carne; (c) da existência do território e da nação é institucionalizado o poder, que não são bastantes para dar formação ao Estado, pois devem concorrer a potência, que é a possibilidade de ser obedecido, com a autoridade, que é uma qualificação para dar a ordem; (d) a busca da

¹⁷ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento...*, p. 129. Ver, ainda, STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. *Op. cit.*, p. 36-37.

segurança, pois o poder deve atribuir tranqüilidade, por isso no Estado moderno não deve haver arbítrio; (e) para a formação do Estado moderno importou a laicização da função política, independente do poder pessoal, ou seja a separação do Estado da Igreja e a manutenção do poder com o povo, não com o ocupante titular; (f) o poder legítimo, ou seja, fundado no direito válido na comunidade, ou dominante no grupo; (g) a busca da continuidade, da duração, ou seja, a permanência do poder institucionalizado; (h) e, por fim, a afirmação da soberania, para eliminar o risco de ser suplantado por outro poder, daí a sua indivisibilidade e incontestabilidade¹⁸.

Portanto, as teorias mais comuns apontam que o Estado ou teve origem na família¹⁹, ou pela vontade, ou pelo exercício da violência, ou, por fim, naturalmente, mediante o concurso de várias circunstâncias. Também há as idéias classistas de formação do Estado, derivadas do pensamento de Marx e de Engels, os quais viram o Estado como decorrência da luta de classes e da sua divisão entre a classe opressora e a classe oprimida, decorrente da causa econômica. Embora possa ser entendida como reducionista, numa acepção essa idéia pode ser incluída entre aquelas que percebem que o Estado teve origem na violência, aqui, então, concebida não como violência concreta e física, mas como mecanismo intrincado de opressão e de coação, que parte dos detentores da propriedade, ou do capital, contra os operários. Entre as causas naturais de formação do Estado está o pensamento teológico, no sentido de que o Estado é um fim em si mesmo, sendo o

¹⁸ BURDEAU, Georges. O Estado. Mira-Sintra/PT: Publicações Europa-América, Coleção Saber, 1977, p. 35-58.

¹⁹ Ver, inclusive, a obra de ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1987.

indivíduo apenas uma parte, idéia mecanicista, atomista, absorvida pelas teorias voluntaristas. De qualquer modo, é fundamental perceber que nenhuma das teorias exclui as outras, significando apenas mais uma forma de ver e interpretar os fatos históricos.

Caracterizando o Estado Absoluto como a primeira forma de apresentação do Estado Moderno, ou primeira versão, na passagem do feudalismo para o capitalismo²⁰, a soberania, que será destacada no próximo tópico, é o fundamento²¹ do Estado moderno. Mas, o constitucionalismo, na superação, ou na conversão do Estado absoluto em Estado constitucional, configura a premissa capital²² do Estado moderno, anunciando que o poder já não é de pessoas, passando a ser das leis.

1.2 – A idéia de soberania

A multidão, quando se reúne, na concepção contratualista hobbesiana, em busca da paz e da segurança, dá formação ao Leviatã²³. Mas, não é toda multidão que consegue dar lugar ao Estado, tampouco se pode calcular em número quantos homens são necessários para formar essa multidão específica. É necessário um consenso, com a redução das vontades a uma só vontade. Na origem do Estado por instituição, como expressado por Hobbes, viu-se a necessidade de os homens outorgarem “toda a sua força e poder a um homem ou a uma assembléia de

²⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 22.

²¹ BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 21.

²² Idem, p. 29.

²³ HOBBS, Thomas. Leviatã. São Paulo: Nova Cultural, Os Pensadores, 1988, vol. I, p. 104-105.

homens”, que seria a única maneira de todos se defenderem das invasões dos estrangeiros e das injúrias de uns para com outros.

Em verdade, quando se põe o Estado, a multidão já não o é, mudando de conceito e de estatuto, passando a constituir o povo. Desde Hobbes, como anotam Hardt e Negri, a multidão se distingue do povo. “O povo oferece uma vontade e uma ação únicas, independentes das diversas vontades e ações da multidão, e geralmente em conflito com elas. Toda nação precisa fazer da multidão um povo²⁴”.

Dessa análise surge o primeiro modelo de Estado Moderno – o Estado Absoluto, em que o monarca tem um tal poder incontestável, um poder de vida e de morte, como representante de Deus na Terra. Há uma verdadeira confusão entre o Estado e o monarca, valendo lembrar Luís XIV, em França, a quem se atribui ter dito a célebre frase: “O Estado sou eu”. Sobre a relação dos súditos com o soberano, Hobbes expõe ser miserável a condição daqueles, “pois se encontra sujeita aos apetites e paixões irregulares daquele ou daqueles que detêm em suas mãos poder tão ilimitado”²⁵. Todavia, acrescenta, não importa se a vida se dá em uma monarquia, ou em democracia, ou, ainda, sob o regime de uma assembléia, “o poder é sempre o mesmo, sob todas as formas, se estas forem suficientemente perfeitas para proteger os cidadãos”.

²⁴ HARDT, Michael, e NEGRI, Antonio. Império. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 120.

²⁵ HOBBS, Thomas. Op. cit. p. 112.

Nesses termos, a soberania é a principal característica do Estado Moderno, ou seja, a soberania faz nascer o Estado Moderno. José Luis Bolzan de Moraes e Lenio Luiz Streck²⁶ expõem a concepção clássica, mostrando que, da oposição entre o poder do Estado e outros poderes, dos senhores feudais e de outros poderes menores, inclusive do Papa, o poder soberano passa de relativo a absoluto, assumindo, a partir daí, paulatinamente, as suas próprias características: unidade, indivisibilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade. No nascedouro, contudo, como afirmam Hardt e Negri, “o contrato de associação é intrínseco ao contrato de subjugação e dele inseparável²⁷.” E, nesse sentido, Hobbes afirma haver duas hipóteses, (a) a do Estado por instituição – contratualista, e (b) a do Estado por aquisição, que ocorre quando uma vontade é imposta pela guerra a um povo, que é então mantido vivo²⁸.

É voz corrente que a idéia de soberania foi sistematizada na obra *Los seis libros de la República*, de 1575, sendo seu autor Jean Bodin. No limiar do primeiro livro, Jean Bodin põe a definição de República, dizendo que “*es un justo gobierno de muchas familias y de lo común a ellas com suprema autoridad*²⁹.” Quanto à parte da definição de ser um justo governo, Bodin traz a comparação com as companhias de corsários e piratas, com os quais não se poderia conversar, nem ter amizade, nem consideração. Da segunda parte se retira que Bodin foi adepto da teoria de que o Estado se originou da reunião de muitas famílias em busca de segurança, de paz e de felicidade. Aliás, ele discorre sobre uma

²⁶ Op. cit., p. 143 e seguintes.

²⁷ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. Op. cit. p. 102.

²⁸ HOBBS. Op. cit. p. 106.

²⁹ BODIN, Jean. Op. cit., p. 147.

República ditosa e felicíssima e sobre o homem feliz³⁰. Bodin põe em destaque, como fundamento principal da República a suprema autoridade, dizendo que “*es el poder absoluto y perpetuo de una República.*” Esclarece que os latinos chamam a suprema autoridade de “*maiestate*” e que os hebreus dizem-na “*scieuet musar*” – a maior autoridade de mandar. No intento de explicar o que conceitua como autoridade suprema, enuncia Bodin que seu maior atributo é ser perpétua, pois pode haver autoridade absoluta a um ou a muitos por tempo limitado, sendo que, expirado esse tempo, tais pessoas voltam a ser súditos³¹. E, sobre o que entende por autoridade absoluta, ou poder absoluto, diz Bodin que “*esta autoridad es absoluta porque no tiene otra condición que obedecer lo que la ley de Dios y la natural manda*”³².

Jean Bodin sistematiza em cinco as características da suprema autoridade:

(a) autoridade para dar leis a todos em geral e a cada um em particular; (b) direitos para mover guerra e para declarar a paz, que são os maiores pontos da majestade, pois daí pode decorrer a perda da segurança; (c) instituir os principais oficiais, ou magistrados, sem que sobre isso se possa pôr dúvidas; (d) privilégio de conhecer das últimas apelações, ou de proferir a última sentença; (e) conceder graça aos condenados, seja em favor da sua vida, seja em favor dos seus bens, seja em favor da sua honra, contra o rigor das leis³³.

³⁰ Idem, p. 151-153.

³¹ Idem, p. 267.

³² Idem, p. 273.

³³ Idem, p. 346-379.

A definição de Hobbes de soberania tem início quando mencionou o “deus mortal”, ou grande Leviatã, ao qual se deve a paz e defesa. É esta pessoa, chamada Estado, que deriva da declaração seguinte de cada homem aos outros homens: “*Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações*”³⁴. Citou, na seqüência da sua obra, os direitos dos soberanos, ou características da soberania: (a) originalidade – na medida em que não se encontram, os homens que celebram o pacto, submetidos por pacto anterior, ou a outra regra que vá de encontro ao pacto firmado; (b) irrenunciabilidade – já que não se pode livremente decidir instituir um outro pacto no sentido de obedecer a outrem; (c) o soberano, ou o que representa a soberania, não é parte no pacto; (d) a maioria decide, inclusive sobre a escolha do soberano, devendo a minoria aceitar a deliberação; (e) não é possível acusar o soberano de injustiça, pois todos são considerados co-autores dos atos; (f) fazer a guerra e declarar a paz; (g) prescrever as regras sobre o direito de propriedade; (h) autoridade jurisdicional; (i) dar recompensas e impor punições. Por último, diz que esses direitos são comunicáveis, ou seja, são intransferíveis, ou inalienáveis e, igualmente, inseparáveis, ou indivisíveis³⁵.

A idéia de soberania deixou de ser atrelada ao príncipe soberano, para ficar jungida nas mãos do povo por meio de Rousseau, que mencionou que a soberania é inalienável, o que decorre da característica de ser a vontade geral, sendo o

³⁴ HOBBS, Thomas. Op. cit., p. 105-106.

³⁵ Idem, p. 107-112.

soberano um ser coletivo, que só pode ser representado por si mesmo. E, ainda, também expôs que a soberania é indivisível, pois, ou é a vontade geral, ou não é; ou é a vontade do corpo do povo, ou somente de uma parte. Explicando esta última idéia, diz que, quando se trata da vontade geral, é um ato de soberania e faz lei, mas, quando se trata da vontade de uma parte apenas, não passa de uma vontade particular, no máximo de um decreto, quando editada por uma autoridade³⁶. Na exposição que faz do que seja vontade geral, distingue-a da vontade de todos, pois aquela se liga ao interesse comum, enquanto esta ao interesse privado, não passando de uma soma das vontades particulares e, quando se anulam os excessos ou as ausências dessas vontades particulares, o resultado é a vontade geral³⁷. Portanto, Rousseau estabelece uma outra equação, pois a soberania é a vontade geral do povo e, além disso, é indivisível e inalienável.

Inaugurando outra linha de raciocínio, Michel Foucault expõe a genealogia do poder. Parte da declaração hobbesiana, acima citada, mas depura-a dizendo:

No caso da teoria jurídica clássica o poder é considerado como um direito de que se seria possuidor como de um bem e que se poderia, por conseguinte, transferir ou alienar, total ou parcialmente, por um ato jurídico ou um ato fundador de direito, que seria da ordem da cessão ou do contrato. O poder é o poder concreto que cada indivíduo detém e que cederia, total ou parcialmente, para constituir um poder político, uma soberania política³⁸.

Todavia, a linha de exposição seguida por Michel Foucault expõe dois vértices. O primeiro é o dessa tradição jurídica clássica, sobre o qual ele não

³⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. São Paulo: Nova Cultural, p. 43-44.

³⁷ Idem, p. 46-47.

³⁸ FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979, 174.

revela ter interesse, e o segundo é o da vertente marxista, que revela o poder repressão, o poder coação, o poder dominação, que, no entendimento do filósofo francês, mostra a genealogia do poder.

Partindo das lições de Aristóteles, Hannah Arendt descreve o poder com aspectos extremamente relevantes:

O poder é sempre, como diríamos hoje, um potencial de poder, não uma entidade imutável, mensurável e confiável como a força. Enquanto a força é a qualidade natural de um indivíduo isolado, o poder passa a existir entre os homens quando eles agem juntos, e desaparece no instante em que eles se dispersam. Devido a esta peculiaridade, que possui em comum com todas as potencialidades que podem ser efetivadas mas nunca inteiramente materializadas, o poder tem espantoso grau de independência de fatores materiais, sejam estes números ou meios. Um grupo de homens relativamente pequeno, mas bem organizado, pode governar, por tempo quase indeterminado vastos e populosos impérios; a história registra não poucos exemplos de países pequenos e pobres que levam a melhor sobre nações grandes e ricas. (.....) O único fator material indispensável para a geração do poder é a convivências entre os homens³⁹.

E, Hannah Arendt, nesse paralelo explicativo que faz entre o poder e a força, expressa que a força humana é limitada, pois existe na relação entre um homem e outro homem, prevalecendo o mais forte, por isso a história bíblica de David e Golias só seria válida como metáfora, pois entrou em jogo a sagacidade, que potencializou a força, não o poder. Assim, o poder não é mais do que essa potencialidade da convivência, já que, se fosse mais, se pudesse ser apreendido concretamente, seria onipotente. Portanto, o poder depende do acordo frágil e

³⁹ ARENDT, Hannah. A condição humana. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 212-213.

temporário de muitas vontades e, então, como ação é ilimitado, enquanto que a força é limitada às forças físicas de determinado ser humano⁴⁰.

Entendendo a soberania como uma qualidade do poder do Estado, Carré de Malberg assim enuncia essa concepção:

Tomada em su acepción precisa, la palabra soberanía designa, no ya una potestad, sino una cualidad, cierta forma de ser, cierto grado de potestad. La soberanía es el carácter supremo de un poder; supremo, en el sentido de que dicho poder no admite a ningún otro ni por encima de él, ni en concurrencia con él. Por lo tanto, cuando se dice que el Estado es soberano, hay que entender por ello que, en la esfera en que su autoridad es llamada a ejercer-se, posee una potestad que no depende de ningún otro poder y que no puede ser igualada por ningún otro poder⁴¹.

E, ainda de acordo com Carré de Malberg, a soberania do Estado se apresenta em dupla face: soberania externa e soberania interna. A primeira se manifesta nas relações internacionais, havendo exclusão de toda e qualquer subordinação, havendo igualdade entre os Estados soberanos nas suas relações recíprocas. A soberania interna do Estado significa que possui sobre os seus cidadãos ou sobre os que estão no seu território e também sobre os agrupamentos de pessoas uma autoridade suprema, no sentido de que sua vontade predomina sobre a vontade de todos eles. Adverte, ainda, que essa dupla face não significa soberanias distintas, mas tão-somente que não é reconhecido nenhum outro poder superior ao do Estado soberano e, ainda, que há uma recíproca dependência e condicionamento entre soberania interna e soberania externa.

⁴⁰ Idem, *ibidem*.

⁴¹ MALBERG. R. Carré. *Teoría general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica. 1948, p. 81.

Sinala Georg Jellinek, contudo, que se deve entender o conceito de soberania como um conceito jurídico, não de fato, ainda que Hobbes tivesse mencionado o ilimitado poder jurídico do homem no contrato constitutivo do Estado, bem como Rousseau com a ilimitada autoridade da vontade geral. Assim se expressa Jellinek:

Per bem risolvere questo punto importante, si deve innanzi tutto tenere sott'occhio che lá sovranità è un *concetto giuridico* e che anche nella letteratura giusnaturalistica sempre come tale è stata considerata. La indipendenza del potere statale da qualsiasi altra autorità è stata sempre concepita come una indipendenza di *diritto*, non di fatto. Anche gli assolutisti intendevano dimostrare il potere assoluto del popolo o del principe, non limitato da alcuna legge, come un potere *giuridico*. Così HOBBS fa sorgere l'illimitato *potere giuridico* del signore dal contrato constitutivo dello Stato; e così ROUSSEAU assogeta l'individuo alla illimitata signoria della *volontè générale* creatrice del diritto. Il dimostrare che lo Stato sia un potere reale, appariva superfluo al diritto naturale; piuttosto, si trattava di dimostrare su questo punto il fondamento giuridico, la conformità al diritto di quel dato potere.

Perciò è disconoscere lo sviluppo storico della dottrina della sovranità, se si concepisce il potere sovrano come se esistesse al di sopra del diritto. (...)

Questo concetto astratto, però, non è stato addotto mai fino alle sue ultime conseguenze pratiche. Se lo Stato può giuridicamente tutto, esso può anche abolire l'ordinamento giuridico, introdurre l'anarchia, rendere se stesso impossibile. Ma se una concezione di tal genere dev'essere respinta, ne consegue una limitazione giuridica per lo Stato nella esistenza di un ordinamento. Lo Stato può scegliere, è vero, quale costituzione voglia avere; ma una qualsiasi costituzione deve pur avere. L'anarchia sta nella sfera della possibilità di fatto, non di diritto⁴².

Portanto, Jellinek deixa claro que a soberania do Estado está sujeita à Constituição e ao direito, não sendo ilimitada, por isso é um conceito jurídico.

⁴² JELLINEK, Giorgio. La dottrina generale del diritto dello Stato. Milano: Dott. A. Giuffrè – Editore, 1949, p. 72-73.

Seguindo Malberg e Jellinek, Hans Kelsen propõe que o poder do Estado que submete o povo nada mais é que a validade e a eficácia da ordem jurídica, de cuja unidade decorre a unidade do território e a unidade do povo. E, sendo a soberania a qualidade do poder do Estado, este deve ser a validade e a eficácia da ordem jurídica nacional, uma vez que a soberania só pode ser a qualidade de uma ordem normativa, considerada autoridade que é fonte de obrigações e direitos⁴³.

A soberania, então, foi exposta em termos clássicos, desde a origem da sua concepção, com os seus delineamentos e evolução histórica, conforme a evolução do Estado Moderno, que teve início no absolutismo. No Estado liberal, que surge da formação da burguesia, forma-se o Estado de Direito, na sua primeira versão, inclusive em consequência do constitucionalismo, mudando a idéia de soberania, que passa a ser concebida “em conformidade com a lei”. Entretanto, a transformação por que passa o Estado contemporâneo apresenta-o subproeminente, fragilizado.

1.3 – A fragilidade do Estado contemporâneo

Está fora de dúvida que o Estado se encontra em uma posição de fragilidade na idade contemporânea. A crise, apontada por José Luis Bolzan de

⁴³ KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes/ Brasília: Universidade de Brasília, 1990, p. 250.

Morais como conceitual⁴⁴, atinente à característica própria do Estado, qual seja a sua soberania, é aguda no nível interno e no nível externo.

No nível interno, em especial nos países em desenvolvimento, o Estado não consegue se fazer presente em toda a sua sede geográfica. Existem intensos vácuos de poder do Estado. O Estado já não dá conta de conter a violência e, assim, propiciar a segurança que através dele se buscava. Embora juridicamente, formal e conceitualmente, esta soberania esteja afirmada, no plano da realidade, no mundo dos fatos, desnuda-se a sua ineficácia. Enquanto os Estados economicamente fortes, aparentemente, enfrentam as suas mazelas, os demais tornam transparentes os seus problemas.

Com efeito, nos Estados desenvolvidos, como, por exemplo, na superpotência norte-americana, o controle da violência e do tráfico é realizado através da destinação expressiva de parcelas do orçamento para as prisões, construções de novos estabelecimentos prisionais, inclusive concedendo uma espécie de abono para os municípios que aceitam a construção de novas penitenciárias. A polícia ostensiva e de investigação criminal também recebe treinamento especial e recursos materiais de primeira linha. Mas, analisando detidamente esse enfrentamento, o que se constata é que há apenas uma aparência de controle, uma vez que se dá sobre as conseqüências dos ilícitos praticados, havendo diminuto enfrentamento das causas. No que concerne ao consumo de substâncias entorpecentes, bem como quanto ao porte de pequenas quantidades de

⁴⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado... Op. cit., p.23 e seguintes.

drogas, há uma admissão generalizada. E, se não há uma eficaz política de prevenção ao uso, os traficantes vão sendo presos, mas as drogas continuam sendo vendidas, já que há sempre usuários. Quanto à violência em geral, a livre aquisição de armas de fogo, a política de emprego e a política de educação, que constituem algumas das causas, continuam recebendo um tratamento pouco expressivo.

Nos Estados em desenvolvimento, as crises econômicas tornam aparente uma maior dimensão do iceberg. Como não têm recursos orçamentários nem sequer para atender necessidades básicas da cidadania, também não os têm para enfrentar a criminalidade crescente. No Brasil, valem ser citados os exemplos do Rio de Janeiro e de São Paulo, onde a prática de crimes é extremamente intensa e diária. Há mais vítimas do que nos conflitos internacionais, sendo que apenas estes recebem grande espaço na mídia. Tais exemplos mostram a derrota do Estado. Assim, se o Estado já não consegue enfrentar as conseqüências, tampouco tem condições de dar conta, minimamente, das causas. No mesmo sentido se posiciona José Luis Bolzan de Moraes, referindo que a crise conceitual atinge a todos os Estados, “com maior ou menor intensidade⁴⁵.”

Habermas destaca como causa dessa fragilidade do Estado nacional o processo de globalização:

⁴⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado...p. 33.

Desarrollaré la tesis siguiente: las diversas tendencias a la globalización del tráfico, de los contactos y de su financiamiento, de las transferencias en tecnología y armamento, del comercio de drogas y de la criminalidad, y sobre todo de los peligros tanto estratégicos como ecológicos, nos confrontam con problemas que ya no pueden solucionarse dentro del marco del Estado nacional. El vaciamiento de la soberanía del Estado nacional seguirá ahondándose y, por tanto, resulta imprescindible proseguir con la ampliación de las facultades de acción política a nivel supranacional. “Globalización” significa, por otra parte, un ulterior grado de abstracción que representa una amenaza para la ya frágil cohesión social de las sociedades nacionales⁴⁶.

No nível internacional, os Estados, sejam os desenvolvidos, sejam os em desenvolvimento, enfrentam problemas de diversas ordens, mas todos se encontram em uma situação de fragilidade significativa. É tanta a fragilidade dos Estados que, conforme o juspublicista português Jorge Miranda⁴⁷, o conceito formal de soberania ficou reduzido à consideração de o Estado poder ter assento, por exemplo, na Organização das Nações Unidas, ou ser reconhecido como Estado pelos demais Estados. O tradicional significado de soberania, de haver demonstração de o Estado ser, efetivamente, soberano sobre um determinado território, perdeu influência, à conta da Guerra da Bósnia e dos conflitos freqüentes na Palestina e em Israel. A própria Palestina, que não tem ainda soberania sobre um território demarcado é reconhecida como Estado.

Essa mudança do conceito de soberania, no nível internacional, está instalada na crise conceitual, como “uma soberania pós-moderna cujas fronteiras, próprias do modelo moderno do Estado Nacional, seriam flexíveis, onde sem que se saiba ao certo onde se iniciam e onde terminam, se é que se iniciam ou

⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. Más allá del Estado nacional. México/DF: Fondo de Cultura Económica, 2000, p.183.

⁴⁷ A menção constou de palestra, proferida em 3 de junho de 2003, no Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS.

terminam, em algum lugar demarcado⁴⁸”. É a própria soberania estatal que está em crise.

Mesmo os Estados desenvolvidos da Europa, com a formação do Mercado Comum Europeu e com a criação de moeda única, tiveram de adaptar as suas Constituições com vistas a evitar entraves jurídicos no processo econômico. Então, o que era tradicionalmente impedido nos Estados nacionais, nem sequer podendo ser cogitado, agora é aceito sem maiores conseqüências. Antes não se supunha possível uma reforma constitucional comandada internacionalmente. Agora, se não se faz tal ou qual reforma constitucional, não se ingressa no bloco econômico, ou não serão obtidas determinadas vantagens econômicas, razões pelas quais a cidadania não resiste e os parlamentos aquiescem solícitos às reformas.

Pelo exposto, embora o Estado nacional tenha existido e afirmado a sua soberania, já não demonstra condições de manter-se nessa lógica de poder. Mostrando-se fraco internamente, ao não conseguir dar conta das mazelas que o acometem, e externamente, ao não fazer frente aos processos econômicos, revela uma crise de soberania.

Remate-se, então, com a observação de que, nos dias atuais, não se pode falar em soberania como um poder irrestrito, o que se circunscreve a um mero saudosismo, não servindo como uma avaliação lúcida dos seus aspectos⁴⁹,

⁴⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado...Op. cit. p. 27.

⁴⁹ MORAIS, José Luiz Bolzan de. Op. cit. p. 26.

permanecendo, portanto, o questionamento sobre as características da soberania no atual momento histórico.

1.4 – A revisão do papel do Estado

A revisão do papel do Estado está em franco processo, mas não se direciona a torná-lo forte e poderoso, pois esse retorno é impossível, como destaca Manuel Jiménez Redondo, na introdução a “Más Allá del Estado nacional”, de Habermas:

Dos tesis principales subyacen en el presente libro. La primera es que el Estado nacional no es hoy ningún lugar de retorno, sino un tipo de organización cuyo carácter problemático se vuelve cada día más hondo y visible, y, por tanto, sólo un punto de partida hacia un nuevo tipo de organización política que lo relativice;.....⁵⁰

Efetivamente, não é possível conceber um Estado forte e poderoso, tendo em conta a evolução que se dá através da união econômica de Estados nacionais. A Europa encontra-se quase que na integralidade unida economicamente e há a formação de outros blocos econômicos, como, por exemplo, o Mercosul, este que se encontra, entretanto, em aguda crise. De qualquer modo, a integração dos Estados descarta qualquer idéia de afirmação de um Estado poderoso e forte. Para além de uma mera integração, a lógica em curso é a da integração em rede, como diz Habermas:

⁵⁰ REDONDO, Manuel Jiménez. Introducción. HABERMAS, Jürgen. Más allá del Estado nacional. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 8. (A outra tese se refere à nação germânica, em especial ao fato de sua divisão histórica e posterior reunião, com a queda do muro de Berlim).

Em lugar de normas, que são efetivas e que também obedecem a pontos de vista como soberania popular e direitos humanos, surge agora – sob a forma de uma “lógica da integração em rede” – a mão invisível de processos regulados de maneira pretensamente espontânea. Mas esses mecanismos insensíveis a custos externos deixam justamente de suscitar confiança. Isso se aplica em todo caso a dois dos exemplos mais conhecidos de auto-regulamentação global⁵¹.

Não é outro o modelo preconizado por Hardt e Negri:

A idéia de soberania como poder expansivo em redes é posta no gonzo que liga o princípio da república democrática à idéia de Império. O Império só pode ser concebido como uma república universal, uma rede de poderes e contrapoderes estruturada numa arquitetura ilimitada e inclusiva. Essa expansão imperial nada tem a ver com imperialismo, nem como esses organismos estatais projetados para a conquista, a pilhagem, o genocídio a colonização e a escravidão. Contra esses imperialismos, o Império estende e consolida o modelo da rede de poder⁵².

Nesses termos, não há uma possibilidade idealista de restabelecimento de um Estado nacional poderoso e forte, uma vez que a união dos Estados nacionais em grupos econômicos e regionais prenuncia que prevalecerá esta perspectiva. Nem os Estados Unidos da América, considerado uma superpotência, pode ser visto como um Estado nacional forte e poderoso. No limiar da sua obra, Hardt e Negri assim se referem a essa questão:

⁵¹ HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro – estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 144. (Os exemplos a que se refere Habermas de organização em rede são (a) o que teve início com a Aliança dos Povos de Genebra e, depois, com a fundação da ONU, com o objetivo de domesticar a guerra, considerando a implosão do equilíbrio das nações após a II Grande Guerra, na perspectiva de estabelecer forças supranacionais em prol de uma ordem global pacífica e (b) a superação do domínio do Banco Mundial e do FMI, na confluência da OCDE (Organization for Economic Cooperation and Development) e os países marginalizados, considerando a Cúpula Social Mundial de Copenhague e da do Rio de Janeiro, esta com relação à ecologia.)

⁵² Op. cit. p. 185.

Nem mesmo os Estados-nação mais dominantes devem ser tidos como autoridades supremas e soberanas, seja fora ou mesmo dentro de suas fronteiras. O declínio da soberania dos Estados-nação, entretanto, não quer dizer que a soberania como tal esteja em declínio. (...) Nossa hipótese básica é que a soberania tomou nova forma, composta de uma série de organismos nacionais e supranacionais, unidos por uma lógica ou regra única. Esta nova forma global de economia é o que chamamos de Império.

A soberania declinante dos Estados-nação, e sua crescente incapacidade de regular as permutas econômicas e culturais, é certamente um dos sintomas primários da chegada do Império. A soberania do Estado-nação era a pedra angular do imperialismo que as potências européias construíram na idade moderna. Entendemos “Império”, entretanto, como algo completamente diverso de “imperialismo”⁵³.

Adiante na obra “Império”, os autores enunciam a história constitucional americana, indicando que os Estados Unidos teriam assumido o papel de proteção de todas as nações americanas contra eventuais agressões européias, conforme o corolário doutrinário de Theodore Roosevelt, que teria invocado o poder de polícia internacional. De todo modo, o imperialismo muitas vezes se desenvolveu debaixo da idéia de antiimperialismo⁵⁴. Entretanto, ainda que os Estados Unidos ocupem uma posição privilegiada, dada a sua condição de superpotência, isso não significa que possam ficar alheios a essa evolução da organização política mundial, enfrentando, da mesma forma que os demais Estados nacionais, os mesmos distúrbios na sua soberania, nas dimensões interna e externa.

Serve de exemplo a resistência à declaração de guerra norte-americana e de outros países aliados contra o Iraque, no início de 2003. A Organização das Nações Unidas vetou a guerra, o que significou séria derrota jurídica internacional para a superpotência americana, que nem por isso deixou de promover a guerra.

⁵³ Op. cit. p. 11-12.

⁵⁴ Idem, p. 196.

Os argumentos usados em prol da declaração de guerra agora estão sendo cobrados, com o seu término, uma vez que não houve localização de armas de destruição em massa. O contexto mostrou que os Estados Unidos e os países aliados, primeiro buscaram a adesão à guerra que pretendiam impor. Como não obtiveram autorização formal e, ao contrário, obtiveram uma resposta negativa às suas alegações, pois nada conseguiram demonstrar, mesmo assim impuseram a guerra. Por um lado constata-se que necessitavam dessa adesão, ao menos de uma autorização para fazer a guerra. Isso revela o declínio da soberania dos Estados Unidos, obrigados a obter a autorização para fazer guerra. Na época do imperialismo tal autorização não era nem sequer cogitada. Como não obtiveram autorização, agora são cobrados dessa medida inconseqüente, em termos políticos.

A respeito, quando se diz que a Organização das Nações Unidas sofreu com a imposição da guerra pelos Estados Unidos e pela Inglaterra, o certo é partir-se de ótica diversa, que mostra que a ONU, ao contrário de ter sofrido com a concretização da guerra pelos Estados Unidos, na verdade saiu fortalecida, pois se afirmou juridicamente, não se curvando à política internacional, imperialista, dos Estados Unidos. A reprovação da guerra, então, mostra a ascendência normativa da ONU, ainda que tenha sido concretizada a guerra. O poder bélico dos aliados não obteve, então, a legitimação da ONU para concretizar a guerra.

Vale citar, novamente, Hardt e Negri:

Sabemos, entretanto, que essa idéia de Império americano como a redenção da utopia é completamente ilusória. Em primeiro lugar, o Império

vindouro não é americano e os Estados Unidos não são o seu centro. O princípio fundamental de Império, como descrito por nós neste livro, é que seu poder não tem um terreno ou centro efetivo e localizável. O poder imperial é distribuído em redes, por intermédio de mecanismos móveis e articulados de controle. Não quer dizer que o governo americano e o território americano não sejam diferentes de outros: os Estados Unidos certamente ocupam uma posição privilegiada nas segmentações e hierarquias globais do Império⁵⁵.

A maior razão pela qual não se concebe a reprodução de um Estado poderoso e forte é a de que tal levaria à possibilidade de se ter um Estado totalitário e, é ressabido, um Estado totalitário de direita tem os mesmos defeitos que um Estado totalitário de esquerda. Aliás, desde Hobbes se estabelece que “o poder é sempre o mesmo, sob todas as formas⁵⁶”, o que com Habermas se acentua:

Quienes son de izquierdas no deben engañarse sobre los elementos específicos que comparten todos los regímenes autoritarios y han de aplicar a ambas dictaduras el mismo rasero; quienes son de derechas no deben tratar de nivelar las diferencias o de obviarlas⁵⁷.

Contudo, de forma paradoxal, o Estado frágil é um Estado democrático, que enfrenta os revezes histórico-temporais dentro dos pressupostos filosóficos da democracia que, às vezes, pode ser prejudicial à cidadania, mas há preservação da democracia e é dentro do processo democrático que haverá modificação. É frágil num sentido, mas forte noutro.

⁵⁵ Op. cit. p. 406-407.

⁵⁶ HOBBS, Thomas. Op. cit., p. 112.

⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. Más Allá del Estado nacional...Op. cit. p. 81.

1.5 – O Estado como centro do poder político

Na sua evolução, desde a origem até a Modernidade, o Estado sempre ocupou a posição central de emanção do poder político. A teoria da separação dos poderes, implementada a partir das Revoluções Americana e Francesa, com o Estado Constitucional, também chamado de Estado Liberal⁵⁸, que sucedeu o Estado Absoluto, traz ínsita a idéia de evitar a concentração do poder do Estado, pernicioso à democracia. Com efeito, o maior mérito da revolução burguesa, com o nascimento do Estado Liberal, foi a reação à concentração do poder que vigorou no Absolutismo, onde o monarca exercia o poder de forma incontestável.

E, essa posição central do Estado é uma decorrência do imperialismo conquistador dos Estados europeus (tendo sido Inglaterra, Portugal, Espanha e França os mais atuantes) e da concepção do nacionalismo nos Estados. Com o imperialismo, os Estados expandiam as suas fronteiras, apresentando-se aos outros Estados como fortes e poderosos, tanto no que concerne à possibilidade de guerra, como com relação à economia, pois dispunham de novos mercados e de novos lugares para explorar economicamente. O nacionalismo como sentimento de coesão nacional valoriza os cidadãos daquele Estado porque valoriza o próprio Estado, como a terra em que nasceram e o lugar que devem proteger, nos níveis cultural, idiomático, histórico e, muitas vezes, religioso. Hardt e Negri estabelecem que o conceito de nação se desenvolveu no terreno do Estado

⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. Op. cit., p. 29. As versões de Estado Constitucional expostas por Paulo Bonavides são: (a) Estado constitucional da separação dos poderes (Estado Liberal), (b) Estado constitucional dos direitos fundamentais (Estado Social) e (c) Estado constitucional da Democracia participativa (Estado Democrático-Participativo).

patrimonial e absolutista, em que o Estado era propriedade do monarca. Entretanto, a propriedade feudal teve de ser delegada e, após, ocorreu o mesmo com níveis de administração da propriedade, com o que os súditos passaram, depois de séculos, a se caracterizar cidadãos. Essa mudança revela a nação como força ativa, geradora de relações sociais e políticas⁵⁹.

O Estado constitucional aprimora essa relação de centralização de emanção do poder, havendo, inclusive, uma ordem internacional a garantir a não interferência nos problemas internos. Até pelo menos a metade do Século XX não havia lógica diversa, pois os Estados nacionais ocupavam, efetivamente, uma posição extremamente privilegiada. Ainda não se cogitava de indústria cultural e a produção de bens permanecia obediente às regras da revolução industrial. A sociedade de consumo apenas principiava e a sociedade de informação nem era cogitada, pois os processos de comunicação eram muito primários. A lei era a principal fonte normativa das relações sociais e empresariais. O capital econômico em processo incipiente não detinha uma importância que possibilitasse apresentar outra lógica, uma vez que, no interior de uma guerra fria, imperava uma lógica armamentista e por disputa por novos mercados respeitando as premissas dos Estados nacionais. O dólar norte-americano, embora privilegiado, perdia em importância para outros parâmetros de valor, como o ouro. As bolsas de valores, na maioria dos Estados estavam no início do seu pleno desenvolvimento e a falta de mecanismos de facilitação de deslocamento de capitais prejudicava a liquidez no mercado internacional.

⁵⁹ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. Op. cit. p. 111-113.

Em face dessas amarras todas, que podem ser vistas como atrasos tecnológicos próprios do momento histórico, o Estado apresentava-se como o centralizador das possibilidades econômicas dos cidadãos e das empresas, assim como o único facilitador de todas as promessas. O Estado do Bem-Estar, como uma dimensão do Estado Social, na doutrina de Manuel García-Pelayo⁶⁰, era a promessa de redenção da sociedade, daí por que no Estado eram depositadas todas as pretensões e aspirações do povo. Assim se expressa Manuel García-Pelayo:

El concepto de *Welfare State* se refiere capitalmente a una dimensión de la política estatal, es decir, a las finalidades de bienestar social; es un concepto mensurable en función de la distribución de otros índices, y los problemas que plantea, tales como sus costos, también ser medidos cuantitativamente. En cambio, la denominación y el concepto de Estado social incluyen no sólo los aspectos del bienestar, aunque éstos sean uno de sus componentes capitales, sino también los problemas generales del sistema estatal de nuestro tiempo, que en parte pueden ser medidos y que en parte simplemente entendidos. En una palabra, el *Welfare State* se refiere a un aspecto de la acción del Estado, no exclusiva de nuestro tiempo – puesto que el Estado de la época del absolutismo tardío fue también calificado como Estado de bienestar –, mientras que el Estado social se refiere a los aspectos totales de una configuración estatal típica de nuestra época⁶¹.

Nesse processo, as Constituições celebraram o Estado do Bem-Estar, assegurando ao povo uma plenitude de bens, materiais e imateriais, direitos e valores. É o caso do Brasil que, em 1988, quase na última década do Século XX, promulga a sua “Constituição Cidadã”, a qual assegura inúmeros direitos, próprios de um Estado do Bem-Estar. Há direitos individuais, sociais, coletivos, econômicos, culturais, ecológicos, previdenciários, à saúde, a equilíbrio

⁶⁰ GARCÍA-PELAYO, Manuel. Las transformaciones del Estado contemporáneo. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 14.

⁶¹ Idem, ibidem.

ecológico, à família, à educação entre inúmeros outros. Induvidosamente, essa ampla gama de direitos revela um Estado facilitador de todas as aspirações do povo e, por isso, um Estado forte e poderoso internamente, um Estado como centro de emanação do poder e, então, intervencionista, social, decorrente de uma Constituição dirigente. Um Estado provedor, um Estado providência⁶².

No sentido de continuar a ser possível uma Constituição dirigente, em hermenêutica comprometida com os fins do Estado, Lenio Luiz Streck enuncia “a Constituição como *algo* substantivo, porque contém valores (direitos sociais, fundamentais, coletivos *lato sensu*) que o pacto constituinte estabeleceu como passíveis de realização⁶³”. Noutro sentido, entretanto, o mesmo autor traz entendimento de J. J. Gomes Canotilho, que teria mudado de entendimento, assim:

Apesar dessa (nova) visão assumida por Canotilho, nessa sua – se assim podemos dizer – segunda fase (ou Canotilho II), há que se contextualizar as referidas teses/posições, mormente a que diz respeito à “morte da Constituição dirigente”. Com efeito, a afirmação de Canotilho vem acompanhada de uma explicação, no sentido de que “a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias”. A afirmação de Canotilho não elimina e tampouco enfraquece a noção de Constituição dirigente e compromissária⁶⁴.

⁶² Para José Luis Bolzan de Moraes e Lenio Luiz Streck, há características particulares que diferenciam o Estado do Bem-Estar nas diversas formas que assumiu nos Estados, por exemplo nos Estados Unidos e em França. Contudo, há um caráter que lhe dá unidade: a intervenção do Estado e a promoção de serviços (“in” Ciência Política...Op. cit., p. 132).

⁶³ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 126.

⁶⁴ Idem, p. 111-112.

Em trilha paralela e conforme a doutrina de Konrad Hesse, José Luis Bolzan de Moraes, no que concerne à implementação dos direitos humanos, expõe que “implicam a necessária compreensão da ação jurídica fundamentada em uma prática engajada, onde a Constituição não seja percebida exclusivamente como uma folha de papel.”⁶⁵ Em acréscimo, apresenta lúcida menção à necessidade de ver a Constituição não como programa de governo, mas, ao contrário, os programas de governo é que necessitam da sua constitucionalização⁶⁶.

Nesse sentido, quer parecer que a compreensão da expressão “Constituição dirigente” no mínimo está sofrendo a alteração drástica dos seus matizes, considerando, especialmente, as dificuldades que o Estado nacional vem sofrendo nos planos interno e externo. A ausência de uma classificação doutrinária indica uma crise do Estado, ou uma crise da teoria, diante da transição pela qual passa o Estado contemporâneo.

1.6 – Passagem para outro estágio

A crise do Estado nacional é percebida já há várias décadas. Manuel García-Pelayo, desde a década de 70, aponta para as transformações do Estado contemporâneo⁶⁷. O autor expõe o Estado Social, caracterizando o Estado do Bem-Estar como uma das dimensões da política estatal, vinculada às finalidades

⁶⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado e da Constituição....Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 74.

⁶⁶ Idem, p. 77.

⁶⁷ GARCÍA-PELAYO, Manuel. Las transformaciones del Estado contemporáneo. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

de bem-estar social. Os custos, entretanto, empurram o Estado de Bem-Estar para a sua transformação e, curiosamente, nos países em desenvolvimento nem sequer se atingiu o estágio de Estado de Bem-Estar, não se concretizando as promessas, mas, mesmo assim, a transformação se opera.

Nos mesmos termos de García-Pelayo, ainda que fundado em parâmetros doutrinários diversos, em 1973 Habermas publica “A crise de legitimação do capitalismo tardio”, em que inicialmente coloca o conceito de crise:

Hoje nas ciências sociais é usado frequentemente um conceito teórico sistêmico de crise. Conforme esta perspectiva sistêmica, as crises surgem quando a estrutura de um sistema social permite menores possibilidades para resolver o problema do que são necessárias para a contínua existência do sistema. Neste sentido, as crises são vistas como distúrbios persistentes da integração do sistema⁶⁸.

Contudo, os autores partem de pressupostos diversos. García-Pelayo preconiza um Estado Social, como intento de adaptação do Estado tradicional à sociedade industrial e pós-industrial, mencionando que esse processo advém desde o Século XIX e início do Século XX para regular, desde então, aspectos parciais da sociedade, regulação que se generaliza, se integraliza e se sistematiza posteriormente⁶⁹. Estabelece García-Pelayo que a idéia de Estado social foi constitucionalizada, pela primeira vez, em 1949, através da Lei Fundamental da República Federal Alemã, ao definir-se, no art. 20, como um “Estado federal,

⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. A crise de legitimação no capitalismo tardio. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, 2002, p. 13.

⁶⁹ Op. cit. p. 18.

democrático e social...⁷⁰” E, em 1977, ano da primeira edição da obra, enuncia que, no Estado social, o primado dos problemas econômicos teria que se subordinar ao das verdadeiras decisões políticas socialmente orientadas, que já não poderiam se mover nos limites de um “status quo”, senão que teriam direção para novas modalidades de distribuição básica do poder econômico e social⁷¹.

A possibilidade antevista por García-Pelayo está em relativa oposição à tese de Habermas, que parte do pressuposto do Estado liberal capitalista, apontando categorias de atividades governamentais em relação aos imperativos do sistema econômico:

O processo de acumulação de capital requer adaptação do sistema legal a novas formas de organização comercial, competição, financiamento etc. (por exemplo, através da criação de novos arranjos legais em direito bancário e comercial e na manipulação do sistema fiscal). Assim agindo, o Estado se limita a adaptações complementadoras do mercado num processo cuja dinâmica ele não influencia: pois, o princípio social da organização, bem como a estrutura da classe, permanecem intactas⁷².

Bem se percebe que, na época das publicações, não se cogitava, ainda, do fenômeno da globalização, por isso as conclusões tiradas estão em conformidade com o quadro histórico então vigente. Todavia, há cerca de duas décadas, pelo menos, está em franco processo a globalização, que torna os Estados nacionais seus reféns. Com efeito, não parece haver adjetivação que precise melhor essa relação que a de refém, que significa uma ausência de vontade própria. Ora,

⁷⁰ Idem, p. 17.

⁷¹ Idem, p. 81.

⁷² HABERMAS, Jürgen. A crise de legitimação no capitalismo tardio. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 2002.

dentro desse processo de economia globalizada, não há imagem mais clara no sentido de demonstrar que os Estados nacionais se transformaram em reféns do que a de terem a necessidade de adaptar as suas Constituições para ter acesso a mercados regionais e globais, sem o que o povo padece. Cabe lembrar o que ocorreu com a adoção da moeda comunitária, com a realização de consultas plebiscitárias, nos diversos Estados da Europa.

Uma precisa e atual análise da crise estrutural do Estado, realizada por José Luis Bolzan de Moraes, indica o possível fim do Estado do Bem-Estar Social. Nesse quadro expõe o autor a vigência de crise financeira, ou fiscal, que atine ao custo, que iniciou na década de 60, quando se mostraram em descompasso as receitas com as despesas. Em segundo plano está a crise ideológica, em que há o confronto entre a burocracia e a política, mostrando a sua face quando a demanda política é recusada pela resposta “técnica”. Também é mencionada a crise ideológica, onde se instala o dissídio entre o solidarismo, presente no Estado Social, e o individualismo-liberal, característico do liberalismo ou do neoliberalismo. A crise estrutural tem como repercussão a reforma do Estado⁷³. Indica-se, então, que o Estado passa de interventor, provedor, prestador de serviços, para um estágio de incapacidade econômica, além de outras incapacidades, ou seja, de proeminente em todos os aspectos para uma posição de subproeminência.

⁷³ MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 34-58.

1.7 – O Estado subproeminente

Na pós-modernidade do capitalismo globalizado o Estado perde essa posição central, passando a desfrutar de uma posição secundária no que concerne à emanção do poder. A toda evidência, o Estado exerce ainda uma grande influência nos processos de emanção do poder político e de desenvolvimento econômico. No que tange à economia, a influência do Estado, se não servir para promover o desenvolvimento, através das políticas implementadas, pode, ao menos, emperrear o desenvolvimento, impedindo o acesso a novas tecnologias, em proteção de poderosos interesses nacionais ou internacionais.

De todo modo, o que se pretende ao mencionar a posição de subproeminência do Estado é pôr em destaque esse declínio na sua importância, ou seja, no papel hegemônico que detinha quanto à emanção do poder político e de implementar políticas de desenvolvimento em todos os sentidos (culturais, sociais, econômicas etc.).

Efetivamente, uma crise fiscal, na precisa análise de José Luis Bolzan de Moraes⁷⁴, impõe uma redução de investimento nas políticas públicas do Estado e, pior, uma alteração nas promessas das aspirações dos cidadãos, a implicar a reforma do Estado, em especial quanto aos direitos sociais. Nesse sentido, o Estado passa de centralizador das aspirações da cidadania, a descumpridor do seu papel e daquelas promessas, trazendo imensa frustração, não surtindo nenhum

⁷⁴ Idem, *ibidem* (ver o quadro da p. 58).

efeito as alternâncias dos partidos políticos no governo, na medida em que as políticas de contenção de despesas continuam. No mesmo gênero da crise estrutural, aqui se apresenta a vitória da técnica sobre a política, da burocracia sobre a democracia, a revelar que as demandas políticas não encontram respaldo diante das respostas técnicas.

E, não é preciso muito questionamento para perceber-se que a crise fiscal é resultante do aumento das despesas públicas e da redução da capacidade tributária e de arrecadação do Estado. Por um lado há o crescimento de demandas por políticas de facilitação à cidadania e as suas legítimas aspirações, como educação, saúde, investimentos para obtenção de empregos, segurança, além de inúmeras outras, por outro a alta competitividade internacional, a impor uma redução arrecadatória, deslocamentos de investimentos mundiais, crises econômicas, mormente nos Estados ditos em desenvolvimento, ou do terceiro mundo, como é o caso do Brasil.

Mas são mais agudas a crise institucional e a crise conceitual do Estado. Embora todos os aspectos da crise guardem perfeita sintonia e vinculação recíproca, a análise de José Luis Bolzan de Moraes é precisa e importante, dissecando-a em todos os seus pontos fulcrais.

No que respeita à crise institucional, a globalização do capitalismo impõe uma redução do papel hegemônico do Estado, que se vê forçado a adotar políticas impostas noutros blocos regionais ou noutros Estados, assim como noutras fontes

normativas diversas dos aparatos governamentais, para só então continuar tendo acesso ou passar a ter acesso a determinados mercados. Veja-se o caso da ecologia, hodiernamente protegida mais por órgãos não governamentais do que pelos governos. Nessa seara, se o Estado não adota políticas de proteção à ecologia, ou ostensivamente agride os ecossistemas, certamente sofrerá sanções de ordem econômica não tendo acesso a determinados mercados.

Em sentido outro, a economia mundial, com os capitais extremamente voláteis, através das bolsas de valores e do dólar (apenas para simplificar, mas não há essa simplicidade na prática), o mecanismo de pressão do grande capital é o deslocamento rápido dos investimentos, podendo gerar sérias e graves crises econômicas não apenas em um Estado nacional, mas inclusive em blocos de Estados, que sofrem a crise econômica em efeito dominó. Aqui, há uma imposição de políticas econômicas flexibilizadas, traduzindo-se em intensa fragilidade dos Estados, que têm de dialogar com o pantagruelismo financeiro dos grandes detentores do capital mundial. Essa flexibilização imposta causa um constante estresse nos ocupantes dos cargos econômicos do governo, os quais, por cautela, para impedir crises de maior gravidade, que resultaria na depauperização da cidadania, fazem com que haja sofrimento constante através de políticas de redução de déficit público, em políticas conformes à doutrina do Fundo Monetário Internacional. Esta política é extremamente conservadora, cautelosa, que não assume riscos, por isso é aumentada a concentração do capital e não há importantes avanços e investimentos sociais no mundo inteiro.

Nesses termos, não há saída para os governos. Aceitando as imposições do mercado, acarretam o sofrimento da cidadania menos favorecida economicamente e, inclusive, da classe média. Não aceitando tais imposições, ou não agindo com toda a cautela e a segurança, acarretam sofrimentos insuportáveis e eventualmente a depauperização geral da cidadania como, por exemplo, ocorreu na Argentina até recentemente.

Não bastasse esse quadro de dificuldades, os Estados passam à formarem blocos regionais para o enfrentamento da concorrência dos mercados mundiais. Com a formação dos blocos, há um fortalecimento da economia regional, que assim tem melhores condições de negociar com outros mercados, favorecendo, internamente no bloco econômico, os produtos ali produzidos, além de possibilitar o acesso em melhores condições de negociação a produtos fornecidos por outros blocos econômicos. Entretanto, para ser formado um bloco econômico, impõe-se a mudança de políticas próprias e protetivas dos Estados, inclusive e, especialmente, a alteração das Constituições respectivas, com vistas à implementação e à facilitação da adoção de mecanismos uniformes de desenvolvimento do mercado econômico regional. A lógica que vigora é a de que um Estado não pode pretender privilégios em detrimento de outro Estado do mesmo bloco econômico.

Para além da necessidade de alteração das Constituições, o estágio atual na Europa é a adoção, ou não, da Constituição Comunitária. Recentemente esse processo já sofreu pelo menos um revés: o não plebiscitário em França.

No que toca à soberania, no gênero da crise conceitual, como já referido inúmeras vezes no presente texto, está intensamente afetada pela mundialização da economia. E, como dito antes, há uma indiscutível ligação entre os aspectos da crise, por isso que, por exemplo, a globalização do capitalismo econômico, que pertine ao sistema da economia, tem profunda repercussão na redução do papel hegemônico de soberania do Estado, no sistema político. Ora, ainda que oficialmente o Estado detenha a função/papel central quanto à edição normativa, o fato de ser influenciado intensamente pela economia já o impede de editar legislação que afete o mercado, por exemplo em proteção da cidadania. Todas as medidas que procurem impor restrições resultam em fracasso, a curto ou em médio prazo⁷⁵. No curto prazo pode ser forçado a mudar de política diante de pressões incontestáveis, inclusive da própria cidadania que se vê frustrada no atendimento de uma necessidade. No médio prazo pode impor uma perda tecnológica, um atraso irrecuperável de acesso a modernas técnicas, resultando prejuízos econômicos consideráveis. Serve de exemplo ilustrativo, da década de 80 e princípio dos anos 90 no Brasil, a proteção nacionalista da microeletrônica. A repercussão foi extremamente desfavorável e não resultou o desenvolvimento da indústria nacional. Desfavorável porque simplesmente serviu para impor atraso tecnológico, talvez ainda não recuperado. A toda evidência não resultou o desenvolvimento da indústria nacional, que está indubitavelmente inserida na globalização econômica, com a transnacionalização das empresas, que deixaram de ser consideradas conceitualmente como multinacionais.

⁷⁵ Ver adiante citação de J.M. Guéhenno na p. 87 – n. 96.

Todas as medidas de proteção atendem a interesses nacionalistas, trazendo dúvidas sobre se atendem aos maiores interesses da cidadania. O capitalismo, nesse caso é extremamente contraditório, uma vez que se postula, por um lado, uma política extremamente liberal, assim facilitadora e não intervencionista, mas, de outro, os mesmos que propugnam tais entendimentos sentam às mesas do poder para buscar a proteção do seu mercado, mostrando-se incapazes de competir. Com a proteção de tais interesses, a cidadania fica frustrada na obtenção de produtos com preços mais acessíveis e de melhor qualidade, e os próprios produtores não são forçados a melhorar a qualidade e a reduzir o preço dos seus produtos. Pode ser citado aqui, para ilustrar, o exemplo da indústria automobilística brasileira, que recebe uma alta carga tributária do Estado e que, ao mesmo tempo, é protegida em razão da imposição de elevado imposto de importação de veículos estrangeiros. Todavia, a cidadania sofre com tal proteção, considerando que os veículos importados têm uma incomparável qualidade a preços idênticos, não houvesse a tributação excessiva, que os produzidos pela indústria nacional. Até que ponto se protege uma indústria nacional sem condições de competir e por qual razão as mesmas indústrias, transnacionais, não fabricam no Brasil, com os mesmo preços e qualidade, os veículos que produzem nas suas principais sedes? Essa é uma das interrogações que devem ser feitas. Evidente que há respostas, por exemplo a de proteção do mercado de trabalho. Entretanto, a indústria automobilística está amplamente automatizada, por isso seria possível que houvesse melhores níveis de emprego, preço e qualidade dos produtos com a facilitação das importações, sem perda de arrecadação pelo Estado.

De todo modo, apresenta-se uma fragilidade da soberania do Estado que se subordina intensa e constantemente às demandas econômicas da globalização do capitalismo. Daquela posição elevada e central na emanação do poder político, o Estado declina para uma posição subalterna, por isso subproeminente, no sentido de que perde a condição hegemônica quanto à emanação do poder político, assim como de implementar políticas de desenvolvimento nos âmbitos culturais, sociais e econômicos, passando a depender, decisivamente, de iniciativas privadas em todos esses pontos.

1.8 – O futuro do Estado

Entre os juspublicistas pátrios, pode ser citado Dalmo de Abreu Dallari⁷⁶, que especificamente procurou tratar de um Estado futuro. No âmbito internacional, o filósofo alemão Jürgen Habermas⁷⁷ também trouxe outros pontos para o debate atual acerca do futuro do Estado⁷⁸.

Dalmo Dallari põe destaque na cientificidade do projeto de prescrever o futuro do Estado e, nessa linha, apresenta as pesquisas sobre a possibilidade de existir um Estado mundial, de um mundo sem Estados, de um mundo de Super-

⁷⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. O futuro do Estado. São Paulo: Saraiva, 2001.

⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. Más allá del Estado nacional. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, e HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro – estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

⁷⁸ O jusfilósofo italiano Norberto Bobbio também publicou obra sobre o tema, a qual deliberadamente não será examinada no presente texto.

Estados e de um mundo do Bem-Estar, em que haveria um múltiplo de Estados do Bem-Estar.

Sobre um Estado mundial, sinala Dallari a pretensão histórica de imperadores, ocorrendo apenas o domínio de um povo sobre o outro, sem integração da sociedade. Com efeito, no Império Mongol e no Império Romano, por exemplo, reinava a barbárie, ainda que no último houvesse algo a mais. O nazismo hitlerista apresentava uma pretensão de domínio racial. Na modernidade, cita Dallari a doutrina de vários pensadores que admitem a existência de um Estado mundial, entre eles Kelsen e Del Vecchio. Entretanto, finaliza o autor dizendo que todos que admitem essa idéia colocam-na como um ideal utópico, “considerando-o o estágio final da evolução política da humanidade”⁷⁹.

Na concepção de um mundo sem Estados, põe Dallari a fantasia poética de Ovídio, que menciona a “Idade do Ouro”, durante a qual os homens se comportavam com plena retidão e harmonia, independentemente da existência de leis. No mesmo diapasão há a idéia de extinção futura do Estado, concebida como anarquismo, que surgiu como filosofia política, com proposta de uma ação organizada para destruir o Estado, inserida nas idéias comunistas, especialmente de Bakunin, Kropotkin e Sorel. Embora a idéia tenha evoluído como teoria, com alterações das suas concepções iniciais, há defensores que preconizam um futuro sem Estados.

⁷⁹ DALLARI, Dalmo de Abre. O futuro do Estado. Op. cit. p. 94.

Relativamente ao perecimento do Estado pela alteração da sua natureza, Dallari⁸⁰ conclui que a concepção dos que têm esse entendimento é diversa dos marxistas-leninistas. Aqueles que acedem na extinção do Estado pela alteração da sua natureza, percebem o Estado como uma forma histórica concreta e que nem sempre os homens viveram nessa forma de comunhão política, podendo surgir um outro fenómeno instalado em regime social, em que a sociedade possa ser conduzida sem o aparelhamento político do Estado, com as características definidas no Século XVIII, embora conte com órgãos peculiares de poder. Para os outros, preconizadores das teorias classistas, crêem no fim do poder político do Estado.

Dallari, contudo, descrê da possibilidade de um mundo sem Estados e, na sua observação, o mundo não caminha nessa direção, considerando, entre diversas razões, a precária eficácia das decisões dos organismos internacionais (ONU e outros). Nesse caso, há necessidade de um ente político que dialogue com outros entes de mesma estatura, no nível oficial.

Cogitando de um mundo de Super-Estados, através da formação de blocos políticos regionais, ou da formação de grandes federações, enuncia concepção contrária, ao menos na quadra histórica atual, considerando as imensas dificuldades políticas, permanecendo apenas como um ideal.

⁸⁰ Idem, p. 109.

Dallari também critica a idéia de ser possível a existência de um múltiplo de Estados de Bem-Estar, diante da impossibilidade de conciliação com a democracia, presente a intensa intervenção estatal exigida e, ainda, à conta de estar sustentado em bases capitalistas, a imporem contradições.

Concluindo o estudo que apresentou, Dallari expõe quatro características do futuro imediato⁸¹ do Estado: (a) a integração do povo nos fins do Estado; (b) a racionalização objetiva da organização e do funcionamento do Estado, implicando formas autoritárias de governo; (c) a homogeneização relativa dos Estados; e, (d) orientação predominantemente nacionalista. Quanto ao futuro remoto, menciona que “o Estado deverá existir enquanto não se operar a modificação da própria natureza humana⁸².”

Operando com base noutros parâmetros, fundamentado na teoria dos sistemas sociais, Habermas⁸³ também coloca a questão da “superação” do Estado nacional, indagando se seria supressão ou suprassunção, mas especialmente trabalhando sobre as transformações na presente época. Assim coloca a questão:

O discurso sobre a superação do Estado é ambíguo. De acordo com uma maneira por assim dizer pós-moderna de entender a questão, o fim do Estado nacional leva-nos também à separação do projeto de autonomia para o Estado de cidadãos que, segundo essa visão, estourou seu crédito sem esperanças de recuperação. Para a outra maneira de entender a questão, não derrotista, ainda há chance para o projeto de uma sociedade apta a aprender e capaz de agir sobre si mesma por meio da vontade e da consciência

⁸¹ Na verdade a obra de Dallari foi editada no início da década de 70.

⁸² Op. cit. p. 181.

⁸³ HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro – estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, p. 142- 145.

política, mesmo para além de um mundo constituído por Estados nacionais. A controvérsia desenvolve-se em torno da autocompreensão normativa do Estado democrático de direito⁸⁴.

No mesmo texto, anuncia o filósofo que a “empresa transnacional se transformará em modelo comportamental.” A autonomização do sistema econômico global manifesta-se como um desenvolvimento sistêmico mais abrangente, em que ficaram inócuas as tentativas de influência política por via normativa. A sociedade global revela-se plenamente descentrada.

Citando J. M. Guéhenno, Habermas coloca que “o cidadão da era da integração em rede define-se cada vez menos por seu compartilhamento do exercício de soberania e cada vez mais pelo fato de poder desenvolver uma atividade em um âmbito no qual todos os procedimentos obedeçam a regras claras e previsíveis⁸⁵.”

Portanto, anuncia Habermas uma nova ordem global, em que se vê supressão e não supressão do Estado nacional, em que estão figuras capazes de agir em um plano supranacional. Nesse quadro, põe-se uma pergunta inquietante, de “saber se uma formação democrática de opinião e vontade realmente poderá alcançar a força vinculativa necessária, mais além da fase de integração ligada ao Estado nacional⁸⁶.”

⁸⁴ Idem, ibidem.

⁸⁵ Idem, ibidem.

⁸⁶ Idem, ibidem.

Com o presente tópico enfatiza-se, então, a idéia de subpreeminência do Estado no atual instante histórico, que passa a ocupar uma instância de coadjuvância, nos níveis interno e externo, não se encontrando mais no centro, nem tampouco no topo. Ainda tem destaque, mas já não é o mesmo. O capitalismo econômico globalizado tem dispensado à influência política do Estado um lugar menos interessante e, pior, seguidamente não há qualquer influência, tendo o Estado, ao contrário, de curvar-se às necessidades da economia globalizada.

1.9 – A crise de soberania própria à pós-modernidade

É da concepção positivista, ou da perspectiva normativista, especialmente enunciada na Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, que advém a idéia de completude do direito⁸⁷. O direito como um sistema que abarca todas as possibilidades normativas da sociedade. Por isso, descabe falar-se de lacunas do direito, mas de lacunas da lei. Por isso, ainda, a concepção de que o direito está aí e deve ser descoberto. Para além de tudo, a compreensão de que a norma não esgota o direito e de que, portanto, há direito diverso da norma, esta que seria apenas uma das fontes do direito. Nesses termos, as idéias modernas podem ser reexaminadas e relidas – relidas noutras leituras, inclusive quiçá complementares, não em oposição – obras como as de Hans Kelsen (TPD – positivismo), de H. L. Hart (O conceito de direito – a textura aberta do direito) e Ronald Dworkin (O

⁸⁷ Em Bobbio fala-se de “completitude” do direito. BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico. São Paulo: Ícone, 1995, p. 207.

império do direito – a possibilidade de o direito dar “a boa resposta”), para ficar apenas em algumas.

Na pós-modernidade, todavia, se apresenta outra lógica, como destaca Habermas: “Nesse mundo pós-político, a empresa transnacional se transformará em modelo comportamental. A autonomização do sistema econômico global, em face das tentativas inócuas de influência política, empreendidas por via normativa, manifesta-se do ponto de vista da teoria dos sistemas como caso particular de um desenvolvimento mais abrangente⁸⁸.” E Habermas remata, citando J. M. Guéhenno, mencionando que “deixará de ter importância se uma norma foi estabelecida por uma empresa privada ou por um funcionário da administração pública⁸⁹.”

Com efeito, para a pós-modernidade, através da teoria dos sistemas sociais, de Niklas Luhmann, o direito figura como um subsistema do sistema total sociedade, cumprindo o próprio direito a função de reduzir a complexidade e, no interior do direito, a norma cumpre a função de reduzir a complexidade, mas traz maior complexidade. Assim, a norma não mais põe o direito, mas cumpre uma função, a de trazer segurança, a de prever e a de prevenir as ocorrências futuras, reduzindo a complexidade da vida em sociedade. Mas somente pode-se prever e prevenir o futuro com base em ocorrências passadas e, certamente, nem tudo o que ocorre pode ficar regrado, nem tudo o que ocorre merece ficar regrado.

⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 143.

⁸⁹ Idem, *ibidem*.

Enfim, há lugares com sombra, mesmo em dia ensolarado. É sempre necessário compor a norma com a hermenêutica.

O fato de a empresa transnacional servir como modelo de comportamento implica, por uma ótica, a prevalência do direito privado sobre o direito público, especialmente no âmbito do direito internacional. Ainda que não seja esta prevalência decorrente do poder propriamente dito, do uso da força normativa do Estado, certamente a prevalência estará no poder econômico e nas suas inúmeras formas de manifestação. E, muitas vezes o Estado legisla no interesse das empresas, no que demonstra a sua subserviência, havendo então uma apropriação do Estado, mas este aspecto não está em destaque no presente texto.

A globalização que afeta inteiramente a sociedade, retransforma o povo em multidão no atual momento histórico. Importa dizer que esta multidão não é aquela multidão desordenada do estado de natureza, mas uma multidão da era da globalização, que aceita e não aceita a normatização vigente, que aceita e se rebela contra a normatização, que aceita e reproduz a normatização em outra normatização. Enfim, o povo sem Estado não é povo – é multidão. Entretanto, essa mesma multidão tenta se organizar e, assim, atende a inúmeras deliberações, códigos e símbolos que, em face da velocidade das informações, se implantam no imaginário geral. O Estado, esse imenso Leviatã, não consegue responder com a velocidade requerida e, por isso, legisla cada vez menos e com menor influência, havendo uma mudança da esfera ou do espaço público. A multidão da globalização não é a multidão do estado de natureza. É uma multidão ordenada

histórica e tradicionalmente, porque carrega em si toda a carga da história da humanidade, mas desordenada segundo aqueles padrões, porque se desprende daquela história e daquela tradição, em que imperava a lógica do Estado-nação, como centro de emanção do poder político.

1.10 – A sociedade em rede – a tomada de decisões na pós-modernidade

Existem dois espaços públicos⁹⁰ na pós-modernidade. O primeiro é o espaço público do Estado, em que vigora a lógica tradicional, na qual, nos Estados nacionais, há uma Constituição que estatui sobre o exercício da soberania e das múltiplas formas de manifestação do Estado na sociedade e vice-versa. É um Estado de contenção da cidadania, de contenção da liberdade de cada um, decorrente do pacto original, através do qual consensualmente cada um cedeu uma parte da sua liberdade, recebendo em troca segurança, pois, na linguagem hobbesiana, liberdade total somente havia no estado de natureza. Para cumprir a promessa de segurança, o Estado precisa conter o indivíduo e, ainda, por meio da Constituição, há a limitação ao uso do poder do Estado. Há direitos e deveres.

O outro espaço público é o constituído pela sociedade e pelos inúmeros instrumentos, mecanismos, instituições, entidades, organismos, associações etc. que também regem sobre o público, porque não regem apenas sobre atos

⁹⁰ Para João Pissarra Esteves (ESTEVES, João Pissarra. Espaço público e democracia. São Leopoldo/RS: Editora Unisinos, 2003, p. 22), espaço público deve ser entendido “como o domínio por excelência das trocas simbólicas entre cidadãos, onde têm lugar as mediações políticas fundamentais que constituem as sociedades democráticas.”

privados, não se caracterizando negócios privados, regrando formas de vinculações muito abrangentes, qualitativa e quantitativamente, objetiva e subjetivamente.

Assim como o próprio Estado funciona em rede⁹¹, pois há uma rede de poder na administração pública, observando-se as diversas esferas de emanção do poder político, a sociedade da pós-modernidade também tem como característica primordial o funcionamento em rede. Considerem-se, por exemplo, os três poderes, ou funções (administração, legislação e jurisdição), ou as três esferas de emanção do poder político no Brasil (federal, estadual e municipal). Há uma integração funcional em rede. Vejam-se os meios de comunicação, os quais também funcionam melhor em rede, considerando-se as centrais de jornalismo, esportivas e de entretenimento, locais, regionais e nacionais. A rede tradicional e histórica do Estado é hierárquica, mas seu oficialismo revela-se esgotado na lógica da soberania atual. O poder já não funciona apenas da forma transparente como está apresentado na Constituição escrita, se é que algum dia tenha funcionado exclusivamente daquela forma. A “Constituição” material apresenta outra lógica que aprofunda e torna difuso o exercício da soberania.

Partindo do exame da Constituição Americana, Hardt e Negri expõem que os constituintes entenderam que só a república pode pôr ordem à democracia, cuja

⁹¹ Na verdade, o Estado não funciona em rede, considerando a hierarquia funcional e administrativa. Todavia, já passa a funcionar em rede informalmente, pois o poder hierárquico, para usar uma expressão de José Eduardo Faria (FARIA, José Eduardo. O direito na economia globalizada. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002, p. 326), sofre um processo de “fagocitose” ou de evanescência, que submete as estruturas jurídicas e políticas do Estado moderno.

ordem nasce de um arranjo interno da multidão, de uma interação democrática de poderes reunidos em redes⁹². Daí que:

A Constituição maquiavélica dos Estados Unidos é uma estrutura colocada contra a corrupção – a corrupção de facções e de indivíduos, de grupos e do Estado. A Constituição foi projetada para resistir a qualquer recaída cíclica na corrupção ativando a multidão e organizando sua capacidade constituinte em redes de contrapoderes organizados, em fluxos de funções diversas e equalizadas, e num processo de auto-regulamentação amplo e dinâmico⁹³.

Adiante na mesma obra, os autores esclarecem que a tendência expansiva democrática consistente na noção de rede de poder deve ser distinguida de outras formas de propagação expansionistas e imperialistas, sendo, então, caracterizada pela inclusão, não pela exclusão, ou seja, na expansão, a rede de poder não anexa, nem destrói os outros poderes, mas volta-se para eles, incluindo-os na rede, abrindo-se a base de consenso, possibilitando a reforma do corpo soberano. “O Império só pode ser concebido como uma república universal, uma rede de poderes e contrapoderes estruturada numa arquitetura ilimitada e inclusiva⁹⁴.”

No ensaio “O fim da democracia”, J.M. Guéhenno traça as linhas mestras da atual lógica da soberania. Precisa esse autor que “as leis se tornaram receitas, o direito um método, os Estados-nação um espaço jurídico⁹⁵.” E, fundado nisso, questiona sobre se isso é suficiente para garantir o futuro da idéia de democracia e se pode haver democracia sem nação.

⁹² Op. cit. p. 180.

⁹³ Idem, p. 182.

⁹⁴ Idem, p. 185.

⁹⁵ GUÉHENNO, Jean-Marie. O fim da democracia. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999, p. 9.

Sobre a necessidade de se curvar às normas internacionais, definidas num nível supranacional, J.M. Guéhenno nega a possibilidade de um país isolar-se pelas suas normas jurídicas, em proteção da sua indústria nacional, assim restringindo as indústrias a um mercado estreito demais para que possam manter as despesas de pesquisa e desenvolvimento necessárias à competição contínua por mercado⁹⁶. E, concebendo a política como “a arte de governar uma coletividade de homens definidos pelo fato de serem enraizados num lugar, numa cidade (pólis) ou numa nação” com o desaparecimento da nação há a morte da política. Enfim, na idade das redes, no relacionamento entre os cidadãos e o corpo político há a concorrência de uma infinidade de conexões estabelecidas fora do seu alcance, passando a política a não ser o princípio organizador da vida dos homens na sociedade. A política permanece como uma atividade secundária, uma construção artificial, sofrivelmente adaptada a solucionar os problemas práticos do mundo contemporâneo⁹⁷.

A tomada de decisões é fragmentada, decorrente da crise da concepção espacial do poder, pois o debate político tradicional, de princípios e de idéias gerais, ideológico, sobre a organização da sociedade, fica extremamente reduzido, em decorrência da profissionalização e da adoção da lógica das micro-decisões⁹⁸.

Nos mesmos termos o seguinte excerto:

Doravante, só há uma série de pequenas decisões, cujo somatório constitui, em aparência mais do que em realidade, “a grande decisão”: o

⁹⁶ Idem, p. 26.

⁹⁷ Idem, p. 28-29.

⁹⁸ Idem, p. 30.

processo orçamentário americano, repuxado por mil demandas pontuais, e artificialmente enquadrado por decisões de âmbito geral, as quais só restringem as aparências, é um exemplo desse mundo onde a paralisia das instituições leva finalmente a uma difusão do poder não muito distante da lógica japonesa. O executivo já perdeu a iniciativa, sem que o parlamento tenha reforçado a sua soberania⁹⁹.

Nessa senda se insere a empresa transnacional como modelo comportamental, sinalando Hardt e Negri que “a mudança de paradigma de produção para o modelo de rede fomentou o poder crescente das empresas transnacionais, além e acima das fronteiras dos Estados-nação¹⁰⁰.”

A empresa transnacional não fica cercada pelos hábitos de uma pátria, nem é uma abstração apátrida, mas constrói seu sucesso conforme os “nós” relacionais que estabeleceu, objetivando a perfeita circulação da informação, não o gigantismo em economia de escala, movida pelos impulsos que os seus receptores obtém no mundo, como produtos novos, novos tipos de financiamento e novos processos de fabricação. A própria unidade da empresa é um nó, ligado na sua rede local, assim desenvolvendo o seu papel de receptora, e conectada às demais unidades da empresa, desenvolvendo seu papel divulgador dentro da empresa toda¹⁰¹.

Essa lógica de rede torna ainda mais complexa a sociedade, na linguagem da teoria dos sistemas, que se vê obrigada a reduzir a complexidade, produzindo, paradoxalmente, maior complexidade. A soberania não fica limitada a sua

⁹⁹ Idem, p. 41.

¹⁰⁰ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. Op. cit., p. 325.

¹⁰¹ GUÉHENNO, Jean-Marie. O fim da democracia. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999, p. 66.

expressão institucional tradicional, mas é apresentada de forma fragmentada, em micro-decisões que apontam o resultado da grande decisão.

Luhmann expõe a rede, ou cadeia de poder, como uma ordem de processos que vincula mais de dois parceiros, somente aí se cogitando de uma “cadeia de ações”, em que a seleção de uma ação se acopla à de outras, ou antecipa-as como seleções decorrentes tendo em vista a sua efetivação. Nesse caso, todos exercem influência sobre alguém, somente podendo falar-se de cadeia, ou rede, quando o poder de cada um puder atravessar toda a cadeia. A sua característica é, então, a reflexividade do processo de poder, ou seja, a possibilidade de aplicar-se a si mesmo. A função da formação de cadeias é maximizar o poder, atribuindo ao poderoso maior poder do que aquele que normalmente exerce¹⁰². O poder não pode ser anárquico, contraditório, se não ele se elimina. A previsibilidade e a dogmática são essenciais e podem trabalhar as variações, conforme o caso, mas justificando o poder. Uma rede de poder, ou de contra-poder, é necessária para controlar o poder.

A sociedade se encontra numa teia, ou numa rede de influências e relações.

Manuel Castells apresenta o conceito de rede como:

Um conjunto de nós interconectados. Nó é o ponto no qual uma curva se entrecorta. Concretamente, o que um nó é depende do tipo de redes concretas de que falamos. São mercados de bolsas de valores e suas centrais de serviços auxiliares avançados na rede dos fluxos financeiros globais. São conselhos nacionais de ministros e comissários europeus da rede política que governa a União Européia. São campos de coca e de

¹⁰² LUHMANN, Niklas. Poder. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992, p. 33-40.

papoula, laboratórios clandestinos, pistas de aterrissagem secretas, gangues de rua e instituições financeiras para lavagem de dinheiro na rede de tráfico de drogas que invade as economias, sociedades e Estados no mundo inteiro. São sistemas de televisão, estúdios de entretenimento, meios de computação gráfica, equipes para cobertura jornalística e equipamentos móveis gerando, transmitindo e recebendo sinais na rede global da nova mídia no âmago da expressão cultural e da opinião pública, na era da informação¹⁰³.

Rede, teia ou cadeia, portanto, nessa nova lógica de influência e de poder, é uma nova estrutura e, portanto, planejada, que pode ser expandida de forma ilimitada, por meio da criação de novos nós que se interconectam.

O Estado contemporâneo, portanto, se encontra em crise. A determinação que havia na modernidade quanto à soberania do Estado, com as suas características da unidade, da indivisibilidade e da inalienabilidade, considerando-se a qualidade da incontestabilidade do poder estatal perde vigência, ao menos perde a vigência que possuía até então. Essas mudanças impostas pela lógica da rede de poder e de contrapoder revelam esse espaço temporal de crise. O conceito formal de soberania perde vigência para os fatos da pós-modernidade que ocorrem com uma intensidade surpreendente. A sociedade de consumo e a sociedade de informação inseridas na era da globalização econômica impõem uma alteração estatutária ainda não acolhida formalmente, que gera esse espaço temporal de crise conceitual.

No âmbito da separação dos poderes, que instalou o Estado Liberal, também há e houve repercussões.

¹⁰³ CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede, volume I. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 566.

CAPÍTULO II – As funções do Estado – Uma revisão do princípio da separação dos poderes

Desde uma perspectiva tradicional até uma perspectiva das teorias pós-modernas, estas de cunho interdisciplinar, especialmente sociológica e filosófica, como é próprio da ciência política, o projeto deste capítulo é apresentar uma visão geral das funções do Estado. Num primeiro momento, ainda que já haja vasta doutrina sobre a temática, buscar-se-ão as origens do princípio da separação dos poderes, conforme a doutrina tradicional. Entretanto, como é ressabido, nunca houve uma separação absoluta, ainda que tivesse havido, nos primórdios, tal pretensão. Portanto, a idéia do equilíbrio dos poderes e as motivações que lhe deram causa também são pontos preliminares importantes a serem apresentados.

No Brasil, a prática da separação dos poderes nunca teve muito espaço para a sua plena concretização. E, na atual fase histórica, em especial no Brasil, mas, igualmente, no mundo todo, há sempre dificuldades de atuação dos poderes, quando ocorre a invasão recíproca das esferas de competência.

Na finalização do capítulo serão mostradas, sem a intenção de esgotamento, as concepções das teorias de base sobre o Estado e as suas funções. Portanto, naquele ponto já estarão, primeiro, alguns sinais de ruptura com a doutrina tradicional e, depois, as dificuldades de comunicação entre as organizações, para usar uma linguagem da teoria dos sistemas.

2.1 – As doutrinas tradicionais sobre a separação dos poderes

É o ponto de partida do Estado Liberal, ou do Estado de Direito, ou, ainda, do Estado Constitucional o princípio da separação dos poderes, que nasce de duas faces da mesma moeda. De um lado era preciso evitar a concentração do poder, de outro era necessário limitar o exercício do poder.

No Capítulo X de “A Política”, Aristóteles já mencionara “Dos três Poderes Existentes em Todo Governo”. Ali se encontram as atribuições, ou competências, do Poder Deliberativo, do Poder Executivo e do Poder Judiciário. Portanto, a origem mais remota do princípio da separação dos poderes está em Aristóteles, embora haja alguns que mencionem que Platão teria sido o

precursor¹⁰⁴. Não se pode negar a importância do pensamento de Aristóteles para a formação do princípio. Todavia, o contexto histórico em que Aristóteles desenvolveu a sua idéia, em que havia a Cidade-Estado, não tem a motivação de desconcentrar o exercício do poder do Estado, mas de organizá-lo. De qualquer modo, o pensamento de Aristóteles germinou as idéias da modernidade.

E, com acerto, embora em manual de Teoria do Estado, há quem destaque que, depois do pensador grego, “a doutrina da divisão dos poderes permanece longos séculos sem merecer qualquer atenção dos escritores¹⁰⁵.”

No que respeita à separação das funções do Estado, nada há na obra de Jean Bodin que indique que pensou sobre o tema. Quando menciona as características, ou sinais, da suprema autoridade, a primeira delas é a autoridade para dar leis a todos em geral e a cada um em particular. Aqui, então, ele concentra todas as funções principais do Estado no príncipe supremo. E, mesmo quando menciona da característica do privilégio de conhecer das últimas apelações, citando exemplos de conselhos do povo para tanto, há atribuição ao povo, no aspecto, da autoridade suprema, como legitimado para aquela atribuição ou competência, não havendo menção sobre a separação das funções do Estado. Entretanto, embora não haja uma menção especial e clara sobre a separação dos poderes, Bodin expõe, no Capítulo VI do Livro Quarto, o questionamento sobre

¹⁰⁴ PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como princípio e doutrina constitucional – um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. (Nuno Piçarra cita alguns dos autores que atribuem a Platão ter sido o primeiro defensor da idéia de constituição mista e não Aristóteles, mas descarta essa possibilidade – v. nota 10 da obra citada).

¹⁰⁵ AZAMBUJA, Darcy. Teoria Geral do Estado. Porto Alegre: Editora Globo, 1979, p. 177.

“*Si es bien que el príncipe juzgue los súbditos y sea muy familiar a ellos?*” Cita, então, “*Caso em que el príncipe deve ser juez*”:

Todavía yo no quiero dezir que el príncipe no deua en algunas ocasiones juzgar con la asistencia de su Consejo, mayormente si es savio y bien entendido, advirtiendo que la cosa sea de grande importancia y digna de su presencia, siguiendo el Consejo de Iethro, que, viendo a Moysés ocupara mañana y tarde haziendo justicia a todas gentes en todas causas. Vos os matais (dixo él) em tomar tanta fadiga; escoged los más savios y beneméritos del pueblo para que alivien vuestro peso. Y se ubiere cosa grave y difícil de juzgar, vastará que conozcais della. Moysés tomó el consejo de su suegro. Leemos que Rómulo, aviendo dado la justicia al Senado y a los magistrados, reservó para sí no más del conocimiento de las cosas de importancia¹⁰⁶.

Assim, Bodin tratou de uma forma de delegação da jurisdição, mormente para não sobrecarregar o soberano. A idéia ainda não era a de desconcentrar o poder do Estado.

Machiavel nada referiu sobre o princípio da separação dos poderes. O primeiro pensador a tratar do tema, de forma sistematizada foi, sem dúvida, John Locke, na obra Segundo Tratado sobre o Governo Civil. Entretanto, nesta obra apenas mencionou os Poderes Legislativo e Executivo, não reservando espaço para o Poder Judiciário. É no Capítulo XII que Locke menciona a existência dos poderes legislativo e executivo, o primeiro com o “direito de estabelecer como se deverá utilizar a força da comunidade no sentido da preservação dela própria e dos seus membros”, devendo as leis ter a sua execução acompanhada constantemente. Então, o poder executivo é permanente, enquanto que o poder legislativo não é necessário que seja assim, pois podem as leis ser elaboradas em curto prazo e,

¹⁰⁶ BODIN, Jean. Op.cit. p. 760.

portanto, o legislativo não teria com que se ocupar¹⁰⁷. Entretanto, menciona Locke a existência de um outro poder que seria o “o poder natural”, dizendo que os homens que vivem em comunidade são pessoas distintas, mas o resto dos homens vivem em estado de natureza entre si, resultando daí que as controvérsias existente entre qualquer membro da sociedade e os que estão fora dela devem ser resolvidas pelo público¹⁰⁸. Assim, embora Locke não tenha mencionado o Poder Judiciário, fez menção sobre outro poder necessário para resolver as controvérsias que surgissem entre os membros da comunidade e os demais que não pertencessem a tal classe social.

Não há dúvida alguma na doutrina sobre o fato de ter sido Montesquieu o pensador a sistematizar, cientificamente, o princípio da separação dos poderes, dividindo o exercício do poder do Estado nas três funções conhecidas.

Contudo, Nuno Piçarra destaca que não foi Montesquieu original na sua idéia, o que não significa retirar dele o mérito de sistematizar o princípio da separação dos poderes. Este autor é taxativo ao estabelecer “que ele não foi o seu inventor, não foi o primeiro a propô-la (a idéia) com o sentido, o alcance e os objectivos que classicamente lhe são assinalados¹⁰⁹.”

Na investigação que faz, Nuno Piçarra esclarece ser fácil demonstrar que “os pontos de partida de Montesquieu para a exposição do tema coincidem com

¹⁰⁷ LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo – Ensaio relativo à verdadeira origem extensão e objetivo do governo civil. São Paulo: Abril Cultural, Os pensadores, 1983, p. 91.

¹⁰⁸ Idem, ibidem.

¹⁰⁹ PIÇARRA, Nuno. Op. cit., p. 89.

algumas das mais consagradas idéias do pensamento político inglês¹¹⁰.” Essa conclusão é confirmada pelo fato de que, na obra “Do Espírito das Leis”, Montesquieu dá início à exposição da idéia da separação dos poderes no Capítulo VI do Livro Décimo Primeiro, com o título “Da Constituição da Inglaterra¹¹¹”. Assim Montesquieu coloca o princípio:

Pelo primeiro poder, o príncipe ou magistrado cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-roga aquelas que já estão feitas. Pelo segundo, determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos. Chamaremos este último “o poder de julgar”, e o outro chamaremos, simplesmente, “o poder executivo do Estado”.

A liberdade política, em um cidadão, é essa tranqüilidade de espírito que decorre da opinião que cada um tem de sua segurança; e, para que se tenha essa liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo que um cidadão não possa temer outro cidadão.

Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor¹¹².

Confirma-se, portanto, que a idéia fundamental, sistematizada por Montesquieu nos tempos do absolutismo, era a limitação do poder pelo próprio poder, evitando a concentração do poder do Estado nas mãos de uma pessoa ou de um órgão.

¹¹⁰ Idem, p. 90.

¹¹¹ MONTESQUIEU. Do Espírito das Leis. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 165.

¹¹² Idem, ibidem.

Essa idéia foi a que impôs a constitucionalização do princípio a partir da Declaração dos Direitos da Virgínia (*Virginia Bill Of Rights*), de 12 de junho de 1776. Destaca Paulo Bonavides, entretanto, que o texto constitucional norte-americano, de 1787, não menciona nem sequer uma vez o princípio, de forma expressa, mas a Constituição seria ininteligível se fosse omitida a presença da separação dos poderes, como técnica de repartição das competências. Paulo Bonavides menciona ainda que no art. 30, da Parte I, da Constituição de Massachussetts, há a cláusula de vedação de um poder exercer as atribuições do outro poder e, nas Constituições de Mariland, Virgínia e Carolina do Norte, consta que “os poderes devem ser para sempre separados e distintos¹¹³.” Com efeito, no art. III da Constituição dos Estados Unidos da América, em suas seções 1, 2 e 3, que trata do Poder Judiciário, não há previsão do princípio da separação dos poderes, mas ficou estabelecida a competência do Poder Judiciário e da Suprema Corte, permitindo conclusão de que o princípio da separação dos poderes é imanente à Constituição. Daí a questão proposta por A. Hamilton e J. Madison, no Capítulo LI, de “O Federalista”: “A que meio se recorrerá, portanto, para manter na prática esta separação essencial dos poderes, que a Constituição estabelece em teoria?¹¹⁴”

Definitivamente, no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, na Assembléia Nacional dos representantes do povo francês, é que o princípio conquistou o espaço privilegiado nos seguintes

¹¹³ BONAVIDES, Paulo. Ciência política. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 156-157.

¹¹⁴ HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. O federalista. São Paulo: Abril Cultural, Os Pensadores, 1979, p. 130.

termos: “Toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos do homem nem determinada a separação de poderes, não possui constituição.”

Nesse plano de idéias, percebe-se que o princípio da separação dos poderes serviu de fundamento à nova apresentação do Estado que se seguiu ao absolutismo, o Estado Liberal. Foi o principal mote dessa transformação. Ainda que possam ser referidas causas econômicas¹¹⁵, não se pode deixar de reconhecer que o princípio da separação dos poderes permeou as idéias de exercício do poder do Estado, caracterizando o nascimento do Estado Liberal. A visão positiva da história revela que o feudalismo foi sepultado pelo absolutismo. Portanto, mesmo o absolutismo teve uma importância notável, abstraindo-se o seu aspecto negativo, pois com ele houve a possibilidade de surgir o Estado na sua acepção moderna, pela existência de um monarca que concentrava, efetivamente, o poder. Sabe-se que o feudalismo era caracterizado pela divisão do poder que era também exercido pelos senhores feudais, estes que se obrigavam a prestar auxílio ao monarca, quando em guerra, assim como recebiam proteção. Durante o feudalismo, se é que se possa falar em Estado, este era de tamanha fragilidade, exatamente pela ausência de um poder que fosse exercido eficazmente sobre todo o território. Com o absolutismo, o poder no Estado passa a ser exercido de forma eficaz e efetiva. Jorge Miranda confirma essa ótica do feudalismo:

Com o feudalismo dissolve-se , todavia, a idéia de Estado. A ordem hierárquica da sociedade traduz-se numa hierarquia de titularidade e exercício do poder político, numa cadeia de soberanos e vassallos, ligados

¹¹⁵ STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. Op. cit. p. 30.

por vínculos contratuais. A realeza, muito longínqua, fica reduzida a uma dignidade ou prerrogativa no cimo da ordem feudal, tendo a seu favor apenas o título ou a extensão do domínio.

Nessas condições, o poder privatiza-se. Em vez do conceito de *imperium* vem o de *dominium*, em conexão com os princípios da família e da propriedade: investidura hereditária, direito de primogenitura, inalienabilidade do domínio territorial. Mais que “em forma de Estado” *patrimonial* deve falar-se em ordenamento jurídico sob regime *patrimonial*. É a concepção patrimonial do poder, a qual, transformada, acabaria por subsistir quase até ao constitucionalismo¹¹⁶.

Daí, percebido o aspecto positivo histórico do absolutismo, como reação à inexistência de efetividade do poder no feudalismo, verifica-se, posteriormente, que a reação foi exagerada, pois a concentração do poder no Rei Absoluto era demasiada. Em consequência, surge o Estado Liberal das idéias sistematizadas por John Locke, o inaugurador do pensamento liberal, com os acréscimos posteriores de Montesquieu e de Rousseau. O pináculo do Estado Liberal foi a revolução norte-americana e a revolução francesa, quando o princípio da separação dos poderes, como já referido, é expressado nos textos constitucionais. A propósito, de lembrar-se de passagem da obra de John Locke:

92. Quem pensa que o poder absoluto purifica o sangue do homem e corrige a baixeza humana precisa ler a história desta ou daquela época para se convencer do contrário. Aquele que fosse insolente e injurioso nas florestas da América não seria muito melhor sentado em um trono, no qual talvez se descubram saber e religião para justificar tudo quanto faça aos súditos, silenciando a espada, de fato, todos quantos ousem pô-lo em dúvida; porquanto poder-se-á ver facilmente o que é a proteção da monarquia absoluta, que espécie de pai para o país faz com que os príncipes sejam, e a que ponto de felicidade e segurança leva a sociedade civil, onde esta espécie de governo atingiu a perfeição, quando se examina a última narrativa do que é o Ceilão¹¹⁷.

¹¹⁶ MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 31.

¹¹⁷ LOCKE, John. Op. cit. p. 69.

Cumprе enfatizar, então, que as reações sempre foram excessivas. A reação ao feudalismo, momento histórico em que não havia, propriamente, uma soberania estatal, pois o poder do monarca não era exercido de forma indivisível, foi o absolutismo, quando o monarca era tido como o rei absoluto, ou seja, havia uma identificação entre o rei e o Estado. A respeito convém lembrar sempre a célebre frase atribuída a Luis XIV: “O Estado sou eu”. Entretanto, com o Estado Liberal, em novo momento histórico de reação, pretendeu-se separar o exercício do poder estatal, dividindo-se em três funções: a legislativa, a executiva e a jurisdicional. As idéias liberais nascentes impunham certo rigor nessa separação, em consonância com a obra de Montesquieu.

O princípio da separação dos poderes, contudo, alcançou a sua maioria quando foram estabelecidas as técnicas de controle a essa rígida idéia de divisão das funções. É bom dizer que mesmo em Locke e em Montesquieu já ficara mencionada uma idéia de equilíbrio dos poderes. Locke, por exemplo, menciona que o poder legislativo não necessita funcionar permanentemente, ocorrendo o contrário com o poder executivo. Então, como o legislador não pode tudo prover para o futuro, é possível ao executivo exercer o que ele chamou de prerrogativa, que seria “o poder de agir de acordo com a discricão a favor do bem público¹¹⁸”. Nos mesmos termos, Locke enuncia a submissão do poder executivo ao poder legislativo. Contudo o poder executivo tem o poder de convocar e dispensar o poder legislativo. Nesses três pontos já são percebidos alguns aspectos de controle e de equilíbrio dos poderes na obra de Locke.

¹¹⁸ Idem, p. 98.

Em Montesquieu, em diversas passagens de “Do Espírito das Leis” se nota que anteviu a necessidade de controle dos poderes do Estado:

Se o poder executivo não tem o direito de controlar os empreendimentos do corpo legislativo, este tornar-se-á despótico, pois, como pode atribuir a si todo o poder que pode imaginar, destruirá os outros poderes. (...)

Contudo, se em um Estado livre o poder legislativo não deve ter o direito de cercear o poder executivo, tem o direito e deve ter a faculdade de examinar de que modo as leis que ele promulgou foram executadas. (...)

Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juizes da nação não são, conforme já dissemos, mais que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta lei não podem moderar nem a força e nem o rigor. É, pois, a junta do corpo legislativo que, em uma ou outra ocasião, dissemos representar um tribunal necessário, e que aqui também é necessária; compete à sua autoridade suprema moderar a lei em favor da própria lei, pronunciando-a menos rigorosa do que ela¹¹⁹.

A ênfase que se dá à obra de Montesquieu, no aspecto, pertine à idéia de que é necessário um equilíbrio entre os poderes, destacando-se que de há muito está superada a idéia de ser o juiz “a boca da lei”, ao menos não com o rigor dado pelo pensador, quiçá com o aprimoramento de que o juiz deve, sempre e sempre, interpretar a legislação, aplicar o direito ao caso concreto, até porque, é amplamente ressabido que o direito não se resume à lei.

Ainda rebuscando a origem das idéias do princípio da separação dos poderes, em Locke há a prevalência do poder legislativo sobre o poder executivo, enquanto que em Montesquieu o poder judiciário é como se fosse nulo.

¹¹⁹ MONTESQUIEU. Op. cit. p. 170-172.

2.2 – O equilíbrio dos poderes do Estado

A história da Constituição mista, como descrita por Nuno Piçarra, expõe a origem do controle do exercício do poder do Estado. No Capítulo XI de “A Política”, quando Aristóteles trata “Do melhor governo”, ao discorrer sobre “As dificuldades de atribuição da soberania”, questiona sobre se o exercício da soberania deve caber à massa, aos ricos, aos homens de bem, ao homem mais eminente quanto ao mérito, ou se ao monarca absoluto¹²⁰?” Desse questionamento todo, retira a conclusão de que o melhor é que a soberania fique distribuída a todos os segmentos da sociedade. É aí que se compreende o que seja Constituição concreta mista, na obra de Aristóteles e, então, a origem do equilíbrio no exercício do poder do Estado.

O berço da doutrina da separação dos poderes, segundo declara Nuno Piçarra, é a Inglaterra do Século XVII. James Madison, por seu turno, também menciona que “a Constituição Inglesa era para Montesquieu o que é Homero para todos os escritores didáticos sobre poesia épica¹²¹.”

A Inglaterra, de acordo com Nuno Piçarra, praticamente não conheceu o Estado Absolutista, diante do desenvolvimento das suas instituições representativas, passando de um Estado-estamental a um Estado constitucional-representativo. Evoluiu para um esquema constitucional em que a melhor forma

¹²⁰ PIÇARRA, Nuno. Op. cit. p. 149.

¹²¹ MADISON, James. Op. Cit., p. 124.

de governo consistia na repartição do governo entre o Rei, os Lordes e os Comuns, que exerciam o poder político. Trata-se, então, de Monarquia mista, em que havia essa Constituição mista de divisão do exercício do poder do Estado entre o rei, a nobreza e os representantes do povo. A divisão dos poderes adveio das idéias opostas a essa Constituição mista, idéias propaladas pelos adeptos da soberania popular. Diversamente, no Continente as monarquias adquiriram a feição absolutista¹²², como é exemplar o caso da França.

Como propugna Nuno Piçarra, a doutrina da separação dos poderes surgiu na Inglaterra, no Século XVII, associada à idéia de “rule of law”¹²³. A “rule of law” seria a primeira forma histórica do Estado-tipo do Ocidente, o Estado constitucional, ou o Estado de direito, que inclui como elemento essencial o princípio da separação dos poderes. Nuno Piçarra esclarece, em nota, o significado de “rule of law”:

Como principais diferenças entre *rule of law* e *Rechtsstaat* (expressão de origem alemã e sensivelmente correspondente a *Etat constitutionnel*, de origem francesa) costumam apontar-se as seguintes: 1) Enquanto que para a *rule of law* o Direito se desenvolve em processo jurisdicional, para o Estado constitucional a fixação dele é prévia e independente da sua aplicação jurisdicional; 2) Enquanto que a primeira se orienta pela dialética do processo jurisdicional, a idéia de Estado constitucional convoca uma entidade que decide unilateralmente; 3) Para a primeira o Direito é um processo histórico progressivo e inacabado, enquanto que para o Estado constitucional ele tende a ser um sistema fechado de normas de criação fundamentalmente legislativa¹²⁴.

¹²² PIÇARRA, Nuno. Op.Cit., p. 41-43.

¹²³ Idem, p. 44.

¹²⁴ Idem, ibidem, nota 11.

O processo absolutista na Inglaterra, com Jaime I (1603-1625), teve oposição nos juristas do Parlamento, que enunciavam que o Rei estava submetido às leis como qualquer pessoa. “A Petição de Direito de Carlos I (1625-1649) votada pelo Parlamento, reafirmou os princípios postergados pela tentativa absolutista: a supremacia da lei, a necessidade de conformidade das medidas políticas do Rei com o Direito vigente, os direitos de liberdade e propriedade dos súbditos perante a prerrogativa real, a possibilidade de defesa de qualquer acusado em processo jurídico regular¹²⁵.”

Expõe Nuno Piçarra que, com a dissolução do terceiro Parlamento por Carlos I, em 1629, a Inglaterra viveu os “*eleven years of Tyranny*” até, portanto, 1640. Nesse período de tempo a monarquia anulou a representatividade. Entretanto, para o lançamento de impostos, houve a convocação, primeiro, do Curto Parlamento e, depois, do Longo Parlamento. Todavia, o Longo Parlamento veio a exercer ferrenha oposição ao governo de Carlos I, inclusive com o uso sistemático de *impeachment* contra funcionários civis e membros da hierarquia eclesiástica, levando a oposição a esta atuação a exigir uma “separação dos poderes”, com o objetivo de pôr fim à tirania do Longo Parlamento, considerada mais violenta do que a do monarca absoluto. Esta é a primeira versão da separação dos poderes, com o objetivo de limitar àquele órgão a função legislativa, retirando-lhe a competência jurisdicional, que deveria caber a outro órgão constitucional¹²⁶.

¹²⁵ Idem, p. 47.

¹²⁶ Idem, p. 48-49.

A distinção entre “*rule of law*” e Estado de direito é feita, mediante um exame mais aprofundado e específico, inclusive considerando a evolução histórica, por Antonio-Carlos Pereira Menaut. Este autor inicia dizendo que “*rule of law*” na acepção de Estado de Direito “*es una parte del constitucionalismo, la que se ocupa de la relación entre el Derecho y la potestad política. Los otros dos grandes capítulos de toda constitución, la separación de poderes y los derechos de los ciudadanos, tienen mucho que ver con el Imperio del Derecho, sobre todo en la práctica, pero en principio son perfectamente distinguibles*”¹²⁷. O autor complementa lembrando que a história dá exemplos de comunidades políticas com um grande grau de submissão do poder ao direito, mas sem um semelhante grau de participação dos cidadãos, sem liberdades constitucionais e sem a separação dos poderes, por isso deve-se sempre esclarecer mais quando se pretende expor que democracia e estado de direito coincidem. Entre inúmeras diferenças que enuncia, Antonio-Carlos Pereira Menaut coloca que na *rule of law* a submissão do poder ao direito é judicial e, nesse sentido, mais pessoal ou individual, enquanto que, no Estado de direito, tal submissão é, teoricamente, mais legalista, baseando-se mais no império da lei escrita. Uma outra diferença que se destaca é que há o Estado de direito formal e o Estado de direito material, enquanto que a *rule of law* formal não teria sentido, uma vez que deriva da *common law*. No Estado de direito formal o governo pode mudar as normas às quais há de submeter-se, enquanto que na *rule of law*, se realmente há submissão

¹²⁷ MENAUT, Antonio-Carlos Pereira. *Rule of law o Estado de derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 22-23.

do poder ao direito já há *rule of law* material, porque sua matéria é esta submissão mesma¹²⁸.

Para finalizar, Antonio-Carlos Pereira Menaut assim conclui:

El *rule of law* es más pobre e imperfecto que el Rechtsstaat desde el punto de vista da la teoría y de la técnica jurídica; conclusión ésta que es frecuente comparar el constitucionalismo inglés con el europeo. El contraste entre las definiciones de JENNINGS y SCHMIDT-ASSMANN también habla por sí solo. Haciendo una valoración general, el *rule of law* en la práctica es igual o superior a las mejores versiones del Estado de Derecho¹²⁹.

Nesses termos, embora haja uma aproximação de sentido entre a *rule of law* e o Estado de direito, importa fazer a distinção. De qualquer modo, para os propósitos da tese, cabe reiterar que o princípio da separação dos poderes, oriundo da Inglaterra, como disse Nuno Piçarra, nasceu associado à *rule of law*, ou seja, associado à idéia de controle do exercício do poder do Estado.

Por outro lado, a função executiva, que sempre foi distinguida da função legislativa, tinha duas acepções, ambas de aplicação das leis. A primeira é a função administrativa e a segunda a função jurisdicional. Na Inglaterra a designação inicial de função executiva era pertinente à função jurisdicional e somente obteve uma separação orgânico-pessoal da função legislativa em 1689, com a derradeira rejeição do absolutismo¹³⁰. Desde o Século XV, entretanto, já se distinguia entre um poder governativo (*gubernaculum*) que incorporava os

¹²⁸ Idem, p. 51 e 57.

¹²⁹ Idem, p. 112-113.

¹³⁰ PIÇARRA, Nuno. Op. cit., p. 44-45 e 49-51.

poderes de prerrogativa ou de *arcana imperii*, sendo o rei seu principal titular, e um poder jurisdicional (*jurisdictio*) a cargo dos juizes da *Common Law*, que exerciam o poder governativo nas relações com os particulares, compondo a primeira versão da separação dos poderes. Embora esse costume já ocorresse desde meados do Século XV, só se tornou formalmente estabelecido com o *Acto de Estabelecimento de 1701*. É o pessimismo antropológico¹³¹ que coloca a necessidade da separação das funções:

A partir do momento em que ficou comprovada na prática a reduzida probabilidade de os autores das leis actuarem sempre de acordo com elas, aplicando-as imparcialmente aos casos concretos, porque a isso se mostra adversa a natureza humana, a separação entre função legislativa e função executiva (do ponto de vista dos órgãos que as exercem e dos respectivos titulares) passou a ser considerada condição *sine qua non* para a realização da *rule of law* (princípio da legalidade).

Se as mesmas pessoas que fazem as leis as podem aplicar, não está garantido este princípio, pois no exercício do poder legislativo elas podem sempre modificar as leis existentes ou fazer novas leis para justificar os actos praticados ao abrigo da sua competência executiva (em sentido amplo, ou seja, em termos actuais, competência jurisdicional e competência administrativa). Se, pois, os que executam as leis tiverem simultaneamente competência legislativa para modificar os limites legais a que estão vinculados ao exercerem a competência executiva, tornar-se-ão inevitavelmente legisladores arbitrários e tirânicos¹³².

O equilíbrio dos poderes, ainda que parta da idéia da supremacia do poder legislativo, como criador das leis do Estado, que deverão ser executadas pelos demais poderes – o executivo e o judiciário, tem em conta que não se pode permitir que o poder de legislar seja exercido de forma arbitrária ou de usurpação das demais funções. Nuno Piçarra anota duas variantes no processo de equilíbrio dos poderes. A primeira, intra-orgânica, faz com que o equilíbrio ocorra apenas no

¹³¹ Expressão de NUNO PIÇARRA, Op. Cit., p.71.

¹³² Idem, p. 52.

órgão legislativo, por meio da noção de constituição mista. Nesse caso, o processo legislativo era realizado pelo rei, pela nobreza e por representantes do povo e, então, haveria um recíproco contrapeso, que evidenciaria um necessário compromisso entre os três órgãos parciais, do qual resultaria a legislação, tendo como consequência teórica a garantia de uma possível justiça da lei. Esse é o modelo chamado de *King in Parliament*, no qual o rei e o parlamento efetivam o processo legislativo. Essa variante decorreu da versão originária da separação dos poderes¹³³.

Para a segunda variante, o equilíbrio dos poderes passa a ser interorgânico, com a existência de duas instituições mutuamente independentes. Os elementos de controle são o *impeachment* e o *veto executivo*, sendo que o primeiro não é ato legislativo e o segundo não é ato executivo, mas, repita-se, elementos de controle. Usando da prerrogativa de veto, o rei impõe uma *negative voice* à lei, enquanto que o legislativo poderia promover o *impeachment* dos ministros do rei, acusando-os de agirem em desconformidade à legislação. Essa versão deu origem à doutrina dos constitucionalistas norte-americanos dos *checks and balances*. Todavia, Nuno Piçarra informa que essa expressão já era conhecida na Inglaterra, sendo usada como sinônimo de *balance powers*. Nessa variante, contudo, desde o Século XVIII percebeu-se, na Inglaterra, que havia uma corrupção do sistema, com o surgimento do Gabinete, que possuía chefe distinto da pessoa do rei, quando o Gabinete, através do seu chefe, recorria a expedientes como atribuição de cargos públicos, pensões e subsídios, em troca da aprovação das suas medidas. Houve

¹³³ Idem, p. 80 e ss.

muita oposição a essa situação, com a exigência de equilíbrio, mantendo-se a separação das funções, com independência¹³⁴.

Com o advento do Estado de direito liberal, ao longo do Século XIX, resultante da Revolução Francesa e da Constituição Americana, os pontos de referência do princípio da separação dos poderes são, de acordo com Nuno Piçarra, o conceito moderno-iluminista de lei, a separação Estado-sociedade e os direitos fundamentais de liberdade. E, a seu turno, os pontos de referência da doutrina da separação dos poderes são, como visto, a *rule of law*, a constituição mista e a balança dos poderes. Nessa evolução, o autor faz uma relação de evolução entre a doutrina da separação dos poderes e o princípio da separação, dizendo, inclusive, que cada um dos pontos de referência do princípio da separação dos poderes guarda uma relação específica com cada um dos pontos de referência da doutrina da separação.

A concepção moderno-iluminista de lei se deve a Immanuel Kant que, para além de basear a lei na soberania do povo, ou na vontade geral, conforme Rousseau, compreendeu a lei na soberania da razão. Resumidamente, o conceito de lei sob o qual o princípio da separação dos poderes vai estar a serviço é de que “é essencialmente uma norma geral e abstrata, imputável à vontade geral do povo soberano, a que exclusivamente deve a sua existência. A sua validade e essência deve-a à racionalidade que é, justamente, a intenção da vontade legisladora.” A lei

¹³⁴ Idem, ibidem.

é a razão humana manifestada pela razão. Nuno Piçarra expõe assim essa conclusão:

Kant, partindo de uma perspectiva racional-ideal, chegou à conclusão, embora não sem se ter debatido com problemas insolúveis, que a lei encontra na própria razão o seu fundamento e a sua essência.

Para Kant, da perspectiva normativa que impregna toda a sua teoria do Estado e do Direito, a vontade geral de uma comunidade coincide com a vontade racional de cada um dos seus membros, no acto de obedecer ao imperativo categórico tornando-se, enquanto tal, legislador racional capaz de elaborar uma legislação universal e intemporalmente válida.

Onde os membros de uma comunidade, de facto, não estiverem aptos para tal, substituir-se-lhes-á um legislador ilustrado, que exprimirá a vontade geral como se ela fosse imputável ao todo comunitário¹³⁵.

A concepção moderno-iluminista de lei, como ponto de referência do princípio da separação dos poderes se vincula, em específico, nessa ótica, à “rule of law”, ponto de referência da doutrina da separação dos poderes.

A separação Estado-sociedade, à sua vez, está vinculada à concepção de constituição mista.

No início, pela constituição mista há a compreensão de que o poder é exercido pelos diversos titulares do poder: o rei, a nobreza e os representantes do povo. Com Locke e Rousseau, mas, igualmente, desde Bodin, compreende-se que a soberania é exercida pelo povo, conformando o povo ao seu Estado, portanto numa unidade. E, com a Revolução Francesa, a sociedade deixa de ser estamental. Todavia, passam a existir os grupos de interesse, que procuram impor a sua vontade aos destinos políticos do Estado. Aqui ocorre, então, a separação do

¹³⁵ Idem, p. 156.

Estado da sociedade. Os constituintes norte-americanos, que fundaram o Estado Liberal, não admitiam estamentos, mas reconheciam as classes e a influência delas no exercício dos poderes. Essas classes eram plenamente distintas dada a sua natureza e os seus interesses, mas estavam em pé de igualdade quanto aos seus direitos e, por via de consequência, quando às suas obrigações. Eram, nos idos do final do Século XVIII, os agricultores ou proprietários, os comerciantes e os demais profissionais liberais.

Há, então, uma evolução da constituição mista para a separação Estado-sociedade, em que se torna ausente a sociedade estamentária, mas presente a defesa dos interesses dos cidadãos nas suas classes sociais.

Revela-se fundamental, nesse tempo, o veto do executivo, como elemento de controle contra a possibilidade de a maioria presente no legislativo tornar-se arbitrária, deixando de reconhecer os direitos da minoria. Nessa fase do princípio da separação dos poderes, contudo, ocorre uma reação com a invocação do princípio democrático, por uma separação estrita dos poderes, não havendo possibilidade a freios e contrapesos, impedindo-se o direito de veto a decisões da maioria, evitando-se uma relação de oposição ao poder pelo próprio poder, ou seja poder-contrapoder, entre órgãos constitucionais. A solução aos abusos e arbitrariedades ao legislativo, que tinha a supremacia sempre reconhecida na separação dos poderes, era exercida pelo próprio povo eleitor, mediante, então, eleições freqüentes. Todavia, na Constituição americana de 1787, venceu a idéia

liberal contra o ideário democrático. Venceu, então a doutrina dos ”*checks and balances*” contra uma separação estrita dos poderes¹³⁶.

Relativamente aos direitos fundamentais, como ponto de referência do princípio da separação dos poderes, cabe lembrar, desde logo, a sua vinculação no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão¹³⁷. Os direitos fundamentais constituem, então, no advento do Estado Liberal, direitos de liberdade do cidadão, correspondendo a uma não-atuação do Estado, o que só pode ser garantido pelo princípio da separação dos poderes, que constitui uma limitação ao poder estatal. Convém, novamente, transcrever trecho elucidativo de Nuno Piçarra:

É claro que, no âmago de tudo isso estão idéias mais profundas do que mais ou menos imaginosas metáforas. Entre elas avulta a idéia liberal de Estado mínimo ou de Estado não interventor perante uma sociedade economicamente autônoma e auto-regulável, em que importa assegurar, para além da liberdade pessoal, a propriedade privada, a liberdade de contratação, a liberdade de indústria e a liberdade de comércio. Se os direitos fundamentais se reduzem, no essencial, aos direitos fundamentais da liberdade econômica, muito fácil se torna concluir que este entendimento do princípio da separação dos poderes está, de facto, em estreito acordo com o diminuto papel que inicialmente o liberalismo atribuiu ao Estado. Pouco importa que este se veja constringido à inação, já que o melhor que pode fazer é intervir o menos possível¹³⁸.

A eficácia dos direitos fundamentais formalmente estabelecidos na Constituição, ou seja, a sua materialização, é possível tendo em conta as idéias do Estado de Direito ou Constitucional e do princípio da separação dos poderes,

¹³⁶ Idem, p. 171-184.

¹³⁷ “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem constituição.”

¹³⁸ PIÇARRA, Nuno. Op. cit., p. 186-187.

advindas desde o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, como enfatiza Ingo Wolfgang Sarlet:

A partir dessa formulação paradigmática, estavam lançadas as bases do que passou a ser o núcleo material das primeiras Constituições escritas, de matriz liberal-burguesa: a noção da limitação jurídica do poder estatal, mediante a garantia de alguns direitos fundamentais e do princípio da separação dos poderes. Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, nesse sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material¹³⁹.

Destacando a importância da vinculação do poder público aos direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet menciona que o artigo 18/1 da Constituição Portuguesa expressamente prevê essa vinculação. Aponta, então, a necessidade de o poder legislativo, de o poder executivo e de o poder judiciário cuidarem para atender os preceitos constitucionais que enunciam os direitos fundamentais¹⁴⁰, seja através de restrições várias às suas respectivas órbitas de competência constitucional, seja através da realização de atos próprios à natureza daquelas competências, porém sempre tendo em conta a concretização dos direitos fundamentais.

O processo histórico inicial de formação do equilíbrio dos poderes ficou concluído com a concepção da *judicial review*. Nuno Piçarra cita, a respeito, carta de John Adams enviada a Richard Henry Lee, em 1775, com a sugestão:

¹³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 59-60.

¹⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 360-371.

Já John Adams o tinha sugerido em 1775: “*A legislature, an executive and a judicial power comprehend the whole of what is meant and understood by government. It is by balancing each of these powers against the other two that the efforts of human nature towards tyranny can alone be checked and restrained and any degree of freedom preserved in a constitution*”¹⁴¹.

Em o *Federalista*, Alexander Hamilton expõe com clareza a concepção da *judicial review*:

Se me disserem que o corpo legislativo é constitucionalmente juiz dos seus poderes e que a maneira por que ele os interpretar fica tendo força de lei para os outros funcionários públicos, respondo que não é essa a presunção natural, quando a Constituição expressamente o não determina; porque não é possível que a Constituição tenha querido dar aos representantes do povo o direito de substituir a sua própria vontade à dos seus constituintes. Muito mais razoável é a suposição de que a Constituição quis colocar os tribunais judiciários entre o povo e a legislatura, principalmente para conter esta última nos limites das suas atribuições. A Constituição é e deve ser considerada pelos juizes como a lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo. Se entre estas leis se encontrarem algumas contraditórias, deve-se preferir aquela cuja observância é um dever mais sagrado; que é o mesmo que dizer que a Constituição deve ser preferida a um simples estatuto; ou a intenção do povo à dos seus agentes.

Mas não se segue daqui que o Poder Judiciário seja superior ao Legislativo: segue-se, sim, que o poder do povo é superior a ambos e que, quando a vontade do corpo legislativo, declarada nos seus estatutos, está em oposição com a do povo, declarada na Constituição, é a esta última que os juizes devem obedecer: por outras palavras, que as suas decisões devem conformar-se antes com as leis fundamentais do que com aquelas que o não são¹⁴².

¹⁴¹ PIÇARRA, Nuno. Op. cit., p. 202. (Tradução livre: O legislativo, o executivo e o judiciário compreendem o conjunto do que é significado e é entendido por governo. Cada um desses poderes estará equilibrado com os outros dois, assim ficando controlada e contida a tirania da natureza humana que poderia ser desenvolvida houvesse apenas um poder, ficando então preservada a liberdade prevista na Constituição.)

¹⁴² HAMILTON, Alexander. *O Federalista* – Capítulo LXXVIII. São Paulo: Abril Cultural, Os Pensadores, 1979, p. 163.

Esse poder de interpretar a legislação é reconhecido ao Poder Judiciário. Entretanto, no princípio da codificação, em França, tal função dos tribunais chegou a ser proibida, cabendo lembrar a atuação dos ministros de Napoleão Bonaparte. Por isso, vale a conclusão de Nuno Piçarra, que diz estar o juiz muito longe de ser a *viva vox legis* ou a boca que profere as palavras da lei, sobretudo quando não é evidente a desconformidade de uma lei com a Constituição, o que tende a ocorrer na quase totalidade dos casos. Assim, a atribuição aos tribunais de um poder de controle da constitucionalidade das leis significa subtraí-los da mera condição de aplicadores e autômatos da lei¹⁴³. Nesses termos, imprópria a alusão de que o Poder Judiciário é “um poder de alguma maneira nulo”, de Montesquieu, bem como a hipótese de que há relação subalterna entre o Judiciário e o Legislativo, uma vez que não há tal relação, mas equilíbrio, controle, limitação e fiscalização recíprocos entre os Poderes, pois, como aludiu James Hamilton, perante o poder que está sempre nas mãos do povo, perante a Constituição, os poderes legislativo, executivo e judiciário estão em pé de igualdade, com relação de paridade.

2.3 – A separação dos poderes no Brasil

Em clara apologia ao parlamentarismo, Ives Gandra da Silva Martins publica “A separação dos poderes no Brasil”, em 1985, portanto nas vésperas da Constituição de 1988, dizendo que a monarquia parlamentar vivida nos 49 anos de Império de Dom Pedro II foi um período de estabilidade dinâmica, própria do

¹⁴³ PIÇARRA, Nuno. Op. cit., p. 205-206.

parlamentarismo, enquanto que no presidencialismo há instabilidade estática.

Assim o autor defende a idéia parlamentarista:

No parlamentarismo, a responsabilidade do governo se mede a prazo incerto. No presidencialismo, a irresponsabilidade se mede a prazo certo. Irresponsável o governo parlamentar, não se sustém, posto que apenas continua enquanto merecer confiança do Parlamento. Irresponsável o governo presidencial só é alterável por golpes de Estado ou rupturas da ordem constitucional.

Desta forma, o parlamentarismo possui seus próprios mecanismos resolutivos das crises institucionais, sem que a força seja precisa. O presidencialismo, não. Eleito um incompetente notório sua incompetência terá que ser suportada até o fim do mandato, sem ruptura legal, ou a ruptura deverá ser provocada para a mudança de governo¹⁴⁴.

Relata Ives Gandra da Silva Martins que, no período monárquico, e até a Constituição de 1891, o Brasil possuía quatro poderes, pois o Imperador, Chefe do Estado e da Nação, constituía o poder moderador. Desde 1891, com a Constituição republicana, advindo a posterior confirmação das Constituições de 1934, 1937, 1946 e a de 1967 no Brasil há os três poderes da sistematização da obra de Montesquieu¹⁴⁵.

Formalmente, portanto, a separação dos poderes no Brasil desde o início do Século XIX, considerando inclusive a Constituição de 1824, em seguida à declaração de independência de Portugal, é observada, ainda que houvesse, no início, o poder moderador, exercido pelo Imperador, que era o Chefe do Estado e da Nação. A partir de 1891, abolidos o império e o parlamentarismo, ficou instituído o regime clássico de separação dos poderes, com as três funções do

¹⁴⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva. A separação dos poderes no Brasil. Brasília/DF: Programa Nacional de Desburocratização – PRND, Instituto dos Advogados de São Paulo, 1985, p. 47.

¹⁴⁵ Idem, p. 51 e seguintes.

Estado. Entretanto, a instabilidade política sempre esteve presente na história brasileira e a forma institucional de separação dos poderes nunca foi exatamente concretizada, em decorrência de sucessivas crises, à conta da pobreza institucional e democrática. O Poder Executivo, no Brasil presidencialista, sempre ocupou um lugar privilegiado no exercício do poder político. A possibilidade ampla de iniciativa legislativa por meio do decreto-lei e, posteriormente à Constituição de 1988, por meio de medidas provisórias, põe o Executivo nesse lugar privilegiado. Desse modo, a pauta do Congresso Nacional é geralmente ocupada para o exame de tais iniciativas legais do Poder Executivo. Vale lembrar a crítica de Paulo Bonavides:

O ordenamento jurídico vem sendo destroçado em grande parte pelo golpe de Estado institucional desferido por meio de Medidas Provisórias que expulsam do exercício do poder legítimo os dois órgãos paralelos da soberania nacional, o Legislativo e o Judiciário. E assim o Governo, sem dar satisfação ao povo, à opinião, ao País e à Sociedade, executa a implacável política da recolonização¹⁴⁶.

Em diversos outros textos, Paulo Bonavides critica severamente o que chama de golpe de Estado institucional como caminho para o neocolonialismo do Brasil. Por golpe de Estado institucional entende os atos praticados por “ditadores constitucionais”, dando como exemplo Hitler no golpe que aplicou contra a Constituição de Weimar¹⁴⁷:

¹⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. Teoria constitucional da democracia participativa. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2001, p. 205.

¹⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. Do país constitucional ao país neocolonial. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2001, p. 23.

A anomalia de um Executivo presidencial atuando como se fora senhor absoluto do poder, ignorando as leis e a Constituição, governando ao livre alvedrio das medidas provisórias, desrespeitando a vontade nacional, esmagando as classes sociais, resultou, já, numa desfiguração do sistema jurídico, sem símile nos anais republicanos e imperiais. (...)

Com efeito, acha-se em curso processo de recolonização e de esfacelamento da Constituição, que liquida princípios fundamentais da Carta Magna, designadamente a separação dos poderes, a soberania do Estado, a probidade administrativa, a isonomia, a justiça, a liberdade, a solidariedade¹⁴⁸.

Essa anomalia, que decorre da hipertrofia do executivo contra os demais poderes do Estado brasileiro foi percebida inclusive na obra de Raymundo Faoro, quando, na conclusão, discorre sobre o retorno do patrimonialismo ao estamento, dizendo que aquele significa uma organização política básica, pois embora o Brasil tenha adotado do capitalismo a técnica, as máquinas, as empresas, não aceitou a sua alma. O governo tutela os interesses dos proprietários, juntamente com o estamento, que significa as categorias burocráticas falsamente modernas, ou cartoriais. Disse, enfaticamente, Raymundo Faoro que “a realidade histórica brasileira demonstrou a persistência secular da estrutura patrimonial, resistindo galhardamente, inviolavelmente, à repetição, em fase progressiva, da experiência capitalista¹⁴⁹.” E, no caso da burocracia arcaica, explicita que se trata de cargo apropriado, ou carregado de poder próprio, em articulação com o príncipe, formando uma outra aristocracia de subordinados, ocupando estes funcionários o lugar da velha aristocracia¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Idem, p. 13.

¹⁴⁹ FAORO, Raymundo. Os donos do poder 2. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1987, p. 736.

¹⁵⁰ Idem. Volume 1, p. 84-85.

Nos mesmos termos os estudos publicados pelo Instituto Virtual “A democracia e os três poderes no Brasil”, do qual é organizador Luiz Werneck Vianna. Na pesquisa sobre a produção legislativa do Congresso, Octavio Amorim Neto e Fabiano Santos divulgam pesquisa de opinião acerca da ausência de confiança no poder legislativo, que cultivava uma visão negativa que, para além da chamada Nova República, sendo evidente ainda no período democrático de 1946-1964, para que não se fique com essa imagem apenas no período da ditadura militar. Mencionam que no período compreendido entre 1946 e 1964, 57% da produção legislativa do Congresso nele tiveram origem, sendo ainda assim expressivo que 43% da iniciativa legislativa tenha ficado a cargo do Executivo. Entretanto, entre 1965 e 1984, a produção legislativa de iniciativa dos parlamentares nunca superou a 20% e, pior, após 1988, os legisladores também não superaram 20% da iniciativa da legislação aprovada, sendo que, entre 1989 e 1998, responderam por apenas 14% da respectiva legislação. Os autores consignam, então, que a Constituição de 1988 conferiu ao chefe do Executivo um férreo controle da agenda legislativa do país¹⁵¹.

Não bastasse isso, as instituições no Brasil são muito recentes, pois o fim de uma ditadura militar, que abrangeu pelo menos uma geração, ocorreu poucos anos antes da Constituição de 1988, com a ascensão ao cargo do Presidente José Sarney, o último eleito de forma indireta. Mas não é só pela recenticidade da Constituição Federal e das instituições brasileiras que Lenio Luiz Streck descreve

¹⁵¹ AMORIM NETO, Octavio e SANTOS, Fabiano. A produção legislativa do Congresso – Entre a paróquia e a nação – A democracia e os três poderes no Brasil. Org. VIANNA, Luiz Werneck. Belo Horizonte: Editora UFMG/Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 91 e seguintes.

um sentimento de “baixa constitucionalidade”, quando refere uma história que tem relegado o direito constitucional a um plano secundário, algo de pouca importância¹⁵². E, com efeito, Lenio Luiz Streck tem razão, pois os cidadãos brasileiros não sabem, exatamente, quais são os seus direitos, nem sequer sabem quais são os direitos fundamentais da chamada primeira geração, os de liberdade. Esses são, portanto, os exemplos das dificuldades políticas desse país continental culturalmente diversificado e economicamente subdesenvolvido.

2.4 – A atualidade do princípio da separação dos poderes

No quadro de crises contemporâneas do Estado, como alhures já referido, José Luis Bolzan de Moraes classifica-as em cinco modalidades: (a) crise conceitual, (b) crise estrutural, (c) crise constitucional, ou institucional, (d) crise funcional e (e) crise política¹⁵³.

A crise funcional é a que abrange as funções do Estado, anotando José Luis Bolzan de Moraes uma crise de identidade, havendo outros lugares de produção ou de solução diversos do Estado, ou seja, “perda de centralidade e de exclusividade”. Além de haver esta perda de centralidade e de exclusividade, há um processo autofágico, em que cada uma das funções procura sobreviver à custa da outra, invadindo esfera de competência diversa, mencionando como exemplos as comissões parlamentares de inquérito (CPIs). No caso do judiciário, há perda

¹⁵² STRECK, Luiz Lenio. Jurisdição constitucional e hermenêutica – Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 185.

¹⁵³ MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 58.

de exclusividade com a existência de alternativas à jurisdição, como a mediação e a arbitragem¹⁵⁴.

Essa crise de identidade problematiza o princípio da separação dos poderes na atualidade, pois, como visto, outros inúmeros estudos referem a ocorrência de uma atuação disforme, porque invasiva da esfera da competência dos outros poderes. Assim, no caso do executivo, como já anunciado, há a iniciativa exagerada de legislação que, no exemplo brasileiro, toma a agenda e a pauta do legislativo. Há as medidas provisórias e o constante projeto de reforma constitucional, especialmente a fiscal, a previdenciária, a política e a do judiciário. E, toda essa agenda legislativa é de iniciativa do executivo, inclusive e especialmente com relação à propalada reforma constitucional. Assim, não bastasse o número excessivo de medidas provisórias que tendem a se transformar em lei, após a deliberação legislativa, que toma a pauta do parlamento, há as propostas de reforma constitucional, ao argumento de ausência de condições de governabilidade. A seu turno, o legislativo, igualmente no exemplo brasileiro, instaura com frequência comissões parlamentares de inquérito, as quais investigam em especial a atuação de integrantes do executivo. E, na prestação da jurisdição, há a chamada judicialização da política e, inclusive, das relações sociais.

É evidente que essas atuações sempre encontram explicação na teoria dos *checks and balances*. Todavia, as críticas dirigem-se ao exagero na atuação dos

¹⁵⁴ Idem, p. 50-53.

poderes de Estado. A *judicial review*, nas suas autênticas origens tinha a finalidade de permitir, como revelado na citação de Alexander Hamilton¹⁵⁵, que o poder judiciário seja o intérprete da constituição, pois é o intérprete da legislação, por isso não podendo haver outro a dar aplicação jurisdicional à Constituição. Nos mesmos termos, o executivo, que tinha o poder de veto, passou a ter a iniciativa de legislação, iniciativa esta que é entendida como plenamente legítima. E, igualmente, o legislativo, fiscal do cumprimento da lei, que tinha a possibilidade de deliberar o *impeachment*, por isso mesmo deve ter a possibilidade de controlar os demais poderes. As críticas doutrinárias, contudo, cabe enfatizar, dirigem-se ao excesso ou à frequência de tais atuações, que extrapolam os limites constitucionais de competência.

Assim, a doutrina dos *checks and balances*, ou dos freios e contrapesos, não é suficiente para fundamentar a atuação dos parlamentares no uso viciado e muitas vezes político das freqüentes comissões parlamentares de inquérito, no caso brasileiro, quando, muitas vezes, sem qualquer fato devidamente demonstrado é instaurada a CPI. Tampouco é possível concluir correta a excessiva e exagerada iniciativa de legislação pelo poder executivo e, ainda, igualmente, a assunção, pelo poder judiciário, de uma função que, evidentemente, não está na sua órbita de competência.

Mesmo nos Estados Unidos da América, berço da *judicial review*, houve desde o princípio e ainda há acalorado debate político sobre a legitimidade da

¹⁵⁵ Citação mencionada na nota 142, acima, na p. 114.

Suprema Corte no exame de constitucionalidade dos atos dos demais órgãos do Estado, como assinala Gerald Gunther:

Judicial review, in its most widely accepted meaning, is the power of courts to consider the constitutionality of acts of other organs of government when the issue of constitutionality is germane to the disposition of lawsuits properly pending before the courts. This power to consider constitutionality in appropriate cases includes the courts' authority to refuse to enforce, and in effect invalidate, governmental acts they find to be unconstitutional.

Judicial review is America's most distinctive contribution to CONSTITUTIONALISM. Although courts have exercised judicial review almost from the beginning of American constitutional government, the question of the legitimacy of that JUDICIAL POWER has often provoked controversy as well as recurrent charges that American judges usurped the authority. Nearly two centuries of exercises of and popular acquiescence in the power have quieted the storms over its basic justifiability in recent decades, but vehement controversy continues regarding the proper scope and authority of judicial rulings on constitutionality. Moreover, particular exercises of judicial review continue to stir passionate political debates, as they have from the beginning¹⁵⁶.

Na República Federal da Alemanha, como descreve Ingeborg Maus, há uma identificação do Tribunal Constitucional, ou mesmo do judiciário, com o superego moral da cidadania. Contrariando a previsão de Herbert Marcuse, sobre

¹⁵⁶ GUNTHER, Gerald. Judicial review. *Judicial power and the Constitution*. Editado por LEVY, Leonard W., KARST, Kenneth L. e MAHONEY, Dennis J. New York: Macmillan Publishing Company, 1990, p. 3. (Tradução livre – *A judicial review*, em seu significado mais amplamente aceito, é o poder dos tribunais de examinar a constitucionalidade dos demais órgãos do governo quando a questão for a constitucionalidade e estiver sendo examinada em um processo perante os tribunais. O poder de examinar a constitucionalidade inclui a autoridade do tribunal de recusar obrigar, e com efeito invalidar, um ato do governo que o tribunal entenda inconstitucional. *A judicial review* é a mais distinta contribuição Americana para o constitucionalismo. Embora os tribunais exerçam a *judicial review* praticamente desde o princípio do governo constitucional Americano, a questão da legitimidade freqüentemente provocou controvérsias com a crítica severa de que os juizes usurparam a autoridade. Os quase dois séculos do exercício desse poder e a aquiescência popular acalmou as tempestades, considerando-o basicamente justificado nas últimas décadas, mas controvérsia veemente continua a existir relativamente ao âmbito formal e à autoridade das decisões em matéria constitucional. Além disso, questões particulares continuam suscitando debates políticos apaixonados, como eles têm desde o princípio.

o envelhecimento da psicanálise, ou do seu objeto, menciona que a figura do pai perdeu importância na definição do ego, pois a sociedade estaria órfã, permitindo a construção da consciência individual sobretudo pelas diretrizes sociais. Desse modo justifica a ascensão do terceiro poder – o judiciário, no Século XX, que possui todas as características do pai. A justiça passa a adquirir uma veneração religiosa da população, sendo que, qualquer crítica contra a jurisdição constitucional é vista como contra a democracia e o Estado de direito. Cita, ainda, que o caso mais expressivo dessa situação se dá nos Estados Unidos da América, pois a jurisprudência da Suprema Corte no Século XX é pessoalizada em relação à biografia de alguns dos seus integrantes, que são vistos como profetas ou como deuses no Olimpo do direito¹⁵⁷. A autora dirige, inicialmente, uma crítica à própria legitimidade, como se vê a seguir:

Quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social; controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito “superior”, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e à sociedade é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social¹⁵⁸.

Sinala, Ingeborg Maus, então, que essa concepção democrática de Estado acaba invertendo as relações “naturais”, pois naquela os filhos aparecem em primeiro lugar, dos quais deriva o pai. Tudo significa a ascensão da Justiça à qualidade de administradora da moral pública, diante do infantilismo da crença na

¹⁵⁷ MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade – Sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. São Paulo: Novos Estudos,CEBRAP, 58, 2000, p. 125 e seguintes.

¹⁵⁸ Idem, p. 129.

Justiça, com uma prática quase religiosa, o que corresponde à sua veneração popular que, por outro lado, lhe atribui legitimidade. A crítica que é feita por Ingeborg Maus é severa: “Desta maneira o juiz torna-se o próprio juiz da lei – a qual é reduzida a ‘produto e meio técnico de um compromisso de interesses’ – e investe-se como sacerdote-mor de uma nova ‘divindade’ – a do direito suprapositivo e não-escrito¹⁵⁹.”

Diversamente, Ronald Dworkin considera cabível essa dimensão moral na jurisprudência, dizendo-a inevitável, pois um “juiz deve decidir não simplesmente quem vai ter o quê, mas quem agiu bem, quem cumpriu com suas responsabilidades de cidadão, e quem, de propósito, por cobiça ou insensibilidade, ignorou suas próprias responsabilidades para com os outros ou exagerou as responsabilidades dos outros para consigo mesmo. Se esse julgamento for injusto, então a comunidade terá infligido um dano moral a um de seus membros por tê-lo estigmatizado, em certo grau ou medida, como fora-da-lei¹⁶⁰.”

Essas compreensões da jurisprudência ou da atuação dos tribunais evidenciam um sinal de discordância, ou de concordância, respectivamente, com a ocorrência de uma judicialização de relações que estão além do direito. O juiz, no caso, passa a ter uma intervenção moral¹⁶¹ na comunidade e no próprio Estado,

¹⁵⁹ Idem, *ibidem*, p. 145.

¹⁶⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 3-4.

¹⁶¹ Sobre a distinção entre moral e direito, muitos extensos estudos já foram publicados. Hans Kelsen, na TPD, separou o direito da moral, dizendo que somente cabia compreender o direito como uma parte da moral se houvesse a compreensão de uma moral absoluta, única. Mas, havendo vários sistemas de moral, e não apenas a moral absoluta, o direito pode ser considerado “bom” para um determinado sistema de moral. Há uma separação de Direito e

neste último caso se a jurisprudência for das cortes superiores, o que, por um lado traz legitimidade perante o povo, mas, por outro, na conclusão de Ingeborg Maus, retira qualquer possibilidade de controle das decisões proferidas, no que há ausência de legitimidade.

Nessa mesma linha, mas noutro aspecto, Luiz Werneck Vianna, associado a outros pesquisadores, divulga a ocorrência de uma judicialização das relações sociais no Brasil, citando como exemplos relações de gênero no ambiente familiar e no tratamento dispensado às crianças por seus pais ou responsáveis. Além disso, cita também os casos de expansão do consumo juvenil de drogas e a defesa do meio ambiente, que passam para a ordem jurídica, como possibilidades de atuação institucional do Judiciário, numa expansão da capacidade normativa do Estado. Destaca, contudo, que esse fenômeno não ocorre apenas no Brasil, mas na sociedade contemporânea, em consequência da crise do *Welfare State*. Por conta dessa crise, o legislativo abandona a iniciativa da legislação, que passa ao executivo que, a seu turno, abandona as funções de administração do bem-estar, alçando-se à condição de unidade tecnoburocrática, que apenas responde, de forma contingente e arbitrária, as variações da imediata conjuntura econômica, enquanto que o judiciário surge, na ausência do Estado, das ideologias, da religião

Moral e de Direito e Justiça. A ordem jurídica para ser válida independe da moral, embora deva corresponder a um determinado sistema de moral (TPD, Op.cit. p. 67 e ss). Em Direito e Moral, Jürgen Habermas também teve olhos sobre aspectos dessa distinção, partindo de Max Weber, expondo o risco de desenvolvimentos negativos da desformalização do direito, como resultado de afluentes orientações axiológicas materiais, por conta de uma compreensão da destruição da força legitimadora da vontade democrática, que permite, então, que a legislação seja submetida ao controle de uma jurisdição que, ainda que submetida às leis, também está submetida “às leis supremas de uma justiça material.” (Direito e Moral. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 50.

e das estruturas familiares e associativas, estas desorganizadas, identificando-se com o direito, com seus procedimentos e instituições, para possibilitar as promessas democráticas ainda não realizadas¹⁶².

No âmbito dos juizados especiais cíveis e dos juizados especiais criminais, há litígios que versam sobre direito de vizinhança, por ruídos exagerados, por incômodos com animais e plantas, por incômodos causados por mau cheiro ou lixo, passando a litígios por conflitos, ofensas e agressões entre vizinhos, parentes (irmãos, pais, filhos e demais). Há outros inúmeros exemplos que confirmam a tese da ocorrência da judicialização das relações sociais, caracterizando o judiciário, então, como o guardião da prevenção de males maiores, no alargamento da atuação normativa do Estado. O judiciário passa a ter uma função de maior destaque, mais próxima das imediatas reivindicações do povo, que tem ampliado o acesso à Justiça. Paradoxalmente, essa maior atuação do Judiciário decorre da ausência do Estado, em especial no que concerne à educação pública. Certamente, fosse mais eficiente o Estado na educação pública e não haveria necessidade de solução judicial da maioria dos casos de conflitos nos relacionamentos sociais.

No que concerne à judiciliação da política, como se antecipou desde a introdução, há estudos investigativos que elucidam essa atuação do judiciário. Acerca da judicialização da política, novamente é extremamente importante a

¹⁶² VIANNA, Luiz Werneck...[et al.]. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: 1999, p. 149 e seguintes.

pesquisa realizada por Luiz Werneck Vianna, que coordena grupos de pesquisadores, conforme apresentação nas obras “Judicialização da política e das relações sociais no Brasil” e a “Democracia e os três poderes no Brasil”. Na pesquisa publicada na primeira das obras, são verdadeiramente dissecadas as ações diretas de inconstitucionalidade propostas no período entre 1988 e 1998, no total de 1935 ações. Desde o exame dos autores das ações até o objeto dos pedidos, com diversas comparações, inclusive classificações em categorias de autores, como sendo os que são motivados por interesses da classe empresarial, pelos partidos políticos e pelas autoridades públicas, como os governadores e o ministério público, tudo, enfim, a pesquisa procurou mostrar.

Na introdução à primeira parte, Luiz Werneck Vianna sinala com a existência de duas “democracias da Constituição de 1988”, uma a da representação e outra a da participação. A primeira seria a deliberada nas épocas das eleições, em que o povo escolhe seus representantes políticos. A segunda, a da efetiva participação nos rumos do país, conforme os destinos escolhidos pelos representantes do povo, por isso podendo os legitimados constitucionalmente ingressarem com ações de inconstitucionalidade, na eventual inconformidade constitucional. Diz, claramente, o autor, que “se uma ‘empíria adversa’ cria obstáculos para que a maioria real crie o seu próprio direito, importa bastante que os direitos fundamentais estejam positivados e sob a guarda de uma alta corte de justiça, que pode ser provocada pela sociedade a se manifestar¹⁶³.”

¹⁶³ Idem, p. 44.

Nos mesmos termos se manifesta Gisele Citaddino, que caracteriza a abertura constitucional a permitir que cidadãos, partidos políticos, associações e outros integrem o círculo de intérpretes da Constituição, que assim é alargado, com a democratização do processo interpretativo, com o objetivo de concretizar a Constituição. Nessa linha, distingue a efetividade dos direitos fundamentais dos direitos econômicos e sociais. Com relação aos primeiros, é impositivo um dever de ação do Estado, não um dever de abstenção, mesmo nos casos dos direitos à integridade física e ao direito ao voto, que pareceriam estar vinculados ao dever de abstenção, pois, com relação a esses direitos há o dever correspondente do Estado de manter força policial e de promulgar legislação eleitoral. De qualquer modo, quanto aos direitos fundamentais, há uma independência da lei em relação à existência e validade. Todavia, com relação aos direitos econômicos e sociais, há necessidade de atuação do legislador ordinário, conforme delegação constitucional, sem a qual não há como lhes garantir eficácia. O dever de ação do Estado, no caso dos direitos econômicos e sociais associa-se à necessidade de eliminar a omissão, seja do Executivo, seja do Legislativo. Por isso, a atuação do Poder Judiciário é imprescindível nesse processo de concretização da Constituição, que depende muito mais da responsabilidade de uma cidadania juridicamente ativa do que daquela atuação, considerando sobretudo o nível de pressão e de mobilização política dos cidadãos¹⁶⁴.

¹⁶⁴ CITADDINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes. A democracia e os três poderes no Brasil. VIANNA, Luiz Werneck, organizador. Op. cit. p. 16-42.

Nesses termos, numa das óticas sobre a separação dos poderes na atualidade, Ingeborg Maus critica o excesso de paternalismo dos tribunais, que passam a ser considerados como a mais alta instância moral da sociedade, que está órfã, ao que lhe falta legitimidade, na ausência de atuação do Estado. Noutra ótica, a ausência do Estado também faz derivar uma atuação dos tribunais nas relações sociais, na chamada judicialização dessas relações. Por fim, noutra categoria, há a judiciliação da política, que também se verifica como resultado da não-atuação do Estado.

Versando sobre tal temática, com olhos sobre outras circunstâncias, Jürgen Habermas menciona a colonização do mundo da vida, ou melhor, colonização jurídica do mundo da vida. Esse fenômeno é o resultado do desacoplamento do sistema em relação ao mundo da vida. Diz Habermas que a perda de liberdade atribuída por Weber à burocratização já não pode ser explicada pela idéia consistente no aspecto de a racionalidade com vistas a fins perder suas raízes nas orientações de ações racionais com vistas a valores e se converter em uma racionalidade desprovida de toda base ética. Explica, então, que o fenômeno da burocratização se produz quando a ética fica substituída pelo direito, o que é um sinal de que está concluída a institucionalização de um meio de controle¹⁶⁵.

É preciso deixar claro que Habermas parte da teoria dos sistemas, pois vê o capitalismo e o Estado como subsistemas, os quais através dos meios dinheiro e

¹⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa, II – Crítica de la razón funcionalista. Madrid: Taurus, 2001, p. 451.

poder se diferenciam do sistema institucional, ou seja, do componente social do mundo da vida¹⁶⁶. Entretanto, há uma reação característica do mundo da vida, pois, na sociedade burguesa, os âmbitos de ação integrados socialmente adquirem frente aos âmbitos de ação integrados sistemicamente, que são o Estado e a Economia, as formas de esfera da vida privada e a esfera da opinião pública. Assim, exemplifica que as esferas da opinião pública cultural e política ficam definidas, na perspectiva sistêmica, como o ambiente relevante para a obtenção de legitimação.

No sentido mencionado por Habermas, a monetarização e a burocratização modificam as estruturas sociais. Assim, o sistema econômico passa a submeter inclusive a vida doméstica e o modo de vida dos consumidores e dos empregados, com um consumismo e um individualismo possessivo. Aqui, a esfera da vida privada fica suplantada e soterrada pelo sistema econômico. A seu turno, a esfera da opinião pública fica soterrada pelo sistema administrativo, pois a burocratização passa a se apoderar dos processos espontâneos de formação da

¹⁶⁶ Idem, p. 452. Conforme ARAGÃO, Lúcia Maria de Carvalho. Razão comunicativa e teoria social crítica em Jürgen Habermas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 44 e ss. Habermas tem essa noção complexa do que chama de “mundo da vida”: “Os sujeitos falantes e agentes criam o contexto social da vida direta ou indiretamente, produzindo objetos simbólicos que corporificam estruturas de conhecimento pré-teórico: a) sob a forma de expressões imediatas: atos-de-fala, atividades dirigidas a metas e ações cooperativas; b) sob a forma de sedimentações dessas expressões imediatas: textos, tradições, documentos, obras de arte, objetos de cultura material, bens, técnicas etc.; e finalmente, no nível de maior complexidade, c) sob a forma de configurações geradas indiretamente: as instituições, os sistemas sociais e as estruturas de personalidade. Esse conjunto de objetos forma uma realidade estruturada simbolicamente, anteriormente a qualquer abordagem teórica desse mesmo domínio de objetos. A esta realidade pré-estruturada simbolicamente, Habermas denomina ‘mundo da vida’.” (...) “Nesse sentido, o mundo vital é o pano-de-fundo que permite aos sujeitos capazes de fala e ação se entenderem mutuamente sobre algo no mundo, seja este mundo o mundo exterior natural, o mundo exterior social, ou o mundo interior subjetivo.”

opinião e da vontade coletivas, esvaziando-as de conteúdo¹⁶⁷. Há a submissão de tudo a uma burocracia, a uma técnica, inserida no sistema com vistas a controlar as diversas possibilidades do agir no mundo.

Nesta passagem Habermas constata e exemplifica o que chama de colonização do mundo da vida:

En el derecho escolar y en el derecho de familia, la estructura de la juridización se caracteriza por ambivalencias similares a las del ámbito de la legislación social. En relación con algunos aspectos de la evolución del derecho escolar y del derecho de familia en la República Federal Alemana se han subrayado ya problemas, que son problemas que dominan también la discusión de los políticos del derecho. En ambos casos la juridización significa por de pronto la implantación de los *principio del Estado de derecho*: la atención a los derechos fundamentales del niño frente a sus padres, de la mujer frente al marido, del alumno frente a la escuela, y de los padres, profesores y alumnos frente a las autoridades educativas del Estado¹⁶⁸.

Do exposto conclui-se que, especialmente em Habermas, há uma oposição a essa compreensão de tudo controlar por meio do direito, normativamente. Nesse sentido o entendimento de Nicolás María López Calera¹⁶⁹. Por isso a crença da teoria da ação comunicativa em um entendimento alcançado comunicativamente, que é forma superior a um acordo meramente adstrito por normas.

¹⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa, II... Op. cit., p. 461.

¹⁶⁸ Idem, p. 520-1.

¹⁶⁹ CALERA, Nicolás María López. Yo, el Estado. Madrid: Editorial Trotta, 1992, p. 42-45.

2.5 – O Estado e a separação dos poderes na teoria de Niklas Luhmann

A teoria dos sistemas sociais explica a sociedade na sua diferenciação por sistemas de funções, ou subsistemas, ou, ainda, sistemas parciais, mas não tem em consideração uma diferenciação numa relação de divisão do todo em partes, ficando claro que não se trata de uma decomposição conceitual (divisão), nem, tampouco, de uma divisão real (partição)¹⁷⁰. Rigorosamente, o sistema parcial reconstrói o sistema onicompreensivo ao qual pertence e de cuja autopoiese participa, por meio de uma própria diferença entre o sistema e o ambiente. Este processo de diferenciação pode ter início a qualquer momento, sendo resultado da evolução e da maior complexidade do sistema. Fica enfatizado na teoria dos sistemas sociais que as grandes formas dos sistemas parciais de funções “flutuam em um mar de pequenos sistemas”, estes que continuamente se reconstituem e se redcompõem¹⁷¹. Portanto, talvez seja impossível classificar todos os sistemas parciais de funções, arrolando-os teoricamente. Embora isso, algumas classificações são feitas, iniciando pelos chamados sistemas primários, que permitem uma compreensão adequada dos sistemas de funções.

Na diferenciação dos sistemas sociais, fica claro que houve uma evolução, decorrente da evolução da própria sociedade. A teoria de Luhmann considera que o quadro atual se encontra no primado da diferenciação funcional, que é,

¹⁷⁰ LUHMANN, Niklas. e GIORGI, Raffaele de de. Teoría de la sociedad. Guadalajara/ME: Universidad de Guadalajara, 1993, p. 281.

¹⁷¹ Idem, p. 354.

precisamente, a forma da sociedade moderna. Mesmo assim, contudo, não ficam eliminadas as outras formas de diferenciação que a antecederam¹⁷².

Nesse processo evolutivo, a primeira forma de diferenciação estudada pela sociologia foi a diferenciação segmentária, que se caracteriza pela igualdade dos sistemas parciais, com diferenciação a partir da descendência ou das comunidades habitacionais, ou, ainda, por uma combinação de tais critérios. Na sociedade arcaica primitiva, nas sociedades tribais, ou segmentárias, as primeiras diferenciações que ocorrem são por idade, ou por sexo, diferenciações que, posteriormente, são incorporadas pela diferenciação da família em relação à horda, no caso a sociedade primitiva. Nessa época, a sociedade se encontrava no primado da diferenciação segmentária. As famílias e os grupos tribais é que podem ser classificados nessa diferenciação segmentária, mas esta forma não é a primeira diferenciação considerada na sociedade¹⁷³, tanto que são referidas as diferenciações por sexo e por idade.

A forma de diferenciação que se segue à segmentária é a diferenciação tipo topográfica entre centro e periferia. Aqui fica incluída uma desigualdade, entre o centro da cidade e a periferia da própria cidade, ou entre o centro urbano e a zona rural. Nessa forma de diferenciação, a comunicação se difunde territorialmente, organizando-se a partir do centro, constituído então pela cidade¹⁷⁴.

¹⁷² Idem, p. 353.

¹⁷³ Idem, p. 292-293

¹⁷⁴ CORSI, Giancarlo. ESPOSITO, Elena, e BARALDI, Claudio. Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann. México/DF: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 60.

Por fim, na sociedade moderna, como já se disse antes, há o primado da diferenciação funcional para a teoria dos sistemas, mas, como ocorreu na diferenciação entre o centro e a periferia, que no centro permitiu a criação da diferenciação pela estratificação, continuando a diferenciação pela segmentação na periferia, o mesmo ocorre na diferenciação funcional, em especial na diferenciação interna dos sistemas, que permite diferenciação entre centro e periferia. A diferenciação funcional está relacionada a um problema da sociedade, ou seja, a uma função que o sistema desempenha para o sistema total¹⁷⁵. Sinalize-se, então, que uma coisa é a diferenciação entre os sistemas e outra a diferenciação interna dos sistemas, esta que possibilita a criação de outros sistemas.

Na teoria dos sistemas, os sistemas primários, como o político, o econômico, o educacional e o jurídico, se diferenciam internamente pela forma de diferenciação entre centro e periferia. Para tanto, é teorizada a existência das organizações que, a despeito de serem organizações, também são consideradas sistemas parciais¹⁷⁶. Na teoria dos sistemas, contudo, fica enfatizado que nenhum sistema de funções pode alcançar a sua própria unidade como organização, ou seja, nenhuma organização pode realizar todas as operações do sistema de funções e executá-las como suas próprias operações. As organizações assumem a função primária a partir do sistema respectivo, assumindo o seu código binário, com

¹⁷⁵ LUHMANN, Niklas; GIORGI, Raffaele de. Op. cit., p. 339.

¹⁷⁶ Idem, p. 365 e seguintes.

frequência fazendo concessões a outras funções¹⁷⁷. É, portanto, o caso do Estado no sistema político, dos hospitais no sistema de saúde, da universidade ou das escolas, no sistema educacional, dos bancos, ou do sistema bancário, no sistema econômico. E, ainda, no sistema jurídico, dos tribunais.

Com efeito, a posição ocupada por essas organizações é central no sistema referido, numa diferenciação sistêmica interna de centro e periferia. Por isso, como já visto, como o centro do sistema desenvolve uma complexidade mais evoluída, pode dar vazão à formação de novos sistemas parciais. No caso, as organizações são sistemas parciais que, contudo, cabe repetir, não conseguem realizar todas as operações do sistema respectivo.

Nesses termos, para a teoria dos sistemas os tribunais ocupam o centro do sistema jurídico, enquanto a legislação e os contratos encontram-se na periferia do sistema. E, igualmente, o Estado ocupa o centro do sistema político. As organizações cumprem a função de decidir, por isso, os tribunais, no sistema jurídico, têm a função de decidir, enquanto que, no sistema político, o Estado tem a função de produzir as decisões administrativas relevantes. Sobretudo, os tribunais têm a obrigação de decidir, ou seja, não podem deixar de decidir, mesmo diante de eventual “lacuna” da legislação, considerando a proibição de denegação de justiça (*non liquet*)¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Idem, p. 371.

¹⁷⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002, p. 162.

Importa acentuar, nesta parte inicial, o deslocamento que se dá, de acordo com a teoria dos sistemas sociais, do poder judiciário, em relação aos demais poderes do Estado. Com efeito, como visto, para a teoria dos sistemas os tribunais – ou o poder judiciário – ocupam uma posição central no sistema jurídico, operando o código direito/não direito, enquanto que a legislação, assim como os contratos, se encontram na periferia. A seu turno, o poder legislativo e o poder executivo não se encontram no sistema jurídico, mas atuam no sistema político, onde o código é governo/oposição.

Nesses termos, o princípio da separação dos poderes, na teoria dos sistemas sociais, não é considerado da forma tradicional e clássica. E, para uma teoria pós-moderna, não é de estranhar essa desconsideração, que pode ser vista como superação. Portanto, a teoria dos sistemas sociais apresenta uma visão não tradicional do princípio da separação dos poderes, que continua constando das Constituições. Não bastasse isso, conforme Celso Fernandes Campilongo¹⁷⁹, à diferença de Hans Kelsen, para a teoria dos sistemas não há identidade entre Estado e direito, pois este compõe um sistema social, aberto cognitivamente e estruturalmente acoplado a outros sistemas, estabelecendo, assim, contatos com o seu entorno/ambiente, sendo que a validade do direito depende da natureza das suas operações, não do rigor formal. Ademais, a autonomia do sistema jurídico não significa seu completo isolamento. Pelo contrário, mesmo sendo auto-referencial e autopoietico, não vive independentemente do entorno/ambiente.

¹⁷⁹ Idem, p. 167.

As organizações, como subsistemas sociais, das quais adiante haverá maior digressão, são os sistemas agentes dos sistemas sociais, enquanto os demais subsistemas operam pela comunicação. Então, para a teoria dos sistemas sociais, os tribunais, caracterizados como organizações, agem no centro do sistema jurídico, diversamente do legislativo e do executivo, que agem no sistema político, em que o Estado ocupa o centro.

2.6 – O Estado e a separação dos poderes na teoria de Jürgen Habermas

Na obra “Direito e Democracia – entre faticidade e validade”, Jürgen Habermas revela o Estado e, em consequência, o princípio da separação dos poderes, a partir de uma ótica afinada com a tradição, mas, de qualquer modo, com a originalidade característica de seu pensamento, em conformidade às categorias da sua teoria da ação comunicativa.

Numa comparação inicial, a grande separação que se pode fazer entre as teorias de Luhmann e de Habermas é a de que, enquanto a teoria dos sistemas sociais é uma teoria ôntica, no sentido de que é uma constatação da realidade, uma vez que não é apresentada nenhuma pretensão normativa, a teoria da ação comunicativa, ao estabelecer as suas diversas categorias, como, por exemplo, a “da situação ideal de fala”, evidentemente apresenta um conteúdo normativo. No discurso sobre a teoria da argumentação, Habermas menciona que a fala argumentativa é distinguida em três aspectos: (a) como processo; (b) como

procedimento; e, (c) com o objetivo de produzir argumentos. Então, a fala argumentativa, quando considerada como processo, é uma forma de comunicação rara, uma vez que se aproxima muito de condições ideais, na qual os participantes pressupõem que a estrutura da sua comunicação, em razão das propriedades que podem ser descritas de modo puramente formal, exclui todas as possibilidades de coação, exceto a do melhor argumento, na busca cooperativa pela verdade. Portanto, nesse caso, a argumentação é entendida como uma continuidade, de tipo reflexivo, de ação orientada ao entendimento¹⁸⁰. Convém notar que, paradoxalmente, o entendimento sobre o que seja o melhor argumento pode configurar uma forma de coação, que não é excetuada no processo da fala argumentativa, conforme expressa Habermas¹⁸¹.

Apenas para seguir os aspectos enunciados, quando se refere à fala argumentativa como procedimento, Habermas estabelece que ocorre uma regulação especial da série de argumentos entre os proponentes e os oponentes no discurso, por isso é tematizada uma pretensão de validade que se tornou problemática, passando a adotar hipóteses, mesmo distantes da experiência e, por fim, examinam com razões somente se procede ou não a pretensão defendida pelo proponente. E, no terceiro aspecto, a argumentação tem o fim redundante de

¹⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa, I. Madrid: Taurus, 2001, p. 46.

¹⁸¹ Assim se expressa Habermas: “Los participantes en la argumentación tienen todos que presuponer que la estructura de su comunicación, en virtud de propiedades que pueden describirse de modo puramente formal, excluye toda otra coacción, ya provenga de fuera de ese proceso de la argumentación, ya nazca de ese proceso mismo, que no sea la del mejor argumento (con lo cual queda neutralizado todo otro motivo que no sea el de la búsqueda cooperativa de la verdad).” Idem, ibidem.

produzir argumentos pertinentes que convençam intersubjetivamente, podendo, a final, uma opinião transformar-se em saber.

Assim, no primeiro aspecto, o próprio Habermas conclui que, como processo, a fala argumentativa é uma forma de comunicação rara, como elemento da decomposição de uma das categorias da sua teoria – a da situação ideal de fala. Já se ouviu, entretanto, que tal situação ideal de fala é, verdadeiramente, utópica, no sentido de que, talvez, nunca venha a ocorrer, tal o seu caráter normativo, ou idealístico¹⁸².

Feita essa distinção, necessária e preliminar, entre as teorias, com relação as quais tentar-se-á aclarar ainda mais as distinções na seqüência, neste tópico cumpre reiterar os desdobramentos originais da ótica tradicional de Habermas sobre o Estado e sobre o princípio da separação dos poderes. E, saliente-se que não se vê aí nenhuma contradição, quando se diz que Habermas segue uma ótica tradicional com desdobramentos extremamente originais, pois o só fato de ser seguida a linha do pensamento tradicional não pode significar que não haja dados teóricos e científicos caracteristicamente originais¹⁸³. Ademais, falar-se que Habermas parte de uma linha tradicional não há de significar, de modo algum, uma crítica depreciativa do seu pensamento. Em sentido contrário, a tese

¹⁸² A Dra. Gisele Cittadino, na defesa de tese de doutoramento, em 28 de junho de 2005, da doutoranda Mônia Clarisse Henning, no PPGD da UNISINOS, se manifestou mais ou menos nesses termos.

¹⁸³ Não se pode definir Habermas como continuísta (ver BACHELARD, Gaston. *A epistemologia*. Lisboa: Edições 70, 2001, p. 193 e seguintes), só pelo fato de seguir uma linha tradicional do pensamento ocidental. O entendimento que se tem é de que Habermas é extremamente original na sua teoria, já que rompe com determinadas categorias históricas e apresenta novas concepções.

procurará apresentar a originalidade da teoria da ação comunicativa, ainda que se tenha em conta a dificuldade de acesso e de domínio da teoria habermasiana.

O exame da obra *Direito e Democracia – entre faticidade e validade*, de Habermas, publicada nos inícios da década de 1990, indica que foi por ele absorvida a teoria dos sistemas sociais, ainda que de forma crítica, portanto não tendo havido um acolhimento integral¹⁸⁴. Em diversas passagens percebe-se que Habermas adota muitas categorias e, inclusive, as expressões da teoria sistêmica. Exemplos da absorção da teoria sistêmica por Habermas não faltam: (a) quando é tratada a relação interna entre direito e política, no Capítulo IV do volume I de *Faticidade e Validade*, Habermas já inaugura o primeiro parágrafo expondo a definição de direito da teoria sistêmica, anunciando que, “na ótica de sua função estabilizadora de expectativas, o direito se apresenta como um sistema de direitos”. Da mesma forma, na seqüência, quando fala em organismos e decisões, deixa claro que está reproduzindo a teoria sistêmica¹⁸⁵. Igualmente, quando mais adiante Habermas se refere aos códigos binários do sistema político e do sistema jurídico¹⁸⁶. Haveria outros exemplos, mas estes por ora são suficientes para a demonstração da absorção, por Habermas, da teoria sistêmica.

¹⁸⁴ Aqui convém, novamente, aclarar que se entende que Luhmann teorizou em grau maior de originalidade, diante do seu compromisso de rompimento com o pensamento tradicional, no natural desenvolvimento da sua teoria, enquanto que Habermas, ainda que tivesse essa pretensão, não teve semelhante sucesso no rompimento que objetivava.

¹⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre faticidade e validade*, volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 170.

¹⁸⁶ *Idem*, p. 182.

Entretanto, Habermas se afasta da originalidade da teoria dos sistemas sociais, adotando a linha tradicional do pensamento, quando se refere à lógica da separação dos poderes. Evidentemente que um pensador da sua estatura, um dos maiores do Século XX, que inaugura o Século XXI com novas e importantes publicações, não faz uma mera reprodução dos princípios do Estado e do direito, mas apresenta constatações e teorias com desdobramentos verdadeiramente originais e, assim, extremamente relevantes e pertinentes. E Habermas inicia a explanação sobre a lógica da separação dos poderes, explicando a idéia clássica, não sem deixar de concluir que decorre “de uma diferenciação das funções do Estado: enquanto o legislativo fundamenta e vota programas gerais e a justiça soluciona conflitos de ação, apoiando-se nessa base legal, a administração é a responsável pela implementação de leis que necessitam de execução¹⁸⁷.” Presente, então, a concepção tradicional. A originalidade do pensamento de Habermas está, exatamente, no caráter normativo da proposição:

Pois, na perspectiva da teoria do poder, a lógica da divisão dos poderes só faz sentido se a separação funcional garantir, ao mesmo tempo, a primazia da legislação democrática e a retroligação do poder administrativo ao poder comunicativo. Para que os cidadãos politicamente autônomos possam ser considerados autores do direito, ao qual estão submetidos enquanto sujeitos privados, é necessário que o direito legitimamente estatuído por eles determine a direção da circulação do poder político¹⁸⁸.

E o próprio Habermas enuncia o caráter normativo:

¹⁸⁷ Idem, p. 232.

¹⁸⁸ Idem, p. 234.

Se o direito deve ser normativamente fonte de legitimação e não simples meio fático da organização do poder, então o poder administrativo tem que ser retroligado ao poder produzido comunicativamente. Essa retroligação do poder administrativo teleológico ao poder comunicativo, que produz o direito, pode realizar-se através de uma divisão funcional dos poderes, porque a tarefa do Estado de direito democrático consiste, não apenas em distribuir equilibradamente o poder político, mas também em despi-lo de suas formas de violência através da racionalização¹⁸⁹.

O poder comunicativo é explicado por Habermas a partir de Hannah Arendt. Expõe Habermas que a autonomia política se apóia na teoria do discurso, no sentido de que a produção de um direito legítimo decorre da mobilização da liberdade comunicativa da cidadania. Nesse ponto Habermas cita Arendt: “O poder surge entre os homens quando agem em conjunto, desaparecendo tão logo eles se espalham¹⁹⁰.” Impõe-se, então, transcrição na qual Habermas esclarece Hannah Arendt, em oposição a Max Weber:

Para Hannah Arendt, o fenômeno básico do poder não é, como para Max Weber, a chance de impor, no âmbito de uma relação social, a sua própria vontade contra vontades opostas, e sim, o potencial de uma *vontade comum* formada numa comunicação não coagida. Ela instaura um confronto entre “poder” e “violência”, isto é, entre o poder de uma comunicação voltada ao entendimento e a instrumentalização de uma vontade estranha em proveito próprio: “O poder nasce da capacidade humana de agir ou de fazer algo, de se associar com outros e de agir em afinção com eles (ARENDR, H. Macht und Gewalt. Munique, 1970.45)¹⁹¹.”

Então, Habermas conclui que o poder comunicativo só pode formar-se em esferas públicas, resultando de estruturas da intersubjetividade intacta de uma comunicação não deformada, surgindo em lugares onde há liberdade

¹⁸⁹ Idem, p. 235.

¹⁹⁰ Idem, p. 186. Ver citação direta de Hannah Arendt na p. 35, nota 39, acima.

¹⁹¹ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia.... p. 187.

comunicativa¹⁹². Mas, até aí há apenas a noção do surgimento do poder político, que é o resultado do poder comunicativo. Entretanto, a influência do poder comunicativo não está apenas na formação do poder político, mas, sobretudo, no exercício do poder administrativo. Assim, o poder comunicativo se transforma em poder administrativo quando, de acordo com o *medium* do direito, tem o sentido de um mandato no quadro das permissões legais, pois a idéia de Estado de direito seria a exigência de ligar o sistema administrativo, regido pelo código do poder, ao poder comunicativo, que estatui o direito, mantendo-o longe das influências do poder social, ou seja, da implementação fática de interesses privilegiados, sendo que o poder administrativo não deve se reproduzir, mas regenerar-se a partir da transformação do poder comunicativo¹⁹³.

Nessa ordem de idéias, natural a conclusão sobre o caráter normativo da teoria habermasiana. Pesquisadores de diversas áreas científicas concordaram com tal característica. Juan Antonio García Amado, por exemplo, ao tratar da afirmação de Habermas de que a função social que o direito haveria de cumprir não se realizaria em um ordenamento jurídico carente de legitimidade, conclui que é indiscutível sua normatividade, mencionando que ordenamentos jurídicos menos democráticos, que se caracterizam como ditaduras, têm conseguido impor suas normas acima de qualquer sentimento diverso daqueles que a elas estão submetidos. Cumpre observar que Juan Antonio García Amado entende, resumidamente, legitimidade como validade racional comunicativa, na tensão com

¹⁹² Idem, *ibidem*.

¹⁹³ Idem, p. 190.

faticidade, que à sua vez entende como validade social. Assim, evidente o caráter normativo da afirmação de que um direito só cumpre racionalmente a sua função integradora quando é fruto do discurso racional, resultante de um processo participativo¹⁹⁴. Nos mesmos termos a crítica de Lucia Maria de Carvalho Aragão, que publicou diversas obras sobre a teoria habermasiana:

Isso quer dizer que Habermas utiliza os conceitos de razão comunicativa e mundo-da-vida como o fundamento ou a base de sustentação de sua teoria social crítica; mas, além disso, que a forma dessa razão comunicativa atuar no mundo deve servir de modelo para orientar a atividade crítica da ciência social. O que importa assinalar aqui, entretanto, é que qualquer tentativa de fundamentação normativa não diz respeito às coisas como elas são, mas busca prescrever diretrizes de como elas deveriam ser. E somos forçados a estabelecer uma diferenciação necessária: enquanto a teoria da racionalidade comunicativa se localiza no campo de dever-ser, do “Sollen”, a teoria social crítica se concentra no que é, no ôntico. O que observamos, entretanto, é que o autor não parece respeitar essa diferença de níveis, e empreende suas análises empíricas sempre tendo em vista aproximá-las o mais possível daquele modelo ideal¹⁹⁵.

Nessas linhas preliminares, portanto, percebe-se que Habermas, nas publicações das suas pesquisas sobre o Estado, o direito e o princípio da separação dos poderes, parte de uma ótica tradicional, absorvendo, em seguida, ainda que parcialmente e de forma crítica, a teoria sistêmica, avançando em desdobramentos da sua teoria da racionalidade comunicativa, no que se revela o seu caráter normativo. A originalidade da sua teoria se verifica nas diversas categorias, entre as quais, no que concerne ao Estado, ao direito e à política, está o poder comunicativo que legitima o poder político e o exercício do poder administrativo, ou mais que isso, que estatui o próprio direito.

¹⁹⁴ AMADO, Juan Antonio García. La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 20 e 21.

¹⁹⁵ ARAGÃO, Lucia Maria de Carvalho. Razão comunicativa e teoria social crítica em Jürgen Habermas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 15 (nota n. 9).

Capítulo III – Bases para a otimização do Estado pela via da comunicação

Numa sucinta revisão dos capítulos anteriores, partiu-se, no capítulo primeiro, de idéias sobre o Estado no atual momento histórico, sem deixar de trazer as noções tradicionais e históricas da origem do Estado e da soberania. A atual fase histórica do Estado é de fragilidade considerando os processos da globalização econômica, ou do que também se chama de mundialização. Nesse sentido, poder-se-ia até arriscar que esta etapa cumpre uma fase na espiral evolutiva. É que, dos feudos nasceu o Estado absoluto. Posteriormente, na América do Norte, com a independência dos Estados Unidos houve os estados confederados, que deram origem à federação. Nisso pode-se ver um processo

histórico, pelo qual se descortina, no futuro, em especial pela própria existência da Organização das Nações Unidas e, agora, pela criação dos mercados comuns, que unem os Estados economicamente, com a queda gradativa de barreiras alfandegárias, com a criação de legislação atinente à regulamentação dos mercados recíprocos e, também, com a edição, conforme se viu, da Constituição da Europa, ainda que não tenha sido aceita por alguns Estados, em referendos específicos, como é o caso da França, que esse processo implicará, talvez brevemente, para além da união da economia, com a união política e jurídica, uma situação semelhante ao Estado Federal, com a união de diversos Estados.

Embora essa concepção, a primeira vista, possa ser tida como não científica, porque sem demonstração, dado que projeta o futuro, cabe lembrar, que já foi, de certo modo, tratada pela doutrina:

A observação histórica nos ensina que o sistema confederativo oferece quase sempre um remédio para a ausência de unidade política ou estatal de um povo, uma solução provisória ou intermediária para Estados distintos, mas culturalmente irmanados pela homogeneidade das bases nacionais como os Estados Árabes, por exemplo; um primeiro passo na preparação de união mais íntima, como a Federação, da qual o sistema confederativo se faz precursor; um meio, enfim, de melhor salvaguardar interesses que desta sorte ficam mais seguramente resguardados com a união do que com a separação dos Estados¹⁹⁶.

Assim, não é despropositado tal entendimento, valendo-se, ainda, da imagem da teoria do eterno retorno, de Nietzsche, expressa em “Assim falava Zaratustra”:

¹⁹⁶ BONAVIDES, Paulo. Ciência política. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 188.

Dissestes alguma vez sim a um prazer? Oh, meus amigos, então dissestes sim também a *toda* dor. Todas as coisas estão encadeadas, enoveladas, enamoradas, -

quisestes alguma vez *uma* vez duas vezes, falastes alguma vez “tu me agradas, felicidade! Vem! Instante!”, então quisestes tudo de volta!

Tudo de novo, tudo eternamente, tudo encadeado, enovelado, enamorado, oh, então *amastes* o mundo –

vós, eternos, o amais eternamente e todo o tempo: e também à dor vós falais: passa, mas retorna! *Pois todo prazer quer – eternidade*¹⁹⁷!

Entretanto, antes dessa publicação de Nietzsche, que ocorreu em 1884, Karl Marx já havia publicado, em 1851 e 1852, “O 18 Brumário de Louis Bonaparte” que, contra a idéia da história como processo evolutivo mecânico, ou melhor até, contra a idéia da história como destino, afirmou que a história ora se repete como tragédia e ora como farsa. Enfim, não se repete. Assim afirmou Marx no Capítulo I daquela obra:

Hegel observa em uma de suas obras que todos os fatos e personagens de grande importância na história do mundo ocorrem, por assim dizer, duas vezes. E esqueceu-se de acrescentar: a primeira vez como tragédia, a segunda como farsa. Caussidière por Danton, Luís Blanc por Robespierre, a Montanha de 1845-1851, o sobrinho pelo tio. E a mesma caricatura ocorre nas circunstâncias que acompanham a segunda edição do Dezoito Brumário! Os homens fazem sua própria história, mas não a fazem como querem; não a fazem sob circunstâncias de sua escolha e sim sob aquelas com que se defrontam diretamente, legadas e transmitidas pelo passado. A tradição de todas as gerações mortas oprime como um pesadelo o cérebro dos vivos. (...) Assim Lutero adotou a máscara do apóstolo Paulo, a Revolução de 1789-1814 vestiu-se alternadamente como a república romana e como o império romano, e a Revolução de 1848 não soube fazer nada melhor do que parodiar ora 1789, ora a tradição revolucionária de 1793-1795. De maneira idêntica, o principiante que aprende um novo idioma, traduz sempre as palavras deste idioma para a sua língua natal; mas só quando puder manejá-lo sem apelar para o passado e esquecer sua própria língua no emprego da nova, terá assimilado o espírito desta última e poderá produzir livremente nela¹⁹⁸.

¹⁹⁷ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. Assim falava Zaratustra. Obras Incompletas. Os pensadores – Nietzsche, volume I. São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 220.

¹⁹⁸ MARX, Karl. O 18 Brumário de Louis Bonaparte. (Ebook)
<http://www.culturabrasil.pro.br/18brumario.htm>, 16/9/2005.

Nesses termos, a compreensão, em vez da circularidade, é de que há uma espiral evolutiva, em que os fatos parecem se repetir, historicamente, mas, de qualquer modo, não há esse processo histórico, nem há destino. Portanto, as confederações cumpriram o seu papel histórico e, hodiernamente, esse papel é ocupado pelos mercados comuns, por isso não há circularidade, mas espiral evolutiva. Para uns, seguindo Marx, a globalização se dá como tragédia, para outros não há essa identificação: a globalização é um fato, que pode ser visto com um fenômeno complexo e multifacetado¹⁹⁹. Quanto ao eterno retorno, insta acentuar que está presente desde a Grécia antiga, de acordo com a concepção do dualismo grego, que se verifica na solução do problema metafísico-teológico, ou seja, na solução das relações empíricas e o Absoluto, ou, entre o mundo e Deus, que ficam separados um do outro:

Conseqüência desse dualismo é o *irracionalismo*, que – não obstante as aparências contrárias – fatalmente se introduz na serena concepção grega do mundo e da vida. O mundo real do devir e dos indivíduos depende do princípio eterno da matéria obscura, que tende sim para Deus como o imperfeito para o perfeito e assimila, em parte, a racionalidade dele, mas jamais pode chegar até ele, porque não vem dele. Daí o conceito do eterno retorno, que domina todo o pensamento grego: o rodar perpétuo do devir em volta de “O que não pode devir”, o repetir eterno de tudo, coisas e eventos. Daí o Fado e o Destino, isto é, a necessidade irracional, que impende férrea e obscura sobre todas as coisas, divindade suprema e terrível, de que dependem, enfim, os próprios deuses: como os homens, eles vêm-a-ser, sofrem e terminam também, no encerrar-se dos ciclos do retorno eterno²⁰⁰.

No segundo capítulo, também em rápida revisão, noutras palavras, percebeu-se a necessidade de um novo concerto entre os poderes do Estado, ou

¹⁹⁹ FARIA, José Eduardo. O direito na economia globalizada. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002, p. 13 e 60 e seguintes.

²⁰⁰ PADOVANI, Umberto, e CASTAGNOLA, Luís. História da Filosofia. São Paulo: Melhoramentos, 1993, p. 93.

entre as funções do Estado, partindo-se da idéia de que, na atualidade há, em muitos casos, uma confusão de papéis. No exemplo da jurisdição, ocupa uma função central, na ótica das judicialização da política, ou da politização do judiciário. Nesse esquema, concebe-se a primeira como uma substituição ou delegação do sistema político pelo sistema jurídico e, a segunda, como o exercício de função política pelo judiciário²⁰¹.

Também constou, no segundo capítulo, a alusão de que, no sistema presidencialista, há uma prevalência do executivo sobre os demais poderes como, por exemplo, sempre adverte Paulo Bonavides, na esteira de sua preferência pelo parlamentarismo, na análise que faz da atualidade do Brasil:

A anomalia de um Executivo presidencial atuando como se fora senhor absoluto do poder, ignorando as leis e a Constituição, governando ao livre alvedrio das medidas provisórias, desrespeitando a vontade nacional, esmagando as classes sociais, resultou, já, numa desfiguração do sistema jurídico sem símile nos anais republicanos e imperiais²⁰².

Feitas essas análises, impõe-se acentuar a superação do princípio da separação dos poderes pelo ingresso em um novo modelo que privilegie a comunicação, com o objetivo de trazer uma eficácia maior na atuação do Estado, mostrando-se os prejuízos de uma concepção estanque das funções do Estado e as vantagens de um modelo comunicacional que já se apresenta, ainda que sem tratamento acadêmico e científico adequado.

²⁰¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. O direito na sociedade complexa. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000, p. 83-84.

²⁰² BONAVIDES, Paulo. Do país constitucional ao país neocolonial. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 13.

3.1 – A idéia de Estado e sua concepção mecanicista

A superação do absolutismo, com o nascimento do liberalismo como decorrência da burguesia, tendo como características as idéias de separação dos poderes e de separação do Estado da sociedade²⁰³, apresentava ínsita a noção mecanicista. Com relação ao crescimento da burguesia, assim se expressa a doutrina:

Lançadas estavam, pois, no terreno econômico, político, social e filosófico, as bases da grande renovação. Esta se produziria com o trauma revolucionário de 1789, quando ascende ao poder o terceiro estado, a burguesia, constituída depois que o comércio e a indústria, no século das conquistas e navegações, entraram a romper o acanhado espaço da corporação medieval, de estreitíssimas relações de produção, para ganhar os mares, assinalando, por esse modo, a passagem da economia urbana para a economia nacional, com todos os efeitos de universalização de mercados e dilatação crescente dos interesses econômicos.

A burguesia triunfante, ao soar esse ensejo histórico, enfeixava todos os poderes e se justificava socialmente como se fora o denominador comum de todas as classes, por cuja liberdade – uma liberdade que, de modo concreto, só a ela aproveitava em grande parte – havia terçado armas com o despotismo vencido²⁰⁴.

Mas, a idéia mecanicista é, propriamente, a idéia de que o Estado é formado pelas partes, que são os cidadãos, o mesmo ocorrendo com a sociedade, com relação aos indivíduos. Em outras palavras, as partes vêm antes do todo.

²⁰³ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 21-22 (expressa o autor que o Estado passou a ser compreendido como uma organização racional orientada para certos objetivos e valores e dotada de estrutura vertical e hierárquica, enquanto a sociedade era compreendida como uma ordem espontânea dotada de racionalidade não previamente projetada, mas uma racionalidade imanente, expressada em leis econômicas e de outras índoles, superiores a qualquer lei jurídica, composta de estrutura horizontal, sustentada sobre relações competitivas, não verticalmente).

²⁰⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 67.

René Descartes é um dos principais pensadores que representam esta corrente, podendo-se dizer que, como fundador do racionalismo, com o seu método cartesiano analítico, a significar a necessidade de analisar as partes para poder compreender o todo, é quem restabelece essa noção na modernidade. Especialmente com relação à substância material, o corpo, ou, enfim, o mundo físico – *res extensa* – Descartes é mecanicista.

Com efeito, Descartes²⁰⁵ elenca quatro preceitos para, em substituição à lógica, que entende que serve apenas para explicar o que já é sabido, chegar ao entendimento:

O primeiro era o de jamais acolher alguma coisa como verdadeira que eu não conhecesse evidentemente como tal; isto é, de evitar cuidadosamente a precipitação e a prevenção, e de nada incluir em meus juízos que não se apresentasse tão clara e tão distintamente a meu espírito, que eu não tivesse nenhuma ocasião de pô-lo em dúvida.

O segundo, o de dividir cada uma das dificuldades que eu examinasse em tantas parcelas quantas possíveis e quantas necessárias fossem para melhor resolvê-las.

O terceiro, o de conduzir por ordem meus pensamentos, começando pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, para subir, pouco a pouco, como por degraus, até o conhecimento dos mais compostos, e supondo mesmo uma ordem entre os que não se precedem naturalmente uns aos outros.

E o último, o de fazer em toda parte enumerações tão completas e revisões tão gerais, que eu tivesse a certeza de nada omitir²⁰⁶.

Na introdução ao Discurso do Método, na edição da Coleção “Os Pensadores”, Gilles-Gaston Granger, esclarece o que se chama de ideologia cartesiana, classificando o mecanicismo como o segundo tema dessa ideologia:

²⁰⁵ DESCARTES, René. Discurso do método. Os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 37.

²⁰⁶ Idem, *ibidem*.

O segundo tema seria o da *causalidade*. Este princípio já pertencia, é certo, ao racionalismo escolástico; mas Descartes, estabelecida a existência de Deus, interpreta-o num sentido mecanicista, cuja assimilação há de orientar todo o pensamento pragmático do futuro. Produzir efeitos pondo em ação causas adequadas, tal é o *leitmotiv* profundo do homem pós-cartesiano. Por mais que o dissimulemos sob interpretações mágico-rituais, ou éticas e religiosas, o mito nunca é mais que uma manifestação de sua má-fé. Descartes anuncia o advento de um mundo positivo e duro, mas que é também aquele que o homem proclama seu reinado sobre as potências da natureza²⁰⁷.

Adiante²⁰⁸, também afirma Gilles-Gaston Granger que a convicção de Descartes na solidão originária do Ego, significa também, com o seu cogito, a origem de uma filosofia da consciência, que explica o mundo partindo da consciência como dado evidente. Enfim, todo o intento de Descartes, diante de uma ciência positiva, é o de imaginar máquinas capazes de reproduzir os fenômenos do universo, inclusive os do corpo humano, deparando-se, contudo, com a barreira, na sua doutrina, da “alma imaterial” que deve dominar a máquina e proporcionar-lhe uma finalidade.

Sinala Fritjof Capra²⁰⁹ que as idéias mecanicistas tiveram origem na Revolução Científica dos séculos XVI e XVII, com Copérnico, Galileu, Descartes Bacon e Newton. Galileu Galilei restringiu a ciência aos fenômenos que podiam ser medidos e quantificados, não havendo mais qualidade. Isaac Newton

²⁰⁷ GRANGER, Gilles-Gaston. Introdução. Descartes vol. I – Os Pensadores, Op. Cit., p. 21. O primeiro tema seria o da laicização do saber e o terceiro tema, que este autor chama de “empresa”, novo na época de Descartes, mas banal hoje, significa a organização do mundo tendo em vista a felicidade terrestre dos homens, baseando-se no domínio da natureza, por meio da integração de um universo de máquinas.

²⁰⁸ Idem, p. 23.

²⁰⁹ CAPRA, Fritjof. A teia da vida. São Paulo: Editora Pensamento-Cultrix Ltda., 2004, p. 34.

sintetizou as idéias de Galileu Galilei e de Descartes na mecânica newtoniana²¹⁰. Bom dizer, contudo, que na Grécia Antiga já se pesquisara a mecânica, com Arquimedes, com a idéia de que se tivesse um ponto para fixar uma alavanca poderia mover o mundo. Entretanto, Isaac Newton foi quem elaborou as leis da mecânica e da gravidade que, segundo Stephen Hawking, juntamente com outras leis da física, deram origem à idéia do determinismo científico, expressada pelo cientista francês marquês de Laplace. O determinismo científico estabelece a idéia de que “se conhecêssemos as posições e velocidades de todas as partículas do universo em determinado momento, as leis da física deveriam permitir que prevíssemos o estado do universo, em qualquer outro momento do passado ou do futuro²¹¹”.

O mecanicismo renasceu, propriamente, com Descartes, pois, na Grécia Antiga, seu nascimento se deu com Leucipo, que criou a escola atomista. Leucipo foi discípulo de Zenão, sendo o maior expoente da escola atomista Demócrito que, conquanto aceite o “ser” como substância, princípio primordial das coisas, eterno, divide-o, nisso divergindo de Parmênides, em uma infinidade de corpúsculos simples e homogêneos (átomos), iguais na qualidade, diversos por grandeza, forma e posição²¹². Epicuro, outro pensador grego, também é atomista:

A cosmologia de Epicuro é antiteleológica; ele não conhece uma natureza que trabalhe segundo propósitos. O que existe de estruturas compostas no vazio infinito e como se comportam estas estruturas parece

²¹⁰ Idem, p. 34-35.

²¹¹ HAWKING, Stephen. O universo numa casca de noz. São Paulo: Arx, 2002, p. 104.

²¹² PADOVANI, Umberto, e CASTAGNOLA, Luís. História da Filosofia. São Paulo: Melhoramentos, 1993, p. 102-104.

dever-se unicamente ao acaso, às leis mecânicas do movimento atômico e parcialmente à ação da liberdade humana²¹³.

Mas, embora o Discurso do Método tenha sido publicado em 1637, no começo da história do iluminismo, da ideologia burguesa²¹⁴, não é demais lembrar que a importância de Descartes para o conhecimento foi tal que, ainda hoje, é anunciado como método o cartesiano, ou dedutivo, para a pesquisa científica, conforme as quatro regras máximas (evidência, análise, síntese e enumeração)²¹⁵. Aliás, as faculdades de direito, por exemplo, que isolam as áreas do direito para melhor passar o conhecimento jurídico aos graduandos, também contém princípios cartesianos nessa formulação acadêmica²¹⁶.

Acentua Jürgen Habermas que, de forma retrospectiva, o tema por excelência da filosofia, “pelo menos até os umbrais do século XIX” é nomeado de teoria do conhecimento. Mesmo os pensamentos racionalista e empirista de então não se limitavam a explicar o conhecimento científico-experimental, ou seja, não se tornavam uma teoria da ciência²¹⁷. Foi somente com o positivismo que se estabeleceu o fim da teoria do conhecimento, instalando-se, então, uma teoria das ciências²¹⁸. A teoria do conhecimento também concentra em si a idéia de filosofia da consciência, pois o sujeito cognoscente é o sistema de referência. Com a teoria das ciências, enunciada a partir do positivismo, não se coloca a pergunta pelo

²¹³ FORSCHNER, Maximilian. Epicuro. ERLER, Michael, e GRAESE, Andreas, organizadores. Filósofos da Antigüidade II. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, p. 45.

²¹⁴ HARDT, Michael, e NEGRI, Antonio. Império. Op. cit., p. 98.

²¹⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. A monografia jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1985, p. 2-3.

²¹⁶ Ver, a respeito, BASTOS, Aurélio Wander. O ensino jurídico no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris Ltda., 1998. (Especialmente, na conclusão, o contido na pág. 345.)

²¹⁷ HABERMAS, Jürgen. Conhecimento e interesse. Rio de Janeiro: Editora Guanabara S.A., 1987, p. 25.

²¹⁸ Idem, p. 89.

sujeito que conhece, mas sim “o complexo de regras com base nas quais as teorias são construídas e controladas²¹⁹.” De qualquer modo, o positivismo é conseqüente ao racionalismo, pois, se o racionalismo não impunha exclusivamente uma teoria das ciências, a toda evidência que o método cartesiano, ainda que com profundas alterações, era utilizado. É o significado do saber acumulado, ou, noutra expressão, dogmatizado, com o qual se entende que não se rompe radicalmente com o passado, servindo a cultura e a história como base e degrau para avanços teóricos.

No que concerne ao Estado, a concepção mecanicista surgiu, então, como reação²²⁰ ao absolutismo, inserida na idéia de evitar a concentração do poder. Nesses termos, como toda reação, foi radicalizada, partindo do pólo da absoluta unidade do poder para o pólo da divisão do poder. Aplicava-se o liberalismo clássico, com a separação dos poderes conforme a obra de Montesquieu. Por isso, sinala Paulo Bonavides a importância histórica da separação dos poderes:

Precisava-se sepultar nos espíritos da Idade Média, o corporativismo, a feudalidade e seus privilégios, o absolutismo do rei e sua contradição com a liberdade moderna.

Diluía-se o organicismo social de outros tempos nas vastas antíteses que haveriam de emprestar feição mecanicista à sociedade e reduzir o corpo social a uma poeira de átomos, refletida nos exageros da teoria individualista²²¹.

²¹⁹ Idem, p. 90.

²²⁰ Convém notar que, segundo Newton, de acordo com o princípio da ação e da reação, há uma igualdade de forças: “se o ponto material A exerce uma força sobre o ponto material B, B exerce sobre A uma força igual e oposta.” Grande Enciclopédia Larousse Cultural vol. 8. Verbetes Dinâmica. São Paulo: Nova Cultural, 1998, p. 1916.

²²¹ BONAVIDES, Paulo. Do estado liberal ao estado social. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 66.

Da concepção mecanicista, portanto, se retira a supremacia do indivíduo, que deve ser protegido contra o Leviatã. Hobbes é essencialmente mecanicista, uma vez que estabelece que os homens concordaram em fazer nascer o Estado como um mal necessário, ou seja, concordaram em ceder a sua liberdade, que existia no estado de natureza, tendo como norte a paz e a segurança de si próprios, com a condição de que os outros homens também a cedessem²²². Há, portanto, uma relação de causalidade, sendo o Estado o efeito, ou mal necessário, da junção dos homens e das suas vontades. Thomas Hobbes, embora adversário de René Descartes²²³, figura como essencialmente mecanicista também porque, ainda que tenha desenvolvido o empirismo e o naturalismo, combina essa gnosiologia com o racionalismo matemático, estabelecendo, por exemplo, a equação: homem = corpo + animal + racional; portanto, animal = homem – racional. Mas, ainda que nos primórdios do restabelecimento do mecanicismo moderno, também Hobbes se instala nos primórdios do racionalismo, por isso é absolutista, não imaginando uma separação no que concerne aos poderes.

Hobbes e Descartes são do final do século XVI, tendo nascido, respectivamente, em 1588 e 1596, com publicações até meados do século XVII. Montesquieu, nascido em 1689, um século mais tarde que Hobbes, é o maior expoente, então, do liberalismo constitucional, de uma corrente racionalista iluminista, com a crença no povo e sobretudo na burguesia, elaborando a teoria da separação absoluta dos poderes, como oposição e reação ao absolutismo.

²²² HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Op. cit., p. 79.

²²³ PADOVANI, Umberto, e CASTAGNOLA, Luís. *História da Filosofia*. São Paulo: Melhoramentos, 1993, p. 295.

A principal crença do mecanicismo, ou seja, o que faz com que esses pensadores sejam tidos como mecanicistas, para além do aspecto da idéia de separação ou de análise das partes para a compreensão do todo ou, ainda, do aspecto matemático presente, “é a concepção de que todo movimento se efetua segundo uma rigorosa lei causal. É portanto, antifinalista e rejeita todo tipo de qualidade oculta”²²⁴.

Esconde-se nesse pensamento mecanicista a noção de *ser*, destacada por Kant do *dever ser* (*Sein* e *Sollen*). No *ser* está posta a causalidade, conforme a observação da natureza e, portanto, da realidade. Miguel Reale também tem essa noção, caracterizando *ser* como causal e *dever ser* como final:

Dissemos que o homem vê as coisas enquanto *são*, ou as vê enquanto *devem ser*. Também para Stammler esta discriminação, que ele vai buscar as fontes na Crítica da Razão Pura de Kant, reveste-se de valor fundamental. Enquanto nos limitamos a perceber e a explicar os fenômenos, estamos no mundo da causalidade, que é destinado às ciências exatas, físicas, químicas etc. Enquanto, porém, nos colocamos sob o prisma do querer, surge um outro mundo, que é o mundo dos fins ou das finalidades.

Eis aí um dado inicial, um ponto de partida inamovível. Há duas atitudes possíveis para o homem, como sujeito universal do conhecimento: - ou percebe e explica, ou quer segundo fins.

Em razão dessas duas atitudes fundamentais, configuram-se também duas possibilidades de ordenação do real. Ora ordenamos as coisas *per causam*, ora ordenamos as coisas segundo fins. Causalidade e finalidade são duas explicações fundamentais das possíveis atitudes do homem enquanto se põe perante si mesmo e a realidade²²⁵.

²²⁴ Grande Enciclopédia Larousse Cultural vol. 16. Verbetes Mecanicismo. São Paulo: Nova Cultural, 1998, p. 3886.

²²⁵ REALE, Miguel. Filosofia do direito. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 330-1.

No anúncio, portanto, da potência do homem sobre a natureza, que partiu de Descartes²²⁶, apresenta-se o reinado da técnica, ou do homem, com a técnica. Na abordagem de Martin Heidegger, que questiona a técnica, há duas acepções: (a) técnica é meio para fim e (b) técnica é uma atividade do homem²²⁷. Nessa compreensão, Heidegger²²⁸, mencionando que causa é o que tem como consequência um efeito, enuncia ser conhecido, de há muito, que existem quatro causas: (i) *causa materialis*, a matéria do cálice de prata; (ii) *causa formalis*, a forma, a figura em que se incorpora o cálice; (iii) *causa finalis*, o fim, ou o culto do sacrifício que determina a forma e a matéria do cálice; e, (iv) *causa efficiens*, o ourives que produz o efeito, o próprio cálice pronto. Entretanto, a causa eficiente é o que determina toda a causalidade, por isso a *causa finalis*, a finalidade, não pertence mais à causalidade. Buscando a etimologia da palavra, Heidegger põe explícito que *causa* vem do verbo *cadere*, que é o cai de uma ou de outra maneira num resultado.

Indo mais além, no uso do método fenomenológico²²⁹, Heidegger chega à *alethéia* – o desencobramento, pois a técnica não é um simples meio, mas uma forma de desencobramento – de desvelamento do ser. “O conhecimento provoca abertura. Abrindo, o conhecimento é um desencobramento²³⁰.” Entretanto, o desencobramento que rege a técnica moderna é uma exploração, numa mudança de posição, que passa a ser disposição, que dispõe da natureza. Essa disposição da

²²⁶ Ver nota 207, acima, p. 153.

²²⁷ HEIDEGGER, Martin. Ensaio e conferências. A questão da técnica. Petrópolis/RJ: Vozes, 2001, 11.

²²⁸ Idem, p. 13 e seguintes.

²²⁹ Resumidamente: “um retorno à coisa” – olhar e repor o olhar sobre a coisa.

²³⁰ HEIDEGGER, Martin. A questão da técnica. Op. Cit., p. 17.

natureza é no sentido de manter disposto o recurso, estocado, armazenado, não tão-somente para ser utilizado – a natureza torna-se disponível. Noutra passo adiante, Heidegger chega à idéia de “composição (Ge-stell), o apelo de exploração que reúne o homem a dis-por do que se des-encobre como dis-ponibilidade²³¹.” A composição, então, é a essência da técnica moderna. No percurso, Heidegger cita poesia de Hölderlin: “Ora, onde mora o perigo/ é lá que também cresce/ o que salva²³².”

E, daí, na modernidade o homem se perdeu e não se encontra mais consigo mesmo. Nessa composição, que significa já o fazer desordenado, impensado, sem descobrir, correspondendo à faina diária, ao trabalho semanal, está o perigo de explorar a natureza e de somente dispor dela, estocá-la, armazená-la. Ausente está, nesses termos, uma precisa finalidade, ou mesmo apenas uma finalidade, somente há causalidade. É a vitória do mecanicismo.

É importante enfatizar bem essa expressão paradigmática do pensamento, no intuito de estabelecer as diretrizes que governam as concepções científicas da atualidade. Por isso, deve-se dar destaque à obra do jus-sociólogo francês André-Jean Arnaud e de Maria José Farinãs Dulce²³³, em que se esclarece mais sobre o conteúdo do pensamento reducionista. Mencionam os autores de “Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos” que uma das controvérsias, oriundas do final do século XIX, atine à epistemologia das ciências naturais e a da

²³¹ Idem, p. 23.

²³² Idem, p. 31.

²³³ ARNAUD, André-Jean, e DULCE, Maria José Farinãs. Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 114 e seguintes.

epistemologia das ciências sociais. Nas ciências naturais grassava o paradigma positivista-mecanicista, que tinha como postulado básico a estreita observação dos fatos, com a sacralização do “ontologicamente dado”. Era recusado atribuir caráter científico a qualquer conhecimento que não empregasse a metodologia e a instrumentalização de uma epistemologia das ciências naturais, com vistas à generalização da realidade. O método era objetivo, quantitativo, descritivo e externo em relação ao objeto de conhecimento.

A outra controvérsia mencionada por André-Jean Arnaud e Maria José Fariñas Dulce gira em torno da dualidade do historicismo, com solução separatista:

Esse reducionismo “ingênuo, levado a efeito pela filosofia positivista-mecanicista, entrou em conflito com as posições historicistas e neokantianas, que partiam ambas de um dualismo, e as diferenciava de modo “obsessivo”, isto é, o dualismo que centra a especificidade epistemológica das Ciências Sociais na sua oposição à das Ciências Naturais. Basta lembrar, por exemplo, o dualismo de Dilthey, o de Rickert ou o de Windelband. Assim, por exemplo, o “historicismo” do primeiro – diante do reducionismo “naturalista” –, parte de uma solução “separatista”, baseada na dualidade judeo-cristã da *matéria* e do *espírito*. Esse ponto de partida leva Dilthey a distinguir dois grupos de ciências: as “Ciências da Natureza” e as “Ciências do Espírito”²³⁴.

Enquanto os historicistas situaram a dualidade no que concerne ao objeto ou conteúdo material, os “neokantianos” localizaram a diferenciação entre as “Ciências Sociais” e as “Ciências Naturais” no problema do método do seu conhecimento. Bom ter sempre presente que essa dualidade se originou ainda na Grécia Antiga, no berço da filosofia, no problema metafísico-teológico, na

²³⁴ Idem, p. 115-116.

solução das relações entre a realidade empírica e o absoluto, entre o mundo e Deus, em que há uma separação por grau de perfeição. Esse dualismo desemboca na solução racionalista deísta, criacionista, que já se encontra em Aristóteles, sendo Deus a causa primeira, mas que não é revelada aos homens, embora tenha criado o mundo, que somente se revelava nas suas obras, na natureza, diversamente da concepção mitológica, teísta, que cria no deus pessoal, que se revelava aos homens.

Esclarecendo que foi Hermann Helmholtz, em discurso de 1862 que primeiro diferenciou as ciências da natureza das ciências do espírito, Hans-Georg Gadamer dá conta do problema do método:

Mas o que representa o verdadeiro problema que as ciências filosóficas colocam ao pensamento é que não se consegue compreender corretamente a natureza das ciências do espírito, caso a meçamos com o padrão de conhecimento progressivo da legalidade (*Gesetzmäßigkeit*). A experiência do mundo social-histórico não se eleva a uma ciência com o processo indutivo das ciências da natureza. Seja o que for que aqui venha a significar ciência, e mesmo que em todo o conhecimento histórico esteja incluído o emprego da experiência genérica no respectivo objeto de pesquisa – o conhecimento histórico não aspira, no entanto, a abranger o fenômeno concreto como no caso de uma regra geral²³⁵.

Atribuindo equivalência aos termos epistemologia, paradigma e visão de mundo, Maria José Esteves de Vasconcellos²³⁶ dá à noção de paradigma um compromisso dos cientistas com crenças e valores compartilhados transdisciplinarmente. Diz ela, entretanto, que há distinções:

²³⁵ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método. Petrópolis/RJ: Vozes, 1997, p. 40-1.

²³⁶ VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. Pensamento sistêmico. Campinas/SP: Papyrus, 2002, p. 44.

Alguns autores se preocupam em distinguir esses termos. Quando Capra esteve em São Paulo, para o “I Congresso Internacional Amana de Administração Estratégica” (Capra, 1992), em sua conferência, ressaltou que um paradigma é diferente de uma visão de mundo. Segundo ele, uma visão de mundo pode ser defendida por um único filósofo, ou uma única pessoa, enquanto um paradigma é compartilhado por uma comunidade. Então, o paradigma forma a base de como essa comunidade se organiza. Capra distingue também paradigma de cultura corporativa de uma empresa, porque, segundo ele, o paradigma em geral se aplica a uma comunidade maior e se refere especialmente à visão da realidade, enquanto a cultura corporativa se refere mais aos modos de conduta adotados pela corporação. Ele ainda procura distinguir paradigma de epistemologia, dizendo: “No novo paradigma, acredita-se que a epistemologia, a compreensão do processo de conhecimento, tem que ser explicitamente incluída na descrição do fenômeno²³⁷”.

De qualquer modo, Fritjof Capra menciona a generalização que atribuiu à noção que criou de paradigma social:

Para analisar essa transformação cultural, generalizei a definição de Kuhn de um paradigma científico até obter um paradigma social, que defino como “uma constelação de concepções, de valores, de percepções e de práticas compartilhados por uma comunidade, que dá forma a uma visão particular da realidade, a qual constitui a base da maneira como a comunidade se organiza²³⁸”.

O paradigma da modernidade, também chamado de paradigma reducionista, cartesiano, newtoniano, matemático, mecanicista, positivomecanicista, cientista ou científicista etc., tem o seu desenvolvimento explicado na obra de Maria José Esteves de Vasconcellos²³⁹. Narra esta autora que este paradigma da ciência tomou forma há cerca de 400 anos, tendo passado por inúmeras modificações, mantendo, contudo, a idéia do mundo como máquina.

²³⁷ Idem, p. 44-45

²³⁸ CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*. São Paulo: Editora Cultrix, 2004, p. 24-25.

²³⁹ Op. cit., p. 46 e seguintes.

Esclarece, inicialmente, o que entende por salto qualitativo, que diz ser um ponto de não-retorno do conhecimento, caracterizando-o, originariamente, como a passagem do mito ao logos, ou da visão de mundo mitológica para a argumentação racional, quando houve o início da filosofia. Thales, de Mileto, teria sido o filósofo que rompeu com o mito, tendo sido sucedido por Anaximandro e por Anaxímenes, os quais solidificam três momentos lógicos da evolução do pensamento no período pré-socrático, sendo o primeiro o momento empirista, no nível sensível e palpável, o segundo o momento idealista, com explicações não palpáveis, abstratas, ideais, e o terceiro o momento realista, estabelecendo uma harmonia entre os opostos – idealidade e concretude.

Na seqüência, com Platão e Aristóteles, dá-se continuidade à oposição ao mito, mas, igualmente, à doxa – a opinião, ou senso comum, que ainda hoje “é o que não se discute”, muito menos cientificamente. Instala-se a racionalidade, da ciência e da filosofia, denominada de *episteme*. Surge, então, a obsessão por encontrar o princípio das coisas, a sua substância, a sua essência. Enquanto Pitágoras, Platão, Arquimedes e Euclides usaram como padrão a racionalidade matemática, a significar ciência rigorosa, com regras precisas de derivação e de dedução, Aristóteles fixa outro padrão de racionalidade, a lógica. O silogismo aplica o raciocínio dedutivo, tendo como causa a premissa maior e como derivação as demais coisas que decorram daquela premissa. Cabe destacar a advertência de Maria José Esteves de Vasconcellos²⁴⁰, de que na metafísica de Aristóteles, a noção de causalidade é fundamental, distinguindo a causa eficiente,

²⁴⁰ Idem, p. 59.

que precede um efeito, portanto é mecânica, pois há identificação do agente causal antecedente, da causa final, em que há uma meta que dá causa à ação, caracterizando a meta como um fim ou um propósito, que funciona como agente propulsor, sendo as ações teleológicas.

Na Idade Média há, de certa forma, um retorno ao mito, com a adoção de filosofia vinculada profundamente à religião, além da política e das demais concepções, ainda que tal filosofia seja argumentada racionalmente, como consta da filosofia de Santo Agostinho e de Santo Tomás de Aquino.

Francis Bacon inaugura o pensamento da modernidade, com a elaboração do método indutivo, sendo o precursor da filosofia empírico-positivista. Essa filosofia é também chamada de sensista, no sentido de que só o que interessa é a sensação, ou seja, todo o conhecimento advém dos sentidos²⁴¹, da experiência. Essa corrente filosófica, de acordo com a classificação da história da filosofia, é integrada por Francis Bacon, Thomas Hobbes, John Locke, George Berkeley e David Hume, sendo este o de maior relevância, especialmente por ter inspirado Immanuel Kant²⁴². Essa filosofia igualmente é conhecida como sistema sensualista de valores, sustentando “que só a matéria é a realidade última e que os fenômenos espirituais nada mais são do que uma manifestação da matéria.

²⁴¹ PADOVANI, Umberto, e CASTAGNOLA, Luís. História da Filosofia. São Paulo: Melhoramentos, 1993, p. 315.

²⁴² GAARDER, Jostein. O mundo de Sofia. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 287.

Professa que todos os valores éticos são relativos e que a percepção sensorial é a única fonte de conhecimento e verdade²⁴³.”

A filosofia empirista tem sua origem e pregação na Inglaterra, “correspondendo à índole positiva e prática da mentalidade anglo-saxônica²⁴⁴” enquanto que, em França, René Descartes faz nascer o pensamento racionalista, sendo que também é francês seu maior expoente, Nicolau Malebranche. Baruch Spinoza, holandês, e, depois, os germânicos Gottfried Wilhelm Leibniz e Christian von Wolff, seguiram Descartes. Os físicos e matemáticos Galileu Galilei e Isaac Newton, também têm elevada importância na construção do pensamento moderno, aquele com a concepção de que “o livro do mundo está escrito em linguagem matemática e que seus caracteres são planos e figuras²⁴⁵” e o último com a elaboração das leis da mecânica e da gravidade.

O positivismo, inaugurado com Augusto Comte, põe o remate e o fecho final na dimensão criativa da filosofia da modernidade, como diz Jürgen Habermas:

Pois, a teoria da ciência, que desde meados do século XIX adota a herança da teoria do conhecimento, é uma metodologia acionada pela autocompreensão cientificista das ciências. “Cientismo” significa a fé da ciência nela mesma, a saber, a convicção de que não mais podemos entender ciência como *uma* forma possível de conhecimento mas que este deva se identificar com aquela. O positivismo, posto em cena por Comte,

²⁴³ CAPRA, Fritjof. O ponto de mutação. São Paulo: Cultrix, 2005, p. 29.

²⁴⁴ PADOVANI, Umberto, e CASTAGNOLA, Luís. História da Filosofia. São Paulo: Melhoramentos, 1993, p. 287.

²⁴⁵ VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. Pensamento sistêmico. Campinas/SP: Papyrus, 2002, p. 61.

serve-se dos elementos da tradição tanto empirista quanto racionalista para solidificar *a posteriori*, em vez de refletir, a fé da ciência em sua validade exclusiva, clarificando a estrutura das ciências com base nesta fé. O positivismo moderno levou a cabo essa tarefa com uma sutilidade digna de registro e com um sucesso que não pode ser contestado.

Qualquer discussão *atual* acerca das condições do conhecimento possível deve, em consequência, principiar ao nível do estado atingido pelas elaborações da teoria analítica da ciência. Não podemos retroceder diretamente à dimensão dos estudos da teoria do conhecimento, ao estágio que o positivismo irrefletidamente pensou ter transposto, razão por que recaiu, em seu conjunto, num nível anterior à reflexão proposta por Kant²⁴⁶.

Sinale-se que Habermas, nessa obra, inicialmente, menciona haver uma crise da crítica do conhecimento, no sentido de que, depois de Kant, a ciência não foi pensada filosoficamente.

Assim, Comte, especialmente com a sua “lei dos três estágios”, conforme a qual o pensamento da humanidade evoluiu da fase teológica (o primeiro estágio), em que os fenômenos eram explicados pelos mitos, para a fase metafísica (segundo estágio), havendo abstrações racionais que possibilitam várias enunciações sobre os fenômenos, culminando na fase positiva, quando se postula conhecer a natureza por meio da observação e da experiência, estabelece a pretensão do positivismo, qual seja a de conhecer as leis para poder fazer previsões, ou, simplesmente, conhecer para prevenir os acontecimentos²⁴⁷. Contudo, Comte é essencialmente organicista no seu modo materialista²⁴⁸, na sua pretensão de sistematização. Nas palavras de Augusto Comte, a lei fundamental e a sua sucinta fundamentação:

²⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. Conhecimento e interesse. Rio de Janeiro: Editora Guanabara S.A., 1987, p. 26-27.

²⁴⁷ VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. Pensamento sistêmico. Campinas/SP: Papyrus, 2002, p. 63.

²⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. Ciência política. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 43.

Essa lei consiste em que cada uma de nossas concepções principais, cada ramo de nossos conhecimentos, passa sucessivamente por três estados históricos diferentes: estado teológico ou fictício, estado metafísico ou abstrato, estado científico ou positivo. Em outros termos, o espírito humano emprega sucessivamente, em cada uma de suas investigações, três métodos de filosofar, cujo caráter é essencialmente diferente e mesmo radicalmente oposto: primeiro, o método teológico, em seguida, o método metafísico, finalmente, o método positivo. Daí três sortes de filosofia, ou de sistemas gerais de concepções sobre o conjunto de fenômenos, que se excluem mutuamente: a primeira é o ponto de partida necessário da inteligência humana; a terceira, seu estado fixo e definitivo; a segunda, unicamente destinada a servir de transição. (...)

Enfim, no estado positivo, o espírito humano, reconhecendo a impossibilidade de obter noções absolutas, renuncia a procurar a origem e o destino do universo, a conhecer as causas íntimas dos fenômenos, para preocupar-se unicamente em descobrir, graças ao uso bem combinado do raciocínio e da observação, suas leis efetivas, a saber, suas relações invariáveis de sucessão e de similitude. A explicação dos fatos, reduzida então a seus termos reais, se resume de agora em diante na ligação estabelecida entre os diversos fenômenos particulares e alguns fatos gerais, cujo número o progresso da ciência tende cada vez mais a diminuir²⁴⁹.

A idéia de Augusto Comte é a de que, determinadas disciplinas científicas, ao deixarem o ponto de vista metafísico, passam a se caracterizar ciência, passando para o lado positivo, desprendendo-se da filosofia²⁵⁰. Diante da insatisfação do positivismo, percebidas as limitações para a construção de teorias acerca do homem e da sociedade, com Wilhelm Dilthey ocorre a separação das ciências naturais das ciências humanas, por isso as primeiras passam a ser descritas com o princípio da causalidade eficiente (exemplo: o calor dilata os corpos), enquanto que as ciências humanas, que não prescindem da teleologia, passam a ser explicadas com o princípio da causalidade final, que tem em conta os propósitos, as metas, os objetivos, bem como a valoração. De qualquer modo,

²⁴⁹ COMTE. Augusto. Curso de filosofia positiva. Coleção os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 4.

²⁵⁰ VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. Op. cit., p. 63.

justifica-se o positivismo, à medida que tinha a pretensão de “preservar o rigor e a precisão do conhecimento científico, mas que o preço que se paga é o das rupturas, o da fragmentação do saber²⁵¹.”

O paradigma moderno, é assim como o chama Carlos Alberto Plastino²⁵², dizendo que esse modelo mecanicista é indissociável da perspectiva dualista. A perspectiva dualista surge no segundo momento da modernidade, alicerçando-se na separação entre o ser humano e a natureza, bem como na concepção reducionista elaborada acerca de cada um desses pólos. No primeiro pólo privilegia-se o “cogito”, desprezando-se outras faculdades e relegando-se o corpóreo, para o pólo da natureza. Aqui ocorre a simplificação da complexidade da natureza, com a observação dos dados imediatos, a extensão e o movimento, reduzindo-os, então, aos aspectos manipuláveis pelo saber causal e quantificável.

Com convicção Carlos Alberto Plastino²⁵³ assevera que esse “paradigma moderno”, está orientado para o objetivo do controle e da dominação do conhecimento, visa a reduzir o “ser a ser determinado”. Cita Thomas Hobbes como inaugurador desse novo projeto, pois procurou controlar, com o conhecimento racional das determinações naturais os processos sociais e políticos, inclusive reconstruindo uma legitimidade do poder monárquico, fiel ao absolutismo, legitimidade que fora retirada na instância da Idade Média. Nesse

²⁵¹ Idem, p. 65.

²⁵² PLASTINO, Carlos Alberto. Prefácio. RICHE, Flávio Elias. A influência do paradigma científico-natural no pensamento político-social moderno. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. xxi.

²⁵³ Idem, p. xxiii-xxvi.

sentido, também afirma que John Locke, embora por outro ângulo, também compartilhou o viés autoritário, mediante a concepção da economia hegemônica, com “formas de dominação e exploração extremamente cruéis.”

Desde a introdução da obra que publicou, resultante das pesquisas realizadas no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-RJ, Flávio Elias Riche²⁵⁴ adverte para a crise generalizada que se presencia. Diz o autor que há uma crise intelectual, que atinge diversas esferas cognitivas, moral, com dificuldades de legitimação na fase pós-metafísica, psíquica, com origem nas patologias da falsa imagem de um indivíduo isolado e auto-suficiente, civilizatória, com os conflitos bélicos conseqüentes ao não reconhecimento do outro, bem como tendo em conta o risco à própria existência humana, decorrente dos desastres ambientais e, ainda, uma crise de percepção da realidade, quando se constata a insuficiência do paradigma da modernidade, pois sua proposta de previsibilidade, regularidade e controle é falha, sendo questionada pela própria física, a magna ciência que lhe serviu de suporte original.

Enfim, a crítica de Flávio Elias Riche é centrada na visão unilateral e reducionista, pois não nega a razão humana, mas, diz, o ser humano também é, entre outras coisas, afeto, por isso, embora critique a lógica formal, tal não significa o abandono da racionalidade e a refutação do cientificismo de modo algum há de significar o desprezo pelo saber oriundo da ciência.

²⁵⁴ RICHE, Flávio Elias. A influência do paradigma científico-natural no pensamento político-social moderno. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. xxvii-xxix.

No esquema do liberalismo, a burguesia ascendia ao poder e, considerando a prevalência do indivíduo, na reação ao monstro Leviatã, inaugura-se a separação dos poderes para assegurar a liberdade máxima possível ao indivíduo. A visão mecanicista está presente na idéia das partes para o todo. Os poderes separados têm em vista o todo, que é o Estado.

Na concepção de que a separação dos poderes constitui técnica em declínio, Paulo Bonavides expõe que essa fase mecanicista do Estado tem origem no liberalismo clássico. Com efeito, ainda no final da década de 50, com a tese de concurso de cátedra à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará²⁵⁵, que deu origem a obra “Do Estado liberal ao Estado Social”, Paulo Bonavides já vislumbrava esse declínio do modelo da separação dos poderes, sobre ele dizendo, precisamente:

Representou seu papel histórico. O constitucionalismo democrático tem por ele a mais justa e irredimível dívida de gratidão. Merece, com efeito, a homenagem e o reconhecimento dos que, na doutrina política, consagram sua luta aos ideais de liberdade e democracia. Ajudou a implantar na consciência ocidental o sentimento valorativo dos direitos e garantias individuais, de que foi, no combate aos déspotas do absolutismo, a arma mais eficaz.

Quando cuidamos de abandoná-lo no museu da Teoria do Estado, queremos, com isso, evitar apenas que seja ele, em nossos dias, a contradição dos direitos sociais, a cuja concretização se opõe, de certo modo, como técnica dificultosa e obstrucionista, autêntico tropeço, de que inteligentemente se poderiam socorrer os conservadores mais perspicazes e renitentes da burguesia, aqueles que ainda supõem possível tolher e retardar o progresso das instituições no rumo da social-democracia²⁵⁶.

²⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. Do Estado liberal ao Estado social. Op. cit., p. 36.

²⁵⁶ Idem, p. 64.

Narra Paulo Bonavides²⁵⁷ que a Europa, no século XVII, ansiava por liberdade, tendo encontrado a base teórica das suas aspirações na teoria da divisão dos poderes, evitando-se entregar o poder ao povo, como era a pretensão de Rousseau, pois Montesquieu, abraçando o liberalismo, pretendia retirar o poder absoluto do monarca, mas não entregá-lo ao povo e, sim, à burguesia, que poderia ascender ao poder, na sua tripartição. Portanto, segundo expõe o constitucionalista pátrio, a separação dos poderes é mais adequada às idéias de Montesquieu do que às de Rousseau.

Entretanto, como se viu no segundo capítulo, aos exageros da radical separação dos poderes, sucederam-se corretivos, como o denominado sistema de freios e contrapesos, dos Estados Unidos da América do Norte, assim como o veto e a mensagem do executivo, além do indulto, dos julgamentos políticos e da declaração de inconstitucionalidade de lei, como formas de equilíbrio dos poderes ou de interferência.

E, nessa seqüência histórica, de realidade diversa da visão mecanicista da separação dos poderes, Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes esclarecem não caber falar, na atualidade, de separação “sem ter-se presente o processo de interpenetração de funções, quando atos de um poder são praticados por órgãos vinculados a outro²⁵⁸.”

²⁵⁷ Idem, p. 70.

²⁵⁸ Op. cit., p. 152.

3.2 – A idéia de Estado e sua concepção organicista

Há quem refira que o organicismo não chega a ser uma teoria, pois seria tão-somente uma tradição. Tal entendimento se deve às origens da concepção organicista, que remontam a Aristóteles. Com efeito, Jaime Cordero assim expõe o organicismo:

Si hoy día existen teorías a través de las cuales se orienta la investigación, en el pasado ese papel fue desempeñado por tradiciones. Una de ellas es la organicista que consideraba como animada ya que sufría cambios que obedecían a un designio previo, a una finalidad. En todo fenómeno existía una intencionalidad y era natural que así fuera. El proyectil que se lanzaba en forma ascendente no podía seguir en esa trayectoria en forma indefinida, situación que habría sido considerada innatural. De lo expuesto, resulta fácil comprender que Aristóteles haya estado en la base de esa tradición, nombre al que podría agregársele los de Galeno y Ptolomeu. Estos tres científicos realizaron un labor empírico importante, de observación meticulosa que la tradición organicista hizo suya e integró a un sistema filosófico en el que prima el desarrollo finalista del universo²⁵⁹.

Este autor refere, ainda, que o organicismo aristotélico convinha à tradição teológica, pois permitia uma explicação racional sobretudo da finalidade. Especialmente os estudos biológicos conduzem o organicismo à concepção de que tudo se dirige a um fim que se encontra previamente concebido. O organicismo, então, se opõe ao mecanicismo que, como visto, concebe a matéria como composta de átomos em interação mecânica, tendo por princípio a causalidade, enquanto que, no organicismo aristotélico, a matéria é composta pelos quatro

²⁵⁹ CORDERO, Jaime. El organicismo: una manera de ver el mundo. Disponível em: <http://rehue.csociales.uchile.cl/rehuehome/facultad/publicaciones/Cuerda/cuerda1/organicismo> > Acesso em: 19 set 2005.

elementos – terra, ar, fogo e água –, tendo por princípio a finalidade. Os organicistas apregoam que “tudo tem uma causa e uma finalidade”. Os mecanicistas se abstraem da finalidade. Em conclusão, Jaime Cordero menciona que:

“La unidad orgánica del cuerpo social justifica una preminencia de la sociedad por sobre el individuo. La sociedad nos es una construcción racional de los individuos y si alguna vez éstos llegaran a crear lazos que pusieran en peligro la unidad orgánica, el cuerpo social se desmoronaría; se desprende de aquí que la tradición de origen natural y donde el individualismo liberal no tiene aceptación ni cabida. Lo colectivo prima sobre lo individual, el todo sobre las partes. La familia es la célula – dirá Comte – y los grupos sociales, el tejido²⁶⁰.”

Quanto a ter sido Aristóteles o precursor da idéia organicista, em época posterior ao atomismo de Leucipo e, especialmente, de Demócrito, não há dúvida, considerando o que consta de “A política”:

O Estado, ou sociedade política, é até mesmo o primeiro objeto a que se propôs a natureza. O todo existe necessariamente antes da parte. As sociedades domésticas e os indivíduos não são senão as partes integrantes da Cidade, todas subordinadas ao corpo inteiro, todas distintas por seus poderes e suas funções, e todas inúteis quando desarticuladas, semelhantes às mãos e aos pés que, uma vez separados do corpo, só conservam o nome e a aparência, sem a realidade, como uma mão de pedra. O mesmo ocorre com os membros da Cidade: nenhum pode bastar-se a si mesmo. Aquele que não precisa dos outros homens, ou não pode resolver-se a ficar com eles, ou é um deus, ou é um bruto. Assim, a inclinação natural leva os homens a este gênero de sociedade²⁶¹.

²⁶⁰ Idem, *ibidem*.

²⁶¹ ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 5.

O organicismo, que decorre, então, da expressão “o todo é mais que a soma das partes”, de acordo com Ludwig von Bertalanffy²⁶², consiste, em antagonismo ao modelo mecanicista, em que as características que constituem o todo não são explicáveis a partir das características isoladas das partes. As características do todo, comparadas às características dos elementos, parecem novas, diversas, emergentes. Mas, diz Bertalanffy, conhecendo o total das partes contidas em um sistema, bem como as relações entre elas, poderá ser estabelecido que o comportamento do sistema seja derivado do comportamento das partes.

A dicotomia, e mesmo oposição de concepções, é igualmente destacada por Paulo Bonavides, em outra de suas obras²⁶³, quando examina a sociedade em paralelo ao Estado. Segundo Bonavides, os organicistas descendem de Aristóteles e Platão, enquanto os mecanicistas estariam na Idade Moderna, no que revela não admitir o atomismo de Leucipo e Demócrito como origem do mecanicismo ou do reducionismo ou, enfim, do entendimento de que as partes vêm antes do todo. Paulo Bonavides esclarece muito bem a idéia organicista:

Esta posição só se define quando o pensador inquirir da maneira por que se deve organizar ou governar a Sociedade. Se a Sociedade é o valor primário ou fundamental, se a sua existência importa numa realidade nova e superior, subsistente por si mesma, temos o organicismo. Aliás, de organismo Del Vecchio nos dá o seguinte conceito: “Reunião de várias partes, que preenchem funções distintas e que, por sua ação combinada, concorrem para manter a vida do todo”. Se ao contrário, o indivíduo é a unidade embriogênica, o centro irredutível a toda assimilação coletiva, o sujeito da ordem social, a unidade que não criou nem há-de criar nenhuma realidade mais, que lhe seja superior, o ponto primário e básico que vale por si mesmo e do qual todos os ordenamentos sociais emanam como

²⁶² BERTALANFFY, Ludwig von. Teoria geral dos sistemas. Petrópolis/RJ: Vozes, 1977, p.83.

²⁶³ BONAVIDES, Paulo. Ciência política. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 40 e seguintes.

derivações secundárias, como variações que podem se reconduzir sempre ao ponto de partida: a ele, ao indivíduo, aqui estamos fora de toda a dúvida em presença de uma posição mecanicista²⁶⁴.

Contudo, há sérias críticas contra o organicismo. Paulo Bonavides, ainda que narre os males do mecanicismo, igualmente informa os males do organicismo. De acordo com Bonavides²⁶⁵, o organicismo arrasta os que o cultivam, quase sempre, a posições direitistas e antidemocráticas, enfim ao autoritarismo, bem como às justificações reacionárias do poder, à autocracia, independentemente de se mostrarem inseridos numa democracia orgânica, numa tintura ideológica própria mais aceitável. E, observa, mesmo Rousseau, com o princípio organicista da *volonté générale*, que foi assumido e aplaudido por Hegel, não escapou de críticas que mostraram que o poder popular, sob as graças da “vontade geral”, poderia certamente gerar o despotismo das multidões que desembocaria, baseado no organicismo democrático, no estuário do autoritarismo do poder e da ditadura dos ordenamentos políticos.

Ressalva, contudo, Paulo Bonavides, o que contém o intróito do “Contrato Social”, quando Rousseau não concebe uma versão autoritária do poder no organicismo, propondo que “os homens nascem livres e iguais”, contrariamente à doutrina organicista, pois esta entende que o homem não nasceu livre e, invocando o fato do nascimento, está, desde o berço, submetido ao princípio da autoridade, que o rodeia, ampara e governa, sendo que, se a criança ficasse 24 horas longe da proteção, estaria certamente aniquilada. Desde a família, então, há

²⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. Ciência política, Op. cit., p. 41-42.

²⁶⁵ Idem, ibidem.

os vínculos da dependência, da autoridade, da hierarquia, do possível desamparo e da debilidade, os quais envolvem a criatura humana por toda a vida. Nesses termos, os organicistas apregoam a autoridade, privilegiam o social, pois vêem na sociedade um fato permanente e superior, um ordenamento, uma vez que os indivíduos fenecem, enquanto a sociedade persiste no transcurso do tempo, nunca desaparecendo – a sociedade fica e os indivíduos passam.

O organicismo é distinguido entre materialista e idealista:

No primeiro entra a concepção organicista de Augusto Comte, juntamente com o organicismo biológico de Spencer, Bluntschli e Schaeffle, chegando os dois últimos porém, no paralelo entre organismo e Sociedade, aos mais absurdos exageros, às comparações mais excêntricas, a verdadeiros desatinos lógicos, que cobriram de ridículo a doutrina organicista.

O organicismo ético e idealista, cultivou-a a escola histórica, sobretudo desde a concepção de Savigny, acerca do “espírito popular” (o *Volkgeist*) tomado por fonte histórica, costumeira, tradicional, geradora de regras e valores sociais e jurídicos.

Aliás, o “espírito popular” como conceito não é um dos que primam pela clareza. Tem-se afigurado a alguns publicistas obscuro e abstrato, levando W. Arnold a essa ponderação extremamente irônica: “Aquilo que nós não sabemos ou não compreendemos, denominamos espírito popular” (*Was wir nicht wissen oder nicht verstehen, nennen wir Volkgeist*)²⁶⁶.

Sinala, ainda, Paulo Bonavides, que no esquema da doutrina mecanicista, ela é essencialmente filosófica, não sociológica e, mais, que os contratualistas, adeptos da teoria do contrato social como forma de origem do Estado, estabelecem no consentimento, na vontade livre e criadora dos indivíduos, a

²⁶⁶ Idem, p. 43-4.

própria sociedade, passando ao largo do princípio da autoridade, que fixa o norte aos organicistas.

Noutra das suas obras²⁶⁷, Paulo Bonavides enuncia o caráter mecanicista da doutrina de Marx e o caráter organicista da de Hegel. Diz, então, que Hegel preconizava o Estado como um fim em si mesmo, como totalidade racional ou ética, enquanto que Marx via no Estado um instrumento de poder, uma arma temível e com exagerado poder em mãos de uma precisa classe, sendo que essa arma não era usada em favor da sociedade, mas, tão-somente, da classe forte e privilegiada, em detrimento das classes fracas e oprimidas. De acordo com Bonavides, a sociedade, para Marx, seria, longe de um todo orgânico, uma poeira de classes irreconciliáveis e antagônicas. Portanto, a sociedade vida, histórica e existencial de que trata Marx está mais próxima da de Kant e do método da doutrina deste filósofo, do que da de Hegel.

Ainda que Kant tenha fixado sua doutrina política no liberalismo, tendo em conta, portanto, o indivíduo, há coincidência entre o que pregou e o conteúdo da doutrina marxista, que também privilegia e parte da separação em classes. Entretanto, é destacado que, embora parta do mecanicismo, Marx prega o fim das classes como meta histórica, recaindo em um organicismo profundo, diferenciando-se de Hegel, pois dispensa todo e qualquer poder político²⁶⁸. Nesse sentido, Marx representa uma vigorosa reação às doutrinas da teleologia estatal,

²⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 105 e seguintes.

²⁶⁸ Idem, p. 106.

pois o Estado seria o produto de uma evolução da sociedade ao chegar a um determinado momento do seu desenvolvimento, momento em que o Estado serve de instrumento opressivo de uma classe contra outra, mas, ao cabo dessa parte da história, o Estado se extinguiria, em consequência da extinção das classes e, igualmente, da opressão do poder político.

Assim, entre o liberalismo de Kant e o comunismo de Marx há a identidade do mecanicismo, contrariamente ao organicismo de Hegel, mas Marx, com a concepção da extinção do Estado, também chega à noção de um organicismo para além de Hegel, pois previa, inclusive, o fim do poder político.

A influência organicista modela o pensamento de inúmeros tratadistas de ciência política, todos os que vêem o Estado como um fim em si mesmo, ausente de qualquer finalidade, enquanto que os filiados à tradição mecanicista divergem vendo o Estado ora como um instrumento para os indivíduos se realizarem. O jusnaturalismo moderno, decorrente do individualismo germânico, das corporações medievais, do cristianismo que ascendeu a personalidade humana a plano transcendental, ou seja além da experiência humana, uma vez que feito à imagem e semelhança de Deus, e da laicização, quando a Igreja se torna autônoma, tuteladora ou rivalizante do Estado, concebe o direito como o principal escopo do Estado, não cabendo buscar fins do Estado à margem do indivíduo, uma vez que aquele deriva deste, conforme a vontade deliberada²⁶⁹.

²⁶⁹ BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. Op. cit., p. 72-73.

O direito natural, também dito direito racional ou direito ideal²⁷⁰, é assim concebido na modernidade, mas provém da Grécia antiga, em Aristóteles, que era essencialmente organicista. Nessa fase moderna, mostra-se o jusnaturalismo como mecanicista, porque estabelece as diretrizes do liberalismo, privilegiando o indivíduo. E, com efeito, em *Ética a Nicômaco*, fixa Aristóteles as bases do jusnaturalismo conforme o organicismo:

Da justiça política, uma parte é natural e outra parte legal: natural, aquela que tem a mesma força onde quer que seja e não existem em razão de pensarem os homens deste ou daquele modo; legal, a que de início é indiferente, mas deixa de sê-lo depois que foi estabelecida: por exemplo, que o resgate de um prisioneiro seja de uma mina, ou que deve ser sacrificado um bode e não duas ovelhas, e também todas as leis promulgadas para casos particulares, como a que mandava oferecer sacrifícios em honra de Brásidas, e as prescrições dos decretos.

Ora, alguns pensam que toda justiça é desta espécie, porque as coisas que são por natureza, são imutáveis e em toda parte têm a mesma força (como o fogo, que arde tanto aqui como na Pérsia), ao passo que eles observam alterações nas coisas reconhecidas como justas²⁷¹.

Portanto, o direito natural coloca-se em pólo oposto ao direito empírico, ou direito positivo, posto por ato de vontade e, portanto, mutável. Declara, então, Paulo Bonavides, o mecanicismo de Hans Kelsen:

Representa o Estado, na filosofia de Kelsen, a realidade por excelência da ordem jurídica positiva. Um Estado jusnaturalista para Kelsen é sempre um Estado entendido como pura idealidade, abstração, utopia. Seria o Estado destituído de coação, a *ordem anárquica*, visto que o jusnaturalismo, em sua pureza conceitual, leva ao anarquismo e este – acrescenta o pensador – da cristandade primitiva ao moderno marxismo é, no fundo, teoria jusnaturalista.

²⁷⁰ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. Op. cit., p. 97.

²⁷¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 91.

Já se vê que Kelsen impugna não apenas o Estado, mas todo o direito posto além dos limites da *positividade*. Pressuposta que fosse a existência de qualquer ordem jusnaturalista, teria esta necessariamente que se positivizar, quando se tratasse de sua aplicação aos fatos concretos da vida social. Converter-se-ia, pois, o direito natural em direito positivo toda vez que as suas normas abstratas precisassem de individualizar-se²⁷².

E, noutra de suas obras, já citada²⁷³, Paulo Bonavides enfatiza que um dos melhores reparos a excessos do organicismo foi realizado por Hans Kelsen. Segundo Bonavides, Kelsen seria o inimigo mortal do organicismo e o mais temido e impiedoso de seus adversários. Kelsen é herdeiro de Kant e, por isso, liberal e adepto do mecanicismo, considerando o moderno constitucionalismo liberal-democrático. De qualquer modo, expõe Bonavides que Kelsen não teria sido original nessa crítica:

Não menos célebre a respeito desse tema foi, decerto, a polêmica que Otto von Gierke manteve com Van Krieken, outro fervoroso adepto da teoria mecanicista e precursor de Kelsen nessas idéias.

Krieken incriminara os organicistas de enfraquecerem adrede a base em que se apoiava o moderno constitucionalismo liberal-democrático dos séculos XVIII e XIX, ao se levantarem, em coerência com a tese organicista, contra a origem contratual do estado.

Considerando o organicismo explicação inútil para o Direito, por achar-se eivado de contradições e fomentar a confusão em todos os domínios da doutrina, diz o antecessor de Kelsen que a teoria organicista, quando muito, tem alguma importância para a apreciação política do Estado²⁷⁴.

Todavia, considera Bonavides que essa importância é negativa, pois, ainda que muitos pensadores, sinceros adeptos da liberdade tenham abraçado o

²⁷² BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. Op. cit., p 79.

²⁷³ BONAVIDES, Paulo. Do Estado liberal ao Estado social. Op. cit., p. 85.

²⁷⁴ Idem, ibidem.

organicismo, tal doutrina é limitadora da liberdade individual e em conformidade ao arbítrio do absolutismo.

O mecanicismo que molda o jusnaturalismo moderno é essencialmente causalista, ou seja, de rigor não há teleologia, porque esta estaria no próprio aprimoramento do indivíduo que é imediatista. Por outro lado, o organicismo é teleologista, porque sempre tem em conta uma finalidade, privilegiando a organização, privilegiando o Estado, privilegiando, então, a sociedade.

3.3. – Entre o mecanicismo e o organicismo

Pelo exposto, está fora de dúvida que ambas as tradições – mecanicismo e organicismo –, como são originariamente descritas, porque apresentadas desde a antigüidade, levadas às suas últimas conseqüências apresentam deformações que dão margens a críticas quase irrespondíveis. Interessa, contudo, constatar o que são precisamente as idéias mecanicistas e, igualmente, o que são as idéias organicistas, com vistas a estabelecer um critério aproximativo de visões teóricas. Parte-se, nesses termos, de que ambas as visões de mundo ou, numa palavra pós-moderna, cosmovisões, norteiam a identidade e o pensamento de inúmeros pensadores, mesmo os da atualidade. Alguns, é certo, têm conhecimento dessa dicotomia e antagonismo, outros, no entanto, não tiveram acesso à essa constatação.

Evidentemente, o objetivo da investigação continua sendo a tese elaborada e descrita. As conclusões buscadas mostrarão o que é adequado, ou o que não é adequado – o organicismo ou o mecanicismo. Enfim, tentarão apresentar os recortes teóricos de cada pesquisador, ressabido que o recorte teórico de cada pesquisador revela os seus interesses acadêmicos, como consequência da busca pelo seu aprimoramento e, em última análise, as respostas às suas perguntas, ou, simplesmente, a satisfação da sua curiosidade.

Enquanto o mecanicismo privilegia o dado concreto, o organicismo intenta revelar o abstrato. Em outras palavras, uma das óticas elenca o que se constata pela análise material, enquanto a outra constata algo mais além da descrição material específica, apresentando as relações entre vários elementos concretos, daí a abstração.

Nos mesmos termos, o mecanicismo particulariza e, assim, apresenta o individual, enquanto o organicismo tem uma visão total, holística. Num dos pólos está o parcial, no outro o aspecto integral.

A mesma relação é estabelecida no ponto de vista reducionista, já várias vezes mencionado, do pensamento mecanicista, que parte do método dedutivo, cartesiano, e, no outro ângulo, o aspecto transdisciplinar, ou complementar. Nesse sentido, por um lado há a especificação que chega às últimas consequências do reducionismo, com o objetivo de entender o total, enquanto, de forma

transdisciplinar investiga-se o conhecimento amplo por várias óticas, de maneira complementar.

O pensamento simplista procura simplificar o objeto do conhecimento, mediante a sua divisão e a sua análise, enquanto o pensamento complexo apresenta as coisas nas suas características globais. Com relação à complexidade, expressão que, conquanto não se possa atribuir a sua originalidade a Edgar Morin, como diz Maria da Conceição de Almeida²⁷⁵, tem nele o grande artesão da idéia:

Cabe, ainda, explicitar sumariamente os três princípios reitores que comandam a noção de complexidade em Edgar Morin. O primeiro princípio, a *dialógica*, diz respeito às trocas, simbioses e retroações entre as entidades físico-químico-psíquicas que comandam a organização viva, em especial o homem e a sociedade. O princípio dialógico não opõe ordem e desordem, natureza e cultura, mas entende tais fenômenos como simultaneamente *concorrentes, antagônicos e complementares*, o que permite manter a dualidade no seio da unidade. O segundo princípio – *Recursividade Organizacional* – nega a cadeia linear causa – efeito produtor – produto, infra-estrutura – superestrutura e fundamenta a idéia de que a causalidade é necessariamente recursiva, de modo que uma causa produz um efeito, que se torna causa novamente, e assim sucessivamente. O terceiro princípio, *Hologramático*, parte da proposição de que a parte está no todo, que está na parte. Esse princípio diferencia-se da visão holística, uma vez que, para Morin, o todo é, por vezes, maior ou menor que a soma das partes. O importante aqui é observar a dialógica parte-todo, e asseverar, conforme Pascal: “Eu não posso conceber o todo sem conceber as partes e não posso conceber as partes sem conceber o todo”. Esses três princípios são indissociáveis, e, nas palavras do Morin, a idéia de holograma está ela mesma ligada à de recursividade, que por sua vez supõe a idéia dialógica²⁷⁶.

No que concerne precisamente ao Estado em relação à Globalização, o primeiro é privilegiado no pensamento mecanicista, enquanto, no pensamento

²⁷⁵ ALMEIDA, Maria da Conceição de. Complexidade, do casulo à borboleta. CASTRO, Gustavo de, organizador. Ensaios de complexidade. Porto Alegre: Sulina, 2002, p. 26.

²⁷⁶ Idem, p. 29-30.

organicista, a segunda ocupa o lugar preponderante. Ora, o Estado, na sua relação com a Globalização, tendo em conta o pensamento dos nacionalistas conservadores, estará no ápice da proteção. Já, o pensamento organicista procura ver o processo de globalização como um caminho sem volta, como um fato, como uma evolução política. Logicamente que essa concepção guarda uma causalidade, própria do pensamento mecanicista, mas tal causalidade tem sua explicação numa própria e específica teoria evolucionista, em que não há destino, mas escolha entre várias alternativas, sem implicar uma progressão de acontecimentos e sem estabelecer, de antemão, que essa seja a melhor escolha, porque, eventualmente, poderá se revelar escolha inadequada que será eliminada e desviada posteriormente, com novas escolhas, teoria esta de Niklas Luhmann, que será apresentada na seqüência.

Contudo, na relação entre indivíduo e Estado, na concepção em que aquele ocupar espaço privilegiado está a idéia mecanicista, enquanto que, se o Estado estiver em destaque, ter-se-á a noção organicista.

No mecanicismo o indivíduo está em destaque, enquanto no organicismo a sociedade vem primeiro. Em consequência, o liberalismo, na sua feição de Estado Liberal, se apresenta no mecanicismo, enquanto que o socialismo, na expressão do Estado Social, no organicismo, tanto que o Estado é o desaguadouro das maiores expectativas da coletividade, conquanto, como visto acima²⁷⁷, a própria teoria de Marx parta da visão mecanicista, caracterizando o Estado não como um todo

²⁷⁷ Ver notas 267 e 268, acima, na p. 178.

orgânico, mas formado por classes irreconciliáveis, recaindo, entretanto, num organicismo profundo, na acepção de Paulo Bonavides, porque o Estado, com a eliminação das classes, seria extinto. De igual forma o Estado de Bem-Estar, provedor, cumpre uma expectativa organicista, mas tal em relação aos cidadãos.

E, então, a lógica que se impõe é que os direitos fundamentais individuais foram dados no Estado Liberal, concebidos na visão mecanicista:

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder²⁷⁸.

Já os direitos fundamentais ditos da terceira dimensão, caracterizados como direitos difusos ou coletivos, na longa evolução do Estado e na história dos direitos humanos, que são históricos e não meramente naturais²⁷⁹, contém o organicismo, porque tem em conta não apenas o indivíduo, mas a coletividade. Assim é a definição de Ingo Wolfgang Sarlet:

Os direitos fundamentais da terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos

²⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 54-55.

²⁷⁹ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 32. Ver também RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. O permanente reconhecimento dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Revista AJURIS nº 79, 2000, p. 96-108.

humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direito de titularidade coletiva ou difusa. (...) Dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação²⁸⁰.

Cabe acrescentar, com José Luis Bolzan de Moraes²⁸¹, que na classe interesses transindividuais se encontram os interesses coletivos e os interesses difusos, havendo, com relação aos primeiros, entre a coletividade, ou categoria de pessoas, um vínculo jurídico, que inexistente com relação aos últimos.

O positivismo jurídico é, igualmente, mecanicista, pois decorrente do Constitucionalismo, em relação ao jusnaturalismo aristotélico, ou jusnaturalismo antigo, que é organicista. Efetivamente, o positivismo, considerando inclusive a filosofia analítica, que tem em conta a análise e a descrição rigorosa, expõe a noção mecanicista, pois procura, fiel à dogmática, trazer segurança às relações, guardando-se uma observância irrestrita da norma e, igualmente, dos dogmas tidos como verdades últimas, para além das quais não deve haver questionamentos. Já, o jusnaturalismo antigo, que tem como principal expoente Antígona, que consagra um direito além de qualquer experiência, que existiu desde sempre e que existirá até o fim dos tempos, que confunde as idéias de justiça e de lei, é organicista, pois transcende a experiência humana e mundana, na noção kantiana. Contém, então, o idealismo hegeliano, pois guarda por excelência

²⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 57.

²⁸¹ MORAIS, José Luis Bolzan de. Mediação e arbitragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 49-55.

o normativismo. Todavia, o jusnaturalismo racionalista, como já se mencionou acima, abandona o organicismo e passa ao mecanicismo, pois fundador da liberdade do homem, feito à imagem e semelhança de Deus e, por isso, indivíduo formado para dominar o mundo e a técnica. Assim, ainda que contenha, nos mesmos termos, a noção idealista normativista, considerando que parte da prevalência do ser humano e do indivíduo, como soberano e herdeiro da terra, que deveria explorar a natureza, é mecanicista.

A hermenêutica dogmática contém em si, igualmente, idéias mecanicistas, pois, como já mencionado, tem em conta a segurança, caracterizando o direito positivo o mais bem acabado exemplo de dogmática. Com efeito, a hermenêutica dogmática procura pôr verdades para além das quais não há interrogações, tendo, assim, essencialmente, em vista o método cartesiano, dedutivo, que apresenta as soluções simplistas, no contexto do litígio. Essa é a crítica severa de Lenio Luiz Streck:

Nesse sentido, é possível dizer que se estabeleceu no país uma “cultura” jurídica *standard*, dentro da qual o jurista *lato sensu* vai trabalhar no seu dia-a-dia com soluções e conceitos lexicográficos, recheando, desse modo, suas petições, pareceres e sentenças com ementas jurisprudenciais que são citados, no mais das vezes, de forma descontextualizada. Para tanto, os manuais jurídicos põem à disposição da comunidade jurídica uma coletânea de “*prêts-à-porter* significativos”, representados por citações de resumos de ementas, normalmente uma a favor e outra contra determinada tese... (...)

Apesar de tudo isso, o Direito, instrumentalizado pelo discurso dogmático, consegue (ainda) aparecer, aos olhos do usuário/operador do

Direito, como, ao mesmo tempo, seguro, justo, abrangente, sem fissuras, e, acima de tudo, técnico e funcional²⁸².

Na outra via, a hermenêutica filosófica, de natureza zetética, questionadora, procura ver outras coisas e dar outras soluções possíveis, não se satisfazendo com dogmas, ou com soluções parciais, construindo e ampliando horizontes, como se vê desse excerto de outra obra de Lenio Luiz Streck:

Portanto, o significado da Constituição depende do processo hermenêutico que desvendará o conteúdo do seu texto, a partir dos novos paradigmas exsurgentes da prática dos tribunais encarregados da justiça constitucional. Com isso, conceitos como soberania popular, separação de poderes e maiorias parlamentares cedem lugar à legitimidade constitucional, instituidora de um constituir da sociedade. Do modelo de constituição formal, no interior da qual o direito assumia um papel de ordenação, passa-se à revalorização do Direito, que passa a ter um papel de transformação da realidade da sociedade, superando, inclusive, o modelo do Estado Social²⁸³.

Nessa compreensão, José Luis Bolzan de Moraes também atribui uma atividade hermenêutica para além da dogmática na concretização dos direitos humanos:

Portanto, a implementação dos conteúdos de direitos humanos, em particular os positivos, implicam a necessária compreensão da ação jurídica fundamentada em uma prática comprometida e assente em uma teoria engajada, onde a Constituição não seja percebida exclusivamente como uma folha de papel²⁸⁴.

²⁸² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 67 e 70.

²⁸³ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 27-28.

²⁸⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 75.

Assim, indubitavelmente, a noção de hermenêutica filosófica, que não guarda relação com a hermenêutica dogmática, porque expande a compreensão e porque questiona os velhos conceitos, ou preconceitos, não tem uma ótica mecanicista, apresentando-se na versão organicista.

Enfim, o pensamento mecanicista enfatiza sempre o indivíduo, o homem, a separação, enquanto o organicista enfatiza a sociedade, o conjunto, o todo. A tensão eterna entre o público e o privado se manifesta exatamente nessas posições, quando é revelada a opção individual. Com efeito, eleita a face pública, privilegia-se o público em detrimento do privado e o contrário ocorre quando se opta por, por exemplo, proteger a privacidade. Entretanto, muitas vezes não se tem presente essa escolha que, então, não é consciente, o que ocorre desde as vivências pessoais até, como já visto, as teorias acadêmicas.

Enfatize-se que Paulo Bonavides menciona que o pensamento mecanicista é preponderantemente filosófico, enquanto o pensamento organicista é sociológico, cabendo transcrição:

A teoria mecânica é predominantemente filosófica e não sociológica. Seus representantes mais típicos foram alguns filósofos do direito natural desde o começo da idade moderna. Seus corolários, com rara exceção, e Hobbes foi aqui uma dessas exceções, acabam, sob o aspecto político, na explicação e legitimação do poder democrático.

Das teses contratualistas, da postulação que estas fazem, infere-se que a base da Sociedade é o assentimento e não o princípio da autoridade.

A democracia liberal e a democracia social partem desse postulado único e essencial de organização social, de fundamento de toda a

vida política: a razão, como guia da convivência humana, com apoio na vontade livre e criadora dos indivíduos²⁸⁵.

E, nesse paralelo, constou acima a crítica celebrada por Paulo Bonavides ao organicismo, que arrasta todos os que ilustram essa vertente a posições direitistas, nacionalistas, antidemocráticas e autoritárias²⁸⁶.

Nesse sentido é a doutrina de Hans Kelsen, quando critica a teoria que põe o Estado como organismo²⁸⁷, assumindo a forma de teoria biológica social. Põe nessa teoria o adjetivo de absurda, pois seria seu objetivo, com relação ao qual muitos dos que a ela aderem parecem não ter consciência, não o de explicar cientificamente o Estado, mas resguardar o Estado como instituição, pelo menos algum Estado preciso, confirmando a autoridade dos órgãos do Estado e assim aumentar a obediência dos cidadãos. Trata-se, então, embora não o mencione Kelsen, de um nacionalismo exagerado.

Contra a idéia de ser o Estado um organismo, Kelsen mostra claramente a sua filiação à vertente mecanicista:

Mais fictícia ainda é a visão de que o Estado é ou tem uma “vontade coletiva” acima e além das vontades de seus sujeitos. Tal afirmação pode, na verdade, ser considerada apenas como uma expressão figurada da força de obrigatoriedade que a ordem jurídica nacional tem sobre os indivíduos cuja conduta ela regulamenta. Declarar a vontade do Estado como uma realidade psicológica ou sociológica é hipostatizar uma abstração em força real, ou seja, atribuir caráter substancial ou pessoal a uma relação normativa entre indivíduos. Essa é, como assinalamos, uma

²⁸⁵ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. Op. cit., p. 45 (ver p. 177, retro).

²⁸⁶ Ver nota 265, acima, na p. 176.

²⁸⁷ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 267.

tendência típica do pensamento primitivo, e o pensamento político tem, em grande parte, um caráter primitivo. A tendência a hipostatizar a vontade de um supra-indivíduo, e isso significa um supra-ser humano, tem um propósito ideológico inconfundível²⁸⁸.

E, nessa crítica, Kelsen segue dizendo que, se a ordem jurídica fosse realmente a expressão dos interesses de todos, em vez de ser, como é, a expressão de uma divisão em vários grupos de interesses, caberia, então, a obediência voluntária de todos, sendo completamente justa, situações em que (a) desapareceria o caráter coercitivo e, inclusive, (b) o caráter de direito.

Em contrapartida, apenas para exemplificar, M. Bluntschli é organicista, como se vê da seguinte exposição:

Aussi, lorsque nous disons que l'État est un organisme, nous ne songeons ni à cette activité naturelle des plantes ou des animaux qui leur fait chercher leur nourriture ou se reproduire. Nous voulons simplement marquer les analogies suivantes:

1° Tout organisme est l'union d'éléments *corporels-matériels* et de *forces vitales animées*, en un mot, d'une âme d'un corps;

2° Il forme *un tout*, muni de *membres* qui ont leurs fonctions et leurs facultés, es satisfont aux besoins variés de sa vie;

3° Il se *développe* du dedans au dehors, et il a une *croissance externe*.

La nature organique de l'État se révèle sous ces trois aspects:

1° Dans tout État, il y a le *corps* et l'*esprit*, la *volonté* de l'État es ses *organes* agissants, nécessairement liés dans une même vie. Cet esprit et cette volonté ne son pas autre chose que l'esprit et la volonté une de la nation, distincts de la simple somme des volontés ou des intelligences des inividus. (...)

2° La constitution de l'État présente également un *agencement de membres*. Toute fonction, toute assemblée publique est un membre muni d'attributions propres. La fonction n'est pas simplement le bras d'une machine; l'action n'en est pas purement mécanique, mais elle est *intelligence* et s'accommode aux *besoins de la vie publique*. Servant à la vie, l'organe est lui même vivant; et si la vie l'abandonne, si son

²⁸⁸ Idem, p. 266-267.

mouvement n'est plus qu'un formalisme mécanique, immuable, c'est qu'il est dégénéré et corrompu, et que l'État marche vers sa ruine. (...)

3° Nations et États on un *développement*, une croissance propre. Les époques de leur vie se comptent par siècles et dépassent de beaucoup celles de la vie humaine. Chacune d'elles a aussi son caractère particulier. Autre est celui de l'enfance de la nation, autre celui de son âge mûr, et l'homme d'État doit y avoir égard, pour faire ou donner chaque chose en son temps. Mais l'histoire d'une nation ne se présente pas moins comme un tout bien lié²⁸⁹.

Mas, Bluntschli segue dizendo que uma diferença separa o Estado e seus institutos dos organismos naturais, pois, enquanto a vida das plantas e dos animais ascendem e descendem seguindo os graus e os períodos regulares, o Estado é muito mais móvel, ficando sujeito a circunstâncias externas, à violência, ao passionalismo irracional e selvagem, que alteram a sua trajetória definida, interrompendo o caminho traçado ou precipitando alternativas, ou, mesmo, promovendo a sua destruição completa.

O pensamento orgânico revela-se também hoje na explicação teórica da natureza de diversos temas da sociedade, como mostrou o economista Eduardo Gianetti²⁹⁰ em entrevista nas páginas amarelas da Revista Veja, expondo uma relação entre comer sobremesa e exercitar-se depois para a queima das calorias e obter um empréstimo e pagar os juros posteriormente. Diz ele, então:

Os juros são a relação entre os custos e os benefícios no tempo. Se os benefícios compensam os custos, então os juros valem a pena. Quando acaba a gordura e a fome se torna desesperada, o organismo não tem outro recurso senão recorrer a um emprestador de última instância – na prática, um “agiota”. Na falta de comida, o corpo passa então a consumir os

²⁸⁹ BLUNTSCHLI, Johann Caspar. *Théorie générale de l'État*. Paris: Guillaumin, 1891, *Théorie Générale de l'État*, p. 15-16.

²⁹⁰ GIANETTI, Eduardo. Miopia coletiva. Entrevistado por AITH, Marcio. São Paulo: Revista Veja, Edição 1930, ano 38 n° 45, páginas amarelas, 9 de novembro de 2005.

próprios músculos, pagando na prática juros exorbitantes pelo benefício de manter-se vivo. Por que o preço é exorbitante? Porque uma parte desses músculos consumidos não vai mas se reconstituir no futuro. É como queimar a mobília da casa para não morrer de frio. Consume-se o patrimônio para sobreviver mais um dia. O imperativo de manter-se vivo impõe um custo exorbitante no futuro. (...)

São muitas as variáveis. O ciclo de vida, por exemplo, afeta muito a psicologia temporal. Experimentos mostram que uma criança de 4 anos não consegue esperar vinte minutos para ganhar o dobro do confeito de que ela mais gosta. Aos 12 anos, logo antes da puberdade, 60% das crianças já agüentam esperar os vinte minutos para ganhar o dobro do confeito, ou seja, 100% de juro real. Isso mostra que é dos 4 aos 12 anos que se forma, no ser humano, o equipamento cerebral e mental necessário para exercitar a arte da escolha no tempo. O modo de vida da sociedade também conta muito. Numa aldeia indígena pré-agrícola tudo conspira para que se viva intensamente o presente quase absoluto²⁹¹.

Feitas essas observações sobre a diversidade das compreensões, cumpre acentuar, enfim, que o mecanicismo tem em conta o privado, enquanto o organicismo o público, mas, essas posições não se encontram isoladas nas concepções e, sim, expostas em caráter essencial ou prevalecente. Portanto, um Estado totalitário tem uma Constituição em que predomina o interesse público, concebendo-se o Estado como um fim em si mesmo, enquanto que um Estado liberal terá uma Constituição que privilegia a liberdade dos indivíduos. De qualquer modo, a posição que não prevalece também necessariamente constará do texto constitucional, pois mesmo um Estado totalitário contém direitos individuais, ainda que como categoria inferior.

²⁹¹ Idem, p. 14.

3.4 – A situação das teorias sistêmicas da pós-modernidade – evolução pela comunicação

As teorias sistêmicas construídas na pós-modernidade, ou, usando outra expressão, no fim do período chamado de modernidade, derivam, a toda evidência, da tradição ou do pensamento organicista. O exame que se procurará destacar na seqüência, especialmente da Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann, versará sobre essa observação.

Como é ressabido, Niklas Luhmann elaborou uma teoria sistêmica da sociedade, tendo sido um jus-sociólogo. Nessa linha, tal concepção confirma a alusão feita antes por Paulo Bonavides, de que os sociólogos desenvolveram mais expressivamente teorias organicistas.

E, com efeito, a teoria dos sistemas sociais, ao considerar a sociedade como o sistema mais abrangente, estabelece, assim, a preponderância do todo sobre as partes. Para além disso, quando Luhmann refere a equação entre sociedade e comunicação, enfatiza uma relação, pois diz inexistir sociedade sem comunicação. Assim, enfatizando uma relação, também por isso se classifica entre os organicistas da atualidade ou, propriamente, sistêmicos.

3.4.1 – Nota introdutória à teoria dos sistemas sociais

Atribui-se a pouca divulgação da teoria dos sistemas sociais a várias causas, entre as quais o fato de Niklas Luhmann ter ficado vinculado, a partir de 1968, à Universidade de Bielefeld, recém criada. Então, embora isso tenha sido propício a Luhmann, no sentido de que teve maior liberdade para realizar as pesquisas a que se propunha, por outro lado dificultou e retardou a divulgação internacional das suas pesquisas²⁹². Entretanto, segundo João Pissarra Esteves, a principal dificuldade está no próprio pensamento de Luhmann, que possui um quadro referencial muito extenso e muito diversificado, com uma preocupação constante de apresentar uma perspectiva teórica extremamente abrangente. E, João Pissarra Esteves recomenda a todos que tenham em vista essas dificuldades de acesso, sendo que “a descrença que o próprio autor afirma quanto à originalidade da sua obra, ou à caracterização que dela faz como simples ‘descrição’ da realidade social não passam de mera ilusão de facilidades²⁹³.”

Há outras advertências, todas no mesmo sentido das dificuldades de acesso à obra de Luhmann. André-Jean Arnaud mencionou, quando participou em banca de defesa de tese de doutoramento no Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, que era resistente à teoria dos sistemas sociais, pois representava para ele que, “se pusesse o braço no seu interior, logo veria consumido o seu corpo

²⁹² ESTEVES, João Pissarra. Apresentação. LUHMANN, Niklas. A improbabilidade da Comunicação. Lisboa: Veja, 2001, p. 9.

²⁹³ Idem, p. 10-11.

inteiro²⁹⁴.” A interpretação que se faz dessa metáfora é que, além de ser de difícil acesso, a teoria tem o significado de algo que convida o iniciante ou o iniciado a nela ingressar de forma cada vez mais intensa. Há outras versões análogas, que dizem que a teoria dos sistemas sociais é como se fosse um vício, ou um hobby, uma ótica amena e suave de adquirir conhecimento científico. André-Jean Arnaud também declara que não se entra de improviso no universo luhmanniano, pois há que se ter preparo, duvidando que se tenha preparo em qualquer tempo, pois, observa, os verdadeiros discípulos de Luhmann têm outras coisas a fazer que iniciar os incultos, enquanto que os demais se apropriam ferozmente dos seus ensinamentos, sendo que, para acompanhar o seu pensamento, primeiro é preciso ser germanista experiente, além de estar consciente da dificuldade que representa a compreensão dos conceitos por ele utilizados²⁹⁵. Enfim, basta ler algumas páginas de qualquer texto de Luhmann para se ter a noção de tais dificuldades.

Aliás, cabe notar que o próprio Luhmann indica as dificuldades teóricas inclusive de construção e elaboração das idéias. Serve de exemplo a alusão, feita quando tratou da abordagem conjunta, ou composta, da teoria dos sistemas, da teoria evolucionista e da teoria da comunicação, de que se tornaram elas auto-referenciais o que constituiu um fator de complicação²⁹⁶, bem como, ao descrever uma metáfora sobre atirar três pedras a uma fonte, o que faria surgir um emaranhado de relações e interseções, à medida que as ondas se interconectam, o que ocorre, igualmente, com a teoria social – sendo isso inevitável e

²⁹⁴ Banca de tese de doutoramento de Germano Schwartz.

²⁹⁵ ARNAUD, André-Jean. Prefácio. Niklas Luhmann – Do sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, prefácio, p. vii.

²⁹⁶ LUHMANN, Niklas. A improbabilidade da comunicação. Op. cit., p. 105.

indispensável²⁹⁷. Da mesma forma, diz que “as várias diferenças entre sistemas e ambientes são, elas próprias, diferenciadas umas das outras”, por isso, “uma teoria deste tipo ‘relacional’ é muito complicada e difícil de definir comparada com as teorias clássicas da divisão do trabalho. Mas tem uma capacidade muito maior de gerar novos desenvolvimentos teóricos²⁹⁸.” Afastando o que chama de “certeza fundamentalista”, ao concluir que uma teoria auto-referencial, que examine compositamente aquelas teorias, não pode definir quaisquer premissas como o melhor ponto de início possível para a compreensão, admitindo o pensamento hipotético como o empreendimento especializado na aprendizagem cognitiva, na caracterização de verdades contingentes – não-necessárias, surgindo um excesso de possibilidades para abstração e, embora todas as dificuldades, apresenta-se otimista: “existem contextos teóricos onde pode ser possível aprender sem renunciar à capacidade de aprender²⁹⁹.”

Com frequência Luhmann refere as dificuldades, ou complexidades, da teoria³⁰⁰. Nesse ponto, acerca da comunicação, menciona que não houve rejeição ou substituição da linguagem, oral na vida comunitária anterior à escrita e, posteriormente, escrita por meio da imprensa, depois por meios eletrônicos. Portanto, nesses casos, houve a conservação da forma precedente, com a adição de novas e melhores possibilidades, que tornam mais complexa a sociedade. Mas, de

²⁹⁷ Idem, p. 107.

²⁹⁸ Idem, p. 110.

²⁹⁹ Idem, p.120-124.

³⁰⁰ Idem, p. 151.

qualquer modo, salienta que a evolução é impropnoscável³⁰¹. Em outras palavras, não há destino.

Nesses termos, estão vistas as dificuldades de acesso e de domínio teórico da doutrina de Luhmann, o que é atestado, senão por outros autores, mencionados acima, inclusive pelo próprio Luhmann.

3.4.2 – Noções genéricas e preliminares da teoria dos sistemas sociais

A ausência de um ponto de partida para a teoria luhmanniana é evidente e reconhecida pelo próprio autor³⁰². Pode-se iniciar pelo exame da teoria evolucionista, pela teoria da comunicação, pela teoria da diferenciação, pela teoria da sociedade, enfim, o início da investigação não necessita de um centro ou de um ponto cardinal. Como se inicia independe do resultado. Para os propósitos da tese, preferiu-se iniciar pela noção de sistema.

Sistema, segundo o Aurélio³⁰³, advém do grego “systema”, a significar reunião, grupo. Na primeira acepção é “um conjunto de elementos, materiais ou ideais, entre os quais se possa encontrar ou definir alguma relação.” Na teoria dos sistemas sociais, diferencia-se do ambiente, que é externo, pela sua forma única de operação. Portanto, os sistemas sociais têm um modo próprio de operação, que

³⁰¹ Idem, p. 151-154.

³⁰² NAFARRATE, Javier Torres. Niklas Luhmann – Introducción a la teoría de sistemas. México/DF: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 22 (Entrevista de Luhmann).

³⁰³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1594.

relaciona os elementos daquele sistema e os distingue dos demais. A sociedade, como sistema total, que abarca os demais sistemas sociais, opera por meio da comunicação. Pode-se dizer que sociedade, o sistema social mais abrangente, é o mesmo que comunicação, porque é o sistema que abrange todas as comunicações³⁰⁴. Mas, tal idéia somente quer dizer que sem sistema social não há comunicação e, ao revés, sem comunicação não há sistema social.

Luhmann também menciona que os sistemas são, geralmente, descritos com a ajuda do conceito de relação. Mas, objetiva, nesse caso a descrição depende de um observador, que irá decidir de que relações irá se servir para a descrição do sistema. Assim, prefere usar um outro instrumento de observação – o conceito de operação, dizendo que a união de operações possibilita o sistema³⁰⁵.

Buscando ver com mais clareza o conceito de sistema, vale transcrever

Niklas Luhmann:

Numa tentativa desta natureza sugiro que se parta do conceito de sistema. Isso na verdade ainda não quer dizer muito, pois este conceito é utilizado em muitos sentidos diferentes. Um primeiro modo de precisá-lo, que conduz imediatamente a um terreno pouco conhecido, reside em entender por sistema não um determinado tipo de *objetos*, mas sim uma determinada *diferenciação* – ou seja, aquela entre sistema e ambiente. Isso precisa ser compreendido de forma exata. Com esta finalidade vou adotar a conceituação com a qual George Spencer Brown introduz suas *Laws of form* (1979). Um sistema é a forma de uma diferenciação, possuindo, pois, dois lados: o sistema (como o lado interno da forma) e o ambiente (como o lado externo da forma). Somente *ambos* os lados constituem a

³⁰⁴ LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade. A nova teoria dos sistemas. Org. por Clarissa Eckert Baeta Neves e Eva Machado Barbosa Samios. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe Institute/ICBA, 1997, p. 83.

³⁰⁵ LUHMANN, Niklas. La ciencia de la sociedad. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 195.

diferenciação, a forma, o conceito. O ambiente, pois, é tão importante para essa forma, tão indispensável quando o próprio sistema. Como diferenciação, a forma é fechada. “Distinction is perfect continence”, como diz Spencer Brown (1979, p. 1). Ou seja: tudo o que se pode observar e descrever com esta diferenciação pertence ou ao sistema ou ao ambiente. E imediatamente coisas incomuns nos chamam a atenção. A unidade do sistema pertence ao sistema ou ao ambiente? E onde se encontra o limite da forma? O que separa os dois lados da forma, o limite entre sistema e ambiente, marca a unidade da forma e, justamente por isso, não deve ser concebido nem de um lado nem de outro. O limite existe unicamente como *uma* indicação para transpassá-lo – seja de dentro para fora, seja de fora para dentro³⁰⁶.

Por aí se vê que o conceito de sistemas da teoria dos sistemas contém noções muito diversas do conceito de sistema tradicional. E, ainda, na citação acima, Niklas Luhmann introduz o conceito de fechamento operacional do sistema que, por um lado, possibilita a autopoiese do sistema e, por outro, o distingue dos demais sistemas, mas que não o enclausura, no sentido de um solipsismo cognitivo, querendo significar, tão-somente, que “nenhum sistema pode operar fora de seus limites”³⁰⁷. Há, então, uma clausura operacional, apenas isso, prevalecendo o sentido denotativo, portanto, a ver que há uma relação entre os elementos do sistema, qual seja a operação que, no caso, é a comunicação.

Cumpramos enfatizar essa noção diversa de sistema. A noção de sistema tradicional é a noção que vem desde Aristóteles – organicista. Equivale dizer que o sistema é um todo composto de partes. Assim, Luhmann conclui que a idéia era a de que “a *ordem* do todo explica qualidades que as partes isoladas nunca

³⁰⁶ LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade. A nova teoria dos sistemas. Org. por Clarissa Eckert Baeta Neves e Eva Machado Barbosa Samios. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe Institute/ICBA, 1997, p. 77-78.

³⁰⁷ Idem, p. 79.

poderiam possuir por si próprias³⁰⁸.” Portanto, em uma nova definição, Luhmann vê o sistema numa referência ao ambiente/entorno: “as estruturas e processo de um sistema só são possíveis em relação a um ambiente, e só podem ser entendidas se estudadas nesta relação. (...) Exagerando um pouco, podemos até dizer que um sistema é a sua relação com o seu ambiente, ou que é a diferença entre sistema e ambiente³⁰⁹.”

Igualmente, destaque-se que a noção de sistema de Luhmann é ainda diversa de pensamentos mais recentes, como, inclusive, de Talcott Parsons. Germano Schwartz afirma que na noção de sistema de Parsons é central a idéia de ação social³¹⁰.

E, Luhmann, a seu turno, afirma categoricamente que toda a obra de Parsons pode ser classificada como variações sem fim da fórmula reduzida de que a ação é sistema³¹¹. Em suma, a noção de sistema na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann assume um aspecto totalmente inovador, verificado na diferenciação entre sistema e entorno, mas não apenas nisso, como, sobretudo, na referência que se impõe fazer entre o sistema e o ambiente.

E, efetivamente, Talcott Parsons classifica os sistemas nos seguintes termos:

³⁰⁸ LUHMANN, Niklas. A improbabilidade da comunicação. Lisboa: Vega, 2001, p. 99.

³⁰⁹ Idem, *ibidem*.

³¹⁰ SCHWARTZ, Germano. A fase pré-autopoiética do sistema luhmanniano. Org. ROCHA, Leonel Severo. Introdução ao sistema autopoiético do direito. Porto Alegre: 2005, p. 57.

³¹¹ LUHMANN, Niklas. Introdução a la teoria de sistemas. NAFARRATE, Javier Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 37.

Consideramos os sistemas sociais como os constituintes do sistema mais geral de ação; os outros constituintes primários são os sistemas culturais, os sistemas de personalidade e os organismos comportamentais. Os quatro são abstratamente definidos com relação ao comportamento concreto de interação social. Tratamos os três subsistemas de ação, além do sistema social, como constituintes de seu ambiente³¹².

A diferenciação funcional proposta por Parsons também é diversa da nova formulação de Luhmann:

As distinções entre os quatro subsistemas de ação são funcionais. Nós as obtemos através das quatro funções primárias que atribuímos a todos os sistemas de ação, isto é manutenção de padrão, integração, realização de objetivo e adaptação³¹³.

Para o sociólogo americano, ainda partindo das idéias organicistas, o sistema social cumpriria a função integradora pela coordenação das suas unidades constituintes, fundamentalmente os indivíduos humanos. Os sistemas culturais cumpririam a função primária de manutenção e de mudança criativa de padrão. A função primária de realização de objetivo é atribuída à personalidade dos indivíduos, que seriam a agência fundamental dos processos de ação. E, por fim, o organismo comportamental cumpriria a função de adaptação, abrangendo um mecanismo de inter-relação com o ambiente. Percebe-se, de modo claro, o rompimento de Luhmann com essa teoria, propondo uma nova disciplina para os sistemas sociais, funcionalmente diferenciados, como se viu acima e se verá na seqüência.

³¹² PARSONS, Talcott. O sistema das sociedades modernas. São Paulo: Pioneira, 1974, p. 15.

³¹³ Idem, *ibidem*.

Necessário estabelecer, ainda, o que se entende pela expressão ação. Efetivamente, esse vocábulo assume uma multiplicidade de definições, cabendo, por isso, uma maior explicitação. Já no limiar da sua obra, Hannah Arendt enuncia o significado de ação, que coloca junto com o labor e o trabalho, os três integrantes da *vita activa*. O labor é a atividade que corresponde ao processo biológico do corpo humano, que tem como condição a própria vida. O trabalho corresponde ao artificialismo da existência humana, pois por meio dele se produz um mundo artificial de coisas.” Entretanto, “a ação, única atividade que se exerce diretamente entre os homens sem a mediação das coisas ou da matéria, corresponde à condição humana da pluralidade, ao fato de que homens, e não o Homem, vivem na Terra e habitam o mundo³¹⁴.” Recordando dos romanos, povo essencialmente político, Hannah Arendt expressa que concebiam que viver era estar entre os homens e que morrer era deixar de estar entre os homens.

Para Max Weber³¹⁵, a ação social, incluindo os atos omissivos ou de tolerância, orienta-se pelo comportamento passado, presente ou futuro dos outros, sendo que os outros podem ser indivíduos e conhecidos ou uma pluralidade de pessoas completamente desconhecidas. Numa das classificações que faz, Max Weber expõe que a ação social pode ser (a) de modo racional referente a fins, ou seja teleológica, pois tem em conta expectativas em relação ao comportamento de objetos do mundo exterior e de outras pessoas, configurando as expectativas como condições ou meios de alcançar os próprios fins, perseguidos como sucesso, (b) de

³¹⁴ ARENDT, Hannah. A condição humana. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 15.

³¹⁵ WEBER, Max. Economia e sociedade. Brasília/DF: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004, p. 13-15.

modo racional referente a valores, pela crença em valores éticos, religiosos, estéticos, ou outra qualquer interpretação, independentemente do resultado, (c) de modo afetivo, ou emocional, considerando afetos ou estados emocionais atuais, e (d) de modo tradicional, considerando o costume arraigado.

Ação, portanto, é comunicação. Ação é verbo. Verbo é, segundo o Aurélio, a segunda pessoa da Santíssima Trindade, encarnada em Jesus Cristo³¹⁶. Nesse sentido, Jesus Cristo, como o verbo, seria a ação ou a forma e meio adotados de comunicação de Deus com os seres humanos.

3.4.3 – A teoria evolucionista de Niklas Luhmann

Nos mesmos termos do que ocorre com os demais modelos da doutrina tradicional, Luhmann apresenta uma visão original – e de rompimento – sobre a evolução, estabelecendo, inicialmente, que a evolução não é um processo³¹⁷ no sentido de um acontecimento encadeado de fatos históricos e causais, semelhante a uma lei. A evolução não é a unidade de um processo, não podendo ser caracterizada como *physis*³¹⁸ – natural. A versão luhmanniana da evolução, partindo de Darwin, apresenta, entretanto, uma nova forma para o problema da auto-implicação: os mecanismos para a variação, para a seleção de soluções úteis e para a estabilização são diferenciados e distribuídos por subsistemas

³¹⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1764.

³¹⁷ LUHMANN, Niklas. A improbabilidade da comunicação. Op. cit., p. 101.

³¹⁸ Idem, p. 114.

diferentes³¹⁹. É uma teoria auto-referencial. Aprofundando a diferenciação entre sistema e ambiente, ou, então, de que sistema é a sua relação com o seu ambiente, ou que é a diferença entre sistema e ambiente, Luhmann esclarece que “*em todos os sistemas diferenciados cada subsistema tem só três referências de sistema: a sua relação com o sistema circundante global, a sua relação com os outros subsistemas, e a sua relação consigo próprio*”³²⁰.

A teoria da evolução de Luhmann rompe, definitivamente, com a teoria da evolução da modernidade, fundada na razão e na história. Com efeito, remontando aos Séculos XVIII e XIX, a explicação teológica da evolução, para manter-se, alterou o seu estatuto, pois o criador passou a ser chamado de “providência”, por isso não havia criado o mundo de uma só vez, em 7 dias, mas continuava criando-o. Agora, entretanto, a criação não se dava mediante milagres, nem com o movimento de um dedo, ou com a mão invisível, mas por meio das forças da história que atuam de modo invisível. Assim surgiu a idéia da história como processo. Contudo, a teoria mais recente, desde Darwin, não distingue entre épocas, passando a distinguir entre variação, seleção e estabilização, ou reestabilização³²¹.

Para clarear a teoria da evolução, é importante mencionar que as estruturas, porque não são estáveis, uma vez que são condições que tornam possível a autopoiese dos sistemas, não existem independentemente do tempo.

³¹⁹ Idem, p. 102.

³²⁰ Idem, p. 112.

³²¹ LUHMANN, Niklas e GIORGI, Raffaele de. Teoría de la sociedad. Guadalajara, Jalisco: 1993, p. 195-200.

Enfim, na teoria dos sistemas, a evolução significa, precisamente, as transformações da estrutura³²². Daí Luhmann dizer, na introdução à Sociologia do Direito que seria necessário “ver e pesquisar o direito como estrutura e a sociedade como sistema em uma relação de interdependência recíproca³²³.” A relação, contudo, possui ainda um aspecto temporal, além do material, cabendo uma teoria evolucionista da sociedade e do direito. Nessa primeira fase de Luhmann, chamada de fase pré-autopoiética, no caso dos sistemas sociais as estruturas são formadas por expectativas, diversamente dos sistemas biológicos humanos, em que a estrutura é formada pelos ossos. E a estrutura³²⁴ não é o mesmo que sistema, uma vez que este é formado pelas suas operações, as quais, no caso dos sistemas sociais, são comunicações.

A melhor definição de estrutura é posta por Juan Antonio García Amado³²⁵. Considerando que complexidade é o conjunto de todas as ocorrências (eventos) possíveis e que contingência não é nem o necessário, nem o impossível, mas, simplesmente o possível, a estrutura proporciona uma ordem no caos da complexidade, significando a passagem de uma complexidade não estruturada para uma complexidade estruturada.

³²² Idem, p. 202-203.

³²³ LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito I. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 15.

³²⁴ CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena, BARALDI, Claudio. Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann. Mexico-DF: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 73.

³²⁵ AMADO, Juan Antonio García. La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 1997, p. 127 e seguintes.

Daí o direito, na definição luhmanniana pré-autopoiética, ser uma generalização congruente de estruturas de expectativas normativas³²⁶. Assim enunciam Leonel Severo Rocha e Delton Winter de Carvalho:

O Direito, nesta ótica, é a estrutura do Sistema Social que se baseia na generalização congruente (coerente) de expectativas comportamentais normativas, visando a possibilitar a existência de expectativas comportamentais recíprocas através da incidência de três dimensões seletivas: na dimensão temporal, “essas estruturas de expectativas podem ser estabilizadas contra frustrações através da normatização”; na dimensão social, “essas estruturas de expectativas podem ser institucionalizadas, ou seja apoiadas sobre o consenso esperado a partir de terceiros”; na dimensão prática, “essas estruturas de expectativas podem ser fixadas externamente através de um sentido idêntico, compondo uma inter-relação de confirmações e limitações recíprocas³²⁷.”

Todavia, numa chamada segunda fase, Luhmann aperfeiçoa o conceito, nos seguintes termos:

Por “sistema” no entenderemos nosotros, como lo hacen muchos teóricos del derecho, un entramado congruente de reglas, sino un entramado de operaciones fácticas que, como operacionese sociales, deben ser comunicaciones – independientemente de lo que estas comunicaciones afirmen respecto al derecho. Esto significa entonces que el punto de partida no lo buscamos en la norma ni en una tipología de los valores, sino en la distinción sistema/entorno³²⁸.

Aqui, nesta última definição, está claro que Luhmann na verdade procura relacionar o sistema como subsistema parcial, relacionado ao ambiente, por este observado e descrito.

³²⁶ LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito I, p. 45.

³²⁷ ROCHA, Leonel Severo e CARVALHO, Delton Winter de. Auto-referência, circularidade e paradoxos na teoria do direito. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito 2002, UNISINOS. São Leopoldo: PPGD UNISINOS, 2002, p.239.

³²⁸ LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 96.

Na teoria da evolução de Luhmann, são extremamente importantes as advertências contidas, para evitar equívocos. Então, Luhmann e Giorgi³²⁹ dizem que a teoria da evolução não é nenhuma teoria do progresso, uma vez que não é causal. Igualmente, que não se pode crer na idéia de que a especialização consiste numa causa que atrai a evolução a tornar possível a diferenciação de competências, regras, organizações e sistemas cada vez mais específicos, pois não há, reafirme-se, essa causalidade. Ainda, a teoria da evolução não pretende aportar nenhuma interpretação do futuro, não caracterizando, tampouco, uma teoria do controle da evolução. Fundamental saber, também, que nenhum sistema evolui a partir de si mesmo, por isso somente a diferença entre sistema e ambiente é que torna possível a evolução, como sua condição. Em linhas resumidas, a teoria da evolução procura explicar apenas os fatos que demonstram que, em um mundo que tem muitas possibilidades, surjam ainda sistemas mais complexos, e tenta responder a questão sobre o retardo na formação desses sistemas. Explica, enfim, as transformações da estrutura.

A teoria também dispensa a noção de seleção natural que, rigorosamente, pouco explica, apenas estabelecendo que estão aptos para a sobrevivência os sistemas que melhor se adaptaram, enquanto, para a teoria luhmanniana, o estar adaptado é pressuposto para a evolução, não o resultado³³⁰. Nesse ponto, Luhmann esclarece o significado de complexidade para a compreensão da

³²⁹ LUHMANN, Niklas, e GIORGI, Raffaele de. Teoría de la sociedad. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 1993, p. 201 e seguintes.

³³⁰ Idem, p. 211.

evolução, dizendo insustentável o antigo princípio de que relações simples, por meio de um processo, vão se tornando relações complexas, uma vez que não existem relações simples, bem como porque existem, simultaneamente, sistemas menos complexos e sistemas mais complexos, por isso uns têm sido substituídos por outros em razão de sua melhor capacidade de adaptação. A complexidade é caracterizada como um produto epigenético do modo de operação dos sistemas autopoieticos, ou seja, para reduzir a complexidade, acrescenta-se maior complexidade, ocorrendo a alteração da estrutura, com o incremento de elementos que inexistiam, portanto, na estrutura anterior. De qualquer modo, ainda que surpreendente, não é incompatível a observação de que sistemas altamente complexos se destroem ou deixam de existir, pois têm uma baixíssima capacidade evolutiva, sendo com frequência sistemas altamente complexos substituídos por sistemas menos complexos superiores.

Também importa observar o conceito de casualidade, não sendo cabível, para tanto, simplesmente compreendê-lo como negação da causalidade. Por casualidade, Luhmann entende uma forma de conexão do sistema e do ambiente que se subtrai à sincronização do sistema, ou seja, que não se subordina ao controle e à sistematização do sistema. É que nenhum sistema pode ter em conta todas as causalidades, uma vez que a sua complexidade deve ser reduzida, por isso, alguns conceitos causais são normatizados, ou seja, submetidos ao elemento da estrutura (expectativa), enquanto outras causalidades são abandonadas à casualidade. Nesse sentido, as casualidades, porque inesperadas, ou não-

expectadas, são perigos e, por isso, aproveitar as casualidades poderá ter o significado de tirar daí efeitos estruturais com a ajuda do próprio sistema.

Na construção da teoria da evolução, Luhmann, a partir de Charles Darwin fala de variação e de seleção, acrescentando a concepção de reestabilização. Explica, então, que variação não significa, desde logo, transformação, uma vez que isso constituiria a própria evolução, mas que significa uma variante para uma possível seleção, que seleção é tão-somente uma ocorrência dessa forma e não de outra, mas que a seleção ocorre em seguida à variação produzida no sistema. A conclusão conceitual, conforme à teoria autopoiética, é a de que pela variação o que varia são os elementos do sistema, ou seja, as comunicações, mas uma variação desviante, ou seja, uma comunicação inusitada, que surpreende. Quanto à seleção, tem pertinência às estruturas do sistema, às expectativas, que dirigem as comunicações, elegendo as referências de sentido que propõem valor de construção de uma estrutura, idôneas para a repetição, com o objetivo de construir e condensar expectativas. E, à sua vez, a reestabilização refere-se à formação dos sistemas com relação aos quais algumas inovações oferecem duração no tempo e capacidade de resistência. Necessário ter em conta que essas distinções sugerem uma seqüência temporal³³¹, mas Luhmann, em “El derecho de la sociedad”, observa que, na verdade, há relação circular³³².

³³¹ Idem, p. 218.

³³² LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad, p. 339. Ver, a respeito, noutro sentido, a teoria do eterno retorno, antes referida, que sugere relação espiral. Para a teoria sistêmica, contudo, a relação é circular, cíclica.

Cumpra, ainda, apresentar, rapidamente, uma noção de autopoiese, de modo a distinguí-la da teoria da evolução. Gunther Teubner esclarece, inicialmente, que se trata de um conceito complexo, resumindo os seus aspectos da seguinte forma: (a) autoproduz todos os componentes do sistema; (b) mediante uma articulação hipercíclica o próprio sistema mantém os ciclos de autoprodução; e, (c) o próprio sistema promove a sua descrição, regulando a sua autoprodução³³³.

A teoria autopoietica, como consta de modo suficiente pela doutrina, foi desenvolvida pelos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, explicando a vida e a manutenção da vida:

Por meio da utilização de pesquisas neurofisiológicas, os biólogos descobriram que um sistema vivo apresenta, no seu circuito interno, uma interação fechada de seus elementos constituintes, possibilitando sua auto-organização e a autoprodução dos elementos que constituem esses sistemas. Tais circunstâncias acarretam a autonomia do sistema em relação ao seu ambiente, sem que haja inter-relações diretas com os demais sistemas parciais (sistemas dentro de sistemas e que, por isto, constituem ambientes uns dos outros). A partir de uma diferenciação (peculiar ao sistema), obtém-se a idéia de identidade/não identidade que estabelece os limites entre sistema e seu ambiente (o que está fora do sistema, o não-sentido)³³⁴.

Nesses termos, evolução do sistema não se confunde com sua autopoiese, uma vez que a evolução se dá na relação circular entre (a) variação, (b) seleção e (c) reestabilização, enquanto que a autopoiese implica a idéia de autoprodução e

³³³ TEUBNER, Gunther. O direito como sistema autopoietico. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 52.

³³⁴ ROCHA, Leonel Severo, e CARVALHO, Delton Winter de. Auto-referência, circularidade e paradoxos na teoria do direito. Anuário/2002. São Leopoldo: Programa de Pós-Graduação em Direito – UNISINOS, 2002, p.236.

automanutenção do próprio sistema. No seguimento tentar-se-á esclarecer mais a respeito da temática.

3.4.4 – A teoria da diferenciação dos sistemas de Niklas Luhmann

Como já se viu acima, da noção de sistema decorre, necessariamente, a noção de diferença. A respeito, a afirmação categórica e reiterada de Luhmann: *La afirmación más abstracta que se pueda hacer sobre un sistema y que es válida para todo tipo de sistemas dice: entre sistema y entorno hay una diferencia. Esta diferencia puede ser descrita como diferencia de complejidad: el entorno de un sistema es siempre más complejo que el sistema mismo*³³⁵.

Efetivamente, a primeira parte da citação acima guarda uma abstração elevadíssima na teoria dos sistemas sociais. Todavia, a segunda não está perfeita³³⁶, merecendo o esclarecimento posterior de que, nem sempre o ambiente é mais complexo do que o sistema, mas sim que o **seu** ambiente é mais complexo. Com efeito, se o sistema se forma pela diferenciação do ambiente, certamente tal decorre da redução da complexidade operada e, daí, a formação do sistema. Entretanto, há outros subsistemas, igualmente parciais, que nem por isso serão mais, ou menos, complexos do que o outro subsistema. Assim, somente o sistema do qual se formou o novo sistema é mais complexo do que o originado, ou, ainda, sempre o sistema societal, o mais abrangente de todos, será mais complexo que os

³³⁵ LUHMANN, Niklas. Introducción a la teoría de los sistemas. NAFARRATE, Javier Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 184-5.

³³⁶ Talvez se possa atribuir a imperfeição ao aspecto de que a frase foi retirada das lições de Niklas Luhmann, por Javier Torres Nafarrate, como consta da introdução à obra.

seus sistemas parciais, uma vez que os sistemas parciais, o jurídico e o político, por exemplo, não guardam, necessariamente, essa relação de maior ou menor complexidade entre si.

A diferença seria, por assim dizer, um dos fundamentos da teoria dos sistemas sociais. É da teoria da diferenciação que se opõe uma das principais críticas à teoria da ação comunicativa de Habermas, que tem em vista o aspecto normativo da obtenção do consenso, numa comunidade ideal de fala.

A teoria dos sistemas sociais, contrariamente à teoria da ação comunicativa, enuncia que, desde o princípio, na própria linguagem, se estabelece a diferença como relação de sentido. A linguagem, como *medium*, ou seja, como espaço de representação social da realidade, necessita da diferença para iniciar a contemplação do mundo e, aliás, a própria fundação do mundo³³⁷, uma vez que, ausente a linguagem, há o nada. A linguagem serve, basicamente, para apresentar distinções, ou diferenças, do mundo real, com a finalidade de comunicação. Vale dizer: isto é isto e não aquilo, que é diferente. Essa parte está, certamente, em conformidade à teoria da diferenciação inserida na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann. Todavia, na linha habermasiana, mesmo a definição sobre algo exige um consenso de que isto é isto e não aquilo. Nesses termos, essa afirmação contém os fundamentos de ambas as teorias, a diferença e o consenso. A respeito, há uma rejeição de Luhmann às dualidades como forma de polemização, no que

³³⁷ Ver, sobre isso, STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. (Na página 144, há referência a Wittgenstein – “somente temos mundo na linguagem”).

há uma certa rejeição à propalada polêmica em relação a Habermas. Assim se expressa Luhmann:

Não há nada a ganhar recorrendo a hierarquias ou ao famoso jogo das dicotomias: Estabilidade ou mudança? Estrutura ou processo? Consenso ou conflito? Uma pressupõe a outra: uma teoria do conflito deve também fornecer uma teoria do consenso, uma teoria de processos deve também explicar estruturas, e assim por diante³³⁸.

A imbricação necessária entre a evolução da sociedade e a diferenciação auxilia em muito os esclarecimentos indispensáveis. Na teoria da evolução Luhmann mostra que a sociedade evoluiu na sua diferenciação, pois, de uma diferenciação segmentária, passou para uma diferenciação entre centro e periferia, depois para uma diferenciação por estratificação e, posteriormente, para uma diferenciação funcional³³⁹.

Na primeira forma, muito primitiva, havia a igualdade dos sistemas parciais da sociedade, com diferenças a partir da descendência ou das comunidades habitacionais. Previamente a essa forma de diferenciação, havia a sociedade, podendo-se supor uma diferenciação por idade ou por sexo. Posteriormente, na fase da diferenciação segmentária, a formação das famílias apresenta-se como evolução da sociedade. Nesse ponto Luhmann sinala que a família evoluiu da primitiva sociedade, como diferenciação, não ao contrário, no sentido de que a sociedade foi formada por uma reunião de famílias³⁴⁰. Mas isso não contraria, de certo modo, a teoria da formação do Estado como decorrência da

³³⁸ LUHMANN, Niklas. A improbabilidade da comunicação, p. 107.

³³⁹ LUHMANN, Niklas; GIORGI, Raffaele de. Teoría de la sociedad, p. 288 e seguintes.

³⁴⁰ Idem, p. 293.

reunião de famílias. Pode-se, efetivamente, supor, como hipótese, que as famílias significaram um primeiro estágio de formação do sistema político, que na sua diferenciação evolutiva fez nascer o Estado. Vale dizer, alguma forma de sociedade existiu primeiro. Em princípio, nessa diferenciação segmentária da sociedade, havia uma relação de igualdade entre os sistemas parciais, ou seja, entre as famílias.

Na evolução da sociedade, surge a diferenciação entre centro e periferia, a significar, por exemplo, que o centro corresponde ao centro do Império e à burocracia estatal, enquanto na periferia estariam os demais, sendo que na periferia continua havendo uma diferenciação segmentária. Na sociedade estratificada, que ocorre no final da Idade Média e início da modernidade, há desigualdade de classes sociais, por isso falando-se em diferença por estratos. Mas, de todo modo, continua havendo diferenciação entre centro e periferia e segmentária, na diferenciação interna da sociedade.

Por fim, a diferenciação funcional apresenta uma diferença por funções, a significar que, na sociedade moderna, é necessário que os sistemas parciais cumpram uma função, qual seja a de resolverem um problema do sistema mais abrangente – a sociedade. Mas, reitere-se, continua havendo as demais diferenciações, numa diferenciação interna peculiar aos sistemas funcionais parciais.

Entretanto, a característica de que a função do sistema parcial é a de resolver um problema da sociedade, resultando da redução da complexidade com a formação do subsistema, não é a que permite compreender os subsistemas na sua diferenciação. A diferenciação dos sistemas é, de rigor, uma diferença de sentido, uma diferença de comunicação, uma diferença na operação do subsistema. É, enfim, uma diferença de linguagem, o que será mais bem apresentado adiante, quando se tratar da teoria da comunicação, especificamente.

3.4.5 – O sistema jurídico

O sistema jurídico é, como visto, um subsistema da sociedade, na diferenciação funcional, que cumpre, portanto, a função de resolver um problema do seu ambiente, tendo sido formado com vistas à redução da complexidade, daí a compreensão de que o ambiente do sistema jurídico, ou seja, a sociedade, tem desenvolvida uma complexidade maior do que a do sistema parcial. Aliás, reiterese, em qualquer caso, com relação a qualquer subsistema o sistema da sociedade possuirá, sempre, uma complexidade maior. Assim se expressam, na explicação do desenvolvimento da sociedade, Luhmann e Giorgi:

A partir de siglo XVI, em virtud del masivo incremento alcanzado com la impreña, la misma ciencia toma distancia con respecto a la religión; por ejemplo a través de la elaboración de un concepto cargado de énfasis, a través de conflictos espectaculares (Copérnico, Galileo) y a través del recurso a la libertad del escepticismo y a la innovación producida por la curiosidad. Todo esto se practica conforme a criterios que no hubieran podido aplicarse ni a la política ni a la religión. El derecho se activa a causa de muchos problemas que son consecuencia de este desarrollo. Por ejemplo, como derecho de la propiedad y como derecho del contrato, éste asegura los espacios de libertad necesarios para la economía monetaria o bien, como derecho público, provee el sostén necesario para

que se afirme un margen de tolerancia religiosa. Precisamente por estas prestaciones suya el derecho adquiere autonomía con respecto al poder político³⁴¹.

Mas, a função do sistema jurídico, ou seja, a razão pela qual foi criado, ou, ainda, o problema que deve solucionar para o sistema total é o de produzir decisão, numa redução de síntese. Assim se expressa Luhmann:

Como sistema funcionalmente inserto a posteriori y constreñido a tomar una decisión, el sistema jurídico no puede reflejar dentro de sí ni toda la complejidad ni las formas de abstracción fundamentales de la sociedad – como demostraremos en el capítulo final con el ejemplo de la propiedad –. Por ello el criterio de la adecuación solamente se puede referir a las reducciones con las que el sistema jurídico desarrolla su función *específica en toda la sociedad*, siempre que se le requiere³⁴².

Em concepção mais larga, pode-se dizer que o sistema jurídico cumpre a finalidade de propiciar a que o sistema social apresente expectativas de comportamento, portanto normativas, com vistas a trazer uma certa segurança para o futuro. Sobre isso, Leonel Severo Rocha põe clareza:

....Para isso, é preciso ter um tipo de sociedade voltada para o futuro, uma sociedade que tenha critérios de antecipação: as expectativas. Precisamos antecipar para diminuir a probabilidade de frustração. Como é que se faz isso tradicionalmente? *Pelo Direito*. Por exemplo, o professor de Direito Penal, pode afirmar: “Fiquem tranquilos, ninguém pode ser preso, a não ser devido à existência de uma lei anterior que defina determinada ação como crime.” Segundo o princípio da legalidade, ninguém pode ser preso se não existe uma lei anterior que defina determinada ação como um delito: *uma lei anterior, algo do passado*.

Assim sendo, uma maneira que temos de criar expectativas sobre como as pessoas vão comportar-se é ter, na sociedade, expectativas

³⁴¹ Idem, p. 327.

³⁴² LUHMANN, Niklas. Sistema jurídico y dogmática jurídica. Madrid: Centro de estudios constitucionales, p. 98.

institucionalizadas, expectativas impostas, expectativas obrigatórias, expectativas normativas³⁴³.

Nessa linha de raciocínio cumpre explicitar ainda mais aquela definição luhmanniana de direito posta acima³⁴⁴. Celso Fernandes Campilongo melhor esclarece:

Generalização equivale a dizer que o critério para a compreensão do sistema jurídico não pode ser individual ou subjetivo. Há generalização quando um ordenamento subsiste independentemente de eventos individuais. Apesar de mudanças no ambiente, o sistema está imunizado contra outras possibilidades e permite a manutenção de expectativas. Isso envolve indiferença em relação ao ambiente e à totalidade de expectativas nele existente e alta sensibilidade para as expectativas estruturadas normativamente. Congruente significa a generalização da segurança do sistema em três dimensões: temporal (segurança contra as desilusões, enfrentada pela positivação); social (segurança contra o dissenso, tratada pela institucionalização de procedimentos); material (segurança contra as incoerências e contradições, obtida por meio de papéis, instituições), programas e valores que fixem o sentido da generalização). Expectativas normativas são aquelas que resistem aos fatos, não se adaptam às frustrações ou, na linguagem de Luhmann, não estão dispostas à aprendizagem³⁴⁵.

Aqui se retorna à idéia de que a função do sistema jurídico é a de produzir decisões, na ótica mais recente e mais abstrata de Luhmann, mas a consequência é a de produção de tempo pelo direito. Leonel Severo Rocha é quem põe esse ponto de vista:

A teoria dos sistemas é uma teoria muito ligada desde Parsons aos processos de tomada de decisões. Todo processo de tomada de decisões está vinculado a uma noção de Tempo. Decidir é fazer. Decidir é participar do processo de produção do futuro, por isso decidir é produzir Tempo.

³⁴³ ROCHA, Leonel Severo. O direito na forma de sociedade globalizada. São Leopoldo: Anuário do PPGD/Unisinos, 2001, p. 129.

³⁴⁴ Ver citação da nota 326, na p. 208, acima.

³⁴⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 19.

Decidir na teoria dos sistemas também é produzir uma diferença. A decisão é, portanto, fundamental para o entendimento de qualquer relacionamento mais direto com o problema do Tempo³⁴⁶.

Então, se o sistema jurídico cumpre a função de produzir decisão, assim solucionando um problema do sistema mais abrangente, a sociedade, numa tentativa de reunir as categorias da teoria dos sistemas luhmanniana, cumpre concluir que as expectativas normativas formam a estrutura do direito e que as expectativas visam a trazer uma certa segurança sobre o futuro, para evitar a frustração. A dogmática jurídica, portanto, visa a evitar a frustração de uma imprevisão. Mas, por dogmática deve-se conceber inclusive a sua mais original criação – a lei, não apenas a jurisprudência e a doutrina. De notar-se, aliás, que a lei, no sistema romano-germânico cumpre a função dos precedentes no sistema anglo-saxão. Nesses termos, a expectativa, que é o elemento da estrutura, adianta uma decisão, pois, embora baseada no passado, tem eficácia para o futuro. Produz tempo. A expectativa é decorrente de uma decisão – a decisão de editar uma lei, assim dogmatizar o direito e prevenir o futuro, bem como a decisão de celebrar um contrato. A decisão gera apenas o risco, que está implicitamente previsto, já que o sistema jurídico não cumpre a função de evitar a ocorrência de determinado fato. Por exemplo, a sanção do homicídio prevista na legislação penal não pretende impedir a ocorrência do crime, mas preveni-lo, no sentido de que, se tal fato ocorrer, uma sanção penal poderá ser imposta, o que é sabido por todos. Daí, então, haver risco, não perigo, na diferenciação das categorias da teoria luhmanniana.

³⁴⁶ ROCHA, Leonel Severo. A construção do tempo pelo direito. São Leopoldo: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito/UNISINOS, 2003, p. 310.

Em prosseguimento, as decisões geram o risco e onde não houver decisão há o perigo. Vale dizer, a causalidade normativa gera o risco e a casualidade gera o perigo. Assim, como não é possível aos sistemas, em especial ao sistema jurídico conter todas as expectativas normativas, não havendo, por isso, uma completude do direito, na concepção de Norberto Bobbio³⁴⁷, uma parte dos eventos é deixada à casualidade e, nesse caso, há o perigo. Daí que, quando o sistema jurídico contém uma determinada expectativa normatizada, há apenas o risco, mas, quando o sistema jurídico não contém aquela expectativa, há o perigo. Por outro lado, se alguém firma um contrato escrito, terá apenas um risco da ocorrência do inadimplemento, enquanto que, se outro alguém deixar de firmar um contrato escrito, embora tenha celebrado um contrato oral, terá em uma parte do seu comportamento um risco, porque, afinal, firmou um contrato oral, mas, noutra parte, terá um perigo, com relação às cláusulas sobre aspectos que poderiam ter constado de contrato escrito e que não constaram, nem no contrato oral. Por isso que decidir é produzir tempo, ou seja, prevenir o futuro, evitar a frustração, ou outras frustrações, nesse caso havendo apenas um risco, enquanto que não decidir, ou não prevenir, leva à possibilidade de um perigo, uma vez que não houve prevenção.

Resulta daí a concepção de Luhmann, de que o sistema jurídico, em última abstração, significa a produção de decisão, ou, ainda, a produção de tempo, conforme Leonel Severo Rocha.

³⁴⁷ BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico. São Paulo: Ícone, 1995, p. 207.

A abordagem de Luhmann e Giorgi sobre deixar ao abandono as casualidades, de vez que o sistema precisa reduzir a sua complexidade³⁴⁸ teve uma abordagem diversa por H. L. Hart, referindo-se a duas desvantagens da condição legislativa: (a) relativa ignorância de fato e (b) relativa indeterminação de finalidade. Diz Hart que, por essas razões, por essa condição humana e porque o mundo não é caracterizado por um número finito de aspectos e porque estes aspectos não se podem combinar por modos que poderíamos conhecer de antemão, é que não há possibilidade de editar regras cuja aplicação a casos concretos nunca implicasse uma outra escolha³⁴⁹. Assim, não é possível estabelecer todas as expectativas não só porque a sociedade precisa reduzir a sua complexidade, mas também porque não é possível essa redução de complexidade, circularmente, pela própria complexidade e caos.

A diferenciação do sistema jurídico, tanto do sistema societal, como dos demais subsistemas é imposta pela necessidade de redução de complexidade, daí a formação do subsistema, com vistas a cumprir uma função – a de solucionar um problema da sociedade, em última abstração a produção de decisão. Todavia, a diferenciação do sistema se dá pelo sentido, pela sua distinta forma de operar, pela sua comunicação interna. O código binário de operação do sistema jurídico é direito/não direito ou lícito/ilícito. Por isso há a noção de sistema operacionalmente fechado, a significar que a sua operação é distinta da dos

³⁴⁸ LUHMANN, Niklas; GIORGI, Raffaele de. Op. cit., p. 213.

³⁴⁹ HART, H. L. O conceito de direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 141.

demais, ou seja, não opera fora do sistema, nem opera de forma diversa da forma do seu código. Daí falar-se, então, em clausura operacional.

A relação categorial entre evolução e autopoiese é vista no aspecto de que a autopoiese é *conditio sine qua non* de qualquer evolução³⁵⁰, enquanto esta se opera na circularidade da (a) variação de um elemento autopoietico, diverso dos padrões de reprodução que haviam sido vigentes até então, da (b) seleção da estrutura que torna possível que aquela variação se constitua condição das seguintes operações de reproduções e da (c) estabilização do sistema, mantendo-se dinamicamente estável para que seja possível a reprodução autopoietica da forma, determinada na estrutura, que experimentou a mutação.

Para a teoria luhmanianna, com fidelidade às teorias da pós-modernidade, que superaram o paradigma racionalista, a evolução da sociedade e dos sistemas parciais não se dá tendo em vista um progresso com o objetivo de que se atinja um estágio final perfeito e ideal, senão que a evolução se dá de forma arbitrária, podendo ocorrer um benefício, ou um prejuízo, podendo ser que a evolução venha a significar um atraso. Essa concepção está presente no conceito de contingência, esclarecido como algo que “poderia ter sido diferente”. A respeito, assim expõe Luhmann:

Com complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por contingência entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam

³⁵⁰ LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad, p. 304.

ser diferentes das esperadas; ou seja, que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, inatingível, ou a algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta (por exemplo, indo-se ao ponto determinado), não mais lá está. Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos³⁵¹.

Gunther Teubner faz uma distinção entre “evolucionista” e “evolutivo”, sendo evolucionistas as concepções racionalistas ou da tradição e evolutivas as concepções que têm em conta a tentativa-e-erro. Não há evolução teleológica, mas “teleonómica”, construída na continuidade do sistema, “recombinando programas bem sucedidos e eliminando outros falhados”, o que não garante a condução do sistema a um estágio melhor ou pior, nem assegura, de antemão, maior viabilidade ou segurança, ou melhor sorte. Afastam-se conceitos como “lógica do progresso” ou “lógica normativa”³⁵².

Para Luhmann, a sociedade é o resultado dessa evolução, sendo evolução apenas um termo, caracterizado no discurso “la paradoja de la probabilidad de lo improbable”, por isso a teoria da evolução deve ter como ponto de partida justamente dar a solução desse paradoxo³⁵³. A arbitrariedade, a casualidade, é o que domina a evolução. A evolução dá-se através da variação, da seleção e da retenção.

³⁵¹ LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito I. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 45-46.

³⁵² TEUBNER, Gunther. O direito como sistema autopoietico. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 98-99.

³⁵³ LUHMANN, Niklas; GIORGI, Raffaele de. Teoría de la sociedad. Guadalajara, México: Universidad Iberoamericana, Universidad Guadalajara, 1993, p. 195.

La teoría de la evolución no aporta ninguna interpretación del futuro. (...) Y, entonces podemos decir que la teoría de la evolución se ocupa sólo de la cuestión de cómo se puede explicar el hecho de que, en un mundo que ofrece y mantiene siempre también otras cosas, surjan sistemas más complejos, y eventualmente se ocupa también de por qué la formación de estos sistemas no había sucedido. Para usar una formulación mui simplificada, se trata de explicar las transformaciones de la estructura³⁵⁴.

Na teoria evolutiva de Luhmann, está sempre presente a idéia de clausura do sistema, do fato de que o seu modo de operar, a comunicação, se dá internamente e, por isso, está delimitado com o ambiente. Entretanto, somente a diferença entre sistema e ambiente é que faz possível a evolução: nenhum sistema evolui a partir de si mesmo³⁵⁵.

Por variação, a teoria da evolução compreende que variam os elementos do sistema, ou seja, as comunicações, concebendo-se comunicação como o seu principal modo de operar, tanto que Luhmann menciona a sociedade como sendo a própria comunicação. A variação é uma reprodução desviante dos elementos do sistema. A seleção refere-se às expectativas, ou seja, à estrutura, no sentido de que alguma referência pode ser construtiva, que é idônea e pode produzir expectativa. Pela seleção é que se adjudica o desvio à situação, ou é abandonado ao esquecimento, ou, ainda, é rejeitado expressamente, assim repelindo-se inovações inidôneas a formar expectativas de redução de complexidade do sistema. A retenção, ou estabilização, ou reestabilização, refere-se à formação de sistemas

³⁵⁴ Idem, p. 201.

³⁵⁵ Idem, p. 203.

que algumas inovações lhes asseguram permanência e capacidade de resistência³⁵⁶.

Gunther Teubner menciona que, nos sistemas jurídicos, a estrutura normativa garantiria a função de variação, que é provocada pelas mudanças ocorridas nas estruturas sociais como um todo e, em particular, pelas estruturas normativas geradas por aquelas; a estrutura institucional garantiria a função de seleção das normas jurídicas, que é possível através de um processo de seleção social abrangente, no qual as normas jurídicas são testadas socialmente, ganhando progressivamente reconhecimento social; a retenção dá-se pela via da dogmática jurídica, com o estabelecimento de uma tradição jurídica, como resultado de um corpo de idéias amplamente partilhadas na sociedade – mundovisões, mitos, dogmas e ideologias – tanto que uma dogmática ou doutrina especificamente jurídica vai sendo desenvolvida e então assegurando o seu enraizamento social³⁵⁷.

Esclareça-se mais com o exemplo de Luhmann e Giorgi sobre o tráfego de automóveis, que requer leis sobre a responsabilidade civil e seguros sobre esta, serviços de auxílio, além de hospitais especializados em acidentes³⁵⁸. Aqui se dá o que Luhmann descreve como acoplamento estrutural entre sistema jurídico e o ambiente, concebendo-se a sociedade como o sistema total. O acoplamento estrutural promove a irritação do sistema, havendo a modificação da linguagem do ambiente para a do subsistema jurídico. Nessa análise percebe-se a abertura do

³⁵⁶ Idem, p. 217.

³⁵⁷ TEUBNER, Gunther. Op. cit. p. 105 e 115-116.

³⁵⁸ LUHMANN, Niklas; GIORGI, Raffaele de. Teoría de la sociedad, p. 244.

sistema. O sistema do direito é fechado na sua comunicação, pois somente tem comunicação jurídica, mas é aberto cognitivamente ao meio que o circunda.

Conforme enuncia Teubner, a evolução pode ser “estimulada” mas jamais “causada” diretamente a partir do exterior, prosseguindo a partir daí de acordo com a lógica interna e própria de desenvolvimento – a lógica da autopoiese³⁵⁹. Essa lógica é a da casualidade explicada por Luhmann e Giorgi como uma forma de conexão entre o sistema e o ambiente que não pode considerar todas as possíveis ocorrências, devendo ser reduzida a sua complexidade³⁶⁰. Nenhum sistema pode considerar todas as expectativas. Significativo lembrar, novamente, de Herbert Hart, que esclarece ainda mais a sua concepção, quando se mostra dentro da matriz ou do modelo hermenêutico, ao mencionar a “textura aberta do direito”, caracterizada como a relativa ignorância de fato e a relativa indeterminação de finalidade. Quanto à primeira, não ocorreria se o mundo fosse constituído por um número finito de aspectos e que todos fossem conhecidos dos seres humanos, daí poder-se-ia combinar as possibilidades de ocorrências de forma antecipada, de modo a que nunca houvesse outra alternativa. Dessa incapacidade de antecipar resulta a segunda, a relativa indeterminação de finalidade, que decorre da falta de clareza da linguagem acerca do que se pretende, exatamente, proteger com a legislação; o exemplo que Hart dá é a da

³⁵⁹ TEUBNER, Gunther. *Op.cit.*, p. 116.

³⁶⁰ LUHMANN, Niklas; GIORGI, Raffaele de. *Teoría de la sociedad*, p. 213.

paz no parque, impedindo-se o trânsito de automóveis, mas, outros veículos podem transitar³⁶¹?

Nessas considerações é reafirmada a falência do idealismo positivista, como se pudesse a legislação orientar a sociedade, moldá-la, impor os códigos de conduta, de comportamento, tendo em vista o fim comum, o que torna necessária a vertente sociológica do direito.

3.4.6 – A auto-observação do sistema parcial

Embora a teoria luhmanniana seja concebida como uma “superteoria”, à conta da sua amplitude e da imensa vastidão de pesquisa que suscita, Luhmann percebe-a com certa modéstia. Estabelece que a “teoria dos sistemas” é apenas uma forma de descrição da sociedade contemporânea, como consta da obra “Teoría de la Sociedad”. Nos mesmos termos, a sociologia é a ciência que faz a auto-observação da sociedade, bem como, por outro lado, a doutrina faz a auto-observação e a descrição do direito. E, com efeito, enuncia Luhmann que o corte que o pesquisador faz entre si mesmo e aquilo que observa precisa ser visto com contingência³⁶², ou seja, não há de significar uma verdade absoluta que elimina as outras observações.

³⁶¹ HART, Herbert. O conceito de direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 141-142.

³⁶² LUHMANN, Niklas. Por que “uma teoria dos sistemas”? Niklas Luhmann – A nova teoria dos sistemas. Organizado por Clarissa Eckerdt Baeta Neves e Eva Machado Barbosa Samios. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institute/ICBA, 1997, p. 37.

Na obra de Luhmann e Giorgi consta a semelhança existente entre a religião e os meios de comunicação: *“No obstante la diversa semántica que existe entre la religión y los medios de comunicación simbólicamente generalizados, parece que hay algo que los asemeja. Em ambos ámbitos la selección se coloca en el plano de la observación de segundo orden. La religión observa a Dios como observador de los hombres, los medios de comunicación simbólicamente generalizados dirigen la observación de otros observadores, como en el mercado, por el sistema de la economía o en ele ámbito de las afirmaciones de la ciencia*³⁶³.”

Dão-se três possibilidades quando se trata dos sistemas parciais: (a) a observação de todo o sistema sociedade a que pertence o sistema parcial; (b) a observação de outros sistemas parciais no ambiente do sistema ou também de outros sistemas no ambiente externo; e, (c) a observação do sistema parcial através dele mesmo. Nesse sentido, os autores distinguem como função a observação do sistema completo, como prestação a observação de outros sistemas e como reflexão a observação do próprio sistema³⁶⁴.

Nesses termos, o conceito de Estado serve para a autodescrição interna (reflexão) do sistema político e não deveria ser confundida com a função social do sistema que consiste em tomar decisões coletivamente vinculantes. Ocorrendo confusão nisso, a conseqüência é a hipertrofia da consciência do

³⁶³ LUHMANN, Niklas; GIORGI, Raffaele de. Teoría de la sociedad, p. 239.

³⁶⁴ Idem, p. 347.

Estado. O mesmo ocorre com o sistema da economia, se não se distingue entre prestações e funções. A economia se descreve como extração de materiais do ambiente natural e como satisfação de necessidades, seja dos homens, seja de outros sistemas de funções da sociedade. Mas estas são suas prestações, enquanto que sua função consiste no fato de que, em condições de escassez, se assegure o provisionamento futuro³⁶⁵.

Elucidativa também é a menção a Satanás como maior observador, constando que:

O intento de marcar um limite, de manera que sea posible observar en la otra parte del límite a Dios y a sus creaturas, se consideraba en el mundo antiguo como un intento que repetía lo que había hecho el ángel Satanás. Igual que Satanás, el observador, como ve lo que observa y al mismo tiempo algo más, se puede considerar mejor y con esto pierde de vista la existencia de Dios. En el mundo moderno esta teoría del observador es una teoría de los movimientos de protesta que no sólo no caen como el ángel rebelde, sino que suben. (...) Copian únicamente la técnica de observación utilizada por ele diablo, que consiste en señalar un límite en una unidade contra esta unidade; esta técnica, sin embargo, produce de alguna manera el efecto inmediato, que consiste en la actitud irreflexiva de considerarse mejor que los demás³⁶⁶.

A inserção do vocábulo auto, impõe significar a inclusão, não a exclusão do observador. Equivale a uma observação de segundo grau, primeiro observa, que é a observação de primeiro grau, ou observação simples, depois observa o próprio observar, que é a observação de segundo grau. Para realizar tal auto-observação é necessária uma elevada carga de abstração. Não houvesse essa semântica na teoria dos sistemas e haveria contradição, pois o sistema, como é

³⁶⁵ Idem, p. 347-348.

³⁶⁶ Idem, p. 374.

autopoietico não poderia admitir a observação somente pelo ambiente. Assim, se o sistema de consciência, o homem, fosse o único observador do sistema sociedade, haveria contradição. O sistema de consciência observa os outros sistemas, mas a auto-observação é feita pelos próprios sistemas, internamente, no caso da sociologia, faz a observação e a descrição do sistema sociedade.

Num exame superficial e inicial, a auto-referência é a própria circularidade em pleno funcionamento dentro do sistema. A auto-referência significa a autofundamentação do sistema. No âmbito do direito, a auto-referência significa que o sistema é autopoietico, ficando assim superada, repete-se para enfatizar, a busca pelo fundamento de validade das teorias de Kelsen, Ross e Hart, por exemplo. Em Kelsen, a norma fundamental tem inexplicada a sua fundamentação própria, em Ross a norma básica, padece do mesmo defeito e, em Hart, a regra de reconhecimento também fracassa nesse intento. Já, em Luhmann, considerando que o sistema social e os sistemas de funções copiam o sistema da vida, o sistema biológico, diante da autopoiese o próprio sistema se funda e se reproduz. O direito, como sistema de função na sociedade, se funda e se reproduz na medida em que a sociedade se torna complexa, para reduzir a complexidade. Quanto maior for a complexidade, maior será a complexificação necessária para reduzir a complexidade e, então, antecipar o futuro, prevenindo os fatos que ocorrem na sociedade.

Por hetero-referência, ou referência externa, distingue Luhmann as referências do ambiente em relação ao sistema. Assim, através dos acoplamentos

estruturais o sistema de função direito produz comunicação jurídica interna atendendo à referência externa.

Tanto as auto-observações, como as autodescrições, são operações individuais e internas do sistema.

A concepção de dupla contingência, a significar que a complexidade da sociedade gera a complexidade estrutural, no sentido da expectativa de uma ocorrência, havendo outra expectativa em relação a primeira expectativa, está imbricada na idéia de auto-observação:

Sólo las observaciones de segundo grado dan ocasión para referirse a la contingencia y eventualmente reflejarla de modo conceptual. Las observaciones de segundo grado son observaciones de observaciones. También puede tratarse de observaciones de otro observador o incluso observaciones del mismo u otro observador en otro momento. Según estas variantes se puede distinguir dimensión social y dimensión temporal en la producción de sentido. Esto hace posible decir que la contingencia es una forma que asume la dimensión material del medio sentido cuando la dimensión social y la dimensión temporal separan las observaciones. O dicho de otro modo: todo se vuelve contingente cuando aquello *que* es observado depende de *quién* es observado. Porque esta elección incluye la elección entre autoobservación (observación interna) e observación ajena (observación externa).

La observación de segundo grado se basa en una nítida reducción de la complejidad del mundo de las posibles observaciones: *sólo* se observa la observación, y sólo con esta mediación se llega al mundo, dado en la diferencia entre igualdad e distinción de las observaciones (de primer y segundo grado). Pero, como ocurre con frecuencia, aquí se aplica que la reducción de complejidad es el medio para la construcción de complejidad³⁶⁷.

Também a sociedade moderna observa-se e em seguida descreve-se primeiro de forma histórica, separando-se, depois, da sua história, aceitando

³⁶⁷ LUHMANN, Niklas. Observaciones de la modernidad. Barcelona: Paidós, 1997, p. 93-94.

alguns conceitos que servem como “cheques em branco” para um futuro imprevisível. Por exemplo, na antiga Europa, a descrição da sociedade era pouco clara, iniciando pela hierarquia, que se identificava com a nobreza, ou com o centro da sociedade, que se identificava com a cidade³⁶⁸. No que concerne aos sistemas de funções, ou sistemas parciais, no século XVIII há confusão entre sociedade e economia, esta que é entendida como a própria sociedade. Entretanto, a sociedade moderna é caracterizada por um primado de diferenciação funcional³⁶⁹.

No sistema político a reflexão moderna dá-se com a superação do conceito medieval de soberania e a consolidação do princípio moderno, que não busca unicamente expressar a independência do império ante a igreja, senão a unidade do poder do Estado no âmbito de um território. O Estado absoluto, na seqüência, converte-se em um Estado da Administração. A teoria política converte-se em teoria do Estado Constitucional, onde se colocam os direitos humanos, que servem para delimitar sobre o exterior e o princípio da divisão dos poderes, como mecanismo de autocontrole jurídico. Entretanto, a ciência permaneceria como observador, como terceiro excluído por ele mesmo³⁷⁰.

As distinções dos sistemas de funções conforme as teorias da reflexão incrementam a observação das contingências do sistema e produzem a impressão de que tudo poderia ter sido diferente.

³⁶⁸ LUHMANN, Niklas; GIORGI, Raffaele de. Teoría de la sociedad, p. 386-387.

³⁶⁹ Idem, p. 403-404.

³⁷⁰ Idem, p. 405-408.

A circularidade, como auto-referência, faz com que uma descrição introduzida no sistema o transforme, o que requer uma nova descrição³⁷¹.

A diferenciação funcional leva às últimas conseqüências o processo de diferenciação de cada um dos sistemas parciais da sociedade e se estabiliza ao nível de uma autonomia autopoietica, completa e específica. Um observador e também um auto-observador não podem ver o que não podem ver e, além disso, não podem ver-se a si mesmos. Na auto-observação a unidade da sociedade converte-se no paradoxo do observador. O ponto cego.

Há então três dimensões de sentido: material, temporal e social; na dimensão material, conforme o conceito de sociedade adotado pelos autores de “Teoría de la Sociedad”, a distinção entre Estado e sociedade descreve uma diferenciação interna da sociedade, enquanto que a distinção entre indivíduo e sociedade descreve uma diferenciação externa da sociedade, pois o indivíduo aqui é visto como sistema diverso, um sistema de consciência. A sociedade moderna não está constituída por indivíduos, aos quais é atribuída uma posição externa; faz-se uma descrição da realidade.

Na dimensão temporal, a partir do século XVIII ocorrem profundas transformações da descrição do mundo e da sociedade. No mundo antigo a descrição se baseava na diferença entre movimento e não movimento; tempo e

³⁷¹ Idem, p. 414.

eternidade e, então, a relação com a religião; na idade moderna, também há relação com a eternidade, pois antes da morte tem-se o tempo para ganhar a salvação da alma. A história contém sua própria descrição e é o primeiro caso de descrição que se inclui a si mesma. O paradoxo inicia com a afirmação de que a eternidade é tempo, mas também não é tempo. O presente é a unidade da diferença, da forma, da distinção, entre passado e o futuro.

Na dimensão social de sentido, a sociedade é a unidade da diferença entre *Ego* e *Alter*. O observador de primeiro grau vê as distinções que existem entre os homens e seus destinos e pede justiça. No nível de segundo grau pode-se observar e descrever o modo pelo qual a sociedade regula as posições que ela mesma atribui aos homens e a maneira em que as justifica. Começa-se a falar em princípios de inclusão, que tomam os nomes, como distinção, de liberdade e igualdade. A liberdade a significar que a relação das pessoas, não das famílias, já não está determinada; a igualdade no sentido de que todos são iguais perante o direito. Na dimensão social constata-se que a sociedade é o que é. Não se pode fazer nada, mas pode-se impedir catástrofes e prevenir desvios. Assim surge comportamento conservador; nova distinção entre conservadores e progressistas .

Com relação às ideologias, contêm textos que contêm o que eles não contêm. Um observador observa a outro observador quanto ao que este não pode ver (ideologia)³⁷².

³⁷² Idem, p. 416-429.

Nessa linha, a opinião pública é o meio de autodescrição da sociedade moderna. É o “Espírito Santo” do sistema, é a disponibilidade comunicativa dos resultados da comunicação. A opinião pública e os meios de comunicação massiva constituem o meio de autodescrição da sociedade, que é feita pela sociologia. Apesar disso, a sociologia sabe mais do que saberia uma sociedade sem a sociologia. A sociologia é o que constitui o observador de segundo grau, sendo o observador de primeiro grau a comunicação social normal³⁷³.

O ultrapassamento da observação de primeiro grau para a de segundo grau mostra a contingência, ou seja, que a sociedade poderia ser possível de forma diferente. O observador de primeiro grau tem em conta o valor, o dogma, o que não pode ser posto em dúvida. O de segundo grau, para além disso, vê o mundo como construção, sendo sua descrição não vista como necessária, mas como contingente. O observador de 1º grau tem o auxílio dos valores; o de 2º grau refere-se à semântica dos valores, concluindo que, mediante a referência aos valores, não podem derivar decisões, nem podem ser evitados conflitos. Este vê como a indubiedade dos valores se produz na comunicação devido ao que não se comunica diretamente, mas indiretamente, não sobre eles, mas com eles. Não há, entretanto, argumentação avaliativa. Apenas deixa de operar a distinção do valor, que opera de maneira cega.

Portanto, a teoria da sociedade é uma teoria oferecida por uma descrição da sociedade na sociedade. As três dimensões de sentido explicam as descrições:

³⁷³ Idem, p. 433-436.

(a) na dimensão social com o princípio da comunicação e de seus meios; (b) na dimensão temporal com o princípio da evolução; e, (c) na dimensão material com o princípio da diferenciação dos sistemas.

Essa caracterização promove uma descrição que não leva a nenhuma classificação negativa ou positiva da sociedade, não formulando a identidade do sistema como valor, nem ao menos como norma segundo a qual se pudesse valorar a sociedade ou o comportamento que se dá nela. E, não permite escolher entre atitudes progressistas e atitudes conservadoras. Para isso seria necessário pressupor um observador externo, ou uma posição interna ocupada por um único observador. Nesse ponto, a teoria dos sistemas da sociedade se salva de qualquer contradição. Ao contrário, a sociedade se produz e se reproduz como forma no meio do sentido.

A sociedade moderna se observa como observador e se descreve como aquele que descreve. Mas, o observador do observador não é um observador melhor, é apenas outro observador³⁷⁴.

No direito, a doutrina, mais adequadamente a postura crítica, evidentemente não dogmática, é que promove a sua auto-observação.

³⁷⁴ Idem, p. 440-444.

No que respeita à teoria do conhecimento, a concepção de Luhmann sobre a auto-observação e autodescrição da sociedade significa o rompimento com a relação sujeito/objeto ou pensamento/existência do racionalismo. Entende-se, pela teoria sistêmica, que toda comunicação sobre a sociedade está ligada aos condicionamentos da própria sociedade. Não há nenhum observador externo, mesmo com uma competência minimamente suficiente, por isso o conhecimento sobre o mundo somente pode dar-se na forma de inclusão, por um processo semelhante à chamada cibernética de segunda ordem, ou seja, através de uma operação teórica de observação da observação. A sociedade é um sistema policontextual, que possibilita uma multiplicidade de descrições (contingência). Assim, em Luhmann a teoria sociológica é obrigada a admitir a contingência operacional de toda e qualquer descrição. A teoria de Luhmann parte do ponto de que não existe nenhum tipo de posições absolutas subtraídas à observação ou de pontos de partida vistos como únicos corretos. A sua teoria pretende colocar uma pá de cal em toda pretensão científica de revelações de verdades absolutas enquanto método objetivo a ser descrito por um sujeito³⁷⁵.

3.4.7 – Os sistemas parciais: jurídico, político e econômico

Como foi visto, o sistema jurídico se diferencia do sistema social com vistas a propiciar a solução de um problema deste, qual seja produzir decisão,

³⁷⁵ FEDOZZI, Luciano. A nova teoria dos sistemas de Niklas Luhmann: uma leitura introdutória. Niklas Luhmann – A nova teoria dos sistemas. Organizado por Clarissa Eckerdt Baeta Neves e Eva Machado Barbosa Samios. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institute/ICBA, 1997, p. 32-33.

produzir tempo, mas se diferencia em razão da necessidade de redução da complexidade e, paradoxalmente, isso traz maior complexidade. O sistema político, igualmente, se diferencia pela mesma razão, uma vez que o sistema social já não tinha condições de operar não houvesse a diferenciação com a formação de um subsistema parcial. E, nos mesmos termos, a função que cumpre o sistema político é a de produzir decisões politicamente vinculantes, por via da legislação e de outros atos específicos dos poderes executivo e legislativo, mas, ainda, da burocracia do Estado, este que é o principal ator do sistema político e que ocupa a sua posição central, na sua autodescrição.

O sistema econômico também foi formado pela mesma razão, mas evidentemente com função diversa, que reside na solução do problema de propiciar as provisões futuras no caso de escassez no sistema social.

De maneira semelhante à visão tradicional, com a relação da alma com Deus, com relação à outra pessoa e com relação a si própria³⁷⁶, numa ótica tridimensional, existem três possibilidades de observação dos sistemas, o que já foi mencionado alhures, mas que se tenta esclarecer melhor: (a) observação de todo o sistema sociedade, (b) observação de outros sistemas, e (c) observação do sistema por si mesmo. Luhmann distingue essas observações em função, a primeira, prestação, a segunda, e reflexão, a terceira. A função do sistema é a que ele cumpre em relação ao sistema sociedade e as prestações as que têm em relação aos demais sistemas parciais. Por isso, em relação ao sistema da economia, a sua

³⁷⁶ LUHMANN, Niklas, e GIORGI, Raffaele de. Teoría de la sociedad, p. 348.

função, como acima dito, é a de propiciar a provisão para o futuro em caso de escassez no sistema sociedade, a sua prestação é a de satisfação de necessidades dos homens e de outros sistemas de funções e a sua autodescrição é a de extração de materiais do ambiente natural.

Essas distinções são extremamente importantes, com repercussões em toda a teoria, especialmente no que concerne à comunicação e à diferenciação entre os sistemas. Luhmann e Giorgi colocam exemplo, expondo que, para a política, o sistema político é competente³⁷⁷. Todavia, embora competente, não é suficiente, ou seja, quando o sistema político necessita de dinheiro para as suas obras, pode-se ter a ilusão de poder fazer, por si mesmo, o dinheiro de que necessita. No entanto, agora será a economia que irá rejeitar esse dinheiro ou o aceitará somente com a condição de que se desvalorize, fazendo, então, que o problema retorne ao sistema político, como inflação. Nesses termos, não há nenhuma atuação política fora do sistema político e o mesmo vale para todos os sistemas parciais. Com relação à economia: *“La economía puede volver a la ciencia participe del conocimiento de pagos con dinero pero, ni con todo el dinero que se quiera, no puede producir verdades³⁷⁸.”* Por isso, os sistemas se orientam em conformidade aos níveis das prestações, ou seja, de acordo com a observação que fazem entre si.

Sobre o sistema jurídico, há teoria que apregoa que é um subsistema do sistema político, não derivando, diretamente, do sistema sociedade. Celso

³⁷⁷ Idem, p. 349.

³⁷⁸ Idem, p. 350.

Fernandes Campilongo menciona essa doutrina, que “tem a vantagem de evidenciar o caráter político das funções judiciais e o entrelaçamento entre os dois sistemas”, mas tem também, de outro lado, a desvantagem de não identificar suficientemente bem a natureza propriamente jurídica do Poder Judiciário³⁷⁹.” Todavia, a política opera em grau mais elevado de complexidade, enquanto que o sistema jurídico opera em um grau já reduzido de complexidade, complexidade que é determinada por limites estruturais mais rigorosos³⁸⁰. Percebe-se, claramente, a diferenciação dos sistemas parciais quando ocorrem as tentativas de interferências diretas, quando o direito tenta limitar a política e esta, por seu turno, determinar o direito. E foi a teoria dos sistemas autopoieticos que revisou aquela teoria, firmando que o sistema jurídico não deriva do sistema político, não sendo seu subsistema.

Ao mesmo tempo em que a noção de Estado se confunde com o sistema político, está claro na teoria dos sistemas que o Estado ocupa, na verdade, a posição central no sistema político, com o que desfaz aquela confusão inicial, a significar que o sistema político não se resume ao Estado, embora a posição ocupada por este. A confusão inicial também se desfez a partir da compreensão de que o Estado não é externo ao sistema social, sendo um dos seus sistemas parciais, uma vez que o Estado, desde o ponto de vista da teoria dos sistemas sociais, não

³⁷⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 76.

³⁸⁰ Idem, 24-25.

ocupa uma posição central e de controle da sociedade³⁸¹, tão-somente a posição central do sistema político.

A seu turno, os tribunais ocupam a posição central do sistema jurídico³⁸², ou seja, o judiciário ocupa a posição central, pois num aspecto do exame há a dupla negação a que estão sujeitos os juízes: “estão proibidos de não decidir”. Por aí se percebem as graves implicações que têm essas noções sobre a teoria da divisão dos poderes. Ora, o sistema jurídico não deriva do sistema político e, daí, há o deslocamento do judiciário do sistema político para o sistema jurídico, onde ocupa a posição central, continuando o legislativo e o executivo a operar segundo o código do sistema político (governo-oposição), código com o qual não opera o sistema jurídico e, portanto, o poder judiciário.

No caso do sistema econômico, esclarece Luhmann³⁸³, que a posição central é ocupada pelos bancos, que são as organizações, em um dos aspectos do exame, que podem negociar dívidas, de forma paradoxal, ou seja, conceder seus débitos a outros como créditos (os saldos que possuem em depósito, contabilmente são o seu passivo, mas esse passivo é transformado em ativo ao ser emprestado aos mutuários).

³⁸¹ Idem, p. 40.

³⁸² LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. Op. cit., p. 382.

³⁸³ Idem, p. 396.

3.4.8 – A teoria da comunicação de Niklas Luhmann

Na teoria dos sistemas sociais, de Niklas Luhmann, há uma confusão entre sociedade e comunicação. Confusão no sentido de uma equação: sociedade é comunicação. Não haveria sociedade sem comunicação. Os inúmeros sistemas sociais, ou subsistemas do sistema total, que é a sociedade, diferenciam-se dos demais subsistemas pela distinta função que cumprem perante o sistema social, recordando sempre que a função do sistema corresponde ao problema que deve solucionar em relação ao sistema total. Entretanto, os limites de operação do sistema são fixados pela distinta forma de operar, ou melhor dizendo, pela distinta comunicação interna. Citados que foram o sistema econômico, o sistema político e o sistema jurídico, entre muitos outros, os limites desses sistemas parciais são fixados pela sua comunicação interna, pelo código de operação. No caso do sistema jurídico, o código é direito/não direito, ou lícito/ilícito. Para o sistema político, o código é governo/oposição e, para o sistema econômico, ter/não ter.

Para a teoria dos sistemas, a comunicação é uma síntese que resulta de três seleções: (a) informação; (b) ato de comunicação e, (c) compreensão³⁸⁴.

Expõem Luhmann e Giorgi, que a comunicação é um evento extremamente improvável, o que resulta da improbabilidade das três seleções acima destacadas. Tais seleções são eventos contingentes, ou seja, constituem expectativas que dependem das expectativas do outro e que podem ser

³⁸⁴ Idem, p. 81.

incongruentes, daí a sua improbabilidade. Assim, a informação é uma diferença que transforma o estado de um sistema, estando a contingência no fato de que a informação transmitida poderia ser outra, não aquela. O ato de comunicação pode ser diverso, já que existem muitas outras possibilidades. Por último, a compreensão também se caracteriza como improvável, considerando que o outro pode desdenhar daquela informação comunicada³⁸⁵.

Daí Luhmann e Giorgi chegarem à conclusão de que a comunicação só se torna provável, ou possível, como processualização da diferença entre meio e forma. Assim, afirmam que os sistemas de comunicação se constituem a si mesmos mediante uma distinção entre meio e forma, por isso quando falam de “meios de comunicação” entendem sempre o uso operativo da diferença entre substrato medial e forma³⁸⁶.

Mister aqui abrir um parêntese, antes de ir adiante, e tentar fixar esta outra distinção categorial da teoria dos sistemas sociais. Trata-se de ver os significados de meio e de forma no intuito de entender como se opera a comunicação no sistema.

Na distinção, os exemplos de “meio” que são lembrados pelos autores são a “luz”, o “ar” e os “campos eletromagnéticos”, os quais, desde o organismo que os percebem podem se apresentar em formas determinadas. Para ser mais claro, cabe citação:

³⁸⁵ Idem, p. 81-2.

³⁸⁶ Idem, p. 84-5.

La distinción entre forma y *medium* surge de la reflexión de Fritz Heider, quien la elaboró para explicar la percepción de objetos en contacto no inmediato con el cuerpo, como por ejemplo la percepción visual o acústica. Según Heider dicha percepción es posible gracias a la presencia de un *medium*, la luz o el aire, que no se percibe en cuanto tal, sino que transporta sin alterar las características del objeto en cuestión (las formas): en condiciones normales no se perciben la luz y el aire, sino las imágenes y los sonidos que ellos transportan. Los objetos perceptivos se imponen mediante su mayor rigidez en las relaciones de *flexibilidad* del *medium*, siempre dispuesto a acoger formas externas³⁸⁷.

Portanto, o ar, como meio, transporta as formas, que são os sons musicais, as palavras, os gritos, os sussurros, enfim, uma infinidade de possibilidades de atos de comunicação consistentes em palavras e frases. A seu turno, a luz, como meio, transporta as formas, que são as imagens infinitas que existem no mundo. A improbabilidade da comunicação está na contingência, mas a sua probabilidade se mostra na processualização da diferença entre meio e forma, num contexto paradoxal e complexo. Por outro ângulo, a distinção torna possível a autopoiese do sistema, bem como a sua evolução, diante da improbabilidade da continuidade operativa do sistema em uma diferença que possa ser tratada dentro do sistema³⁸⁸. Quer dizer: a diferença processada já não mais pode ser tratada como antes, por isso a autopoiese se impõe.

A linguagem é o meio de comunicação essencial. Embora seja possível comunicação sem linguagem e, portanto, sociedade sem linguagem, caso em que haveria comunicação através de gestos e de comportamentos, sem a linguagem

³⁸⁷ CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena, e BARALDI, Claudio. Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann. Guadalajara, México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 84.

³⁸⁸ LUHMANN, Niklas; GIORGI, Raffaele de. Op. cit., p. 85.

escrita ou oral o sistema sociedade e os subsistemas ficariam prejudicados na sua possibilidade de evolução e na sua possibilidade de autopoiese, que não se confundem, como se viu acima. Luhmann e Giorgi afirmam, categoricamente que, se inexistisse a linguagem, não haveria possibilidade de autopoiese nos sistemas de comunicação, pois se pressupõe sempre uma perspectiva regular de ulterior comunicação³⁸⁹. No mínimo o sistema de comunicação seria de tal ordem primitivo que a autopoiese seria muito reduzida, talvez quase imperceptível, e o sistema levaria muito tempo para produzir alguma diferença.

Por meio, então, também podem ser compreendidos os subsistemas. No sistema político como um meio operado pela comunicação interna, a linguagem assume uma comunicação própria e peculiar, distinta da operação do subsistema jurídico. Mas a linguagem, além de meio, é ainda, paradoxalmente, forma, pois as palavras, escritas ou faladas, são formas, por meio das quais se faz a comunicação, merecendo transcrição o seguinte excerto:

.....la distinción entre forma y *medium* es siempre relativa: nada es en sí mismo forma o medium, sino siempre medium relativamente a una forma que se le impone, o forma que se impone a un medium de nivel inferior. Los términos del lenguaje (las palabras), por ejemplo, se imponen en cuanto formas al continuo de los sonidos, que condensan en configuraciones más estables, pero constituyen en el conjunto un medium para la transmisión de contenidos comunicativos. La diferencia forma/medium siempre opera en cuanto diferencia, en el que cada lado de ella permanece al lado contrapuesto³⁹⁰.

³⁸⁹ Idem, p. 89.

³⁹⁰ CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena, BARALDI, Claudio. Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann. Mexico-DF: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 85.

Fechado o parêntese, trazendo maiores esclarecimentos sobre a síntese das três seleções de que resulta a comunicação, Jesús Ignacio Martínez García³⁹¹, no “aviso para juristas”, no aporte inicial de “El derecho de la sociedad”, expõe que a comunicação não é uma ação, nem uma ação comunicativa, mas sim um evento diferente, que pressupõe a participação de mais de um ator. Na seleção de uma informação, *Alter* decide qual das distintas alternativas de informação de que dispõe irá selecionar para informar, para dizer. Sucessivamente, seleciona uma expressão, ou ato de comunicação, optando por uma forma de expressar a informação, ou seja, como dirá, como expressará a informação. Por fim, haverá a seleção entre compreensão ou incompreensão, em que *Ego* escolhe uma das duas possibilidades diante do que *Alter* lhe disse. Nesse aspecto, *Ego* promove uma diferença entre a informação e a expressão estabelecendo o que entendeu.

Na tese da improbabilidade da comunicação³⁹², Luhmann enfatiza ser improvável que alguém compreenda o que o outro disse, considerando o isolamento e a individualização da consciência, assim como o contexto da memória que contém o sentido. Nos mesmos termos, cogitando-se de comunicação entre presentes, aí entrando a situação espacial e temporal, ultrapassados tais limites, com o uso de transmissores, é muito improvável encontrar a atenção adequada com relação a indivíduos com interesses diversos. E, ainda, o fato de uma informação expressada ter sido entendida, não significa que tenha sido aceita.

³⁹¹ GARCÍA, Jesús Ignacio Martínez. Para leer a Luhmann: aviso para juristas. “in” LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. Op. Cit. p. 33.

³⁹² LUHMANN, Niklas. A improbabilidade da comunicação. Lisboa: Veja, Limitada, 2001, p. 42-43.

Como tornar provável o improvável. A primeira das enunciações de Luhman, como se viu acima, é com a distinção ou a processualização da diferença entre meio e forma. A seu turno, Jesús Ignacio Martínez García expõe que: “*uno de los interlocutores puede darle un sentido propio a su participación, pero para que la comunicación ocurra es indispensable que el sentido sea compartido*”³⁹³.” O sentido, então, é intersubjetivo, não dependendo dos falantes³⁹⁴.

Da improbabilidade da comunicação e da improbabilidade da sociedade se infere a necessidade de problematizar os paradoxos, uma das principais categorias da teoria luhmanniana que, como é exposto na teoria, não devem significar um fim, mas um reinício de indagações, tornando-os fonte de criação, pois os paradoxos constituem uma espécie de divindade do sistema ou seja, a princípio inexplicáveis. Nesse sentido, os paradoxos seriam como a explicação divina, para uns não se pode ir além dos dogmas, no entanto, para outros e para a ciência, cumpre aprofundar a pesquisa e tornar os paradoxos, reiterar-se, fontes de criação. Luhmann expõe³⁹⁵ que, de acordo com Nicolau de Cusa, Deus está além de todas as diferenciações, até além de diferenciações de diferenciações, ele é aquilo que

³⁹³ GARCÍA, Jesús Ignacio Martínez. Para leer a Luhmann: aviso para juristas. “in” LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. Op. Cit. p. 34.

³⁹⁴ Nesse ponto pode-se desde logo lembrar da teoria da ação comunicativa, quando fala de consenso. Sendo o sentido intersubjetivo, pois não depende de nenhum dos falantes, é cogitável o consenso de que fala Habermas. Todavia, a distinção da teoria da comunicação luhmanniana é de que não haveria possibilidade de consenso, na medida em que é improvável a comunicação, considerando a síntese das seleções várias vezes mencionadas. Nesses termos, para Luhmann não se pode pensar em consenso, nem em razão.

³⁹⁵ LUHMANN, Niklas. Conhecimento como construção. NEVES, Clarissa Eckert Baeta e SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Organizadoras) Niklas Luhmann – A nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997, p. 100-101.

não é diferente de outra coisa, nele coincidem todas as coisas que transcendem o diferenciar, que não pode ser pensado nem como maior, nem como menor, nem como mais rápido, nem como mais lento. Está de acordo com a dogmática cristã, como pessoa e como trindade. Mas, Deus, em sua incognoscibilidade, torna-se cognoscível, pois a teologia, como observador de segundo grau, mediante a observação de observações, diz que havia a necessidade da criação e da condenação do diabo para que Deus observasse a si próprio. Diabo exercia o papel de mais agudo observador de Deus. Então, antes Deus, agora mundo, ambos eram indiferenciados, mas quando há a observação de segundo grau (a observação dos observadores), daí a diferença ambiente e sistema, ou realidade, quando se cogita de objeto e conhecimento, tornam-se diferenciáveis. Isso significa problematizar o paradoxo, criar no paradoxo.

Para a teoria dos sistemas sociais, o que torna provável a comunicação é a diferenciação sistêmica. Assim, os sistemas possibilitam a comunicação da sociedade na sua diferenciação. Daí Luhmann estabelecer a íntima relação entre as categorias de autopoiese e de acoplamento estrutural, que serão aprofundados na seqüência, impondo-se, antes, ver a noção, dentro da teoria da comunicação, que versa sobre os meios de comunicação simbolicamente generalizados.

3.4.9 – Os meios de comunicação simbolicamente generalizados

A linguagem, como meio de comunicação essencial, implica a existência de um código binário, sim e não, ou seja, sempre que se fala algo há a

contingência de ser pensado o seu contrário. O código sim/não é o código de operação do sistema total. A função dos meios de comunicação simbolicamente generalizados é a de tornar objeto de expectativa a aceitação de uma comunicação nos casos em que é possível a rejeição³⁹⁶. Explicam Luhmann e Giorgi que a expressão “simbolicamente generalizados” quer significar as dimensões social e material de sentido. No “simbólico” está a diferença entre “Ego” e “Alter”. No “generalizados” está a distinção das situações, a dimensão material de sentido, que às vezes se processualiza. Para os autores, por meio da codificação da linguagem há apenas a estruturação do problema geral da improbabilidade da comunicação, não a sua solução e, ainda, com a contraposição da aceitação e da rejeição, o problema se torna mais agudo³⁹⁷. Com o termo simbólico, os meios propiciam à comunicação a oportunidade de ser aceita, diversamente do que ocorre com a linguagem, que se limita a assegurar uma compreensão suficiente, em condições altamente complexas e conforme uma comunicação eleita para aquela determinada situação ou caso.

A linguagem, portanto, é extremamente limitada na sua função de promover a comunicação, embora seja essencial. Está sempre presente a contingência, pois o outro pode rejeitar a informação passada pelo ato de comunicação lingüístico. A linguagem facilita a compreensão, mas pode dificultá-la, ou torná-la impossível. Não há como garantir que um outro sistema psíquico aceite a informação tal como era pretendido por aquele que exerceu o ato de

³⁹⁶ Idem, p. 126.

³⁹⁷ Idem, p. 127-8.

comunicação. Por isso surgem os meios de comunicação simbolicamente generalizados, que são: o poder (ou direito), a verdade científica, o dinheiro (ou a propriedade), o amor, a arte, os valores³⁹⁸.

O dinheiro, ou a propriedade, como meios de comunicação simbolicamente generalizados tornam provável a aceitação (sim), em vez da rejeição (não). Luhmann e Giorgi mencionam que, para bens ou para serviços que se quer obter, permite-se oferecer pagamento. O simbólico está na comunicação que permite obter o acordo que seria improvável. Mas, além de simbólicos, também são diabólicos, porque criam novas diferenças: o que pode pagar obtém o que deseja; aquele que não pode pagar, não obtém.

O direito se apresenta, em relação ao poder, que como visto é um meio de comunicação simbolicamente generalizado, como uma codificação de natureza secundária. Houvesse apenas o poder, a diferenciação seria simples entre superior e inferior, entre aqueles que podem submeter e aqueles que devem ser submetidos. Nesse caso, sem garantias de que o inferior aceite a sua inferioridade, há a permanente possibilidade de recurso à força física. Com o direito, numa maior complexidade e evolução, presente o código binário legal/ilegal, permite-se diferenciar um poder legítimo de um poder ilegítimo. A reflexividade do poder se expressa no fato de que o poder se refere só a outro poder e se desenvolve

³⁹⁸ CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena, BARALDI, Claudio. Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann. Mexico-DF: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 106.

somente se pode relacionar-se com outro poder, como, por exemplo, ocorre nas eleições políticas, que são o poder que determina o poder³⁹⁹.

3.4.10 – Sobre a autopoiese e o acoplamento estrutural

A teoria da evolução e a da comunicação estão indubitavelmente imbricadas na concepção da autopoiese e do acoplamento estrutural. Na verdade, quando se fala que a teoria luhmanniana não tem um ponto de partida, isso quer significar que se pode iniciar a pesquisa por qualquer ponto. É, com efeito, uma teoria circular. Não é, de forma alguma, uma teoria em forma de labirinto, que possua uma entrada e uma saída, ou um centro difícil de ser localizado. Portanto, a investigação e o estudo da teoria podem partir de qualquer ponto e necessariamente irão encontrar as demais categorias teóricas no trajeto, que se juntarão e mostrarão a sua interdependência recíproca.

No caso da teoria da evolução, Luhmann expõe que nenhum sistema pode evoluir a partir de si mesmo⁴⁰⁰, uma vez que o sistema leva implícita a forma do seu ambiente. A seu turno, as transformações da estrutura do sistema, que significam a sua evolução, realizam-se no interior do sistema, de modo autopoietico, mas, se um sistema não evolui a partir de si mesmo, a concepção de autopoiese poderia implicar uma contradição. Esta é a primeira indagação, que se

³⁹⁹ Idem, p. 127.

⁴⁰⁰ LUHMANN, Niklas. Introducción a la teoría de sistemas. Op. cit. p. 127. Ver también LUHMANN, Niklas; GIORGI, Raffaele de. Teoría de la sociedad. Op. cit., p 203.

relaciona à teoria da comunicação. Na resposta cabe enfatizar a distinção, como já foi feito acima, entre autopoiese e evolução.

Assim, por autopoiese se compreende que o próprio sistema autoproduz seus próprios elementos e igualmente promove a sua automanutenção. Leonel Severo Rocha e Delton Winter de Carvalho esclarecem mais, com apoio em Gunther Teubner:

“A autopoiese não deve ser confundida com auto-referência, pois esta seria um conceito mais geral e mais abrangente, referindo-se a todas as formas possíveis de circularidade e recursividade em que uma unidade operacional interage consigo mesma. A autopoiese, por seu turno, é a (a) auto-produção de todos os componentes do sistema; (b) a auto-manutenção dos ciclos de auto-produção (através de uma articulação hipercíclica) e (c) a auto-descrição como regulação da auto-produção⁴⁰¹.”

Considerando que a sociedade se confunde com a comunicação, os elementos do sistema são as comunicações. Em outras palavras, o sistema opera por meio da comunicação. À medida que o sistema total não teve mais condições de operar sem que reduzisse a sua complexidade, houve a criação de sistemas parciais, ou seja, sistemas de segundo grau, que são, por exemplo, o sistema jurídico, o sistema político e o sistema econômico. O sistema total opera com o código comunicativo sim/não. O código binário tem a finalidade de tornar possível a aceitação ou a rejeição da comunicação, conforme a síntese de seleções (informação, ato de comunicação e compreensão), recordando-se que sempre há

⁴⁰¹ ROCHA, Leonel Severo, e CARVALHO, Delton Winter de. Auto-referência, circularidade e paradoxos na teoria do direito. Anuário 2002 PPGD Unisinos. São Leopoldo: PPGD Unisinos, 2002, p. 241.

em todas as seleções complexidade, excesso de possibilidades, e contingência, pois sempre pode ocorrer o contrário da expectativa.

Por sua vez, os sistemas parciais, para tornarem-se sistemas parciais necessitam de um código binário (ter/não ter – sistema econômico; direito/não direito – sistema jurídico; governo/oposição – sistema político; bem/mal – sistema da moral etc).

A autopoiese do sistema pertine a este código binário, pois, em última análise, este código binário permite a operação sistêmica, por meio dos elementos do sistema que são as comunicações. O sistema social, diversamente dos sistemas biológicos, estes que são constituídos dos órgãos e células dos sistemas vivos, como visto, é constituído de comunicações. A respeito da autopoiese, Luhmann assim também se expressou:

Numa estreita articulação científica com as mencionadas inovações teóricas, o neurobiólogo chileno Humberto Maturana sugeriu designar sistemas vivos como sistemas “autopoiéticos”. A formulação foi escolhida conscientemente. Ela acentua “poiésis” (não praxis) no sentido grego; ou seja, não um agir que se auto-satisfaz e sim produção; mas a obra produzida não é um resultado externo ao sistema produzido e sim o próprio sistema produzido. A célula produz seus próprios elementos através da rede de seus próprios elementos⁴⁰².

O código binário funciona, para o sistema social, como a célula para o sistema vivo. Há uma rejeição do que não seja pertencente ao sistema em razão do

⁴⁰² LUHMANN, Niklas. Sobre os fundamentos teórico-sistêmicos da Teoria da Sociedade. NEVES, Clarissa Eckert Baeta e SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Organizadoras) Niklas Luhmann – A nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997, p. 65.

código, sendo possível transformar o que não é sistêmico em elemento do sistema, desde que, no caso do sistema social, faça sentido ao sistema social. A autopoiese produz os seus elementos, possibilitando que as comunicações façam sentido ao sistema parcial, operando-as com o código binário pertinente. Assim a autopoiese possibilita a manutenção dos elementos do sistema e, igualmente, a sua descrição.

Vale observar, com Juan Antonio García Amado⁴⁰³, que o código é insubstituível, enquanto os programas são substituíveis, somente permanecendo enquanto isso for aconselhável. Assim, o código binário jamais pode ser eliminado ou substituído. Os programas – a legislação, as normas – estas sim podem ser alteradas, revogadas, substituídas. García Amado dá o exemplo do casamento monogâmico, porque assim está programado, é legal, ou é direito, enquanto que a bigamia é ilegal, ou não é direito. Há, contudo, Estados do Oriente que admitem a poligamia, porque lá assim está programado. Lá, então, a poligamia compõe também o pólo positivo do código binário – direito.

Quanto à evolução, como já se viu acima, cabendo agora reiterar e aprofundar, supõe a variação, a seleção e a reestabilização. A variação não pertine à transformação, mas a uma variação de comunicação, ou dos elementos, no interior do sistema, de forma desviante, ou surpreendente, sendo que esta variação vai acarretar uma seleção, que se refere às estruturas do sistema, ou seja, às expectativas e, por fim, a reestabilização, referindo-se à formação de sistemas,

⁴⁰³ AMADO, Juan Antonio García. La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 177-180.

as quais algumas inovações oferecem duração temporal e capacidade de resistência⁴⁰⁴. Além da máxima de Luhmann, de que nenhum sistema evolui a partir de si mesmo, segue a de que a evolução do sistema somente é possível a partir da diferença entre sistema e ambiente. Aí, então, a importância da diferença, para Luhmann, em discordância absoluta de Habermas, que menciona o consenso. Numa síntese muito simplificada, como dizem Luhmann e Giorgi, a teoria da evolução trata de explicar as transformações da estrutura⁴⁰⁵.

E o conceito de estrutura já ficou delineado noutra passagem, mas, segundo Anthony Giddens, numa caracterização elementar, estrutura refere-se a regras e recursos de transformação que governam a matriz de transformação⁴⁰⁶. Adiante, este autor adverte que é redundante mencionar regras de transformação, uma vez que é inerente a todas as regras a característica de serem transformacionais. Diz, ainda, que as estruturas, em sociologia, referem-se às propriedades de estruturação, que possibilitam a delimitação tempo/espaço em sistemas sociais, viabilizando práticas sociais que são discerníveis por dimensões de tempo/espaço. Assim, estabelece uma equação entre estrutura, como uma ordem virtual de relações transformadoras, e sistemas sociais, como práticas sociais reproduzidas, que não têm estruturas, mas sim exibem propriedades estruturais. Anthony Giddens diz que a estrutura só existe como presença espaço-temporal, em práticas culturais que orientam a conduta de agentes humanos dotados de capacidade cognoscitiva. Distingue as propriedades estruturais mais

⁴⁰⁴ LUHMANN, Niklas; GIORGI, Raffaele de. Teoría de la sociedad. Op. cit. p. 217.

⁴⁰⁵ Idem, p. 201.

⁴⁰⁶ GIDDENS, Anthony. A constituição da sociedade. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 20.

profundamente embutidas, que implicam a reprodução de totalidades sociais, chamando-as de princípios estruturais, das práticas que possuem maior aplicação espaço-temporal, dentro de tais totalidades, as quais designa como instituições.

A estrutura, em Luhmann, como antes visto, é formada por elementos que são as expectativas. Desde a fase original da teoria dos sistemas sociais, na Sociologia do Direito⁴⁰⁷, Luhmann faz a distinção entre expectativas normativas, que são mantidas, mesmo havendo eventual decepção, ou desapontamento, na sua concretização, e expectativas cognitivas, que são as que tornam possível a aprendizagem, ou seja, havendo desapontamento de alguma expectativa cognitiva, a expectativa é adaptada à realidade, o que, repita-se, não ocorre com a de nível normativo, que é conservada. Luhmann também menciona que a estrutura é definida por uma propriedade, na acepção de constância relativa. Mas diz ser imprecisa essa menção, esclarecendo que a estrutura é mais bem definida pela sua função de fortalecimento da seletividade, tendo em conta um mundo constituído de sentidos e, portanto, altamente complexo e contingente. Conclui que as estruturas possibilitam um alívio para os indivíduos, à medida que estabelecem as referências que permitem a sucessão de seleções, dando o exemplo da linguagem, “que, através da sua estrutura, ou seja, da seleção prévia de um ‘código’ dos significados possíveis, permite a escolha rápida, fluente e corrente da verbalização correspondente⁴⁰⁸.”

⁴⁰⁷ LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito I. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 2003, p. 56.

⁴⁰⁸ Idem, p. 54.

Numa síntese, as estruturas resolvem os problemas da complexidade e da contingência, possibilitando uma estabilização relativa. Partindo da concepção de que o mundo é uma totalidade de sentidos, ou seja, totalidade constatada sensorialmente, há sempre um excesso de possibilidades, entendido como complexidade, que precisa ser reduzida para que as operações possam ser realizadas e ter continuidade. Por outro lado, há a contingência, a significar que algo sempre pode ser diferente e, no caso da sociedade, há o que a teoria dos sistemas enuncia como dupla contingência, pois as expectativas são recíprocas: *Alter* tem uma expectativa de *Ego* e *Ego* tem uma outra expectativa de *Alter*. A estrutura que contém as expectativas de nível normativo, funciona caracteristicamente como o mencionado alívio contra o desapontamento, ao mesmo tempo em que reduz a complexidade.

Nesse ponto é fundamental mencionar que essa estrutura do sistema social que se define na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas, estabelece-se em três dimensões: (a) as normas estabilizam as expectativas, sempre de forma relativa, na dimensão temporal; (b) a institucionalização por meio do consenso de terceiros, igualmente estabiliza as expectativas na dimensão social; e, (c) a inter-relação de confirmações e limitações recíprocas estabiliza as expectativas, externamente, por um sentido idêntico, na dimensão prática.

Quanto às expectativas de nível normativo e de nível cognitivo, a diferenciação é de grande relevância. Há exemplos de como a realidade prevalece

e a sociedade as articula. A expectativa de comportamento ligada a regras de etiqueta ou de educação não necessita da via normativa, que seria implementada no sistema jurídico e, então, há uma adequação à realidade: determinado cidadão é, ou foi, mal educado. Nos mesmos termos, o exercício da piedade ou da bondade com os necessitados. Ninguém está obrigado a ser bondoso, caridoso ou piedoso. Entretanto, no direito penal em geral, freqüentemente a sociedade, diante de realidades diversas, articula a imposição de sanção, maior ou menor, para determinados fatos ou, simplesmente, aumenta as sanções, ou dificulta as progressões de regime carcerário, enfim altera a legislação, implementando a transformação da estrutura no sistema jurídico. Nesse caso, sabe-se que o direito penal traz à sociedade uma relativa segurança, por isso a estrutura é mais sensível à realidade.

Esclarecendo ainda mais a distinção entre expectativas cognitivas e expectativas normativas, no que concerne à evolução, conclui-se que um sistema somente evolui, primeiro, de forma cognitiva, a significar a adaptação do sistema à variação desviante, ou seja à operação que se desvia das operações comuns, à comunicação que surpreende. Portanto, o sistema, de forma cognitiva, está disposto à aprendizagem e, por isso, adapta-se. No nível normativo, que ocorre em momento posterior, o sistema conserva o passado e, ao mesmo, mantém-se na hipótese de desapontamento. As duas expectativas são de certo modo antagônicas, pois a de nível cognitivo abre-se para a aprendizagem, para o futuro, enquanto a de nível normativo, que conserva o passado, apenas previne contra o

desapontamento, assim impedindo, em muitas situações e por algum tempo, uma evolução. Entretanto, ambas são complementares.

Com efeito, a evolução somente se deve à evolução⁴⁰⁹. Esta é outra das máximas de Luhmann, significando que não há uma ordem eterna no mundo. Pode-se exemplificar tal exposição com a lembrança do filme “A máquina do tempo”. O inventor da máquina começa por tentar voltar no tempo e salvar a noiva amada, mas seus atos mudam o futuro, como se percebe no final do filme⁴¹⁰. Então, embora as várias tentativas, ele não consegue mudar o passado e salvar a noiva, mas pode mudar o futuro. E, mudando o futuro, fatalmente estará mudando o passado do futuro. A evolução é assim, por via das seleções que são feitas, constrói-se o futuro, quando a sociedade transforma a sua estrutura, mas nada garante que as opções e alternativas eleitas serão confirmadas como as melhores. Nesses termos, é possível que uma evolução seja posteriormente eliminada, ou substituída, noutra tentativa de solução dos problemas da sociedade, ou do sistema parcial.

Nesse sentido, numa outra abstração, a expectativa cognitiva é a que possibilita a abertura do sistema, enquanto que a de nível normativo é a que possibilita a sua clausura. Ambas interagem e são complementares. García Amado põe clareza:

⁴⁰⁹ LUHMANN, Niklas, e GIORGI, Raffaele de. Teoría de la sociedad. Op. Cit. p. 248.

⁴¹⁰ WELLS, Simon. The time machine. EUA: Dream Works SKG/ Warner Bros., 2002. Filme.

Consiguientemente, “clausura autopoietica no significa aislamiento”, y la autonomía del sistema no es su independencia total respecto del medio exterior a él, sino la autorregulación por el sistema mismo de sus dependencias e independencias respecto de ese medio: es el sistema jurídico mismo el que determina qué componentes y circunstancias de un comportamiento individual son relevantes y cuáles indiferentes a la hora de calificarlo, por ejemplo, como delito⁴¹¹.

Indo mais além, no sistema jurídico, ainda que Luhmann, na sua primeira fase, a da Sociologia Jurídica, enfatize a positividade do direito, na sua segunda fase, a da teoria autopoietológica dos sistemas, conforme Jean Clam observa⁴¹², Luhmann objeta que a positividade, por si só, não é suficiente para explicar o que o sistema jurídico é hoje.

Efetivamente, o direito não se resume ao direito posto e não explica suficientemente o sistema jurídico, ainda que se considere a extrema importância da positividade na evolução sistêmica. É que o direito é descoberto na sociedade, por isso é direito da sociedade, ou seja, direito do sistema social. Assim, primeiro há a adaptação do direito na sociedade, como resultado da estrutura de cognição e somente depois ocorre a sua aceitação no nível normativo, quando é finalmente descoberto. Noutras palavras, se o direito é posto por um ato de vontade, daí também decorre a possibilidade da sua alteração. O direito posto retém o passado enquanto isso for possível.

⁴¹¹ AMADO, Juan Antonio García. La filosofía... Op. cit., p. 136-137.

⁴¹² CLAM, Jean. A autopoiese no direito. ROCHA, Leonel Severo e Schwartz, GERMANO. Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 113.

Com o exemplo do tráfego dos veículos Luhmann e Giorgi⁴¹³ esclarecem a evolução que se dá nos diversos sistemas, em co-evolução, pois há a exigência de leis sobre responsabilidade civil e de seguros, bem como hospitais especializados em acidentes de trânsito, além dos serviços de auxílio. A repercussão do acontecimento/evento social se dá em diversos subsistemas.

Apontam-se, na atualidade, diversas outras ocorrências sociais que exigem uma transformação da estrutura do sistema jurídico. É ocasião de citar a união estável, uma vez que, em muitos casos, o casamento deixou de ser observado por uma grande parte dos casais e, por outro lado, a impossibilidade do divórcio, a seu turno, concorria para as uniões independentemente do casamento. Como continuar deixando à margem do direito posto tais fatos. Há, mais atualmente, no mundo todo uma pressão dos casais homossexuais, que exigem o reconhecimento jurídico. No caso da união estável de pessoas heterossexuais o direito já se reestabilizou em expectativas de nível normativo. Entretanto, no mundo todo há dificuldades de tratamento com as chamadas uniões civis, de pessoas homossexuais.

Esses exemplos servem para algumas observações teóricas que vão ao encontro da teoria dos sistemas sociais, no que concerne às expectativas de nível normativo e de nível cognitivo. Os atos praticados na sociedade que se disseminam, não precisam ter repercussões no sistema jurídico ou ser tidos como atos jurídicos. Os casos da união estável e da união entre homossexuais, eram atos

⁴¹³ LUHMANN, Niklas; GIORGI, Raffaele de. Teoría de la sociedad. Op. cit., p. 244.

alheios ao sistema jurídico, porque se estabeleciam noutra sistema, o sistema da família⁴¹⁴, que é regido pelo código amor/desamor⁴¹⁵, uma vez que ainda não previstos na legislação, bem como porque, na origem não havia nenhuma pretensão normativa. À medida que os atos foram tendo repercussão jurídica, os tribunais passaram a conhecer de demandas relativas a inúmeras possibilidades de litígios. Por fim, no caso da união estável passou a haver exposto regramento normativo, por via de legislação. No caso da união civil entre homossexuais há, até agora, apenas jurisprudência e atos administrativos, estes em especial na previdência social, bem como houve edição de provimento normativo pela Corregedoria-Geral da Justiça do Rio Grande do Sul permitindo que sejam lavradas escrituras públicas por tabeliães pertinentes a uniões civis entre homossexuais⁴¹⁶.

Nesses exemplos se encontram claramente a variação, a seleção e a reestabilização a dar suporte à evolução do sistema jurídico. Há a comunicação desviante, ou surpreendente; há a seleção entre alternativas de expectativas e há, por fim, a reestabilização. De qualquer modo, o direito surge na sociedade, com a prática de atos que inicialmente não repercutem no sistema jurídico, mas que

⁴¹⁴ Na verdade, nas uniões homossexuais, na acepção tradicional não se cogita de sistema da família, que consagra a idéia de que uma família é composta por pessoas de sexos diversos com filhos. Todavia, na pós-modernidade não é possível deixar de conceber que “casais” homossexuais também podem formar família – a sociedade o demonstra – havendo casos de adoção de filhos por tais “casais”.

⁴¹⁵ Ver LUHMANN, Niklas. O amor como paixão – para a codificação da intimidade. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil S.A., 1991.

⁴¹⁶ Provimento nº 06/2004-CGJ, que inclui o parágrafo único ao art. 215 da Consolidação Normativa Notarial e Registral, que enuncia o seguinte: “As pessoas plenamente capazes, independente da identidade ou oposição de sexo, que vivam uma relação de fato duradoura, em comunhão afetiva, com ou sem compromisso patrimonial, poderão registrar documentos que digam respeito a tal relação. As pessoas que pretendam constituir uma união afetiva na forma anteriormente referida também poderão registrar os documentos que a isso digam respeito.”

impõem uma adaptação do sistema jurídico, ainda no nível cognitivo e, posteriormente, há a adequação no nível normativo.

O ato jurídico funciona como o elemento de operação do sistema. O ato jurídico é, então, a possibilidade e a condição de comunicação sistêmica. Gunther Teubner destaca esse ponto:

Transposto para o caso do direito, isto significa que a clausura autopoietica apenas poderá ocorrer quando um sistema jurídico constituir os seus próprios elementos – actos jurídicos –, os quais operam como agentes de mudança, colocando em movimento o ciclo autopoietico “acto jurídico – mudança jurídica – acto jurídico”: forçando um pouco a nota, diríamos que apenas com a “invenção” do acto jurídico ganha o sistema jurídico a sua autonomia⁴¹⁷.

Ao tratar da evolução que a escrita trouxe para a sociedade, seja para possibilitar a reserva da memória cultural, seja para o direito, nos distintos sistemas, Luhmann⁴¹⁸ expõe que as situações jurídicas foram os casos mais antigos nos quais o desenvolvimento e a utilização da escrita foram mais adequados. Contudo, a evolução não se deu por meio da promulgação de leis, mas sim pelas transações que eram relevantes para o direito, como estabelecer o cumprimento de obrigações, dos empréstimos, dos contratos e dos testamentos. Em outras palavras: os atos jurídicos corriqueiros. Aqui a preponderância do ato jurídico sobre a legislação na autopoiese do direito. Jean Clam⁴¹⁹ também

⁴¹⁷ TEUBNER, Gunther. O direito como sistema autopoietico. Op. cit., p. 66.

⁴¹⁸ LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. Op. cit., p. 309.

⁴¹⁹ CLAM, Jean. A autopoiese no direito. “in” Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito. Op. cit., p. 124.

prelucida essa concepção, mencionando que a primeira operação do sistema jurídico é o ato jurídico.

A importância da distinção das expectativas normativas das cognitivas é tal que, sem as expectativas normativas, segundo Jean Clam⁴²⁰ “um sistema se liquefaria numa contingência. Ele desistiria, por si mesmo, de impedir de se tornar irreduzível.” Nesse caso, ocorrendo o desapontamento, a ausência da expectativa normativa permitiria que tudo fosse modificado. Não haveria, então, estrutura que possibilitasse a manutenção e a estabilização do sistema. Não haveria sistema. Por outro lado, na ausência da flexibilidade do sistema por meio das expectativas cognitivas, ou das chamadas “estruturas moles”, também seria incogitável sistema, à medida que não haveria referência externa e, portanto, o ambiente e, ainda, não haveria mesmo sistema, que se constitui na unidade da sua diferença com o ambiente. O ambiente significa a complexidade, ou, mais que isso, a hipercomplexidade do mundo, que seria mesmo indiferenciável, ou que portaria uma supercomplexidade irreduzível. Por isso a complementaridade das duas expectativas.

Do exposto percebe-se a imbricação da autopoiese na evolução sistêmica. A dificuldade das teorias está na concepção de que a autopoiese se refere internamente ao sistema, pois autoproduz e automantém os elementos do sistema, em consequência da clausura operacional, decorrente do sentido e especificado pelo código binário específico. Enquanto isso, para que haja a evolução, ou seja, a

⁴²⁰ Idem, p. 108 e seguintes.

alteração da estrutura sistêmica, é necessário que primeiro seja processada, internamente, a variação, ou a comunicação desviante ou surpreendente, com a seleção de uma alternativa possível de estrutura e, por fim, a reestabilização do sistema por via da caracterização normativa, que passa a conservar o sistema, à conta da novidade estrutural.

De duas ordens as conclusões de Gunther Teubner. A primeira atribui a autopoiese a causação da evolução, quando diz que “a seleção das mudanças e inovações no direito não é apenas imputável à autopoiesis do próprio sistema jurídico, mas também, ainda que de modo bastante mais indirecto, à autopoiesis doutros subsistemas sociais e da própria sociedade⁴²¹.” Noutro sentido, confirmando a máxima Luhmanniana de que a evolução somente se deve à evolução, antes mencionada, estabelece Teubner que “a evolução poder ser ‘estimulada’ mas jamais ‘causada’ directamente a partir do exterior, prosseguindo daí em diante uma lógica interna e própria de desenvolvimento – a lógica da autopoiesis⁴²².”

A concepção de acoplamento estrutural, como já mencionado, é necessária para a abordagem da influência recíproca dos sistemas. O sistema se mostra fechado, como visto, pela clausura operacional que decorre do seu código binário – somente opera internamente e, portanto, não opera externamente, ou com código diverso. É uma clausura de sentido, considerando que o mundo é uma totalidade

⁴²¹ TEUBNER, Gunther. O direito como sistema autopoietico. Op. cit., p. 123.

⁴²² Idem, p. 116.

sensorial, na afirmação de Luhmann. Por outro lado, a abertura do sistema ao ambiente se dá pela via do acoplamento estrutural.

A escrita, segundo Luhmann⁴²³, como os sons da comunicação verbal, compõem, ainda que de maneira efêmera, um mecanismo de acoplamento estrutural entre as realidades física, psíquica e social. Por isso a escrita comunica muito mais do que contém o seu texto, pois produz um processo de diferenciação dos textos que pode servir para a criação de diferentes opiniões. Há um espaço em branco, um espaço sem marca, que pode ser substituído por um *marked space*. Noutros termos, mas na mesma linha, Leonel Severo Rocha⁴²⁴ expõe que “não existe comunicação sem tempo”. Referindo Ferdinand de Saussure, enuncia este autor que, quando se tem vinte minutos para falar, somente se pode expressar os sons durante aqueles vinte minutos sintagmaticamente. Todavia, em cada sintagma, em cada signo, em cada palavra, transmitem-se relações associativas que sempre dizem muito mais. E, lembrando Freud, “sempre se fala mais do que aparentemente se diz⁴²⁵.”

O acoplamento estrutural é uma forma indireta de interação⁴²⁶ com os demais sistemas parciais. Por esse mecanismo os sistemas parciais se abrem para o sistema total ou para os outros sistemas parciais. De um fechamento operacional, de uma clausura sensorial que se refere ao código binário, ou seja, de

⁴²³ LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. Op. cit., p. 308.

⁴²⁴ ROCHA, Leonel Severo. A construção do tempo pelo direito. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito 2003. São Leopoldo: PPGD Unisinos, 2003, p. 312.

⁴²⁵ Idem, p. 309.

⁴²⁶ ROCHA, Leonel Severo e CARVALHO, Delton Winter de. Auto-referência, circularidade e paradoxos na teoria do direito. Op. cit., p. 236.

uma limitação com os outros sistemas que se estabelece pelo sentido, o sistema se abre para o mundo por via do acoplamento estrutural. O código binário respectivo ao sistema é a forma com a qual os sistemas organizam a sua comunicação interna. O código é a operação interna ao sistema⁴²⁷. E, portanto, não uma terceira possibilidade, ou seja: há duas possibilidades (a) conformidade ao direito ou (b) inconformidade ao direito. Não, há, assim, parcial conformidade ao direito. Essa é a rigidez do sistema. Em consequência, o sentido processado pelos demais sistemas é sentido que não tem condições de ser processado pelo sistema parcial, uma vez que não permite o seu reconhecimento, considerando a diversidade de código. É, em outras palavras, linguagem estranha. O sentido de outro sistema pode ser explicado com a imagem de tentar falar inglês para uma tribo de índios que nunca teve acesso à civilização. Os idiomas terão de ser processados, apreendidos, vinculados, significados reciprocamente para possibilitar o diálogo. Portanto, não é possível a comunicação, pois há somente ruído, que deve ser ordenado, para ser compreendido. Não é possível nem a aceitação, nem a rejeição do que se comunica.

Os sistemas parciais causam irritações recíprocas: “o que acoplamentos estruturais significam para a construção do sistema pode ser descrito com o conceito de *irritação* (Maturana diz ‘perturbação’)⁴²⁸.” A irritação é sempre interna ao sistema, pois não há irritações que podem ser exportadas pelo sistema

⁴²⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial. Op. cit., p. 99.

⁴²⁸ LUHMANN, Niklas. Sobre os fundamentos teórico-sistêmicos da teoria da sociedade. Niklas Luhmann: A nova teoria dos sistemas. Op. cit., p. 68.

ou importadas ao sistema. Expõe Luhmann⁴²⁹ que as irritações inicialmente se verificam em diferenciações e comparações com estruturas (expectativas) internas ao sistema. De acordo com Luhmann, acoplamentos estruturais não propiciam, nem auxiliam, nem estão diretamente ligados à autopoiese, pois “não contribuem com nenhuma operação que tenha a capacidade de reproduzir o próprio sistema – ou seja, no nosso caso: nenhuma comunicação⁴³⁰.” O exemplo que Luhmann traz é o da linguagem, que funciona como acoplamento estrutural entre consciência e comunicação, mantendo, então, separadas a consciência e a comunicação e, ainda, a sociedade e o indivíduo. “Nunca um pensamento pode *ser* comunicação, mas também nunca a comunicação pensamento⁴³¹.” Diversamente do entendimento da hermenêutica filosófica, com a guinada lingüística, em que a linguagem é o *medium* em que se põe o mundo⁴³², para a teoria dos sistemas sociais a linguagem funciona exclusivamente para o acoplamento estrutural. A linguagem organiza, no meio acústico, os ruídos e, no meio ótico, os sinais escritos.

A linguagem, com a finalidade de acoplar estruturalmente os sistemas de consciência e social, isola a sociedade dos acontecimentos físicos, ambientais e químicos, permitindo a irritação por meio dos impulsos da consciência e, nos mesmos termos, o cérebro, por meio dos olhos e dos ouvidos, é quase que completamente isolado do que ocorre no ambiente. Há então o fechamento

⁴²⁹ Idem, *ibidem*.

⁴³⁰ LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade. Niklas Luhmann: A nova teoria dos sistemas. Op. cit., p. 84-85.

⁴³¹ Idem.

⁴³² GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método. Petrópolis/RJ: Vozes, 1999, p. 559. Ver, também, STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 52.

operacional que possibilita a redução da complexidade com a adequação a uma complexidade mais elevada.

3.4.11 – A comunicação intersistêmica (?)

É indispensável apresentar em item específico o aspecto da comunicação entre os sistemas. De acordo com a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, o sistema é fechado e é aberto – é fechado porque é aberto e é aberto porque é fechado. O sistema é operativamente fechado, considerando que (a) não opera externamente e (b) que não permite operações internas por outros sistemas. Essa clausura operacional decorre da especificidade e da propriedade do seu código de operação. Não há possibilidade de operação no sistema jurídico por código diverso do código direito/não direito. Nesse ponto, as operações do sistema somente podem ser realizadas por seus próprios elementos, que são mantidos e produzidos pelo próprio sistema, conforme a noção de autopoiese já várias vezes e por diversas formas repetida.

Mas, embora seja operativamente fechado (leia-se, também, normativamente fechado), o sistema é cognitivamente aberto ao meio que o circunda, como única possibilidade que tem de evoluir. Assim, se o sistema não fosse fechado normativamente, não se manteria diante da contingência e, se não fosse cognitivamente aberto, igualmente estaria fadado a ser substituído, uma vez que ficaria residindo no passado, não estando aberto ao futuro, à evolução e à complexidade do mundo – não se adaptaria à complexidade sempre crescente.

Nesses termos, um lado, o cerramento, está relacionado e condicionado ao outro, a abertura, e ambos os lados estão assim relacionados de forma recíproca.

Não há, de qualquer modo, comunicação “direta”, intersistêmica, pois a comunicação somente é possível internamente. No entanto, a abertura do sistema ao meio, possibilita uma “comunicação indireta” intersistêmica⁴³³. É que, na origem, previamente à diferenciação funcional, havia a possibilidade de comunicação no sistema total, tanto é que seu código de operação é sim/não. E, à medida que a sociedade se tornou mais complexa e se diferenciou por sistemas de funções, aí sim ficou impossibilitada a comunicação direta entre os sistemas, uma vez que o código de operação, o sentido do sistema, não torna possível a operação por código distinto, nem o código do sistema total viabiliza a comunicação nos subsistemas, por ser extremamente simples e viabilizar apenas e, tão-somente, a aceitação ou a rejeição.

Por outro lado, cumpre ter em vista que a operação interna do sistema por código diverso implicaria a corrupção dos códigos⁴³⁴. Nesses termos, se o sistema jurídico viesse a operar com o código do sistema político (governo/oposição) em vez de direito/não direito, naturalmente teria como uma das conseqüências a possível perda de autonomia do sistema, tornando-se, então, dependente do sistema político e, nesse caso, estaria acarretando a sua extinção, em última análise.

⁴³³ Leonel Severo Rocha e Delton Winter de Carvalho mencionam “interação indireta”. Ver nota 426, p. 267, acima.

⁴³⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico....Op. cit., p. 99.

Por isso tudo que, na intrincada construção teórica, Luhmann explicita a condição de que os sistemas se observam reciprocamente, mas, mais do que isso, de que têm uma prestação recíproca, enquanto que, para o sistema total – a sociedade, os subsistemas resolvem um problema, cumprindo uma função. Então, os subsistemas entre si “se prestam”. A função do sistema jurídico é a de, em última análise, possuir expectativas normativas conforme a perspectiva da dimensão temporal, em outras palavras: possuir estruturas de expectativas estabilizadas contra o desapontamento. E, em relação aos outros subsistemas, o sistema jurídico tem uma prestação, possibilitar a decisão. Germano Schwartz tece um exemplo atinente à prestação do sistema político – a edição de lei sobre o sistema sanitário, bem como sobre a prestação do sistema jurídico – conceder, ou não, uma prestação sanitária (decidir). Se, então, o sistema jurídico decide com base em ausência de orçamento, ou de verba orçamentária, denegando a prestação sanitária, incorre em extrapolação sistêmica, pois desborda do código direito/não direito, uma vez que a decisão está em conformidade ao código do sistema político ou do sistema econômico⁴³⁵.

Especialmente sobre a possibilidade de intervenção jurídica direta nos demais subsistemas parciais, Gunther Teubner⁴³⁶ considera que, diante da autonomia dos sistemas, à conta das relações auto-referenciais, não é possível a intervenção jurídica direta. No entanto, apresenta três possibilidades de

⁴³⁵ SCHWARTZ, Germano. O tratamento jurídico do risco no direito à saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 74.

⁴³⁶ TEUBNER, Gunther. O direito como sistema autopoiético. Op. cit., p. 165 e seguintes.

intervenções indiretas: (a) observação sistêmica mútua, (b) articulação pela interferência, e (c) comunicação pela organização.

No caso da observação recíproca, expõe Teubner o exemplo do controle de preços pela legislação, dizendo que não há possibilidade de o sistema econômico sofrer alguma influência, pois o controle de preços constitui apenas um feixe de operações cognitivas e normativas no interior do sistema jurídico, não podendo ser transferidas ao sistema econômico. A edição de lei de controle de preços significaria “uma sublimação da realidade social, tornando-se numa hiper-realidade da sociedade reconstruída na comunicação jurídica⁴³⁷.” Mesmo, então, diante de um ponto de vista construtivista, o sistema jurídico tão-somente observaria o sistema econômico e construiria uma realidade jurídica do sistema econômico, que não seria a realidade econômica. A lei de controle de preços seria meramente uma observação, uma imagem construída no sistema jurídico.

Com relação às interferências entre os sistemas, Gunther Teubner rejeita três possibilidades. Menciona, inicialmente, ser impossível a comunicação recíproca entre a economia, a política e o direito enquanto atores coletivos, uma vez que os subsistemas não estão dotados de ação. E, considerando a elevada complexidade, apenas alguns setores dos subsistemas se encontram formalmente organizados, citando as empresas, a administração pública e a organização judiciária. Então, na hipótese de ser aceita a comunicação entre organizações,

⁴³⁷ Idem, p. 158.

objeta que a complexidade seria elevadíssima, uma vez que não se lidaria com uma relação (direito-economia), mas sim com cinco relações (sistema jurídico – limite do sistema jurídico – comunicação intersistêmica como comunicação interorganizacional – limite do sistema econômico – sistema econômico).

A segunda alternativa, a de explorar a diferença entre clausura operativa e abertura cognitiva, como visto no tópico anterior, embora tentadora, para Teubner é inconseqüente, pois acaba por conduzir a contradições, pois, diversamente dos sistemas vivos, que extraem energia do seu meio envolvente, os sistemas sociais, cognitivos, não possuem qualquer contato com o ambiente/entorno. É que, pela cognição, a informação não é filtrada, mas selecionada dentro do próprio sistema. Todas as comunicações são geradas no próprio sistema; somente o que faz sentido ao sistema é gerido pelo sistema.

A terceira possibilidade também é descartada por Teubner, pois a perspectiva do que é designado como “continuidade material do sistema”, com a existência de pressupostos comuns, como a vida orgânica, a cognição psíquica e a estabilidade de uma estrutura material atômica, que constituem os processos sociais, físicos e psíquicos existem tanto dentro como fora do direito⁴³⁸. Embora essa divergência com Luhmann, Teubner esclarece concordar com a possibilidade de os sistemas estarem baseados num “*continuum*” de materialidade, considerando que as estruturas sociais gerais (linguagem, construção da realidade) são fornecidas ao direito.

⁴³⁸ Idem, p. 171.

Em seguida à rejeição dessas três possibilidades, Teubner enuncia a tese de que é possível haver um rompimento com a circularidade da comunicação por modo diverso do interno, entendido como observação. A tal possibilidade designa de “interferência de sistemas autopoieticos homogêneos, nascidos ou resultantes do processo interno de diferenciação de um sistema autopoietico mais abrangente⁴³⁹.” Portanto, tal tese possibilita um contato recíproco entre os sistemas para além da observação (em forma de prestação).

Na interferência⁴⁴⁰, como apresenta Teubner⁴⁴¹, os sistemas possuem uma similitude de elementos (são homogêneos, como diz), por isso os sistemas articulam diversas informações por meio de um único evento comunicativo. Há uma partilha do evento comunicativo, sem consequência na autopoiese própria de cada um dos sistemas. Salienta o autor que os elementos dos subsistemas têm como matéria-prima a mesma matéria-prima do sistema autopoietico de primeiro grau: o sentido. Os sistemas sociais “utilizam o fluxo de comunicação social, dele extraindo comunicações especiais como novos elementos: utilizam as estruturas sociais (expectativas) para a construção de normas jurídicas e as construções da realidade para a construção da ‘realidade jurídica’⁴⁴².” Na verdade, adverte

⁴³⁹ Idem, p. 172.

⁴⁴⁰ Interferência é diverso de interpenetração intersistêmica, pois Parsons define esta como “uma zona de componentes estruturados ou padrões que precisam ser tratados, teoricamente, como comum a dois sistemas, e não simplesmente atribuídos a um sistema ou outro”, zona esta situada no limite entre qualquer par de sistemas. Menciona Parsons que essas zonas de interpenetração dão vazão aos processos de intercâmbios entre sistemas (PARSONS, Talcott. O sistema das sociedades modernas. Op. Cit., p. 17).

⁴⁴¹ TEUBNER, Gunther. Op. cit. p. 179.

⁴⁴² Idem, p. 176.

Teubner que não são criados novos elementos, mas tão-somente veiculados com o sentido próprio ao subsistema.

Evidente que há problemas com relação à interferência, como destaca Teubner, mencionando as dores de cabeça do legislador intervencionista que não consegue “despoletar” quaisquer efeitos estruturais gerais no sistema que eventualmente pretendia regular. É o caso de lembrar, num exemplo exagerado, o controle geral de preços em uma economia de mercado. Nesse caso, há perda de motivação e a expectativa não será institucionalizada, nem implementada razoavelmente na dimensão prática. Há também perda de informação, além da perda de motivação, quanto maiores forem as filtragens intersistêmicas entre o direito e a área social que se pretende regular.

Contudo, o autor menciona os exemplos do contrato e do direito subjetivo, que contêm diversos tipos de comunicação. O contrato, à medida que (a) é um ato de pagamento, uma vez que é obrigação a preterir outros atos de pagamento, portanto do sistema econômico, que (b) altera uma situação jurídica e que cria novas normas jurídicas, portanto do sistema jurídico, e que (c) persiste como uma comunicação geral de caráter social. Aqui se percebe um mesmo evento comunicativo contendo diversos tipos de comunicação.

Aos problemas da perda de motivação e de informação, Teubner aponta a possível solução do direito reflexivo como uma “política de opções”, no sentido de que a intervenção jurídica fosse viabilizada como uma opção, uma faculdade,

de modo flexível, de acordo com as necessidades sociais. Mas isso conduziria a outras graves e conhecidas conseqüências, deixando a validade da lei ao livre arbítrio dos seus próprios destinatários⁴⁴³.

A intervenção por meio das organizações operacionais dos subsistemas sociais, como os Tribunais e os bancos, no sistema jurídico e no sistema econômico, também é examinada por Teubner, que menciona tal possibilidade citando “os sistemas de negociação neocorporativos como um mecanismo de ajustamento ajustamento recíproco dos modelos internos ao mundo externo pelos órgãos de controlo central dos vários subsistemas⁴⁴⁴.” De qualquer modo, o direito, nesses casos, cumpre uma função procedimental, atinentes a regras de processo e de competência.

3.4.12 – A tradição organicista e a teoria sistêmica de Niklas Luhmann

A toda evidência ficou constatado, convém reafirmar, que a teoria sistêmica de Luhmann deriva, essencialmente, do pensamento organicista, que tem em conta a prevalência do todo. No caso, a teoria dos sistemas sociais privilegia o estudo da sociedade e, então, originariamente, põe o ser humano, ou sistema psíquico, como ambiente da sociedade. Há críticas, apressadas é certo, que mencionam que a teoria dos sistemas é anti-humanista, no sentido de deixar de tratar do homem. No entanto, a observação e descrição feitas pela teoria

⁴⁴³ Idem, p. 188.

⁴⁴⁴ Idem, p. 192.

sistêmica na verdade não olvidam o ser humano, mas, apenas e tão-somente, o tem como sistema, a significar que não se encontra na sociedade, a significar que é, por igual, sistema diverso, assumindo que não é uma teoria antropológica.

Evidentemente que o pensamento, ou tradição organicista, nas teorias sistêmicas pós-modernas, apresenta inovações extremamente originais, mas, com certeza partem da concepção holística, total, ou global. Assim se expressa, por exemplo, Edgar Morin:

O global é mais que o contexto, é o conjunto das diversas partes ligadas a ele de modo inter-retroativo ou organizacional. Dessa maneira, uma sociedade é mais que um contexto: é o todo organizador de que fazemos parte. O planeta Terra é mais do que um contexto: é o todo ao mesmo tempo organizador e desorganizador de que fazemos parte. O todo tem qualidades ou propriedades que não são encontradas nas partes, se estas estiverem isoladas umas das outras, e certas qualidades ou propriedades das partes podem ser inibidas pelas restrições provenientes do todo. Marcel Mauss dizia: “É preciso recompor o todo.” É preciso efetivamente recompor o todo para conhecer as partes. (...)

Além disso, tanto no ser humano, quando nos outros seres vivos, existe a presença do todo no interior das partes: cada célula contém a totalidade do patrimônio genético de um organismo policelular; a sociedade, como um todo, está presente em cada indivíduo, na sua linguagem, em seu saber, em suas obrigações e em suas normas. Dessa forma, assim como cada ponto singular de um holograma contém a totalidade da informação do que representa, cada célula singular, cada indivíduo singular contém de maneira “holográfica” o todo do qual faz parte e que ao mesmo tempo faz parte dele⁴⁴⁵.

São, então, nesse sentido, as teorias sistêmicas, ou teorias da complexidade e, inclusive, as teorias construtivistas, entre muitas outras, que levam em conta a totalidade, pondo-a em lugar de destaque, reagindo à concepção do pensamento que grassou na modernidade – o pensamento mecanicista, o pensamento

⁴⁴⁵ MORIN, Edgar. Os sete saberes necessários à educação do futuro. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: Unesco, 2002, p. 37-38.

cartesiano, o pensamento reducionista, o pensamento matemático –, pensamento este que essencialmente leva em conta as partes, numa especialização técnica.

3.5 – A situação da teoria do consenso – a razão comunicativa – evolução pela comunicação

Sem a elaboração desenvolvida acima sobre a teoria dos sistemas sociais, com relação a qual houve a necessidade de ser mais aprofundada a pesquisa, postula-se, na seqüência, apresentar uma noção preliminar e, se é que tanto seja possível, superficial, sobre a teoria do consenso, ou teoria da razão comunicativa, de Jürgen Habermas. Desde logo, antecipa-se, usando a mesma conclusão de Paulo Bonavides, de que essa teoria deriva da tradição ou do pensamento mecanicista, pois tem em conta as partes, com a originalidade de privilegiar as relações entre as partes, ou seja a comunicação entre as partes. E, então, Paulo Bonavides novamente tem razão ao mencionar que os filósofos desenvolveram com mais naturalidade o pensamento mecanicista, uma vez que Jürgen Habermas é, provavelmente, o filósofo mais vezes citado na atualidade.

E, ao dizer que a teoria da razão comunicativa tem em conta os atores, em comunicação, parece estar ocorrendo uma contradição, pois o pensamento sistêmico da atualidade tem como principal mote investigativo justamente as relações. Então, como afirmar que a teoria da razão comunicativa deriva, essencialmente, do pensamento mecanicista? Mas, a resposta se encontra na

própria afirmação, que enuncia, não mais do que isso: que a teoria da razão comunicativa deriva, **essencialmente**, do pensamento mecanicista, o que, então, não quer dizer que não tenha elevado grau de originalidade e não contenha, por igual, noções sistêmicas na sua elaboração. De qualquer modo, essa é uma observação que se sujeita, por óbvio, a críticas, observação que se pretenderá fundamentar, com vistas à sua comprovação.

Cumpre anunciar, ainda, que embora se apregoe que o pensamento sistêmico seria o paradigma da pós-modernidade, adequado ao mundo extremamente complexo, e que esse paradigma deve superar o paradigma reducionista, matemático, cartesiano, a solução de eliminação do pensamento mecanicista não se coaduna com o próprio pensamento sistêmico, bem examinando as suas noções teóricas. É que, como explica Maria José Esteves de Vasconcellos⁴⁴⁶, no percurso do conhecimento há o que chama de ultrapassagem entre a ciência tradicional e o que denomina de cientista novo-paradigmático. Assim, fala-se de “edifício científico” que é construído gradualmente, não sendo necessário que os cientistas fiquem se preocupando o tempo todo com a epistemologia que estão adotando. Então, a autora faz uma representação estrutural entre epistemologia e pressupostos epistemológicos, derivando daí as teorias científicas e, dessas teorias, derivam as práticas científicas e as aplicações da ciência. Assim conclui essa autora:

⁴⁴⁶ VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. Op. cit., p. 161 e seguintes.

Feita a ultrapassagem, ou seja, a mudança de paradigma, o cientista sistêmico amplia o foco, resgata e integra a ciência tradicional. Entretanto, o que ele resgata não é mais a mesma ciência tradicional, porque ele próprio não é mais o mesmo, reviu seus pressupostos, tem um novo modo de estar no mundo. Este sim, o cientista, e não a ciência, passou por uma metamorfose e agora viverá seus acoplamentos estruturais a partir dessa nova estrutura.

A meu ver, o cientista novo-paradigmático não pode resgatar a epistemologia da ciência tradicional. Pode resgatar apenas suas teorias, suas técnicas. Mas essas já não serão as mesmas, uma vez que também se transformaram na relação com esse novo cientista, que agora tem um olhar novo sobre elas.

Costumo dizer que o cientista novo-paradigmático carrega, numa sacola a tiracolo, as técnicas, os recursos e os conhecimentos desenvolvidos pela ciência tradicional e sente-se livre para usá-los quando quiser. Porém, usá-los-á de modo completamente diferente de como o fazia antes dessa ultrapassagem⁴⁴⁷.

Contudo, como menciona João Pissarra Esteves⁴⁴⁸, a doutrina de Habermas representa a referência negativa da teoria de Luhmann e, curiosamente, ambos foram colegas em Harvard, nos cursos de Talcott Parsons. Para João Pissarra Esteves, Luhmann, com uma crítica radical à tradição emancipatória herdeira do humanismo das Luzes, que considera desajustada da realidade complexa das sociedades desenvolvidas, refuta o pensamento de Habermas, que caracteriza como uma versão contemporânea da tradição progressista do pensamento europeu.

3.5.1 – O conceito de ação comunicativa

Para chegar ao conceito de ação comunicativa, Habermas desenvolve os conceitos de ação teleológica, ação estratégica, ação regulada por normas e ação

⁴⁴⁷ Idem, p. 163.

⁴⁴⁸ ESTEVES, João Pissarra. Apresentação. LUHMANN, Niklas. A improbabilidade da comunicação. Lisboa: Veja, Limitada, 2001, p. 7.

dramatúrgica. Com a ação teleológica o ator realiza um fim, ou faz com que se produza o estado de coisas desejado, escolhendo, numa determinada situação, os meios mais congruentes e aplicando-os de maneira adequada. Trata-se de uma decisão entre alternativas de ação com vistas à realização de um objetivo. A ação teleológica é convertida na ação estratégica quando o cálculo que o autor faz do seu êxito intervém na expectativa de decisões ao menos de um outro sujeito, que também atua conforme seus próprios propósitos. Aqui o ator escolhe meios tendo como ponto de vista a maximização da utilidade ou de expectativas de utilidade. O modelo de ação regulada por normas tem em conta, em vez de um indivíduo isolado, um conjunto de atores que orientam sua ação por valores comuns. As normas expressam um acordo existente em um grupo social. O conceito central de observância de uma norma significa o cumprimento de uma expectativa generalizada de comportamento. E, o conceito de ação dramatúrgica não remete à referência nem a um ator solitário, nem ao membro de um grupo, senão a participantes em uma interação que constituem uns e outros um público ante o qual se põem a si mesmos em cena. O ator suscita em seu público uma determinada imagem, ou impressão de si mesmo ao desvelar mais ou menos de propósito sua própria subjetividade⁴⁴⁹.

Nas suas palavras, na tradução espanhola, Habermas então põe o conceito de ação comunicativa:

⁴⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa, I. Madrid: Taurus, junho/2001, p. 122-4.

Finalmente, el concepto de acción comunicativa se refiere a la interacción de a lo menos dos sujetos capaces de lenguaje y de acción que (ya sea con medios verbales o con medios extraverbales) entablan una relación interpersonal. Los actores buscan entenderse sobre una situación de acción para poder así coordinar de común acuerdo sus planes de acción y con ello sus acciones. El concepto aquí central, el de interpretación, se refiere primordialmente a la negociación de definiciones de la situación susceptibles de consenso. En este modelo de acción el lenguaje ocupa, como veremos, un puesto prominente⁴⁵⁰.

Lúcia Maria de Carvalho Aragão esclarece o conceito de ação comunicativa na teoria de Habermas. Menciona que é utilizada a distinção de Austin entre atos ilocucionários e atos perlocucionários. Diz que, além dos atos locucionários, pelos quais o falante apenas diz algo, expressa um estado-de-coisas, há os atos ilocucionários, com os quais o falante realiza uma ação enquanto diz algo e os atos perlocucionários estes que fazem com que o falante cause um efeito sobre o ouvinte, produzindo algo no mundo. Os atos ilocucionários são as ações comunicativas, tendo relevância o sentido do que é dito, enquanto os atos perlocucionários são ações teleológicas, possuindo relevância a intenção do agente. Nas ações teleológicas o ator persegue propósitos estratégicos. Nas ações comunicativas, atos ilocucionários portanto, o ator “faz o ouvinte saber que ele quer que o que ele diz seja entendido como uma saudação, uma ordem, uma explicação, uma advertência etc.” Há auto-suficiência ou auto-identificação do ato-de-fala comunicativo, já que sua intenção comunicativa não vai além de querer que o ouvinte entenda o conteúdo manifesto do seu ato-de-fala⁴⁵¹.

⁴⁵⁰ Idem, p. 124.

⁴⁵¹ ARAGÃO, Lucia Maria de Carvalho. Razão comunicativa e teoria social crítica em Jürgen Habermas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 29-30.

A ação comunicativa se define por oposição à ação estratégica, porque, enquanto, na primeira, os participantes da comunicação buscam alcançar um entendimento sobre uma situação: sobre seus planos de ação, para coordená-los através de um acordo que é obtido através de definições das situações que admitem consenso; na segunda, pelo menos um dos participantes quer provocar uma decisão entre cursos alternativos da ação, objetivando realizar intenções próprias⁴⁵².

Explica, ainda, esta autora, que a ação comunicativa não se esgota na persecução de metas ilocucionárias, ou seja, da ação interpretativa do sentido, mas exige uma interação. Além disso, a ação comunicativa é uma forma de alcançar entendimento, mas, sobretudo, um mecanismo para coordenar ações. A linguagem é sempre *medium*, um topos, algo que possibilita o acesso do sujeito ao mundo cercante, uma condição de acesso do sujeito ao mundo.

Mas, enquanto na ação os atores têm a capacidade de estabelecer metas, de agir direcionalmente a estas metas, e de manifestar um interesse pela realização de seus planos de ação – o que revela uma estrutura teleológica da ação – a estrutura teleológica da linguagem se reduz ao fato de que “os participantes em interações podem agora mobilizar o seu potencial de racionalidade...expressamente para a meta perseguida cooperativamente de alcançar entendimento” (1984 c, p. 99). Quando assim se mobilizam estabelecem relações com o mundo, não de uma maneira direta, mas de uma maneira reflexiva⁴⁵³.

Aprofundando tal conceito, Rogério Gesta Leal explica ainda mais:

Por outro lado, para os fins de comunicação e entendimento (que não se baseia no domínio de uns sobre os outros), há um interesse diferenciado, notadamente comunicativo, que se enraíza nas estruturas da ação comunicativa, pela qual os homens se relacionam entre si, por meio de normas lingüisticamente articuladas, e cujo objetivo é o entendimento mútuo.

De qualquer maneira, para Habermas, ambas as formas de conhecimento, geradas, pelos respectivos interesses, servem a um interesse

⁴⁵² Idem, p. 52.

⁴⁵³ Idem, p. 53.

mais fundamental (nunca negado por elas): o da emancipação da espécie. O conhecimento instrumental permite ao homem satisfazer as necessidades, ajudando-o a libertar-se da natureza exterior (por meio da produção); o conhecimento comunicativo, o impele a emancipar-se de todas as formas de repressão social (ou de seus representantes intrapsíquicos). Ambos estão, portanto, a serviço da emancipação. Este é ao mesmo tempo um fim em si e um marco dentro do qual a teoria crítica consegue perceber as demais ciências, e a si própria, como *interessadas*⁴⁵⁴.

Adiante na sua obra⁴⁵⁵, Habermas expõe que o entendimento é o mecanismo de coordenação da ação, no sentido de que os participantes em interação se põem de acordo acerca da validade que pretendem para as suas manifestações. Reconhecem intersubjetivamente as pretensões de validade com que se apresentam uns frente aos outros. Assim, um falante faz valer uma pretensão de validade, como tal suscetível de crítica, estabelecendo com sua manifestação relação com, pelo menos, um dos mundos e, então, fazendo com que essa sua relação entre ator e mundo seja possível de um julgamento objetivo, provocando seu ouvinte a tomar uma posição racionalmente motivada.

El concepto de acción comunicativa presupone el lenguaje como un medio dentro del cual tiene lugar un tipo de procesos de entendimiento em cuyo transcurso los participantes, al relacionarse con un mundo, se presentan unos frente a otros con pretensiones de validez que pueden ser reconocidas o puestas em cuestión⁴⁵⁶.

Na determinação preliminar ao conceito de racionalidade, Habermas expõe que constituem pretensões de validade as manifestações dos sujeitos capazes de linguagem, por exemplo, no mundo objetivo. Assim, A menciona que algo existe

⁴⁵⁴ LEAL, Rogério Gesta. Matrizes fundacionais do pensamento de Jürgen Habermas: aspectos epistemológicos e sociológicos. São Leopoldo: Centro de Ciências Jurídicas, PPGD – Unisinos, 2002, p. 211-212..

⁴⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa, I. Op. cit., p. 143.

⁴⁵⁶ Idem, ibidem.

no mundo e B diz que algo haverá de existir no mundo. Tais pretensões podem ser criticadas ou defendidas, ou seja, podem fundamentar-se⁴⁵⁷.

Cumpra, também, compreender a proposta dos três mundos⁴⁵⁸, retirada por Habermas da Teoria de Popper. Há, primeiramente, um mundo objetivo, dos objetos físicos, ou dos estados físicos. Depois, no segundo mundo, há os estados de consciência ou os estados mentais, ou, ainda, episódios internos. Por fim, há o mundo dos conteúdos objetivos de pensamento, em especial do pensamento científico e do pensamento poético e das obras de arte, ou dos conteúdos semânticos dos produtos simbólicos.

A noção de entendimento é importante que seja clareada, pois é ambígua, como anota Juan Carlos Velasco⁴⁵⁹. Expõe este autor que a expressão “entendimento” sugere duas definições bem diferentes, por um lado (a) a idéia de haver compreendido e, por outro, (b) a idéia de estar de acordo com o que foi dito. Embora isso, sinala que Habermas tem em conta – e disso é bem consciente – que o entendimento – enquanto um *telos* inerente à linguagem em seu uso comunicativo, representa tão-somente um fim que pode ser alcançado, ou não. Então, a primeira definição – compreensão – constitui pressuposto para obter o acordo – a segunda definição –, mas o contrário não ocorre.

⁴⁵⁷ Idem, p. 25.

⁴⁵⁸ Idem, p. 112 e 113.

⁴⁵⁹ VELASCO, Juan Carlos. Para leer a Habermas. Madrid: Alianza Editorial, 2003, p. 40.

3.5.2 – Mundo da vida e sistema

A categoria teórica “mundo da vida”, construída por Habermas, tem suas raízes na linguagem e construção do mundo, direta ou indiretamente. Conforme Juan Carlos Velasco, o conceito de “mundo da vida” (*Lebenswelt*) foi adotado por Habermas da tradição fenomenológica de Edmund Husserl⁴⁶⁰. O próprio Habermas, aliás, menciona que retirou esse conceito da análise fenomenológica do mundo da vida levada a cabo por Edmund Husserl, ou da análise realizada por Wittgenstein, da forma de vida, ainda que este não a tenha realizado de forma sistemática⁴⁶¹.

Destaca Habermas⁴⁶² que, desde a distinção da ação teleológica, da ação regulada por normas e da ação dramática, fez igualmente a distinção de três relações do ator com o mundo. Então, o ator, ao realizar um dos atos de fala normais, estabelece uma relação pragmática (a) com algo no mundo objetivo, caracterizado como a totalidade das entidades sobre as quais é possível produzir enunciados verdadeiros, (b) com algo no mundo social, caracterizado como a totalidade das relações interpessoais legitimamente reguladas e (c) com algo no mundo subjetivo, caracterizado como a totalidade das próprias vivências, às quais cada um, respectivamente, tem um acesso privilegiado, podendo ser apresentadas com veracidade a um público, sendo que, nesta relação, os referentes do ato de

⁴⁶⁰ Idem, p. 47.

⁴⁶¹ HABERMAS, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa, II. Op. Cit., p. 169.

⁴⁶² Idem, p. 170.171.

fala surgem ao falante como algo objetivo, algo normativo ou como algo subjetivo.

Todavia, somente em situações raras, ou específicas, provavelmente de abordagem científica, há possibilidade de tipos puros de ações orientadas ao entendimento, pois, na quase totalidade das situações, as manifestações comunicativas vão sendo inseridas, simultaneamente, em diversas relações com o mundo. Portanto, esse processo cooperativo de interpretação refere-se, ao mesmo tempo, ao mundo objetivo, ao mundo social e ao mundo subjetivo.

Segundo Lúcia Maria de Carvalho Aragão⁴⁶³, o mundo da vida seria essa “realidade pré-estruturada simbolicamente”, ou seja, um conjunto de sentidos gramaticalmente pré-determinado. Esse contexto social é criado pelos falantes e agentes de forma direta e indireta sob a forma (a) de expressões imediatas, que seriam os atos de fala, atividades dirigidas a metas e ações cooperativas, (b) de sedimentação dessas expressões imediatas, que seriam os textos, as tradições, os documentos, as obras de arte, objetos de cultura material, bens, técnicas etc. e, ainda, (c) de configurações geradas indiretamente, no nível de maior complexidade, que seriam as instituições, os sistemas sociais e as estruturas de personalidade.

⁴⁶³ ARAGÃO, Lúcia Maria de Carvalho. Razão comunicativa e teoria social crítica em Jürgen Habermas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 44.

O mundo da vida é o pano de fundo, ou o transfundo, da ação comunicativa. É, ainda, esse horizonte comum de compreensão, que permite que os sujeitos atuem de modo comunicativo, onde está a base em que se apóiam os interlocutores, base a princípio inamovível, de pressupostos não problematizados⁴⁶⁴, ou horizonte não tematicamente dado, não questionado⁴⁶⁵.

Esclarece Juan Carlos Velasco⁴⁶⁶ que o próprio desacordo tem lugar em um transfundo de acordos tácitos, acordos estes firmados sobre um saber imediatamente familiar, que não é questionado e que é a base cognitiva da prática comunicativa cotidiana. Rigorosamente, o ator não se dá conta – ou não se questiona – desse saber compartilhado que constitui a realidade, pois o ator é um ser histórico e social e encontra-se sempre em um mundo da vida estruturado lingüisticamente.

Dessas concepções não destoa Manfredo Araújo de Oliveira, ao expor o “mundo vivido”:

Nessa ótica, o mundo vivido é considerado a partir do processo de entendimento no qual diferentes pessoas se entendem a partir de um pano de fundo comum sobre algo no mundo objetivo dos fatos, no mundo social das normas e mundo subjetivo das vivências. O mundo vivido emerge como condição de possibilidade do processo comunicativo: ele é um reservatório de evidências e de convicções inabaladas, que constitui o sentido intersubjetivamente partilhado a partir do qual as pessoas podem comunicar-se.

Trata-se, aqui, de um depósito de “esquemas” interpretativos, que se articula lingüisticamente e se transmite por meio da tradição.

⁴⁶⁴ VELASCO, Juan Carlos. Op. cit. p. 47.

⁴⁶⁵ ARAGÃO, Lúcia Maria de Carvalho. Razão comunicativa... Op. cit., p. 44.

⁴⁶⁶ VELASCO, Juan Carlos. Op. cit., p. 47.

Constitutivos do mundo vivido são a linguagem e a cultura, pois ambos constituem o “em que” os sujeitos na comunicação se entendem sobre algo⁴⁶⁷.

Nas três menções acima, ficou certamente claro o conceito, ainda que resumido, da categoria “mundo da vida” habermasiana. Evidentemente que essa categoria teórica tem inúmeras possibilidades de repercussão que poderiam aqui ser enfrentadas. Contudo, para o propósito da tese, importa traçar um paralelo entre mundo da vida e sistema. O mundo da vida é uma abstração onde se põe a ação comunicativa, ou seja, o mundo da vida é inquestionado, é um não-dar-se-conta dos atores em comunicação, os quais se expressam conforme suas vivências. Essa abstração, de rigor, é semidesordenada, em que as normas que existem se encontram nas regras e expressões lingüísticas tão-somente, em que o ator não se dá conta das normas.

Contrariamente, o sistema, na teoria luhmanniana, é ordenado e, normativa e funcionalmente, promove a redução da complexidade do ambiente. Nesse sentido, a teoria de Habermas desenvolve a noção de colonização sistêmica do mundo da vida. Então, se o mundo da vida é semidesordenado, os sistemas trazem a ordem necessária para a tentativa de redução de complexidade na sociedade contemporânea.

Um pouco de maior clareza é posta por Juan Carlos Velasco nessa distinção, dizendo que, no mundo da vida, são as ações comunicativas as que

⁴⁶⁷ OLIVEIRA, Manfredo Araújo. Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 334-335.

permitem a produção e a reprodução de valores, normas e instituições, enquanto que, no sistema, há recursos de carácter monológico, com um componente prevalecente técnico-funcional. O mundo da vida é o mundo da cotidianidade, que tem autonomia frente à ciência e à técnica e, ainda, possui valores e normas racionais próprias que não se diluem, simplesmente, nas normas de racionalidade científica⁴⁶⁸. Numa tentativa muito simplista de afinar a distinção, no mundo da vida opera, essencialmente, a tradição, enquanto que, no sistema, há, essencialmente, a positividade da norma, que traz a ordem, com vistas à redução da complexidade. E, seguindo, Juan Carlos Velasco menciona a diferenciação entre os planos e a intromissão de um no outro:

La distinción entre la dimensión comunicativa y la dimensión técnico-funcional de los fenómenos sociales, entre *mundo de la vida* y *sistema*, es el principal gozne sobre el que pivota toda la teoría crítica de la sociedad formulada por Habermas. Ambas dimensiones se necesitan y complementan. Y no se puede explicar la sociedad actual sin reconocer su existencia. Lo específico de la evolución social que se puso en marcha con el advenimiento de la modernidad es la progresiva diferenciación entre estos dos planos, que conduce, por una parte, a la desintegración social y, por otro, a una ulterior intromisión del uno en el otro. Esto se debe, entre otras razones, a que entre estos dos ámbitos, lejos de mantener una relación estática, se dan constantes influencias recíprocas. No obstante, en las sociedades complejas el *sistema* resulta ser con mucha diferencia el elemento más expansivo, hasta el punto de que cabe observar una constante dinámica interventora del *sistema* en el ámbito del mundo de la vida. A este fenómeno es a lo que Habermas denominará *colonización del mundo de la vida* por parte de los imperativos sistémicos. En esta fórmula se recapitula el principal diagnóstico que Habermas establece de las patologías que minam las sociedades modernas⁴⁶⁹.

Salienta, ainda Juan Carlos Velasco, que esta colonização é deveras preocupante quando os recursos próprios ao sistema, como o dinheiro e o poder,

⁴⁶⁸ VELASCO, Juan Carlos. Op. cit., p. 48-49.

⁴⁶⁹ Idem, ibidem.

se introduzem no mundo da vida até o ponto em que substituem os meios verbais de comunicação, com a monetarização das relações humanas e a burocratização das decisões⁴⁷⁰. A denominação de “recursos próprios ao sistema”, dada por Juan Carlos Velasco, na verdade, na linguagem sistêmica luhmanniana pertence aos meios simbólicos de comunicação⁴⁷¹.

E, com efeito, a intromissão sistêmica no mundo da vida é paulatina e cada vez mais incisiva, pois, como anota Habermas⁴⁷², desde a escola e a família, até os casos mais absurdos ligados ao direito de vizinhança, antes cuidados tão-somente pela ética de comportamento, com a ausência da coação estatal, passam a ser disciplinados juridicamente, seja por meio de legislação específica e detalhista, seja por meio de jurisprudência, à conta da proibição do *non liquet*, que impõe que o judiciário decida sobre qualquer eventual lesão de direito, mesmo ausente legislação.

É da análise de Habermas que resulta uma adequada teoria sobre os temas da politização do judiciário ou da judicialização da política, já vistos antes. Cumpre notar que, conforme Celso Fernandes Campilongo, “só quando o direito procura limitar a política e a política determinar o direito a ‘politização da justiça’ e a ‘judicialização da política’ tornam-se problemas relevantes”⁴⁷³. Contudo, à diferença das demais pesquisas publicadas, que apenas constatam esses

⁴⁷⁰ Idem, p. 50.

⁴⁷¹ A noção fiel de colonização do mundo da vida, portanto de Habermas, já constou acima, por exemplo na nota nº 154, quando houve citação da Teoría de la acción comunicativa.

⁴⁷² HABERMAS, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa, II. Op. cit., p. 520.

⁴⁷³ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 25.

problemas, mas não apresentam as suas causas, Habermas vai além e, com a teoria da colonização sistêmica do mundo da vida, revela várias causas, entre as quais, (a) o fim da eficácia da ética de comportamento, (b) a monetarização das relações humanas e a burocratização das decisões e (c) a profissionalização de diversos segmentos. A teoria dos sistemas sociais entende haver, então, maior complexidade social que exige, a seu turno, uma redução da complexidade que somente é obtida com maior complexidade. A abordagem de Habermas parece ir além dessa noção de complexidade, pois parte da teoria dos sistemas para mostrar as causas da maior complexidade da sociedade. Portanto, enquanto Luhmann constata que os sistemas de função resolvem um problema do sistema abrangente, diante da maior complexidade, Habermas revela a causa dessa maior complexidade e também constata que, em consequência, há a colonização sistêmica do mundo da vida, ou seja, os sistemas se expandem, abrangendo o mundo da vida.

Na verdade, não é possível dizer que a teoria de Habermas vá além da de Luhmann, ou vice-versa, dada a circularidade com que, no aspecto citado no parágrafo anterior, se integram se complementam.

3.5.3 – A teoria do consenso

A tentativa de compreensão dos âmbitos teóricos de Habermas – o que se pode igualmente dizer de Luhmann – envolve o risco de ser simplista. Por isso vale, novamente, inserir a advertência de que não se pretende ser simplista na

abordagem, o que se faz apenas como linha narrativa e argumentativa da tese. Na verdade, as teorias examinadas são profundamente originais, com uma elevada dificuldade de acesso. Assim, ver a teoria luhmanniana como essencialmente organicista e ver a teoria habermasiana como essencialmente mecanicista, a primeira vista revela uma simplicidade descabida. Entretanto, essas conclusões servem apenas de ponto de partida para um exame mais aprofundado.

Na construção da teoria do consenso, Habermas erige diversas categorias, entre as quais a da “situação ideal de fala”, que é eminentemente idealista ou normativista. Admite Habermas⁴⁷⁴ que essa noção se prende à idéia de fala argumentativa como processo, que pode ser comparada à retórica de Aristóteles, mas que é uma forma de comunicação pouco freqüente e rara. No ponto da situação ideal de fala, os participantes da argumentação pressupõem que a estrutura da sua comunicação, em razão de propriedades puramente formais, exclui toda e qualquer outra coação, externa ou interna, diversa da do melhor argumento. Nesse sentido, são neutralizados todos os outros motivos diversos da busca cooperativa da verdade. Assim, a argumentação é entendida como uma continuação, de tipo reflexivo, da ação orientada ao entendimento.

No aspecto de entender a argumentação como procedimento – ou procedimentos pragmáticos de argumentação –, em que é comparada à dialética aristotélica, é submetida a uma regulação especial. Há uma divisão cooperativa do trabalho entre proponentes e oponentes, quando é tematizada uma pretensão de

⁴⁷⁴ HABERMAS, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa, I. Op. cit., p. 46-48.

validade que se tornou problemática, adotando-se uma atitude hipotética, ausente então a pressão da ação e da experiência, para examinarem apenas com a razão o reconhecimento ou não da pretensão defendida pelo proponente.

E, no último aspecto, quando a argumentação tem por objeto produzir argumentos, em que é comparada com a lógica aristotélica, destaca os argumentos produzidos, que convençam em razão de suas propriedades intrínsecas, com o fim de acolher ou de rejeitar as pretensões de validade.

Com análise da teoria de Toulmin, Habermas⁴⁷⁵ esclarece que os argumentos possuem uma estrutura geral, compondo-se de uma emissão problemática, que seria a conclusão, que leva anexa uma pretensão de validade, e da razão ou fundamento (*ground*), com a qual se decide sobre aquela pretensão. A razão obtém seu caráter de uma regra de inferência, ou um princípio, ou uma lei (*warrant*), sendo que a regra se apóia em evidências de tipo diverso (*backing*). O caso que se está discutindo haverá de modificar ou recortar a pretensão de validade (*modifyer*). O argumento tem de ser apresentado claramente, expressando, por exemplo, aspectos jurídicos prevalecendo em relação aos estéticos, bem como qual é o seu propósito subjacente; as razões tem de ser relevantes diante da pretensão (*claim*) anunciada no argumento, suficientes para apoiá-la; a garantia para assegurar o apoio tem de ser aplicada ao caso em discussão e basear-se em um sólido respaldo (*backing*).

⁴⁷⁵ Idem, p. 47.

Sobre o significado de validade, Habermas apresenta o seguinte enunciado:

Com o sentido assertórico de sua afirmação, um falante levanta a pretensão, criticável, à validade da proposição proferida; e como ninguém dispõe diretamente de condições de validade que não sejam interpretadas, a “validade” (*Gültigkeit*) tem de ser entendida epistemicamente como “validade que se mostra para nós” (*Geltung*). A justificada pretensão de verdade de um proponente deve ser defensável, através de argumentos, contra objeções de possíveis oponentes e, no final, deve poder contar com um acordo racional da comunidade de interpretação em geral⁴⁷⁶.

Explicando a teoria de Habermas, no que concerne à tensão entre faticidade e validade no sistema jurídico, Juan Carlos Velasco expõe que:

Em el seno de cualquier sistema de derecho puede observarse una tensión estructural motivada por el echo de que simultáneamente sus normas *se impongan* de modo coercitivo, en cuanto normas legales, y *se presenten como válidas*, en la medida en que se presupone la legitimidad de dicha legalidad. Dicho ahora en términos kantianos, el derecho incorpora al mismo tiempo *leyes coactivas* y *leyes de libertad*. La contraposición entre *facticidad* (el que existan o puedan existir ciertas normas que pueden ser impuestas) y *validez* (el que puedan o no resultar aceptables) carecería, sin embargo, de sentido si no estuviera precedida por una distinción elemental: por un lado, el nivel de la *acción* referido a las prácticas e instituciones concretas y materiales en donde se desarrolla la vida social; y, por otro, el nivel del *discurso* o la articulación de un momento reflexivo que valora y contrasta esas prácticas e instituciones. Esta distinción es la que se encuentra en la base de la teoría de la acción comunicativa y del discurso práctico elaborada por Habermas. Sobre este distanciamiento crítico con respecto a la acción que expresa la idea de discurso pivota precisamente toda su teoría jurídica, que, como ya ha quedado dicho, se concibe como *teoría discursiva del derecho*⁴⁷⁷.

Nesses termos, Habermas expressa validade no sentido de uma verdade que pode, ou não, ser aceita, quer dizer, inserida num discurso racional e,

⁴⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia – entre faticidade e validade I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 32.

⁴⁷⁷ VELASCO, Juan Carlos. Op. cit., p. 75.

portanto, argumentativo. Assim, quando se levanta uma pretensão de validade, deve-se tentar demonstrá-la por argumentos, mas esta pretensão de validade pode ser aceita ou recusada, também por argumentos.

A teoria da verdade consensual é extraída do uso original da linguagem, quando os falantes e os ouvintes encontram-se isentos de qualquer coação e buscam o entendimento. Lúcia Aragão explica melhor:

Ao elaborar uma teoria da verdade que se opõe ao modelo de verdade como correspondência entre enunciados e estados-de-coisas, a intenção de Habermas é fundamentar o critério de verdade no uso original da linguagem, como forma de alcançar entendimento entre falantes e ouvintes, totalmente isenta de qualquer coação. Numa teoria consensual da verdade, o critério para asseverar a verdade de um enunciado seria a possibilidade de se obter consenso, entre os participantes de uma situação de comunicação, sobre seu conteúdo. Entretanto, não se poderia tomar como critério de verdade de uma asserção qualquer forma de consenso, sob pena de não podermos distinguir entre um consenso verdadeiro e um consenso falso. Somente valeriam como verdadeiros aqueles “consensos fundamentados”, em que seriam apresentadas razões ou fundamentos aceitos como válidos por qualquer pessoa⁴⁷⁸.

Portanto, a exposição habermasiana sobre a verdade se põe, numa primeira análise, inserida numa pretensão em que está ausente a coação, pois a coação implica à ausência de liberdade na emissão e, em seguida, na análise de que essa verdade é universal, ou seja, que a cada um se apresenta de forma peculiar e respectiva, e, por fim, que essa verdade, por tudo isso, deve ser defensável com argumentos racionais, mas que pode ser rejeitada, igualmente com argumentos e,

⁴⁷⁸ ARAGÃO, Lúcia. Habermas: filósofo e sociólogo do nosso tempo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 110.

ainda, que nem sequer pode ser processada, caso este em que não haveria a mínima possibilidade de prosseguir a tentativa de obtenção de consenso.

3.5.4 – Procedimentalismo e substancialismo

A discussão que se trava sobre procedimentalismo, próprio à teoria de Habermas, e o substancialismo, que é pretendido por aqueles que entendem que se deve adotar uma interpretação ativista da Constituição revela que, entre os primeiros, há vinculação mecanicista, enquanto os segundos têm idéias organicistas.

Com efeito, Lenio Luiz Streck apresenta essas duas óticas diversas e, pelo lado do substancialismo, inicialmente indica o jusconstitucionalista Paulo Bonavides, cabendo transcrição:

Contra as teses que consideram a inexorabilidade da perda do papel das Constituições em face do novo perfil mundial trazido pela globalização, Bonavides vai dizer que a Constituição governante, vinculante e programática *não é arcaísmo do pensamento político, mas, sim, diretriz e argumento de conservação do pálido Estado de Direito que ainda resguarda na medida do possível a ordem e a liberdade nos Estados da periferia*. Enquanto Carta prospectiva, a Constituição acena para o futuro e é, como não poderia deixar de ser, garantia formal ou pelo menos promessa da construção de um Estado social e livre, robusto e independente. De forma contundente, arremata: “Diante porém da ameaça de aniquilamento do que ainda resta de soberania a um governo irremediavelmente atado aos acordos sigilosos do Fundo Monetário Internacional, faz-se mister restaurar, a todo custo, na consciência jurídica do Brasil, o dogma da Constituição vinculante, programática, prospectiva,

futurista; a única, aliás, que se compadece com o destino e as aspirações desenvolvimentistas dos Estados do Segundo e Terceiro Mundos⁴⁷⁹.”

E, pelo lado do procedimentalismo, menciona, também inicialmente, José Eduardo Faria, nos seguintes termos:

Como as respostas a essas indagações são negativas, afirma Faria, na medida em que a Constituição já não mais consegue tratar de forma unitária, coerente e racional os problemas e demandas de uma sociedade e de uma economia crescentemente complexas, a idéia de Constituição ganha novas feições. “Ela deixa de ser um estatuto organizatório definidor de competências e reguladores de processos no âmbito do Estado, passível de ser visto como ‘norma fundamental’ e reconhecido como centro emanador do ordenamento jurídico. E assume a forma de uma carta de identidade política e cultural, atuando como um centro de convergência de valores em cujo âmbito teriam caráter absoluto apenas duas exigências fundamentais. Do ponto de vista substantivo, os direitos de cidadania e a manutenção do pluralismo axiológico, mediante a adoção mecanismos neutralizadores, de soluções uniformizantes e medidas capazes de bloquear a liberdade e instaurar uma unidade social amorfa e indiferenciada. Do ponto de vista procedimental, as garantias para que o jogo político ocorra dentro da lei, isto é, de regras jurídicas estáveis, claras e acatadas por todos os atores⁴⁸⁰.”

Todavia, Lenio Luiz Streck⁴⁸¹ indica um entendimento mitigado de substancialismo, pois não pretende defender a tese de um país autárquico, postulando, então, uma força normativa que assegure o núcleo de modernidade tardia não cumprida, consubstanciado nos fins do Estado, estabelecidos no art. 3º da Constituição. Por isso, quando prega por um dirigismo constitucional, não fala de um conceito desvinculado do Estado Nacional contemporâneo e não pretende um isolacionismo de cunho monádico-autárquico, ou, usando a expressão de Canotilho, um autismo nacionalista e patriótico. Preconiza, portanto, que os

⁴⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, 75.

⁴⁸⁰ *Idem*, p. 74.

⁴⁸¹ *Idem*, p. 116 e seguintes.

mecanismos constitucionais sejam utilizados, de modo eficaz, como instrumentos aptos a evitar que os poderes públicos disponham livremente da Constituição.

À sua vez, José Luis Bolzan de Moraes também não preconiza um entendimento substancialista radicalizado, mas apresenta uma versão evoluída dessa compreensão:

Não basta, assim, que nos restrinjamos ao debate jurídico-positivo, apesar de sua importância e inafastabilidade acerca do tema enfrentado, se não tivermos presente que o seu “suceso” – efetividade – não depende unicamente de seu esforço por mecanismos jurídicos, posto que estes, muitas vezes, se esfacelam perante o estabelecimento de um espaço “público” privatizado ou paralelo ou marginal.

Deve-se, por outro lado, observar *uma inevitável correspondência entre os direitos humanos e a democracia*, posto que se esta se enfraquece são aqueles os primeiros e principais atingidos, não repercutindo unicamente no âmbito dos direitos humanos, civis e políticos, mas em todas as suas gerações, fazendo supor, como aponta Renato Janine Ribeiro, que *somente é legítimo, na política, o regime democrático*⁴⁸².

Cumprido notar, contudo, que a própria noção de procedimentalismo de Habermas é diversa da de Luhmann. A respeito, assim expôs Juan Carlos Velasco:

Habermas reprocha a quienes sustentan la tesis de la legitimidad como procedimiento, em especial a Carl Schmitt y Niklas Luhmann, que hagan uso de una noción descriptiva sumamente estrecha, esto es, que entiendan por legitimidad la mera observancia de reglas procedimentales y que, en consecuencia, no consideren preciso ir más allá de las condiciones formales de justificación de las normas jurídicas. En realidad, “la legalidad procura legitimidad si y sólo se pueden aducirse razones en el sentido de que determinados procedimientos formales, en ciertas condiciones institucionales dadas, satisfacen condiciones de justicia materiales⁴⁸³.”

⁴⁸² MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado....Op. cit., p. 84.

⁴⁸³ VELASCO, Juan Carlos. Op. cit., p. 91.

Diz, ainda, Juan Carlos Velasco, que esta distinção conduz à conclusão de que há outras propostas alternativas à posição representada pelo positivismo jurídico. Nesse sentido, pode-se apelar ao princípio democrático e, especialmente, ao princípio de decisão por maioria como critério de legitimação, combinando-se, ademais, o exercício da soberania popular com a defesa dos direitos humanos.

Noutra passagem, é significativo destacar as conclusões de Juan Carlos Velasco, na comparação entre o procedimentalismo defendido por Luhmann, como critério de legalidade, e o procedimentalismo de Habermas:

También la teoría legal de tipo decisionista, elaborada en su día por Carl Schmitt (que fundaba y justificaba la legitimidad de un marco normativo exclusivamente en su legalidad) y renovada en la actualidad por el más cualificado representante de la teoría de sistema, Niklas Luhmann asume esta tesis de que en el Estado moderno las decisiones generadas legalmente se aceptan sin buscar motivos ni razones morales. La aceptación rutinaria de los resultados obtenidos por vía procedimental sería la condición necesaria y suficiente para asignar legitimidad a un sistema jurídico-político. Frente a esa concepción ramplonamente positivista, Habermas presenta su propia versión de la legitimidad: “Legitimidad significa que la pretensión que acompaña a un orden político de ser reconocido como correcto y justo no está desprovista de buenos argumentos; un orden legítimo merece el reconocimiento. Legitimidad significa el hecho del merecimiento de reconocimiento por parte de un orden político. Lo que con esta definición se destaca es que la legitimidad constituye una pretensión de validez discutible de cuyo reconocimiento (cuanto menos) fáctico depende (también) la estabilidad de un orden de dominación (RMH,243-244)⁴⁸⁴.”

E, efetivamente, Luhmann⁴⁸⁵ partindo da concepção de ausência de uma teoria que ponha em dúvida o problema da verdade e que não aceite, *a priori*, que o procedimento fique a serviço da verdade, diz que a sociologia pode ser essa

⁴⁸⁴ Idem, p. 90.

⁴⁸⁵ LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 24 e seguintes.

teoria, no sentido de conceber a verdade não como um valor, mas como um mecanismo social que desempenhe uma função declarada. Assim, estabelece que a verdade realiza, na convivência social, a transmissão de reduzida complexidade.

Prosseguindo nessa concepção, expõe Luhmann:

A adoção de resultados de uma seleção baseados apenas em decisões, é fato que carece de motivos mais especiais. A verdade de certas premissas de decisão, só por si, não é suficiente para isso. Portanto, tem de se partir da hipótese de que, no procedimento se criem essas razões adicionais para a aprovação das decisões e de que, neste sentido, o poder gere a decisão e a torne legítima, isto é, que se torne independente, pelo imperativo exercido concretamente. Visto desta forma, o objetivo do procedimento juridicamente organizado consiste em tornar intersubjetivamente transmissível a redução de complexidade – quer com a ajuda de verdade, quer através da criação do poder legítimo de decisão⁴⁸⁶.

Não destoa da compreensão de Juan Carlos Velasco a conclusão de Gisele Cittadino, quando expressa que o modelo procedimental de interpretação constitucional de Habermas parte de um diálogo entre os liberais e os comunitários, defendendo um modelo hermenêutico compatível com o processo político deliberativo, caro para os comunitários, com uma interpretação constitucional deontológica, desejada pelos liberais. Assim, “dado o pluralismo social, cultural e dos projetos individuais de vida, a interpretação e a prestação jurisdicional constitucional devem procurar estabelecer aquilo que é correto e não, como defendem os comunitários, aquilo que é preferencialmente bom, dada uma ordem específica de valores⁴⁸⁷.”

⁴⁸⁶ Idem, p. 26-7.

⁴⁸⁷ CITTADINO, Gisele. Pluralismo, direito e justiça distributiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 203-204.

É importante observar que, para a teoria dos sistemas sociais, o substancialismo é desacreditado à medida que contém um certo ativismo judicial. Com efeito, o ativismo judicial não é possível na teoria dos sistemas, pois traz a corrupção do sistema jurídico, quando opera com código diverso do código do subsistema jurídico, como, por exemplo, quando o juiz fundamenta a decisão com o código do sistema econômico, ou do sistema político.

3.5.5 – Idealismo, normativismo, positivismo e racionalismo – o mosaico do pensamento contemporâneo

Enquanto Habermas encontra-se mais na vertente idealista normativista de Hegel, ainda que adote a razão e certa dose positivista, esta negada, Luhmann se mostra na vertente positivista, mas também, pode-se notar, contém idealismo.

Com efeito, na contemporaneidade o pensamento científico é apresentado como um mosaico. Muitos autores nem sequer tem a idéia exata do que representa o pensamento dos pensadores que utilizam no seu quadro de referências, enquanto outros têm essa noção, mas, mesmo assim, utilizam pensadores de diferentes vertentes. Ainda outros, negam e criticam determinada vertente, mas, de modo um pouco contraditório, encontram-se incrustados de tal forma naquele pensamento que nem se dão conta disso. Em outras palavras, na época contemporânea não se consegue evitar determinadas contribuições científicas, ainda que em essência essa contribuição seja negada. É o caso, por exemplo, das idéias positivistas de Hans Kelsen que, grosseiramente, no mundo acadêmico, muitos negam e criticam,

sem dar-se conta de que a defendem na sua profissão diariamente, ou de que, pelo menos, esboçam costumeiramente as idéias enunciadas por esse jusfilósofo. De qualquer modo, aqueles que negam o positivismo com críticas acerbas, olvidam-se da importante contribuição da Teoria Pura do Direito para a evolução do direito.

Outro exemplo que pode ser lembrado é o caso do liberalismo, desde há muito criticado, críticas que se tornaram mais acres agora diante das idéias neoliberais. Esquecem-se os críticos, entretanto, da importância histórica do liberalismo, como reação que foi ao absolutismo, o que, por si só, deveria servir para evitar críticas apressadas. E, os mesmos críticos do liberalismo, por outro lado, apressam-se a defender os direitos humanos, os direitos fundamentais, que são frutos do liberalismo e maior evidência de que, embora negado, o liberalismo é, igualmente, defendido.

Com relação a Niklas Luhmann, indubitavelmente expressa idéias do positivismo jurídico, como visto, por exemplo, na última citação acima, em que preconiza a idéia de legitimidade por meio do procedimento. De outro lado, a sociologia, inserida na teoria dos sistemas sociais, em que se vê a sociedade como o sistema abrangente, o ambiente, ou entorno dos demais subsistemas, tudo apresentado com extremo rigor analítico, também convém ao positivismo. Enfim, a teoria dos sistemas sociais, em que se busca uma versão da sociedade amplamente analisada, sem dúvida alguma é uma teoria que contém como princípio o positivismo. Evidentemente que, conforme foi postulado por

Luhmann, também é uma idéia construtivista, à medida que a sociedade se constrói, torna-se mais complexa com vistas a reduzir a sua complexidade, num fenômeno paradoxal e permanente.

E, relativamente ao pensamento de Habermas⁴⁸⁸, critica ele o “cientismo”, que diz significar a fé da ciência nela mesma, ou seja, a convicção de que o conhecimento se identifica com a própria ciência, e não de ser a ciência uma possível forma de acesso ao conhecimento. E, igualmente, critica o positivismo, que se serve de elementos da tradição empirista e racionalista, solidificando, *a posteriori*, deixando de refletir, a fé da ciência na sua validade exclusiva, expondo a estrutura das ciências com supedâneo nesta fé. Apesar disso, há pesquisa⁴⁸⁹ que defende, por exemplo, que a própria obra “A transformação da esfera pública” ou, na versão espanhola, *Historia y crítica de la opinión pública – La transformación estructural de la vida pública*⁴⁹⁰, era parte do projeto positivista de Augusto Comte, quando pôs em questão o argumento de Habermas de que o espaço público perdeu sua importância a partir do século XIX. Nesses termos é feita a comparação:

Manipulando os espaços públicos e criando culturas secundárias específicas para encorajar a troca de idéias e o desenvolvimento de relações interpessoais, Comte acreditava que poderia difundir crenças gerais e sentimentos generosos por toda a sociedade. O estabelecimento do consenso intelectual e do altruísmo solucionaria o problema pós-

⁴⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. Conhecimento e interesse. Rio de Janeiro: Editora Guanabara S.A., 1987, p. 27.

⁴⁸⁹ PICKERING, Mary. Augusto Comte e a esfera pública de Habermas. TRINDADE, Hélió – organizador. O positivismo: teoria e prática. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, 1999, p. 59-69.

⁴⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Historia y crítica de la opinión pública – La transformación estructural de la vida pública*. México: Ediciones G. Gili S.A., 1994.

revolucionário da anarquia. Entretanto, não sendo um democrata no sentido de favorecer eleições populares, Comte era um democrata no sentido de insistir em que o governo devia basear-se no consentimento voluntário de todos os membros da sociedade.

O estabelecimento do consenso intelectual constituía a missão dos filósofos positivistas, que não eram especialistas científicos, mas homens com um conhecimento geral de todas as ciências, sobretudo a sociologia. (...) Comte era da mesma opinião que Habermas, e pensava que a opinião pública deveria vigiar a autoridade pública para impedir os abusos de poder. Os filósofos positivos, representativos do povo, utilizavam-se da opinião pública para legitimar sua crítica ao poder temporal⁴⁹¹.

Examinando outro aspecto, o apego à razão de Habermas revela sua filiação ao modelo mecanicista, pois adequado ao racionalismo cartesiano dedutivista.

Cumprir ver, no entanto, que Habermas desenvolve sua teoria essencialmente enraizada na vertente mecanicista, pois preconiza o consenso decorrente de uma situação ideal de fala. Todavia, para tanto, pressupõe os indivíduos, como sujeitos de ação, que devem ter isonomia ou, noutras palavras, que devem ser imputáveis, ou capazes de comunicação racional. Portanto, as partes formam a comunicação, enquanto possa haver o consenso coordenador da ação. Nos mesmos termos, o procedimentalismo, ou deliberalismo, se encontra na tradição mecanicista, porque pressupõe que as partes são a condição de possibilidade do todo.

⁴⁹¹ PICKERING, Mary. Augusto Comte e a esfera pública de Habermas. TRINDADE, Hégio – organizador. O positivismo: teoria e prática. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, 1999, p. 61-62.

A seu turno, Luhmann se encontra, essencialmente, na vertente organicista, pois preconiza, em vez do consenso, a diferença, tendo em conta, ainda, a função, ou finalidade, preconizando, em vez da comunicação intersubjetiva, a comunicação intra-sistêmica.

De qualquer modo, ambos, Luhmann e Habermas, ou Habermas e Luhmann, confirmam a idéia de que os pensadores contemporâneos desenvolvem – ou procuram desenvolver – suas teorias inseridas em uma espécie de mosaico teórico, que compreende as teorias que os antecederam. Assim, desenvolvem suas teorias com esteio nas teorias anteriores, vinculadas a outras teorias, abstraindo aspectos com os quais não concordam, ou que não restaram confirmados pela experiência ou, quiçá, que restaram superados pela experiência ou pela ciência. Sobre isso, insta lembrar Maria José Esteves de Vasconcellos:

Nesse caso, pode-se falar então da ciência como uma acumulação gradativa de fatos científicos. Essa construção do “edifício científico” pode dar-se gradualmente, sem que os cientistas estejam se preocupando ou pensando todo o tempo na epistemologia. Não sendo da alçada da ciência, a epistemologia fica mesmo subjacente ao trabalho que realizam os cientistas, seja a elaboração de teorias sobre a natureza, sobre o mundo, seja a derivação de suas práticas⁴⁹².

Seja, então, compreendido o fenômeno como mosaico, seja compreendido como “edifício científico”, o fato é que as teorias são o resultado de uma acumulação do conhecimento, aqui não entendida como dogmática.

⁴⁹² Op. cit., p. 161.

CAPÍTULO IV – A função (prestação) jurisdicional e a otimização do Estado

No esquema da separação dos poderes, ou da separação das funções do Estado, a função jurisdicional ocupa um dos vértices do triângulo equilátero. Essa metáfora do triângulo equilátero se relaciona à pressuposição de que não haja a prevalência de um poder sobre o outro, devendo haver autonomia de cada um e harmonia entre os três. Entretanto, na realidade política, muitas vezes esse triângulo tem a forma isósceles, ou seja tem dois ângulos iguais e um outro mais agudo ou mais aberto, ocupando assim menor ou maior espaço na atuação do Estado. Noutras vezes ainda, esse triângulo se revela escaleno, em que não há nenhuma identidade entre os ângulos.

Dessa metáfora se extrai a referência de que, em muitos casos, especialmente no Estado que tem como sistema de governo o presidencialismo, há uma prevalência do Poder Executivo, ou da função administrativa, sobre os demais poderes, ou demais funções. Igualmente, nos Estados em que vige o parlamentarismo, o Legislativo tem a prevalência. E, para a teoria clássica, sempre se disse que o poder privilegiado é o poder legislativo, pois é o poder que formula e edita as leis gerais e públicas, que devem ser aplicadas pelos demais poderes.

Na teoria, como visto, especialmente em Montesquieu, deveria haver uma equivalência entre os poderes do Estado, não sendo esse o entendimento de Rousseau, que erigiu a vontade geral do povo, de onde deriva o poder que deveria prevalecer. Historicamente, contudo, desde o aparecimento dessa compreensão, enquanto alguns sempre pretenderam uma rigorosa separação dos poderes, sendo esses os adeptos mais arraigados do pensamento liberal, na sua reação ao absolutismo, outros passaram a crer numa mitigação dessa separação, o que ocorreu especialmente pela teoria norte-americana dos freios e contrapesos, por meio da qual se entende, até hoje, que deve haver um equilíbrio entre os poderes do Estado, com respectivas influências e interferências institucionais e constitucionais, de que são exemplos o veto do executivo, o *impeachment* e o julgamento político. Na atualidade já se destacam as comissões parlamentares de inquérito – CPIs – que investigam atos de improbidade em geral ou atos ilícitos e que, posteriormente, encaminham suas conclusões para o julgamento político ou jurídico.

Há, ainda, como demonstradas no percurso, as interferências do judiciário, inadmitida pela teoria dos sistemas e, em geral, pela pesquisa científica, que referem, por exemplo, a judicialização da política, ou a politização do judiciário.

A tese apresentada, numa síntese, é de que essas óticas não mais satisfazem, sendo necessária uma orientação para comunicação, que pode estar, em uma das suas possibilidades, simplesmente na forma da cooperação. Por isso, a idéia de separação de poderes, com independência, autonomia e harmonia está ultrapassada, devendo ficar resguardada nas teorias da modernidade, impondo-se a sua superação teórica. Na época atual, em que as teorias, como as de Luhmann e de Habermas, preconizam as idéias de comunicação é, precisamente, a comunicação a que melhor se indica para as funções do Estado. Crê-se, então, que está havendo – ou que deve haver – a passagem do princípio da separação dos poderes para o modelo da comunicação entre os poderes do Estado, com vistas à otimização do funcionamento do Estado.

Bastaria, então, essa noção para a tese, uma vez que, efetivamente, não seria necessário indicar soluções para a propalada superação do princípio da separação dos poderes. Contudo, tenta-se apresentar soluções, pelo menos as confirmações de que é necessária essa passagem, com base nas teorias da pós-modernidade.

No decorrer do presente capítulo será mostrada a problemática da realidade atual, algumas soluções personalistas que não se institucionalizam, as dificuldades de comunicação entre os poderes e, por fim, a necessidade de diálogo, de cooperação, ou seja, de comunicação, sendo esta inserida na teoria dos sistemas sociais e na teoria da ação comunicativa, com análise das duas óticas.

4.1 – A função jurisdicional e a recursividade dos conflitos

A expressão função jurisdicional busca impor uma diferença aplicável à clássica expressão poder judiciário. Pode-se dizer que a expressão função se adapte à teoria dos sistemas sociais de Luhmann, que estabelece, fundamentalmente, que os sistemas cumprem uma função que tem a finalidade de resolver um problema do sistema abrangente, assim reduzindo a complexidade sistêmica e permitindo a operação do sistema. Os sistemas, na teoria luhmanniana, são funcionalmente diferenciados e, como visto, o conceito de sistema para Luhmann é, justamente, a diferença entre sistema e ambiente.

Certo que Luhmann põe o poder judiciário como organização, mas também estabelece que há sistemas de organização. Além disso, menciona que há “um mar de sistemas”, a significar que existem muitos sistemas que operam na sociedade. A indagação que se faz é sobre o código de operação do sistema de organização, mas já se mostrou que o sistema de organização funciona com o código de operação do sistema abrangente. Então, se o sistema de organização

poder judiciário se encontra no centro do sistema jurídico, opera, logicamente, com o código do sistema jurídico – lícito/ilícito, direito/não-direito.

Noutra ótica, a expressão função jurisdicional atenua a expressão poder judiciário na sua força significativa, o que se mostra fiel à leitura liberal, que tem como princípio um Estado mínimo. Assim, enquanto a expressão poder procura mostrar um Estado forte, a expressão função procura mostrar um Estado funcional, prestador. Nesses termos, a expressão poder está, para uns, ultrapassada, antiquada, não adequada a contemporaneidade.

Igualmente, há uma distinção entre as expressões poder e função, pois a expressão poder sugere uma dominação. Entretanto, no mundo contemporâneo há inúmeros outros segmentos de poder na sociedade, numa concepção de poder como a possibilidade de exercer influência. A seu turno, a expressão função tem conotação contrária a poder, pois significa que algo cumpre uma finalidade, que é útil, que algo está ali para ser utilizado.

Entretanto, é indiscutível que o poder judiciário exerce uma das possibilidades de poder do Estado, pois profere uma decisão que deve ser cumprida, inclusive com o uso da força pública do Estado, transformando a violência em violência domesticada, ou violência legitimada, o que é próprio do Estado de Direito. Também é indiscutível que o órgão jurisdicional cumpre a função de solucionar os conflitos interindividuais ou coletivos, ou entre o Estado e os cidadãos, havendo, até, órgãos jurisdicionais de soluções de conflitos entre

Estados, os quais não seriam, propriamente, órgãos jurisdicionais, mas espécies de tribunais arbitrais, ou de natureza semelhante, ausente que é a coercitividade das decisões, na versão tradicional e clássica do Estado.

Examinados os conflitos ou litígios existentes até meados do século passado e, talvez, até fins da década de 70, percebe-se que eram mais simples, adequados a uma codificação de fins do século XIX e início do século XX. No entanto, a partir da década de 80, houve o aumento expressivo de demandas judiciais, que se tornaram coletivas, algumas, recursivas, outras. Assim, o Poder Judiciário viu-se às voltas com o crescimento avultado da demanda forense.

No Brasil este fenômeno deu-se a partir da Constituição de 1988. Entretanto, no mundo todo esse fenômeno surgiu com a sociedade de consumo que se instalou, fazendo com que os consumidores buscassem em juízo seus pretensos direitos violados pelos fornecedores de bens ou serviços. Há, inclusive, expressões fortes usadas por muitos, que falam em cultura da litigiosidade. Todavia, essa concepção é equivocada e não científica, à medida que retrata apenas uma consequência da pós-modernidade que se instalou imbricada na sociedade de consumo e na sociedade de informação.

Sobre o fato de a sociedade de consumo, juntamente com a sociedade de informação, trazerem profundas alterações na pós-modernidade, convém fazer transcrição:

Portanto, com o ingresso na sociedade da informação, com a já sempre presente sociedade de consumo, a questão que se põe é: era mesmo utopia a predição de Karl Marx? Uma das respostas pode ser a de que estamos a caminho de uma sociedade, senão inteiramente liberada do trabalho, provavelmente em grande parte liberada deste labor. Dentro da sociedade de consumo e da sociedade da informação haverá robôs para fazerem a maior parte do trabalho e, assim, sobrarão mais tempo para o lazer do homem⁴⁹³.

No mesmo sentido, David Lyon relata:

Perto de onde estou escrevendo, mudanças na Princess Street em Kingston, Ontário, ilustram bem a mudança para a cultura de consumo. Onde antes comerciantes, açougueiros, padeiros, fabricantes de móveis vendiam seus produtos, hoje numerosas lojas especializadas em roupas da moda, restaurantes, bares, estabelecimentos com comidas naturais, lojas de câmaras fotográficas, de computadores e de aparelhos de som, bancos, companhias de crédito e agentes de viagem exercem suas atividades. No verão, um trem com turistas passa pelas ruas da “cidade do calcário”, transmitindo trechos da história local aos visitantes. Incluídos no roteiro estão a “villa italiana” do primeiro-ministro do Canadá, Sir John A. MacDonald, e vistas, através da baía, para Old Fort Henry, “o parque de diversões original de Ontário”.

O pós-moderno é corretamente relacionado com uma sociedade em que os estilos de vida do consumidor e o consumo de massa dominam a vida dos seus membros⁴⁹⁴.

E, relativamente à sociedade da informação, adverte Gilberto Dupas que “com a informatização das sociedades, encontra-se o instrumento ‘sonhado’ para o controle e a regulamentação do sistema de mercado, abrangendo até o próprio saber, agora exclusivamente regido pelo princípio de desempenho⁴⁹⁵.”

⁴⁹³ RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. Proteção da privacidade. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, p. 69-70. V. Também: ARENDT, Hannah. Entre o passado e o futuro. São Paulo: Editora Perspectiva S.A., 2000, p. 45.

⁴⁹⁴ LYON, David. Pós-modernidade. São Paulo: Paulus, 1998, p. 87.

⁴⁹⁵ DUPAS, Gilberto. Ética e poder na sociedade da informação. São Paulo: Editora UNESP, 2000, p. 134.

Portanto, o poder judiciário viu-se integrado à sociedade da informação e à sociedade de consumo. O judiciário passou a ser “consumido” e necessitou informatizar-se para dar conta das suas atribuições. Esse “consumo” do judiciário está comprovado na acentuada elevação da demanda de serviços forenses nas últimas décadas. No Rio Grande do Sul⁴⁹⁶ há, por exemplo, comarcas que há 10 ou 12 possuíam em tramitação cerca de mil processos. Naquela época não havia informatização. Atualmente, com a informatização e o conseqüente e natural acréscimo na produção de sentenças, contando ainda com os juizados especiais cíveis e criminais, as mesmas comarcas estão com cerca de cinco mil processos em tramitação. Há casos de comarcas com menos de vinte mil habitantes, nos vários municípios que abrange, que têm distribuídos cerca de cinco mil processos, ou seja, o equivalente a 1/4 do número de habitantes na comarca.

Parcialmente esse fenômeno pode ser explicado através do que pode ser chamado de **recursividade** e de **reincidência** dos conflitos postos à solução pelo judiciário. Por recursividade se entende, no âmbito da tese, a repetição de

⁴⁹⁶ Exercendo o cargo de juiz de direito há mais de 16 anos, quando iniciei na comarca de Seberi, no final de 1989, havia menos de 1.000 processos em tramitação e, quando de lá saí, promovido para Novo Hamburgo, em meados de 1992, havia cerca de 500 processos, no total, em tramitação. Atualmente, entretanto, há cerca de 4.000 processos tramitando. O Município de Rodeio Bonito pertencia à comarca de Seberi. Há cerca de cinco anos foi criada a comarca de Rodeio Bonito, que atualmente conta, igualmente, com cerca de 4.000 processos, para uma população de cerca de 18.000 habitantes, na comarca. Pode-se ver, ainda: Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Relatório Anual 2004. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2005, 234p (ISSN 1807-0914). Neste relatório, na p. 179, consta dados estatísticos do 2º Grau, onde consta que, em 1999, houve 112.715 processos cíveis iniciados e, em 2004, 286.147. Na área criminal, em 1999, 12.447 processos tiveram início, enquanto que, em 2004, o número foi de 35.390. O número total de processos terminados, em 1999, foi de 88.425 e, em 2004, foi de 318.704. No 1º Grau de Jurisdição, em 1995 havia 492 magistrados e iniciaram 465.873 processos e, em 2004, com 582 magistrados, iniciaram 915.051 processos, sendo que, em 1995 havia 420.700 processos em tramitação, enquanto que, em 2004, esse número passou para 1.931.757. Ainda é importante observar que, em 1995 a média de processos em tramitação por vara era de 1.011, mas, em 2004, esse número ascendeu a 3.903 processos.

demandas da mesma natureza e com o mesmo objeto por partes diversas, podendo ocorrer o ajuizamento da mesma ação pelo mesmo autor em face de réus diversos, ou da mesma ação por autores diversos em face do mesmo réu.

Na modalidade de recursividade podem ser citadas as ações de consumidores. Há inúmeros tipos de ações de consumidores que aportam ao judiciário tendo num dos pólos da relação processual a mesma parte, não sendo significativo nesse espectro a identidade do autor, mas também ocorre de o mesmo autor ingressar com a mesma demanda contra vários fornecedores de bens ou serviços. Superada a polêmica sobre se os contratos bancários são relações de consumo, diante da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça favorável a esta concepção⁴⁹⁷, há casos do mesmo mutuário ingressar com ação contra diversas instituições financeiras postulando a redução da taxa de juros, ou a nulidade de cláusulas contratuais entendidas abusivas. Embora existam esses casos, o número de mutuários que se encontram nessa situação não é significativamente expressivo. Todavia, certamente – e há pesquisas a respeito – as instituições financeiras são as maiores “clientes” do judiciário, no pólo ativo, ou no pólo passivo da relação processual. Quando se encontram no pólo ativo, na quase totalidade das vezes estão tentando recuperar seus créditos dos inadimplentes, gerando, em consequência, a reação dos integrantes do outro pólo da relação processual, que também ajuízam ações com vistas à proteção de seus pretensos direitos. O número expressivamente significativo desse tipo de demanda está no

⁴⁹⁷ Verbete nº 297 da Súmula de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

ajuizamento de ações por autores diversos em face das mesmas instituições financeiras.

Mas o Estado⁴⁹⁸, nos seus três níveis, é, indubitavelmente, o maior cliente do judiciário, superando, inclusive, as instituições financeiras e correlatas, entre as quais podem ser incluídas as seguradoras. Contudo, instala-se um paradoxo, segundo Maria Tereza Sadek⁴⁹⁹, havendo “demandas de menos e demandas de mais”, encontrando-se no primeiro pólo expressivos setores da população, os quais somente passaram a ter acesso ao judiciário com os juizados especiais cíveis e criminais e, no segundo pólo, o poder público e grandes empresários, que desfrutam de um acesso privilegiado, beneficiando-se com a morosidade causada pelo excesso de demandas, muitas repetitivas, pelo número insuficiente de magistrados e pela infra-estrutura material e de recursos humanos debilitada.

Com efeito, o Estado, seja no pólo ativo, quando cobra dívidas fazendárias, ou no pólo passivo, quando responde ações relativas a pretensa exigência indevida de dívidas, ocupa a primeira posição na clientela do judiciário. Aliás, no mesmo texto Maria Tereza Sadek indica que o Estado e o INSS respondem por cerca de 80% das ações judiciais, conforme a pesquisa realizada.

Mas, é no âmbito da previdência social em que há casos de suma injustiça, com o deferimento de certos benefícios ou direitos a alguns autores de ações, sem

⁴⁹⁸ SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. *Estud. av.*, 2004, vol. 18, nº 51, p. 79-101. ISSN 0103-4014. http://www.scielo.br/php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200005&Ing=em&nrm=iso, consulta realizada em 15.12.2005.

⁴⁹⁹ *Idem*, p. 8.

que tal ocorra a todos os que se encontram na mesma situação jurídica, à conta do formalismo jurídico em vigor. Com efeito, há casos de partes que têm deferidos seus pedidos somente em grau extraordinário, sendo que partes em situação idêntica não tiveram acesso a este grau recursal extraordinário, por isso não tiveram deferido o benefício ou o direito⁵⁰⁰.

Nesses casos, há o que pode ser chamado de problema estrutural, uma vez que é permanente a situação, ou pelo menos ocorre há muito tempo, sem que haja a adoção de qualquer solução. É problema estrutural ainda porque, em conformidade à teoria dos sistemas, não sendo estável a estrutura, a evolução é que promove a sua modificação. Entretanto, para Luhmann, na sua fase pré-autopoiética, como já se disse, o direito é uma generalização congruente de estruturas de expectativas normativas. Assim, as expectativas normativas formam as estruturas⁵⁰¹. E, na melhor definição de estrutura, de Juan Antonio García Amado⁵⁰², entende-se por complexidade o conjunto de todas as ocorrências (eventos) possíveis e que contingência não é nem o necessário, nem o impossível, mas, simplesmente, o possível, por isso a estrutura proporciona uma ordem no caos da complexidade, significando a passagem de uma complexidade não estruturada para uma complexidade estruturada.

⁵⁰⁰ Insta observar que esta é uma das justificativas para a reforma constitucional que instituiu a chamada súmula vinculante, com a qual, aliás, não concordo, por várias razões, mas, especialmente por entender que haveria outra alternativa, no âmbito legislativo, propriamente, ou no âmbito executivo, de solução.

⁵⁰¹ Ver nota 326, retro, p. 208.

⁵⁰² Ver nota 325, retro, p. 207.

Então, o problema estrutural no caso da excessiva recursividade dos conflitos está, efetivamente, na ausência de estrutura de expectativa normativa que previna a recorrência.

Noutro aspecto, os direitos novos ou novos conflitos em áreas do direito que já têm tratamento legislativo também impõem uma excessiva recursividade. Podem ser citados como exemplos o direito da infância e da juventude, no primeiro caso, e o direito de família, no segundo caso. Nesses casos, diversamente da identidade de partes, tanto no pólo ativo, como no pólo passivo da relação processual, constata-se que há diversidade de partes que se encontram na mesma situação jurídica ou em situações muito semelhantes. E, em todos esses casos, o judiciário tem solucionado apenas a ação posta em julgamento, não contribuindo, na maior parte dos casos, para a solução do conflito e, muito menos, para a prevenção de outros conflitos iguais ou semelhantes.

A **reincidência** se verifica quando há identidade de partes, tanto no pólo ativo, como no pólo passivo da relação processual. Aqui se encontram, especialmente, os exemplos da área criminal, que envolvem pessoas com distúrbios patológicos, no nível psíquico ou no nível social, bem como na área da infância e da juventude e na área do direito de família. Logicamente que, na área do direito civil, existem os litigantes chamados de contumazes, os quais freqüentemente se encontram no judiciário, mas estão num universo bem inferior que não chega a ser relevante. Na área do direito civil, ou privado, os exemplos

que se verificam mais acentuados são os citados acima, no modelo da recursividade.

Na área do direito criminal podem ser citados os casos dos toxicômanos, ou adictos, que se encontram em uma relação muito próxima à criminalidade, muitas vezes passando de simples usuário a traficante de substâncias entorpecentes, sempre com o intuito de sustentar a própria dependência. Além disso, muitos, o que ocorre especialmente nos grandes centros urbanos, na periferia das grandes cidades, passam a se envolver em outras modalidades de crimes, aproveitando-se da ausência ou da reduzida presença das instituições do Estado. Na área do direito da infância e da juventude, igualmente nas periferias dos grandes centros urbanos, diante da ausência do Estado, as crianças convivem diariamente com a criminalidade e, por isso, muitas delas serão os futuros dependentes de substâncias entorpecentes ou criminosos.

E, na área do direito de família, diante das promessas da modernidade, com o ingresso da mulher no mercado de trabalho, o que se mostra cada vez mais acentuado, inclusive em profissões antes exercidas quase que exclusivamente pelos homens, houve, em conseqüência, a desagregação da família, deixando a mulher de ser o suporte do lar, passando a competir com o homem no mercado de trabalho. A liberação feminina e a competição no mercado de trabalho, bem como a conseqüente igualdade da mulher⁵⁰³, trouxeram dificuldades na manutenção da

⁵⁰³ Cumpre enfatizar que, no aspecto, apenas é feita uma constatação, não significando, em absoluto, irresignação contra o fato de a mulher ter conquistado – ou estar conquistando – a

família, pois a mulher passou a buscar, também, a sua felicidade conjugal, o que era antes proibido, vedação social que ainda existe em determinados Estados, em que a mulher ainda não ascendeu à igualdade. Além desses, outros fatores contribuíram muito para a desagregação da família, ocorrendo ainda a alteração da compreensão do conceito de família, com a monoparentalidade.

No âmbito do judiciário, há uma recorrência absurda de casos na área do direito de família, com conflitos verdadeiramente intermináveis entre os parentes. Com efeito, há as ações de separação, ou de divórcio, que contêm questões sobre a guarda dos filhos, sobre os alimentos aos filhos e entre os cônjuges, sobre a partilha dos bens e sobre o direito de visita. Especialmente no que respeita à guarda dos filhos e ao direito de visita, a recorrência é intensa, pois, motivados por profundas mágoas, os pais litigam de forma incansável e recorrentemente. Da mesma forma, ora pretendem reduzir e ora pretendem aumentar o valor da pensão alimentícia, litigando então sobre a guarda ou a visita dos filhos, tendo como motivação escondida ou confessada a pensão alimentícia ou nova união do ex-cônjuge ou do ex-companheiro.

Em todos esses casos de recorrência o judiciário se vê impotente para resolver o conflito, o que igualmente se mostra como um problema estrutural. Por isso que, no âmbito da tese, antevê-se que a comunicação entre os poderes do Estado é a solução para esse aspecto da crise.

igualdade, considerando, aliás, o que constou antes sobre os milênios de patriarcalismo e de submissão da mulher. Na verdade a mulher ainda não obteve o seu lugar, com igualdade, na sociedade, mas é urgente que isso ocorra.

4.2 – Subjetividade, personalismo (ou individualismo) e soluções novas

Existem inúmeras experiências que tentam solucionar aqueles problemas estruturais mencionados. A maior parte dessas experiências, contudo, são eminentemente subjetivas, personalistas, individualistas, no sentido de que são elaboradas por uma pessoa, no âmbito do judiciário, sem que haja a sua recepção pela via da institucionalização, o que faz com que a resposta seja temporária e parcial.

No Rio Grande do Sul podem ser citadas diversas dessas experiências, algumas das quais já receberam o efetivo apoio de algumas administrações do Poder Judiciário, mas não receberam o apoio dos demais poderes, nem foram, efetivamente, institucionalizadas. Há outras, contudo, que nem sequer receberam o decisivo apoio da administração do judiciário, ou para que houvesse esse apoio houve uma excessiva demora. Em todos os casos, contudo, considerando que há muito de personalismo, seja na concepção da experiência, seja no apoio e suporte que deve receber, a experiência acaba sendo temporária e parcial. E, igualmente, em nenhum dos casos houve a efetiva, ou adequada, cooperação dos demais poderes.

De qualquer modo, diante da configuração atual do esquema de repartição de poderes, ou de funções, rigorosamente ao judiciário não competia a concepção, a elaboração e a execução de soluções que desbordem das suas funções

constitucionais. Para além disso, dadas as exíguas verbas orçamentárias, evidentemente há escassos meios financeiros para dotar as soluções de recursos materiais e humanos, o que torna muito difícil a execução ou a continuidade das soluções implementadas.

Certamente há soluções noutras estados da federação, as quais também desbordam da função judiciária. Entretanto, como as soluções que serão apresentadas têm a finalidade de servir apenas de exemplos, serão mostradas algumas que foram implementadas no Rio Grande do Sul.

No âmbito criminal, pode ser citado inicialmente o Projeto Justiça Terapêutica⁵⁰⁴, implantado pela Corregedoria-Geral da Justiça em meados de 2000. Como consta do texto de apresentação do projeto na página da internet da Corregedoria-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁵⁰⁵, “a Justiça Terapêutica é um programa judicial para atendimento integral do indivíduo, adolescente ou maior, envolvido com drogas lícitas ou ilícitas, inclusive o alcoolismo, e violência doméstica ou social, priorizando a recuperação do autor e a reparação dos danos à vítima.” Visa a evitar a imposição de pena privativa de liberdade, no sistema atual com característica meramente retributiva, inclusive a pena de multa, que certamente impõe maiores malefícios à família do adicto. Além disso, tais penas se mostram ineficazes e, com a possibilidade de

⁵⁰⁴ Consta que a autoria da versão original da Justiça Terapêutica no Rio Grande do Sul é do juiz de direito Luiz Felipe Paim Fernandes.

⁵⁰⁵ http://www.tj.rs.gov.br/institu/projetos/justica_terapeutica.html, consulta em 24 de novembro de 2005

terapia, pretende-se a recuperação do indivíduo. Esse modo de solução da ação penal depende da aceitação do acusado e pode ser aplicado, então, nos casos de transação, suspensão condicional do processo e da pena, livramento condicional e também de pena restritiva de direito, bem como nos casos de medidas protetivas e sócio-educativas, estas últimas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 101 e 112). Este projeto visa a evitar a reincidência, ou seja, o retorno do indivíduo ao sistema judiciário com o mesmo quadro de referência.

No âmbito dos diversos projetos foram criados centros de apoio, entre os quais o Centro Interdisciplinar de Apoio para Encaminhamento à Rede de Tratamento Biopsicossocial – CIARB – que, de acordo com os dados existentes, procura entidades com vistas à celebração de convênios com o Tribunal de Justiça do Estado, formando uma rede de atendimento biopsicossocial. Uma vez realizado o convênio, em forma de parceria, o CIARB encaminha as partes para o atendimento nas entidades conveniadas, observando a adequação da medida e a localização da entidade, mais próxima do endereço do indivíduo que se sujeita à medida.

Também se encontra instituído como projeto da Corregedoria-Geral da Justiça e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul o projeto Ronda da Cidadania⁵⁰⁶, o qual é realizado em parceria com diversas instituições. Este projeto já atendeu diversas regiões na capital do Estado, bem como diversos municípios do Rio Grande do Sul. Consta da página da internet do Tribunal de

⁵⁰⁶ Consta que a autoria da versão original desse projeto é da juíza de direito Osnilda Pisa.

Justiça⁵⁰⁷ que, em 248 edições realizadas no ano de 2004, foram atendidas mais de 250.000 pessoas. O projeto, de acordo com as palavras da juíza de direito Osnilda Pisa, “foi desenvolvido com o objetivo de aproximar o Poder Judiciário do cidadão, garantindo a inclusão social e o amparo da Justiça à parcela da população carente, por intermédio de informações e serviços gratuitos⁵⁰⁸.” Segundo consta, além de 27 entidades parceiras, também participaram das edições os poderes municipais, executivo e legislativo, bem como universidades, clubes de serviços e órgãos de imprensa congregando diversos meios de comunicação. Há dados que indicam que, em 112 edições, foram atendidas 142.012 pessoas, expedindo-se 23.597 cédulas de identidade e 4.616 carteiras do trabalho, 8.131 títulos de eleitor, com o cadastro de 16.573 pessoas no CPF, foram realizados 960 registros de nascimento e extraídas 7.484 fotografias para documentos. Na área da saúde foram prestados milhares de atendimentos e, na área judicial, foram distribuídas 805 ações, realizadas 227 audiências, 481 consultas jurídicas e concedidas 261 assistências judiciárias gratuitas. Os juizados especiais cíveis e criminais julgaram 180 feitos. Centenas de casais puderam também oficializar sua união nos 581 casamentos comunitários realizados. Houve, também, 5.053 cortes de cabelo e a distribuição de 5.780 almoços. Este projeto visa a evitar a recursividade, ou seja, trata-se de uma atividade conjunta de diversas instituições que, atendendo a população em sistema de mutirão, globalmente, buscam solucionar os diversos problemas existentes com vistas à inclusão social.

⁵⁰⁷ <http://www.tj.rs.gov.br/institu/projetos/ronda.html>, consultado em 24 de novembro de 2005.

⁵⁰⁸ Idem, ibidem.

No Projeto Trabalho para a Vida, há convênio com diversas entidades públicas privadas com vistas à criação das condições necessárias para a ressocialização dos egressos dos sistemas prisionais. Podem ser citadas algumas das entidades que participam do projeto, que são: Secretaria de Estado da Justiça e Segurança, Município de Porto Alegre, Superintendência dos Serviços Penitenciários, Conselho Penitenciário do Estado, FIERGS, FEDERASUL, Metalúrgica Gerdau S.A., SENAC, FARSUL, PUC, Universidade Ritter dos Reis, IAJ – Instituto de Acesso à Justiça. Há diversas outras entidades. Este projeto também visa a evitar a reincidência, dando apoio aos egressos do sistema prisional para que encontrem alternativas de vida e de emprego e para que não retornem ao sistema judiciário.

O Projeto Mediação Família⁵⁰⁹ também é um projeto no âmbito do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, implementado em 1994. Inicialmente este projeto foi realizado nas varas de família do Foro Central de Porto Alegre, tendo como objetivo auxiliar na resolução do conflito na área de família. Atuam no serviço de mediação servidores do poder judiciário com formação em Serviço e Assistência Social, com treinamento em mediação, fomentando alternativas conciliatórias de solução do conflito. Especifica-se, contudo, o privilégio aos processos em que há interesses de menores. Este projeto tem dupla face, pois, de um lado procura solucionar o conflito existente naquela família, assim evitando a reincidência, de outro procura evitar que aquela família retorne ao judiciário com

⁵⁰⁹ <http://www.tj.rs.gov.br/institu/projetos/familia.html>, consulta realizada em 24 de novembro de 2005.

problemas de outras espécies, uma vez que, procurando resolver o conflito, se estende para além da mera solução da ação ajuizada.

Também está instituído no âmbito da Corregedoria-Geral da Justiça o Projeto More Legal⁵¹⁰ que, como consta da citada página da internet, “consiste em proceder com segurança o registro de loteamento, desmembramento ou fracionamento de imóveis urbanos ou urbanizados, com o objetivo de assegurar ao cidadão não somente a posse e a propriedade do imóvel, mas sua decorrente e imprescindível titulação.” Este projeto foi instituído, originalmente, pelo Provimento nº 17/99-CGJ, com modificações posteriores constantes do Provimento nº 28/2004-CGC. Este projeto, nos mesmos moldes do projeto Ronda da Cidadania, procura apresentar soluções para a população que se encontra à margem da titulação do domínio dos seus imóveis sobre os quais há relação possessória. Assim, tende a evitar a recursividade, com a ida de incontáveis pessoas que se encontram na mesma situação jurídica ao judiciário.

No âmbito da Justiça da Infância e da Juventude há várias iniciativas no Rio Grande do Sul. Há o Programa de Apadrinhamento Afetivo⁵¹¹, que, segundo o que consta da página da internet, “é uma ação envolvendo órgãos governamentais e da sociedade civil, em conjunto com os conselhos estadual e municipais dos direitos da criança e do adolescente, que visa a encaminhar a possibilidade de

⁵¹⁰ <http://www.tj.rs.gov.br/institu/projetos/more.html>, página consultada em 24 de novembro de 2005.

⁵¹¹ http://jij.tj.rs.gov.br/jij_site/docs/DOCUMENTOS/APADRINHAMENTO.HTM, conforme consulta em 24 de novembro de 2005.

peças assumirem responsabilidades como padrinhos ou madrinhas de fato da população de crianças e de adolescentes abrigadas em nosso Estado.” Tem como objetivo concretizar experiências de convívio familiar e de vinculação afetiva, favorecendo o sentimento de pertencimento e de estabilidade emocional, consolidar laços afetivos que darão suporte emocional futuro a estas crianças após o seu desligamento ou quando completarem a idade de 18 anos, distensionar a vivência grupal interna do abrigo, sensibilizar a comunidade em que o abrigo se acha inserido para a contribuição afetiva, não apenas financeira, e conscientizar a sociedade da realidade vivenciada dentro dos abrigos por estas crianças e adolescentes. Este projeto é uma medida que desborda da atividade judiciária, mas procura evitar a recursividade, pois tem a intenção de evitar que as crianças e adolescentes que recebem algum afeto retornem ao judiciário com outras espécies de problemas. Trata-se de uma coordenação dos recursos da comunidade com os infantes que se encontram abandonados.

O Projeto Justiça Instantânea tem e teve a cooperação do Poder Judiciário, do Ministério Público do Estado e do Poder Executivo Estadual, com a participação da Defensoria Pública do Estado. Trata-se de um prédio construído com recursos do Poder Judiciário, do Governo do Estado e do Ministério Público, para abrigar o Centro Integrado de Atendimento à Criança e ao Adolescente. Este projeto tem a finalidade de prestar jurisdição nos casos em que há apreensão do menor em flagrante e mesmo naqueles em que, não havendo o flagrante, o menor foi levado à Delegacia de Polícia especializada, sendo conduzido à presença do Ministério Público em seguida. O objetivo é o de apurar a prática da infração

logo em seguida à sua ocorrência, com vistas à concessão da remissão, ou não. No caso de não ser concedida a remissão com aplicação de medida sócio-educativa, o processo pelo ato infracional é encaminhado a uma das Varas da Infância e da Juventude localizadas no Foro Central de Porto Alegre. O projeto, para a sua implementação, dispõe de prédio próprio em que funcionam o Ministério Público e a Defensoria Pública, com a possibilidade de realização de audiência imediata pelo Juiz de Direito designado para atender o projeto, tudo com vistas ao rápido exame e conhecimento da situação jurídica e aplicação da medida cabível. Trata-se, também, de um projeto que, procurando dar uma solução rápida ao caso, revela uma disposição de evitar a reincidência, pois a maior demora na solução desses casos poderá permitir que a criança ou o adolescente continue a prática de atos infracionais.

Também vem sendo muito abordada no Estado do Rio Grande do Sul, com o intento de aplicação, a teoria da Justiça Restaurativa, no âmbito da Justiça da Infância e da Juventude, em especial pela motivação do juiz de direito Leoberto Narciso Brancher⁵¹², que expõe a oposição da justiça restaurativa à justiça tradicional dita retributiva. O objetivo maior da teoria da justiça restaurativa no âmbito criminal é a reparação do dano, o que envolve as partes principais do fato delituoso, que buscam, de forma consensual, extinguir os efeitos do conflito, com a reparação da vítima, sem voltar os olhos para a punição. Sem dúvida alguma, é uma atividade que atinge mais o lado emocional dos envolvidos, seja do autor do

⁵¹² http://jij.tj.rs.gov.br/jij_site/docs/JUST_RESTAUR/VIS%C3O+GERAL+JR_0.HTM, consultado em 24 de novembro de 2005.

fato, seja das vítimas diretas e indiretas. A justiça restaurativa tem a finalidade de evitar a continuidade da repercussão do fato delituoso na vida das pessoas, possibilitando a recuperação emocional do autor do fato e a redução do mal causado às vítimas. Então, tem o efeito de tentar reduzir a reincidência.

Também no âmbito da Justiça da Infância e da Juventude, as Varas de Porto Alegre, em especial o trabalho do juiz de direito José Antônio Daltoé Cesar, têm se esmerado na apresentação de dados estatísticos fundamentais para a implementação de diversas políticas públicas. Os dados estatísticos são atualizados com frequência e contêm, desde estatísticas gerais das instituições de abrigo, a estatísticas por regional abrangida e por comarca, assim como em relação às crianças e adolescentes abrigados e, inclusive, aos que se encontram aptos à adoção. As estatísticas podem ser usadas na implementação de políticas públicas, inclusive para o controle das próprias políticas públicas implementadas, com vistas à sua eficácia.

Esses são os exemplos dos diversos projetos que podem ser citados e que foram postos em funcionamento do Rio Grande do Sul, havendo inúmeros outros, com certeza absoluta, nos outros estados da federação. Valem esses exemplos como amostragem, no âmbito da tese. Algumas soluções encontram parcial cooperação entre os poderes, mas essa cooperação não é própria à competência constitucional ou, pelo menos, não é totalmente adequada àquela competência. Está ausente, ademais, a edição de normas que dêem respaldo a diversas das soluções. Desse modo, as soluções, indubitavelmente, são eminentemente

personalistas, pois não ganham apoio indiscriminado dos diversos níveis de prestação jurisdicional. Figuram, portanto, no nível das experiências, buscando arregimentar apoios para a sua concretização no nível legal e social.

Algumas questões se impõem, mas a questão mais importante e que, eventualmente, poderá permitir a resposta a todas pertine à razão pela qual há essa dificuldade de comunicação, ou de cooperação entre os poderes do Estado. E, essa dificuldade pode ser classificada em (a) ausência de possibilidade de implementação de política pública ou de legislação ou, enfim, de cooperação entre os poderes e (b) elevada demora nas suas implementações. Na seqüência a tese apresentará algumas respostas.

4.3 – Sistemas e diversidade de linguagem

Como se viu, todas as iniciativas apresentadas desbordam, quando não integralmente, pelo menos em grande parte, das atividades próprias e constitucionais do judiciário. Os diversos projetos revelam uma disposição, especialmente do Poder Judiciário, de dar a solução a diversos problemas estruturais que se verificam na aplicação do direito.

Nesse ponto, com vistas à resposta à questão posta acima, cabe retornar à teoria da evolução de Niklas Luhmann. Desde a caracterização do direito como uma generalização congruente de expectativas normativas, até à idéia de que,

como citado antes⁵¹³, há três dimensões seletivas que procuram resolver o problema da crescente complexidade do sistema social, que é o próprio motor⁵¹⁴ da evolução, a teoria fornece os aportes necessários à compreensão.

Com efeito, na exposição da teoria dos sistemas o direito é uma estrutura do sistema social, diversa das demais estruturas. Os elementos dessa estrutura são as expectativas normativas, as quais são mantidas, mesmo ocorrendo a sua frustração, o que ocorre diversamente na expectativa cognitiva, com a qual o sistema apreende e pode modificar-se, evoluir. E é na dimensão temporal que se encontra a expectativa normativa, que é generalizada de forma congruente, ou seja, é uma expectativa de todos. Essa expectativa soluciona o problema do desapontamento, da frustração, sendo, por isso, uma prevenção, que procura trazer um relativo grau de segurança. Portanto, ocorrendo uma frustração, sabe-se de antemão qual será a consequência. A respeito das expectativas cognitivas, diz Luhmann o seguinte:

Com o auxílio dessa diferenciação a sociedade pode ajustar um compromisso entre as necessidades de adaptação da realidade e de constância das expectativas. Ela institucionalizará cognitivamente expectativas comportamentais, isto é, não censurará seus membros por uma adaptação da expectativa à realidade da ação, se predominar o interesse na adaptação. Ela deslocará e articulará as expectativas ao nível normativo quando forem vitais a segurança e a integração social das expectativas⁵¹⁵.

⁵¹³ Ver nota nº 327, retro, p 208 (Citação de ROCHA, Leonel Severo e CARVALHO, Delton Winter de).

⁵¹⁴ LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito, I., Op. Cit., p. 122.

⁵¹⁵ Idem, p. 58.

Pode ser citado, então, o instituto da união estável, que mostra que, como as partes deixaram de casar, possivelmente em razão da burocracia exigida e do fato de a sociedade deixar de ver os não-casados de forma estigmatizada, com o crescimento do número de uniões dessa natureza, viu-se a necessidade de, primeiramente, institucionalizar essa expectativa no nível cognitivo e, posteriormente, o Estado viabilizou pela via normativa essa solução: maior complexidade para reduzir a complexidade, ou complexidade estruturada que substitui a complexidade não estruturada.

Aí estão, então, a dimensão temporal – a normativa – e a dimensão social – a institucional – da generalização de expectativas. Entretanto, sinala Luhmann que “a sanção ao infrator do direito torna-se então o meio mais expressivo e institucionalmente privilegiado, da manutenção de normas⁵¹⁶.” Todavia, com relação à dimensão social, “a dimensão temporal não pode dar forma jurídica a todas as possibilidades da institucionalização, pois também ela esta sujeita à seleção a partir de critérios de congruência⁵¹⁷.” Para que ocorra a institucionalização, entretanto, são antevistas conseqüências problemáticas em termos políticos e organizacionais, mesmo escolhendo-se um modo especial de institucionalização. E, num ponto importante da sua obra, Luhmann menciona que “o interesse temporal e prático por fixações estáveis de sentido só em circunstâncias extremamente simplificadas pode satisfazer-se com as opiniões a

⁵¹⁶ Idem, p. 116.

⁵¹⁷ Idem, p. 117.

cada momento representadas⁵¹⁸.” Vale dizer, não é possível a institucionalização pela via normativa, na dimensão temporal, ausente um certo consenso, que não é obtido se houver personalismos ou subjetivismos nas soluções. Em outras palavras, é necessário que o tempo estabilize as expectativas experimentadas e somente então, havendo um consenso subentendido poder-se-á estabilizá-las no nível normativo.

E, na dimensão prática, há, igualmente, inúmeras dificuldades, pois ocorre uma maior separação entre pessoas, papéis ocupados pelas pessoas, programas e valores, os quais, nem todos, podem ser formulados juridicamente e, então, a possibilidade de uma generalização impõe seleções. Há dificuldades em eleger escolhas, alternativas, pois quando se elege uma alternativa, não bem experimentada, corre-se o risco de escolher mal e, por outro lado, quando não se elege, ou, quando não se decide, tem-se o perigo, tudo na formulação teórica luhmanniana.

Portanto, as soluções implementadas de modo subjetivo e personalista, ainda que com parcial apoio da administração do judiciário, como aquelas mencionadas nos exemplos do título anterior, adotadas pela Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, encontram dificuldades de ser institucionalizadas para além de uma determinada região, não havendo o tempo necessário para a experiência encontrar o apoio esperado, ou um consenso

⁵¹⁸ Idem, ibidem.

adequado, bem como porque é necessária uma seleção entre várias alternativas, podendo, eventualmente, outra escolha ser melhor.

É bom deixar claro que Luhmann não aceita as teorias do consenso, até porque, contrariamente, preconiza a diferença. Entretanto, aceita o consenso em termos, com o seguinte temperamento:

A institucionalização de expectativas sobre expectativas só poderá estar voltada para o melhor aproveitamento de um mínimo em experiências simultâneas e sinônimas, distribuindo-as igualmente entre os significados e os momentos socialmente relevantes, tornando o consenso expectável e ativável caso necessário, mas principalmente expandindo as predisposições ao consenso, de tal forma que o “consenso social geral” só precise ser coberto pela experiência atual de algumas pessoas, em alguns sentidos e em alguns momentos. Dessa forma, a função das instituições reside menos na criação e mais na economia do consenso, que é atingida, principalmente, na medida em que o consenso é antecipado na expectativa sobre expectativas, ou seja, como pressuposto, não mais precisando, em geral, ser concretamente pressuposto⁵¹⁹.

Mas não é somente nesse ponto que a teoria dos sistemas não prevê e não aceita as experiências implementadas. Como se viu quando se tratou precisamente das categorias teóricas da teoria luhmanniana, não é possível ao judiciário, que ocupa o centro do sistema jurídico e que opera, portanto, com o código respectivo (lícito/ilícito), operar no sistema político que possui outro código (governo/oposição). Essa atuação do judiciário, quando desborda da sua função sistêmica, implica a corrupção do código, com conseqüências que conduzem à imprevisão geral, que surpreendem, pois inusitadas. Nessa espécie de alternativas estão em especial aquelas em que o judiciário age como se fosse o poder

⁵¹⁹ LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito I. Op. cit., p. 81.

legislativo, editando propriamente legislação de caráter geral. Na alusão de Celso Fernandes Campilongo está a compreensão adequada desse problema:

Não resta dúvida, para Luhmann, de que o sistema jurídico e os Tribunais podem fornecer prestações importantes para o sistema da política e para o desempenho do modelo democrático. Mas isso não quer dizer que os Tribunais devam garantir o consenso ou fundamentar moralmente a democracia. De um lado, o sistema jurídico e os Tribunais estão acoplados estruturalmente, através da Constituição, ao sistema político. De outro lado, a moral tem uma presença difusa em todos os subsistemas. A questão central não é, assim, a da “apoliticidade” ou a da “amoralidade” do sistema jurídico e dos Tribunais. O direito tem muitos e óbvios pontos de contato com a política e com a moral. A preocupação da teoria dos sistemas auto-referenciais é de outra ordem. Se o sistema jurídico abandona seu código próprio (direito/não direito) e passa a operar com os códigos da política, da ciência ou da moral, certamente perderá suas referências internas e suas formas de distinção com o ambiente⁵²⁰.

Continua Celso Fernandes Campilongo, destacando que as instâncias reflexivas do direito, a dogmática e a teoria jurídica, e os tribunais, que são organizações com competências decisórias diretamente ligadas ao código do sistema jurídico, “devem desempenhar suas funções de modo consistentemente adequado às operações internas do direito⁵²¹,” não sendo possível o abandono da evolução conquistada pelo sistema jurídico, com a substituição pelas referências diretas aos sistemas político e econômico ou a instâncias reflexivas pertinentes a outros sistemas, como a teoria econômica e a teoria política.

Com relação ao consenso, preconiza Celso Fernandes Campilongo que “o direito é um domesticador de conflitos⁵²²”, por isso Luhmann dá importância

⁵²⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial. Op. Cit., p. 126-7.

⁵²¹ Idem, ibidem.

⁵²² Idem, p. 128.

fundamental ao conflito, à diferença, atribuindo, por exemplo o código sim/não ao sistema mais abrangente – a sociedade, sendo que este código revela o conceito de comunicação, que se confunde com a própria sociedade.

E, quanto à multiplicação de conflitos, também a teoria luhmanniana apresenta propostas de solução, nas palavras de Celso Fernandes Campilongo:

O direito apenas põe à disposição da sociedade a forma adequada de comunicação para o tratamento não violento dos conflitos. Ridículo imaginar que a teoria dos sistemas ignore o potencial conflitivo das sociedades complexas ou veja no sistema jurídico uma técnica de eliminação dos conflitos. A função do direito é aquela de “reconhecer os conflitos e, quando pode, produzir conflitos e empenhar sua própria complexidade para tentar resolvê-los.”

O direito não é apenas o fruto de um cálculo de interesses. O sistema jurídico pode ser pensado, em termos auto-referenciais, como uma contínua reação não só a conflitos sociais mas também aos conflitos gerados e reproduzidos a partir do sistema jurídico. Daí o paradoxo: o direito resolve os conflitos, de um lado, e multiplica os conflitos, de outro. Existem diferentes técnicas de “deparadoxification”, isto é, de desmontagem do paradoxo. Uma delas é fazer com que o direito crie mecanismos de compensação dos conflitos por ele mesmo gerados. O crescimento do sistema jurídico passa a ser o resultado de uma recursiva correção dos seus problemas: uma hipercorreção. Isso não significa a eliminação do paradoxo⁵²³.

E, prossegue este autor, expondo que os paradoxos sempre reaparecem, ainda que noutras aparências, mantendo formas diferentes de descrição do sistema, por isso a distinção entre a teoria operativa do direito – a dogmática – e a teoria reflexiva do direito – a teoria geral do direito – que ilustra como as distinções, diferenças, contribuem para a produção de descrições diversas do direito.

⁵²³ Idem, p. 133.

Cumprer notar, também, que quando o judiciário atua exercendo outras funções, de rigor não age como judiciário mas como um catalisador de uma possibilidade de solução de um problema social, agindo, então, como um agente social.

Viram-se, então, algumas das dificuldades reveladas pela teoria dos sistemas sociais para a evolução do direito, não havendo, por isso uma otimização do funcionamento do Estado, como instância ainda reguladora da vida dos cidadãos em sociedade.

Mas, na teoria da linguagem aplicada à sociedade e à política, como ao direito, mais caracteristicamente abordada pela teoria habermasiana, também se constata outras dificuldades de operação do Estado. Pode-se partir da seguinte idéia de Habermas:

Na prática, os membros de uma determinada comunidade de linguagem têm que supor que falantes e ouvintes podem compreender uma expressão gramatical de modo idêntico. Eles supõem que as mesmas expressões conservam o mesmo significado na variedade de situações e dos atos de fala nos quais são empregadas. No próprio nível do substrato significativo, o sinal tem que ser reconhecido como sendo o mesmo sinal, na pluralidade de eventos significativos⁵²⁴.

Noutro instante da sua obra, Habermas enfatiza essa distinção:

O princípio da legalidade da administração esclarece o sentido nuclear da divisão dos poderes. Superando uma diferenciação funcional, que se explica a partir da lógica da argumentação que introduz uma

⁵²⁴ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia I, p. 29.

diferença entre fundamentação de normas e aplicação de normas, a diferenciação institucional que se expressa na constituição de poderes separados tem por finalidade amarrar a aplicação do poder administrativo ao direito normatizado democraticamente, de tal modo que o poder administrativo só se regenera a partir do poder comunicativo produzido conjuntamente pelos cidadãos⁵²⁵.

Desses dois excertos extraem-se conclusões extremamente importantes, as quais, no mesmo sentido da teoria dos sistemas sociais, revelam as dificuldades de otimização do Estado no que tange à institucionalização de alternativas que favoreçam a solução dos conflitos que deságuam no judiciário, assim como no que tange à criação de políticas públicas da administração para a cidadania em geral, com vistas a prevenir a recorrência ou a reincidência.

Deve-se entender por comunidade de linguagem qualquer segmento que adota um sentido diverso na comunicação à qual não tem acesso, ou tem acesso dificultado, outro segmento. Assim, o judiciário tem um sentido na sua comunicação muito diverso do sentido da comunicação que existe no âmbito do legislativo. Isso fica facilmente perceptível na teoria dos sistemas, na hipótese de o foco dirigir-se para o código de operação do sistema. No caso, como já se disse, o código do judiciário é idêntico ao código do sistema jurídico (lícito/ilícito, ou direito/não direito), enquanto que o código do sistema político, onde se encontra o legislativo e o executivo é muito diverso (governo/oposição). Essa redução da teoria dos sistemas luhmanniana simplifica a compreensão. Entretanto, na teoria da linguagem desenvolvida por Habermas, ou na teoria do discurso ou, ainda, na teoria do poder comunicativo, é inserida uma compreensão ampliada.

⁵²⁵ Idem, p. 216.

Com efeito, Habermas expõe que há um discurso de fundamentação da edição de uma lei muito diverso do discurso de aplicação da mesma lei. Está aí, então, a diferença comunicativa existente entre as comunidades de linguagem. A dificuldade na evolução do direito se apresenta no aspecto de o legislador acreditar que cumpriu o seu papel com a edição da lei, ficando para o judiciário a aplicação daquele estatuto legal, bem como para o executivo, ou administrador, outro sentido de aplicação daquela lei. Ocorre, contudo, que na aplicação de um determinado diploma legal serão encontrados inúmeros entraves, os quais trarão outros tipos de problemas, quando se constata que, efetivamente, a lei é um mero programa que, por vezes, se mostra inadequado à solução, pelo menos insuficiente.

Igualmente pode-se sinalar com as iniciativas de normatização. Quando a norma decorre das experiências sociais, ela encontra maior grau de aceitabilidade, uma vez que já se encontra estabilizada como expectativa congruente. É o caso, por exemplo, da união estável. Todavia, quando a norma visa a implementar uma limitação da liberdade, certamente não encontrará tanta ressonância social e, então, haverá repercussões ou entraves na sua aplicação. Assim, no caso da união estável, quando se estabelece que o convivente supérstite tem direito a continuar residindo no imóvel do casal, tal ponto, protegendo o convivente, prejudica o direito dos herdeiros de tirarem proveito da herança deixada.

E, por outro lado, quando a iniciativa da norma parte do Estado, não estando plenamente sedimentada no nível das expectativas gerais, uma vez que apenas em mínima parte foi experimentada socialmente, aí sim serão encontradas dificuldades enormes na sua implementação, o que demanda muito tempo para a aplicação daquele programa. É o caso, por exemplo, do Código de Defesa do Consumidor, diploma legal que, se é certo que resultou de uma intensa modificação da sociedade, as normas nele inseridas limitaram em muito a liberdade, seja do consumidor, seja, especialmente, dos fornecedores.

Mas, decisivamente, no âmbito dos direitos novos é que se encontram as maiores dificuldades de aplicação dos programas, quando se constata a ineficiência do programa, levando o judiciário a implementar políticas públicas, não sendo, “geneticamente”, qualificado a tanto. Isso é o que ocorre, por exemplo, no caso da infância e da adolescência, em que o Estatuto da Criança e do Adolescente contém normas sobre crianças abrigadas, que foram abandonadas e estão sendo preparadas para a adoção e, até, de forma muito mais grave, sobre os menores que cometem infrações de diversos tipos e modalidades, com a aplicação de medidas de contenção e de medidas ditas sócio-educativas.

De forma idêntica, no âmbito do direito de família e no âmbito do direito criminal, o legislador crê que cumpriu a sua tarefa simplesmente editando uma norma. No caso do direito de família, na atualidade existem inúmeros outros problemas que surgem na sociedade, os quais, certamente poderão ter repercussões nas varas da infância e da juventude, com a aplicação do Estatuto da

Criança e do Adolescente. E, quanto ao direito criminal, não se esgota a atividade política na edição de lei que puna determinado tipo de delito, ou que aumente ou reduza a pena ou consubstancie em textos legais a aplicação de outras medidas com vistas a evitar a pena privativa de liberdade.

No âmbito do direito de família, não há programas atualizados que evitem a reincidência ou a recursividade. A legislação estabelece a possibilidade de separação e divórcio, com as regras sobre a partilha dos bens e responsabilidades dos pais pelos filhos, inclusive prevendo o procedimento adequado. Entretanto, o conflito muitas vezes perdura por conta de inúmeras mágoas e ressentimentos, repercutindo nos filhos e no seu futuro. Existem, igualmente, inúmeros entraves na imposição das responsabilidades que tocam aos genitores.

O mesmo ocorre no âmbito da aplicação do direito penal e do direito da infância e da juventude. Os programas revelam-se ineficazes e insuficientes ao atendimento do espectro de problemas que surgem ou em que se transformam.

O princípio da separação dos poderes, como visto tradicional e classicamente, apresenta esse grande problema. O poder legislativo crê que cumpre a sua tarefa com a edição de lei, o poder executivo crê que cumpre a sua tarefa aplicando a lei, sempre com o atributo do princípio da legalidade, este que é flexibilizado pelo princípio da discricionariedade, e o poder judiciário, a seu turno, tão-somente cumprindo a função jurisdicional de dar a solução àquele

conflito. Todos, então, agindo assim deixam de agir para atingir uma eficiência do Estado, ou uma otimização das funções do Estado.

Evidentemente que não se pode olvidar dos grupos de interesse que atuam no âmbito do poder executivo e no âmbito do poder legislativo, com vistas a evitar a edição de leis com as quais não concordam. Tais interesses vão desde os interesses econômicos até os interesses religiosos e, também, os políticos, além de outros. Os grupos de interesses criam, então, dificuldades para a evolução do direito, dado o seu poder de pressão, mas esse não é o ponto de maior destaque para a tese. O mesmo ocorre com a ausência de recursos para a implementação de políticas públicas que tendem a reduzir a repercussão negativa da aplicação da legislação ou, ainda, que auxiliam o enfrentamento dos problemas que decorrem da aplicação da legislação. Esses pontos, sem dúvida, são graves e antigos entraves para a evolução do direito, mas não se põe destaque neles na tese.

Na linha da pesquisa elaborada, marca-se que o princípio da separação dos poderes, como tradicionalmente consta dos diversos discursos, causa um déficit no funcionamento do Estado, com a inexistência de evolução da legislação e, como tal, de uma das fontes do direito e, da mesma forma, na implementação de políticas públicas.

Seja, então, por meio da teoria dos sistemas sociais, seja por meio da teoria da linguagem, ou da teoria do discurso, há inúmeras dificuldades comunicativas para a evolução do direito e, enfim, para a otimização do Estado enquanto,

ênfatize-se, instância ainda reguladora da vida política dos indivíduos em sociedade.

4.4– O diálogo institucional e a cooperação – a comunicação

Sem dúvida alguma é necessário conhecer a “engenharia” da teoria dos sistemas sociais de Luhmann para responder à indagação sobre a comunicação intersistêmica. Não há, efetivamente, comunicação direta entre os sistemas sociais, que se servem, para tanto, de diversos mecanismos para realizar possibilidades de comunicação, conforme a classificação teórica luhmanniana. Como já se mencionou antes, os sistemas sociais são fechados na sua operação, mas abertos na sua cognição. Operam por códigos próprios e rigorosos, assim permanecendo estáveis, inflexíveis a mudanças constantes, mas estão abertos à aprendizagem, como condição para a sua evolução e, portanto, à alteração da sua estrutura, que se dá por meio da tentativa e do risco do erro na seleção adotada. O contato do sistema com os demais sistemas dá-se por diversas formas, entre as quais está a categoria teórica do acoplamento estrutural, cabendo recordar que a Constituição promove o acoplamento estrutural⁵²⁶ entre o sistema político e o sistema jurídico. Assim, além de ser um ato político representativo, mas original, de formação do Estado, ou de projeção do Estado, a Constituição também é um

⁵²⁶ Mas, entre os sistemas psíquicos e entre estes e os sistemas sociais, a linguagem é que promove tal acoplamento estrutural. Na seguinte passagem Luhmann explica isso: “*Sin embargo, el objetivo concreto de esta lección es poder responder al mecanismo específico mediante el cual están acopladas estructuralmente las conciencias (sistemas psíquicos) y la comunicación (sistemas sociales). Como puede reconocerse fácilmente, el acoplamiento estructural ordinario entre sistemas de conciencia y sistemas de comunicación se hace posible a través del lenguaje*” (“in” *Introducción a la teoría de sistemas*, op. cit., p. 287).

diploma legal – é ao mesmo tempo ato político e ato jurídico. A Constituição contém diretivas políticas e diretivas jurídicas.

Noutro aspecto, o direito também é um meio de comunicação simbolicamente generalizado⁵²⁷, assim como o dinheiro. E, ademais, o direito, como meio de comunicação simbolicamente generalizado, extravasa os sistemas, regulando os demais subsistemas. Mas, no que pertine ao sistema jurídico, cumpre uma função para o sistema da sociedade e cumpre uma prestação para os demais subsistemas. Evidentemente que, tanto na função, quanto na prestação, o direito regula observando limitações determinadas pela sociedade e pelos demais subsistemas. Assim, a sociedade determina os limites do direito no que tange à faticidade, que estritamente na linguagem filosófica pode ser compreendida como “ser”, ou na visão sociológica como fato. Então, o direito posto é um fato que deve ser estudado no aspecto da sua validade, ou legitimidade. Nesse caso, fica explicada a tensão entre faticidade e validade. O direito posto é o “dever ser”, que se detém no nível normativo geral, como estrutura, mas a sua recepção pela sociedade é explicada pelos fatos, daí a sua legitimidade, ou ilegitimidade. A propósito, Luhmann explica isso em outras palavras:

Comecemos com o velho problema da faticidade da validade normativa. Não seria equivocado, nem muito produtivo, afirmar, com Kelsen, que a ciência do direito se ocupa da validade das normas e a sociologia, pelo contrário, dos fatos. A questão é como poder-se-ia tematizar esta diferença na sociologia. O que Kelsen já encontrou feito é a resposta de George Jellinek e Max Weber: a sociologia se ocupa da convicção fática da validade (legítima) das normas. Com isto a relação

⁵²⁷ LUHMANN, Niklas. Teoría política en el Estado de bienestar. Madrid: Alianza Editorial, 2002, p. 104 e seguintes.

resulta definida ou psicologizada de forma circular (ao que Kelsen se opõe com razão). Esta situação da teoria, que paralisa toda a discussão sobre a “legitimidade” é superável, se se vê (como sociólogo) a qualidade normativa de uma comunicação na faticidade de uma expectativa contrafática. Portanto, uma expectativa tem uma pretensão normativa, se sua comunicação promete que dita expectativa será mantida mesmo em caso de desilusão. Isto é somente a manifestação de uma intenção subjetiva. O direito se produz, então, pela seleção e generalização de semelhantes pretensões normativas. Estas são válidas ao serem aceitas por outros, ao perdurarem, ou seja, quando podem ser repetidas em outros casos e formalizadas de maneira geral e relativamente livre do contexto. A semântica do “dever” simboliza o resultado de semelhante processo de generalização⁵²⁸.

Mas, voltando às prestações, como mostra Luhmann, podem tornar-se burocracia excessiva, diversamente da “colonização do mundo da vida” pelo sistema, de Habermas. Assim se expressa Luhmann sobre a burocracia, no que tange à prestação do sistema político:

La prestación sólo es posible, si los medios del sistema emisor – en este caso, el efecto vinculante de las decisiones – pueden ser adaptados a la estructura del sistema receptor. (...)

En los sistemas hay, por decirlo en otros términos, garantías de autonomía “naturales”, que el sistema político trata de influenciar mediante decisiones vinculantes. Esto no quiere decir que tales sistemas cumplirían sus funciones de modo óptimo sin prescripciones políticas; pero sí, que a estos efectos dependen de medios de comunicación y de otros mecanismos efectivos que no están a la disposición del sistema político, en sí mismo especializado en su propia función.

Sí se ignoran estos límites operativos, se crean burocracias en los límites entre estos sistemas (tanto en la Administración pública, como en las empresas económicas, en las escuelas e, si se quiere, en las praxis médicas). Esto es: demasiadas decisiones y las resultantes necesidades de decisión derivadas de los resultados que con ellas se puedan lograr. La “burocratización” constituye así la consecuencia directa de las crecientes prestaciones políticas en ámbitos en los que no se puede obtener resultados recurriendo exclusivamente, o al menos de modo primario, a la producción de decisiones vinculantes⁵²⁹.

⁵²⁸ LUHMANN, Niklas. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. Florianópolis/SC: Revista Sequência – PPGD/UFSC, n° 28, junho de 1994, p. 19-20.

⁵²⁹ LUHMANN, Niklas. Teoría política en el Estado de bienestar. Madrid: Alianza Editorial, 2002, p. 95-6.

Na transcrição acima, Luhmann menciona, como exemplo, a burocracia decorrente de o sistema da política impor decisões coletivamente vinculantes no sistema educacional, no qual se exige interação nas salas de aula, a significar que somente quem está presente se comunica. Mas, a excessiva burocracia causa embaraços e dificuldades ao sistema educacional. Neste exemplo, uma das prestações do sistema político para o sistema educacional é a burocracia, provavelmente a prestação que mais influencie o sistema educacional.

A teoria luhmanniana versa sobre uma observação da realidade – é uma teoria sociológica. É uma teoria dos sistemas sociais, que elabora uma descrição, própria, dos demais sistemas, como o sistema psíquico, por exemplo, que não é um sistema social.

A respeito, convém deixar claro que Luhmann elabora uma classificação explicativa partindo da maior categoria, a do sistema, que se abre, em segundo nível, dividindo-se em máquinas, organismos, sistemas sociais e sistemas psíquicos. A seu turno, os sistemas sociais se abrem, no primeiro nível, na classificação em interações, organizações, e sociedade⁵³⁰.

Noutro enfoque, cabe notar que a teoria luhmanniana é totalmente diversa das teorias que partem da ação social. Para Luhmann a teoria da sociedade se baseia em uma teoria da comunicação, não numa teoria da ação social. Diz Luhmann, então, que “a análise da formação auto-referencial de sistemas baseada

⁵³⁰ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales*. México: Univesidad Iberoamericana, 1991, p. 26.

na dupla contingência obriga a revisar a idéia de que um sistema social não está constituído por pessoas, senão por ações⁵³¹.” Assevera que, na atualidade, é dominante a idéia da fundamentação na teoria da ação. E, arremata essa observação, nos seguintes termos:

Sospechamos que en este problema la comunicación o la acción como ultraelemento constituyen opciones fundamentales que marcan de manera determinante el estilo de la teoría construida sobre esta base, por ejemplo, el grado de su distanciamiento respecto de lo psíquico. Por lo tanto, es necesario otorgarle algún espacio⁵³².

Aqui, portanto, se centra um dos aspectos mais importantes da oposição entre a teoria de Niklas Luhmann e de Jürgen Habermas. Na teoria da ação comunicativa, Habermas elege a ação como elemento teórico determinante, por isso há a constante menção aos atores, os sistemas psíquicos. Luhmann, a seu turno, na teoria dos sistemas sociais, impõe o afastamento do homem, ou sistema psíquico e orgânico do sistema social, vendo-o como entorno, ou ambiente do sistema social, com o qual não se comunica, dada a operação sistêmica entre os dois ser amplamente diversa.

Há uma radical oposição entre as teorias, pois, enquanto Habermas fala em racionalidade comunicativa entre atores que, na teoria do agir comunicativo, buscam o consenso e a coordenação de ações, Luhmann elege as categorias teóricas da informação, do ato de comunicação, ou notificação e aceitação da

⁵³¹ Idem, p. 151 (tradução livre).

⁵³² Idem, p. 152.

comunicação. Todavia, a informação não é processada conforme o código do sistema de que parte, mas somente é processada conforme o código do sistema receptor. Assim, a informação é alterada radicalmente no momento da sua recepção. O ato de comunicação, ou notificação, também se submete a uma seleção inicial e, posteriormente, na recepção, isso novamente ocorre. Por fim, se a informação foi aceita, negada, ou não processada, tal somente será visto no ato comunicativo seguinte, que parte do receptor. A prova da compreensão está condicionada ao ato de comunicação que se segue à informação.

Muito longe da hermenêutica filosófica, Luhmann menciona a improbabilidade da comunicação:

Volviendo al punto cero de la evolución, es improbable que ego entienda lo que pretende alter – dada la separación e individualización de sus cuerpos y sus conciencias. El sentido sólo puede ser entendido en su relación con el contexto, y como contexto funge primero lo que para cada quien presenta su propio campo de percepción y su propia memoria. Además, como decíamos antes, la comprensión incluye siempre el malentendido, y este componente será tan alto, al no poder basar-nos en condiciones previas adicionales, que la combinación se volverá improbable. (El problema se repite en cada situación en que se pretende establecer comunicación, y no sólo en las discusiones teóricas de la sociología).

La segunda improbabilidad se refiere a la accesibilidad de los destinatarios. Es improbable que la comunicación llegue a más personas de la presentes en una situación concreta; y esa improbabilidad crece cuando se requiere además que la espacial y temporal. El sistema de interacción de los presentes en cada situación garantiza, en una medida prácticamente suficiente, la atención para la comunicación. Más allá de los límites del sistema de interacción, las reglas aquí vigentes no pueden obtener-se a la fuerza. Incluso cuando la comunicación encuentra portadores de sentido transportables y duraderos, más allá de los límites de interacción se vuelve improbable que sea tomada em cuenta. En otras partes, la gente está ocupada en otra cosa.

Una tercera improbabilidad es la de éxito. Incluso cuando una comunicación es comprendida por quien es alcanzado por ella, no será del todo seguro que se le acepte y se le tome en cuenta. Al contrario: “cada palabra pronunciada provoca su contrasentido”. La comunicación sólo tiene si ego acepta el contenido selectivo de la comunicación (la información)

como premisa para su propia conducta. Aceptar puede significar actuar de acuerdo con directivas determinadas, pero también experimentar, pensar, elaborar, más información bajo la condición de que una información determinada acierte. El éxito de la comunicación es una unión lograda de selecciones⁵³³.

Mas, nesse percurso teórico, Luhmann⁵³⁴ claramente estabelece que comunicação não pode ser compreendida como ação, nem como processo de comunicação como cadeia de ações, uma vez que a comunicação inclui mais acontecimentos seletivos em sua unidade do que o ato de comunicação, ou de notificação. A comunicação não é ação, mas sim uma relação simétrica de várias seleções.

Essas algumas das dificuldades, que devem ser acrescidas a inúmeras outras, constatadas pela teoria luhmanniana no que concerne à comunicação.

À sua vez, Habermas também apresenta diversas outras dificuldades, constatadas na teoria da ação comunicativa. Convém notar, contudo, que, enquanto Luhmann, jurista de formação, apresenta uma teoria essencialmente sociológica, que procura ser uma teoria de constatação da realidade, dos fatos, no âmbito do “ser”, Habermas, que é filósofo, enuncia uma teoria essencialmente filosófica, situando-se, diversamente da teoria de Luhmann, essencialmente no âmbito do “dever ser”, sendo caracteristicamente de cunho normativo.

⁵³³ Idem, p. 170.

⁵³⁴ Idem, p. 175.

Assim, na menção à “situação ideal de fala”, ou na menção à “comunidade ideal de fala”, Habermas destaca a noção normativa, em que os atos ilocucionários tenderiam ao consenso e à coordenação das ações dos atores sociais. Veja-se que o próprio Habermas admitiu o aspecto normativo, nas seguintes palavras:

É verdade que as questões fundamentais da filosofia prática tinham sido extraídas do dia-a-dia: “o que devo fazer?”, ou ainda: “o que é bom para mim em geral e a longo prazo?”, porém sem nenhuma mediação, sem passar pelo filtro da objetivação social. A renúncia ao conceito fundamental da razão prática sinaliza a ruptura com esse normativismo. Todavia, o conceito sucessor “razão comunicativa” conserva fragmentos idealistas desta herança, os quais nem sempre são vantajosos, no contexto modificado de uma teoria comprometida com o esclarecimento⁵³⁵.

Entretanto, quando se chegará – se é que um dia haverá tal aptidão – a uma situação ideal de fala. E, da mesma forma, quem poderá ter acesso a essa situação ideal de fala, considerando que Habermas menciona que, na fala argumentativa, vista como processo, é forma de comunicação infrequente e rara⁵³⁶. Para enfatizar e exemplificar as dificuldades da comunicação, cabe transcrever a classificação pragmática dos atos de fala mencionada por Habermas:

Para una clasificación pragmática de los actos de habla son importantes los indicadores relativos a las dimensiones generales de la situación de habla. En la *dimensión temporal* se plantea la cuestión de si los participantes se orientan más bien hacia el futuro, hacia el pasado o por el presente, o de si los actos de habla son neutrales en cuanto al tiempo. En la *dimensión social* se plantea la cuestión de si las obligaciones relevantes para la secuencia de la interacción afectan principalmente al hablante, al oyente o a ambos a la par. Y en la *dimensión objetiva* se plantea la cuestión de si el centro de gravedad temático reside en los objetos, o en las acciones, o en los actores mismos⁵³⁷.

⁵³⁵ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia I. Op. cit., p. 26.

⁵³⁶ HABERMAS, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa, I. Op. cit., p. 46.

⁵³⁷ Idem, p. 412.

Fica claro, nessa classificação, que o falante, além de poder ocupar-se, em cada manifestação, com três dimensões, também poderá ocupar-se com uma ampla diversidade no interior das dimensões. A classificação serve para demonstrar a dificuldade de consenso entre dois indivíduos que tem mundos compreensivos diversos. É o caso de o falante ser conservador, orientar-se exclusivamente pelo passado, enquanto que o ouvinte tem olhos para o futuro e, ainda, outro poderá ter os olhos para o presente. Então, nesse sentido haverá, certamente, dificuldades comunicativas por vezes intransponíveis, pois as dimensões que interessam aos falantes e ouvintes são diversas e, daí, o seu contexto argumentativo é muito diversificado.

Ficam demonstradas, nesses termos, as imensas dificuldades comunicativas entre os atores sociais. E, na linguagem luhmanniana, há uma improbabilidade da comunicação, que supera, a todo instante, inúmeros percalços, ou não os supera.

Para superar esses entraves comunicativos, a teoria dos sistemas revela outra categoria teórica, a dos sistemas de organização. De acordo com Luhmann, as organizações são sistemas sociais diversos do sistema da sociedade, como já se mostrou acima, quando o próprio Luhmann⁵³⁸ inclui na classificação as organizações, as interações e a sociedade como sistemas sociais.

⁵³⁸ LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales*. Op. cit., p. 26.

Em nota ao Capítulo *Sociedad e Interacción*, da obra *Sistemas Sociales*,

Luhmann assim se expressa:

Dejamos de lado un tercer tipo, la organización, un modelo de los sistemas sociales que no es reductible ni a la sociedad ni a la interacción, porque no es tan relevante como diferencia. Dicho de otro modo: en todas las relaciones sociales, puede surgir una diferencia entre sociedad e interacción, pero no todas las sociedades conocen los sistemas sociales organizados. Con ello sólo excluimos a la organización en su carácter de teoría general de los sistemas sociales, sistemas organizativos y sistemas de interacción, además de desarrollar las respectivas teorías, ya que estas tres formas especiales de la formación de los sistemas sociales (es decir, del trato de la doble contingencia) no pueden reducir-se una a la otra⁵³⁹.

No caso dos Tribunais, ou seja, do Poder Judiciário, é tido como organização que opera no interior do sistema de função, no interior do sistema jurídico, adotando o código do sistema jurídico. A autoridade de Luhmann e de Giorgi esclarece mais:

También las organizaciones que operan dentro de los sistemas de funciones deben considerarse como sistemas sociales operacionalmente clausurados, independientes con base en su actividad de decisión. Asumen la función primaria a partir del sistema respectivo (pero a menudo haciendo concesiones a otras funciones) y, además, asumen también su código binario.

Sólo con estas dos condiciones las organizaciones pueden relacionar sus operaciones con el correspondiente sistema de funciones y volverse, por lo tanto, identificables por ejemplo como tribunales, como banca, como escuelas⁵⁴⁰.

Cumprе, igualmente, pontuar que as organizações não são fenômenos, como as interações, presentes em todas as sociedades, mas constituem uma

⁵³⁹ Idem, nota 1, p. 405.

⁵⁴⁰ LUHMANN, Niklas; GIORGI, Raffaele de. Teoría de la sociedad. Op. cit., 371.

aquisição evolutiva que pressupõe um nível de desenvolvimento relativamente alto⁵⁴¹. E, justamente as organizações, que operam nos sistemas funcionais, são os sistemas que são dotados de ação, diversamente dos sistemas de funções, que operam pela comunicação. Portanto, as organizações são sistemas que agem, enquanto que os sistemas de funções operam comunicativamente, daí o alto grau de desenvolvimento e, portanto, de complexidade do sistema em que há a operação de organização.

Nessa parte vale situar, novamente, a distinção entre comunicação e ação. Já se mencionou que a ação é, apenas, um aspecto da comunicação, pois esta é uma relação simétrica de várias seleções⁵⁴². E, no tentame de elucidar bem a distinção, Luhmann põe a pergunta: como aumentar a complexidade compreensível por meio da redução da complexidade? E responde: por meio do condicionamento da comunicação, por meio da formação de sistemas sociais. E, na diferenciação entre constituição e observação, menciona que a comunicação é a unidade elementar da autoconstituição, enquanto que a ação é a unidade elementar da auto-observação e da autodescrição dos sistemas sociais. A ação é adstrita, no sentido de estar submetida, à comunicação. Portanto, somente se pode negar, perguntar de novo, ou contradizer, uma comunicação, quando se possa constatar quem atuou comunicativamente⁵⁴³. Mas, ao mesmo tempo em que a ação é um aspecto da comunicação, também a ação acrescenta algo à comunicação, pois, no

⁵⁴¹ Idem, p. 365.

⁵⁴² LUHMANN, Niklas. Sistemas sociales. Op. cit., p. 175 e seguintes.

⁵⁴³ Idem, p. 186.

caso dos sistemas de organização, como são dotados de ação, fazem algo, não simplesmente empreendem comunicação.

O sistema jurídico comunica direito. Os tribunais agem, comunicando, direito. Luhmann, partindo da distinção entre legislação e jurisdição, expõe várias conseqüências e conclui dizendo que “se justifica na prática a distinção importante do ponto de vista da estrutura da sociedade, que vê no sistema social (funcionalmente diferenciado) de organizações um tipo completamente diferente de sistemas sociais⁵⁴⁴.”

Seguindo nessa senda, os tribunais estão localizados no centro do sistema jurídico, enquanto a legislação está na periferia do sistema, na distinção entre centro e periferia, recuperando-se que o centro do sistema é onde ele alcança maior complexidade, onde ele é mais estável, ocorrendo o contrário na periferia. Por isso a legislação, que está na periferia, sofre a instabilidade da possibilidade constante de alteração, pela legislação, bem como de aceitação pelo povo das suas regras.

Nas distinções que faz, Luhmann ainda esclarece sobre a hierarquia⁵⁴⁵, dizendo que o sistema total – a sociedade, não é estruturado hierarquicamente, enquanto que as organizações são estruturadas dessa forma. Existem várias instâncias nos tribunais, que interligam as Cortes Superiores às inferiores. No

⁵⁴⁴ LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. Porto Alegre: Revista Ajuris n° 49, 1990, p. 155.

⁵⁴⁵ Idem, p. 165-166.

sistema político, a seu turno, o Estado, que também é uma organização e está localizado no centro do sistema, contém ordem hierárquica, mas a política não está ordenada hierarquicamente, uma vez que opera na periferia. O mesmo ocorre no sistema da economia, em que os bancos funcionam como organizações, havendo o Banco Central e outros bancos que forma a hierarquia.

Sobre o sistema político, assim se expressa Luhmann:

Para el mantenimiento de este orden lo decisivo es la conservación de la diferencia entre centro y periferia. Los límites internos del sistema quedan marcados por los cargos políticos de los funcionarios y dentro de esos límites, es como se reproduce el círculo del poder que puede irlos jalonando. De otro modo (si no hubiera centro y periferia) no habría ninguna diferencia entre gobierno y oposición, ningún cabildeo, ninguna competencia por ocupar los cargos políticos. En una palabra: no habría democracia. Pero entonces se puede también ver al revés: la democratización de la política aumenta la complejidad del sistema a tal grado que el sistema se puede dar el lujo de tener una organización jerárquica en el “núcleo” del Estado y, como sistema unitario, debe tomar la forma de diferenciación entre centro y periferia⁵⁴⁶.

Portanto, a jurisdição é dotada de ação que, noutras palavras, significa que os tribunais são obrigados a decidir. A decisão consiste, então, na ação dos tribunais, na distinta comunicação em que estão inseridos.

Na teoria da ação comunicativa, Habermas igualmente apresenta possibilidades de superação dos entraves comunicativos. Ainda que Habermas aceite plenamente a teoria dos sistemas, na sua concepção prevalece o aspecto da

⁵⁴⁶ LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. Op. cit., p.398.

ação na comunicação, inserida numa teoria do discurso. Confirmando a sua posição de filósofo, implementa o ponto de vista normativo:

Os conceitos de “esfera pública política” e de “sociedade civil”, que acabamos de introduzir, não representam apenas postulados normativos, pois têm referências empíricas. No entanto, a tradução sociológica e falsificável do conceito de democracia radical, proposto pela teoria do discurso, necessita de outros conceitos. Pretendo mostrar que a sociedade civil pode, em certas circunstâncias, ter opiniões públicas próprias, capazes de influenciar o complexo parlamentar (e os tribunais), obrigando o sistema político a modificar o rumo do poder oficial. No entanto, a sociologia da comunicação de massas é cética quanto às possibilidades oferecidas pelas esferas públicas tradicionais das democracias ocidentais, dominadas pelo poder e pela mídia. Movimentos sociais, iniciativas de sujeitos privados e de foros civis, uniões políticas e outras associações, numa palavra, os agrupamentos da sociedade civil, são sensíveis aos problemas, porém os sinais que emitem e os impulsos que fornecem são, em geral, muito fracos para despertar a curto prazo processos de aprendizagem no sistema político ou para reorientar processos de decisão⁵⁴⁷.

Nessa perspectiva, Habermas⁵⁴⁸ classifica como barreira principal à formação de um poder que modifique a relação de forças, passando a favorecer a sociedade, “a imagem difusa da esfera pública”, que surge então “submetida ao poder e à dominação dos meios de comunicação de massa”. Mas, essa barreira pode ser removida se a esfera pública deixar de permanecer em repouso, com a ocorrência de uma mobilização.

Nesses termos, percebe-se que a teoria de Habermas é essencialmente normativa, ainda que guarde fundamentos empíricos, como admite.

⁵⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia II. Op. cit., p. 106-107.

⁵⁴⁸ Idem, p. 113.

Na exposição que faz de três modelos normativos de democracia⁵⁴⁹, Habermas reitera a concepção do modelo de política deliberativa que antevê como solução à oposição dos modelos “liberal” e “republicano” e como solução, portanto, às dificuldades de comunicação política. Menciona que, no modelo “liberal”, o processo democrático tem a tarefa de programar o Estado para que se volte ao interesse da sociedade, sendo o Estado o aparato da administração pública e a sociedade o sistema de circulação de pessoas em particular, bem como do trabalho das pessoas, numa estrutura de mercado. No modelo “republicano” a política não se confunde com uma função mediadora – como ocorre no “liberal”, em que se congregam e impõem interesses sociais, com o aparato estatal, no uso administrativo do poder para fins coletivos –, mas, para além de mediadora, a política é constitutiva do processo de coletivização social em um todo abrangente, formando a política um contexto ético de vida e um *medium* no qual os integrantes de comunidades solidárias se conscientizam de sua interdependência mútua. No modelo “republicano” surge a solidariedade, como terceira fonte de integração social, juntamente com o poder administrativo (poder soberano estatal) e com os interesses próprios (instância reguladora descentralizada do mercado). O modelo “republicano” é nominado também de “comunitarista”.

A partir dessa linha teórica e argumentativa, Habermas apresenta várias conseqüências dessas concepções, distinguindo as idéias de cidadão do Estado que, no modelo “liberal” é apresentada na medida dos direitos individuais e que,

⁵⁴⁹ HAMBEMAS, Jürgen. A inclusão do outro. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 269 e seguintes.

no modelo “republicano”, não é apresentada segundo as liberdades negativas que eles podem reivindicar, mas na forma positiva, como direitos de participação e de comunicação política. Igualmente, na idéia de “direito em si mesmo”, Habermas revela a distinção das concepções, pois, no modelo “liberal”, há o sentido de constatar, em cada caso individual, quais são os direitos cabíveis e a qual indivíduo cabe, enquanto que, no modelo “republicano”, os direitos subjetivos se prendem a uma ordem jurídica objetiva que possibilita e garante um convívio eqüitativo. Há distinção, também, na idéia da natureza do processo político, pois os liberais concebem que a política é essencialmente uma luta por postos que permitam dispor do poder administrativo, o que muda o processo de formação da vontade e da opinião política, na opinião pública e no parlamento. Os republicanos entendem que a formação da opinião e vontade política, na opinião pública e no parlamento, não atende às regras de mercado, observando-se, ao contrário, a estruturas de comunicação pública voltada ao entendimento mútuo.

Firmando essas distinções, conclui Habermas, no mesmo texto, que há vantagens e desvantagens no modelo “republicano”, apresentando, respectivamente, um sentido radicalmente democrático de auto-organização da sociedade pelos próprios cidadãos em acordo mútuo e por via comunicativa, mas é exageradamente idealista, tornando o processo democrático dependente das virtudes dos cidadãos que apregoam o bem comum. O erro estará, portanto, na condução com uma ética estrita dos discursos políticos. Habermas destaca, também, além de vários outros aspectos dos modelos que elenca, a legitimação do exercício do poder político, que no modelo “liberal” é resultante da formação

democrática, no sentido de que os resultados das eleições são a justificação para a tomada e o uso do poder perante a opinião pública, enquanto que, no modelo “republicano”, a formação democrática da vontade tem a função essencial de constituir a sociedade, como coletividade política, e de manter viva a cada eleição a lembrança do ato fundador.

Nesse momento, Habermas explica o modelo “político-deliberativo” que constitui um avanço e, ao mesmo tempo, acrescenta outras noções que integram os outros modelos:

O conceito de uma política deliberativa só ganha referência empírica quando fazemos jus à diversidade das formas comunicativas na qual se constitui uma vontade comum, não apenas por um *auto-entendimento mútuo de caráter ético*, mas também pela busca de equilíbrio entre interesses divergentes e do estabelecimento de *acordos*, da checagem da coerência *jurídica*, de uma escolha de instrumentos *racional e voltada a um fim específico* e por meio, enfim, de uma fundamentação moral. Assim, os dois tipos de político que Michelman contrapõe em um exercício de tipificação ideal podem impregnar-se um do outro e complementar-se. A política dialógica e a instrumental, quando as respectivas formas de comunicação estão suficientemente, institucionalizadas, podem *entrecruzar-se no medium* das deliberações. Tudo depende, portanto, das condições de comunicação e procedimento que conferem força legitimadora à formação institucionalizada da opinião e da vontade⁵⁵⁰.

Nesses termos, Habermas, ainda no mesmo texto, sugere um terceiro modelo de democracia, que se baseia em condições de comunicação por meio das quais o processo político qualifica-se para alcançar resultados racionais, porque, justamente, se condiciona, integralmente, de modo deliberativo. Assim, a teoria do discurso apresenta uma intersubjetividade avançada, que se encontra em processos

⁵⁵⁰ Idem, p. 277.

de entendimento mútuo, decorrentes da forma institucionalizada de aconselhamentos em parlamentos, bem como na rede de comunicação estabelecida na opinião pública de cunho político. E, no enfrentamento do tema “legitimidade”, outra noção é constatada:

Com a teoria do discurso, novamente entra em cena outra noção: procedimento e pressupostos comunicacionais da formação democrática da opinião e da vontade funcionam como importantes esquadros da racionalização discursiva das decisões de um governo e administração vinculados ao direito e à lei. *Racionalização* significa mais que mera legitimação, mas menos que a própria ação de constituir o poder. O poder administrativamente disponível modifica seu estado de mero agregado desde que seja retroalimentado por uma formação democrática da opinião e da vontade que não apenas exerça posteriormente o controle do exercício do poder político, mas que também o programe de uma maneira ou de outra. A despeito disso, o poder político só pode “agir”. Ele é um sistema parcial especializado em decisões coletivamente vinculativas, ao passo que as estruturas comunicativas da opinião pública compõem uma rede amplamente disseminada de sensores que reagem à pressão das situações problemáticas no todo social e que simulam opiniões influentes. A opinião pública transformada em poder comunicativo segundo procedimentos democráticos não pode “dominar”, mas apenas direcionar o uso do poder administrativo para determinados canais⁵⁵¹.

Assevera, por fim, Habermas⁵⁵², que a teoria do discurso tem uma leitura da democracia que se vincula a uma abordagem distanciada⁵⁵³, própria às ciências sociais, que não considera o sistema político nem o topo, nem o centro, da sociedade, nem, tampouco, o modelo que determina a sua marca estrutural, mas apenas um sistema de ação ao lado de outros.

⁵⁵¹ Idem, p. 282.

⁵⁵² Idem, p. 284.

⁵⁵³ Esse distanciamento não é conforme ao entendimento da teoria dos sistemas, uma vez a observação inclui o observador. Ver, acima, item 3.4.6, que explicita a inclusão do observador. Luhmann refere, contudo, o problema do ponto cego do observador (LUHMANN, Niklas; GIORGI, Raffaele de de. *Teoría de la sociedad*. Op. cit. p. 436). Mesmo o observador de segunda ordem vê menos e de maneira diferente do observador que está sendo observado. Ele não vê o que não pode ver.

As posições de Luhmann e de Habermas revelam faces diversas, pois, como dito tantas vezes, uma apresenta uma visão sociológica, enquanto a outra é de natureza filosófica. Luhmann não apresenta soluções ao problema da comunicação, uma vez que a sua teoria, sociológica, é de constatação da realidade. Habermas, ainda que mencione idéias empíricas, apresenta soluções, numa pretensão normativa, idealista. Por isso a crítica de Luhmann, de que Habermas é um representante da tradição europeia, vinculada às idéias de progresso da humanidade e da sociedade, abominadas por Luhmann.

4.5 – O fim da separação dos poderes – por uma teoria da comunicação entre os poderes do Estado

Desde há muito não cogitam as teorias de concepções que assumam a idéia da separação absoluta dos poderes do Estado. Na prática, todavia, a falta de compreensão da noção de separação dos poderes tem como consequência resultados graves. O conservadorismo e a pretensão à ausência de interferências recíprocas – ou o receio de tais interferências – entre os órgãos constituídos que exercem o poder do Estado, revelam uma idéia de separação radical dos poderes. Exceções são postas à prova, contudo, quando há a necessidade de recursos financeiros, de políticas públicas ou de legislação, casos em que os poderes constituídos tendem a promover contatos. Tais contatos, de qualquer modo, são meramente superficiais, inseridos na idéia de relacionamento harmônico institucional.

Há, sem dúvida, questões teóricas a serem superadas, de modo a que fique clara a tese apresentada. Por outro lado, cumpre superar aspectos de fato.

Com a menção ao fim da separação dos poderes, a toda evidência não se quer dizer que o poder judiciário, ou a função jurisdicional, deva exercer funções legislativas, ou, ainda, funções que tocam, essencialmente, à administração do Estado. Da mesma forma, nem as demais funções devem passar a exercer as funções jurisdicionais. A sociedade e, enfim, o Estado, não pode abdicar da sua evolução. Aliás, a respeito disso convém lembrar que a complexidade social exigiu a formação profissional de juízes e, inclusive, não há por que temer assumir isso, de políticos. Sobre os juízes não há qualquer dúvida, ainda que alguns tenham a ilusão de que seria possível a eleição de juízes, contra a profissionalização e à formação de carreiras na magistratura. A eleição de juízes seria alternativa de altíssimo risco para a prestação da jurisdição e, ainda, de duvidosa eficácia. Quanto aos políticos, contudo, fala-se muito em carreira política, em que os políticos vão ascendendo de postos nos quadros partidários e nos cargos legislativos e administrativos, assim adquirindo condições de exercerem cargos mais elevados, havendo casos de políticos ditos profissionais, que exercem cargos por cerca de 30 anos.

Assim, a profissionalização de juízes e de políticos exige conhecimentos próprios e específicos da natureza das atividades. Portanto, não se pretende que os juízes passem a exercer funções essencialmente políticas, nem que os políticos passem a exercer funções essencialmente jurisdicionais.

Aliás, do ponto de vista teórico essa idéia já ficou absolutamente clara quando se tratou da teoria dos sistemas. A comunicação, no sistema jurídico e no sistema político, é operada por código diverso, por isso não é possível o uso do código de operação do sistema jurídico no sistema político e, no sentido inverso, também não é possível operar, com o código do sistema político, o sistema jurídico.

Igualmente, no que respeita à teoria da ação comunicativa, a existência de linguagens diversas, operadas por distintas comunidades de linguagens, não permite uma transparência, uma compreensão exata das distintas pretensões. A linguagem de fundamentação da edição de uma legislação é muito diversa da linguagem de fundamentação de aplicação da lei, nesse sentido nos âmbitos da função jurisdicional e da função administrativa. Não bastasse o aspecto de a lei ser geral, há o de ter sido editada em tempo passado e, também, o acréscimo de os aplicadores serem diferentes e de os fatos nos quais deva ser aplicada a legislação serem diversos, sem falar na diversidade do tempo e do local de aplicação, não havendo identidade.

A idéia, então, que se preconiza é a de que está superada a noção radical de separação dos poderes do Estado, embora se tenha em linha de conta uma separação decorrente da diferenciação da sociedade por sistemas de funções, bem como pela distinção das linguagens operadas nos distintos segmentos do espaço público.

A Constituição da União Europeia já contém, entretanto, a idéia de que as suas instituições devem manter, entre si, uma cooperação leal, conforme o art. I-19.º:

Artigo I-19º

Instituições da União

1. A União dispõe de um quadro institucional que visa a:

- promover os seus valores,
- prosseguir os seus objetivos,
- servir os seus interesses, os dos seus cidadãos e os dos Estados-Membros,
- assegurar a coerência, a eficácia e a continuidade das suas políticas e das suas ações.

O quadro institucional compreende:

- o Parlamento Europeu,
- o Conselho Europeu,
- o Conselho de Ministros (adiante designado “Conselho”),
- a Comissão Europeia (adiante designada “Comissão”),
- o Tribunal de Justiça da União Europeia.

2. Cada instituição atua dentro dos limites das atribuições que lhe são conferidas pela Constituição, de acordo com os procedimentos e as condições que esta estabelece. As instituições mantêm entre uma cooperação leal⁵⁵⁴.

Essa expressão – cooperação leal – ou é insuficiente ou deve germinar outras noções. Certamente, não se pretende ficar apenas na noção de cooperação leal, pois transparece ser apenas a velha idéia da harmonia, já consagrada nos textos constitucionais, que procura pôr em equilíbrio a independência dos poderes constituídos⁵⁵⁵. Nesse sentido, cooperação leal pode ser entendida como uma comunicação adequada entre os poderes do Estado.

⁵⁵⁴ <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/pt/treaties/dat/12004V/htm/C200430PT.01001101.htm>, página acessada em 17 de outubro de 2005.

⁵⁵⁵ Constituição da República Federativa do Brasil – “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

A comunicação entre os poderes do Estado, ou entre os órgãos constituídos que exercem as funções do Estado, deverá ter a finalidade de aprimorar a edição de legislação e a sua aplicação nos âmbitos da administração e da jurisdição. Para usar a expressão inglesa “*feedback*”, que é de há muito festejada nas áreas da administração e da economia, impõe-se uma realimentação no processo de ação do Estado. Essa realimentação somente é possível havendo a comunicação entre os órgãos exercentes das funções estatais.

Portanto, o Estado, por seus órgãos constituídos, deve atuar de forma conjugada e processualmente. Essa ação, no âmbito do judiciário, dar-se-ia justamente por meio de *feedback* com o legislativo e com o executivo. Assim, uma determinada legislação, depois de aplicada no judiciário, deveria ser avaliada quanto à sua utilidade, necessidade e quanto, especialmente, à sua viabilidade e, enfim, necessidade de aperfeiçoamento. Isso somente é possível se houvesse o contato permanente entre o poder legislativo e o poder judiciário. Por outro lado, na relação entre o judiciário e a administração, ou executivo, caberia ao judiciário possibilitar informações com vistas à aplicação de recursos financeiros em políticas públicas tendentes a satisfazer, com economia de recursos, a cidadania. Caberia ver onde os recursos estão sendo mal investidos e onde os recursos poderiam ser mais bem investidos, em curto, médio e longo prazos.

E, indubitavelmente, a sociedade organizada, por meio das suas associações e outras entidades, privadas e públicas, poderia influir nesse processo, trazendo outros elementos que pudessem melhorar e aprimorar essa comunicação.

Então, os poderes do Estado, ou as funções do Estado, para longe de serem postas em concepção mecanicista, devem ser ampliadas numa concepção orgânica, conjugada, em operações de *feedback* constantes, estimulando a evolução dos institutos jurídicos e administrativos.

Decisivamente, os aportes teóricos das teorias de Luhmann e de Habermas são extremamente importantes para essa compreensão. Com efeito, da teoria dos sistemas sociais deriva a constatação de que a evolução dos sistemas não pode ser instituída, tão-somente estimulada. Por outro lado, da teoria da ação comunicativa decorre a idéia de que é possível estimular essa evolução por meio de uma adequada comunicação que envolva a sociedade organizada, incluídas nesse espectro as instituições públicas e as entidades privadas. Então, se para a teoria dos sistemas sociedade é igual a comunicação, a comunicação deve ser radicalizada, buscando um mínimo controle que, na teoria da ação comunicativa se dá pelo procedimento.

De qualquer modo, a idéia parlamentarista, preconizada especialmente por Paulo Bonavides, como solução à noção de separação dos poderes, de rigor apenas altera o sistema de governo, concentrando a administração no parlamento, que também é competente diretamente pela legislação. Nesse caso, ficaria superado o princípio da separação dos poderes, mas não haveria solução à ausência de comunicação entre os poderes do Estado.

Noutro enfoque, a separação dos poderes é concebida na idéia mecanicista, racionalista e dedutivista, enquanto que a idéia de comunicação é compreendida inserida na idéia organicista e construtivista. Nesses termos, deve-se ultrapassar a idéia de separação, mas, evidentemente, sem a pretensão de eliminação da concepção superada, que deve, ao contrário, ser integrada à nova compreensão.

CONCLUSÃO

Desde uma concepção liberal radical, de absoluta separação dos poderes, como reação ao absolutismo, que se antevê em Montesquieu, mas que não consta da teoria de Rousseau, com a noção de “vontade geral”, o mesmo ocorrendo com Locke, fundado na prática inglesa, passando para uma posição de equilíbrio, da doutrina norte-americana dos freios e contrapesos e, posteriormente, para entendimentos de independência, autonomia e harmonia, as funções do Estado, ou os poderes do Estado, passaram por uma longa evolução.

Contudo, essa evolução, no quadro referencial teórico inserido nas teorias sistêmicas, não é uma evolução em direção ao progresso da humanidade, embora

esse seja, naturalmente, o objetivo. A evolução não é controlada, ainda que se tente, de certa forma, controlá-la.

No decorrer da elaboração da tese mostrou-se a evolução política do Estado, especialmente no que concerne ao exercício do poder do Estado. Está consagrada hoje a idéia de que deve haver uma autonomia e independência entre os poderes do Estado, com harmonia. Esta idéia, contudo, tem sido levada às suas últimas conseqüências. O judiciário não pode interferir nas gestões administrativas, nem nas casas parlamentares. Da mesma forma, o executivo e o legislativo não podem sofrer ingerências recíprocas nas suas competências, nem nas funções jurisdicionais. Para que este modelo pudesse ter êxito, inventaram-se vários mecanismos, entre os quais podem ser citados o poder de veto, o julgamento político e as ações de inconstitucionalidade, estas mais recentes.

Portanto, não é possível dizer que esse modelo não funcione, ou que não tenha funcionado muito bem, pois existe e é posto em prática desde, pelo menos, as revoluções norte-americana e francesa, de fins do Século XVIII. É certo, entretanto, que esse modelo nunca funcionou de maneira ideal. Sempre houve inevitáveis momentos de atritos. No presidencialismo há, sem dúvida, uma ascendência do executivo sobre os demais poderes. No parlamentarismo, o legislativo compõe o espaço de maior poder. Na atualidade há inúmeras pesquisas demonstrando que o judiciário, no controle de constitucionalidade das leis, vem exercendo um papel preponderante, fenômeno chamado de “judicialização da política” ou, noutro enfoque, “politização do judiciário”, a significar, no primeiro

caso, o controle da política pelo judiciário e, no segundo, a atenção, pelo judiciário, das premissas ou do código do sistema político na prestação jurisdicional.

Todavia, a tese elaborada e ora apresentada partiu da idéia de que esse modelo é insatisfatório na atualidade, no âmbito teórico. Compreendendo-se, então, que a teoria, especialmente aquela realizada na pesquisa acadêmica, é responsável pela geração de conclusões que mostrem outras óticas, já se disse que, quando se fala de crise, é possível que se esteja falando de crise da teoria, que ainda não encontrou um discurso relativamente convincente.

Assim, é indubitável que o Estado enfrenta um momento, possivelmente transitório, de profunda crise. Talvez, então, se aproxime a profecia marxiana que apontava para o fim do Estado. Talvez, entretanto, por fim do Estado se queira dizer, apenas, que se inicia a existência de outra forma de organização política da sociedade, ainda incompreendida, ou não teorizada, ou ainda não posta em linguagem. O fato é que, como afirma a tese, o Estado se encontra numa fase opaca, de subproeminência, que quer significar a manutenção, ainda, de uma relativa proeminência, ou seja, que se apresenta ainda útil, mas também subalterna, também ineficiente, também insuficiente, também inadequada, também superada, também instável, oscilante, claudicante, mas também estável, pois é a forma atual, evoluída, de continuar evoluindo. A sociedade, para a teoria dos sistemas sociais, não pode abdicar da evolução, ou seja, não pode abdicar da evolução a que chegou, nem pode abdicar da evolução que lhe é proposta. Por

isso, no âmbito do sistema político, não se pode abrir mão da separação dos poderes, ou da especialização das funções, mas deve-se entender que este princípio, já incorporado, evoluiu para um modelo comunicacional, que abrange a especialização, ou separação, que não elimina evolução já obtida.

Internamente, no âmbito da organização política dos Estados, essa instabilidade decorre da manutenção de uma linha teórica, consagrada nas Constituições, de separação dos poderes, que temem interferências e, por isso, evitam quaisquer comunicações que vão além de discussões orçamentárias e de recebimentos de sugestões, seja para alteração de políticas públicas, seja para a edição de leis. Há, de rigor, uma ausência de comunicação que deriva do receio e da resistência exagerada, como se a comunicação fosse pôr fim à independência dos órgãos de poder do Estado.

A superação do princípio da separação dos poderes vem sendo anunciada de há muito na doutrina. Há autores indicando que o sistema parlamentarista levaria à superação da radical separação dos poderes. Essa exposição tem em linha de conta, contudo, apenas o exercício dos poderes legislativo e executivo, uma vez que o judiciário continuaria exercendo funções estanques. Há noções de que separação, mesmo, nunca houve.

A tese, entretanto, foi dirigida noutro sentido, atribuindo à idéia de comunicação a inclusão da noção da separação das funções do Estado, ainda que a

a comunicação entre os segmentos de poder possa importar, exatamente, a superação daquele modelo.

Nesse exame, partiu-se do pensamento mecanicista, que contém a idéia de separação para análise. Mostrou-se que esse pensamento teve suas raízes na idéia atomista da antigüidade, frutificando na modernidade com inúmeros pensadores, particularmente com Descartes e o racionalismo, a impor uma análise rigorosa das partes, que explicariam o todo. O pensamento liberal, do qual decorre a idéia de separação dos poderes, é essencialmente mecanicista. Examinou-se, ainda, o pensamento organicista, que também tem suas raízes na antigüidade, especialmente em Aristóteles. A idéia organicista convém aos que preconizam que o todo é mais do que a soma das partes, própria das idéias socialistas, contrárias ao indivíduo, convindo, também, a regimes totalitários e autoritários.

A pesquisa sobre as teorias sistêmicas mostrou que se aproveitam, na essência, das idéias organicistas, porque privilegiam o todo. Noutra sentido, as teorias do consenso, porque tem em conta, na essência, as partes, fazem prevalecer a noção mecanicista. Igualmente mostrou-se que, na sua maior parte, os sociólogos se filiam à corrente organicista, enquanto os filósofos à corrente mecanicista. De qualquer modo, na idéia de mosaico ficou claro o entendimento de que os pesquisadores e teóricos, embora baseando-se numa linha de pensamento, acolhem outros pensamentos, como conseqüência da acumulação do conhecimento, por isso a conclusão de que seriam apenas na essência

mecanicistas ou organicistas. E, não se quer referir a acumulação de conhecimento à dogmática.

Na teoria sistêmica, apresentada por autores como o paradigma contemporâneo, mostra-se que a prática sistemista integra os demais pensamentos, já que não os elimina. Desse modo, reitera-se como uma das conclusões e, mesmo, esclarecimentos da tese, que a superação do princípio da separação dos poderes não se dá com a eliminação da idéia de separação, mas com a sua integração numa nova concepção – de comunicação entre os poderes.

Analisando, então, a teoria dos sistemas sociais, de Niklas Luhmann, constataram-se os obstáculos à comunicação. Na teoria dos sistemas sociais os sistemas não se comunicam diretamente, uma vez que usam códigos de operação próprios e rigorosos, mantendo, desse modo, a estabilidade. Apreendem, no nível cognitivo, mas só processam as informações do entorno quando tais informações forem transformadas para a linguagem própria do sistema, em conformidade ao seu código. O acoplamento estrutural, uma categoria teórica, permite os contatos com o ambiente. Os exemplos são os de que a linguagem permite o acoplamento estrutural entre o sistema psíquico e o sistema social e a Constituição o acoplamento estrutural entre o sistema político e o sistema jurídico. A evolução dos sistemas é constatada pela alteração estrutural e somente a alteração da estrutura faz com que haja a evolução.

A estrutura é a linha de estabilidade do sistema que é alterada pela evolução, mas, para que haja evolução, deve haver seleções, no nível de decisões, que implicam o risco de erro, por isso a inadequação do conceito de progresso, que é avesso à idéia sistêmica. O sistema social é o mais abrangente no segundo nível dos sistemas, juntamente com os sistemas psíquicos, os organismos e as máquinas, estando no primeiro nível os sistemas propriamente ditos. No terceiro nível dos sistemas sociais estão as interações, as organizações e o sistema das sociedades. Enquanto o sistema das sociedades comunica, os sistemas de organização agem. Assim, o Estado é um sistema de organização e o judiciário também é um sistema de organização. O judiciário, na teoria dos sistemas não se encontra inserido no sistema político, mas ocupa o centro do sistema jurídico e usa, como código de operação, o código do sistema jurídico (lícito/ilícito ou direito/não direito). O legislativo e o executivo, que se encontram no sistema político, usam o código de operação do sistema político (governo/oposição). Esta é, portanto, uma evolução teórica incorporada pela teorias dos sistemas sociais, que, reitera-se, não elimina a especialização das funções do Estado.

Na teoria dos sistemas sociais a comunicação está no lugar mais privilegiado, uma vez que, para Niklas Luhmann, sociedade é igual a comunicação.

Em conseqüência, a idéia de separação não se adapta à teoria sistêmica, em que prevalece a idéia de diferença, que impõe o conceito de que sistema é a diferença entre o sistema e o ambiente, assim aprimorando a concepção das partes

e do todo, incluindo-a numa nova noção. Portanto, os poderes do Estado não podem estar separados, devendo ser concebidos apenas como diferentes.

Na linha de investigação das teorias do consenso, do discurso e da ação comunicativa, de Jürgen Habermas, constataram-se outros obstáculos à comunicação, caracterizando-se a teoria como normativa, ou idealista, o que decorre da noção de situação ideal de fala, muita rara e infrequente. A melhor demonstração desses obstáculos está na menção à comunidade de linguagem, que desenvolve uma própria e, muitas vezes inacessível, comunicação. Assim é a linguagem técnica, desenvolvida pelos juristas, ou pelos economistas, ou pelos engenheiros, ou pelos médicos, ou pelos políticos etc. A cultura de uma nação e as suas tradições são formadas pela linguagem própria da comunidade. Constata-se, então, que nessas comunidades de linguagem outras linguagens não são possíveis e, paralelamente aos sistemas, somente quando a linguagem é transformada para a linguagem daquela comunidade será possível uma adequada comunicação. E esse obstáculo ocorre no âmbito do judiciário, do legislativo e do executivo em que, por exemplo, o discurso de fundamentação de edição de uma lei é muito diverso do discurso de aplicação da mesma lei, aplicação está que se dá nos âmbitos do judiciário e executivo. E, convém dizer, no âmbito do legislativo, há as preferências pela pauta legislativa de acordo com o partido ou coligação no poder, o que revela porque determinado diploma legal é posto em pauta, ou não. Já, no espaço do executivo, em que prevalece o princípio da legalidade, há a flexibilidade do princípio da discricionariedade.

Esses obstáculos e dificuldades permitem uma das respostas à excessiva demora na adoção de políticas públicas e de reforma legislativa que tragam como consequência a otimização do Estado.

Ainda que haja tais obstáculos, somente a radicalização da comunicação abrevia caminhos para a otimização do Estado. Assim, sem o temor de recíprocas interferências, os segmentos de poder do Estado devem destruir as barreiras que impedem uma adequada comunicação e, para além disso, criarem condições de comunicação, o que é possível até com a institucionalização da comunicação.

A reflexividade, consistente nas idéias de verificação própria, no sentido da reflexividade, e de “feedback”, ou de retorno, implicam que, por exemplo, o legislativo não dê por cumprida a sua função com a edição da lei, mas que passe a verificar a sua adequação. Por outro lado, o legislativo deve ter um retorno quanto à aplicação da lei, no sentido de receber dados sobre a sua execução. Assim, o próprio legislativo passaria a verificar sobre a recepção e aceitação da legislação pela sociedade e, ainda, receberia o retorno dos órgãos de aplicação, o que significaria, num aspecto, a radicalização da comunicação.

Constatou-se, ainda, na pesquisa sobre os projetos e alternativas geridas no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que muitos desses projetos, sendo personalistas, não chegam a se institucionalizar, alcançando, então, abrangência em exíguo espaço de tempo e de território. E, ainda, nesses projetos o judiciário desborda das suas funções constitucionais, passando a funcionar como

um agente social, tarefa que deveria ser desenvolvida em políticas públicas mantidas pela administração, no espaço do executivo, ou impostas com a reforma legislativa. A ausência de adequada comunicação é a causa desses projetos não se institucionalizarem.

A Constituição da Europa contém, no que respeita às suas instituições, a expressão “cooperação leal”, que deve ser mantida entre as instituições, nas quais se encontra o judiciário. A “cooperação leal” já contém, então, o germen da superação do princípio da separação dos poderes, antes acomodada nas idéias de independência, autonomia e harmonia. Por cooperação leal quer-se mais do que a harmonia, por exemplo, mas quer-se menos do que propõe a tese. Com efeito, a comunicação vai além de uma mera cooperação leal. A cooperação leal ainda conserva a idéia de separação, a idéia de exercício estanque do poder, diante do temor de recíprocas influências.

Nesse sentido as idéias da teoria da ação comunicativa, de formação comunicativa do poder e de poder comunicativo, numa compreensão procedimentalista de formação e de exercício do poder do Estado, se mostram adequadas à realidade social.

Então, seja na ótica dos sistemas de organização, da teoria dos sistemas sociais, seja na ótica da teoria da ação comunicativa, estabelece-se a superação da separação, com o ingresso no modelo da comunicação entre os poderes do Estado. A superação do princípio da separação dos poderes não implica um retorno ao

absolutismo, nem um retorno à concentração do poder, pois a sociedade não pode abdicar dessa evolução. A comunicação deve ser vista como um novo modelo nas instituições do Estado, pois não tem cabimento temer, no estágio atual da sociedade, retorno a teorias autoritárias de concentração do poder do Estado.

Os órgãos que ocupam os espaços de especialização das funções do Estado, uma vez que são considerados organizações pela teoria dos sistemas sociais, agem e, como tal, não apenas comunicam com o código próprio do sistema em que se encontram. Nesse agir, podem radicalizar a comunicação, operando reflexivamente e, ainda, em operação de realimentação entre eles, com vistas à edição de legislação adequada à realidade social e a implementação de políticas públicas que se mostrem importantes, no caso específico, com o objetivo de prevenir a recursividade dos conflitos no judiciário, seja pela recorrência, seja pela reincidência, aquela que se dá pela existência de inúmeras ações semelhantes entre partes diversas, esta última que se dá pela reprodução do conflito entre as mesmas partes, mormente nos ditos “direitos novos”.

Não é suficiente, entretanto, nesse modelo comunicacional, a comunicação entre os órgãos que exercem as funções especializadas do Estado, pois é necessário que a comunicação se dê, nessa rede de poder pós-moderna, entre aqueles órgãos e os segmentos sociais, no sentido de que produzam comunicação sobre a recepção da legislação, quanto à execução e aplicação das leis, e quanto à edição de reformas indispensáveis à adequação à realidade social, permitindo, naturalmente, a criação de políticas públicas em prol da cidadania, o que não

ocorre com a restrita concepção de separação dos poderes e da prática desse princípio. A comunicação permite a eleição de seleções com vistas à aquisição de expectativas, produzindo a alteração das estruturas dos sistemas sociais com vistas à possível redução da complexidade, no sentido de prevenir a recorrência e a reincidência conflitiva.

BIBLIOGRAFIA

AMADO, Juan Antonio García. Hans Kelsen y la norma fundamental. Madrid: Marcial Pons, 1996, 259p.

_____ La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1997, 203p.

ARAGÃO, Lucia Maria de Carvalho. Razão comunicativa e teoria social crítica em Jürgen Habermas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, 146p.

_____ Habermas: filósofo e sociólogo do nosso tempo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, 220p.

ARENDT, Hannah. A condição humana. Traduzido por Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, 352p. Tradução de: *The human condition*.

_____ Entre o passado e o futuro. Traduzido por Mauro W. Barbosa de Almeida. São Paulo: Editora Perspectiva S.A., 2000, 348p. Tradução de: *Between past and future*.

ARISTÓTELES. A política. Traduzido por Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1998, 321 p. Tradução de: *La politique*.

_____ Ética a Nicômaco. Traduzido por Leonel Valandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Nova Cultural, 1987, 196p.

ARNAUD, André-Jean. O direito entre Modernidade e Globalização – lições de filosofia do direito e do Estado. Traduzido por Patrice Charles Guillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, 256.

ARNAUD, André-Jean; DULCE, Maria José Farinãs. Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos. Traduzido por Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, 456p. Tradução de: *Sistemas jurídicos: elementos para um análisis sociológico*.

ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir. Organizadores. Niklas Luhmann: Do sistema social à sociologia jurídica. Traduzido por Dalmir Lopes Jr., Daniele Andréa da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, 389p.

AZAMBUJA, Darcy. Teoria geral do Estado. Porto Alegre: Editora Globo, 1979, 397 p.

BACHELARD, Gaston. A epistemologia. Traduzido por Fátima Lourenço Godinho e Mário Carmino Oliveira. Lisboa: Edições 70, 2001, 222p. Tradução de: *L'épistemologie*.

_____ O novo espírito científico. Traduzido por Juvenal Hahne Júnior. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro Ltda., 2000, 151p. Tradução de: *Le Nouvel Esprit Scientifique*.

BARZOTTO, Luis Fernando. A democracia na Constituição. São Leopoldo/RS: Editora UNISINOS, 2003, 214p.

_____ O positivismo jurídico contemporâneo – Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo/RS: Editora UNISINOS, 1999, 152p.

BASTOS, Aurélio Wander. Introdução à teoria do direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1999, 309p.

_____ O ensino jurídico no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1998, 371p.

BERMAN, Marshall. Tudo que é sólido desmancha no ar – a aventura da modernidade. Traduzido por Carlos Felipe Moisés e Ana Maria Ioriatti. São Paulo: Companhia das Letras, 1986, 360p. Tradução de: *All that is Solid Melts into Air*.

BERTALANFFY, Ludwig Von. Teoria geral dos sistemas. Traduzido por Francisco M. Guimarães. Petrópolis/RJ: Vozes, 1977, 351 p. Tradução de: *General system theory*.

BLUNTSCHLI, Johann Caspar. *Théorie générale de l'État*. Traduzido por Armand de Riedmatten. Paris: Guillaumin, 1891, 496p. Tradução de: *Allgemeines Staatsrecht*.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, 217p. Tradução de: *L'età dei Diritti*.

_____ As ideologias e o poder em crise. Traduzido por João Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994, 240p. Tradução de: *Le ideologie e il potere in crisi*.

_____ Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant. Traduzido por Alfredo Fait. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, 168p. Traduzido de: *Diritto e stato nel pensiero di Emanuele Kant*.

_____ O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito. Traduzido por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, 239p.

_____ Os intelectuais e o poder – dúvidas e opções dos homens de cultura na sociedade contemporânea. Traduzido por Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora da UNESP, 1997, 187p. Tradução de: *Il dubio e la scelta. Intellettuali e potere nella società contemporanea*.

BODIN, Jean. *Los seis libros de la república*. Traduzido por Gaspar de Añastro Isunza. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, vol. II, 1181p. em cont.

_____ *Los seis libros de la república*. Traduzido por Gaspar de Añastro Isunza. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, vol. I, 631p.

BONAVIDES, Paulo. Ciência política. Rio de Janeiro: Forense, 1983, 627p.

_____ Do Estado liberal ao Estado social. São Paulo: Malheiros, 2001, 230p.

_____ Do país constitucional ao país neocolonial – a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, 189p.

_____ Teoria constitucional da democracia participativa – por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma nova repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, 280p.

_____ Teoria do Estado. São Paulo: Malheiros, 2003, 463 p.

BORDIEU, Pierre. A ciência do real. Entrevista concedida para SILVA, Juremir Machado da. São Paulo: Jornal Folha de São Paulo, Caderno Mais, 7 de fevereiro de 1999, p. 4-5.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. São Paulo: Saraiva, 2005.

BURDEAU, Georges. *O Estado*. Traduzido por de Cascais Franco. Mira-Sintra/Portugal: Publicações Europa-América, 1977, 202p.

CADERMATORI, Sérgio. Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, 188p.

CALERA, Nicolás María López. Madrid: Editorial Trotta S.A., 1992, 115p.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. O direito na sociedade complexa. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000, 195p.

_____ Política, sistema jurídico e decisão judicial. São Paulo: Max Limonad, 2002, 192p.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes irresponsáveis? Traduzido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, 93p. Tradução de: *Giudici irresponsabili?*

_____ Juízes legisladores? Traduzido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, 134p. Tradução de: *Giudici Legislatori?*

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, 168p. Tradução de: *Access to justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report.*

CAPRA, Fritjof. A teia da vida – uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Traduzido por Newton Roberval Eicheberg. São Paulo: Editora Cultrix,

2004, 256p. Tradução de: *The web life – a new scientific understanding of living systems*.

_____ O ponto de mutação – a ciência, a sociedade e a cultura emergente. Traduzido por Álvaro Cabral. São Paulo: Editora Pensamento-Cultrix Ltda., 447p. Tradução de: *The turning point*.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede, volume I. Traduzido por Roneide Venancio Majer. São Paulo: Editora Paz e Terra S/A, 2002, 698p. Traduzido de: *The rise of the network society*.

CASTRO, Gustavo de. Coordenador. Ensaio de complexidade. Porto Alegre: Sulina, 2002, 246p.

CITTADINO, Gisele. Pluralismo, direito e justiça distributiva – elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, 246p.

COMTE, Auguste. Curso de filosofia positiva. Traduzido por José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Nova Cultural, 1988, 265p.

CORDERO, Jaime. *El organicismo: una manera de ver el mundo*. Disponível em: <<http://rehue.csociales.uchile.cl/rehuehome/facultad/publicaciones/Cuerda/cuerda1/organicismo>> Acesso em: 19 de setembro de 2005.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *GLU: Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Traduzido por Miguel Romero Pérez, Carlos Villalobos, com a direção de Javier Torres Nafarrate. México/DF: Universidad Iberoamericana, 1996, 191p. Traduzido de: *Luhmann in glosario. I concetti fondamentali della teoria dei sistema sociali*.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 1985, 268p.

_____ O futuro do Estado. São Paulo: Saraiva, 2001, 186p.

DESCARTES, René. Discurso do método. Traduzido por J. Guinsburg e Bento Prado Júnior. São Paulo: Nova Cultural, 1987, 156p. Tradução de: *Discours de la méthode de bien conduire as raison et chercher la vérité dans les sciences; plus la dioptrique les météores et la géométrie, qui sont des essais de cette méthode. Les passions de l'Âme*.

DOMINGUES, José Maurício. A sociologia de Talcott Parsons. Niterói/RJ: EdUFF, 2001, 106p.

DUCRET, Jean-Jacques; MONNIER, Claude; ROD, Olivier; WELLS, Angela. Cahiers de la fondation archives Jean Piaget. Genève, juin 1982. 329p.

DUPAS, Gilberto. Ética e poder na sociedade da informação – de como a autonomia das novas tecnologias obriga a rever o mito do progresso. São Paulo: Editora UNESP, 2000, 149p.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, 513p. Tradução de: *Law's Empire*.

ECO, Umberto. Como se faz uma tese. Traduzido por Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Editora Perspectiva, 2002, 170p. Tradução de: *Como se fa uma tesi di laurea*.

_____ Tratado geral de semiótica. Traduzido por Antônio de Pádua e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Editora Perspectiva, 2000, 282p. Tradução de: *Trattato di semiotica generale*.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade e do Estado – trabalho relacionado com as investigações de L. H. Morgan*. Traduzido por Leandro Konder. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1987, 215p.

ERLER, Michael; GRAESER, Andreas. Organizadores. Filósofos da antigüidade – II – do helenismo à antigüidade tardia. Traduzido por Nélcio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, 304p.

ESTEVEVES, João Pissara. Espaço público e democracia – comunicação, processo de sentido e identidade social. São Leopoldo/RS: Editora UNISINOS, 2003, 219p.

FAORO, Raymundo. Os donos do poder – formação do patronato político brasileiro, volume 1. Rio de Janeiro: Globo, 1987, p. 1-395.

FAORO, Raymundo. Os donos do poder – formação do patronato político brasileiro, volume 2. Rio de Janeiro: Globo, 1987, p. 396-750.

FARIA, José Eduardo. Direitos humanos e globalização econômica: notas para uma discussão. São Paulo: Revista O Mundo da Saúde, vol. 22, Ano 22, p. 73-80.

_____ O direito na economia globalizada. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002, 359p.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. A ciência do direito. São Paulo: Editora Atlas, 1980, 111p.

_____ Função social da dogmática jurídica. São Paulo: Max Limonad, 1998, 205p.

_____ Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação. São Paulo: Editora Atlas, 2001, 364p.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. Traduzido por Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979, 295p.

FREITAG, Barbara. Coordenação. Jürgen Habermas: 70 anos. Revista Tempo Brasileiro n° 138, jul-set 1999. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, ed. trimestral, 232p.

FREITAS, Maria Ester de. Viva a tese – um guia de sobrevivência. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002, 107p.

FURASTÉ, Pedro Augusto. Normas técnicas para o trabalho científico. Explicação das normas da ABNT. Porto Alegre: s.n., 2001, 119p.

GAARDER, Jostein. O mundo de Sofia – romance da história da filosofia. Traduzido por João Azenha Jr. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, 555p. Tradução de: *Sofies Verden*.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Traduzido por Flávio Paulo Meurer. Petrópolis/RJ: Vozes, 1999, 731p. Tradução de: *Warheit und Methode*.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 1996, 224p.

GIANETTI, Eduardo. Miopia Coletiva. Entrevistado por AITH, Marcio. São Paulo: Revista Veja, Edição 1930, ano 38 n° 45, páginas amarelas, 9 de novembro de 2005.

GIDDENS, Anthony. A constituição da sociedade. Traduzido por Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 2003, 458p. Tradução de: *The constitution of societe*.

_____ Mundo em descontrolo. Traduzido por Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2000, 108p. Tradução de: *Runaway World*.

GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. *Acesso à justiça e reforma do judiciário. O terceiro poder em crise: impasses e saídas*. Cadernos Adenauer III (2002) n° 6. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2003, p. 150p.

GUÉHENNO, Jean-Marie. O fim da democracia. Traduzido por Howard Johnson e Amauri Temporal. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999, 128p. Tradução de: *La fin de la démocratie*.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna – Introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, 116p.

HABERMAS, Jürgen. A crise de legitimação no capitalismo tardio. Traduzido por Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 2002, 179p. Traduzido de: *Legitimationsprobleme im spaetkapitalismus*.

_____ A inclusão do outro – estudos de teoria política. Traduzido por George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002, 390p. Traduzido de: *Die Einbeziehung des Anderen – Studien zur politischen Theorie*.

_____ Agir comunicativo e razão destranscendentalizada. Traduzido por Lucia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, 111p. Tradução de: *Kommunikatives Handeln und detranszendentalisierte Vernunft*.

_____ Dialética e Hermenêutica – para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Traduzido por Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987, 136p.

_____ Direito e democracia – entre faticidade e validade, I. Traduzido por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, 354 p. Tradução de: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rehitstaats*.

_____ Direito e democracia – entre faticidade e validade, II. Traduzido por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, 352 p. Tradução de: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rehitstaats*.

_____ Direito e moral. Traduzido por Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 122p. Tradução de: *Recht und Moral*.

_____ Historia y crítica de la opinión pública – la transformación estructural de la vida pública. Traduzido por Antonio Doménech e Rafael Grasa.

México: Ediciones G. Gili, S.A., 1994, 352p. Tradução de: *Strukturwandel der Öffentlichkeit Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft.*

_____ La ética del discurso y la cuestión de la verdad. Traduzido por Ramón Vilà Vernis. Buenos Aires, Paidós, 2004, 96p. Tradução de: *L'Étique de la discussions et la question de la vérité.*

_____ La lógica de las ciencias sociales. Traduzido por Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1996, 506p. Tradução: *Zur Logik des Sozialwissenschaften.*

_____ *Más allá del Estado nacional.* Traduzido por Manuel Jiménez Redondo. México/DF: Fondo de Cultura Económica, 2000, 200p. Traduzido de: *Die Normalität einer Berliner Republik. Kleine Politische Schriften VIII.*

_____ Pensamento pós-metafísico – estudos filosóficos. Traduzido por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, 271p. Tradução de: *Nachmetaphysisches Denken, Philosophische Aufsätze.*

_____ *Teoría de la acción comunicativa, I – racionalidad de la acción y racionalización social.* Traduzido por Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1999, 517p. Tradução de: *Theorie des kommunikativen Handelns. Band I. Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung.*

_____ *Teoría de la acción comunicativa, II – crítica de la razón funcionalista.* Traduzido por Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1999, 618p. Tradução de: *Theorie des kommunikativen Handelns. Band II. Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft.*

_____ Conhecimento e interesse. Traduzido por José N. Heck. Rio de Janeiro: Editora Guanabara S.A., 367p. Tradução de: *Erkenntnis und Interesse.* HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. Império. Traduzido por Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Record, 2001, 501p. Traduzido de: *Empire.*

HART, H. L. O conceito de direito. Traduzido por A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, 306p. Tradução de: *The concept of law.*

HAWKING, Stephen. O universo numa casca de noz. Traduzido por Ivo Korytowski. São Paulo: Arx, 2002, 215p.

HEIDEGGER, Martin. Ensaios e conferências. Traduzido por Emmanuel Carneiro Leão, Gilvan Fogel, Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis/RJ: Vozes, 2001, 269p.

HOBBS, Thomas. Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e Civil. Traduzido por João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1988, 220p.

JEFFERSON, Thomas; Escritos políticos. HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. O federalista. São Paulo: Abril Cultural, 1979, 365p.

JELLINEK, Giorgio. *La dottrina generale del diritto dello Stato*. Traduzido por Modestino Petrozziello. Milano: Dott. A. Giuffrè – Editore, 1949, 317p.

KANT, Immanuel. Crítica da razão pura. Traduzido por Valerio Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Nova Cultural, 1987 (Os pensadores), 174p. Tradução de: *Kritik der reinen Vernunft*.

KELSEN, Hans. A ilusão da justiça. Traduzido por Sérgio Tellaroli. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 654p. Tradução de: *Die Illusion der Gerechtigkeit*.

_____ Teoria geral do direito e do Estado. Traduzido por Luíz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes/ Brasília: Universidade de Brasília, 1990, 433 p. Traduzido de: *General theory of law and state*.

_____ Teoria geral do direito e do Estado. Traduzido por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, 637p. Tradução de: *General Theory of Law and State*.

_____ Teoria pura do direito. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, 427p.

LAROUSSE. Grande Enciclopédia Larousse Cultural. São Paulo: Nova Cultural, 1998.

LEAL, Rogério Gesta. Matrizes fundacionais do pensamento de Jürgen Habermas: aspectos epistemológicos e sociológicos. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo: PPGD UNISINOS, 2002.

_____ Teoria do Estado – Cidadania e Poder Político na Modernidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, 247p.

LEFORT, Claude. Desafios da escrita política. Traduzido por Eliana de Melo Souza. São Paulo: Discurso Editorial, 1999, 382p. Tradução: *Écrire – A l'épreuve du politique*.

LEITE, Eduardo de Oliveira. A monografia jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987, 285p.

LEVY, Leonard W., KARST, Kenneth L. e MAHONEY, Dennis J. *Judicial Power and the Constitution*. New York: Macmillan Publishing Company, 1990, 344p.

LOBATO, Anderson Cavalcante. A elaboração de um trabalho científico: as bases do diálogo entre orientador e orientando. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo/RS: PPGD Unisinos, 2000, p. 7-26.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo – Ensaio relativo à verdadeira origem extensão e objetivo do governo civil*. Traduzido por E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, Os pensadores, 1983, 344 p.

LUHMANN, Niklas. A improbabilidade da comunicação. Traduzido por Anabela Carvalho. Lisboa: Veja, Limitada, 2001, 157p.

_____ A posição dos tribunais no sistema jurídico. Traduzido por Peter Naumann com revisão de Vera Jacob Fradera. Porto Alegre: Revista AJURIS n° 49, 1990, p. 149-168.

_____ *El derecho de la sociedad*. Traduzido por Javier Torres Nafarrate, Brunhilde Erker, Silvia Pappe e Luis Felipe Segura. México/DF: Universidad Iberoamericana, 2002, 673p. Tradução de: *Das Recht der Gesellschaft*.

_____ *La ciência de la sociedad*. Traduzido por Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. México/DF: Universidad Iberoamericana, 1996, 515p..

_____ Legitimação pelo procedimento. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, 202p.

_____ Niklas Luhmann – A nova teoria dos sistemas. Traduzido por Eva Machado Barbosa Samios. Organizado por NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe Institute/ICBA, 1997, 111p.

_____ *Niklas Luhmann – Introducción a la teoría de sistemas – Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate*. México/DF: Universidad Iberoamericana, 2002, 422p..

_____ O amor como paixão – para a codificação da intimidade. Traduzido por Fernando Ribeiro. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil S.A., 1991, 250p..

_____ O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. Traduzido por Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. Florianópolis/SC: Revista Sequência do PPGD/UFSC, nº 28, junho de 1994, p. 15-29.

_____ *Observaciones de la modernidad – racionalidad y contingencia em la sociedad moderna*. Traduzido por Carlos Fortea Gil. Barcelona: Paidós. 1997, 203p. Tradução de: *Beobachtung der Moderne*.

_____ Poder. Traduzido por Martine Creusot de Rezende Martins. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992, 122p. Traduzido de: *Macht*.

_____ *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Traduzido por Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, 153p. Tradução de: *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*.

_____ Sociologia do direito I. Traduzido por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, 252p.

_____ Sociologia do direito II. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 212p.

_____ *Teoría política en el Estado de Bienestar*. Traduzido por Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Editorial, 2002, 170p. Tradução de: *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*.

_____ *Sistemas sociales – Lineamientos para una teoría general*. Traduzido por Silvia Pappe e Brunhilde Erker, com a coordenação de Javier Torres Nafarrate. México,DF: Universidad Iberoamericana/Alianza Editorial, 1991, 496p. Tradução de: *Soziale System. Grundrisse einer Allgemeinen Theorie*. LUHMANN, Niklas; GIORGI, Raffaele de. Traduzido por Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. *Teoría de la sociedad*. Guadalajara, Jalisco/ME: Universidad de Guadalajara, 1993, 444p. Tradução de: *Teoria della società*.

LYON, David. Pós-modernidade. Traduzido por Euclides Luiz Calloni. São Paulo: Paulus, 1998, 132p. Tradução de: *Posmodernity*.

MALBERG, R. Carré de. *Teoria general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1948, 1327p.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A separação dos poderes no Brasil. Brasília/DF: Programa Nacional de Desburocratização – PRND, Instituto dos Advogados de São Paulo, 1985, 68p.

MARX, Karl. O 18 brumário de Louis Bonaparte. (Ebook). Disponível em <http://www.culturabrasil.pro.br/18brumario.htm>, acesso em 16 de setembro de 2005.

MATOS, Olgária C. F. A escola de Frankfurt – luzes e sombras do Iluminismo. São Paulo: Moderna, 1993, 127p.

MATURANA, Humberto; VARELA GARCÍA, Francisco J. De máquinas e seres vivos: autopoiese – a organização do vivo. Traduzido por Juan Acuña Llores. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997, 138p.

MATURANA, León A. Comunicación, sistema y cultura. Buenos Aires: Editorial Almagesto, 1991, 38p.

MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade – Sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Traduzido por Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Antônio de Menezes Albuquerque. São Paulo: Novos Estudos, CEBRAP, v. 58, 2000. p. 183-202.

MENAUT, Antonio Carlos Pereira. Rule of law o Estado de derecho. Madrid: Marcial Pons, 2003, 127.

MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. Organizadores. Direito e Legitimidade – escritos em homenagem ao Prof. Dr. Joaquim Carlos Salgado por ocasião de seu decanato como Professor Titular de Teoria Geral e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da UFMG. São Paulo: Landy Editora, 2003, 425p.

MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2002, 546p.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. Do espírito das leis. Traduzido por Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002, 727p. Tradução de: *De l’Esprit des*

lois, ou du rapport que les lois doivent avoir avec la constitution de chaque gouvernement, les mœurs, le climat, la religion, le commerce etc.

MORAIS, José Luis Bolzan de. A idéia de direito social – O pluralismo jurídico de Georges Gurvitch. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, 100p.

_____ A subjetividade do tempo – uma perspectiva transdisciplinar do Direito e da Democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul/RS: Edunisc, 1998, 124p.

_____ As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, 104 p.

_____ Mediação e arbitragem – alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, 286p.

_____ Do direito social aos interesses transindividuais – O Estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, 247p.

_____ Direitos humanos “globais (universais)”. De todos, em todos os lugares. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito 2001. São Leopoldo/RS: PPGD/UNISINOS, 2001, p. 43-76.

_____ As funções do Estado contemporâneo. O problema da jurisdição. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito 1998-1999. São Leopoldo: PPGD/UNISINOS, 1999, p. 51-76.

MORAIS, José Luis Bolzan de; ZANIN, Fabrício Carlos e COPETTI NETO, Alfredo. A democracia dos tempos modernos: crise de representação e novas formas e lugares para as práticas democráticas: relato de pesquisa. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito 2003. São Leopoldo/RS: PPGD/UNISINOS, 2003, 197-222.

MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. Ciência política e teoria geral do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, 183 p.

MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. *Poder Judiciário no Brasil – Crise de eficiência*. Curitiba: Juruá, 2004, 192p.

MORIN, Edgar. Os sete saberes necessários à educação do futuro. Traduzido por Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. São Paulo: Cortez/ Brasília/DF:

UNESCO, 2002, 118p. Tradução de: *Les sept savoirs nécessaires à l'éducation du futur*.

NEQUETE, Lenine. *O poder judiciário no Brasil a partir da Independência – II A República*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2000, 261p.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. Assim falava Zarathustra. Obras incompletas. São Paulo: Nova Cultural, 1987, 222p.

OLIVEIRA JR., Jorge Alcebiades. Organizador. O poder das metáforas: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, 328p.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea. São Paulo: Edições Loyola, 1996, 427p.

OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar de. Monografia jurídica – orientações metodológicas para o trabalho de conclusão de curso. Porto Alegre: Síntese, 1999, 127p.

OST, François. Contar a lei – as fontes do imaginário jurídico. Traduzido por Paulo Neves. São Leopoldo/RS: Editora UNISINOS, 2005, 461p. Tradução de: *Raconter la loi – Aux sources de l'imaginaire juridique*.

_____ O tempo do direito. Traduzido por Élcio Fernandes. Bauru/SP: Edusc, 2005, 410p. Tradução de: *Le temps du droit*.

PADOVANI, Umberto; CASTAGNOLA, Luís. História da filosofia. São Paulo: Companhia de Melhoramentos de São Paulo, 1990, 588p.

PARSONS, Talcott. O sistema das sociedades modernas. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Pioneira, 1974, 192p..

PEIRCE, Charles Sanders. Semiótica. Traduzido por José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Editora Perspectiva S.A., 2000, 337p. Tradução de: *The Collected Papers of Charles Sanders Peirce*.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, 281p.

PLATÃO. Diálogos. Político. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. Traduzido por Jorge Paleikat e João Cruz Costa. São Paulo: Nova Cultural, Os pensadores, 1987. 264p.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Traduzido por Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002, 708p. Tradução de: *A Theorie of Justice*.

REALE, Miguel. Filosofia do direito. São Paulo: Saraiva, 1982, 745p.

REDONDO, Manuel Giménez. Introdução. HABERMAS, Jürgen. Más allá del Estado nacional. México/DF: Fondo de Cultura Económica, 2000, 39p.

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. Proteção da privacidade. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, 141p.

RICHE, Flávio Elias. A influência do paradigma científico-natural no pensamento político-social moderno. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, 169p.

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Relatório anual 2004. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2005, 234p (ISSN 1807-0914).

ROCHA, Leonel Severo. A construção do tempo pelo direito. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo: PPGD UNISINOS, 2003.

_____ Epistemologia jurídica e democracia. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 1998, 164p.

_____ O direito na forma de sociedade globalizada. Anuário do Programa de Pós-Graduação em direito. São Leopoldo: PPGD UNISINOS, 2001.

_____ Organizador. Paradoxos da auto-observação – percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM Editora, 1997, 314p.

_____ Organizador. ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito. Porto Alegre: 2005, 163p.

ROCHA, Leonel Severo; CARVALHO, Delton Winter de. Auto-referência, circularidade e paradoxos na teoria do direito. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito 2002. São Leopoldo: PPGD UNISINOS, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social – ensaio sobre a origem das línguas. Traduzido por Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1987, 202p.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. Estudos avançados, 2004, vol. 18, nº 51, p. 79-101. ISSN 0103-4014.

[http://www.scielo.br/php?script=sci_arttext&pid=S0103-](http://www.scielo.br/php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200005&Ing=em&nrm=iso)

[40142004000200005&Ing=em&nrm=iso](http://www.scielo.br/php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200005&Ing=em&nrm=iso), consulta realizada em 15.12.2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998, 386p.

_____ A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 2005, 464p.

SCHÜTZ, Alfred. *La construcción significativa del mundo social – introducción a la sociología comprensiva*. Traduzido por Eduardo J. Prieto. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1993, 279p.

SCHWARTZ, Germano. O tratamento jurídico do risco no direito à saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, 199p.

SILVA, Ovídio A. Baptista. Processo e ideologia. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito 2002. São Leopoldo/RS: PPGD UNISINOS, 2002, p. 169-194.

SOROKIN, Pitirim A. Sociedade, cultura e personalidade – sua estrutura e dinâmica. Sistema de sociologia geral – volume 1. Traduzido por: João Baptista Coelho Aguiar e Leonel Vallandro. Porto Alegre: Editora Globo, 1968, 568p. Tradução de: *Society, culture and personality*.

_____ Sociedade, cultura e personalidade – sua estrutura e dinâmica. Sistema de sociologia geral – volume 2. Traduzido por: João Baptista Coelho Aguiar e Leonel Vallandro. Porto Alegre: Editora Globo, 1968, p. 569-1147. Tradução de: *Society, culture and personality*.

STIELTJES, Claudio. Jürgen Habermas, a desconstrução de uma teoria. Jabaquara/SP: Germinal Editora, 2001, 333p.

_____ Hermenêutica jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, 264p.

_____ Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, 710p.

_____ Súmulas no direito brasileiro, eficácia, poder e função. A ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, 298p.

TEUBNER, Gunther. O direito como sistema autopoietico. Traduzido por José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d, 357p. Tradução de: *Recht als Autopoietisches System*, 1989.

TRINDADE, Hégio. Organizador. O positivismo: teoria e prática. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, 1999, 154p.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. Pensamento sistêmico – o novo paradigma da ciência. Campinas/SP: Papyrus, 2002, 268p.

VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. *A separação dos poderes na Constituição Americana – Do veto legislativo ao executivo unitário – a crise regulatória*. Coimbra: Coimbra Editora - Studia Iuridica 4, 1994, 114p.

VATTIMO, Gianni. O fim da modernidade – niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna. Traduzido por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1986, 209p. Tradução de: *La fine della modernità*.

VELASCO, Juan Carlos. *Para leer a Habermas*. Madrid: Alianza Editorial, 2003, 189p.

VIANNA, Luiz Werneck, organizador. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, 559p.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios e BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, 270p.

WARAT, Luis Alberto. Introdução geral ao direito III – O direito não estudado pela teoria jurídica moderna. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, 238p.

WARAT, Luis Alberto; ROCHA, Leonel Severo. O direito e sua linguagem. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, 120p.

WEBER, Max. A ética protestante e o “espírito” do capitalismo. Traduzido por José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, 335p. Tradução de: *Die protestantische Ethik und der “Geist” des Kapitalismus*.

_____ Economia e sociedade – Fundamentos da sociologia compreensiva, volume I. Traduzido por Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília/DF: Editora Universidade de Brasília/ São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004, 422p.

_____ Economia e sociedade – Fundamentos da sociologia compreensiva, volume II. Traduzido por Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília/DF: Editora Universidade de Brasília/ São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004, 580p.

WEISCHEDEL, Wilhelm. A escada dos fundos da filosofia – A vida cotidiana e o Pensamento de 34 grandes filósofos. Traduzido por Edson Dognaldo Gil. São Paulo: Editora Angra, 2001, 333p. Tradução de: *Die philosophische Hintertreppe. 34 grosse Philosophen im Alltag und Denken.*

OBRA CINEMATOGRAFICA

WELLS, Simon. The time machine. EUA: Dream Works SKG/ Warner Bros., 2002. Filme.