

Leonardo D'Avila de Oliveira

INFLAÇÃO NORMATIVA
Excesso e exceção

Dissertação entregue ao Curso de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre em Filosofia e Teoria do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Jeanine Nicolazzi Philippi

Florianópolis
2009

INFLAÇÃO NORMATIVA
Excesso e exceção

Esta dissertação foi julgada adequada para obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pela coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, na área Teoria, Filosofia e História do Direito.

Banca Examinadora

Presidente: Professora Doutora Jeanine Nicolazzi Philippi (UFSC)

**Membro: Professor Doutor Antônio de Pádua Fernandes Bueno
(UNINOVE)**

Membro: Professor Doutor Alexandre Moraes da Rosa (UFSC)

Coordenador: Professor Doutor Antônio Carlos Wolkmer (UFSC)

Florianópolis, março de 2010

Para Jeanine

AGRADECIMENTOS

Em uma ocasião anterior, mais especificamente na defesa do projeto desta dissertação, o professor Alexandre Morais da Rosa havia me indagado sobre a inexistência de qualquer citação a minha orientadora no corpo do texto. Segundo o professor, pelo fato dos estudos dela tratarem de forma muito competente de tema conexo, não haveria razão para tal omissão, ainda mais em uma etapa da pesquisa em que se está em busca de novos fundamentos para sustentar o futuro trabalho de dissertação.

Tomado por uma mistura de surpresa e vergonha, só me restou dizer o óbvio: sem as conversas com a orientadora este trabalho seria impensável e que, naquele mesmo sentido, em cada linha que eu havia escrito havia uma menção à minha orientadora. Por mais que não se duvide disso, digo que hoje não daria a mesma resposta. E não o faria porque de certa forma toda a nossa vida está presente em nossos textos, desde influências mais diretas até mesmo àquelas que já se tornaram mais vagas na memória. E não seriam necessárias bolachinhas mergulhadas no chá para dizer aqui que devo grande gratidão à compreensão de minha família ao carinho da Elysa, ou ao companheirismo de meus amigos, sejam aqueles antigos dos tempos colegiais e da faculdade, sejam os do instituto da cultura e da barbárie, que tanto estimo, sem esquecer daqueles novos que com quem tive o prazer de discutir nesses dois anos compartilhados. Dessas pessoas minha memória consciente não esquece e a involuntária não perdoa: seja lá o que eu faça, indiretamente todos estarão lá.

Mas ainda assim o problema com a orientação não fica resolvido porque com certeza não basta uma justificação quase que filosófica para justificar talvez um erro, talvez um remorso. Ainda mais por se tratar de uma pessoa que merece toda a distinção, seja por ter aceito e acreditado que eu poderia acelerar a escrita desse trabalho para continuar a almejar uma continuidade mais vantajosa de meus estudos, ou mesmo por nunca deixar de se manifestar sobre a mesquinhez da academia jurídica brasileira ou ainda a penúria de nossa universidade. Ao final, mencionei minha orientadora no texto, ainda pensando em fazer mais citações na versão final. Nem isso, contudo, pôde me satisfazer porque senti que não é só por proximidade intelectual que deveria agradecê-la. Afinal, se a cito, o faço por razões metodológicas. O desconforto que me assolou com a ponderação do prof. Alexandre da

Rosa é de outra ordem. Trata-se de como poder retribuir a descoberta de uma amizade que subsiste a qualquer compromisso ou formalidade. E por essa mesma razão, creio que o melhor seja dedicar este trabalho à Jeanine.

RESUMO

A cada dia e a cada instante novas inquietações acometem os juristas, os quais se vêem angustiados em não poder mais garantir que o direito acompanhe o dinamismo da sociedade. Este estudo parte deste desconforto, mas não necessariamente para repetir o que o senso comum fala sobre inflação normativa, a saber, grande número de normas, leis incompatíveis ou excesso de medidas provisórias, entre outras noções. A conceituação aqui proposta rejeita essas argumentações para investigar como a desvalorização das normas está associada principalmente a uma incapacidade de se lidar com as dicotomias que construíram o saber jurídico, como a separação entre norma e fato ou mesmo validade/verdade, bem como com as falhas que essas divisões carregam. O que se observa atualmente é, tanto da parte da aplicação como da ciência do direito, uma ânsia por exatidão, eficiência e pragmatismo que mina noções como legalidade ou segurança jurídica.

Neste contexto, o excesso de normas não mais deve ser visto como um excesso numérico de leis (inflação legislativa) ou uma decadência do poder de regular, mas justamente um abandono de limites, como da crença nos textos legais, e uma grande abertura na capacidade da interpretação ou argumentação. Nota-se que o direito pretende se exercer por critérios cada vez mais genéricos e mais convenientes a cada caso, gerando, portanto, potencialidade no que diz respeito à força ou à efetividade e debilidade quando se trata de legalidade.

O trabalho parte de algumas noções teóricas sobre inflação normativa para, depois de demonstrar os principais problemas dessas concepções, investigar o fazer teórico do direito atual, tanto em autores estrangeiros, como em leitores nacionais – vale lembrar que o objetivo do trabalho é criar um conceito voltado para a realidade brasileira. A análise desses autores demonstra um direito cada vez menos preso às dicotomias típicas do juspositivismo, mas também mais maleável e casuístico. A inflação normativa poderia, portanto, estar associada a esse novo fazer do direito que já não tem critérios tão claros e, na tentativa de abarcar tudo, funda um grande êxtase normativo. Portanto, um novo tipo de excesso, que se manifesta na exceção.

RÉSUMÉ

A chaque nouveau instant, des nouvelles inquiétudes touchent les juristes, lesquels se voient dans une angoisse pour ne pouvoir plus assurer que le droit accompagne le dynamisme de la société. Cette étude part de ce déconfort, mais pas nécessairement pour répéter ce que le sens commun parle sur l'inflation normative, donc, beaucoup des normes, des lois antinomiques ou excès de mesures administratives, etc. Le concept proposé ici rejette ces argumentations pour investiguer comment la dévalorisation des normes est associée à une incapacité de se débrouiller avec les dichotomies qu'ont construit le savoir juridique, comme la séparation entre normes et faits ou même validité/vérité, et aussi d'autres fissures que ces divisions portent. Ce qu'on observe actuellement c'est de la part de l'application et de la science du droit, une anxiété pour l'exactitude, l'efficacité et le pragmatisme qui est un obstacle pour la légalité ou la sécurité juridique. Dans ce contexte, l'excès des normes ne doit plus être vu comme un excès numérique de lois (inflation législative) ou une décadence du pouvoir de régler, mais un abandon des limites, comme celui de la croissance des textes légaux, et une plus grande ouverture dans la capacité de l'interprétation ou l'argumentation. On voit que le droit a le but de s'exercer selon des critères chaque fois plus généraux et plus convenients à chaque cas, ce qui fait, pourtant, une potentialisation pour ce qui concerne la force ou l'effectivité et aussi donne une faiblesse à la légalité.

Le texte part de quelques notions théoriques sur l'inflation normative pour, après montrer les principaux problèmes de ces conceptions, investiguer la théorie du droit actuel, en considérant des auteurs étrangers, et aussi ces lecteurs nationaux – il faut dire que l'objectif de la thèse est celui de créer un concept tourné vers la réalité brésilienne. L'analyse de ces auteurs montre un droit chaque fois moins fermé aux dichotomies typiques du juspositivisme, mais aussi plus flexible et casuel. L'inflation normative, pourrait, donc, être associée à ce nouveau moyen de faire le droit, qui n'a plus des critères si clairs comme avant et, dans la tentative de régler tout, fait naître un excès normatif. Un nouveau type d'excès, qui se manifeste dans l'exception.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 - NOVAS QUESTÕES A UMA ANTIGA PERGUNTA	5
1.1 Algumas teorizações sobre o direito inflacionado	
1.2 Da inflação legislativa à inflação normativa	
1.3 A busca pelo sistema	
1.4 Rumo à fusão entre normas e fatos	
2 - O DIREITO COMO PROCEDIMENTO	40
2.1 Luhmann e a conceituação do direito pela expectativa	
2.2 Habermas e o direito como nivelador entre facticidade e validade	
2.3 A sociologia jurídica e a crise entre direito e fato	
3 - INTERPRETAÇÃO, ARGUMENTAÇÃO, DECISÃO	70
3.1 Ronald Dworkin e o direito como integridade	
3.2 Robert Alexy e a argumentação jurídica	
3.3 Quando tudo é possível	
4: RECONCEITUAÇÃO DE INFLAÇÃO NORMATIVA	110
4.1 O problema da separação	
4.2 Excesso, exceção e hiper-realização do direito	
4.3 Legislar menos para legislar melhor?	
CONSIDERAÇÕES FINAIS	153
REFERÊNCIAS	157

INTRODUÇÃO

A despeito das afirmações generalizadas por parte da filosofia e ciências humanas acerca da complexidade das sociedades contemporâneas bem como da incerteza dos novos tempos, o direito a princípio estaria sem saída para lidar com o dinamismo mundial tendo em vista que seria tomado como *status quo*, regulações do passado ou simplesmente incapaz de aderir às mudanças necessárias a adquirir alguma coerência ou efetividade. Mas o direito permanece. Uma das condições para tal está na tentativa constante de adaptar seus textos e institutos aos novos desafios.

A estratégia mais comum para levar o direito até as mais novas situações fáticas foi a produção legislativa de caráter mais específico. No entanto, na prática, isto também significa a publicação de leis movidas por mera técnica e nenhuma política ou ainda oriundas do clamor coletivo gerado por casos muito divulgados pela mídia, sendo o caso mais famoso a inclusão do homicídio na lei de crimes hediondos (Lei 8.072/90) em 1992, data da mesma época que uma atriz que era protagonista de uma novela brasileira foi assassinada brutalmente, que vem demonstrar como o fato também pode dar a norma. Esses casos levaram alguns juristas a se indagar se a produção de normas por si só consegue regular a vida social. Quando as normas são emitidas em excesso haveria alguma possibilidade de assimilação do ordenamento jurídico e, mais do que isso, qual seria o valor da lei quando ela é rapidamente suplantada por outra mais específica?

Tais questionamentos sugerem uma inflação normativa (ou em alguns casos inflação legislativa, direito inflacionado, excesso de leis, etc), como principal consequência trazida pela produção legislativa irresponsável. Outro lugar comum de argumentação teria sido a resposta do poder executivo neste processo. Muito se critica a hipertrofia deste, assim como a sua ânsia por regular através de medidas provisórias. Os juristas não se conformam em como pode haver até hoje tentativas de incursão de poderes na atividade de outros. O judiciário não ficou incólume. Apesar de ser um pouco mais poupado da culpa de inflacionar o direito, não raramente se fala em juízes legisladores.

Ainda que seja possível concordar que na atual produção normativa todas as esferas de poder têm sua responsabilidade, será que inflação normativa consiste realmente em um elevado número de dispositivos legais, cada vez mais específicos e casuísticos? No que

consistiria essa inflação? O excesso de leis inviabilizaria a assimilação do ordenamento? Se é possível pensar que para os aplicadores do direito há na atualidade uma grande massa de normas que somente traz mais dúvidas do que soluções, e que portanto exige reformas, o mesmo não se pode dizer sobre o cidadão comum porque seria falacioso dizer que hoje ele não tem um conhecimento satisfatório sobre seu ordenamento, porque talvez ele nunca tenha tido. Saber a população do século XIX mais sobre seu direito do que esta do século XXI? Ainda que seja uma pergunta capaz de ser explorada, nota-se que sua resposta não é de forma nenhuma evidente.

Haveria então alguma crise no ordenamento atual dada pela complexidade social que remonta à segunda metade do século XX? No decorrer do trabalho será demonstrado que textos que entendem o direito em crise são mais antigos do que se pressupõe. No mais, argumentos de crise por causa da dinamicidade da vida somente serve de reforço para que se produza mais e mais normas.

Embora todo questionamento feito pelos juristas demonstra, no mínimo, uma impressão pessoal que não deve ser considerada em sua totalidade, a reflexão sobre a inflação normativa exige novos pontos de fuga. Para tanto, há a necessidade de um trabalho teórico de conceituação sobre o tema uma vez que as discussões atuais estão centradas em lugares comuns que podem terminar por repetir alguns erros os quais se pretende justamente evitar.

A começar pela expressão inflação normativa, vale lembrar que inflação, que advém de um conceito econômico, não se refere exatamente a um número excessivo, mas a uma perda de valor, ainda que ambas as conseqüências estejam interligadas. No mínimo isso demonstra que o direito não está comprometido apenas por uma grande quantidade de textos legais, mas também pelo modo que se lida com eles. Não se pode deixar de mencionar que os juízes produzem normas cada vez que decidem. E quando este fazer normativo é feito de modo a instrumentalizar a legislação, por exemplo na utilização da lei ora sim ora não sob o argumento de efetividade ou até justiça, já se pode falar em direito inflacionado. Essa conceituação ou releitura do que se entende por inflação normativa foi disposta nesta monografia em quatro capítulos. O primeiro deles tem o propósito de demonstrar e questionar o que já foi feito sobre o assunto para que se possa descartar algumas noções que já não são capazes de servir como variáveis para este trabalho de teorização. Ao final dele já se sugere que um dos principais

motivos que geram uma lei desvalorizada e uma proliferação de normas são as constantes tentativas exageradas de aproximação de dicotomias clássicas ao direito, como ser e dever-ser, norma e fato, ou ainda teoria e aplicação do direito.

Essa aproximação de divisões é analisada em dois capítulos diferentes através da leitura de algumas das mais recentes teorias do direito, bem como de algumas releituras e aplicações relativas ao contexto brasileiro. Todos os textos de autores selecionados serão tomados apenas do que diz respeito à temática da inflação normativa, de sorte que não será possível encontrar nesta dissertação nenhuma forma de resenha capaz de dar uma visão geral sobre eles. Isto, no entanto significa a abdicação de modelos gerais ou uma leitura demasiado universalizante, como se houvesse a possibilidade de se estabelecer um padrão de leitura geral que venha a ser trabalhado e glosado pelos leitores seguintes. Por tal razão, dá-se prioridade às diversas adaptações que vem sendo feitas dos autores em questão por outros que escrevem para o contexto brasileiro e suas especificidades, sejam eles teóricos do direito ou mesmo juízes quando decidem. O mais significativo nessa metodologia de priorizar as leituras derivadas de pensadores europeus atualmente muito relevantes é justamente a capacidade de perceber se o uso que se faz dessas teorias é contraditório ou dá uma nova relevância ao assunto. Assim, antes de se sustentar que são ilógicos ou infíeis à teoria fonte, também se dá atenção à casualidade e arbitrariedade dos recursos teórico-argumentativos do direito aplicado.

Neste sentido, o segundo capítulo trata da teoria do direito de matriz sociológica, sendo Niklas Luhmann e Jürgen Habermas os principais autores trabalhados. Esses autores, cada um a seu modo trazem uma concepção procedimental de direito, na qual subsiste a divisão clássica entre aplicação e teoria do direito mas não há muito esforço em adentrar exatamente no campo do direito aplicado, bem como não é comum nesses autores encontrar algum modelo ou método de subsunção ou até de interpretação.

A teoria do direito trabalhada no terceiro capítulo é aquela que tem a partir de algumas conclusões sobre a linguagem a iniciativa de prescrever um direito mais voltado à interpretação no caso de Ronald Dworkin e um direito pela argumentação para Alexy. Nesse capítulo será observado como em sentido amplo os autores possuem, cada um a seu modo, modelos que tendem a aproximar noções como teoria e prática, subsunção e correção, proposição jurídica e norma jurídica,

sendo o primeiro passo para uma instrumentalização do direito e uma aceitação pacífica de um direito mais voltado para a mera justificação da decisão.

O quarto capítulo tem o propósito de oferecer uma nova conceituação de inflação normativa a partir das conclusões obtidas nos capítulos anteriores associadas a outras análises sobre a falha da linguagem e uma releitura do que vem a ser o excesso. Nele são demonstradas como algumas saídas milagrosas encontradas por juristas ao problema da não coincidência entre direito e fato – que na realidade é a fissura intransponível entre linguagem e realidade – são sempre falaciosas caso prometam uma efetividade completa ou são arriscadas quando aceitam o decisionismo mascarado de lingüística.

Apesar de soar como uma preocupação já muito comum, o trabalho consiste em demonstrar que nem mesmo algumas perguntas fundamentais para se saber de que se trata o excesso normativo de que tanto se fala já tenham sido elaboradas. Procurou-se redirecionar a questão para algumas discussões de caráter sociológico e filosófico ainda incipientes na doutrina. A inflação normativa, nesse contexto, já não mais seria vista como decadência do ordenamento ou excesso de acidentes dentro do sistema, mas apontaria para o fato de que, na indiscernibilidade entre sistema e acidente, o que vem à tona é um direito como decisão. Diante do irrepresentável que não se pode prever ou regular, a inflação normativa se demonstra como limiar entre direito e fato, um movimento irrefreado que acusa o excesso é o princípio da exceção.

1. NOVAS QUESTÕES A UMA ANTIGA PERGUNTA

Uma conceituação de inflação normativa não pode deixar de considerar as definições que a antecederam. Neste sentido, convém buscar o modo pelo qual alguns teóricos trabalharam com o assunto e levantar algumas questões sobre seus pressupostos e conclusões, do contrário, não haveria motivo para um novo estudo sobre inflação normativa. Eis que a partir da contraposição entre diversas opiniões será possível buscá-la não mais no excesso numérico de leis ou mesmo de normas, nem mesmo na incapacidade de assimilação e tampouco na crise do sistema causada por um excesso de acidentes, mas na aceleração de dicotomias fundamentais ao direito (a começar pela separação entre ser e dever-ser) ao ponto de se observar que elas vêm sendo igualadas pela teoria e pela prática, fundando uma indiferenciação entre teoria e aplicação do direito, o que significa uma liberdade ampla para que permita a produção irrefreada de normas.

1.1 Algumas teorizações sobre o direito inflacionado

O célebre jurista italiano Francesco Carnelutti já se pronunciou sobre o fenômeno da inflação legislativa, sendo que suas palavras já foram traduzidas para a língua portuguesa nos seguintes termos:

Até certo ponto, esta multiplicação das leis é um fenômeno fisiológico: as leis se multiplicam como os utensílios de que nos servimos em nossa casa ou no exercício das profissões. Não se pode negar, contudo, que, mais além desse ponto se verifica com respeito das leis algo que se assemelha à obstrução da ruas [sic] de nossas cidades pelo excesso de veículos que as abarrotam. Hoje, fala-se cada vez com maior insistência, em uma crise da lei como um dos aspectos mais visíveis da moderna *crise do direito* [sic]. Também este é um tema acerca do qual devo me limitar a uma insinuação, já que não poderia nem estendê-lo nem aprofundá-lo, precisamente porque constitui um dos problemas mais graves que se apresentam à ciência do direito.

Mas sobre o que não posso silenciar é que os inconvenientes da *infração legislativa* [sic] não são menores do que os devidos à *infração monetária* [sic], são, como todos sabem, os inconvenientes da *desvalorização*. Por infelicidade, da mesma forma que nossa lira (moeda italiana), também nossas leis valem hoje menos do que as de outro tempo. Por um lado, a produção das leis, como a produção das mercadorias em série, resolve-se em uma decadência no cuidado em sua construção. Mas o mais grave está em que, ao crescerem de número, não conseguem preencher sua função.¹

Percebe-se na fala supracitada uma preocupação sobre o excesso de leis no ordenamento jurídico, o que não é raro nas atuais discussões sobre o direito. Entretanto, para além do que essas palavras trazem diretamente, cumpre perceber uma série de outras questões nela subsalientes. A primeira e mais evidente das conclusões que se pode retirar deste tipo de citação é que argumentação acerca de uma inflação no direito ficaria prejudicada se baseada exclusivamente no apelo restrito à grande complexidade a qual o mundo ou a cibernética da pós-modernidade impõem ao direito, que o deixaria obsoleto já que não estaria apto para a hercúlea tarefa de regular uma sociedade cada vez mais marcada pela mudança e dinamicidade². Tal já não se justificaria completamente porque o texto de Carnelutti data de 1963, portanto, supostamente em uma época menos complexa que o início do século XXI e na qual ainda haveria uma possível assimilação do ordenamento jurídico, demonstrando que esse tipo de discurso já não é algo tão novo³. Outra conclusão não menos interessante consiste no fato dessa tradução

¹ CARNELUTTI, 2001, p. 41.

² Sobre o assunto: BAUMAN, 2007. Neste caminho, vale lembrar a reflexão de Jean-fraçois Lyotard sobre a modernidade, que tem no desenvolvimento sua ideologia, a qual pode ser associada ao direito atual: “O desenvolvimento impõe que se ganhe tempo. Andar depressa é esquecer depressa, reter apenas a informação útil no momento, como acontece com a ‘leitura rápida’. Mas a escrita e a leitura são vagarosas, avançam para trás, na direcção da coisa desconhecida ‘no interior’. Perde-se o tempo em busca do tempo perdido. A anamnese é o antípoda – nem isso, nem sequer existe um eixo comum – o *outro*, da aceleração e da abreviação.” (LYOTARD, 1990, p. 10)

³ Neste sentido, Jean Carbonnier na mesma época já falava de uma suposta angústia que assolava o direito no texto “La part du droit dans l’angoisse contemporaine.” In: CARBONNIER, 1983, p. 167-177.

refletir a qualidade do pensamento jurídico brasileiro sobre o tema na atualidade. Por duas vezes a edição traduz o termo como *inflação* como *infração*, o que levanta dúvidas acerca da qualidade da tradução ou da edição, mas também instiga a saber acerca da existência ou não de um trabalho de conceituação sobre a inflação no direito, mais especificamente no Brasil. Neste sentido, a presente pesquisa buscará salientar justamente se ainda é possível associar inflação legislativa com algum discurso de crise e também refletir sobre o modo como a doutrina brasileira vem lidando com a teoria do direito em geral, o que se revelará surpreendentemente como uma das causas de ainda se poder falar em inflação normativa.

Para revelar a atualidade do problema, vale demonstrar que recentemente na França, Laure Gauthier-Lescoup comentou a tentativa de uma série de modificações no regimento da Assembléia Nacional da França, propostas pelo deputado Jean-Louis Debré em 2006, das quais algumas foram aceitas. Diz a autora que, sobre a inflação normativa (sendo que não distingue de inflação legislativa, utilizando ora um termo ora outro):

As causas do fenômeno são conhecidas. São geralmente estigmatizadas, a multiplicação das fontes do direito ligado ao desenvolvimento do direito internacional e do direito comunitário bem como a “intemperança normativa” dos poderes públicos agravada sob a pressão da mídia, de milhares de profissionais e de uma opinião pública impregnada de uma forte crença nas virtudes da lei.⁴

Por fim, conclui a autora que a mudança no regimento da Assembléia Nacional é muito interessante, porém algo ainda tímido. Primeiro pelas rejeições e vetos que algumas das propostas sofreram e, por outro lado, porque o principal autor de excessos de legislação, que

⁴ GAUTHIER-LESCOUP, Laure. *Une résolution du parlement pour lutter contre l'inflation normative*. In : Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, tome cent vingt-trois. N. 1 de 2007, p. 113, **tradução nossa**. Original: Les causes du phénomène sont connues. Sont généralement stigmatisées, la multiplication des sources du droit liée au développement du droit international et du droit communautaire ainsi que l'« intempérance normative » des pouvoirs publics aggravée sous la pression des médias, des milieux professionnels et d'une opinion publique toujours imprégnée d'une forte croyance en les vertus de la loi.

seria segundo ela o executivo, ainda permanece intocado, tratando-se meramente de uma mudança de regimento da Assembléia Nacional da França. No entanto, mais do que trazer alguns exemplos de soluções para o Brasil, este artigo convém pelo fato de demonstrar que já existem intensos debates sobre o dever de legislar menos para legislar melhor, indo para além da retórica e em direção de uma revisão dos papéis do parlamento.

Esta atitude da França, no entanto, é fruto das diretrizes dadas pela comissão “Legislar Melhor” do Parlamento Europeu em que são dadas diretrizes para uma simplificação da legislação. No texto de sua cartilha principal está escrito que

Certas normas podem ser demasiado complexas, desnecessariamente onerosas ou contraproducentes. Ao longo dos anos alguns instrumentos legislativos acabam por se sobrepor, prejudicando as empresas, o sector associativo, os poderes públicos e os cidadãos em geral. Por outro lado, a regulamentação pode tornar-se rapidamente obsoleta: a rápida evolução da tecnologia, os mercados globais abertos e em expansão e o acesso crescente à informação obrigam a uma revisão e actualização constantes da legislação para que esta possa acompanhar o ritmo de um mundo em permanente mutação.⁵

Para que se possa alcançar esses objetivos o relatório destaca que

A Comissão tem especialmente em atenção a necessidade de as suas propostas serem proporcionais às questões a resolver e de as medidas serem tomadas ao nível correcto, em aplicação dos princípios da «proporcionalidade» e da «subsidiariedade» estabelecidos no Tratado da União Europeia.⁶

Reconhece-se que o principal trabalho que é hoje diretriz para a legislação nos países europeus tem em vista reduzir a burocracia e os custos por ela gerados, para que se crie uma ordem jurídica mais simples

⁵ Comissão legislar melhor, 2009 , p. 4.

⁶ Comissão legislar melhor, 2009 , p. 4.

e coesa, propondo para tanto um recurso a noções mais genéricas, como é o papel dos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade. Ainda assim, a noção de inflação legislativa presente diz respeito a quantidade de leis e outras normas emitidas principalmente pelos parlamentos, os quais não se adaptam à dinamicidade da sociedade. De qualquer forma, não fica claro se o que mais contribui para um legislar ruim seria a quantidade de normas ou a ilogicidade delas, podendo ser consideradas ambas as possibilidades. Eis que não há um verdadeiro conceito científico a partir do qual esta comissão esteja baseada, ainda que seja inegável a existência de uma forte discussão na Europa sobre a inflação normativa/legislativa.

No Brasil não há um trabalho desse tipo em escala tão ampla e, que chegue a abarcar normas de direito internacional. No entanto, em 2007 foi criado um grupo de trabalho⁷ na Câmara dos Deputados no intuito de estabelecer diretrizes para diversos projetos de consolidação de leis, o qual teve como presidente o deputado Cândido Vaccarezza, o mesmo que coordenou a consolidação no Estado de São Paulo. Pode-se ler no relatório emitido pelo grupo referente aos trabalhos dos anos de 2007-2008 o seguinte:

Segundo levantamento da Casa Civil da Presidência da República, no Brasil existem cerca de 180 mil normas federais, entre leis, decretos-leis, instruções normativas, comunicados, portarias e resoluções. A maioria não tem mais utilidade, pois são conflitantes com leis posteriores ou com a própria Constituição Federal de 1988, estão ultrapassadas ou não têm mais efeito prático na vida do cidadão.⁸

Diante de tal quadro, o grupo de trabalho esclarece que

Em meio ao cipoal jurídico que se formou, devido às diversas práticas adotadas no processo de elaboração legislativa ou por sermos adeptos da vertente romanista do direito que tem como princípio a elaboração crescente de leis paralelas

⁷ Grupo de Trabalho de Consolidação das Leis : balanço do biênio 2007-2008. – Brasília : Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.

⁸ Grupo de Trabalho de Consolidação das Leis, 2009, p. 11.

sobre o mesmo assunto, o caos no ordenamento jurídico mostrou a sua face, e o processo de consolidação das leis foi a solução encontrada para organizar algo que está absolutamente fora de controle.

O trabalho de consolidação das leis cumprirá o importante papel de quebrar paradigmas. Já está comprovado que somente produzir leis não basta. É preciso torná-las aplicáveis por meio de um amplo trabalho que possibilite identificar o que já temos e o que realmente precisamos. Teremos um resultado efetivo através da consolidação da legislação, que nada mais é do que deixar apenas uma lei que regule todos os aspectos de um assunto, revogando todas as anteriores. Não cabe à consolidação alterar as leis e sim organizá-las de forma a não gerar dúvidas ou contradições.⁹

Ao final, o relatório indica que já foram elaborados 11 projetos de lei a serem um a um avaliados pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania na Câmara. O trabalho de consolidação ficou dividido do seguinte modo de acordo com cada projeto: “trabalhista (PL 1.987/2007), previdenciária (PL 7.078/2002), ambiental (PL 679/2007), educacional (PL 678/2007), saúde (PL 3.343/2008), assistência social (PL 3.800/2008), crédito rural (PL 3.692/2008), energia elétrica (PL 4.035/2008), comunicação e telecomunicação (PL 3.516/2008), estrangeiros (PL 4.489/2001) e leis cíveis (PL 4.343/2008).”¹⁰

Há uma tendência semelhante de consolidações nas leis estaduais¹¹ e, em menor grau, não se pode negar que haja algum esforço neste sentido nas várias reformas pelo qual passou o Estado brasileiro nos últimos anos.

Mas esforços teóricos de conceituação sobre o excesso de leis ou a inflação normativa existem em apenas algumas tentativas dispersas,

⁹ Grupo de Trabalho de Consolidação das Leis, 2009, p. 12

¹⁰ Grupo de Trabalho de Consolidação das Leis, 2009, p. 27.

¹¹ No Rio de Janeiro existe o projeto de Lei complementar n. 24/2009, que pretende dar direções sobre a simplificação das leis; No Mato Grosso quem dá diretrizes é a lei complementar n. 369/09; e em São Paulo

O § 2º do Art. 11 da Lei Complementar nº 863, de 29 de dezembro de 1999, com a redação dada pela Lei dispõe sobre o procedimento de consolidação da legislação paulista. Entre outros resultados da experiência paulista está a lei 12548/07, que dispõe sobre o idoso.

como no caso de opiniões da doutrina sobre o assunto (v.g. como nos manuais de direito tributário). O curioso do caso brasileiro é que tal inflação no direito não ficou desvinculada do termo econômico, o qual era até a década de 90, algo corrente na vida dos brasileiros.¹²

O termo inflação, que advém da economia, foi já diversas vezes associado a algum termo jurídico. No entanto, essa associação geralmente se deu de forma escassa e periférica na doutrina, não chegando, pois, a haver algum livro específico sobre esse sincretismo. Mas nem por isso o termo não se difundiu, até mesmo em virtude do grande uso que se fez no Brasil da palavra inflação. Durante toda a década de 80, por exemplo, o povo brasileiro sentiu na pele o que era a degradação do valor econômico da sua moeda. Nisto eram afetadas as poupanças, os preços, a perda gradual dos salários e do poder de compra e, também, a corrupção generalizada decorrente do excessivo número índices de correção e mudança de planos. Se na década de 80 a palavra inflação foi absurdamente empregada no dia a dia, e não poderia passar despercebida no campo jurídico, na década de 90 a palavra continuou a ser muito utilizada em parte porque os problemas ainda persistiram durante o governo Collor e, quando foram de certa forma controlados, passaram a ser o grande chamariz do governo Cardoso, de forma que o termo continuou a ser exaustivamente repetido nos meios de comunicação. Ainda que a palavra fosse amplamente difundida, de sorte que o significante inflação tenha disseminado seu significado para searas não-econômicas, certamente seria difícil mapear cada tratado jurídico, cada discussão doutrinária ou cada sentença para que se observasse exatamente como vinha sendo empregado o termo inflação associado ao direito, para se dizer que o direito também vinha perdendo seu valor.

No entanto, muito embora não exista algum livro inteiro dedicado a isso, alguns autores trataram do tema da inflação jurídica indiretamente e na análise dessas manifestações se pode, pelo menos, pressupor como vinha sendo a discussão cotidiana sobre esse neologismo. Como se observará, alguns autores optaram por inflação legislativa, outros inflação jurídica, outros normativa.

Dentre os autores brasileiros que não estudaram especificamente a inflação no direito, mas apenas utilizaram o termo de forma a reforçar algum tipo de opinião, dentro do direito tributário – provavelmente o ramo do direito que mais se depara com uma enorme

¹² Consultar FARIA, 1994.

quantidade de leis e outras normas em excesso, – o tributarista Hugo de Brito Machado tem uma opinião bastante difundida sobre o tema, na qual se queixa com relação ao excesso de mudanças que ocorre a cada ano na regulação tributária, sendo difusor da noção de inflação legislativa:

Pior do que a rapidez das mudanças, porém, é a falta de respeito dos elaboradores dessas normas à lógica e aos conceitos jurídicos. Legislam como se o Direito não fosse um sistema, tornando extremamente difícil, quase impossível, o trabalho da doutrina de explicar as normas à luz da teoria jurídica.¹³

O principal ponto levantado pelo autor, como se pode observar, não consiste diretamente na grande quantidade de leis, mas na impossibilidade de sua assimilação, o que impossibilita tanto uma doutrina coerente quanto uma aplicação sistemática do direito em cada caso específico. Dentro desse contexto, com certeza o direito se veria inflacionado, isto é, com seu valor minado, já que mesmo os maiores especialistas já não o conseguem compreender. Da parte da população, por outro lado, isto poderia gerar impunidade e desrespeito à ordem tributária e econômica.

De forma mais específica, encontra-se na Revista Sequência um artigo de Silvio Dobrowolski sobre Inflação legislativa. Nele o autor começa por discutir sobre a noção de Lei, passando posteriormente a considerar a atividade legislativa inflacionada por principalmente estar sujeita às vontades do executivo (este sim inflacionado), cabendo ao judiciário exercer um fator de integração e defesa da constituição contra o excesso de leis, o que acabaria por retirar o valor e a capacidade regulatória da Constituição e também por ameaçar a ordem constitucional. Diz o autor sobre a noção de Lei:

O seu conceito tradicional é o de uma regra geral, abstrata, válida para um número indefinido de casos e para um tempo indeterminado. É um

¹³ MACHADO, Hugo de Brito. *Inflação normativa*. 2003. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000024.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2009.

preceito de conduta para as pessoas, não se constituindo normalmente, em veículo para o Estado intervir no curso dos fatos. Exprime a vontade geral e se revela no Parlamento. Genérica e objetiva, como a própria razão de onde flui, cria uma ordem igualmente objetiva, à qual devem adaptar-se e podem deduzir-se as condutas e os acontecimentos.

A idéia de Lei no Estado Contemporâneo é diferente. É um plano de ação destinado a modificar a ordem social existente ou serve apenas para resolver um problema concreto. Exprime uma vontade construtiva, adequada à razão instrumental do nosso tempo, que busca os meios para resolver os problemas específicos. Constituindo um instrumento para a ação, a regra de Direito envolve-se com valores diferentes dos jurídicos, como os de natureza técnica ou econômica, aos quais tem de ajustar-se.¹⁴

Embora a declaração de que a lei no Estado Contemporâneo deva estar muito mais voltada para questões técnicas e específicas do que propriamente políticas seja uma noção bastante sugestiva, o autor se manifesta não de forma contrária a esta idéia, mas entende que, em meio a grandes planos governamentais fracassados e espetáculos de corrupção, a consideração sobre aspectos econômicos deveria ser feita por economistas, assim como os casos específicos deveriam estar colocados na legislação de forma também específica, sendo a inflação legislativa algo intrínseco aos novos tempos, de sorte que caberia ao judiciário zelar pela continuidade e estabilidade da ordem constitucional. De qualquer forma, se o autor entende haver uma perda de valor no direito, mais especificamente uma inflação legislativa, ele entende que o fenômeno pode ser encontrado no acúmulo de decretos e de novas leis feitas muitas vezes de forma aleatória. Portanto, o que a qualifica é essencialmente o grande número de normas oficiais inexatas, já que se fossem deixadas aos técnicos seriam muito melhor elaboradas. Ainda assim, o autor teria frisado a inflação legislativa basicamente no número sucessivo de leis, e não na falta de sistematicidade.

¹⁴ DOBROWOLSKI, p. 1-2, 1999.

Sem dúvida o autor brasileiro que mais deu atenção à inflação no Direito – e com muita qualidade – foi José Eduardo C. O. Faria, professor da Universidade de São Paulo, que nunca chegou a escrever um livro específico sobre o assunto, mas em vários textos deu um grande destaque, isto sem deixar de se considerar a existência de um artigo voltado para o tema. Sempre com um enfoque de cunho sociológico, que versa sobre os efeitos da globalização econômica bem como da inerência de interesses organizacionais no Direito, Faria fala em geral da existência de uma inflação jurídica, a qual seria decorrência da incapacidade do Direito responder às demandas de uma sociedade progressivamente complexa. Na década de 70 o autor chegou a afirmar que o direito estaria em um momento de crise, em parte fruto do modelo do Estado de Bem Estar:

Em termos organizacionais, o Poder Judiciário foi estruturado para operar sob a égide dos códigos processuais civil, penal e trabalhista, cujos prazos e ritos são incompatíveis com a multiplicidade de lógicas, procedimentos decisórios, ritmos e horizontes temporais hoje presentes na economia globalizada. O tempo do processo judicial é o tempo diferido. O tempo da economia globalizada é o real, isto é, o tempo da simultaneidade. Além disso, o Poder Judiciário também não costuma dispor de meios materiais nem de condições técnicas para tornar possível a compreensão, em termos de racionalidade substantiva, dos litígios inerentes a contextos socioeconômicos cada vez mais complexos e transnacionalizados.¹⁵

Já em 1994, com seu artigo intitulado “A inflação legislativa e a crise do Estado no Brasil”, Faria passa a considerar outros elementos para melhor esclarecer o assunto. O maior problema parece não mais ser a incapacidade do Estado nos moldes clássicos ou o direito fechado entrar em crise por não mais atender às demandas, etc. O que vem à tona passa a ser a instrumentalização da lei. O maior exemplo seria o grande período de instabilidade do início dos anos 90 com sucessivos planos econômicos que já não mais conseguiam regular.

¹⁵ FARIA, 2001, p. 9.

[...] a tradicional concepção do direito como um sistema fechado, hierarquizado e axiomatizado está sendo substituída pela visão do direito como uma organização de regras sob a forma de ‘rede’, dadas as múltiplas cadeias normativas, com suas inter-relações basilares aptas a capturar, pragmaticamente, a complexidade da realidade sócio-econômica.

[...] Na medida em que esse sistema parece ter um potencial ilimitado de crescimento, comportando um aumento incessante de novas regras e de novas matérias de regulação, a tendência é de esvaziamento da própria função das leis e a extraordinária ampliação, para a magistratura, das possibilidades de argumentação e fundamentação de suas sentenças – o que evidentemente vai acarretar a possibilidade de decisões divergentes entre si.¹⁶

O texto de Faria passa a levar mais em conta a questão da inflação normativa a partir da quebra da sistematicidade jurídica nos moldes positivistas, a qual vem a ser substituída por um direito em rede, portanto muito próximo daquilo que Teubner e Willke entendem por Direito Reflexivo.¹⁷ Neste novo modelo jurídico, já não se pode sustentar a sistematicidade ou a ordem social a partir de um ativismo por parte do judiciário, ou mesmo um apelo à jurisdição constitucional, visto que mesmo eles estão imersos no problema já que a existência cada vez maior de decisões contra a lei ou mesmo a decisão por critérios progressivamente amplos e abstratos contribuem de forma decisiva para a sustentação de um direito inflacionado. Neste texto, o autor ainda fala de uma crise de racionalidade (déficit de representatividade e eficiência) e de uma crise hegemônica (déficit de integração e motivação), ainda havendo uma certa retórica de crise.¹⁸ Contudo, nem por isso o autor sugere que uma volta à regulação baseada em um ordenamento mais rígido seja possível. Transparece, assim, uma descrença por parte do autor com o próprio modelo de direito baseado no Estado. Diz Faria que “o Estado tenta agir; mas se trata de uma intervenção flagrantemente

¹⁶ FARIA, 1994, p. 167.

¹⁷ TEUBNER, 2009. WILLKE, 1999.

¹⁸ Cf. Faria, 1994, p. 179

disfuncional e contraditória.”¹⁹ Isto não significaria que ele deva ser descartado, mas significa compreender que nos atuais moldes o Estado, sob situação tão crítica, não poderia cumprir com suas funções eminentemente providenciais e, ao contrário disso, servir apenas a alguns interesses privados de privilegiados.

Por fim, em seu livro “O direito na economia globalizada”, o autor salienta alguns novos elementos de grande interesse sobre o assunto da inflação jurídica. Primeiramente há de se destacar uma menção feita ao economista Eduardo Gianetti da Fonseca, mais especificamente do texto “Ética e Inflação”²⁰, trabalhado por Faria, no qual Gianetti da Fonseca indica que desde o pós-guerra se costuma desligar a economia da ética, quando justamente a ética de um povo pode ser considerada sua principal garantia de sucesso econômico e pacificação social uma vez que é a ética que dá os valores mínimos para a convivência em sociedade. O autor entende que a inflação traz conseqüências negativas para os valores de uma sociedade, já que estimularia o imediatismo, o oportunismo e a corrupção. A conexão estabelecida por Gianetti da Fonseca foi, portanto, trazida para o Direito. Assim, quando um direito é inflacionado, ele já não conseguiria regular e dar àquele que lhe está submetido um mínimo lastro de ética.

Além desta conexão, que é esclarecedora sobre a utilização de um conceito econômico para o campo jurídico, Faria distingue alguns outros pontos. Um deles é que o Estado não necessariamente vive uma crise. Ela até existe porque o Estado não consegue atingir suas metas, mas isto já não significa que ele tenha sua existência ameaçada. Ele passa a ser estável, mas adaptável. Para tanto, o Estado regulatório ou intervencionista passa a usar tanto de meios formais para normas de comportamento e programáticas, o que gerou “microssistemas e diversas cadeias normativas no âmbito do ordenamento jurídico, cada uma delas com seus princípios e lógicas interpretativas.”²¹

O autor ainda destaca que ao lado dessa atividade formal o Estado passa a agir de forma a se desviar de seus próprios códigos e outros dispositivos legais que estejam muito distantes da realidade social. Entre outras situações, ele passou a instrumentalizar algumas leis (normalmente de cunho social ou político) no sentido de aplicá-las de

¹⁹ FARIA, 1994, p. 178.

²⁰ FONSECA, 1993.

²¹ FARIA, 2004, p. 127

forma não homogênea, ou então postergou a implementação de outras, ou ainda entregou algumas de suas tarefas a organizações ou a iniciativa privada, furtando-se de cumprir exatamente as suas exigências. Dentro desta mesma concepção, a lei pode ser compreendida como estável, mas adaptável. E a decisão da magistratura, por lidar cotidianamente com normas de grande amplitude semântica, pode tanto negar quanto afirmar algo, gerando disparidade nas decisões e profunda insegurança. Diz Faria que

O problema da polissemia é que, quanto mais o legislador dela se vale como instrumento retórico-pragmático para enfrentar as circunstâncias que se vão sucedendo umas às outras, maior é a indeterminação do sistema normativo, o que termina por favorecer, no momento de sua aplicação, a instrumentalização do acatamento de suas normas pelos agentes produtivos.²²

Resumindo, José Eduardo Faria a partir de seus textos mais recentes não entende que a *inflação jurídica* seja causa ou conseqüência do fim do Estado nação. Aqui persiste a visão de instrumentalização, mas cai um pouco a idéia de ser crise do Estado. Tampouco se fala em crise no direito, mas se poderia pensar em uma crise de legalidade. No entanto, o autor continua a trabalhar com um enfoque sociológico que, em grande parte, se fundamenta em dados econômicos e sociológicos oficiais para tentar entender o mundo em que se insere o direito. Assim, ele apresenta a existência de uma nova racionalidade jurídica inerente à globalização econômica.

O presente trabalho pretende pensar a partir e além de algumas idéias de José Eduardo Faria. O principal fator de apoio consiste em considerar a inflação jurídica como algo inerente aos principais órgãos estatais como um todo e que não é privilégio da edição de normas do executivo, legislativo ou judiciário. A grande diferença está em investigar mais a fundo o papel da teoria do direito e das leituras que se fazem dela no contexto da inflação normativa. Isto porque tanto a criação de microssistemas, quanto a edição de novas leis ou a ampliação dos critérios da jurisprudência fornecem argumentos para dizer que a inflação normativa está muito mais relacionada, como se há de

²² FARIA, 2004, p. 133.

demonstrar, com a noção de sistema do que com a extrapolação de algum limite quantitativo de normas, ou mesmo com a impossibilidade de assimilação das normas por parte dos sujeitos de direito. Outrossim, Faria não chegou a explorar exatamente a noção de sistema ou alguns aspectos eminentemente jurídicos da dita instrumentalização das leis que afirma, preferindo argumentar pela sociologia. Por fim, cumpre saber exatamente algumas outras conclusões acerca de uma retirada da retórica de crise. No entanto, mais do que ser apenas decorrência do novo modelo de estado interventor²³, pode-se pensar na inflação normativa como principal impulsionadora do poder de força do Estado, e não alguma forma de ameaça a ele. Neste propósito, trabalhar-se-á com a teoria do direito para ver como ela demonstra alguns sintomas do que acontece na operação do direito.

1.2 Da inflação legislativa à inflação normativa

Como salienta Jean-Fraçois Lyotard, o tempo se acelera na modernidade, sobretudo no pós-guerra, o que evidencia a verdade de que “o desenvolvimento impõe que se ganhe tempo. Andar depressa é esquecer depressa, reter apenas a informação útil no momento, como acontece com a ‘leitura rápida’.”²⁴ A sociedade é cada vez mais dinâmica e as comunicações reduzem as distâncias da informação a praticamente zero. No entanto, com o avanço também surge a deficiência de assimilação de um tempo marcado pelo efêmero.²⁵

A princípio o ordenamento jurídico não poderia ser simplesmente enquadrado neste contexto uma vez que não necessariamente existe um paralelismo simples entre a aplicação do direito e os anseios e mudanças sociais. Entretanto, com a progressiva descrença no direito estritamente positivista, o direito posto passa também a se aproximar novamente dos fatos sociais e de discussões

²³ FARIA, 2004.

²⁴ LYOTARD, 1990, p. 10.

²⁵ No ensaio “O Narrador: considerações sobre a obra de Nikolai Leskov”, Walter Benjamin argumentou que “uma geração que ainda foi à escola num bonde puxado por cavalos se encontrou ao ar livre numa paisagem em que nada permanecia inalterado, exceto as nuvens, e debaixo delas, num campo de forças torrenciais e explosões, o frágil e minúsculo corpo humano.” (BENJAMIN, 1994, p. 198) Eis que sem a capacidade de narrar também foi perdida a capacidade de se intercambiar experiências e, por assim dizer, o homem se encontra numa rotina que justifica a marcha em um tempo tão acelerado que não permite a sua assimilação.

sobre valores.²⁶ Muito embora haja diferença de ritmo entre um direito mais lento e uma sociedade cada vez mais dinâmica, é certo que o direito passa a não mais desconsiderar a realidade social para que não perca sua eficácia e caia no desuso²⁷. Sobre esta aproximação, evidenciam-se as teorias neoconstitucionalistas, o garantismo, a teoria dos sistemas, a argumentação, etc.²⁸ Mas esta ingerência dos fatos nos direitos (e vice versa) também não é isenta de problemas. Eis porque Danilo Zolo na introdução da obra “Estado de Direito: história teoria e crítica”, em co-autoria com Pietro Costa, argumenta que o acúmulo das mudanças sociais não pode ser absorvido instantaneamente pelo direito, a não ser à custa de sua própria lógica.

O processo de diferenciação dos subsistemas sociais estimula o ordenamento jurídico a perseguir essa evolução com uma crescente produção de normas, de conteúdo sempre mais específico e particular. Mas o direito é um instrumento muito mais rígido e lento com respeito à flexibilidade e rapidez evolutiva de subsistemas como, em particular, o científico-tecnológico e o econômico, que são dotados de alta capacidade de autoprogramação e de autocorreção. Desse fato deriva a crise inflacionária do direito, que traz consigo desvalorização, redundância e instabilidade normativa e, enfim, impotência reguladora.²⁹

²⁶ Sobre esta mudança paradigmática vale ressaltar o texto “Direito, Justiça e Utopia”, de Reinaldo de Lima Lopes publicado em 1988, o qual se encontra em FARIA, 1988, p. 67-78.

²⁷ Até mesmo Norberto Bobbio, que foi uma grande teórico do direito positivo, não deixa de desconsiderar que no pós-guerra há uma mudança na atividade jurisdicional que parte do formalismo em direção à funcionalidade. Diz o autor: “o jurista como conservador e transmissor de um corpo de regras já dadas, de que é depositário e guardião; e o jurista como criador, ele mesmo, de regras que transformam – a ele integrando-se e inovando-o – o sistema dado, do qual não é mais apenas receptor, mas também colaborador ativo e, quando necessário, crítico.” Segundo Bobbio esta última opção seria a mais corrente entre os juristas a partir da segunda metade do século XX. (BOBBIO, 2007, p. 37-38)

²⁸ Apesar de tais teorizações não constituírem o objeto imediato deste artigo, logo elas serão retomadas para uma melhor análise de suas respectivas importâncias.

²⁹ ZOLO, Danilo. *Teoria e crítica do Estado de Direito*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.) *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 72-73.

Esta particularização crescente de normas, portanto, quando é tomada em relação aos casos específicos que o direito sempre se arroga a tutelar, com certeza é tratada como benéfica, uma vez que reflete a evolução social ou mesmo a tentativa do direito de lidar com um mundo cada vez mais complexo. No entanto, se o fenômeno da proliferação normativa for observado em relação à idéia clássica de ordenamento, sobretudo a de Hans Kelsen relida por Norberto Bobbio³⁰, da qual mesmo o neoconstitucionalismo não parece se opor completamente³¹, observar-se-á que um excesso de particularização prioriza a normatividade em detrimento da legalidade. Em outras palavras, a constante adequação do ordenamento a casos específicos anunciaria o seu próprio fim na medida em que a regra passa a ser a exceção e o direito não emite decisões baseadas em um sistema, mas em uma arbitrariedade que lida diretamente com os fatos.³²

Por um lado, as normas não necessariamente perderiam a sua validade porque permanecem emissões de uma autoridade competente e dentro de um ordenamento jurídico. Uma das principais diferenças de um ordenamento “sadio” para um inflacionado, ou seja, com legalidade comprometida, consiste no fato da validade, em vez de estar centrada na convivência entre aspecto material e formal³³, persiste, exemplificando, apenas na formalidade, ou seja, na autoridade que aplica e não no sentido objetivado por uma norma superior dentro da hierarquia escalonada das normas. Tudo isto indica que a conceituação de inflação normativa não diz respeito apenas ao grande número de leis, por isso evita-se falar aqui em inflação legislativa. Ao contrário, cumpre voltar

³⁰ BOBBIO, 2008.

³¹ Consultar o artigo “Un constitucionalismo ambiguo” de Susanna Pozollo. In: CARBONELL, 2003.

³² Como logo será visto, não se trata de uma decadência, mas de uma imperatividade sem universalidade.

³³ Na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen (2006), não há uma solução acerca dos fundamentos últimos da validade de uma norma. Por mais que ela se caracterize como o sentido objetivo de um ato de vontade, sendo, para isso, imposta por uma autoridade competente e estando colocada em um ordenamento, o sentido exato destes quesitos não pode ser encontrado. Isto porque pode-se supor que a inserção em um ordenamento se dê pelo sentido do texto fundamentado em uma norma superior (sentido material) ou também se pode colocar que a inserção no ordenamento seja muito mais centrada na qualidade do intérprete bem como na universalidade da decisão (sentido formal). Eis que o desdobramento da validade em formal ou material não pode ser resolvido completamente. Mas é justamente por este choque persiste que se pode sempre continuar a pensar sobre a validade e, assim, sobre o próprio direito positivo.

as atenções às normas³⁴, as quais podem ser percebidas em diferentes âmbitos do direito, como na jurisprudência e nos diversos atos normativos. O que mais interessa para a conceituação consiste em observar como o direito vem apresentando sinais de deficiência de legalidade tanto em razão da prática judiciária que procura se ater cada vez mais aos fatos e às necessidades momentâneas bem como em decorrência da teoria do direito, que, diante das mudanças sociais, busca uma progressiva abertura sistemática. Diante deste quadro, a inflação normativa muito mais corresponde a um excesso que mantém toda a imperatividade do ordenamento sem necessariamente manter a universalidade, visto que se dá caso a caso ou segundo critérios de decisão cada vez mais abertos.

Com relação ao acúmulo de leis para disciplinar a vida em sociedade, com certeza podem se dar de forma excessiva de sorte que atentem para toda a sistematicidade do ordenamento jurídico, como se demonstrou ter salientado o tributarista Hugo de Brito Machado.

No entanto, a princípio, este excesso de leis ou normas de direito tributário não contradiz verdadeiramente o ordenamento jurídico uma vez que o art. 3^o do Decreto-lei de Introdução ao Código Civil é enfático em afirmar que ninguém se escusa de não conhecer a lei. Por mais absurdo que seja, neste caso ainda não se pode falar claramente de uma ameaça ao próprio ordenamento jurídico. O principal efeito seria a impossível cognição do conjunto das leis da parte dos cidadãos e operadores jurídicos, uma vez que elas mudam de forma muito rápida.

François Ost, por exemplo, sustenta que a constante flexibilização do direito em razão de necessidades sócio-econômicas tende a criar uma situação de crise dentro do ordenamento jurídico o qual não conseguiria manter imperatividade concomitante à universalidade. O resultado seria um direito efêmero e impossível de ser assimilado pelo sujeito de direitos.

A urgência, temporalidade do excepcional, tende a impor-se como tempo normal – a exceção que anula a regra, de algum modo. Provocando curto-circuito nas formas, nos prazos, e nos processos, a urgência, autorizando-se o estado de necessidade (necessidade que cria a lei), erige-se, assim, em ‘salvo conduto generalizado’. Disso

³⁴ Consultar nota anterior.

resulta um risco de tipo novo, a insegurança jurídica: não insegurança econômico-social (perigo externo), mas risco ‘endógeno’, produto colateral e indesejável de uma engenharia jurídica cujo ritmo disparou.³⁵

Com certeza a preocupação do jurista belga é atualíssima. No entanto, o pensamento sobre a inflação normativa já não pode acreditar que ela consiste apenas em um processo de “acidentalização” do sistema, já que a própria busca por um sistema é quem diz o que é acidental e o que não é, bem como não se pode associá-lo a uma complexidade impossível de ser assimilada. Pergunta-se: será que a média dos cidadãos e dos juristas do século XIX sabia mais acerca do seu ordenamento jurídico do que hoje?³⁶

Vale salientar que, se respeitado o período de vacância e o procedimento legal, não há, a princípio, ilegalidade na criação excessiva de leis, não sendo a impossível assimilação, por si só, motivo para uma quebra de organicidade. Realmente ameaçada pode ser a sistematicidade do ordenamento, ou seja, aquilo que não se escreve no texto legal, mas que se pressupõe ao seu funcionamento, como a edição de normas que sejam contraditórias com as normas que lhe antecedem ou que apresentem choques com outras normas de organização. Assim, a princípio, não é a lógica da subsunção que é ameaçada, mas a sistematicidade lógica e a organicidade do ordenamento, como irregularidades quanto à retroatividade das leis, incompatibilidade de textos ou simplesmente a criação de diplomas legais marcados pelo

³⁵ OST, 2005b, p. 338-339.

³⁶ Contudo, dizer que os ditos cidadãos não conhecem as normas positivas não significa dizer que o sujeito de direito na atualidade hoje esteja com uma noção de legalidade, isto é de uma Lei simbólica, em níveis aceitáveis. Neste ramo de estudo, há de se salientar o trabalho de Jeanine Nicolazzi Phillipi, que, ao articular Direito com a Psicanálise traz algumas conclusões que indicam uma crescente fetichização da Lei, como algo pronto que deve ser seguido e que é promessa de satisfação. Para Philippi, ao contrário, uma forma mais coerente de se lidar com a Lei como limite e condição de desejo, isto é, criação, passa por encará-la também como um modo de se lidar com uma falta. Diz a autora: “O estofo imaginário do legalismo – distribuidor de perdas e ganhos – não faz, certamente, limite... Para que essa função seja assegurada, a Lei deve estar subjetivada por parte dos seus destinatários e isso não se dá mediante as apostilas inflacionadas do mercado legal, mas através da compreensão daquilo que em uma cultura faculta, ainda, o reconhecimento desse termo derradeiro – a falta –, mediante a qual a Lei pode ser, enfim, compreendida como uma metáfora que ‘representa, tão somente, a possibilidade de instaurar um campo de mediação, ou seja, um espaço de gestão que permite produzir, elaborar, falar, construindo formas de subjetivação na tessitura de laços sociais e pela produção de obras no campo desses laços.’” (PHILIPPI, 2004, PÁGINA)

casuísmo. Este fenômeno chega até mesmo nas disposições constitucionais, a exemplo do que ocorreu com a Emenda Constitucional 41/2003³⁷ quando passou a cobrar que os já pensionistas voltassem a se tornar contribuintes ainda que já houvesse se consolidado o ato jurídico perfeito no momento da aposentadoria.

1.3 A busca pelo sistema

Uma possível hipótese para encontrar a inflação normativa estaria na descrição exata do que consiste o sistema, para que fosse possível compreender quais acidentes seriam pertinentes e quais não. No entanto, não há uma noção definitiva de sistema, bem como não há uma de ordenamento. Por esta razão, a teoria do direito no que diz respeito à inflação normativa não pode deixar de considerar que o excesso de normas somente faz sentido dentro de uma determinada visão de sistema; além disso, os sistemas variaram dentro do direito continental, chegando a algumas vezes a haver intensos debates entre diversas concepções, como foi o caso do dissenso entre o direito codificado de Thibaut e o direito como construção cultural para a escola histórica, cujo autor mais célebre foi Savigny. O historiador do direito António Manuel Hespanha, sobre o tema das codificações, compreende que “esta animosidade em relação à codificação ficou bem traduzida numa famosa polémica entre Savigny e Thibaut, este último favorável a uma codificação geral do direito alemão, que o primeiro considerava artificial e inorgânica.”³⁸

³⁷ Art. 4º Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3º, contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

Parágrafo único. A contribuição previdenciária a que se refere o *caput* incidirá apenas sobre a parcela dos proventos e das pensões que supere:

I - cinqüenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - sessenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas da União. (BRASIL, 2003)

³⁸ HESPANHA, 2005, p. 386. Ainda como fonte para a leitura sobre esta querela entre Thibaut e Savigny, Jacques Stern publicou alguns textos que a ilustram no volume La

Norberto Bobbio em sua Teoria do Ordenamento Jurídico tratou de estabelecer uma releitura do positivismo jurídico tendo como principal autor analisado o austríaco Hans Kelsen. Sobre o problema do sistema, Bobbio salienta que consiste ele em ser “uma *totalidade ordenada*, ou seja, um conjunto de organismos, entre os quais existe uma certa ordem.”³⁹ Esta definição, até então, pouco diverge daquela do senso comum. No entanto, o autor prossegue em uma argumentação mais detalhada. Primeiramente esclarece que Kelsen já trouxera dois modelos de sistema entre os ordenamentos normativos: um estático, em que prevalece a matéria, algo que é digno dos ordenamentos morais; e outro dinâmico, cuja principal característica consistiria no fato de que suas normas derivam sucessivamente de determinadas delegações de poder, portanto, derivando da autoridade (forma) e não do conteúdo. A leitura de Bobbio afirma, assim, que

Kelsen sustenta que os ordenamentos jurídicos são sistemas do segundo tipo, ou seja, são sistemas dinâmicos. Sistemas estáticos seriam, por sua vez, os ordenamentos morais. Surge aqui um outro critério para a distinção entre direito e moral. O ordenamento jurídico é um ordenamento em que a pertinência das normas é julgada com base num critério meramente formal, ou seja, independentemente do conteúdo; o ordenamento moral é aquele em que o critério de pertinência das normas prescrevem (não na autoridade da qual derivam).⁴⁰

No entanto, indagado pelo fato de que a mera formalidade suscita inúmeros problemas, como o fato de haver nos sistemas dinâmicos normas de sentido contrário e por vezes conflituosas, Bobbio passa considerar como a mais interessante concepção de sistema aquela que tem por fim eliminar as incompatibilidades de normas. “Nesse caso, ‘sistema’ equivale a validade do princípio que exclui a *incompatibilidade* das normas.”⁴¹ Nele, compreende-se que as normas têm uma relação entre si de compatibilidade, o que não significa dizer

codificación: una controversia programatica baseada en las obras de Thibaut y Savigny. (SAVIGNY; THIBAUT, 1970)

³⁹ BOBBIO, 2008, p. 219.

⁴⁰ BOBBIO, 2008, p. 220.

⁴¹ BOBBIO, 2008, p. 227.

que todas elas devem formar um sistema dedutivo perfeito de sorte que sempre haja entre elas alguma implicação. Significa apenas dizer que, no caso de haver uma flagrante incoerência entre duas normas, uma ou ambas passam a ser não válidas, mas não há qualquer dano ao ordenamento como um todo. Após essa tríplice divisão de compreensões de sistema, Bobbio passa a discorrer sobre critérios de correção de antinomias ou mesmo de critérios de resolução quando houver confronto entre critérios. De qualquer forma, o gesto de Bobbio, por um lado, é teórico, já que estabelece algumas regras que têm por fim dar maior coerência ao direito posto e, por outro lado, sua teoria não deixa de ter aplicações diretas. Ainda assim, o autor traz algumas pertinentes diferenças através da comparação entre o pensamento de sistema para o direito natural, para a escola histórica e, por fim, para a teoria de Kelsen. Nenhuma dessas afirmações chega a ser devidamente explorada pelo autor, exceto pelo fato de que ele acaba por contribuir – e muito – para os estudos sobre o positivismo jurídico.

Apesar dos esforços de Bobbio em melhor esclarecer o que Kelsen trouxe para a discussão do sistema no direito, foi o jurista Mario Losano, aluno de Bobbio, quem melhor até hoje discorreu sobre o assunto, dando tanto uma melhor visão panorâmica sobre a diversidade do emprego da palavra sistema quanto uma visão detalhada e comparativa de diversos autores, entre eles o próprio Hans Kelsen.

No percurso de sua análise, Losano faz um estudo acerca da história semântica do termo sistema, desde os pensadores da antiguidade até os grandes tratados de teologia e filosofia da modernidade⁴², o que não convém expor neste trabalho em razão da enormidade de explicações que o tema exigiria, sendo mais conveniente avançar diretamente para quando o direito vai lidar propriamente com uma busca pelo sistema.

A principal contribuição dada por Losano consiste na diferenciação entre sistemas externos e sistemas internos no direito, cada qual com uma diferente relação com a estrutura. No primeiro tipo elencado, há uma preponderância na busca por uma estrutura exterior à caoticidade das proposições jurídicas, enquanto para o segundo, a

⁴² Tal obra de Mario Losano (2008) se trata de “Sistema e struttura nel diritto”, grande tratado composto de três volumes, dos quais o primeiro já se encontra traduzido para o português por Carlos Alberto Dastoli, publicado pela editora Martins Fontes. Neste primeiro volume o autor dedica uma boa parte do espaço do texto para uma reflexão filosófica sobre a história, os princípios e os avatares do que se entende por sistema no ocidente.

referência à estrutura se dá como um ponto de partida para o aplicador do direito ao lidar com normas jurídicas. O autor esclarece que:

Com referência à linguagem corrente, distingue-se o *sistema externo* [...] do *sistema interno* [...] e da *estrutura*, entendida como nexos que une as partes de um sistema tanto interno quanto externo. Pode-se, portanto, entender o sistema externo no sentido de ‘estrutura como *terminus ad quem*’ (uma vez que *a ele* tende a atividade do estudioso) e o sistema interno no sentido de ‘estrutura como *terminus a quo*’ (uma vez que ele parte da análise do estudioso).⁴³

Em linhas gerais, diz o autor que no direito do século XIX prepondera o pensamento de um sistema externo, sendo a escola histórica um dos maiores exemplos. Por outro lado, no século XX, com um remodelamento de um positivismo jurídico que tem em Kelsen seu principal expoente, o sistema passa a ser predominantemente interno, ao passo que a partir da segunda metade do século ele volta a ser externo. Ainda assim, não se pode dizer que essas noções sejam de algum modo irreconciliáveis ou que não existam em conjunto. O que Mario Losano quer salientar é a diferenciação semântica que a palavra sistema exige, isto é, que o sistema externo é por excelência uma atividade de teóricos do direito, enquanto o sistema interno é normalmente a noção utilizada por aplicadores do direito.

No caso do sistema externo, a totalidade são as proposições jurídicas que descrevem determinado ordenamento jurídico; o nexos que une essas proposições é um nexos lógico. Os elementos dos quais é formado o sistema externo são proposições descritivas. No caso do sistema interno, a totalidade são as normas jurídicas de determinado ordenamento. O nexos que as une é um nexos especificamente jurídico (este não é o momento de examinar qual é esse nexos); os elementos dos quais é formado o sistema interno são proposições prescritivas.⁴⁴

⁴³ LOSANO, 2008, v.1, p. 215.

⁴⁴ LOSANO, 2008, v.1, p. 219.

A citação acima expõe claramente que a distinção estabelecida por Losano entre sistema interno e externo não é de forma alguma arbitrária, ou conforme alguma conveniência que o autor queira defender. Nota-se que ele persiste com uma separação que é muito mais antiga do que ele, qual seja, a separação do direito em *dogmática*, entendida como o trabalho de aplicadores do direito, portanto juristas práticos porque trabalham diretamente com o direito, ou seja, com normas jurídicas; bem como o direito como *construção*, que seria o trabalho teórico por parte dos juristas-teóricos, os quais versam, sobretudo, sobre proposições descritivas, trabalho da ciência do direito. O próprio Hans Kelsen⁴⁵ deixou esta divisão bastante clara em sua tentativa de purificar a ciência do direito, mas não se pode dizer que tenha começado com ele esta separação⁴⁶, a qual, ainda que seja certas vezes insustentável, é de suprema importância que seja entendida. Isto obviamente não significa que Losano não considere que esta divisão seja problemática. Diz o autor que não existe jurista teórico ou prático em estado puro: ambos pesquisam em faixas intermediárias. No entanto, o autor esclarece que, por mais que esses dois gestos teóricos tenham a pretensão de lidar com o sistema no direito, os dois tipos de juristas “se referem a coisas diversas. Mesmo quando se ocupam preponderantemente de teoria, os resultados não coincidem: existe uma filosofia do direito dos filósofos e uma filosofia do direito dos juristas.”⁴⁷

Sobre o sistema externo, portanto da ordem de uma concepção de sistema que tem por foco a busca por uma estrutura lógica que melhor esclareça o emaranhado de normas existentes, ele consiste em uma tentativa de sistematização do saber jurídico a partir de determinada concepção filosófica. Consiste, então, em uma construção teórica e não no exercício da dogmática. Por tal razão, consiste em ser uma atividade com uma liberdade maior que a da aplicação mesma do direito. Sem dúvida os autores que melhor ilustram esse tipo de sistematização são aqueles da Escola Histórica, entre eles Jering, Savigny e Windscheid.

⁴⁵ Sobre o assunto, há na teoria pura do direito o capítulo sobre “Direito e Ciência”. KELSEN, 2006, p. 79-120.

⁴⁶ Losano (2008, p. 274; 282-286) faz menção ao jurista germânico Gustav Radbruch, o qual distinguiu em 1903 a dedução sistemática da classificação sistemática no texto *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre Von der rechtswissenschaftlichen Systematik*.

⁴⁷ LOSANO, 2008, v.1, p. 274.

No entanto, salienta Losano, até que esses pudessem se dedicar à compreensão do direito como construção, houve um longo e tortuoso caminho da dogmática alemã no estudo de cada um dos institutos jurídicos no intuito de distingui-los do *Corpus Iuris Civilis* e principalmente do jusnaturalismo. Entre esses autores estão Gustav Hugo, Anton F. J. Thibaut e Georg A. Heise. Diz Losano, contudo, que, antes de se contraporem quanto ao tipo de sistema que posteriormente seria investigado pela Escola Histórica, a preocupação desses autores se dava com relação ao objeto do Direito, no caso, na reorganização e racionalização do material deduzido do direito bizantino. “De Hugo a Heise, a exigência que está em primeiro plano é a reorganização de um setor do ordenamento em vista de sua mais fácil utilização prática.”⁴⁸

No segundo volume de “*Sistema e Struttura nel Diritto*”, Losano trata especificamente do sistema interno, que, muito embora já tenha existido mesmo que negativamente quando, por exemplo, a pandectística investiga o sistema externo, já em meados do século XIX existem algumas tentativas de construção de um sistema interno ao direito, como em Christian Friedrich Mühlenbruch ou August Wilhelm Heffer. Todavia, uma das primeiras formulações menos incertas e que já tendem a uma formalidade seria aquela do processualista Wilhelm Wetzel seguido pelo neokantiano Rudolf Stammler, na obra *Theorie der Rechtswissenschaft* de 1911. Para Mario Losano, “A importância da teoria de Stammler sobre o sistema deriva do fato que pela primeira vez, no contexto de uma elaborada teoria jurídico-filosófica, demonstra-se que um sistema específico do direito pode ser somente um sistema formal do direito, ou seja, um sistema que prescindia de conteúdos concretos de normas positivas.”⁴⁹

No entanto, é com os trabalhos de Hans Kelsen que o sistema interno vai ser descrito de forma clássica. Contudo, por se afirmar tanto na tradição positivista (tanto o positivismo clássico do século XIX quanto o positivismo lógico do círculo de Viena) quanto no neokantismo, o austríaco pensa o sistema em uma duplicidade entre ciência do direito e direito propriamente dito e, assim, sistema externo de sistema interno.

⁴⁸ LOSANO, 2008, v.1, p. 318.

⁴⁹ LOSANO, 2002, v.2, p. 5-8, tradução nossa. Original: “L’importanza della teoria di Stammler sul sistema deriva dal fatto che per la prima volta, nel contesto di un’elaborata teoria giuridico-filosofica, si dimostra che un sistema specifico del diritto e valido per ogni diritto può essere soltanto un sistema formale del diritto, cioè un sistema che prescindia dai contenuti concreti delle norme positive.”

Distinguindo claramente a ciência do direito do direito mesmo, que não é o objeto, Kelsen fornece tanto um sistema externo do direito (assim uma descrição sistemática sua), quanto um sistema interno do direito, no qual individua no dever-ser (*Sollen*) o específico nexos unificador das normas de um ordenamento positivo.⁵⁰ Mas, mesmo que consiga esclarecer sobre o sistema externo e sobretudo sobre a divisão entre os dois tipos de sistema, para Mario Losano, apenas em Kelsen é que o sistema interno é pela primeira vez melhor descrito.

Fundando-se sobre poucas fontes, ele indica esta característica do *Sollen*: isso é indefinível, indivisível e de todo separado do ser, do *Sein*. Mas também por esta via Kelsen não pode evitar o encontro com a realidade. Quem se pergunta por qual coisa a norma fundamental demonstra a autoridade de tornar válidas as normas do inteiro ordenamento, encontra-se perante à ‘Górgona do poder’, assim ainda um elemento da realidade. A doutrina pura do direito explica bem a estrutura do direito positivo, mas não a sua gênese ou função.⁵¹

No entanto, no terceiro volume de “*Sistema e Struttura nel Diritto*”, Losano vai se debruçar sobre as três correntes teóricas mais recentes sobre o sistema no direito, a saber, o *estruturalismo*, sobre o qual diz ter sido de grande impacto, mas muito fechado na França e ter sido suplantado pela “oscurità iniziatica del linguaggio dei post-strutturalisti”; também fala o autor da *cibernética*, de Norber Wiener e Ross Ashby, notadamente autores americanos que pretendiam compreender outros fenômenos com os conceitos desenvolvidos pela computação; Inspirado por esses últimos, bem como em conceitos da

⁵⁰ LOSANO, 2002, p. 1, v.2, tradução nossa. Original: “Distinguendo chiaramente la scienza del diritto dal diritto stesso, che ne è l’oggetto, Kelsen fornisce tanto un sistema esterno del diritto (cioè una sua descrizione sistematica), quanto un sistema interno del diritto, in cui individua nel dover essere (*Sollen*) lo specifico nesso unificatore delle norme d’un ordinamento positivo.”

⁵¹ LOSANO, 2002, p. 81, v.2, tradução nossa. Original: “Fondandosi su poche fonti, egli indica queste caratteristiche del *Sollen*: esso è indefinibile, indivisibile e del tutto separato dall’essere, dal *Sein*. Però anche per questa via Kelsen non può evitare l’incontro con la realtà. Chi si chiede da che cosa la norma fondamentale ricavi l’autorità di rendere valide le norme dell’intero ordinamento, si trova di fronte ‘la Gorgone del potere’, cioè ancora un elemento della realtà. La dottrina pura del diritto spiega dunque bene la struttura di un diritto positivo, ma non la sua genesi o la sua funzione.”

biologia, pode-se entender uma passagem da visão sistemática para a *teoria sistêmica* com a teoria de Niklas Luhmann, a qual é sobretudo de caráter sociológico, mas que fornece explicações para a compreensão do direito.

A característica das teorias jurídicas da segunda metade do século XX consiste no receber dos métodos de outras disciplinas (em geral daquelas físico-naturais. Mas, no caso, do estruturalismo, da lingüística e da antropologia) e na tentativa de aplicá-los ao direito, o que, ao invés, é sempre um retorno, não obstante a mudança de conteúdos. O texto descreve muitas teorias cibernéticas do direito, o estruturalismo jurídico e a visão sistêmica do direito de Luhmann e na sua escola. O enxerto das teorias científicas no pensamento jurídico exige um duplo cuidado da parte de quem escreve sobre estas teorias jurídicas modernas e pós-modernas.⁵²

Entende-se com isso que na segunda metade do século XX, o sistema no direito volta a ser pensado conforme os antigos sistemas externos, cujo maior exemplo é a tentativa da Escola Histórica. Na contemporaneidade, o maior exemplo tratado pelo autor passa a ser a teoria sistêmica de Niklas Luhmann, que se funda na sociologia para tentar descrever o direito. A grande diferença, no entanto, é que, na contemporaneidade, já não se pretende compreender o direito por via da filosofia, mas, segundo Losano, são superteorias da sociologia ou da lingüística, a exemplo da teoria dos sistemas, estruturalismo ou da razão comunicativa, que se incumbem da tarefa.

O autor consegue estabelecer a sua divisão entre sistema interno e externo por ancorar ambos conceitos de sistema, um imanente (interno) e outro transcendente (externo), exatamente na fenda que se

⁵² LOSANO, 2002, v.3, p. Xv. La caratteristica delle teorie giuridiche del secondo Novecento consiste nel recepire i metodi da altre discipline (in generale quelle fisico-naturali. Ma, nel caso dello strutturalismo, dalla linguistica e dall'antropologia) e nel tentare di applicarle al diritto, che invece è sempre quello di una volta, nonostante la mutevolezza dei contenuti. Il testo descrive molte teorie ciberetiche del diritto, lo strutturalismo giuridico e la visione sistemica del diritto in Luhmann e nella sua scuola. L'innesto delle teorie scientifiche nel pensiero giuridico esige una duplice vigilanza da parte di chi scrive di queste teorie giuridiche moderne e postmoderne.

abre com a idéia de que o direito pode ser encarado tanto como norma, proposição normativa (dever-ser), quanto como proposição descritiva (ser), que é o objeto da ciência do direito. O trabalho de Kelsen seria muito esclarecedor neste sentido, mas o que Losano faz é demonstrar que ele não é o criador desta divisão entre validade e verdade. Isto demonstra que, ao menos, Losano não trabalhou com alguma classificação arbitrária.

Contudo há de se perguntar se hoje ainda é possível sustentar que os sistemas se sustentem por esta divisão clássica entre ser e dever-ser. Com certeza a diferença persiste, mas será que ela vem sendo levada em conta pelas atuais superteorias que sucederam a segunda metade do século XX? Deve-se salientar que Losano apenas trabalhou com Niklas Luhmann com devida seriedade, mas desconsiderou outros autores muito difundidos na atualidade, como Habermas, Alexy, Dworkin, entre outros, de sorte que sua análise foi bastante restrita se comparada com a diversidade de concepções que hoje dominam.

É importante destacar é que na segunda metade do século XX o direito passa a ser tomado como uma construção cuja origem é inalcançável, mas que, nem por isso, perde seu valor ou sua capacidade regulatória. A hermenêutica passa assim a ser novamente preponderante no pensamento jurídico diante das insuficiências do dogmatismo positivista. Recentemente, contudo, a interpretação passa a se conflitar com as teorias da argumentação, principalmente com a de Robert Alexy ou com a nova retórica de Chaïm Perelman, para as quais o jurista não mais tem no texto da norma sua segurança para o direito, devendo procurá-la em regras lógicas que garantam a racionalidade das proposições. Portanto, a leitura e a ponderação entre princípios e regras se torna imprescindível. Por outro lado, as teorias que primam pela análise procedimental do direito, como a razão comunicativa de Habermas ou a teoria dos sistemas de Luhmann, por mais que sejam diferentes das interpretativas ou argumentativas, não pensam em legitimar o direito apenas com a norma jurídica, mas pretendem encontrar nele um procedimento que dê respostas aos anseios da sociedade.

O que interessa marcar, no entanto, é que tais teorias podem ser muito elucidativas tomadas em conjunto, ainda que soe como algo estranho ou de difícil compreensão. Isto porque, em sua grade maioria, fica evidente uma tendência em estabelecer critérios que dêem ao direito uma aproximação mais coerente com os fatos para que ele seja

construído de forma mais harmônica e genérica. Para tanto, cada uma dessas teorias, como se observou, estabelece uma diferente noção de sistema, mas sempre o tomando como algo aberto e que somente se manifesta em um direito enquanto construção, de modo a superar o positivismo jurídico. O sistema passa, assim, a trabalhar em face do acidente que a cada momento se apresenta ao jurista, e, em vez de apresentar uma resposta interna ao próprio sistema, as teorias da segunda metade do século XX tendem a compor uma tentativa de superação da cisão entre direito e fato.

Para a conceituação de Inflação normativa, se está correto que ela não pode ser vista apenas na quantidade de normas emitidas e nem mesmo em um discurso de crise, mas no que o excesso de normas acarreta para o sistema considerado, seria possível com Losano fundamentar uma solução relativista no sentido de dizer que há inflação normativa na atualidade se a quantidade de normas ou a desordem lógica forem lidas a partir de uma concepção que considere um sistema interno. Para aquele jurista que pensa o sistema como externo, todavia, não se poderia falar em inflação normativa, mas tão somente em uma maior flexibilização ou abertura natural. Isto inclusive poderia justificar uma concepção completamente eclética ou paradoxal de um jurista que briga por um concatenamento lógico das normas, mas que, em um plano maior, adapta-se à desordem. Se fosse ele perguntado sobre tal incoerência poderia simplesmente responder que a palavra direito é um significante com demasiados significados, chegando-se ao ponto de se dizer que seria mais conveniente haver duas palavras, uma para direito aplicado e outra para direito pensado, mas que não modificaria em nada a realidade.

O presente trabalho vai nos capítulos 2 e 3 aprofundar essas questões, mas, por ora, basta dizer que a divisão entre ser e dever-ser vem sendo abandonada pelos atuais juristas (e não apenas pelos autores de grandes modelos teóricos, mas principalmente por seus leitores) havendo uma maior aproximação entre normas e fatos, linguagem e realidade, o que gera um curto-circuito entre teoria (ser, verdade) e aplicação do direito (dever-ser, validade), seja na doutrina, seja no judiciário, o que comprometeria a utilização da classificação de Mario Losano. A pergunta sobre inflação normativa se volta, então, para o modo como o direito lida atualmente com as dicotomias fundamentais.

1.4 Rumor à fusão entre normas e fatos

Inflação normativa, como já se sustentou, não é sinônimo de inflação legislativa. Aquela é muito mais abrangente do que esta. Assim, as decisões dos juízes também podem ser lidas quando se pensa em normatividade. Isto porque, por mais, que os parlamentares continuem a produzir leis em excesso, o mesmo se poderia dizer dos magistrados, com a diferença de que, neste último caso, a maioria das normas não têm aplicabilidade *erga omnes*.

Sobre a capacidade decisória dos magistrados, vale a pena exemplificar o caso com uma argumentação que vem sendo aceita no Supremo Tribunal Federal recentemente. Trata-se de uma fala do ministro Eros Grau, o qual sustenta que os casos especiais, devem ser julgados como exceção. Eis um trecho sem cortes do entendimento do tribunal em um Agravo Regimental em reclamatória trabalhista :

Ocorre, no entanto, que a situação de fato de que nestes autos se cuida consubstancia uma exceção. Com efeito, estamos diante de uma situação singular, exceção, e, como observa CARL SCHMITT, as normas só valem para as situações normais. A normalidade da situação que pressupõem é um elemento básico do seu “valer”. A propósito, MAURICE HAURIOU menciona “... cette idée très juste que les lois ne sont faites que pour un certain état normal de la société, et que, si cet état normal est modifié, il est naturel que les lois et leurs garanties soient suspendus”. E prossegue: “C’est très joli, les lois; mais il faut avoir le temps de les faire, et il s’agit de ne pas être mort avant qu’elles ne soient faites”.

6. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade, uma zona de indiferença capturada pela norma. De sorte que não é a exceção que se subtrai à norma, mas ela que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. A esta Corte, sempre que necessário, incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Ao fazê-lo, não se

afasta do ordenamento, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção.⁵³

É de se surpreender que a Corte mais importante do país sustente que a manutenção do ordenamento somente se dá com a sua própria suspensão. Para tanto, justifica-se este entendimento com a teoria de Carl Schmitt, sem dúvida um grande constitucionalista do século XX, mas que, apesar de tudo, foi o jurista que se debruçou em justificar o regime de Hitler na Alemanha Nazista.⁵⁴ Sobre tal acórdão, é curioso observar como, na deficiência do direito em dar conta da realidade social e, por outro lado, na necessidade que os magistrados têm de julgar, o ordenamento, em casos extremos, se dá na sua própria suspensão.⁵⁵ Por bem ou por mal, o pesquisador já não pode desconsiderar este tipo de teoria e de argumentação. A falha entre norma (linguagem) e realidade (fato), portanto, é algo que deve ser explorado com afinco, inclusive para a conceituação de inflação normativa já que o movimento excessivo de produção normativa e decisão se dá, em parte, por uma deficiência das sistematizações em relação à sociedade.

Ainda sobre o papel dos magistrados em uma época de inflação normativa, o jurista italiano Mauro Cappelletti em seu livro intitulado *Giudici legislatori?* entende que é certa a capacidade dos juízes criarem o direito, uma vez que toda interpretação dá alguma margem à criatividade. A atividade jurisdicional praticamente não se diferenciaria substancialmente da atividade parlamentar, mas apenas em grau, uma vez que tribunais e magistrados estão, basicamente, submetidos a leis ou precedentes para emitirem juízos, ainda que processualmente haja diferenças muito mais gritantes entre ambas as atividades.

Conquanto verdade que nem precedentes nem normas legislativas podem vincular totalmente o intérprete – que não podem, assim, anular de todo a que denominarei a sua imprescindível

⁵³ BRASIL, 2006.

⁵⁴ Sobre o assunto, consultar Giorgio Agamben, 2004.

⁵⁵ Isto também não justifica que um Ministro apele a este tipo de argumentação. O interesse para o estudo é que, apesar dos argumentos baseados na exceção e fundamentados em Schmitt serem lamentáveis, eles são, sem sombra de dúvida, sintomáticos da situação crítica em que o Direito se vê.

necessidade de ser livre, e portanto a sua criatividade e responsabilidade –, também é verdade, contudo, que o juiz, vinculado a precedentes ou à lei (ou a ambos), tem como dever mínimo apoiar sua própria argumentação em tal direito judiciário ou legislativo, e não (apenas) na ‘equidade’ ou em análogos e vagos critérios de valoração.⁵⁶

O autor italiano, portanto, reforça uma inquietação do crescimento da função do judiciário como tentativa de resposta ao crescimento e abusos do legislativo e, principalmente, do executivo. Esse aumento da função da interpretação, assim, não deixa de ser uma tentativa de resposta à grande massa de normas legada pelo Estado de Bem Estar Social, bem como à delegação de decisões e regulações a agências especializadas, uma vez que tanto o parlamento quanto o executivo já não poderiam acompanhar todas as demandas sociais de forma coerente. “Parece inegável que esse imponente acontecimento, a expansão do que tínhamos chamado justiça constitucional das liberdades (nacional ou supranacional), tenha sido causado, entre outros motivos, exatamente pela crise de desconfiança no ‘estado leviatã’, e em particular, pela ‘orgia de leis’, que constitui o típico produto desse estado.”⁵⁷ Entre outras questões, Cappelletti ainda salienta não duvidar da capacidade de que os magistrados possam decidir melhor do que membros de outros poderes, no entanto, assim o fazendo agiriam como legisladores ou administradores, daí por que salientar algumas limitações dos juízes, entre elas a de que a) as decisões judiciais não têm a mesma publicidade que aquelas do legislativo, sendo casuísticas; b) a criatividade judicial teria algumas conseqüências, como a retroatividade de decisões baseadas em equidade; c) a magistratura não tem competência técnica ou o necessário conhecimento para dar as melhores respostas ao anseio da sociedade, bem como pensá-la enquanto grupo; e , por fim d) a jurisdição é demasiado aristocrática e anti-democrática para assumir a função legisladora.⁵⁸

Sem dúvida este é um tema que também faz parte do senso comum, não sendo raro encontrar opiniões das mais diversas no sentido de que uma maior amplitude hermenêutica poderia levar a juízes

⁵⁶ CAPPELLETTI, 1999, p. 25.

⁵⁷ CAPPELLETTI, 1999, p. 25.

⁵⁸ Cf. CAPPELLETTI, 1999, p. 83-94.

legisladores. Isto não deixa de ser uma opinião interessante, mas também carrega uma certa dose de perigo já que não é compatível com a idéia de legislação o casuismo das decisões judiciais, exceto no caso das súmulas ou decisões vinculantes dos mais altos tribunais uma vez que estes teriam a capacidade de criar normas com a objetividade necessária para que recebam, ao menos em princípio, a alcunha de lei. Do contrário, juízes singulares podem emitir normas, mas não necessariamente leis já que eles decidem, via de regra, caso a caso, isto é, *inter partes* e não *erga omnes*. Esta diferenciação é da maior importância para que se possa entender a diferença entre uma suposta inflação legislativa e inflação normativa, como será visto no restante desta pesquisa.

Por fim, a inflação normativa não diz respeito apenas à quantidade de leis ou à qualidade das decisões, mas também nos mais diversos atos normativos, como, por exemplo, no âmbito da administração pública. Nada impede que o gestor atue com imperatividade, mas sem a devida universalidade ou que se prime pela arbitrariedade em detrimento da discricionariedade, o que em certos casos, como nas normas geradas pelas agências reguladoras⁵⁹, até mesmo é difícil estabelecer algum critério para saber quando e onde o órgão extrapolou sua função. No mais, ainda que haja a possibilidade de enquadramento do gestor dentro de improbidade administrativa, enquanto não for provado o contrário, as suas decisões serão *formalmente* válidas. Além disso, em caso de urgência, o administrador deve dar uma resposta rápida e, por diversas vezes, justifica-se o descumprimento de certos procedimentos legais por motivo de urgência. Este tipo de caso mostra o direito em sua última fronteira e relembra que os fatos sempre surpreendem o direito escrito, razão pela qual ele necessita de ações que não se enquadram em conformidade com o ordenamento para poder mantê-lo. A suspeita que surge com essa imperatividade sem universalidade, no entanto, passa a ser a de que, além dos acidentes justificarem os sistemas, eles não são apenas uma novidade no mundo dos fatos que justifica a modificação do direito. Nem sempre, no entanto, se pode dizer que este apelo aos fatos seja algo concreto, já que a reivindicação é também um trabalho retórico. Sobre este assunto, que considera os fatos como justificadores ou pretexto para normas de urgência, diz o professor francês Pierre-Laurent Frier que

⁵⁹ Sobre a implementação brasileira do modelo das agências reguladoras, consultar “*Agências reguladoras e reforma do Estado no Brasil*”. Coordenadores Nunes... [et al.], 2007.

Sem dúvida, numerosas obras foram dedicadas aos poderes de crise e à jurisprudência das circunstâncias excepcionais. Se elas parecem concernir, ao menos indiretamente, ao tema da urgência, esses livros permanecem, no entanto, em função mesmo da matéria escolhida, parciais. Eles vislumbram essencialmente as hipóteses segundo as quais o Estado estaria confrontado a uma situação extraordinária. Também negligenciam, pela força das coisas, uma parte do problema da urgência posto que esta, e a doutrina é unânime sobre este aspecto, está presente em conjunturas muito mais banais: ela pode existir alheia a qualquer crise.⁶⁰

Mas como se pode reconhecer que tanto as leis contrárias ao ordenamento jurídico como as decisões que o suspendem ou os atos administrativos arbitrários motivados por urgência⁶¹ sejam, ainda assim, direito? Outra pergunta que surge a partir daí seria: como a inflação normativa, que se dá em diversos âmbitos, pode ser conceituada se, a princípio, o ordenamento pode manter-se, como indicou o voto de Eros Grau baseado em Carl Schmitt, mesmo em sua suspensão? Estas

⁶⁰ FRIER, 1987, p. 02. **Tradução nossa.** Original: Sans doute, des nombreux ouvrages ont-ils été consacrés aux pouvoirs de crise et à la jurisprudence des circonstances exceptionnelles. S'ils semblent concerner, à tout le moins indirectement, le thème de l'urgence, ces livres restent, cependant, en fonction même du sujet choisi, partiels. Ils envisagent essentiellement les hypothèses où l'État est confronté à une situation extraordinaire. Aussi negligent-ils, par la force même des choses, une partie du problème de l'urgence puisque celle-ci, et la doctrine est unanime sur ce point, est présente dans des conjonctures beaucoup plus banales : elle peut exister en dehors de toute crise.

⁶¹ Embora seja comum a afirmação desta crise do direito ser algo recente, ao se analisar um trecho de Jean Carbonnier da década de 50 em que trata da década de 30 já se observa a mesma retórica de crise: CARBONNIER, 1988, p. 168. Original: Ce pourrait être une caractéristique de notre temps que le droit, pour la première fois, participe à l'angoisse historique. Le droit, jusqu'alors dispensateur de certitudes, plein de certitude lui-même, colonne de marbre, table d'airain. Certes, depuis un moment déjà, des juristes s'étaient aperçus que le droit bougeait. Léon Duguit, dès 1912, Gaston Morin, en 1920, avaient rendu classiques les transformations du droit privé depuis le Code Napoléon, la révolte des faits contre le Code. Mais ces transformations, ces révoltes mêmes étaient dépeintes comme un progrès pacifique, et le récit s'en insérait dans une vision optimiste de l'avenir des sociétés. Le ton allait bientôt s'attrister, parce que le ciel devenait plus sombre. Quand, à partir de 1930, la chute de l'économie eut, un peu partout dans le monde, fait surgir des expédients juridiques inouïs (inouïs dans les systèmes libéraux), moratoires des dettes et des constitutions, droit d'urgence, droit de crise, beaucoup prophétisèrent que ce droit de crise avait déchainé la grande crise du droit.

perguntas levam à conclusão de que qualquer conceituação acerca da inflação normativa ou da queda de legalidade depende diretamente de concepções como ordenamento e sistema jurídico, pois são noções que pretendem ligar a jurisdição a alguma lógica ou legitimidade. Não bastaria buscá-la em número de leis, atos administrativos ou mesmo em decisões *contra legem* visto que, em primeiro lugar, poder-se-ia sempre argüir em contrário no sentido de que aqueles casos elencados são excepcionais e que, em segundo lugar, dizer se uma lei é inconstitucional ou se uma decisão está contra o ordenamento é algo muito subjetivo.

Portanto, não seria suficiente para reconhecer um direito excessivo e desvalorizado a simples busca empírica de dados que comprovem a hipótese se, por outro lado, não forem, observados os diversos tipos de sistematização e teorização presentes na teoria do direito. Isto porque entre sistema e acidente, norma e ordenamento ou teoria e aplicação do direito, há sempre um elemento de ação e outro de justificação, ou seja, a operação funciona por binômios que pressupõem alguma relação oculta entre o específico e o genérico.

Convém, no entanto, pensar se os novos gestos teóricos e práticas jurídicas, em vez de encarar e tirar frutos de tamanha aporia que o direito mantém (ser e dever-ser; fatos e normas, todas noções que partem da busca pela validade), não se furtam desse pensamento e, ao abandonar ou denegar tal separação, não empreendem algo mais do que uma crise e um avanço. O que se sugere é que essa própria separação tem muito a dizer e o seu abandono tão somente pode levar o jurista ou aplicador de uma típica situação crítica, para uma prática de misticismo e transe em que já não se procura distinguir linguagem de realidade e normas de fatos. Essa junção entre a linguagem e o mundo, pondera Giorgio Agamben, somente se torna possível na suspensão do próprio direito. Dessa forma, “a união impossível entre norma e realidade, e a conseqüente constituição do âmbito da norma, é operada sob a forma da exceção, isto é, pelo pressuposto de sua relação.”⁶²

Em seguida, nos próximos dois capítulos tratar-se-á de explorar alguns exemplos, principalmente a partir de teorias mais recentes, algumas não analisadas por Losano, através das quais será possível esclarecer um pouco sobre o novo proceder das teorias bem como de práticas jurídicas decorrentes, as quais tendem a aproximar metodologia de teoria do direito por considerarem o direito como

⁶² AGAMBEN, 2004, p. 63.

construção. Este proceder será feito de um modo crescente: primeiramente com teorias que distinguem de forma mais explícita a separação entre um direito aplicado até que se chegue progressivamente em teorias mais abrangentes rumo a uma completa indistinção entre aplicação e teoria do direito, em que qualquer movimento se legitima, sendo que até mesmo o direito legislado pode vir a ser completamente descartado, restando apenas uma forma de direito, justificada por teorias que vão se assentar em noções vagas como princípios, racionalidade, justiça, etc.

Estas leituras se fazem necessárias para que se reconceitue inflação normativa. Não mais pensá-la como crise ou excesso de leis ou mesmo de normas. Isto seria praticamente resolvido com uma justificação por um sistema externo, o qual veria o direito em sua exterioridade como perfeitamente normal. O que se pretende demonstrar é que, na atualidade, se é possível falar em inflação normativa, ela está na aceleração frenética e na desconsideração da própria aporia que constitui a palavra direito. Portanto, a desconsideração da aporia que assombra a noção de validade consiste em aceitar fatos que dão normas, decisões arbitrárias e uma fusão entre linguagem e mundo (ou mais comumente apelando para palavras mais belas como junção entre direito e necessidades sociais ou justiça) que somente se pode dar na suspensão do ordenamento.

2. O DIREITO COMO PROCEDIMENTO

As teorias de Niklas Luhmann e Jürgen Habermas, cada uma em sua especificidade, traz o direito compreendido como um procedimento. Essas teorias têm um papel fundamental na descrição do direito e no levantamento de questões importantes para o pensamento jurídico, como a legitimidade dos sistemas, a autonomia do funcionamento do direito, bem como a busca de um conteúdo democrático ao lado da formalidade jurídica. No entanto, resta saber até que ponto essas teorias, bem como aquelas que os seguem ou problematizam, terminam por justificar ou permitir a tentativa de união entre normas e fatos e mesmo entre teoria do direito e aplicação do direito. Ao se evidenciar este tipo de gesto é possível explicitar o vínculo invisível que une nesses casos o direito à realidade e suspeitar acerca do modo pelo qual essa separação procura ser suturada. Nisto, pode-se entender se a teoria do direito sociológica serve ou não de catalisador dessa tensão entre linguagem e fato.

2.1 Luhmann e a conceituação do direito pela expectativa

Niklas Luhmann, autor da teoria dos sistemas, entende que a teoria do direito sempre se voltou muito mais para o problema da decisão e seus critérios do que propriamente sobre o procedimento tal qual ele se manifesta. Diz ele que “em geral reconhece-se atualmente que o direito é codeterminado pelo desenvolvimento social, e ao mesmo tempo é capaz de codeterminá-lo. Isso previne teses extremadas, que ninguém defende, mas de resto não se avançou em nada.”⁶³ O gesto de Luhmann é muito mais relacionado, portanto, à descrição do direito enquanto um procedimento capaz de estabilizar expectativas. Diferentemente da grande maioria das teorias, que conceitua o direito a partir de noções como a coação ou pela imputação (dever-ser), o autor o conceitua a partir das noções de expectativa e desapontamento. Antes de se definir norma e direito, cumpre fazer um retorno para se explicar o rol da expectativa em sua teoria.

Segundo Luhmann, o homem vive em um mundo constituído sensorialmente e dotado de complexidade e contingência. Para que ele possa lidar com isso, são desenvolvidas estruturas de assimilação de

⁶³ LUHMANN, 1985, p. 117, v.2.

experiências. “As comprovações e satisfações imediatas são em parte substituídas por técnicas de abstração de regras confirmadamente úteis, e de seleção de formas adequadas de experimentação e de auto-certificação.”⁶⁴ Algumas premissas que apresentem bons resultados formam sistemas, que se diferenciam de outros conjuntos estruturais independentes. Sua manutenção importa em formar estruturas que estabilizem expectativas de sorte que um pequeno desapontamento não implique na desistência da mesma expectativa. No entanto, os sistemas trabalham não apenas com a experimentação individual, mas também com expectativas sobre as expectativas do outro. É necessário que cada um tenha alguma expectativa de que o outro venha a ter dele mesmo. No entanto, enquanto aos *sistemas psíquicos* importa a decepção ou aprovação pessoal que se tem sobre o cumprimento ou não da própria expectativa (que também é relativa à expectativa do outro), nos *sistemas sociais* estabilizam-se expectativas objetivas, isto é, verbalizam-se formas de dever-ser, regras e delimitações com base na segurança genérica proporcionada, nunca importando a frustração pessoal no cumprimento de determinada expectativa. Há, portanto, uma síntese regulativa de sentido em que se pode ter alguma segurança sobre a expectativa dos outros, bem como sobre as expectativas que os outros têm de mim. Isto não vem para garantir comportamentos, pois existe a possibilidade de transgressão, mas vem para possibilitar que qualquer afronta a esse tipo de síntese comportamental genérica seja vista como anormal, mas sem frustrar a regra: a expectativa continua vigente, independentemente dos casos em que haja cumprimento ou não. A orientação a partir da regra, portanto da ordem dos sistemas sociais, “dispensa a orientação a partir das expectativas. Ela absorve, além disso, o risco de erros da expectativa, ou pelo menos o reduz, isso porque, graças à regra, pode ser suposto que aquele que diverge age erradamente, que a discrepância se origina, portanto, não da expectativa (própria) errada, mas da ação (alheia) errada.”⁶⁵

As estruturas que se apresentam dentro de um sistema social conforme descrito por Luhmann, por sua vez, podem ser compreendidas como restrições do âmbito de possibilidade de opções. Em outras palavras, as estruturas partem de suposições em comum para estabelecer

⁶⁴ LUHMANN, 1985, p. 46, v.1.

⁶⁵ LUHMANN, 1983, p. 53, v. 1.

referências de seleção de opções.⁶⁶ Elas “delimitam o optável. Elas transformam o indefinido em palpável, a amplidão em redução.”⁶⁷ Por lidarem com a complexidade, as estruturas sempre trazem em seus recortes possibilidades, probabilidades que sustentam expectativas, mas também desapontamentos já que elas são enganosas com respeito à real complexidade do mundo. Elas existem para fazer da eterna incompreensibilidade do mundo, um problema de eventuais desapontamentos. No entanto, com a crescente complexidade das sociedades modernas, os recortes estruturais têm que demonstrar certa dose de flexibilização visto que os padrões mudam e, de certa forma, as estruturas têm de se adaptar a possíveis mudanças de expectativa. Determinadas ações que outrora eram consideradas erradas pelas expectativas normativas, podem, em certo momento, passar a ser aceitas. Quando um desapontamento significa a sustentação da expectativa e, assim, segue-se protestando contra a realidade, há uma expectativa normativa; por outro lado, quando há uma modificação da própria expectativa pelo desapontamento, há uma expectativa cognitiva. O que importa salientar é que nas expectativas normativas, mesmo havendo alguma transgressão, estas não são abandonadas: a expectativa normativa não assimila desapontamentos.⁶⁸ Daí se retira a definição de norma em Luhmann como “*expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos.*”⁶⁹ Eis que o que serve à manutenção do conceito de norma em Luhmann é a manutenção da expectativa e não na sanção ou na imputabilidade (dever-ser). Nas expectativas de ordem normativa, portanto, o risco de desapontamento é colocado para a estrutura de expectativas. Assim, complexidade e contingência são transferidas. Enfim, desloca-se o desapontamento para a ação divergente e não para a norma. Desta forma, o desapontamento não é ameaça à norma, mas parte dela.

O próprio fato de que o comportamento desapontador é sentido como um desvio, confirma a norma. Isso por trata-se aqui de uma modalidade de imputação da discrepância: não era a

⁶⁶ Segundo Luhmann, “o melhor exemplo disso é a linguagem que, através da sua estrutura, ou seja, da seleção prévia de um ‘código’ dos significados possíveis, permite a escolha rápida, fluente e coerente da verbalização correspondente.” LUHMANN, p. 54, v. 1.

⁶⁷ LUHMANN, 1983, p. 54, v. 1.

⁶⁸ Conforme LUHMANN, 1985, p. 56, v. 1.

⁶⁹ LUHMANN, 1985, p. 56, v. 1.

expectativa que estava errada, mas sim a ação que foi errada ou então incomum; não se trata de esclarecer um erro, mas de questionar o comportamento. Dessa forma a norma já está salva, e aquele que a rompe está quase que perdido.⁷⁰

A reconceituação sociológica do direito da parte de Luhmann, no entanto, por deixar de lado a primazia do binômio norma-fato para expectativa normativa e expectativa cognitiva, termina por demonstrar que a normatividade não é estanque, sobretudo em sociedades complexas. Portanto, enquanto em certos momentos se prioriza a norma e se desqualificam as expectativas de comportamento, em outros momentos, quando as expectativas de cognição preponderam, os desapontamentos podem levar a uma renúncia da expectativa e a conseqüentes mudanças no direito. Sobre a reconceituação do direito a partir do binômio expectativas normativas e expectativas cognitivas, defende Luhmann que

Com o auxílio dessa diferenciação a sociedade pode ajustar um compromisso entre as necessidades de adaptação à realidade e de constância das expectativas. Ela institucionalizará cognitivamente expectativas comportamentais, isto é, não censurará seus membros por uma adaptação de expectativas à realização 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 expectativas.⁷¹

Até agora é possível notar que Luhmann estabelece uma distinção interessante entre direito instituído e mudança no direito a partir daquilo que os sistemas absorverão da sociedade. Em geral, o direito limita a liberdade de escolha presente na linguagem. Isto não indica que ele seja estanque ou que vincule comportamentos, mas é nesta tensão entre conservação e modificação que ele se dá. O autor define o direito “como *estrutura de um sistema social que se baseia na*

⁷⁰ LUHMANN, 1985, p. 68, v. 1.

⁷¹ LUHMANN, 1985, p. 58, v. 1.

generalização congruente de expectativas comportamentais normativas.”⁷² Portanto, por mais que as expectativas normativas não sejam eternas, vê-se que elas não são vazias. Daí decorre que Luhmann traz um conceito de norma baseado na capacidade de se prever a consecução de expectativas mas também na possibilidade de aceitar desapontamentos, ainda que os atos que o provocaram possam ser repudiados. Enfim, é interessante para a reflexão do tema proposto neste trabalho que o sociólogo do Direito Niklas Luhmann preveja que o direito tenha tanto a capacidade de dizer não, como pode ter que conviver com expectativas comportamentais frustradas, sejam as minhas, sejam as do outro. E neste contexto de decepções a norma permanece incólume, a não ser que haja uma aceitação de determinado comportamento.

Muito embora a norma ganhe sua força na capacidade de sair incólume frente aos desapontamentos individuais, os critérios de decisão não estão entre os objetivos de Luhmann. Muito pelo contrário, ele estuda a consistência dos procedimentos que são autorizados a emitir decisões.⁷³ É, portanto, um olhar externo se comparado com a grande maioria das obras de teoria do direito, as quais tratam da busca pela verdade e da sua aplicabilidade na decisão. Em Luhmann, o direito não é aplicado na decisão, mas ele mesmo “não só é *estatuído* (ou seja, escolhido) através de decisões, mas também *vige* por força de decisões (sendo então contingente e modificável).”⁷⁴ O direito positivo é, portanto, decisão em última instância. O que o qualifica como direito é a legitimidade dessa decisão, ou seja, ela deve se dar dentro de um processo legal e fazer parte de um procedimento jurídico, como um tribunal, um parlamento, um administrador e até mesmo em uma eleição. Quanto ao processo legal⁷⁵, ele não se confunde com ritual visto que neste já se sabe o seu resultado enquanto naquele não se sabe o teor da decisão, havendo assim decisões que reduzem a complexidade da vida.⁷⁶ Neste sentido, Luhmann entende que “a legitimação pelo procedimento e pela igualdade de probabilidades de obter decisões

⁷² LUHMANN, 1985, p. 120, v. 1.

⁷³ Cf. Luhmann, 1980, p. 17.

⁷⁴ LUHMANN, 1985, p. 10, v. 2.

⁷⁵ Luhmann também entende que a legitimação pelo procedimento não significa uma justificação pelo direito processual, tratando-se muito mais “da transformação estrutural da expectativa, através do processo efetivo de comunicação, que decorre em conformidade com os regulamentos jurídicos.” (LUHMANN, 1980, p. 35)

⁷⁶ Cf. LUHMANN, 1980, p. 37-38.

satisfatórias substitui os antigos fundamentos jusnaturalistas ou os métodos variáveis de estabelecimento do consenso.”⁷⁷ Isto implica em ninguém ser obrigado a aceitar alguma decisão em particular como obrigatoriamente justa, mas implica na aceitação das premissas que levaram a tal decisão, o que leva aos indivíduos a aceitar as decisões como premissas de seu próprio comportamento e estruturar, a partir disso, suas próprias expectativas.⁷⁸ O teor das decisões, portanto, não é o objeto de estudo de Luhmann, segundo o qual este é o objeto dos teóricos do direito. Enquanto sociólogo, Luhmann encontra no procedimento legal a legitimação das decisões. “Só quando se renuncia a vincular o conceito de legitimidade à autenticidade das decisões na qual se acredita pessoalmente se podem investigar convenientemente as condições sociais da institucionalização da legitimidade e capacidade de aprendizado nos sistemas sociais.”⁷⁹ Muito mais importante do que a qualidade da decisão, é, portanto, a legitimidade da instituição que decide. Diz Luhmann que

o desenvolvimento de instituições especificamente jurídicas tinha que encontrar uma outra solução para a crescente discrepância entre a complexidade e a diferenciação sociais, por um lado, e os processos elementares de institucionalização, por outro lado. Ela consistiu na diferenciação de papéis especiais e de sistemas parciais com poder decisório sobre o direito, de efeito vinculativo em termos sociais globais.⁸⁰

Essas palavras demonstram como, para Luhmann, o direito é sobretudo decisão, pouco importando a qualidade ou a vinculação com alguma verdade juridicamente material ou mesmo moral, uma vez que o que importa é o modo pelo qual tais decisões são emitidas, a saber, a integridade institucional e a pertença a um procedimento. Assim, a universalidade se dá de acordo com a autoridade que emite alguma decisão. Confessa Luhmann que “a partir do ângulo do indivíduo isso significa que ele tem que esperar que dele se espera o que os juízes dele

⁷⁷ LUHMANN, 1980, p. 31.

⁷⁸ Cf. LUHMANN, 1980, p. 37-38.

⁷⁹ LUHMANN, 1980, p. 34.

⁸⁰ LUHMANN, 1985, p. 92, v. 1.

esperam.”⁸¹ É claro que, do ponto de vista do sistema, o fato de haver um terceiro imparcial que julgue faz com que se institucionalize expectativas comportamentais e se justifique a existência de universalidade quando o direito se dá pela decisão legítima.

Já que as decisões não são um problema para Luhmann, mas apenas quem as decide, pode-se perguntar propriamente acerca do tema desta pesquisa, que é o excesso de decisões. Sobre esse ponto, Luhmann entende que a modernidade aumenta a complexidade e a contingência de forma nunca vista, o que acarreta sérias mudanças gerais para o direito. Para melhor especificar o problema o autor trata do problema em três sentidos diferentes: no sentido temporal, o direito passa a ser institucionalizado, porém modificável; no sentido material, o direito passa a absorver cada vez mais temas, o que impossibilita uma completa especialização material; por fim, no sentido social, o direito se torna mais genérico em seus critérios, mas justamente por isso mais aceito e disseminado.

Pode-se supor, principalmente, que a generalização do direito terá que ser levada a um nível mais alto de indiferença. Em termos temporais isso significa indiferença em relação ao direito divergente anterior e posterior. Em termos materiais isso significa indiferença em relação à incompatibilidade de sentido em outras áreas jurídicas, ou seja, redução da pretensão de consistência. Em termos sociais isso significa indiferença em relação às implicações sintáticas da opinião ou do comportamento divergente ou, em outros termos, tolerância.⁸²

Portanto, já se pode concluir que, ao passo que Luhmann dava à norma a distinção de poder desviar as expectativas de comportamentos para os próprios atos de sorte que pode permanecer incólume mesmo em contextos em que haja desapontamento, e nisto consistia uma capacidade do direito se manter e ter o poder de dizer não, isto é, estabelecer limites, quando ele fala da justificação pelo procedimento não se pode deixar de notar um apelo nulo à validade material do direito. O direito, portanto, pode sim dizer não, mas para Luhmann pouco

⁸¹ LUHMANN, 1985, p. 93, v. 1.

⁸² LUHMANN, 1985, p. 13, v. 2.

importa como a autoridade chega a esse resultado, desde que seja aceita. A universalidade se dá apenas por critérios formais de aceitação e o direito é tomado como decisão. Como se não bastasse, o autor entende que na sociedade ainda se justifica uma progressiva generalização do direito para que ele possa se adaptar à crescente complexidade social. Novamente o que garante a sua unidade e a sua legitimidade é apenas o procedimento. A sua especialização, em selecionar indivíduos incumbidos de decidir, exceto para o caso das eleições, é tida como algo que garante a igualdade de condições dos sujeitos de direito porque a todos há uma expectativa incerta quanto ao resultado, mas certa quanto ao procedimento.

Enquanto sociologia é certamente interessante a análise de Luhmann. Ela inclusive vai ao encontro da conclusão desta pesquisa, ou seja, que o direito, cada vez mais prima pela decisão. No entanto, outra coisa é tomar essa análise sociológica para se justificar qualquer tipo de arbitrariedade na prática, como que um modelo teórico a ser seguido. Portanto é hora de se observar como a teoria de Luhmann vem sendo lida dentro do contexto brasileiro.

Sem dúvida um autor que foi essencial para a difusão do pensamento de Niklas Luhmann no Brasil foi Tercio Sampaio Ferraz Junior, que já escreve a apresentação da tradução de “Legitimação pelo Procedimento” em 1980, o qual, com uma compreensão apurada, confirma um certo caráter decisionista de Luhmann bem como uma concepção bastante realista do que o autor entende por legitimação. Diz Tercio que

para Luhmann, sendo a função de uma decisão absorver e reduzir a insegurança, basta que se contorne a incerteza de qual decisão ocorrerá pela certeza de que uma decisão ocorrerá, para legitimá-la. Em certo sentido, Luhmann concebe a legitimidade como uma ilusão funcionalmente necessária, pois se baseia na ficção de que existe a possibilidade de decepção rebelde, só que esta não é, de fato, realizada. O direito se legitima na medida em que os seus procedimentos garantem esta ilusão.⁸³

⁸³ SAMPAIO. In: Luhmann, 1980, p. 5.

O pensamento de Luhmann foi muito importante para o restante das obras do referido professor da USP, principalmente no que tange um certo pragmatismo como resultado de suas pesquisas. Tomando-se como exemplo o problema do sistema normativo em sua obra intitulada “Teoria da norma jurídica”⁸⁴, algo pois muito próximo da temática de Luhmann, convém salientar que, para o autor, os sistemas normativos, que fazem parte do sistema jurídico, são sistemas de tipo aberto que intercambiam informações com outros sistemas, mas que têm como objeto as suas normas, as quais são reconhecíveis por validade e efetividade. Ainda assim, o autor tem a consciência de que o cerne da teoria de Luhmann está mais centrado na legitimidade das decisões do que na discussão de critérios de legalidade, sendo uma visão de caráter mais pragmático do que investigativa do funcionamento do direito. Para o autor o que dá coesão a este sistema não é necessariamente o grau lógico em que elas se incluem, mas as relações entre as normas de forma que fiquem protegidas contra determinadas reações ou endereços. “O resultado do funcionalismo do sistema é impedir a continuação dos conflitos, pondo-lhes um fim”⁸⁵ É possível, em linhas gerais, entender que, “valendo-se de uma metodologia de análise funcional que não mais prioriza a interpretação da norma, mas a solução dos problemas, o jusfilósofo paulista edifica uma Ciência Jurídica como uma tecnologia de controle e de organização das relações de poder.”⁸⁶ No entanto, por mais que tenha sido um grande leitor de Luhmann, Tercio entende o caráter decisionista de Luhmann e propõe que se pense a legitimidade de um consenso procedimental diferentemente da legitimação que se faz com gestos ideológicos ou inverdades. “Sendo a ideologia um instrumento metavalorativo, pelo qual se *perverte* o sentido dialógico dos valores, cairíamos num decisionismo à moda de Luhmann, que reduz a legitimidade e a procedimentos decisórios [...]”⁸⁷

Em uma teorização que se debruça menos sobre a resolução pragmática de conflitos e mais na criação do dissenso conteudístico, Leonel Severo da Rocha, o qual, em texto recente e específico sobre Luhmann, ressalta que a teoria dos sistemas, ao contrário daquela de Habermas, trata da diferenciação e não da formação de consenso.

⁸⁴ FERRAZ Jr, 2006.

⁸⁵ FERRAZ Jr, 2006, p. 141.

⁸⁶ WOLKMER, 1995, p. 91-92

⁸⁷ FERRAZ JUNIOR. In: MERLE; MOREIRA, 2003, p. 293.

Nesta ordem de raciocínio, para Luhmann, a pesquisa jurídica deve ser dirigida para uma nova concepção da sociedade centrada na complexidade, baseada em postulados como os riscos e os paradoxos. Um sistema diferenciado deve ser, simultaneamente, operativamente fechado para manter a sua unidade e cognitivamente aberto para poder observar a sua diferença constitutiva. Portanto, a sociedade possui como elemento principal a comunicação: a capacidade de repetir as suas operações diferenciando-as de suas observações. A tomada de decisões produz tempo dentro da sociedade. Nesta perspectiva, não é o consenso que produz o sentido das decisões, mas a diferenciação. As organizações são as estruturas burocráticas encarregadas de tomar decisões coletivas a partir da programação e código dos sistemas. Os sistemas adquirem à sua identidade numa permanente diferenciação com o ambiente e os outros sistemas, graças as decisões das organizações. O poder judiciário pode ser visto como uma organização voltada à consecução das decisões do sistema do direito.⁸⁸

O interessante salientado pelo jurista brasileiro consiste na evidenciação de que a teoria dos sistemas, ainda que tenha por foco e principal instigador a complexidade social, nem por isso se atém a uma excessiva abertura do direito para elementos não jurídicos, o que poderia servir como crítica a tentativas de um excesso de politização do direito, o que ameaçaria o próprio sistema. Assim, não há pretensão alguma em tentar compreender a operação do direito pelas mesmas regras de outros sistemas, restando como comum apenas a teorização de que existem sistemas que se diferenciam uns dos outros e que podem se comunicar sem, no entanto, abdicar de seu código interno. A leitura do professor Leonel Severo da Rocha, ao contrário de sustentar uma posição mais pragmática, toma o desafio de pensar a reflexividade do direito, não se podendo descartar a influência de Teubner ou Willke.

⁸⁸ ROCHA, 2007, p. 52.

A leitura do professor João Maurício Adeodato sobre o trabalho de Luhmann, por sua vez, está bastante centrada na diferença entre legitimidade e legitimação.⁸⁹ O autor vê que em Luhmann, “‘Legítimo’ passa a significar ‘de acordo com procedimentos jurídicos pré-fixados’, perdendo definitivamente qualquer conteúdo externo, transcendente, imanente ou que quer que seja. A legitimidade não é, mas processa-se. Por isso é legitimação.”⁹⁰ Também retruca o pensamento de Habermas segundo o qual Luhmann seria aproximado ao decisionismo de Carl Schmitt. Para Adeodato, Luhmann se afasta de Schmitt porque nem recorre a uma decisão última que fundamente outras decisões, exemplificada pela teoria das normas de Kelsen, e “nem coloca a legitimidade no mesmo plano da efetividade do ordenado (o que só se pode avaliar *a posteriori* e não presentemente, em processo), afastando-se assim do decisionismo de Schmitt.”⁹¹

Luhmann em certa medida se aproxima do normativismo quando considera a norma estatal como o único responsável pela decisão jurídico-política, rejeitando, pois, considerações acerca da primazia de formas não-oficiais de resolução de conflitos, bem como qualquer pretensão de encontrar critérios legítimos de ação por via de um consenso, tal qual Habermas. Por outro lado se aproximaria do realismo por não estar centrado em alguma noção de verdade racional que possa distinguir o que é legítimo daquilo que não é: o que importa é que os elementos internos a um sistema possam construir legitimidade ou não, independentemente da natureza daquilo que é legitimado.

Por fim, Adeodato entende que não se pode taxar Luhmann nem de realista nem normativista simplesmente.

Não se pode taxar a legitimação pelo procedimento de ‘realismo’ no sentido estrito do termo; sua ênfase na necessidade de regras jurídicas anteriormente postas, e na adequação do procedimento a elas, aproxima-a mais do legalismo em sua compreensão de um direito positivado. Afasta-se do legalismo, contudo, ao rejeitar o formalismo jurídico, entendendo o

⁸⁹ ADEODATO, 2002, p. 53-80.

⁹⁰ ADEODATO, 2002, p. 74.

⁹¹ ADEODATO, 2002, p. 75.

procedimento em sua concretude e não como mero ritual normatizado [...].⁹²

Ainda assim, segundo Adeodato, resta irresoluto o problema de um procedimento se manter operante ora na legitimação, ora na mera violência. Não existindo essa diferenciação, entende-se porque Luhmann não fala de legitimidade, ou seja, de um fundamento global e, assim, leva esta indistinção a um perigo que não se pode desconsiderar. Por isso a teoria de Luhmann seria interessante para a descrição da legitimação em si, mas não deve ser vista como prescrição ou modelo de compreensão dos fundamentos da obrigatoriedade jurídico-política. Entende Adeodato, por fim, que

A verdade contingente – sociologicamente descritiva – da legitimação pelo procedimento aparece principalmente como um desafio. Trata-se de uma realidade presente em diversas sociedades, e um objetivo a ser atingido em outras, que precisa ser teórica e praticamente combatida. A ‘funcionalização’ de decisões das elites dominantes e o conseqüente esvaziamento do conceito de legitimidade não são desejáveis nem na esfera pública da prática política nem no plano especificamente epistemológico.⁹³

Marcelo Neves, influenciado por Nicklas Luhmann, desenvolve o conceito de Constitucionalização simbólica, que seria a utilização da legislação e da constituição como manutenção do *status quo* e preponderância do político ou mesmo do econômico sobre o jurídico. Isto significa dizer um apelo à retórica constitucional ou mesmo aos direitos humanos e fundamentais sem haver um comprometimento com as conseqüências dali oriundas. Além disso, a própria retórica da impossibilidade material de eficácia direta de direitos fundamentais e aplicação imediata da constituição seria guiada por uma profunda indisposição em estabelecer profundas reformas sociais. “Falamos de constitucionalização simbólica quando o problema do funcionamento hipertroficadamente político-ideológico da atividade e

⁹² ADEODATO, 2002, p. 79.

⁹³ ADEODATO, 2002, p. 80.

textos constitucionais atinge as vigas mestras do sistema jurídico constitucional.”⁹⁴ Neste contexto a Constituição serve apenas como meio legitimador às práticas conservadoras e que se sustenta na promessa de que algum dia aqueles direitos e garantias estarão concretizados, o que significa uma espera que legitima as atuais condições e sugere que algo está sendo feito por aqueles que se sobressaem no jogo político, acarretando na sua manutenção no poder.

Certamente este gesto não é privilégio apenas de parlamentares, mas administradores, operadores jurídicos e mesmo teóricos do direito descomprometidos com alguma sensibilidade para com a realidade dos países periféricos à modernidade central.

As abstrações conceituais da dogmática jurídica e as ‘abstrações de abstrações’ da teoria do Direito não se refletem na práxis jurídico-constitucional, na medida em que constelações concretas de interesses impedem uma consistente interdependência das decisões. Daí surge o desvio retórico da cultura jurídica, assim como, freqüentemente, a discussão constitucional orientada basicamente pelas questões e casos jurídico-constitucionais da experiência estrangeira.⁹⁵

Marcelo Neves, portanto, não concorda com uma teorização do direito que se refira à aplicação do direito sem que haja uma preocupação com a realidade que se impõe. Os debates sobre constitucionalismo, por exemplo, tendem a vangloriar o papel da Constituição de 1988 na construção de uma sociedade mais justa. Deve-se estar atento, no entanto, que “à retórica constitucionalista subjaz muitas vezes uma concepção voluntarista e instrumentalista do Direito.”⁹⁶ Enfim, Neves alerta para um tipo de ameaça ao direito e à constitucionalização verdadeira para o caso brasileiro, que consiste justamente em se tomar o direito como fórmula mágica e que sua simples existência seja capaz de garantir algum progresso social. Ainda mais danoso é um apelo a uma abertura ou flexibilização no direito em nome da heterorreferência quando ela não é o principal problema. No

⁹⁴ NEVES, 1995, p. 62.

⁹⁵ NEVES, 1994, p. 136.

⁹⁶ NEVES, 1994, p. 152

mais, uma retórica de abertura do direito não é desejável quando este não possui uma auto-referência concreta, capaz de garantir que o direito, além de definição, seja função e prestação.

Diante dessas análises, pode-se concluir preliminarmente que Luhmann é visto na teoria do direito brasileira como uma forma de descrição do funcionamento legítimo do direito e não exatamente como um modelo a ser seguido. Menos ainda um modelo de metodologia ou aplicação do próprio direito, o que afasta tanto do pensamento de Luhmann quanto das leituras que o sucederam uma fusão entre teoria e aplicação do direito. Pelo fato do autor não ter como enfoque maior a discussão acerca da validade do direito ou da correção das normas, pode-se dizer que este problema é secundário no autor e seria forçoso justificar alguma decisão jurídica fundamentada em Luhmann, já que ele não se preocupa com os critérios internos que levam o operador do direito a alguma resposta, mas tão somente na capacidade de firmar expectativas e aceitação da autoridade das decisões.

No entanto, por mais que não seja um problema seu, isto não quer dizer que o direito entrevisto pela sociologia luhmanniana não possa abarcar um direito decisionista ou servir para legitimar critérios frágeis de validade ou organicidade, como adverte Tercio Sampaio Ferraz Júnior. Luhmann, assim, não tem como objeto de estudo essa discussão, mas tem um gesto muito sugestivo que consiste em reconhecer a decisão ilegítima ou uma mera força estatal como sendo direito, mesmo que para um estudo sociológico, o que não impede de fazer com que juristas se apropriem da conclusão para justificar um direito baseado na força ou na simbiose entre teoria e aplicação do direito.

2.2 Habermas e o direito como nivelador entre facticidade e validade

Na perspectiva de Jürgen Habermas, o direito seria um *medium* capaz de aliviar as tensões existentes entre facticidade e validade, típicas das sociedades contemporâneas as quais não mais o vêem como dotado de um valor sagrado ou metafísico, capaz de garantir um ponto de sutura para esta tensão, como supostamente acontecia com o direito natural. Na contemporaneidade, aliás, já não se sustenta a

pretensão de basear o direito na velha razão prática, a qual instigaria o homem a agir da melhor maneira possível, na pretensão de orientar o agir social do indivíduo.⁹⁷ Tampouco se sustentaria a pretensão tipicamente positivista de que só possui relevância jurídica aquilo que é objeto de normas válidas, o que tenderia por fechar completamente a linguagem jurídica para o mundo da vida, por exemplo. Ademais, acreditar que este fechamento seria algo benéfico a uma visão mais institucionalizada do direito pode recair na racionalidade completamente fechada de uma tecnocracia impossibilitando ao sujeito de direitos alguma forma de participação política, legando-o à alienação. Em suma, a teoria do direito já não mais poderia negar a tensão entre facticidade e validade, que seria justamente aquilo que vem para justificar a condição de mediador social ao próprio direito positivo.

Arrastada para cá e para lá, entre facticidade e validade, a teoria da política e do direito decompõe-se atualmente entre princípios normativistas, que correm o risco de perder o contato com a realidade social, e princípios objetivistas, que deixam fora de foco qualquer aspecto normativo, pode ser entendida como admoestação para não nos fixarmos numa única orientação disciplinar e, sim, nos mantermos abertos a diferentes posições metódicas (participante versus observador), a diferentes finalidades teóricas (explicitação hermenêutica do sentido e análise conceitual versus descrição e explicação empírica), a diferentes perspectivas de

⁹⁷ Sobre Razão Prática, Habermas entende que “a filosofia prática da modernidade parte da idéia de que os indivíduos pertencem à sociedade como membros a uma coletividade ou como as partes a um todo que se constitui através da ligação de suas partes” (HABERMAS, 2003, p. 17). Contudo, as sociedades modernas se tornaram tão complexas a ponto de não mais se poder utilizar de forma indistinta a divisão entre sociedade centrada no Estado e sociedade formada por indivíduos. Nessa impossibilidade de se sustentar uma fundamentação na teleologia da história, na constituição do homem ou nas tradições, Habermas não chega a enveredar no campo da autopoesis da teoria dos sistemas e nem mesmo em uma crítica nietzscheana da razão: ele prefere repensar a razão prática associada a um médium lingüístico, o que o leva à razão comunicativa. “A razão comunicativa distingue-se da razão prática por não estar adstrita a nenhum ator singular nem a um macrossujeito sociopolítico. O que torna a razão comunicativa possível é o *medium* lingüístico, através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam. Tal racionalidade está inscrita no telos lingüístico do entendimento, formando um ensemble de condições possibilitadoras e, ao mesmo tempo, limitadoras.” (HABERMAS, 2003, p. 20)

papéis (o do juiz, do político, do legislador, do cliente e do cidadão) e a variados enfoques pragmáticos na pesquisa (hermenêuticos, críticos, analíticos, etc).⁹⁸

Portanto, a tensão entre facticidade e validade já não mais é garantida pelo próprio direito como se considerou, segundo Habermas, no normativismo, em que se poderia sanar a sociedade por um programa jurídico, e tampouco seria solução um objetivismo tal qual o das ciências sociais, a exemplo da teoria dos sistemas, em virtude do risco de se fechar a fatores intrínsecos do mundo do direito, a exemplo da própria pergunta pela justiça. Essa tensão, na atualidade, seria para o pensador frankfurtiano estabilizada na *integração social* realizada no intermédio do direito positivo. Ocorre que a linguagem passa a ser vista não apenas como um mediador social para transmissão de informações, o que levaria a uma preponderância de uma sociedade coordenada por ações negociadas por seus atores. Mais do que isso, a própria linguagem pode ser compreendida como a principal variável que coordena as ações desses atores, o que gera uma suspensão de um enfoque meramente objetivador de um agente com interesses individuais em detrimento de um falante que deseja entender-se com outro sobre o próprio mundo e, portanto, possibilitando que a própria linguagem seja coordenadora da ação. No agir comunicativo, portanto, “a linguagem é explorada como fonte primária da integração social”⁹⁹ e, assim, Habermas procura superar impasses entre teorias que primam pelo normativismo, deficientes em lidar com a realidade, bem como a teorias objetivistas, que primam pela metódica de ciências sociais como a antropologia ou a sociologia, essas muito interessantes para se perceber a realidade em que se insere o mundo jurídico, mas insuficientes para a compreensão de elementos internos ao próprio direito, como as perguntas pela justiça, a argumentação, os processos legislativos ou mesmo a subsunção.

O conceito ‘agir comunicativo’, que leva em conta o entendimento lingüístico como mecanismo de coordenação da ação, faz com que as suposições contrafactuais dos atores que orientam seu agir por pretensões de validade adquiram relevância imediata para a construção e a manutenção de

⁹⁸ HABERMAS, 2003, v.1, p. 23.

⁹⁹ HABERMAS, 2003, v.1, p. 36.

ordens sociais: pois estas mantêm-se no modo do reconhecimento de pretensões de validade normativas. Isso significa que a tensão entre facticidade e validade, embutida na linguagem e no uso da linguagem, retorna no modo de integração de indivíduos socializados – ao menos de indivíduos socializados comunicativamente – devendo ser trabalhada pelos participantes.¹⁰⁰

Com Habermas, a tensão entre facticidade e validade, que seria a princípio ameaça premeditada de dissenso, não seria óbice à formação de uma ordem social baseada no agir comunicativo porque este se situa entre discurso, que é contingencial, e mundo da vida, fruto de erros e acertos, contingência e crítica, por isso consensual. O direito, enquanto nivelador da tensão entre validade e facticidade acaba por estabilizar a contingência da vontade com a constância de um saber mais arraigado e pressuposto (mundo da vida), nem por isso necessariamente infalível. Por isso para Habermas a validade do direito deve ser assentada em uma necessária positividade – para que sua coerção de forma a dar força às regras – acompanhada de uma pretensão de aceitabilidade – para que o direito faça sentido aos cidadãos e seja legítimo. A importância do Estado de direito e dessa dupla necessidade está em garantir que haja uma autonomia funcional da política que possa ser defendida da facticidade de poderes alheios ao próprio direito, isto é, contra toda espécie de voluntarismo ilegítimo. Eis a razão pela qual

As instituições do Estado de direito devem garantir um exercício efetivo da autonomia política de cidadãos socialmente autônomos para que o poder comunicativo de uma vontade formada racionalmente possa surgir, encontrar expressão em programas legais, circular em toda a sociedade através da aplicação racional, da implementação administrativa de programas legais e desenvolver sua força de integração social – através da estabilização de expectativas e da realização de fins coletivos.¹⁰¹

¹⁰⁰ HABERMAS, 2003, v.1, p. 35.

¹⁰¹ HABERMAS, 2003, p. 200, v.1.

A institucionalização jurídica é capaz de dar força legitimadora ao processo de normatização ao passo que consegue assentar o princípio do discurso de forma a aproximar a política do direito. Isto porque para Habermas não bastaria um direito paternalista ou mesmo uma dominação das leis. As leis existem para ser racionalmente aceitas pelos destinatários do direito. “deve ser-lhes facultado renunciar ou não, conforme o caso, ao exercício de sua liberdade comunicativa e à tomada de posição em relação à pretensão de legitimidade do direito.”¹⁰² Nesta aproximação realizada pelo direito entre a administração e o poder comunicativo, o que dá juridicidade às mudanças que possam ocorrer na própria legislação é a procedimentalidade. Portanto,

a fundamentação do sistema dos direitos pela via da teoria do discurso esclarece o nexos interno que existe entre autonomia privada e pública. O direito não consegue o seu sentido normativo pleno por se através de sua forma, ou através de um conteúdo moral dado a priori, mas através de um procedimento que instaura o direito, gerando legitimidade.¹⁰³

É importante frisar que há aqui uma posição de Habermas sobre legalidade profundamente distinta daquela digna do positivismo jurídico de Kelsen, o qual baseava sua legitimidade exclusivamente na formalidade das normas, isto é, na validade, porque o direito continua a ser direito e tem seus procedimentos, independência e linguagem preservados. Também não se pode afirmar que haja uma aproximação rumo à via garantista ou mesmo em direção à funcionalidade, como se fosse encontrar a legitimidade do direito no cumprimento de direitos e garantias fundamentais. Para Habermas, não basta a garantia de direitos fundamentais dos indivíduos ou da comunidade, mas deve haver um vínculo entre poder político organizado e direito. Mas importa salientar que o próprio poder político somente pode ser exercido na forma de direitos, apesar de que, por vezes, haja incursões extra-jurídicas na administração, como no caso de imposições econômicas que tenham se furtado a fazer parte de um consenso intersubjetivo. Ainda assim, o sistema político é considerado pela teoria do discurso como somente

¹⁰² HABERMAS, 2003, v.1, p. 158, grifo nosso.

¹⁰³ HABERMAS, 2003, v.1, p. 172.

mais um sistema de ação, que se relaciona com outros através do *medium* do direito.¹⁰⁴ Isto também significa que o processo democrático esteja baseado em um procedimento legítimo capaz de abarcar ampla comunicação entre diversas esferas públicas, e não necessariamente na vontade dos cidadãos, ou de algum setor social. Na teoria do discurso, diz Habermas

A soberania do povo retira-se para o anonimato dos processos democráticos e para a implementação jurídica de seus pressupostos comunicativos pretensiosos para fazer-se valer como poder produzido comunicativamente. Para sermos mais precisos: esse poder resulta das interações entre a formação da vontade institucionalizada constitucionalmente e esferas públicas mobilizadas culturalmente, as quais encontram, por seu turno, uma base nas associações de uma sociedade civil que se distancia tanto do Estado quanto da economia.¹⁰⁵

Crucial em Habermas, pois, é que a ação para ser democrática tem que ser mediada por um procedimento. No entanto, o autor não descarta que a procedimentalidade pura não é suficiente para uma teoria da democracia:

Uma teoria dos sistemas que expeliu de seus conceitos qualquer resquício de normatividade torna-se insensível em relação aos freios normativos contidos no fluxo de poder regulado pelo Estado de direito. Ela contribui, é verdade, para uma teoria da democracia, na medida em que observa com nitidez o modo como o processo democrático é solapado pela pressão de imperativos funcionais. Entretanto, ela é incapaz de criar qualquer tipo de moldura para uma *nova* teoria da democracia, pois analisa o processo político essencialmente sob pontos de vista da auto-regulação do poder administrativo e divide a política e o direito entre vários sistemas

¹⁰⁴ Cf. HABERMAS, 2003, v.2, p. 25.

¹⁰⁵ HABERMAS, 2003, v.2, p. 24.

funcionais fechados recursivamente sobre si mesmos.¹⁰⁶

Nota-se com essas palavras que Habermas oferece uma crítica ao modelo de Luhmann por este retirar a noção de normatividade (e nisto a questão da busca pela validade) como algo central para a sustentação do sistema jurídico, e nisto retira do direito qualquer tentativa de legitimação pelo conteúdo, restando apenas uma forma de justificação de controle que funciona a partir do binômio lícito/ilícito. Esta mesma deficiência em não colocar a questão da validade em seu devido lugar se daria com teorias de ponderação de princípios, que, para Habermas, ao esvaziarem a normatividade tendem à optar por um juízo de valores, possibilitando voluntarismos. Neste ponto, Habermas faz uma teoria essencialmente jurídica e normativista, fora, portanto, de uma preocupação meramente sociológica ou demasiadamente pragmática. Por outro lado, por tentar encontrar um conteúdo para dar legitimidade a uma organização social democrática em torno do direito, Habermas têm uma grande preocupação com a política. Ainda assim, o autor não chega a propor uma politização do direito, mas apenas expõe uma filosofia que destaca a necessidade de um consenso procedimental que possa ser um *medium* para que a discussão política permaneça viva. Mas direito permanece sendo direito e, essencialmente normativo, o que exclui qualquer tentativa de se encontrar em Habermas prescrições para a aplicação ou a interpretação do direito. O autor não confunde teoria e aplicação do direito e destaca a separação entre as noções de ser (verdade, proposições descritivas) e dever-ser (validade, proposições normativas).

Sobre a discussão acerca do direito como procedimento, Marcelo Neves é um pensador brasileiro que traz uma relevante contribuição a partir de Luhmann e Habermas sem, no entanto, ater-se a tais autores como modelos já dados sem que se leve em conta as particularidades, por exemplo, de países como o Brasil. Neste sentido, o autor entende que o pensamento de um direito adequado brasileiro, por mais que não passe na adoção de um modelo alienígena, também não pode se permitir uma relativização completa das já frágeis instituições jurídico-políticas de forma a serem completamente dominadas por interesses particularistas ou econômicos, ainda que no pretexto de se adequar a diversos sistemas que compõem a pluralidade social. O autor

¹⁰⁶ HABERMAS, 2003, v. 2, p. 64.

assim associa Luhmann a Habermas em nome de um consenso procedimental e um dissenso conteudístico. Portanto, ainda que Marcelo Neves esteja muito mais a favor da perspectiva sistêmica de Luhmann quanto a validação de enunciados (que são internos ao sistema), ele não desconsidera a importância da heterovalidação do direito proposta por autores como Habermas ou Aarnio, no sentido de que estas podem complementar a autovalidação da teoria dos sistemas. Enquanto uma salienta a defesa de um sistema que possa absorver e mediar os conteúdos e divergências que se impõem à interpretação sem haver prejuízo quanto ao procedimento, a outra se refere mais à relevância da esfera pública pluralista em gerar novos sentidos dos textos constitucionais. Essa oposição acaba sendo vista na oposição entre aplicadores da lei em sentido estrito e a esfera pública em geral, podendo gerar confrontos, reformas e, em casos extremos e irremediáveis, ruptura constitucional. De qualquer forma, é vital que as modernas democracias mantenham uma certa dose de heterorreferência ao direito de sorte a não esvaziar a esfera pública por uma ascensão da apatia na sociedade civil. Esse é, na verdade, um dos impasses encontrados pelas sociedades da modernidade central.

Pode-se afirmar que o problema do Estado Democrático de Direito na modernidade central é, antes de tudo, de heterorreferência do Estado enquanto organização jurídico-política territorialmente determinada. Externamente, isso significa dificuldades de resposta adequada às exigências dos demais sistemas funcionais e do 'mundo da vida'; internamente, dificuldades de uma relação reciprocamente adequada entre política e direito.¹⁰⁷

De nada adianta escrever teorias sobre a comunicação e a importância do discurso sem deixar de notar que os cidadãos apresentem indiferença com relação à esfera pública e, em última instância, até mesmo ao próprio mundo da vida uma vez que a população se deixa governar desde que possa gozar de alguma segurança econômica. Há, portanto, sempre a ameaça da sociedade se deixar levar pela situação sem necessariamente impor novidades ou reivindicações, o que levaria a

¹⁰⁷ NEVES, 2008, p. 228.

um governo da sociedade pelo direito, mas onde o direito não evolui como deveria.

Com relação à modernidade periférica, e aí há uma sensatez enorme da parte de Marcelo Neves, uma vez que critica teóricos que pretendem simplesmente impor uma teoria alienígena a situação distinta dos países mais pobres, Marcelo Neves diz que o maior problema do direito e da esfera pública não é necessariamente de heterorreferência, mas justamente em se garantir a necessária auto-referência. Isto significa dizer que em países em que as instituições não são suficientemente fortalecidas e independentes, o direito tende a ser governado por interesses particularistas e casuísticos.

Ao contrário do sentido que tomou o debate sobre juridificação versus desjuridificação na modernidade central, não se trata na modernidade periférica de colonização sistêmica do mundo da vida pelo direito, mas sim primacialmente de colonização do direito pela sociedade.¹⁰⁸

Este problema de haver uma ameaça ao direito por parte de interesses particulares que se põem diretamente como norma, sem que sejam mediados por uma discussão pública termina por causar nas próprias leis uma função meramente simbólica. Enquanto se poderia pressupor que a legislação seria uma materialização jurídica de vontades mediadas na esfera pública, um direito instrumentalizado em favor de particularismos faz da lei mera justificação desses mesmos particularismos.

Quando falamos de Direito alopoiético, referimo-nos ao próprio Direito estatal, territorialmente limitado. Procuramos observar que não se desenvolve, em determinado âmbito de vigência espacial delimitado fixamente, a diferenciação funcional suficiente de uma esfera do agir e do vivenciar jurídico, ou seja, não se constrói um sistema auto-referencial apto a, de maneira congruentemente generalizadano domínio da respectiva sociedade, orientar as expectativas normativas e direcionar as ações em interferência

¹⁰⁸ NEVES, 2008, p. 241.

intersubjetiva. [...] Em nosso caso, pretendemos considerar algo mais radical, a própria falta de autonomia operacional do Direito positivo estatal. Isso significa a sobreposição de outros códigos de comunicação, especialmente do econômico (ter/não ter) e do político (poder/não poder), sobre o código 'lícito/ilícito', em detrimento da eficiência, funcionalidade e mesmo racionalidade do Direito.¹⁰⁹

As palavras de Marcelo Neves indicam que não basta utilizar as conclusões teóricas de Luhmann, Habermas ou Teubner como modelos para qualquer Estado. Em outras palavras, a situação de países periféricos não condiz com aquela de países da modernidade central e, assim, é de se pressupor que os principais motivos tomados por algumas de autores estrangeiros em suas teorias podem ter efeitos maléficos se aplicados diretamente e sem reflexão. É o caso da auto-referência do direito a qual nos países centrais se demonstra como ausente de necessária heterorreferência e que, por outro lado, ainda não se encontra consolidada em países periféricos.

Gisele Cittadino, professora da PUC-RJ também trabalha na intersecção que Habermas tem com o direito, perfazendo estudos profundamente críticos e de grande relevância para o pensamento brasileiro. Sobre o tema aqui em questão, entende que a partir do pós-guerra a lógica do constitucionalismo positivista ser minada e a atividade jurídica se voltar para um maior ativismo na tentativa de ir mais a fundo na substancialidade do direito. Esta mudança, no entanto, não poderia ser feita fora das bases legais. "Com efeito, seja nos países centrais, seja nos países periféricos, na origem da expansão do poder dos tribunais, percebe-se uma mobilização política da sociedade. Não é por outra razão que esse vínculo entre democracia e ativismo judicial vem sendo designado como "judicialização da política"."¹¹⁰ Com isso, o direito é completamente compatível com um regime democrático e cumpre um papel importante na legitimidade e efetivação da ordem política. Nem por isso o direito deve estar à mercê do processo político. Afinal,

¹⁰⁹ NEVES, 1994, p. 128.

¹¹⁰ CITTADINO, 2001-2002, p. 136.

ainda que o ativismo judicial transforme em questão problemática os princípios da separação dos poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, inaugure um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas, isso não significa que os processos deliberativos democráticos devam conduzir as instituições judiciais, transformando os tribunais em regentes republicanos das liberdades positivas dos cidadãos.¹¹¹

Isto significa que ainda que seja resguardada a divisão de poderes e que o poder judiciário deva ser preservado quanto à sua independência, linguagem e poder, sua atividade não necessariamente deve ser vista como uma atuação paternalista em que haja uma constante decisão sobre questões de deliberação popular. O direito, ainda que seja guardião de uma série de princípios elencados pelas modernas constituições, não pode arrolar a si o papel de único representante da política, o que seria judicialização, especialmente em uma ampliação dos poderes dos juízes por uma maior liberdade de interpretação, o que é de se esperar dos tempos modernos, mas não há de se converter em uma ameaça à política. Em uma passagem em que a autora glosa Habermas diz:

*É precisamente por isso que em um Estado Democrático de Direito, a corte constitucional deve entendera si mesma como protetora de um processo legislativo democrático, isto é, como protetora de um processo de criação democrática do direito, e não como guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. A função da Corte é velar para que se respeitem os procedimentos democráticos para a formação da opinião e da vontade políticas de tipo inclusivo, ou seja, em que todos possam, intervir, sem assumir ela mesma o papel de legislador político.*¹¹²

¹¹¹ CITTADINO, 2001-2002, p. 138.

¹¹² CITTADINO, 2001-2002, p. 142-143.

Reconhece a autora que a importância de Habermas para o pensamento brasileiro é a de repensar o Estado e a democracia para além da mera formalidade. Habermas, para Cittadino, ensina a pensar reflexivamente no que somos para pensar o que seremos, pois não possuímos uma tradição democrática consolidada, como também é o caso da Alemanha. Pode-se pensar com o autor uma identidade política comum não necessariamente em torno de uma ordem de valores, mas como um procedimento legítimo que possibilite a atuação política dos cidadãos nos processos políticos deliberativos.¹¹³

Novamente se demonstra com Gisele Cittadino que a pesquisa sobre Habermas no Brasil vem sendo feita no sentido de se buscar uma maior participação da esfera pública¹¹⁴ nos processos democráticos, bem como levanta a questão sobre a legitimidade do direito, mas não traz critérios explícitos para a operação judicial, o que se encontra ancorado também na separação entre teoria e aplicação do direito. De certa forma isto fica atestado e ao mesmo tempo contestado com a tese de Cláudio Ladeira de Oliveira, defendida na UFSC no ano de 2006 uma vez que para o autor,

Se é certo que Habermas pretende desenvolver uma compreensão procedimentalista do direito e da política a definição deste aspecto normativo de sua teoria não permite ainda extrair diretamente conseqüências práticas. [...] Especificamente, não

¹¹³ Cf. CITTADINO, 2009.

¹¹⁴ Sergio Costa (In: LUA NOVA, 1995), sociólogo que trabalha com Habermas, ao discorrer sobre a democracia e a dinâmica da esfera pública, compara dois modelos . Um deles, intitulado funcionalista, como os de Gehrards e Neidhardt, que encara a esfera pública como competição e manipulação, em que os autores competem para ter acesso à mídia e a meios para fazer seu próprio interesse legítimo. Por outro lado, o modelo teórico-discursivo de Habermas entende que coexiste na esfera pública tanto um uso manipulativo do poder da mídia para influenciar as massas como também a formação de poder legítimo. O autor, perante esses dois modelos aduz que “Se é verdadeiro que as naturezas distintas e os diferenciados graus de enraizamento social dos diversos ‘atores da esfera pública’ não são adequadamente contemplados pelo modelo funcionalista, há também que se admitir que o modelo teórico-discursivo apresenta problemas para ser utilizado como instrumental para se entender a dinâmica da esfera pública da maior parte das democracias contemporâneas.” (Cf. COSTA, IN LUA NOVA, 1995, p. 58) Costa, portanto, faz uma leitura de Habermas para alertar também sobre algumas deficiências de sua teoria, chegando ao final a concluir que o realismo, apesar de dever ser considerado, não leva que se descarte completamente a existência de que alguns atores canalizem os problemas do mundo da vida para a esfera pública. Diz o autor que “a faculdade de cumprir tal papel parece depender mais propriamente da organização interna dos atores coletivos.” (COSTA. In: LUA NOVA, 1995, p. 64)

é isenta de contradição a tentativa de Dworkin [...] e o modelo procedimentalista de controle judicial de constitucionalidade das leis [...]. A tentativa de solução para tais problemas, desenvolvida no presente trabalho, busca retomar aspectos de modo coerente algumas teses centrais da teoria do discurso, formuladas anteriormente e posteriormente a FG [Faktizität und Geltung], de modo que uma série de princípios coerentes possam ser apresentados como padrões relativamente mais concretos de interpretação, justificáveis pela teoria do discurso.¹¹⁵

Se o autor indica que pretende estabelecer esta vinculação entre a teoria do discurso e um esboço de diretrizes para a operação do direito, isto significa dizer, ao mesmo tempo, que até então algo do gênero não foi feito e que há ali uma tentativa.¹¹⁶ Ao final o autor conclui com muita propriedade que, ainda que os tribunais façam uso de uma interpretação construtiva em nome mesmo da defesa do processo democrático, essa operação deve ter ao máximo seu caráter moral reduzido em detrimento de uma maior valorização dos processos democráticos de deliberação, restando como conseqüência prática de aplicação um minimalismo interpretativo.¹¹⁷ Assim sendo, trata-se sim de uma exceção sobre o modo da teoria de Habermas se misturar a uma aplicação do direito, mas que, não deixa também de ser, uma conclusão adversa que só vem para confirmar a regra de que a teoria de Habermas não serve de critério de aplicação de tribunais.

¹¹⁵ OLIVEIRA, 2006, p. 14.

¹¹⁶ Existem obras que procuram dar a Habermas uma maior aplicabilidade à metodologia do direito, no entanto, muitas vezes não possuem nenhuma seriedade científica ou filosófica. Entre essas obras destaco a seguinte de autoria de João Bosco da Encarnação, intitulada “Filosofia do Direito em Habermas: a hermenêutica”, publicada pela editora Stiliano em terceira edição. O autor, após buscar em Habermas o que o autor nunca propôs, a saber, um método hermenêutico, conclui que: “Ao contrário do que pretende Habermas, como solução, a lei é meio e o Direito é fim, pois o Justo independe da vontade e é a aplicação de um princípio teórico de Verdade, Igualdade. Equidade, mais que a mera busca de solução quando não há lei, como apenas se admite dogmaticamente, é a manutenção ou resgate da Igualdade, no cumprimento da finalidade da lei como instrumento, que é a realização do Direito. Habermas se revela antes um estrategista político do que um filósofo. Ou, como queira, um economista”. A completa catalogação desse tipo de estudo não é cabível neste trabalho. (ENCARNAÇÃO, 1999, p. 163)

¹¹⁷ Cf. OLIVEIRA, 2006, p. 319.

No entanto, mesmo que haja tal divisão em Habermas, e mesmo que a incursão de elementos não jurídicos no direito seja uma discussão muito mais política do que propriamente jurídica, Habermas, como o próprio título do seu livro mais jurídico indica, espera que o direito possa mediar a validade com a facticidade, isto é, que, linguagem se aproxime de realidade, apesar de relegar essa competência ou essa autoridade aos processos democráticos de deliberação. Mas, dado à vagueza dessas noções, pode-se dizer que, por mais que Habermas não traga elementos diretos de aplicação do direito, já existe no autor uma prescrição de que se busque uma constante interpenetração de normas e fatos, ainda que esta mediação seja feita por um procedimento consensual e com um conteúdo proveniente da esfera pública.

2.3. A sociologia jurídica e a crise entre direito e fato

Neste contexto de mudança estrutural em que se procura compreender a mera faticidade como direito, em uma indiscernibilidade entre normalidade e exceção, entre lei e decisão ou mesmo entre linguagem e realidade, as teorias de Luhmann e Habermas, de forte caráter sociológico, podem ser fontes interessantes de estudo sobre o direito e a sua abertura e flexibilização, uma vez que se deparam com a impossibilidade do direito lidar com aquilo que ele não pode dizer. Em Luhmann tem-se o indizível na grande complexidade, a qual deve ser sanada pela criação de sistemas autônomos. Habermas, por sua vez, fala em insuficiência das instituições em se manter alheias à teia de discursos que compõe esfera pública, o que põe o autor a propor um consenso fundamental sobre procedimentos jurídicos para que possa surgir uma razão comunicativa no lugar de uma razão prática. Ainda assim, ambas as teorias lidam com meios em que o aparato institucional procura capturar aquilo mesmo que seu conteúdo não dá conta. Entretanto, assim o fazendo, o direito como procedimento faz com que do direito reste apenas sua forma, como ficção ou mera força-de-lei.

Obviamente, não bastaria de forma alguma culpar a sociologia do direito pela a atual condição de maleabilidade do jurídico ao compará-la com aquele direito rígido que trazia o positivismo da primeira metade do século XX. Tais teorias, por si só, não teriam o dom mágico de surtir efeitos direitos na prática do direito ou mesmo na teoria sem intermédio de outros leitores. Nem mesmo seria suficiente afirmar

que elas contribuem para a permanência de um direito maleável porque elas sequer são metodologia do direito, mas teorias muito pouco difundidas fora do debate acadêmico.

Entretanto, não seria interessante considerar que as teorias jus-sociológicas¹¹⁸ de Luhmann ou Habermas sejam apenas modelos teóricos que em nada se relacionam com o direito e, principalmente, sobre as concepções atuais que se têm do direito. Por tal razão, é de se salientar que elas foram fonte para teorias novas e boa parte da academia leva em consideração seus pressupostos. Portanto, de uma maneira geral, pode-se dizer que ambas foram consideradas em conjunto, gerando alguma forma de debate que parte do pressuposto da necessidade de haver consenso sobre os procedimentos e dissenso sobre os conteúdos. Alguns célebres efeitos são o impacto na criação do direito reflexivo de Teubner ou Willke, cuja maior preocupação é falar da heterarquia do direito pós-moderno ou do pluralismo jurídico, em que

¹¹⁸ Não se pode deixar de mencionar que também existem teorias de juristas que enfocam muito mais um problema político nos autores. Celso Ludwig, por exemplo, trabalha com Habermas para pensar uma filosofia jurídica libertadora. O jurista Celso Ludwig empreende uma leitura de Habermas de caráter fortemente político no intuito de demonstrar como ela se insere em uma discussão histórica que pode ser elaborada com outras filosofias para que se passe da noção de totalidade habermasiana à noção de exterioridade, a partir de uma leitura do teólogo Henrique Dussel. Para Ludwig, a história da filosofia pode ser dividida em quatro grandes paradigmas filosóficos, sendo eles “*paradigma do ser, da consciência, do agir comunicativo e da vida concreta de cada sujeito.*”⁷¹ Habermas, dentro desse contexto, seria alguém que teria pensado no tema da unidade e da multiplicidade a partir de uma demonstração de como teria passado por esses paradigmas descritos, um ontológico, outro mentalista e outro lingüístico. No entanto, com relação à vida concreta de cada sujeito, diz Ludwig, o autor alemão não a inclui, razão pela qual se deve pensá-lo como um posicionamento que, para além do pensamento da totalidade, pode trazer um da exterioridade, muito adequado para a América latina, onde o oprimido necessita de uma categoria distinta que lhe reconheça enquanto alteridade à chamada filosofia de centro, que compreende apenas a Europa e os Estados Unidos. Por fim, o autor entende que o direito alternativo seja um meio pelo qual esse paradigma da vida concreta de cada sujeito pode ser alcançado.

Pode-se dizer que esta leitura de Habermas empreendida por Celso Ludwig, aqui demonstrada apenas nos aspectos mais próximos à discussão proposta pelo trabalho, trata Habermas como um autor necessário para uma conceituação maior, mas que por si só não basta, daí porque o autor continua a argumentação, principalmente com um estudo sobre Dussel, a partir do qual pretende demonstrar que na América Latina o direito deve ser pensado por um paradigma que não negue uma alteridade para com o modelo ético-jurídico eurocêntrico. No entanto, a análise de Habermas foi meramente descritiva. Nem por isso se pode deixar de mencionar que o autor de forma alguma chegou a encontrar em Habermas algum modelo para a aplicação mesma do direito, permanecendo a divisão entre teoria e aplicação do direito, se bem que o trabalho é feito em favor de uma análise política sobre o papel do direito, mais ou menos como faz o próprio Habermas, não havendo, portanto, alguma forma de abuso ou clara deturpação do texto de Habermas.

pesaria a faculdade do Estado ser apenas mais um entre outros agentes, e, no caso do Brasil, no pensamento e de autores como, tercio Sampaio Ferraz Jr, João Maurício Adeodato ou mesmo os já citados Marcelo Neves e José Eduardo Faria, estes últimos muito preocupados em pensar o problema brasileiro na forma de uma crítica sistêmica. Marcelo Neves, por exemplo, ressalta os perigos de se pensar um direito heteronômico quando as instituições ainda são frágeis, o que é uma demonstração de extrema lucidez. Direito reflexivo e crítica sistêmica apresentam-se como duas posições originais e diversas acerca de uma crise com vários nomes: aquela busca um modelo teórico ao direito em tempos pós-modernos e esta utiliza o debate de Luhmann e Habermas para repensar o proceder das instituições em países com grandes problemas sociais e políticos, principalmente tomando por objeto de estudos o Brasil. Isso não quer dizer que se deva buscar entre um desses posicionamentos, mas que a sociologia do direito tem hoje a capacidade de gerar amplo debate sobre o funcionamento das instituições jurídicas. Entretanto, é de se perguntar até que ponto a fundamentação do direito é realmente questionada. Sobre o mais básico dos conceitos, o de validade, Luhmann, por exemplo, praticamente o desconsidera quando passa a investigar o direito a partir da expectativa; Habermas, por sua vez, faz um contraponto do choque entre facticidade e validade, mas, ainda assim, não foca suas atenções na possibilidade de uma criticada própria pretensão a um consenso sobre o direito: de que maneira ele seria simplesmente aceito? Nenhum dos autores pensou em pôr a própria validade em evidência e, com esse desvio, um núcleo essencial do direito tomado como instituição permanece impensado, o que pode sustentar um conformismo com um direito decisionista, isto é, que mantém a imperatividade mas somente vê universalidade na autoridade que decide.

Conforme indicara Mario Losano (2008), a noção de sistema no direito contemporâneo faz uso de elementos não jurídicos para seu próprio funcionamento. Pode-se perguntar até que ponto isto não deixa de ser um argumento de crise. Curioso é que teorias tipicamente neoconstitucionalistas, que embora não sejam uma só, tendem a argumentar em favor de uma abertura do direito em favor da decisão em razão de necessidades reais (mas sem trazer modelo, deixando a coisa caso a caso) e as teorias sociológicas, que a princípio preocupar-se-iam com a facticidade, tendem a construir modelos teóricos próprios que nem sempre permitem uma aproximação direta entre a decisão e os

fatos. De qualquer forma, para ambas, o direito não deixa de ser linguagem que dá legitimidade. Assim, por incrível que pareça, a sociologia do direito tende a teorizar mais sobre o direito enquanto linguagem e a teoria do direito ou a hermenêutica jurídica, por estar mais atrelada ao problema de resolução de conflitos reais, procura levar os fatos em primeiro lugar para o estabelecimento de suas teorias. Mas se a sociologia do direito é menos próxima dos fatos ela não é menos fatalista. Pois ainda assim se insere em um contexto de abertura geral do direito em que se pensa o sistema jurídico como capaz de se utilizar de elementos externos ao próprio direito, algo muito marcante nos tempos atuais. E a justificação tem sempre um tom de crise, que possui diversos nomes. O verbete do sociólogo Carbonnier (1988) já demonstra que a retórica de crise já estava presente tanto em 1929, como em 1959. Não poderia ser diferente em 2009. Enfim, sempre dado que a linguagem nunca coincide com a realidade, sempre haverá crise. Se o Estado não dá conta da complexidade social, dever-se-ia questionar: algum dia ele deu? Curiosamente, a teoria do direito parece tomar tal crise como se fosse algo recente, daí o fatalismo e a justificação de um direito emergencial e decisionista. Seja qual for o nome da crise – complexidade, contingência ou esfera pública –, cumpre saber o que as teorias de Luhmann e Habermas não procuraram fazer: colocar em questão o papel da instituição do direito ou da problemática da decisão ou pelo menos das decisões em excesso ou falta de conteúdo delas. Em Luhmann isto nem é um problema porque não é seu objeto de estudo; em Habermas há uma delegação dessa competência para a onírica razão comunicativa. Levar esta falha da linguagem adiante – a própria falha da representação – consiste em lidar com os paradoxos que sempre existiram no direito sem, por isso, cair no desespero de delegar poderes à decisão de um salvador.

3. INTERPRETAÇÃO, ARGUMENTAÇÃO, DECISÃO

No século XX a própria linguagem passa a ser colocada em evidência para toda a filosofia e a sua investigação passa a ser um problema permanente com conseqüências impactantes tanto para a epistemologia quanto para as compreensões de subjetividade. Dentro desse contexto, dois filósofos são muito marcantes. Para os países de língua anglo-saxônica, a partir da pesquisa de Russel e de uma influência tanto da tradição empirista como da teoria do conhecimento de Kant, Ludwig Wittgenstein¹¹⁹ figurou como principal figura no cenário filosófico. Por outro lado, nos países continentais europeus, sobretudo na Alemanha e posteriormente na França, foi o pensamento de Martin Heidegger¹²⁰ o mais marcante. Em ambos os casos, trata-se de

¹¹⁹ Especificamente sobre Wittgenstein, por mais que seja complicado dizer que um autor tenha tido duas fases, o que poderia sugerir uma independência total do pensamento segundo em relação ao primeiro, é essencial diferenciar dois grandes trabalhos deste pensador, a saber: *Tractatus logicus-philosophicus* e *Investigações Filosóficas*. Com relação ao primeiro, Wittgenstein procurava entender as proposições como decorrências lógicas de outras que lhe dão verdade. Assim, algo somente poderia ser compreendido dentro de uma cadeia de proposições de sorte que a fuga desta lógica acabaria nos grandes problemas metafísicos insolúveis em que o Ocidente adentrou durante todo o período metafísico da filosofia. A própria filosofia cairia ao desuso de sorte que sobraria ao estudioso de lógica somente compreender as proposições dentro de modelos lógicos. É no final do *Tractatus* que o autor chega a afirmar que: o que não se pode falar deve-se calar. Curioso é saber, no entanto, que a Teoria pura do Direito de Hans Kelsen tem sua gênese muito relacionada com essa obra, mas ele não a escreveu por estar de acordo com o círculo de Viena. Kelsen procurou demonstrar que com o Direito também se poderia fazer ciência de modo lógico e avalorativo, portanto à revelia dos positivistas lógicos, mas dentro do mesmo paradigma. Para tanto, o autor se utiliza da divisão entre validade e verdade, prescrição e descrição. Um outro cuidado a ser tomado é justamente que o autor não quer dizer que o direito prescinde da moral ou da política, mas apenas que, em uma abordagem científica, ele deve ser tomado em sua forma pura para ser melhor compreendido em um modelo que o dispensa da política ou moral.

No entanto, cumpre ressaltar que o próprio Wittgenstein foi quem se responsabilizou em ultrapassar seu primeiro pensamento para dar origem a uma filosofia muito mais aberta à realidade da linguagem. Ele já não acreditava que seria possível estabelecer modelos lógicos de verdade, já que a linguagem é constantemente dependente da posição das proposições e, além de regras, de sub-regras ou mesmo exceções. Em vez da lógica pura, ele tratou de estudar a lógica viva, ou seja, os jogos de linguagem. Isto porque seria impossível dar à linguagem uma teoria geral se estamos presos ela. Ou seja, não se pode ultrapassar a linguagem para retratá-la. Por tal razão o autor dedicou-se a pesquisar esses jogos junto com estudantes por anos a fio até compilar grande parte desses estudos na obra *Investigações Filosóficas*.

¹²⁰ Sobre o pensamento de Heidegger, de modo geral, pode-se dizer que ele tratou de demonstrar o limite da metafísica ocidental centrada em uma primazia do racional para a compreensão total do mundo. Segundo o filósofo alemão, o pensamento deveria se voltar a questões que não foram exploradas pela filosofia desde os pré-socráticos. Assim, Heidegger

pensadores responsáveis por uma virada lingüística, a qual nada mais consiste do que uma reflexão sobre a linguagem e consciente sobre a necessidade de que tal reflexão se dá somente a partir da linguagem.

A teoria do direito não deixou essas novas concepções passarem de forma incólume. De modo geral, pode-se dizer que a filosofia do direito tem seu núcleo analítico abalado a partir do momento em que a filosofia de Wittgenstein passa a desconsiderar uma teoria transcendente da linguagem para tomá-la caso a caso para encontrar a verdade das proposições nos jogos em que ela funciona, influenciando o

debruçou-se sobre a questão do Ser. Diz Heidegger: “No decorrer das épocas da história ocidental, o pensamento posterior afastou-se do seu início não apenas cronologicamente, mas, também, e antes de tudo, com respeito ao que é pensado”. (HEIDEGGER, 2008, p. 14) Deste modo, Heidegger desvia as atenções da filosofia do ser-aí para o Ser, redefinindo a ontologia. Segundo ele, sempre se perguntou sobre o Ser a partir de um enfoque que o toma como ente. O ser é algo. Dessarte, dizer que o Ser é algum predicado já consiste em objetivá-lo. Ao contrário, o Ser seria algo muito mais próximo do homem e, ao mesmo tempo, muito mais distante enquanto pensamento. Para Heidegger, o Ser simplesmente é o que é. Não é nem Deus nem fundamento do mundo. Sobre a linguagem, diz Heidegger que ela é a casa do Ser. Assim sendo: “Pensamos comumente a linguagem a partir da correspondência à essência do homem, na medida em que esta é representada como *animal rationale*, isto é, como a unidade do corpo-alma-espírito. Todavia, assim como na *humanitas* do *homo animalis* a ex-sistência permanece oculta e, através dela, a relação da verdade do ser com o homem, assim encobre a interpretação metafísico-animal da linguagem a sua essência ontológica historial. De acordo com ela, a linguagem é a casa do ser manifestada e apropriada pelo ser e por ele disposta. Por isso, trata-se de pensar a essência da linguagem a partir da correspondência ao ser enquanto correspondência, o que quer dizer, como habitação da essência do homem.” (HEIDEGGER, 1991, p. 18)

Isso não quer dizer que Heidegger não se preocupe com o ente, com o ser-aí ou as manifestações do Ser. No entanto, esta questão é muito mais simples visto que toda vez que se trata o ente como ente, está-se a lidar com uma manifestação do Ser. Esta filosofia é crucial para a compreensão de outras. De um lado, para questões psicológicas, observa-se um homem que não é definido por uma essência dura, mas cada vez que repensa e recria sua essência, ou seja, quando este existe para fora, está de acordo com sua essência. Isto é o que dá origem ao existencialismo, cujo principal mote é que a existência precede a essência e que tem em Sartre sua principal figura intelectual.

Por outro lado, sobre a própria ontologia e a linguagem, Heidegger dá uma nova feição à hermenêutica. A interpretação já não lida mais com uma primazia de que o homem possui a linguagem porque é racional e, portanto, pela razão ele pode representar lingüisticamente as coisas em-sí. Trata-se aqui de uma inversão no pensamento moderno em que se abandona a coisa em-sí para dar lugar à textualidade. Abandona-se uma essência primordial das coisas ou um centro a determinados discursos sem, no entanto, abandonar a representação. A partir de então, o homem não pretende pensar em conhecer o mundo para que haja uma adequação mútua. Ao contrário, ele repensa o mundo e a sua própria visão sobre o mundo. Nesta esfera de pensamento encontram-se tanto as novas hermenêuticas, com um destaque para o pensamento de Gadamer, como também a desconstrução de Derrida ou Nancy, além de possuir uma grande influência no pós-estruturalismo.

moderno pragmatismo de Rorty. Já Heidegger dá para a hermenêutica um novo impulso, o que influenciou principalmente H. G. Gadamer e Paul Ricoeur. Mas essa redefinição do status da linguagem, como se verá, foi utilizada por outras teorias para justificar um modo diferente na aplicação mesma do direito, fundando verdadeiros modelos de ação. Tratar-se-á, portanto, de destacar neste capítulo duas teorizações que se popularizaram nos últimos anos, que são as de Ronald Dworkin e Robert Alexy, as quais, no que tange à aproximação maior entre direito e fato, demonstram uma visível indistinção entre teoria e aplicação do direito em razão de uma justificação lingüística.

3.1 Ronald Dworkin e o direito como integridade

Ronald Dworkin é um autor que se destaca por não fazer uso e nem tenta criar meta-teorias ou meta-proposições para dar segurança à atividade do intérprete.¹²¹ Muito pelo contrário, a ele é imprescindível a coragem de lidar com inúmeras dificuldades e inexatidões que permeiam a própria linguagem das ciências sociais vez que, inevitavelmente, haverá choque entre normas, valores e, no caso do direito, conseqüências diretas nos fatos. Entre as maiores conseqüências disso está a impossibilidade de se criar teorias gerais ou diretrizes para a prática das decisões judiciais vez que, não raramente, tratam de questões delicadas. Diz Dworkin que “a interpretação dos trabalhos de arte e prática social, argumento, está de fato essencialmente relacionada com propósito, não causa. Mas os propósitos em jogo não são [fundamentalmente] aqueles de um autor, mas do intérprete.”¹²² Vê-se, portanto, que a prática judicial não é aprimorada pela interpretação, ela é propriamente interpretação vez que não haveria texto normativo com normatividade suficiente para se auto-aplicar. É justamente porque a

¹²¹ Desde já parece haver uma tensão com o pensamento de Herbert L. A. Hart, cuja teoria está centrada principalmente na existência de normas secundárias dentro do ordenamento, as quais, positivadas ou não, seriam capazes de dar às normas correntes, portanto primárias, algumas direções que possibilitem sua validade, reconhecimento e funcionamento. Diz Hart que: “A afirmação de um sistema jurídico existe e é, assim, uma declaração bifronte como Jano, que contempla tanto a obediência por parte dos cidadãos como comuns quanto a aceitação das normas secundárias pelas autoridades, que encaram tais normas como padrões críticos comuns para o comportamento oficial” (HART, 2009, p. 151).

¹²² DWORKIN, 1998, p. 52, tradução nossa. Original: “Interpretation of works of art and social practices, I shall argue, is indeed essentially concerned with purpose not cause. But the purposes in play are not (fundamentally) those of some author but of the interpreter”.

subsunção não é segura ou auto-evidente que existe sempre um intérprete-aplicador.

A prática jurídica, diferente de outros fenômenos sociais, é argumentativa. Cada ator na prática entende que o que ela permite ou requer depende da verdade de certas proposições que são dotadas de sentido somente com e pela prática; a prática consiste em grande parte em distribuir e argumentar sobre essas proposições.¹²³

É óbvio que nenhuma proposição é auto-evidente. No entanto, em casos mais simples, em que já exista alguma familiaridade com determinado problema, simplesmente seria exagero fazer de um caso pouco problemático motivo para uma indecisão barroca. Dentro dessa noção, Ronald Dworkin estabelece uma distinção entre casos fáceis e casos difíceis. Se os primeiros não são tão problemáticos, já que as regras estariam bastante claras para serem aplicadas, o mesmo não se pode dizer para casos em não haja certeza sobre a aplicabilidade das regras. Não necessariamente se está a falar sobre um conflito de regras, até mesmo porque, para tais casos, existem critérios clássicos de resolução, como os critérios hierárquico, cronológico e especial. A maior dificuldade, e este é o principal alvo da teoria de Dworkin, se dá quando existem embates entre princípios e regras ou mesmo entre princípios e princípios¹²⁴. Dworkin, portanto, tem nesta distinção uma de suas principais contribuições à teoria do direito. Para o autor

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam [...], aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o

¹²³ DWORKIN, 1998, p. 13, tradução nossa. Original: “Legal practice, unlike many other social phenomena, is argumentative. Every actor in the practice understands that what it permits or requires depends on the truth of certain propositions that are given sense only by and within the practice; the practice consists in large part in deploying and arguing about these propositions.”

¹²⁴ A discussão travada entre princípios e regras fica bastante clara nos capítulos 2 e 3 de DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 23-125.

juízo que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante é.

As regras não têm essa dimensão. Podemos dizer que as regras são funcionalmente importantes ou desimportantes [...]. Nesse sentido, uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância menor.¹²⁵

Com a utilização de regras e princípios, para contrapor o modelo positivista que colocava os casos difíceis na existência de regras secundárias, como diz Hart, Dworkin procura estabelecer um direito que não se atém exatamente às normas, mas que também prevê a ponderação de valores para os casos mais difíceis. Isto não significa que necessariamente prevalece a arbitrariedade do juiz. Muito pelo contrário, responde o autor, uma das partes ainda possui o direito em ganhar a causa uma vez que o juiz passará a levar em conta os princípios para decidir, o que não implica numa invenção de direitos, mas, sobretudo, na capacidade de descobri-los e fundamentá-los por argumentos de princípio em detrimento de argumentos essencialmente políticos. Há em Dworkin, portanto, por um lado, um alerta para que as regras sejam compreendidas dentro de um todo composto por princípios, moral, constituição e precedentes para que se vise em primeiro lugar o direito e não a regra e, por outro lado, o autor persiste com a necessidade de uma decisão.

Dworkin, no entanto, sabe qual é o custo de defender a decisão e, sobretudo, confiá-la a uma figura de um juiz associado à mítica, como se verá a fundo logo após, o juiz Hércules. Em razão da falibilidade humana, a qual também é admitida por Dworkin, as críticas

¹²⁵ DWORKIN, 2007, p. 42-43.

sobre um suposto decisionismo foram muitas. No entanto, nem por isso o autor deixa de rebatê-las:

A técnica de Hércules encoraja um juiz a emitir seus próprios juízos sobre os direitos institucionais. Poder-se-ia pensar que o argumento extraído da falibilidade judicial sugere duas alternativas. A primeira argumenta que, por desventura e com freqüência, os juízes os juízes tomarão decisões injustas, eles não devem esforçar-se para chegar a decisões justas. A segunda alternativa sustenta que, por serem falíveis, os juízes não devem fazer esforço algum para determinar os direitos institucionais das partes diante deles, mas que somente devem decidir os casos difíceis com base em razões políticas ou, simplesmente, não decidi-los. Mas isso é perverso. A primeira alternativa argumenta que, por desventura e com freqüência, os juízes devem submeter a outros as questões de direito institucional colocadas pelos casos difíceis. Mas submetê-las a quem?¹²⁶

Portanto, Dworkin entende que seria perversa a atitude de desistir da busca por decisões justas e também que um quietismo judicial em nada ajudaria a resolver os problemas dos casos difíceis. Como se observa, novamente a atitude teórica de Dworkin é indicar o caminho para a resolução de problemas concretos em vez de estabelecer alguma meta-teoria. Voltando-se os olhos para a interpretação, o autor é sereno em declarar que “a interpretação criativa, na visão construtivista, é uma questão de interação entre propósito e objeto”. (DWORKIN, 1998, p. 52 , tradução nossa) Contudo, nem por isso se poderia tomá-lo por um pragmático já que, chega a firmar três concepções distintas de direito, as quais vão apoiar sua argumentação. São elas: convencionalismo, pragmatismo e integridade. Dworkin pretende, assim, com a noção de integridade tentar superar as falhas das concepções convencionalistas, que são muito atreladas ao passado como algo evidente e possível de ser repetido, ou também as pragmáticas, as quais dão ao aplicador do direito uma completa liberdade para julgar

¹²⁶ DWORKIN, 2007, p. 203.

cada caso em sua singularidade sem, no entanto, haver alguma preocupação com uma coerência entre essas decisões ou mesmo uma possível assimilação do direito por parte de seu sujeito. Em primeiro lugar, cumpre salientar que, a princípio, não é possível de se descrever Dworkin como um seguidor direto do pragmatismo filosófico norte-americano pelo fato dele rejeitar esta opção para a sua teoria da interpretação. Em segundo, esta rejeição da decisão singular por excelência dá lugar a uma outra atitude que se pretende um meio termo entre a convenção e a decisão pragmática.

A Lei como integridade nega que as proposições do Direito são tanto os relatórios fatuais de abordagem atrasada do convencionalismo ou os programas instrumentais adiantados do pragmatismo legal. Ela insiste que as reivindicações legais são julgamentos interpretativos e logo conjuga elementos das abordagens atrasadas e adiantadas; elas interpretam a prática legal contemporânea vista como abertura política narrativa.¹²⁷

Assim, Dworkin se coloca na encruzilhada entre o positivismo jurídico e o realismo norte-americano. Com sua concepção de integridade, Dworkin pretende fugir ao caráter positivista de um direito estatutário, essencialmente hermenêutico, e também se afastar de um pragmatismo absurdo que não leve em consideração nenhuma tradição ou mesmo algum limite estabelecido pelo direito com o intuito de conter arbitrariedades dos magistrados. Portanto, a palavra-chave para Dworkin com relação à concepção de direito como integridade está na coerência. Um direito, para ser forte e, além disso, razoável, justo e igualitário, deve ser visto em sua totalidade. Assim, não há que se falar em Estado de leis ou estado de juizes, mas Estado de direito. Ainda assim o autor argumenta que sua teoria não é necessariamente decisão, já que mesmo as decisões podem ser reinterpretadas.

¹²⁷ DWORKIN, 1998, p. 225, tradução nossa. Original: “Law as integrity denies that statements of law are either the backward-looking factual reports of conventionalism or the forward-looking instrumental programs of legal pragmatism. It insists that legal claims are interpretive judgements and therefore combine backward- and forward-looking elements; they interpret contemporary legal practice seen as an unfolding political narrative.”

O programa que ela mantém para que os juízes decidam casos difíceis é, não somente de forma contingente, interpretativo; o Direito como integridade os instiga a continuar a interpretar o mesmo material que se tem por corretamente interpretado¹²⁸.

Como se poderia, então, trabalhar com uma concepção de direito como integridade diante do fato de que, no poder judiciário, os operadores constantemente realizam palimpsestos, ou seja, dão uma nova leitura e assim uma nova utilidade à norma. Como se poderia manter um avanço do direito com as evoluções sociais e as particularidades de cada caso condizente com uma tradição que faça da decisão algo que não seja arbitrário, mas algo razoável?

Diante de tais questionamentos, Dworkin separa a integridade na legislação (*legislation*), esta mais vinculada à restrição na criação das leis por atividade parlamentar, e a integridade judiciária (*adjudication*), a qual dá limites à produção de sentenças por parte dos juízes. Ambas, contudo, têm o objetivo de garantir uma coerência no sistema legal desde a criação até a aplicação caso a caso.¹²⁹ Portanto, nunca foi dito que a integridade se dá exclusivamente sob os auspícios do poder judiciário. O que se pode concluir disso é que a integridade como um todo não é uma técnica ou um método, mas um valor relacionado à prática política de uma comunidade regida, além de normas, por princípios. Eis que a teoria de Dworkin não tem o intuito de propor algum modelo hermenêutico que consiga chegar à verdade na interpretação da legislação. Ao contrário, ela se pretende aberta para a busca do direito em questão, o qual tanto pode depender de regras, como de princípios ou valores da comunidade. Assim, tanto a autoridade judiciária como a legislativa não se furtam na busca pela integridade.

Entretanto o maior alvo das atenções de Dworkin se dá para o judiciário, sem que, por isso, chegue-se a negar que a integridade vai muito além de sua competência. Sendo assim, uma vez que os juízes são os que vão estar em constantes situações que exigirão um olhar com a amplitude da integridade na solução de casos difíceis, o autor propõe-lhes a construção do direito tendo como base um romance em cadeia

¹²⁸ DWORKIN, 1998, p. 226, tradução nossa. Original: "The program it holds out to judges deciding hard cases is essentially, not just contingently, interpretive; law as integrity asks them to continue interpreting the same material that it claims to have successfully interpreted itself."

¹²⁹ Cf. DWORKIN, 1998, p. 217.

(*chain novel*) em que os juízes têm tanto o papel de autor como o de crítico para solucionar os piores casos sem, no entanto, cair em um convencionalismo ou um pragmatismo. O que Dworkin acha essencial para a consecução da integridade é, assim, a chamada coerência narrativa, ou seja, a identificação de uma determinada ação (no caso uma sentença ou uma decisão) de acordo com um passado que lhe dê sentido e um projeto futuro que lhe dê razão de existir. Diz Ronald Dworkin que neste tipo fictício de literatura, o romance em cadeia, em que vários são os autores,

Cada romancista na cadeia interpreta os capítulos os quais lhe foram dados para escrever um novo capítulo, o qual é depois adicionado ao que o próximo romancista recebe, e por aí adiante. Cada qual tem o dever de escrever seu capítulo de sorte a construir romance da melhor forma possível, e a complexidade desta tarefa modela a complexidade da decisão de um caso difícil dentro do Direito como integridade.¹³⁰

Diante da recusa em um método interpretativo e do realismo do pragmatismo, Dworkin chega a uma confluência entre direito, princípios e moral, ou seja, há uma aproximação entre direito e política que visa a completude e à coerência do direito, ainda que o trabalho para a descoberta desse direito não seja algo fácil. A interpretação deve ser criativa e coerente com decisões passadas, sejam elas sentenças ou leis. Há, assim, um jogo entre a novidade e a tradição tendo como fim a lida com o presente. Se o autor revela, neste empreendimento a construção de um modelo narrativo, a narratividade é, portanto, historicidade, ou seja, localização das decisões de forma lógica e, sobretudo, ética dentro do tempo. No entanto, quem poderá realizar o compromisso da integridade dentro do direito de forma completa? Responde Dworkin: somente um juiz-Hércules.

Hércules é uma figura fictícia de um juiz que está completamente comprometido com a integridade dentro do direito. É

¹³⁰ DWORKIN, 1998, p. 229, tradução nossa. Original: “Each novelist in the chain interprets the chapters he has been giving in order to write a new chapter, which is then added to what the next novelist receives, and so on. Each has the job of writing his chapter so as to make the novel being constructed the best it can be, and the complexity of this task models the complexity of deciding a hard case under law as integrity.”

aquele juiz que, quando é surpreendido por um caso difícil não se deixa abater pelo tamanho da tarefa e, portanto, nem vai decidir de forma afoita porquanto ele é bastante dedicado e também não vai abdicar da decisão, ou seja, não passará o problema adiante graças à sua noção de responsabilidade em criar uma decisão que encontre verdadeiramente a única resposta correta no que diz respeito ao direito em questão: mesmo que não haja qualquer norma. Nas próprias palavras de Ronald Dworkin,

O leitor entenderá agora porque chamei nosso juiz de Hércules. Ele deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas. Podemos apreender a magnitude de tal empreendimento se distinguirmos, no âmbito do vasto material de decisões jurídicas que Hércules deve justificar, uma ordenação vertical e outra horizontal.¹³¹

Mas quais seriam os trabalhos do juiz-Hércules? Sua ação, por excelência consiste na narração coerente a partir de suas decisões. O juiz, portanto, para cumprir a promessa da sua comunidade para com a integridade não se furta de decidir cada caso de forma única levando em consideração todos os aspectos fáticos sem, contudo, deixar o fato ditar a norma. Ao contrário, conforme já foi explicitado, o que busca a concepção jurídica da integridade é a adequação da decisão com uma coerência temporal tendo em vista evitar fraturas no próprio corpo social tutelado pelo império do direito. *No entanto, narrar não é uma tarefa fácil.* Como já salienta o jurista belga François Ost, “nada mais frágil que esta aliança entre o passado e o futuro; a ‘crise da cultura’ propicia o cisma entre tempos, que parecem nada mais ter a se dizer: um passado repentinamente tornado estranho, um futuro opaco e improvável.”¹³² Ou seja, para que as decisões fossem feitas de forma íntegra a cada vez, seria necessário um campo de trabalho sólido, evidente e demonstrável. Contudo, nem a sociedade (fatos), nem as normas (linguagem) e

¹³¹ DWORKIN, 2007, p. 182.

¹³² OST, 2005b, p. 29.

principalmente os valores *não* são objetos fáceis de serem trabalhados com vistas a reconhecer uma tradição para que se possa refigurá-la no ato do intérprete e, assim, torná-la projeto social. Por trás desta aposta de Dworkin, no entanto, não há necessariamente alguma fé humanista ou reconhecimento da impossibilidade de haver juiz perfeito. Esta suposição, para Dworkin, de um juiz capaz de trazer verdadeira integridade ao Direito, consiste em uma pressuposição de que alguma objetividade seja possível ou, mesmo que seja factualmente impossível, não caberia a juristas postular o seu contrário, visto que seria algo muito mais prejudicial do que alguém poderia prever.

Há de se destacar como outro nome forte da corrente interpretativa do direito o nome de Richard Posner, por sua vez, adepto a uma corrente declaradamente pragmática¹³³ de pensamento, que não se esquivava de produzir uma teoria que abandona criações meta-teóricas sobre a linguagem, na medida em que a linguagem (ou, no caso, a lógica do ordenamento ou a racionalidade de sua linguagem) não pode ser pensada externamente a ela mesma.¹³⁴ Diz o autor na introdução de seu livro “Problemas de Filosofia do Direito”:

Em resumo, minha argumentação será favorável a uma concepção do processo jurídico que seja funcional, impregnada de política, não legalista, naturalista e cética, mas decididamente não cínica; em uma palavra, (ainda que, receio, inadequada), vou aqui defender uma filosofia do direito pragmática.¹³⁵

Nota-se que, apenas com esses três autores, a teoria do direito é repensada conforme os modelos convencionalista, argumentativo e pragmático. De toda maneira, é sintomático o fato de tanto Dworkin quanto Posner serem de grande impacto entre os juristas da atualidade

¹³³ Sobre o assunto, consultar a obra “Diálogos com a Law & Economics”, LINHARES; ROSA, 2009.

¹³⁴ Esta, aliás, é uma das conclusões do pensamento de Ludwig Wittgenstein quando da escrita de sua obra *Investigações Filosóficas*, quando abandona as suas pretensões de construir algum modelo geral da lógica, como era com seu *Tractatus Logicus Philosophicus*. Portanto, a sua segunda fase procura pensar a linguagem a partir de seu funcionamento interno, portanto, pelos jogos de que faz uso. Entre outras filosofias daí decorrentes está o pragmatismo de Richard Rorty, sem, é claro, deixar de desconsiderar a importância de autores anteriores como Jeremy Bentham ou William James.

¹³⁵ POSNER, 2007, p. 37-38.

oferecerem teorias que manifestamente desejam ultrapassar o modelo positivista do direito em sua construção analítica em lugar de um direito muito mais aberto à contingência e à complexidade, o que, de certa forma é o que Luhmann afirma sem, no entanto, estabelecer algum modelo de direito enquanto prescrição. *De qualquer forma, todos esses autores abandonam a idéia de um conceito de direito transcendente para dar maior importância ao papel dos aplicadores do direito na medida em que a discricionariedade lidaria melhor com as dificuldades do mundo contemporâneo do que uma convenção ou constatação teórica.*

Como exemplo da leitura de Dworkin no Brasil, o filósofo do direito Delamar José V. Dutra entende que o modelo positivista, geralmente citando Kelsen, preza demais pela segurança jurídica e aplicação da lei de maneira uniforme, bem como por uma indistinção entre aplicação da lei e sua fundamentação no processo de produção. Em contraposição a essa atitude, Delamar entende que Dworkin propõe um modelo que distingue o momento da interpretação do momento da criação normativa. Esta separação seria fundamental para que a produção normativa seja tomada caso a caso e, assim, ser mais efetiva.

Portanto, de maneira oposta ao decisionismo do positivismo, Dworkin e Habermas querem defender a posição de que seja possível estabelecer um modo argumentado de se chegar a uma resposta correta para o caso. A tese em questão é a de que, em sendo um sistema de ação, a justiça só se efetiva se ela puder ser realizada no caso concreto. Essa questão é mais premente no direito do que na moral, porque o direito conta com a coerção e abriga, se necessário, manu militari, a um determinado comportamento. Trata-se, então, do problema de realizar a justiça no caso concreto.¹³⁶

Para Delamar, a pretensão exacerbada que o positivismo jurídico tem pela segurança, o que geraria um enclausuramento normativo e um fechamento do direito sobre si mesmo, mas que, nos casos extremos tende a apostar em uma decisão pela discricionariedade, é o que leva Ronald Dworkin a pensar uma teoria para os casos mais

¹³⁶ DUTRA, 2008, p. 115.

complexos e que leve o intérprete a trabalhar com justificações externas ao direito, como os princípios, que têm forte carga moral, porém que podem ser trabalhadas tecnicamente.

Para os casos difíceis, no lugar da teoria discricionária dos positivistas, Dworkin propõe a teoria da integridade, segundo a qual, embora não haja uma regra disponível para julgar o caso, ainda assim torna-se possível uma decisão correta. Mesmo nesses casos, o juiz tem que descobrir o direito das partes, não inventar um novo. Essa formulação tem que enfrentar dois argumentos. O primeiro é o argumento da democracia, e o segundo, o da anterioridade da lei.¹³⁷

Dworkin, segundo Dutra, entenderia que, em resposta ao argumento da democracia, o modelo proposto não trataria de criação do direito, mas de interpretações construtivas e, sobre a anterioridade da lei, a utilização de princípios seria uma garantia do emprego de disposições legais anteriores a cada caso. De toda forma, Dworkin, por mais que apresente um modelo de direito aberto à moral, seria veementemente contra a discricionariedade do modelo positivista, chegando inclusive a postular a existência de uma única resposta correta para cada caso.

Tal discricionariedade é evitada pela introdução de princípios no direito, os quais já estariam positivados, de tal forma que quando usados para resolver um caso difícil evitariam o problema da aplicação retroativa da lei. Ademais, no caso de dois ou mais conjuntos de princípios a disputarem a resposta correta para o caso, a dimensão da moralidade evitaria o arbítrio do juiz na escolha entre uma ou outra formulação dos princípios.¹³⁸

O modelo de integridade de Dworkin, continua Dutra, seria uma forma de escapar a um decisionismo do modelo positivista, o qual, em casos de colisões de regras “só pode ser solucionado estabelecendo-se uma exceção ou invalidando uma das regras em conflito”¹³⁹. Neste

¹³⁷ DUTRA, 2008, p. 117.

¹³⁸ DUTRA, 2008, p. 119.

¹³⁹ DUTRA, 2008, p. 127.

tipo de asserção, Dutra induz o leitor a pensar que a teoria positivista do direito não possui uma metodologia própria para a resolução dos conflitos de regras. Este tipo de argumentação, que até poderia se aproximar de um modelo mais próximo de Schmitt, mas dificilmente de Kelsen, dá ainda mais vigor a um problema de Dworkin que consiste em trabalhar muito a inexatidão da linguagem e, assim, a dificuldade de um modelo normativista do direito, mas dá pouca ênfase à posição do julgador ou à falibilidade que possuem, aliás, decorrência de serem seres lingüísticos! Neste sendo ainda chegam a afirmar que o positivismo seria discricionário e a ficção de um juiz Hércules não o seria. Dutra chega a reconhecer que na teoria da interpretação criativa de Dworkin haveria um abandono do primado da segurança para o sistema jurídico para se colocar outros valores em paralelo. Em um gesto de aproximação entre as teorias de Habermas e Dworkin, como é bem possível, já que o alemão chega a comentar o norte-americano, Delamar entende que, em Dworkin, “a segurança residiria no procedimento a partir do qual seriam decididas as questões, sem uma referência maior a um conjunto de regras que já são válidas e que devem ser aplicadas de certa maneira”¹⁴⁰, o que soa um tanto forçoso, já que pelo simples fato de separar *hard cases* de *easy cases* demonstra uma preocupação de Dworkin também com as regras, sendo a afirmação de Delamar bastante discutível. Dutra apenas salienta a crítica que Habermas faz a Dworkin quanto ao fato da decisão judicial ser monocrática, já que “no lugar da teoria do juiz Hércules, ele proporá a teoria discursiva da argumentação jurídica”¹⁴¹, bem como a crítica de Habermas sobre a fundamentação de Dworkin se dar exageradamente sobre a teoria literária, já que seriam, em princípio, saberes incompatíveis. Portanto, quando chega a afirmar que Dworkin tem uma visão procedimentalista, Delamar Dutra revela um sincretismo que é flagrante na teoria do direito brasileira que ignora algumas aporias entre as próprias teorias trabalhadas, o que será muito melhor demonstrado ao final deste capítulo quando se tratar de autores que se dizem simplesmente neo-constitucionalistas ou pós-positivistas.

Um problema ainda mais grave e que demonstra um grande descuido da pesquisa de Delamar Dutra consiste no fato de ler a teoria de Dworkin a partir de uma comparação com o positivismo de Hans Kelsen quando, na realidade, o positivismo a que Dworkin mais dirige suas atenções é aquele de Herbert Hart, o qual, é claro, traz muito de

¹⁴⁰ DUTRA, 2008, p. 130.

¹⁴¹ DUTRA, 2008, p. 131.

Kelsen, mas foi um autor que pensou o positivismo para o *Common Law*, da mesma forma que Dworkin também procura com sua teoria dar uma maior coerência ao direito anglo-saxão. Sequer existe na bibliografia do livro de Delamar alguma menção à obra de Hart, o que demonstra que um autor de renome relevante como é Dutra não considera a diferença entre Civil Law e Common Law, o que certamente vem a ser na atualidade atenuado, mas cuja desdiferenciação traz sérias conseqüências pelo fato de que não é nada coerente aplicar ao direito brasileiro, essencialmente estatutário, um modelo de teoria que procura dar coerência ao direito consuetudinário. Muitos *hard cases* de Dworkin podem ser *easy cases* em um país de direito continental, sendo a transposição pura e simples deste tipo de teoria algo puramente fictício para não dizer perverso porque se tenta a partir da brilhante conclusão de que as palavras não são exatas, minar todo o sistema jurídico, colocando a lei de escanteio para um louvor da hermenêutica ou da argumentação e tornar cada caso simples um problema de discussão principiológica, algo menos exato ainda.

Em um outro exemplo de leitura de Dworkin no Brasil – mas não muito melhor – Bianca Stamato, em seu livro intitulado “Jurisdição Constitucional” contrapõe os modelos oferecidos por John Hart Ely, Ronald Dworkin e Carlos Santiago Nino. Sobre a teoria de Dworkin, a autora entende que ela prescreve uma maior aptidão dos juizes para a interpretação constitucional, a qual deve se dar sobre princípios e não sobre a decisão da maioria, o que coloca uma interpretação moral da constituição.

De fato, se Dworkin concebe o Direito como interpretação e retira os princípios da própria prática constitucional, a partir de sua concepção do Direito como integridade, fazendo alusão ao romance em cadeia, a fundamentação do seu método de interpretação não poderia, em um primeiro momento, estar dissociada da prática. Dworkin observa a prática e, após, procura dotá-la de uma fundamentação filosófica, escorado no princípio democrático, como se verá mais adiante.¹⁴²

¹⁴² STAMATO, 2005, p. 138-139.

A autora reconhece as críticas que se faz à moral reading, principalmente no que toca o seu elitismo antidemocrático, mas concorda com Dworkin de que ela é inevitável. Em geral as análises subseqüentes da autora diretamente sobre Dworkin tratam da leitura moral e o seu cabimento em uma sociedade democrática, como por exemplo, na resposta às críticas de que este modelo fundado na discricionariedade poderia barrar uma maior discussão política, como é a crítica de Jeremy Waldron. Em geral entende a autora que certas objeções a Dworkin são muito pertinentes, como é o caso de uma neutralização da idéia maior de Democracia ao tentar colocar a discussão constitucional para a interpretação de juízes, limitada pelo seu modelo de judicial review, que despreza tanto interesses diversos da sociedade não acessíveis aos juízes, bem como que o critério do resultado não alcança qualquer ganho democrático.¹⁴³

Ainda assim, pode-se concluir que, para o que o este trabalho colocou como questão, há uma clareza da parte da autora em dizer que Dworkin faz uma teoria que entende uma indistinção entre teoria e prática. No mais, a autora em nenhum momento se referiu à divisão de Dworkin entre *easy* e *hard cases*, notadamente em um gesto que privilegia a interpretação constitucional baseada na discussão sobre princípios ante o modelo do direito posto.¹⁴⁴

Essas leituras do pensamento de Dworkin demonstram que o autor, ao contrário daqueles que apresentam uma teoria de cunho sociológico, já não tem a mesma distinção forte entre teoria e aplicação do direito e, conseqüentemente, já procura uma maior aproximação entre direito e fato em nome de eficiência, integridade, etc. É bem verdade que Dworkin não propõe a ponderação de princípios para todos os casos, mas apenas para os casos difíceis. Isto, no entanto, não é algo muito claro no pensamento dos teóricos e dos operadores jurídicos brasileiros, os quais tendem a complicar ou constitucionalizar *easy cases*.

¹⁴³ Cf. STAMATO, 2006, p. 162.

¹⁴⁴ Há de se salientar que o objeto de estudo do livro é o déficit democrático da jurisdição constitucional, concluindo a autora que se deve pensar na fundamentação das decisões como uma solução que dê legitimidade e uma mínima resposta ao impasse entre deliberativismo e decisionismo monocrático. Ao final opta pela teoria de Carlos Santiago Nino ante o procedimentalismo de Ely e o liberalismo de Dworkin, por oferecer uma solução intermediária em que “a Constituição como documento normativo que expressa princípios morais que ora são desenvolvidos por reflexão individual, ora por reflexão coletiva, já que se trata de algo complexo, formado pelos elementos ‘de direitos’, ‘de governo’ e ‘histórico’.” (STAMATO, 2006, p. 240)

Ainda que a ponderação pudesse ser utilizada de uma forma interessante quando duas regras se chocam, eis um exemplo da jurisprudência brasileira quando o judiciário simplesmente arroga a si o direito de instituir uma decisão de política pública a partir de um princípio:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - FORNECIMENTO DE FRALDAS GERIÁTRICAS DESCARTÁVEIS - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA AFASTADA - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA DOS PODERES - INOCORRÊNCIA - LIMINAR *INAUDITA ALTERA PARS* - VIABILIDADE - IMPOSSIBILIDADE FINANCEIRA DAS INTERESSADAS - DIREITO À SAÚDE E À **DIGNIDADE HUMANA** - INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 153 DA CARTA ESTADUAL - RECURSO E REMESSA DESPROVIDOS.¹⁴⁵

E no teor do acórdão continua o relator:

Demonstrada, portanto, a necessidade do uso das fraldas geriátricas descartáveis, cumpre ao ente público custeá-las.

Ressalta-se que a limitação do orçamento não pode servir de escusa pela Administração à negativa da prestação requerida, quando comprovada sua necessidade. As questões que envolvem direitos fundamentais devem ser tratadas com prioridade pelo Poder Público, não podendo este abster-se de tal dever.

Por fim, insubsistente a alegação de que, determinando-se o fornecimento do material requerido, o Poder Judiciário estaria se intrometendo na função do Poder Executivo, ferindo o princípio da independência entre os poderes - artigo 2º da Carta Magna.¹⁴⁶

¹⁴⁵ SANTA CATARINA, DJ, 3 mar. 2009.

¹⁴⁶ SANTA CATARINA, DJ, 3 mar. 2009.

É claro que nenhum jurista duvida da necessidade do Estado garantir a saúde e dar condições de vida à população. No entanto, é de se discutir se é benéfico que este tipo de questão de política pública, como a distribuição de fraldas descartáveis, seja simplesmente cedida ao Poder Judiciário, o qual, pelo simples princípio da dignidade da pessoa humana arroga a si poderes absolutos de dizer o Direito. O problema maior é que, com este tipo de fundamentação, ao mesmo tempo que se pode obter tudo, também se pode obter nada, pois não há fundamentação em regra alguma. No mais, como já se salientou, é de se perguntar se a importação de uma teoria elaborada em contraposição ao positivismo analítico de H. Hart e que busca dar coerência ao sistema jurídico da *Common Law*, e sua aplicação em países de direito estatutário constitui realmente um gesto coerente.

3.2. Robert Alexy e a argumentação jurídica

Alexy ficou célebre com sua teoria da argumentação jurídica, a qual busca dar ao direito uma possibilidade de correção por uma fundamentação racional. Considera, pois, que nas proposições normativas, o que portanto inclui os juízos de valor e de dever, existem uma série de expressões como ‘bom’ ou ‘dever-ser’ que nem mesmo dizem respeito a algum dado de realidade (empirismo) e nem mesmo a dados de intenções ou sentimentos (subjetivismo). Nem por isso sua análise deve ficar adstrita a suas próprias regras, já que, “quem afirma um juízo de valor ou de dever formula uma pretensão de correção; pretende que sua afirmação seja fundamentável racionalmente.”¹⁴⁷ No entanto, para que não se chegue a uma situação de recurso ao infinito, pelo recurso repetitivo de questionamento sobre a fundamentalidade de alguma proposição normativa, ou mesmo pela aceitação da autoridade de alguma decisão enquanto palavra final, Alexy entende que por meio de um círculo lógico ambas as soluções poderiam ser evitadas:

A situação [de regressão ao infinito] pode-se evitar se a exigência de uma fundamentação de cada proposição através de outra proposição se substitui por uma série de exigências na atividade de fundamentação. Essas exigências podem

¹⁴⁷ ALEXY, 2008, p. 140.

formular-se como regras do discurso racional. As regras do discurso racional não se referem, como as da lógica, só a proposições, mas também ao comportamento do falante. Nesse sentido, podem designar-se como ‘regras pragmáticas’. O cumprimento destas regras certamente não garante a certeza definitiva de todo resultado, mas caracteriza o resultado como racional.¹⁴⁸

Isto não significa que, pelo fato de ser racional, o discurso esteja absolutamente certo, mas é através dele que se pode avaliar a verdade ou a correção das proposições. Os discursos, para Alexy atos com diversos participantes, tanto podem ser práticos, os quais tratam da correção das proposições normativas, como jurídicos, que são decorrentes do discurso prático geral e que ocorre na lei, na dogmática e no precedente judicial. De qualquer forma, *o discurso jurídico é, em Alexy, mais um entre outros capazes de fundamentar a racionalidade, verdade ou correção de uma proposição normativa.*

Para Alexy, uma teoria do discurso pode ser a) *empírica*, quando descrevem os argumentos e normas utilizados por determinados grupos tal qual eles são utilizados; pode ser b) *analítica*, quando o cientista pretende compreender a estrutura lógica dos argumentos utilizados e dos argumentos possíveis; e, por fim, pode ser c) *normativa*, isto é, quando ela estabelece critérios para fundamentar a racionalidade de um discurso. Segundo o autor sua teoria seria normativa, portanto na pretensão de impor critérios de avaliação e fundamentação de racionalidade e não apenas para observá-la.

Essa fundamentação pode se dar pela via da técnica, portanto através de regras que prescrevem os meios para determinados fins; também pode ser uma fundamentação empírica, que leva em conta a existência de determinadas regras que regem de fato ou que os resultados de determinadas regras seguem convicções normativas existentes, havendo interesse em demonstrar que racionais seriam as proposições que se fundam nesta regra de fato ou na coerência desta; ou ainda pode ser uma fundamentação normativa pode ainda ser definitória, em que se apresenta um sistema de regras que deve coordenar os jogos de linguagem ou um sistema; finalmente a quarta espécie de fundamentação da teoria do discurso normativo seria a pragmático-

¹⁴⁸ ALEXY, 2008, p. 183.

universal, com fundamentação em Apel e sobretudo Habermas, na qual a validade de determinadas regras pode ser considerada como a condição de possibilidade da comunicação lingüística.

Para o autor, no entanto, esses quatro modos de fundamentação são todos contraditórios e não caberia aqui esclarecer exatamente seus defeitos porque nem mesmo Alexy o faz. Apenas os descreve sucintamente para que sirvam de sustentação às regras que ele próprio põe. No entanto, não o faz passo a passo ou de forma fundamentada, ou ancorado em alguma aporia ou divisão tradicional, apenas diz que essas regras do discurso da tradição levaram-no ao seu. Ou seja, após elaborar enormes descrições o autor, em novo capítulo, apenas joga a sua concepção dizendo estar esta apoiada naquelas anteriores. Nada mais. E logo começa uma lista exaustiva e prescritiva de regras que definiriam o discurso prático geral. Vale ressaltar o que diz antes de começar a expor suas regras:

A seguir serão formuladas explicitamente as regras e formas **resultantes das investigações precedentes**. Esta formulação explícita tem, dentre outras, a finalidade de se ressaltar os defeitos mais claramente. Tais defeitos podem-se referir ao conteúdo das regras, ao caráter incompleto da sua enumeração, ao caráter supérfluo de algumas regras e formas, assim como à sua insuficiente expressão formal. Se se conseguisse eliminar defeitos, talvez um dia se poderia elaborar algo como um **código da razão prática**. Tal código seria o compêndio e a formulação explícita das regras e formas da argumentação prática racional, em parte apontadas e em parte analisadas só de forma isolada em tantos escritos.”¹⁴⁹

Após este salto exagerado no desenvolvimento de seu texto e depois de confessar ser apenas um “projeto de código da racionalidade”, Alexy começa a sua lista de regras para o discurso prático pelas regras que diz serem fundamentais, condição de possibilidade de qualquer comunicação lingüística em que se trate da verdade ou correção. Seriam elas:

¹⁴⁹ ALEXY, 2008, p. 190, grifos nossos.

- (1.1) Nenhum falante pode contradizer-se.
- (1.2) Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita.
- (1.3) Todo falante que aplique um predicado F a um objeto A deve estar disposto a aplicar F também a qualquer objeto igual a A em todos os aspectos relevantes.
- (1.4) Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados.¹⁵⁰

As explicações ou glosas decorrentes destas quatro proposições não são, contudo, fundamentadas com elementos externos a ela. Faz-se menção apenas a todas as reflexões prévias. Este tipo de atitude não invalida que se coloque aqui na exposição apenas as conclusões obtidas pelo autor, razão pela qual se passa para o segundo ponto sobre as regras do discurso prático geral, que tratariam das regras de razão. Alexy coloca regras, a exemplo da que prevê que o falante não possa se contradizer. Para o autor isto se dá “porque ninguém espera falar o que acredita sem que ache que aquilo é correto, tanto para proposições normativas quanto para as não normativas, o que supostamente também seria do entendimento de Habermas.”¹⁵¹ O autor ainda sabe que por mais que uma teoria trate de discursos morais gerais, nem todas as pessoas saberiam agir de acordo com essas regras da razão. Dessarte, não significaria que todos tenham a necessidade de saber fundamentar seus argumentos se “é suficiente que se refira à capacidade de fundamentação de pessoas determinadas ou determináveis”¹⁵², como é o caso dos operadores jurídicos. Mas dizer que uns podem fundamentar também indica que outros possam sempre contra-argumentar. As regras de razão, portanto, seriam as seguintes:

- (2) Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação.
- (2.1) Quem pode falar, pode tomar parte no discurso.

¹⁵⁰ ALEXY, 2008, p. 191.

¹⁵¹ ALEXY, 2008, p. 194.

¹⁵² ALEXY, 2008, p. 194.

(2.2) (a) Todos podem problematizar qualquer asserção.

(b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso.

(c) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades.

(2.3) A nenhum falante se pode impedir de exercer seus direitos fixados em (2.1) e (2.2), mediante coerção interna e externa ao discurso.¹⁵³

Outras regras sobre o discurso prático geral que valem ser destacadas seriam aquelas de fundamentação:

(5.1.1) Quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve aceitar as conseqüências de dita regra também no caso hipotético de ele se encontrar na situação daquelas pessoas.

(5.1.2) As conseqüências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem ser aceitas por todos.

(5.1.3) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua gênese histórico-crítica. Uma regra moral não resiste a tal comprovação:

a) Se originalmente se pudesse justificar racionalmente, mas perdeu depois sua justificação, ou

b) Se originalmente não se pôde justificar racionalmente e não se podem apresentar também novas razões suficientes.

(5.2.2) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua formação histórica individual. Uma regra moral não resiste a tal comprovação se se estabeleceu com base apenas em condições de socialização não justificáveis.

(5.3) Devem ser respeitados os limites de realizabilidade facticamnetne dados.¹⁵⁴

¹⁵³ ALEXY, 2008, p. 195.

¹⁵⁴ ALEXY, 2008, p. 204.

Após essas regras sobre o discurso prático geral, ele ainda fala de regras de transição entre discurso, de sorte que seja possível passar de discurso fático a analítico e de analítico à discursivo e vice-versa. No entanto, o mais interessante a se destacar até aqui é que o discurso prático geral seria para Alexy de vital importância, mas, nem por isso seria completo. Assim, diz o autor, “o seguimento das regras que se indicaram e a utilização das formas de argumento que se descreveram aumentam certamente a probabilidade de alcançar um acordo racional nas questões práticas, mas não garantem que se possa obter um acordo para cada questão, nem que qualquer acordo alcançado seja definitivo e irrevogável.”¹⁵⁵ Para tanto, tendo em vista a incapacidade de dar certezas e consensos por parte do discurso prático geral, Alexy elabora também uma teoria da argumentação jurídica.

As discussões jurídicas se dão a partir de diferentes maneiras, variando de simples conversas até discussões burocráticas. Tanto existem discussões comprometidas com a elaboração de decisões vinculantes, como são as deliberações judiciais, enquanto outras criticam essas decisões; algumas discussões, por sua vez, são institucionalizadas, como a jurisprudência em geral outras não como uma conversa de advogados; algumas têm prazo e outras nenhum, como é o caso da ciência do direito. O que essas discussões possíveis têm em comum é apenas o fato da argumentação ser jurídica, isto é, vincula-se ao direito vigente, apesar de que em alguns casos isto não seja exclusividade. Tome-se o exemplo dado pelo autor: “Em algumas formas, como na discussão pública de decisões judiciais, é permitido passar em qualquer momento da argumentação à argumentação prática geral; em outras, como nas discussões da Ciência do Direito (da dogmática), isso não é possível, ao menos sem limitações.”¹⁵⁶ Significa dizer que em uma conversa de bar não há problema se uma discussão jurídica de lugar a um discurso político ou misture ambos. No tribunal isto, embora aconteça, já é mais restrito. Também há de se destacar as distinções entre o processo jurídico e a ciência, aquela está sujeita a prazos e regras processuais e esta trabalha de forma mais livre.

O discurso jurídico, em geral é caso especial no discurso prático geral porque também há nele pretensão de correção. O que o especializa é o fato de que não há alguma busca pela racionalidade das

¹⁵⁵ ALEXY, 2008, p. 207.

¹⁵⁶ ALEXY, 2008, p. 210.

proposições normativas em geral, mas que, possam elas ser fundamentadas no ordenamento jurídico vigente. De qualquer forma, o discurso jurídico trata “da justificação de um caso especial de proposições normativas, as decisões jurídicas.”¹⁵⁷ A justificação, por sua vez, pode ser interna, quando se trata de verificar se a decisão está acompanhada de premissas de forma lógica para se fundamentar. E, por outro lado, a justificação externa lida com a correção dessas premissas.

A justificação interna é aquela que se refere à estrutura formal da argumentação jurídica, em que figura a análise do tipo de silogismo que é feito. Esta não suscita tanta dificuldade e pode ser expressa pelas seguintes regras:

(J.2.1) Para a fundamentação de uma decisão jurídica deve-se apresentar pelo menos uma norma universal.

(J.2.2) A decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal, junto a outras proposições.

(J.2.3) Sempre que houver dúvida sobre se A é um T ou M, deve-se apresentar uma regra que decida a questão.

(J.2.4) São necessárias as etapas de desenvolvimento que permitam formular expressões cuja aplicação ao caso em questão não seja discutível.

(J.2.5) Deve-se articular o maior número possível de etapas de desenvolvimento.¹⁵⁸

Sobre a argumentação externa, ela é muito mais problemática por tratar da correção das premissas de que o discurso jurídico se serve. Decorrente de uma de suas regras de transição, especificamente aquela que diz que “Para qualquer falante é, em qualquer momento, possível passar a um discurso teórico (empírico),”¹⁵⁹ o autor diz que dificilmente uma argumentação que visa considerar os fatos deve ser subestimada. Isto porque muito dos acordos que o discurso jurídico visa tomar estarão visando os próprios fatos. Neste aspecto o discurso jurídico compartilha

¹⁵⁷ ALEXY, 2008, p. 217.

¹⁵⁸ ALEXY, 2008, p. 228.

¹⁵⁹ ALEXY, 2008, p. 228.

da possibilidade de recurso a uma argumentação empírica com o discurso prático geral.

Outra forma de argumentação externa é a consideração dos cânones da interpretação, os quais são afirmados desde Savigny, mas não podem necessariamente ser numerados um a um porque não há consenso suficiente sobre o assunto. No entanto, o autor leva em conta seis: os da interpretação semântica, genética, histórica, comparativa, sistemática e teleológica. Alexy compreende que estes cânones podem ser levados em conta desde que sejam distintos seis pontos: “(1) o campo de sua aplicabilidade, (2) seu status lógico, (3) o requisito de saturação, (4) as diversas funções das diversas formas, (5) o problema de sua hierarquia e (6) a resolução do problema da hierarquia na teoria do discurso jurídico.”¹⁶⁰

Sobre a argumentação dogmática, Alexy pretende falar do papel que tem a Ciência do Direito em seu sentido mais estrito e próprio. Esta atividade tanto arroga a si o papel de descrever o funcionamento do direito vigente, como analisar os conceitos jurídicos, bem como diferenciar normas e princípios e, por fim, também pode elaborar propostas de solução de casos jurídicos problemáticos. Em geral, no esclarecimento sobre o que vem a ser a dogmática, Alexy a diferencia tanto da descrição da legislação quanto com os princípios e principalmente não se confundem com as *rationes decidendi* dos tribunais. Portanto se pode dizer que o autor atribui à dogmática jurídica um papel diverso da aplicação do direito no caso de decidir. No entanto, afirma logo após que “a dogmática tem conteúdo normativo. Seus enunciados podem ser expostos como argumentos para a decisão de questões que não se poderiam resolver unicamente com argumentos empíricos.”¹⁶¹

Outra forma de argumentar juridicamente é o recurso a precedentes, o que pode trazer algumas dificuldades porque, uma vez que se considere a capacidade de decidir algo do mesmo modo que em outro caso, alguns casos têm diferenças mínimas, o que importa o reconhecimento dessas distinções e, por outro lado, nem sempre se quer decidir o mesmo caso da mesma forma, uma vez que os valores podem ter mudado. Assim, para que se decida de modo diferente, também deve haver alguma fundamentação. Mas em geral “O uso dos precedentes se mostra assim como procedimento de argumentação exigido por razões

¹⁶⁰ ALEXY, 2008, p. 239.

¹⁶¹ ALEXY, 2008, p. 249.

prático-gerais [...], sendo, nessa medida, racional. Seu uso pressupõe argumentos adicionais, especialmente, argumentos práticos de tipo geral.”¹⁶²

Por fim, Alexy expõe o uso de formas de argumentos jurídicos especiais, os quais seriam a analogia, o *argumentum a contrario*, o *argumentum a fortiori* e o *argumentum ad absurdum*. Com isto o autor quer dizer que muitas vezes quando não se encontram os argumentos suficientes nos usos que já se discutiram, cabe a utilização de argumentos menos usuais e, inclusive, imaginários. Mas podem ser racionais na medida em que sejam saturados e se os enunciados utilizados puderem estar fundamentados no discurso jurídico.

Todos estes tipos de argumentos que estão presentes no discurso jurídico, o qual é caso especial do discurso prático geral, não deixam de encontrar alguma raiz neste último. No entanto, ainda que discurso geral e discurso jurídico estejam amplamente relacionados, há a necessidade do jurídico para que se produza algum resultado e não se caia em argumentações infinitas sobre alguma proposição normativa. Isto também significa combater a vagueza das próprias normas jurídicas as quais, “de maneira nenhuma determinam de forma completa a decisão jurídica.[...] Por isso, mostra-se racional a introdução de formas e regras especiais da argumentação jurídica, sua institucionalização como Ciência do Direito e sua inclusão no contexto dos precedentes.”¹⁶³ Isto indica que a argumentação jurídica, por mais que seja necessária para dar aos argumentos um maior grau de imputação, não deixa de depender de argumentos práticos de tipo geral. E assim sendo, por não poder ser completamente separado do discurso geral, também somente pode almejar alguma certeza, mas nunca obtê-la definitivamente. Mas o próprio Alexy entende que mesmo nas ciências naturais a certeza total não existe. Diz ainda o autor que os juristas estão muito acostumados a buscar em primeiro lugar a segurança, algo que a Teoria da Argumentação jurídica não entende como principal escopo do Direito. Segundo o autor, “não é a produção de segurança o que constitui o caráter racional da Ciência do Direito, mas o cumprimento de uma série de condições, critérios ou regras, os quais este trabalho tenta evidenciar. [as regras dadas por ele, por sinal] Sua apresentação sistemática pode ser

¹⁶² ALEXY, 2008, p. 268.

¹⁶³ ALEXY, 2008, p. 275.

vista como uma explicação do conceito de argumentação jurídica racional.”¹⁶⁴

No entanto, em sua obra intitulada “Conceito e validade do direito”, o autor chega a formular uma definição do que entende por direito, na qual fica muito mais explícito seu desapego à norma e a busca pela racionalidade, mas que serve para dar livre entrada na operação do direito a elementos de fato e de valor:

Direito é um **sistema normativo** que (1) formula uma **pretensão à correção**, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apoia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão à correção.¹⁶⁵

Com uma sucinta definição do conceito de direito que elabora, Alexy se demonstra alguém que tem um profundo compromisso com o retorno dos valores para dentro do direito e, principalmente, no trabalho de retirar do direito uma preocupação excessiva com a segurança, a validade ou mesmo a coerência do sistema, para privilegiar o lugar do direito como possibilitador da correção das normas. Neste sentido, o conceito de direito de Alexy integra elementos que eram descartados no normativismo. Portanto, “os princípios [...] e outros argumentos normativos que fundamentam a decisão tornam-se componentes do direito.”¹⁶⁶ Além de ressaltar uma abertura dentro do próprio direito, Alexy procura conceituá-lo pensando na prática e, portanto, deixando para segundo plano a clássica separação de Kelsen entre ciência e aplicação do direito, ainda que certas divisões entre descrição e prescrição sejam expostas em seu texto. Contudo, se o autor menciona uma série de regras ou de diferenciações que realmente abarcam boa

¹⁶⁴ ALEXY, 2008, p. 279.

¹⁶⁵ ALEXY, 2009, p. 152, grifos nossos.

¹⁶⁶ ALEXY, 2009, p. 155.

parte da prática dos discursos jurídicos, o autor faz uma teoria que se diz normativa mas que chega a conclusões muito relativistas. Faz um descrição imensa de teorias e expõe diferenças de vários tipos de discurso para concluir que um não há sem outro e que ambos se confundem normalmente. É claro que este não deixaria de ser um posicionamento interessante, não fosse pelo fato de, como já se salientou, o autor falar de uma teoria normativa, uma prescrição, um modelo ou ainda um código da razão prática. Esse posicionamento descompromissado demonstra que Alexy não quer estabelecer sugestões à prática jurídica da subsunção ou do proceder da teoria do direito: o que há é uma tentativa de justificação das decisões, sejam elas morais, jurídicas ou senso comum. Trata-se de uma tentativa de dar racionalidade mesmo àquilo que nunca foi direito, o que levanta a pergunta acerca de uma excessiva instrumentalização das normas que encontraria sua integração excessivamente na decisão.

Ana Paula de Barcellos propõe um conceito de ponderação que tem grande influência de Dworkin e principalmente Alexy, mas que é mais eclético do que estes. Antes de propor o seu modelo, a autora destaca algumas concepções tradicionais de ponderação. A primeira delas seria aquela que consiste em forma de aplicação dos princípios. Neste sentido, “a concepção original de Ronald Dworkin – de que os princípios operam em uma dimensão de peso, ao passo que as regras obedecem a uma lógica de ‘tudo ou nada’ – e as formulações mais sofisticadas de Robert Alexy sobre o tema continuam extremamente populares na doutrina brasileira.”¹⁶⁷ A segunda forma de ponderação seria aquela que se julga servir para todo e qualquer conflito normativo, mesmo que não relacionado a princípios. Segundo a autora, “ela tem sido empregada em muitas decisões judiciais, que parecem identificá-la como uma técnica genérica de solução de aparentes tensões normativas.”¹⁶⁸ Por fim, a terceira forma seria aquela que considera a ponderação como elemento indispensável ao discurso e às decisões racionais em geral, não se limitando ao jurídico. O modelo que a autora propõe estaria contido em uma quarta concepção que muito se diferencia da segunda destacada – isto é, da utilização indiscriminada da ponderação – mas recepcionaria um pouco das outras, ressalvado que alguns princípios seriam aplicados como regras, contrariando a primeira opção, e que uma noção tão ampla de ponderação como aparece na

¹⁶⁷ BARCELLOS, 2005, p. 24.

¹⁶⁸ BARCELLOS, 2005, p. 26.

terceira concepção não seria desejável. A autora, então, define a ponderação como “técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais.” (BARCELLOS, 2005, p. 35)¹⁶⁹

Algo que fica muito destacado com Barcellos é o reconhecimento que a autora tem dos exageros a que se podem chegar com uma sobreposição da ponderação sobre a subsunção. Este tipo de prática, que acaba sendo comum hoje na jurisprudência, tende a retirar a normatividade do ordenamento e a ameaçar a implementação dos direitos fundamentais, uma vez que há menos segurança jurídica. Há, inclusive, uma preferência declarada da parte da autora em se privilegiar as regras, exceto em dois casos:

Embora o parâmetro geral seja o da preferência das regras sobre os princípios, há duas situações nas quais as regras estarão envolvidas com a ponderação de certa forma: (i) quando a incidência de uma regra produz tamanha injustiça que a torna incompatível com as opções materiais da Constituição; e (ii) quando há uma colisão insuperável de regras.¹⁷⁰

Embora a autora seja de certa forma crítica a um exagero de argumentações por princípios ou argumentações que somente sirvam para sobrepor regras claras, nota-se, em primeiro lugar que, ainda que faça um corte e sugira seu próprio método apenas para os dois casos acima elencados, a autora não chega a dar dois critérios muito claros e também cai no mesmo problema de Alexy, justamente o problema de fazer uma teoria normativa da ponderação, estabelecendo inúmeras classificações e subdivisões, mas de forma unilateral. A diferença está no fato de Alexy ser muito autorreferente, estabelecendo, portanto, classificações como bem entende e nem sempre em critérios firmados sobre aporias já consolidadas na filosofia e teoria do direito, ao passo que Ana Paula de Barcellos elabora uma teoria que de tão eclética (a autora cita indiscriminadamente uma gama enorme de autores muitas vezes discordantes) peca pela heterorreferência, mas que acaba também não se firmando em critérios notórios para estabelecer suas incontáveis

¹⁶⁹ BARCELLOS, 2005, p. 35.

¹⁷⁰ BARCELLOS, 2005, p. 305.

classificações, como por exemplo aquela que há pouco se citou entre os quatro tipos de argumentação.

Já Virgílio Afonso da Silva faz uma crítica muito mais feroz com relação à prática comum na justiça brasileira em abusar da argumentação e, sobretudo, na falta de clareza entre a divisão entre princípios e regras.¹⁷¹ Para o autor, inclusive

A invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um topos, com caráter meramente retórico e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula ‘a luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional’. (...) Não é feita nenhuma referência a algum processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade do ato questionado, nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados”¹⁷²

Se ficou demonstrado que as teorias do direito de cunho interpretativo-argumentativo apresentam uma grande tendência a sobrepor teoria e prática do direito em nome da integridade ou da racionalidade, como as próprias leituras feitas por juristas nacionais comprovam, isto convém ser destacado em virtude de uma possível instrumentalização do ordenamento jurídico, em que o único resquício de universalidade consiste na condição de estar sujeito à decisão, mas uma decisão que já não mantém critérios que tentavam dar o sujeito alguma segurança jurídica, ainda que ilusória; o que permanece, então é uma crença na boa atuação das instituições capazes de decidir, o que pode ser muito bem explicado pela teoria de Luhmann e, longe de ser algum modelo de execução, pode servir de alerta, contra a sobreposição da política ao direito ou a colonização da vida (como argumenta Habermas), principalmente em países em que não haja uma cultura política madura ou um consolidado aparato institucional.

¹⁷¹ Flávio Quinaud Pedron estabelece em “A ponderação de princípios pelo STF: balanço crítico” uma série de críticas à importância dada a Robert Alexy na jurisprudência dos tribunais superiores e alerta para a melhor adequação da teoria procedimentalista para o caso brasileiro. (PEDRON. In: REVISTA CEJ, 2008)

¹⁷² SILVA, 2002, p. 32.

Ainda assim, a pragmática que as teorias do direito ancoradas na teoria da linguagem prescrevem ainda é, de certa forma, teórica. Mas, mesmo assim, ela sustenta uma série de outras textualidades que já não se preocupam absolutamente em separar teoria de jurisprudência, chegando ao ponto de haver uma indiscernibilidade entre teoria e prática, salvo raros casos, como o de Virgílio Afonso da Silva.

Neste sentido é o entendimento do jurista Alfonso García, para quem a teoria da argumentação jurídica de Alexy e a teoria interpretativa de Dworkin seriam ambas dotadas de uma ambigüidade irresolúvel quando confundem um discurso normativo com um discurso descritivo.

Ahora bien, si el razonamiento jurídico se aproxima al razonamiento moral crítico y la teoría del derecho se convierte en una teoría de la argumentación jurídica, entonces el resultado es una teoría del derecho argumentativa y antipositivista. Estos rasgos confluyen en dos de los ataques más importantes al positivismo jurídico de las últimas décadas: la teoría 'interpretativa' del derecho de Dworkin y la teoría del derecho basado en su 'lado activo' de Alexy. La dimensión antipositivista de estas teorías presenta problemas desde un metadiscurso analítico y un metadiscurso normativo. La dimensión argumentativa genera la disolución del concepto de derecho y de la función judicial y se basa en la confusión de las nociones de pertenencia y aplicabilidad, causada por la adopción de la perspectiva interna, del participante, que estas teorías adoptan.¹⁷³

Em geral, sobre a teoria da argumentação jurídica de Dworkin, pode-se dizer com segurança que o autor confessa ter criado uma teoria normativa da argumentação. Ou seja: ele cria um modelo, como que um código da razão, que deve ser seguido por outros para que haja correção das proposições normativas (portanto não se trata de buscar verdade em proposições descritivas, mas misturar critérios de verdade com critérios de validade) e que vem somente de seu próprio

¹⁷³ FIGUEROA, 1999, p. 220.

arbítrio uma vez que a suposta fundamentação é elaborada em um momento diverso por uma exaustiva compilação das mais diversas noções dos mais diversos autores. Tudo que Alexy faz é criar um modelo a seu bel prazer e justificar que estão fundados no conjunto de suas leituras. Trata-se agora de observar quando os autores criam teorias do direito que por seu ecletismo já entram discussões vazias, mas que pode ainda assim permitir a ampliação do direito, chegando mesmo a constatar um direito advindo dos fatos e que não se diferencia da pura força.

3.3 Quando tudo é possível

Assim se manifestou o Supremo Tribunal Federal tendo o Ministro Eros Roberto Grau como relator:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.619/00, DO ESTADO DA BAHIA, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE LUÍS EDUARDO MAGALHÃES. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO --- APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO. 1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, há mais de seis anos, como ente federativo. 2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação

excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da **força normativa dos fatos**. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada --- **embora ainda não jurídica** --- não pode ser desconsiderada.¹⁷⁴

Como se fosse uma grande emergência, o Ministro Eros Grau entende que o município de fato Luís Eduardo Magalhães deve ser reconhecido mesmo à revelia da lei em virtude da força normativa dos fatos e da capacidade da corte agir de forma não jurídica. O leitor provavelmente notou alguma semelhança com a jurisprudência também do mesmo relator no início desta pesquisa. A repetição, no entanto, é salutar porque ela vem sendo feita reiteradamente pelo Supremo Tribunal Federal para qualquer caso, chegando à explicitar que hoje em dia no direito brasileiro tudo é possível. No caso desta última é sintomático o apelo aos fatos. Curiosamente o Ministro em seus próprios textos já manifestou uma confiança menor na fatualidade:

(...) no que tange aos fatos, não existe, no direito, o verdadeiro. Inútil buscarmos a verdade dos fatos, porque os fatos que importam para a produção da norma são aqueles recebidos/percebidos pelo intérprete autêntico - eles, como são percebidos pelo intérprete autêntico, é que informarão/conformarão a produção/criação da norma.¹⁷⁵

É interessante de se observar como, apesar de falar de força normativa dos fatos, como foi na jurisprudência citada há pouco, o ministro também entende que quem diz o que é fato é o magistrado. Ou seja, além de dizer o que é fato, ele ainda é capaz de aplicá-lo sem haver contato com a lei.

Por mais que se possa observar que haja com o crescimento do dinamismo social uma proliferação de normas de todos os gêneros que tentam lidar com a complexidade da vida, não se pode deixar de

¹⁷⁴ BRASIL, DJ, 3 ago. 2007, grifo nosso.

¹⁷⁵ GRAU, 2005, p. 95-96.

mencionar que boa parte da teoria do direito contemporânea, entre elas a de cunho neoconstitucionalista¹⁷⁶, entende que a sociedade deve ser regida por leis cada vez mais genéricas, como os princípios e garantias, desde que limitados pela Constituição. Neste contexto, quando já não se acredita no dogma da completude que dava tranquilidade ao juspositivismo, as especificidades contemporâneas somente podem ser decididas enquanto especificidade e, para que não haja uma completa desregulamentação, a fidelidade à constituição serve de paradigma à decisão do magistrado ou à argumentação dos demais operadores jurídicos. Susanna Pozzolo, ao tratar do neoconstitucionalismo compreende de forma crítica que

Esse modelo jurídico apresenta uma visão universalista do direito constitucional a qual representa uma dimensão axiológica do direito constitucional, a qual representa uma dimensão axiológica do jurídico, em que os valores não são simplesmente expressões de um ponto de vista, mas a expressão de um ideal moral universal. Nesse modelo, a Constituição não é somente 'norma de autorização' e limite do direito infraconstitucional; esta apresenta um conteúdo que sustenta todo o sistema jurídico.¹⁷⁷

A autora supracitada entende que o que mais marcaria a superação do positivismo jurídico pelo neoconstitucionalismo seria a interpretação moral da constituição vinculada a valores positivados por ela feita pelos seus autores. No entanto, esta nova forma de se pensar o direito não seria um novo modelo imposto de forma vertical, mas, em última hipótese, uma modificação do próprio modelo positivista quando este supostamente já não se adequaria ao mundo de hoje. O que importa para o reconhecimento da inflação normativa, no entanto, é o fato do normativismo do direito positivo e os seus procedimentos de produção normativa não necessariamente serem superados pelo modelo neoconstitucional, que vem principalmente para acrescer ao direito um fundamento axiológico baseado sobretudo na força normativa dos

¹⁷⁶ Há de se ressaltar que neoconstitucionalismo não é uma noção muito exata e nem constitui um movimento, havendo, portanto, sob esta denominação, um grande leque de posicionamentos conflitantes. Sobre o tema: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; 2003.

¹⁷⁷ DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna, 2006, p. 81.

princípios. “A positivação dos princípios, efetivamente, é aquilo que permite ao neoconstitucionalismo negar a distinção entre justiça e validade, reconhecendo ao direito uma tendência intrínseca à satisfação do ideal moral.”¹⁷⁸

Já no entender de Zagrebelsky, um grande defensor de um neoconstitucionalismo que adéque as regras a princípios,

La dogmática constitucional debe ser como el líquido donde las sustancias que se vierten – los conceptos – mantienen su individualidad y coexisten sin choques destructivos, aunque con ciertos movimientos de oscilación, y, em todo caso, sin que jamás un sólo componente pueda imponerse o eliminar a los demás. Puesto que no puede haber superación en una síntesis conceptual que fije de una vez por todas las relaciones entre las partes, degradándolas a simples elementos constitutivos de una realidad conceptual que las englobe con absoluta fijeza, la formulación de una dogmática rígida no puede ser el objetivo de la ciencia constitucional.¹⁷⁹

A liquidez institucional, que é tema muito presente no filósofo Zygmunt Bauman, o qual tem insistentemente repetido que as “organizações sociais [...] não podem manter sua forma por muito tempo (nem se espera que o façam), pois se decompõem e se dissolvem mais rápido que o tempo que leva para moldá-las e, uma vez reorganizadas, para que se estabeleçam”¹⁸⁰, como se pode observar com a fala de Zagrebelsky, já pode ser observada diretamente no campo da teoria direito. *No entanto, fica evidente que o que é motivo de maior preocupação para o filósofo é um modelo para o jurista italiano.*¹⁸¹ É claro que as posições de Zagrebelsky podem ser contextualizadas. Assim o fazendo, é possível perceber que o poder judiciário foi uma solução provisória para uma solução política do pós-guerra. No entanto, utilizar-se do mesmo recurso até os dias de hoje pode ser algo forçoso. Do mesmo modo se reconhece aqui que a teoria do direito que foi além do positivismo, entre elas essas

¹⁷⁸ DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna, 2006, p. 82.

¹⁷⁹ ZAGREBELSKY, 2002, p. 17.

¹⁸⁰ BAUMAN, 2007, p. 7.

¹⁸¹ O mesmo pode ser dito sobre Eros Grau citar Agamben em sua argumentação no texto supracitado.

aqui trabalhadas, como Dworkin, Alexy ou Habermas, todas elas tiveram alguma motivação e vêm trazer novos elementos à discussão. Contudo, já é hora de se observar o aspecto negativo de tais teorias e onde elas necessariamente falham em vez de segui-las como modelo. Isto é uma conseqüência que não deve deixar de ser vista pelo pensamento jurídico, o qual, salvo algumas exceções, entre elas o trabalho de Susanna Pozollo, não vê que, conforme salienta Marcelo Neves, “à retórica constitucionalista subjaz muitas vezes uma concepção voluntarista e instrumentalista do Direito.”¹⁸²

Para além da direta associação entre o dinamismo social e a crise do modelo positivista normativista e a conseqüente abertura do direito rumo a uma flexibilização que esteja a par da necessidade de mudanças da atualidade, o que não fica explícito, é como pode haver, por um lado, uma proliferação de normas e, por outro, um apego maior à generalidade, como garantias e princípios constitucionais. E, por mais que Susanna Pozollo indique que não há na atualidade um modelo jurídico que seja estranho ao positivismo, mas que parte de sua própria obsolescência, a dinâmica gerada pela complementação de um modelo baseado na norma e outro na decisão (ainda que fundamentada) ainda não foi propriamente explorada nem no que diz respeito ao seu funcionamento e nem com relação às suas conseqüências. A conceituação de inflação normativa deve abarcar tanto o problema da decisão quanto o problema da subsunção. O que pode unir ambas as noções é justamente a falta de universalidade de um direito cada vez mais *ad hoc*, portanto, que não consegue se distinguir nitidamente dos fatos, como salienta o julgado de Eros Grau ao dizer que os próprios fatos possuem uma normatividade, em uma verdadeira Ode a Carl Schmitt.

Por fim, para se demonstrar a absoluta indiferenciação entre estudo (proposição) e fazer (norma) do direito, vale destacar a alcunha de pós-positivismo. Em um sentido mais estrito, isto poderia significar todos os textos que fossem além do positivismo, em que se incluíam todos os textos aqui trabalhados, sendo assim uma tipificação trivial. No entanto, essa alcunha pode servir para aqueles autores que não possuem uma leitura metodológica comprometida com um ramo de estudo ou algum posicionamento teórico específico (como garantismo, teoria do discurso, argumentação, etc) e que, não obstante, não consideram as incompatibilidades conceituais dos autores que citam. É prudente

¹⁸² NEVES, 1994, p. 152.

afirmar que a mistura de todas as teorias pode gerar textos muito ambíguos e vazios, o que permite fundamentar tudo e caso por caso. A esse tipo de autor, a alcunha de pós-positivistas parece ser a última possibilidade de denominação.

Dentre esses, valem ser destacadas algumas manifestações de Luis Roberto Barroso (2007), para quem o marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo, o qual se sustenta na confluência entre jusnaturalismo e positivismo jurídico através de uma sublimação ou superação desses antigos modelos para dar lugar a um conjunto mais abrangente de idéias. O pós-positivismo busca ir além da legalidade em sentido estrito sem ameaçar o direito posto, procura associar o direito a moral sem cair na metafísica e pretende-se inspirado por uma teoria da justiça sem dar espaço aos voluntarismos por parte do judiciário. Segundo Barroso, “neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da **razão prática** e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.”¹⁸³ Barroso então propõe uma aproximação entre direito e moral e refunda o imperativo categórico como fundamento da justiça.

Quanto ao marco teórico, pode-se dizer que três transformações deram um novo impulso ao direito constitucional: a primeira delas a ser citada é o *reconhecimento da força normativa da constituição*, ou seja, pela primeira vez deu-se à constituição o status de norma jurídica e não uma lista de promessas vagas; além dessa, deve ser reconhecida uma *expansão da jurisdição constitucional*, qual seja, a preponderância absoluta da constituição sobre a criação e aplicação dos direitos, o que acarreta em uma submissão do próprio legislativo a um controle de constitucionalidade. Por fim, surge uma *nova interpretação constitucional*. Desse modo, vai-se além do método clássico da subsunção dos direitos e também já não são suficientes os métodos hermenêuticos tradicionais, como o gramatical, o histórico, sistemático e teleológico. Cito Barroso:

As cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e **extremamente dependente da realidade** subjacente, não se

¹⁸³ BARROSO, 2007, p. 6.

prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido.¹⁸⁴

Dentro desse quadro, a norma já não é onipotente, mas divide o palco com os fatos e o intérprete. Os fatos porque, em diversas situações, não será possível colher do sistema a correta aplicação da norma ou direito constitucional, o que justifica a observação dos elementos concretos de cada caso. Quanto ao intérprete, é inegável o seu papel para a integração de princípios, normas abertas e conceitos indeterminados. No entanto, para este caso, levanta-se a questão sobre os limites da discricionariedade para a demarcação de parâmetros de ponderação de valores e interesses e por uma fundamentação racional das decisões. Nota-se, portanto, com Barroso, autor de grande renome na discussão teórica nacional, um ecletismo teórico à brasileira.¹⁸⁵

Sem dúvida, esse direito tido simplesmente como pós-positivista é muito mais relacionado com o direito constitucional por sua generalidade, sendo muito mais raro defender semelhante posicionamento de interpretação moral ou realista em outros âmbitos do direito, como o civil, o penal, etc. Mas todos eles podem ter sua constitucionalidade discutida, daí a importância deste ramo do direito bem como da força que ganha a jurisdição. A autora Nancy de Melo e Silva serve de exemplo entre o pensamento constitucional ordinário em um livro publicado em 2002 aduz o seguinte:

No Brasil, onde o Legislativo tem historicamente se portando de forma fisiológica e o Executivo de forma dominadora, o Poder Judiciário é a esperança para os que crêem no direito ou na

¹⁸⁴ BARROSO, 2004, p. 346, grifo nosso.

¹⁸⁵ Sobre outras obras que trabalham de maneira semelhante, observar: Oliveira, Fábio de. *Por uma Teoria dos Princípios: o princípio Constitucional da Razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

justiça. Dar vida à Constituição, preservando os princípios que a estruturam e assim franqueando à sociedade as garantias fundamentais inerentes ao devido processo legal depende tão-somente da atuação do Poder Judiciário.¹⁸⁶

Em sentido semelhante nota-se uma obra recente de Écio Oto Ramos Duarte um texto completamente eclético, mas que tem por objetivo uma “teoria do discurso e correção normativa do direito” cuja fundamentação principal se dá entre Alexy e Habermas. Sem nenhuma tentativa de explicar o que o autor quer dizer com isso, cita-se um trecho de como ele pretende que uma teoria do Discurso concretize procedimentalmente os direitos fundamentais sob o paradigma de racionalidade do entendimento. Responde o autor:

O caráter discursivo do conceito de validade [sic], inerente a um *dever ser* constitucional constituído com base numa relação de complementaridade do direito positivo com uma moral racional, operará uma ruptura com os critérios de racionalidade científica que intentam o ‘reconhecimento’ de validade normativa desde um prisma estruturado segundo uma lógica binária de presença/não presença, válidas/não válidas, o qual, normalmente, efetua um procedimento de atestabilidade normativa da norma jurídica descritivo-empiricamente considerada (racionalidade cognitivo-instrumental), situando, agora, o controle da correção jurídica das normas objetivamente apresentadas em parâmetros de validade tanto formais quanto substanciais, desde uma regra de reconhecimento normativo que se contrói de forma intersubjetiva (racionalidade comunicativa), a partir de procedimentos racionais de argumentação que pretendam inferir a busca de razões para a justificação de validade da norma em questão.¹⁸⁷

¹⁸⁶ MELO E SILVA, 2002, p. 173.

¹⁸⁷ DUARTE, 2004, p. 250-251.

Até onde é possível compreender alguma coisa da citação, o autor propõe uma redefinição da validade para além dos binarismos que constituem o direito, entre ele validade/ não validade ou mesmo o problema da presença (que remete até ao problema do Ser, talvez algo um pouco amplo para ser resolvido num tratado de argumentação jurídica), para a construção de uma validade tanto formal quanto substancial construída intersubjetivamente, seja lá o que for isso. Consiste numa validade *ma non troppo*...

O restante deste trabalho vai se deparar da seriedade da proliferação destas teorias não tão sérias. Ainda que pareçam propor uma “validade (ou validez) light”, este tipo de prática que declaradamente prescreve uma junção entre formalidade e materialidade pode trazer conseqüências muito graves, entre elas um direito de transe e um êxtase que tem sua outra face na força bruta. Uma validade capaz de apaziguar a tensão entre formalidade e materialidade, bem como resolver-se com o problema da descrição somente é possível no estado de exceção, tema do próximo capítulo.

4. RECONCEITUAÇÃO DE INFLAÇÃO NORMATIVA

A teoria do direito interpretativo-argumentativa funda-se em pressupostos lingüísticos para dar soluções práticas, em um contexto em que a lingüística serve de fundamento transcendente para justificar a decisão além do texto legal, fazendo com que se acentue a norma em sua validade formal. Isto indica que o fenômeno da inflação normativa está diretamente ligado a uma tentativa teórica de se compreender o direito mesmo sob um processo de fragmentação em decorrência de uma proximidade aos fatos. Eis que, em vez de decadência do sistema, o conceito aqui proposto de inflação normativa – que é uma crise de legalidade – consiste em uma hiper-realização do sistema, como que o sistema *ad hoc*, e não em crise, como se costuma associar. A suspeita que surge com essa imperatividade sem universalidade, no entanto, passa a ser a de que, além dos acidentes comporem os sistemas, eles não são apenas uma novidade no mundo dos fatos que justifica a modificação do direito. A interação entre direito e fato (não desconsiderando a ficcionalidade intrínseca a qualquer fato) é muito mais problemática do que alguma teoria possa resolver. Não se trata somente de pensar que os fatos servem de obstáculo e ao mesmo tempo razão de ser do próprio direito. Ambos se influenciam mutuamente e a maior consequência disso é que a necessidade a que se apela para a suspensão ou modificação do ordenamento jurídico, a origem da inflação normativa, é, como se verá, construída e não simplesmente dada.

A questão deve ser deslocada de forma que o que seria tomado como deficiência do sistema jurídico passe a ser visto como uma parte dele e até mesmo um pressuposto, o qual pode se apresentar como grande quantia de normas de exceção ou mesmo em arbitrariedades por parte dos intérpretes. É claro que não para simplesmente comparar como um sistema mais rígido se torna atualmente mais aberto, mas para demonstrar como *as próprias noções de sistema ao longo do tempo se fundaram sobre a dicotomia entre teoria e aplicação do direito, que podem ser traduzidas por ser e dever-se ou ainda, de forma paralela, validade formal e validade material. Sendo assim, a inflação normativa, isto é, a desvalorização da legalidade em função do excesso normativo, se dá pela aceleração e indistinção entre essas dicotomias sempre em nome da efetividade e precisão, as quais não acarretam*

necessariamente em uma crise de direito, mas em um fortalecimento deste, desde que considerado em seu aspecto meramente formal e, em última instância, mera força. Dentro deste enquadramento, a inflação normativa que se deixa entrever por um direito cada vez mais tomado como construção, não pode mais ser tomada somente como desconstrução¹⁸⁸ – avanço misturado a ameaça – necessária do sistema para que se abra uma desconfiança de que a própria necessidade pode ser construída, e que, em última instância, o excesso é exceção.

Depois de se ter demonstrado como a teoria atual do direito vem sendo trabalhada no Brasil, ou seja, em grande parte buscando uma maior aproximação entre direito e fato – e principalmente teoria e prática – em um pragmatismo que tem por nome integração, efetividade ou justiça, sobretudo nas concepções interpretativas e argumentativas do direito, convém agora esclarecer alguns pontos conceituais mais densos. Primeiramente será tratado do problema da separação entre teoria e

¹⁸⁸ Sobre este assunto é muito interessante a comparar a leitura de Derrida sobre Benjamin e também a leitura que Agamben posteriormente faz de Carl Schmitt sobre o tema da tentativa da captura daquilo que não está regulado no direito. Enquanto o filósofo francês da desconstrução escreve que o Direito, enquanto tensão entre uma violência fundadora e outra mantenedora, tem neste processo um constante diferir que se mescla com uma ameaça a uma suposta origem, onde portanto haveria uma degenerescência do direito quando se tenta mantê-lo a qualquer custo, mesmo aonde ele não chega, como acontece na violência policial, Agamben, por ler Carl Schmitt junto com Walter Benjamin, prefere dizer que “o direito parece não existir senão através de uma captura da anomia, assim como a linguagem só pode existir através do aprisionamento do não lingüístico”. (AGAMBEN, p. 93) Assim, situações típicas de exceção, como a própria violência policial, na tentativa de chegar onde a lei a princípio não chega e assim impor o direito a partir de sua própria suspensão, em vez de significar uma ameaça permanente de degenerescência, o estado de exceção passa a ser visto em Agamben como o vazio que sustentaria o próprio direito. Pois, segundo as próprias análises de Schmitt, “a ordem, deve ser estabelecida para que a norma jurídica tenha algum sentido. Deve ser criada uma situação normal, e o soberano é aquele que decide, definitivamente, sobre se tal situação normal é realmente dominante” A suspensão do direito, não somente dá a ele força, como é, para Schmitt, aquilo mesmo que o funda. Em suma, longe de ameaçar, a crise impulsiona a instituição do direito. Além disso, é de se pensar até que ponto é legítima uma emergência, por exemplo, por um apelo aos fatos. Isto porque a crise pode ser fundante e o direito pode ser suspenso alheio a qualquer crise verdadeira.

Interessante é notar, porém que já não se pode mais estabelecer nos Estados modernos alguma linha ou fronteira exata que separe a exceção jurídica da normalidade, razão pela qual diz Agamben que “O que ocorreu e ainda está ocorrendo sob nossos olhos é que o espaço ‘juridicamente vazio’ do estado de exceção (em que a lei vigora na figura – ou seja, etimologicamente na *ficção* – da sua dissolução, e no qual podia portanto acontecer tudo aquilo que o soberano julgava de fato necessário) irrompeu de seus confins espaço-temporais e, esparramando-se para fora deles, tende agora por toda parte a coincidir com o ordenamento normal, no qual tudo se torna assim novamente possível.” (AGAMBEN, 2002, p. 44)

prática, isto é, da relação do direito com este tipo de dicotomia, para, em seguida, se demonstrar que a fusão desmedida dessa separação chega a se aproximar das teorias do transe e do excesso, as quais muito contribuíram para a arte do século XX, mas não necessariamente se adéquam aos problemas do direito ou da política, sendo perigoso utilizar tal estratégia como modelo. Posteriormente, no último ponto do trabalho, será esclarecido o problema que exsurge do excesso, ou seja, a exceção como tentativa de integração do direito e como não se pode mais falar em crise do direito, mas um direito de crise.

4.1 O problema da separação

Em “As palavras e as coisas”, livro que deu notoriedade a Michel Foucault, o autor expõe em seus estudos as primeiras manifestações do que se entende por representação, em contraposição ao saber do século XVI, e na renascença em geral, em que até então vigorava um saber baseado em uma ordem do mundo em que se conhecia e se pensava por associações, analogias. O que mudaria essencialmente, seria que, com o advento da modernidade histórica, o antigo paradigma da semelhança passa a ser substituído por um paradigma da identidade, no qual os elementos de estudo estão ligados pelo que se entende por representação.

A disposição binária do signo, tal como aparece no século XVII, substitui-se a uma organização que, de modos diferentes, era sempre ternária desde os estóicos e mesmo desde os primeiros gramáticos gregos; ora, essa disposição supõe que o signo é uma representação duplicada e reduplicada sobre si mesma. Uma idéia pode ser signo de outra não somente porque entre elas pode estabelecer-se um liame de representação, mas porque essa representação pode sempre se representar no interior da idéia que representa. Ou ainda porque, em sua essência própria, a representação é sempre perpendicular a si mesma: é, ao mesmo tempo, indicação e aparecer; relação a um objeto e manifestação de si.¹⁸⁹

¹⁸⁹ FOUCAULT, 2002, p. 89.

Dentro de tal contexto, com a noção de representação e, em última instância na estrutura binária do signo¹⁹⁰, Foucault demonstra como se deu a fundação das ciências humanas, as quais, a partir da lógica formal, tal como nas ciências naturais, puderam garantir uma acumulação de verdades, que são interligadas por uma lógica de realidade que permanece para além daquilo que está escrito ou que está falado, mas que, mesmo não sendo evidente, permite criar interpretações. Enfim, quando a filosofia se volta para o representar, há um fundamento epistemológico capaz de embasar a construção das ciências humanas. No entender de Raúl Antelo, as representações regem toda a vida humana mas é a partir delas mesmas que é possível a tomada de ação bem como a fixação de uma realidade a que se fixar. Destarte,

não existe a rigor prática humana que não seja produzida por representações, ora contraditórias, ora confrontadas entre si, mas é graças a elas que os indivíduos se dão a si mesmos em sentido ao passo que produzem o sentido que o mundo terá para eles próprios. [...] A representação não supõe equivalência mas a interferência e intermitência.¹⁹¹

O apelo a uma exterioridade impalpável, porém, representável que a concepção de representação traz consigo, foi também objeto de Estudo de Jacques Derrida que, sem as mesmas pretensões de historiador das idéias que compõem os trabalhos de Foucault, estudou a noção de signo (e nisto a representação moderna) associada a conceitos de metafísica do Ocidente. Para o autor, haveria no pensamento metafísico uma compreensão da escritura enquanto uma evolução no jogo do signo, que acarretaria em uma secundariedade, visto que, no andar da significação, o sentido primeiro correria o risco de se perder,

¹⁹⁰ Segundo Roland Barthes, “O signo é, pois, composto de um significante e um significado. O plano dos significantes constitui o *plano de expressão* e dos significados o *plano de conteúdo*. Em cada um destes dois planos, Hjelmslev introduziu uma distinção importante talvez para o estudo do signo semiológico (e não mais lingüístico apenas). Cada plano comporta, de fato, para Hjelmslev, dois *strata*: a *forma* e a *substância*; é preciso insistir na nova definição destes dois termos, pois cada um tem um denso passado lexical. A *forma* é o que pode ser descrito exaustiva, simples e coerentemente (critérios epistemológicos) pela Lingüística, sem recorrermos a nenhuma premissa extralingüística; a *substância* é o conjunto dos aspectos dos fenômenos lingüísticos que não podem ser descritos sem recorrermos a premissas extralingüísticas.” (BARTHES, 2007, p. 43)

¹⁹¹ ANTELO, 1994, p.10.

uma vez que a escrita fonética remete a uma linguagem anterior e que dá a idéia de ser mais verdadeira do que aquela que está na escritura. Assim, um fonocentrismo e um logocentrismo fazem parte de toda a história da metafísica ocidental, para a qual a escritura, por ser defeituosa na tentativa da significação plena, acarreta um desvio na tentativa de se apropriar da verdade. Ou seja, há sempre um remetimento a um sentido mais verdadeiro que está por detrás dos documentos em vista ou do material de estudo disponível, daí estar sempre aberta a possibilidade de novas interpretações.

A época do *logos*, portanto, rebaixa a escritura, pensada como mediação de mediação e queda na exterioridade do sentido. Pertenceria a esta época a diferença entre significado e significante, ou pelo menos o estranho desvio de seu paralelismo, e sua mútua exterioridade, por extenuada que seja. Esta pertença organizou-se e hierarquizou-se numa história. A diferença entre significado e significante pertence de maneira profunda e implícita à totalidade da grande época abrangida pela história da metafísica, de maneira mais explícita e mais sistematicamente articulada à época mais limitada do criacionismo e do infinitismo cristãos, quando estes se apoderam dos recursos da conceitualidade grega.¹⁹²

De qualquer forma, sem adentrar no verdadeiro problema enfrentado por Derrida, qual seja, o de uma nova atitude perante a escritura pela desconstrução da metafísica, é interessante perceber com o autor que a própria fissura que está presente na noção de signo, entre significante e significado, que atesta a representação, mas sem esconder uma certa imperfeição, o autor demonstra que o pensamento do Ocidente está inevitavelmente marcado por binarismos derivados desses primeiros pressupostos, entre eles forma/conteúdo, língua/fala, essência/existência, etc. Por mais que essas divisões sejam sempre fracassadas para as exigências metafísicas, para uma atitude pós-estruturalista, a escritura, nesta tentativa impossível, indica um posicionamento, um sintoma de uma certa manifestação ou decisão. Ainda que se abandone a pretensão de atingir um pleno conhecer, a

¹⁹² DERRIDA, 1973, p. 15.

disposição de signos pode, nas representações, apontar que houve em determinado texto decisões e manifestações que, se foram feitas em referência a uma ordem maior, colocando-se esta justificação transcendente entre aspas, coloca-se o texto novamente em uma indecidibilidade. Mas, de qualquer forma, não se pode descartar – e isto é vital para o que está se tratando neste trabalho – que a escritura é o único material disponível a ser trabalhado. Portanto, Derrida, mesmo em seu projeto de desconstrução, indica que “*não tem nenhum sentido abandonar os conceitos da metafísica para abalar a metafísica; não dispomos de nenhuma linguagem – de nenhuma sintaxe e de nenhum léxico – que seja estranho a essa história*”¹⁹³. Isto se aplica a qualquer tipo de textualidade, entre elas as científicas, a qual, além da verdade ou inverdade de suas premissas, pode, portanto, apontar que tais textos são compostos por decisões éticas, políticas, etc, as quais não podem ser reveladas, mas somente apontadas. Deste modo, além de fazer menção a uma verdade exterior ou a uma significação mais verdadeira, como é o objetivo das ciências (ao menos as que passaram a se considerar como tal a partir dos moldes positivistas, entre as quais a sociologia, etnologia, a história), pode-se trabalhar com o texto de maneira a rejeitar a verdade em si, para abrir nele um espaço novo de discussões.¹⁹⁴

O caráter científico do direito, no entanto, foi desde sempre problemático. É claro que todo discurso epistemológico é problemático, mas, se comparado a outros ramos das ciências humanas, nota-se que a ciência do direito, ao menos na concepção neopositivista kelseniana, não pôde simplesmente afirmar que teria como principal atividade a interpretação de proposições. Isto porque a análise do direito traria ambigüidades, voluntarismos, valores, normas, fatos, instituições, etc. Enfim, a palavra direito sempre pareceu muito ampla para encontrar nela algum fenômeno digno de ser representado e estudado. O grande mérito de Hans Kelsen foi o de encarar a tentativa de dar ao direito um estatuto de cientificidade conforme os estudos lingüísticos mais recentes de sua época, representados pelos positivistas lógicos do Circulo de Viena. Em busca de seu propósito, Kelsen primeiramente teve de isolar o direito como norma (o que já demonstra uma posição) e reelaborar

¹⁹³ DERRIDA, 2002, p. 233.

¹⁹⁴ Seria completamente trivial, no entanto, a atitude de buscar demonstrar em um trabalho de mestrado como o discurso jurídico está assentado em conclusões metafísicas quando procura uma justificação exterior. Qualquer trabalho acadêmico, pelo simples fato de apelar a elementos estranhos a ele, como conceitos e citações de outros autores já consiste em uma atitude, em um agir, de certa forma, metafísico.

uma lógica própria às ciências normativas como a do direito nas quais não o princípio da causalidade, típico das ciências naturais, já não rege. Ao contrário, sendo o direito uma ciência normativa, nela rege o princípio da imputação, em que há um corte na pretensão descritiva do texto normativo, para que se trabalhe com a norma em seu sentido prescritivo. Kelsen, entretanto, opera várias cisões, como considerar o direito como norma e separar ciências causais de normativas.

Determinando o Direito como norma (ou, mais exatamente, como um sistema de normas, como uma ordem normativa) e limitando a ciência jurídica ao conhecimento e descrição de normas jurídicas e às relações, por estas constituídas, entre fatos que as mesmas normas determinam, delimita-se o Direito em face da natureza e a ciência jurídica, como ciência normativa, em face de todas as outras ciências que visam o conhecimento, informado pela lei da causalidade, de processos reais.¹⁹⁵

Kelsen, então, faz uma separação necessária à consolidação da ciência jurídica para os moldes do positivismo lógico que se baseia na divisão entre norma jurídica (relativo ao dever-ser, prescrição, validade) e proposição jurídica (relativo ao ser, descrição, verdade). “Na distinção entre proposição jurídica e norma jurídica ganha expressão a distinção que existe entre a função do conhecimento jurídico e a função, completamente distinta daquela, da autoridade jurídica, que é representada pelos órgãos da comunidade jurídica¹⁹⁶.” Essas separações de Kelsen demonstram que a justificação do direito a partir da noção de validade se fez necessária, bem como um corte na causalidade proporcionado pela norma fundamental para que se pudesse constituir um sistema.¹⁹⁷ No entanto, toda esta volta de Kelsen atesta que essa

¹⁹⁵ KELSEN, 2006, p. 84.

¹⁹⁶ KELSEN, 2006, p. 81.

¹⁹⁷ Não se pode deixar de considerar a importância que H. L. A. Hart representa ao pensamento do direito, sobretudo aquele do Common Law. Em sua obra mais célebre, *Concept of Law*, estabelece o autor uma fundação do direito não necessariamente em uma norma hipotética como fez Kelsen, mas traz novas formulações sobre o assunto quando postula a existência de normas secundárias, muito mais relacionadas com sistematização do direito, ao lado das primárias, que tratam de comportamento. Essas normas secundárias podem ser de

busca por fundamentos distintos dos fenômenos de outras ciências (as quais também têm entre si fundamentos diversos) não dispensa as mesmas divisões que caracterizam qualquer discurso metafísico. Ou seja, ainda que a ciência do direito não seja tão simplesmente a interpretação de normas ou fatos jurídicos e tampouco a aplicação dogmática, ela não logra em sair ilesa da noção de representação presente em qualquer discurso científico e, assim, gera uma outra divisão digna de nota, qual seja, a separação entre teoria (descrição) e aplicação (prescrição) do direito.

Para que não se tome Kelsen como único discurso, como se fosse o porta-voz da ciência do direito, vale trazer à exposição igualmente o trabalho de Carl Schmitt, seu contemporâneo, que, com seu pensamento, suscitou um grande debate entre normativismo e decisionismo que até hoje influencia juristas. Para Schmitt, grande crítico da democracia parlamentar da Alemanha de Weimar, o direito, para ser devidamente aplicado, necessita de uma ordem social compatível com aquilo que ele põe, justificando-se, assim, sua definição de soberania de que “soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção.”¹⁹⁸ Fora de uma concepção de direito normativista, o autor entende que a norma por si só não é capaz de garantir a prescrição, cabendo ao intérprete a aplicação e a imposição de sentido. O autor, assim, entende que “Para o jurista do tipo decisionista, a fonte de todo direito, ou seja, de todas as normas e ordenamentos sucessivos, não é o comando enquanto comando, mas a autoridade ou a soberania de uma decisão final, que vem presa junto ao comando.”¹⁹⁹ Ainda assim, Schmitt não consegue com seu apelo à decisão pura retirar do direito

reconhecimento, modificação ou julgamento e quase que raramente são expressas como normas jurídicas, não sendo simplesmente hipotéticas, mas pressupostas, daí a não necessidade e ao mesmo tempo dificuldade de positivação. Diz Hart: “Exigem-se, portanto, duas condições mínimas, necessárias e suficientes, para a existência de um sistema jurídico. Por um lado, as normas de comportamento válidas de acordo com os critérios últimos de validade do sistema devem ser geralmente obedecidas; por outro lado, as normas de reconhecimento que especificam os critérios de validade jurídica e as normas de modificação e julgamento devem ser efetivamente aceitas como padrões públicos comuns de comportamento oficial por parte das autoridades do sistema.” (HART, 2009, p. 150) Hart, portanto, indica que as normas secundárias, sobretudo de reconhecimento, sejam centrais para que se estabeleça um sistema jurídico.

¹⁹⁸ SCHMITT, 2006b, p. 7.

¹⁹⁹ SCHMITT, 2006a, p. 261, tradução nossa. Original : “Per il giurista del tipo decisionistico, la fonte di tutto il ‘diritto’, cioè di tutte le norme e gli ordinamenti successivi, non è il comando in quanto comando, ma l’autorità o sovranità di una decisione finale, che viene presa insieme al comando”

alguma dicotomia; muito pelo contrário, o autor chega a levar até o extremo a cisão entre a aplicação imanente e a fundamentação na decisão de se suspender o próprio direito, o que significaria para o direito o que o milagre representa para a teologia²⁰⁰. Aliás, o próprio Schmitt argumenta que “todos os conceitos concisos da teoria do Estado moderna são conceitos teológicos secularizados²⁰¹”, ou seja, o apelo a uma metafísica permanece em Schmitt de forma muito firme.

Para o pensador italiano Giorgio Agamben, o qual empreende um trabalho jurídico imenso a partir das leituras de Schmitt, sistema jurídico moderno está sempre assentado em uma divisão fundamental entre ser e agir, teoria e prática. O autor não entra diretamente nas categorias de Kelsen, mas demonstra em seu livro “Stato di Eccezione” a partir de textos que remontam à antiguidade clássica que:

O sistema jurídico do Ocidente apresenta-se como uma estrutura dupla, formada por dois elementos heterogêneos e, no entanto, coordenados: um elemento normativo e jurídico em sentido estrito – que podemos inscrever aqui, por comodidade, sob a rubrica de *potestas* – e um elemento anômico e metajurídico – que podemos designar pelo nome de *auctoritas*.²⁰²

Seguindo esta mesma linha, Agamben ainda aprofunda o pensamento na obra “*Il regno e la Gloria*”, cuja pesquisa melhor esclarece a questão da secularização de conceitos teológicos no direito e na política. Neste sentido, a partir de estudos teológicos da antiguidade tardia e idade média, os quais versam, entre outros assuntos, sobre o dogma da trindade, o autor trabalha como a expressão do cristianismo primitivo “economia do mistério” é relida como “mistério da economia”. Neste gesto, o que está em jogo é a tentativa de dar a um pensamento messiânico, como que um agir redentor, os ares de uma administração burocratizada da salvação e da fé. Passa-se, com isso, a separar o Deus Pai, que seria potência pura e incapaz de agir, do Deus Filho, que vem para agir em nome do Pai, mas sem a intervenção dele, o

²⁰⁰ Sobre o assunto, consultar ALLONES, FOESSEL, KERVÉGAN (org.). *Modernité et sécularisation*: Hans BLumenberg, Karl Löwith, Carl Schmitt, Leo Strauss. Paris : CNRS, 2007.

²⁰¹ SCHMITT, 2006b, p. 35.

²⁰² AGAMBEN, 2004, p. 130.

que gera para o pensamento metafísico Ocidental de um agir retirado de um vazio, fundamentando, entre outras noções, o livre arbítrio e o governo e um fundamento divino ou transcendente a ele relacionado, para gerar legitimidade a esse governo, mesmo quando deve agir pela exceção.

Mostramos, ao contrário, que o primeiro gérmen da divisão entre Reino e Governo esta na *oikonomia* trinitária, a qual introduz na mesma divindade uma fratura entre ser e práxis. A noção de *ordo* no pensamento medieval – e, marcadamente, em Tommaso – não chega a suturar esta cisão entre uma ordem transcendente e uma ordem imanente (e entre *ordinatio* e *executio*).²⁰³

A pesquisa de Agamben passa a considerar em “*Il regno e la Gloria*” não mais tanto o problema da soberania, que dá um fundamento transcendente às ações, mas também o problema do governo em si, ou seja, da política em sua imanência. Diz o autor logo no início do estudo:

Uma das teses que essa buscará demonstrar é a de que da teologia cristã derivam dois paradigmas políticos em sentido amplo, antinômicos mas funcionalmente conexos: a teologia política, que funda no único Deus a transcendência do poder soberano, e a teologia econômica, que substitui a esta a idéia de uma *oikonomia*, concebida como uma ordem imanente – doméstica e não política em sentido restrito – tanto da vida divina como daquela humana. Do primeiro, derivam a filosofia política e a teoria moderna da soberania. Do segundo, a biopolítica moderna até ao atual

²⁰³ AGAMBEN, 2009, p. 127, tradução nossa. Original: “Noi abbiamo mostrato, al contrario, che il primo germe della divisione fra Regno e Governo è nella *oikonomia* trinitaria, che introduce nella stessa divinità una frattura fra essere e prassi. La nozione di *ordo* nel pensiero medievale – e, segnatamente, in Tommaso – non riesce a suturare questa scissione se non riproducendola al suo interno come frattura fra un ordine transcendente e un ordine immanente (e fra *ordinatio* ed *executio*).”

triunfo da economia e do governo sobre cada aspecto da vida social.²⁰⁴

O que mais importa marcar é a própria separação que o autor coloca entre uma fundamentação transcendente e um agir com um fundamento, em última instância anárquico, mas em cuja relação ambas as noções, Reino e Gloria se relacionam. Este pensamento serve como uma boa ilustração da relação que existe no direito entre uma teoria e um agir, que, em cada escrito e tratado toma formas e categorias diferentes, mas que, em última instância, não rompe com essa oposição, cada um a seu modo, como se viu na separação de Kelsen entre ser e dever-ser para dar conta de todo o problema do direito, bem como a solução de Schmitt em apelar para uma figura da exceção como fundamento soberano último e vazio capaz de dar ao direito posto as condições de existência.²⁰⁵

Também se pode elaborar novas oposições a partir da comparação de teorias. Mario Losano, como se observou no primeiro capítulo, aproveitou-se da divisão gerada pelo conceito de validade entre ser e dever-se para comparar teorias que propunham um sistema externo (transcendência) e outras que traziam um sistema interno (imanência). Mas, é possível fazer outras comparações fora do problema da validade, como seria, por exemplo, comparar o debate que houve entre Savigny e Thibaut acerca das codificações, este muito mais voltado para um direito em sua imanência enquanto aquele primava por uma compreensão do direito por fora, apelando à tradição e aos costumes, o que é uma forma de busca de transcendência²⁰⁶.

Pode-se chegar agora no ponto central do novo conceito proposto de inflação normativa. Com relação às teorias jurídicas

²⁰⁴ AGAMBEN, 2009, p. 113, tradução nossa. Original: "Una delle tesi che essa cercherà di dimostrare è che dalla teologia cristiana derivano due paradigmi politici in senso lato, antinomici ma funzionalmente connessi: la teologia politica, che fonda nell'único Dio la trascendenza del potere sovrano, e la teologia econômica, che sostituisce a questa l'idea di un'oikonomia, concepita come un ordine immanente – domestico e non político in senso stretto – tanto della vita divina che di quella umana. Dal primo, derivano la filosofia politica e la teoria moderna della sovranità. Dal secondo, la biopolitica moderna fino all'attuale trionfo dell'economia e del governo su ogni altro aspetto della vita sociale."

²⁰⁵ Esta divisão, no entanto, não pode ser pensada em apenas um único lugar. Aqui se trabalha com uma teoria do direito e a aplicação mesma dele, mas não exclui que se pense pela mesma lógica, por exemplo, a divisão entre direito material e direito processual.

²⁰⁶ Sobre o assunto, CABRILLAC, Rémy. *Les Codifications*. Paris: Puf, 2002; STERN, Jacques. *Thibaut y Savigny : La Codificación : una controversia programática basada en sus obras*. Tradução de Jose Diaz García. Madrid: Aguilar, 1970.

trabalhadas neste estudo, todas situadas cronologicamente na segunda metade do século XX, é possível entender uma recente busca por um retorno a um pensamento da transcendência pra a fundamentação do direito, sobretudo em Luhmann e Habermas, como muito bem salienta Mario Losano. No entanto, Dworkin e Alexy não constaram nos estudos do jurista italiano. Isto não poderia justificar que se colocasse ambos os autores na etiquetagem de sistema externo em razão da data de seus estudos. Os autores aqui trabalhados com um viés mais lingüístico, à contraposição de Luhmann e Habermas, de cunho mais sociológico, não vão simplesmente propor um fundamento externo de fundamentação para o direito, mas, muito pelo contrário, estão muito preocupados com a prática. Isto não seria problemático se fosse considerado que eles propõem um agir prático, entre transcendência e imanência, portanto em teorias de caráter transcendental. No entanto, o que se demonstra não é exatamente essa dualidade muito bem demarcada, mas uma teorização no limite de uma indiscernibilidade. Neles, a dicotomia entre teoria e aplicação do direito já se torna demasiado supérflua e, ao contrário de Luhmann e Habermas, já não separam devidamente essas duas noções, levando a dicotomia apresentada por Mario Losano a um colapso. Retome-se a definição de direito de Alexy:

Direito é um **sistema normativo** que (1) formula uma **pretensão à correção**, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apoia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão à correção.²⁰⁷

Não é preciso ir além da primeira linha para demonstrar que, primeiramente o autor considera o direito como um **sistema normativo**, portanto prescritivo em que se falaria de validade ou a não validade, e, logo mais, associa este termo à **pretensão de correção**, ou seja, em que

²⁰⁷ ALEXY, 2009, p. 152, grifo nosso.

a discussão gira em torno da verdade ou inverdade das premissas, portanto descrição. Há, assim, uma simbiose em Alexy entre teoria e aplicação do direito, por mais que ele considere que, por ser também um discurso prático, o direito tem uma dimensão normativa e outra lógica. Por outro lado, na continuação da definição se pode perceber a busca por argumentos valorativos dentro do direito, o que gera uma concepção de direito, no mínimo, eclética e que dá vazão para que se “argumente” ou se “corrija” de uma forma excessivamente aberta, o que os autores nacionais demonstraram fazer muito bem, sobretudo os neoconstitucionalistas, entre eles Zagrebelsky e Barroso.

Em Dworkin também se pode falar em alguma simbiose, mas o problema parece ser um pouco menor e a sua teoria tem um aspecto menos abrangente. Dworkin, por exemplo, dirige suas atenções aos *hard cases*, não havendo motivo para tanta abertura nos casos mais comuns. Como a teoria de Dworkin é, sobretudo, uma busca por integridade e coerência, o autor faz algumas críticas ao positivismo, mas também não chega a propor um novo modelo de proceder por meio de um alguma teoria própria derivada da lingüística. Apenas trata de sugerir ponderação e ativismo em casos de exceção, o que não deixa de ser preocupante. Outro problema de Dworkin, como ficou demonstrado no capítulo 3, consiste na atitude dos juristas nacionais em importar o a teoria para a integração no *Common Law* para o direito estatutário, ou seja, este tipo de apropriação somente geraria mais incoerência.

Portanto, a teoria do direito atual, sobretudo a de matriz interpretativa e argumentativa, bem como as leituras que delas derivam predominantemente, não se furtam às dicotomias dignas da metafísica ocidental, que, para o Direito, podem ser compreendidas em um fundamento de transcendência (ser, teoria, decisão) e um fundamento de imanência (dever-ser, dogmática, subsunção). No entanto, esses textos tendem a demonstrar uma tendência à aproximação entre esses dois pólos e levar este paradoxo até uma curiosa desdiferenciação, uma forma de fusão entre teoria e prática que passa, cada vez mais, a desconsiderar a existência dessa relação. Essa fusão, este êxtase, leva a pensar que somente se fala em inflação normativa não pela nostalgia de algum sistema, como se fosse correto o interno ou o externo, ou pelo excesso numérico de normas, o que impossibilitaria a assimilação, mas ela é pensável quando se relê o excesso como a aceleração das dicotomias tradicionais que sustentam o direito em sua unidade, a ponto de se chegar em uma indistinção e um esquecimento desta falha, rumo a

uma tentativa de aniquilação dos pressupostos metafísicos que sustentaram a teoria do direito por muito tempo. Seria, em última instância, uma negação da metafísica, mas que se faz por atitudes completamente metafísicas (a exemplo da busca por regras da racionalidade, como faz Alexy).

Em seguida se tratará de expor algumas conseqüências dessa tentativa de fusão entre forma e conteúdo a partir de outros exemplos, inclusive de outras matérias, para se demonstrar conceitualmente como, o excesso (no sentido místico, de união, portanto) é o primeiro passo para a exceção.

4.2 Excesso, exceção e hiper-realização do direito

Georges Bataille foi um escritor que demonstrou muito bem algumas características da vanguarda artística da década de 1930, a qual questionou seriamente o funcionalismo e o formalismo que até então prevalecia nas discussões sobre a arte. Para extrapolar os limites ditados pela arte e literatura predominantes em seu tempo, Bataille procurou pensar um sujeito onde não está o sujeito, o qual se obteria pelo transe, pelo excessivo, pelo luxo ou pelo erotismo. Em suma: pelo indizível que rompe com as amarras do pensamento padrão e já não colocaria a criação como uma superação ou um desafio da condição que lhe é imposta. O autor buscou, na pura medialidade, um espaço criativo que não se deixa subtrair a uma lógica teleológica ou formal. O limite criativo já não seria mais o da sujeição, mas o do esquecimento, ou seja, um constante retorno a si que procura sempre ir além, porém sem avançar, já que fora de qualquer grande narrativa ou valoração. Tal pensamento não ficou condicionado apenas a certos autores do início do século XX (sobretudo das revistas *Acéphale* ou *Documents*), mas influenciou decisivamente o pensamento pós-estruturalista de autores como Gilles Deleuze ou Jean Baudrillard.

O êxtase é um conceito central no pensamento de Bataille, uma vez que, na pura suspensão das finalidades, no questionamento radical do instituído e na extrapolação dos limites do conhecimento, depara-se o sujeito com o incomunicável, com o sublime. Mas não se chegaria a esse êxtase por um saber ou por um caminho previamente estabelecido. Disto isto, entende o autor francês que

Nós chegamos ao êxtase por uma contestação do saber. Que eu me atenha ao êxtase e me satisfaça, ao fim eu o defino. Mas nada resiste à contestação do saber e eu vi ao final que a idéia da comunicação ela mesma deixa nu, não sabendo nada. O que quer que ela seja, à falta de uma revelação positiva em mim mesmo presente ao extremo, eu não posso lhe dar nem razão de ser nem fim. Permaneço no intolerável não-saber, que não tem outro assunto que o êxtase ele mesmo.²⁰⁸

Da mesma forma, não haveria como se comunicar tal experiência visto que ela não é da ordem do representável e isto, portanto, não poderia dar origem a um novo saber. “O que conta não é mais o enunciado do vento, é o vento.”²⁰⁹

Primeiramente cumpre salientar que Bataille tinha a pretensão de pensar um sujeito fora da relação de sujeição. Ou seja, etimologicamente sujeito provém de *subjectus* e o prefixo *sub* indica uma inferioridade, de sorte que sujeito seria sempre aquele que estaria abaixo, ou seja, que é marcado por alguma determinação. Nem por isso, ele deixaria de poder agir. Tradicionalmente, e nisto a dialética do senhor e do escravo²¹⁰ é bastante clara, por mais que o sujeito esteja

²⁰⁸BATAILLE, 2008, p. 25, tradução nossa. Original: “nous arrivons à l’extase par une contestation du savoir. Que je m’arrête à l’extase et m’en saisisse, à la fin je la définis. Mais rien ne résiste à la contestation du savoir et j’ai vu au bout que l’idée de la communication elle-même laisse nu, ne sachant rien. Quelle qu’elle soit, faute d’une révélation positive en moi présente à l’extrême, je ne peux lui donner ni raison d’être ni fin. Je demeure dans l’intolérable non-savoir, qui n’a d’autre issue que l’extase elle-même.”

²⁰⁹BATAILLE, 2008, p. 25, tradução nossa. Original: “Ce qui compte n’est plus l’énoncé du vent, c’est le vent.”

²¹⁰ Nos cursos de Alexandre Kojève ministrados entre 1933 e 1939 na instituição francesa École des Hautes Études sobre a temática de Hegel são notáveis os seus comentários sobre a dialética do senhor e do escravo, que, longe de ser uma questão pontual sobre a existência da escravidão, consiste na base de todo o sistema filosófico hegeliano e que, por isso, teve imensas repercussões no pensamento europeu daqueles anos. Segundo o autor, Hegel traz nessa dialética uma forma de entender o homem como ser desejante que trava uma luta pelo reconhecimento. Assim, ao se expor ao risco de morte, aquele que desiste da empreitada antes a fim de conservar sua vida transforma-se em escravo enquanto aquele que persiste na luta e subjugando o oponente torna-se senhor. No entanto, este último não tem a opção de aniquilar fisicamente seu inimigo porque, se assim o fizesse, ele não poderia impor sua vontade e fazer-se reconhecido. Assim, é pela sujeição que alguém se torna determinado. No entanto, é pelo trabalho que o escravo teria seu próprio reconhecimento ao passo que o senhor, justamente por considerar o escravo uma coisa, só seria reconhecido por uma coisa e não por um igual, razão pela qual o senhor é uma figura trágica. Portanto, seria o escravo, que, ao passar pela sujeição,

determinado, é justamente por ter algum material para se contrapor que ele pode agir. Assim, existiria um paradoxo que faria do sujeito ao mesmo tempo determinado e agente de sorte em que *sub* operaria em conjunto com *super*. Entretanto, é justamente contra essa lógica que o pensamento transgressor de Bataille vai se opor, uma vez que, para seu ponto de vista, a ação tolhida dentro dessa dialética já teria se esgotado e não permitiria a descoberta das possibilidades indizíveis que o aproximam do misticismo. Nessa queda da função e da teleologia o sujeito não se afirma na relação com alguma autoridade, mas a inopera por sua constante exposição ao risco de morte provocado pelos excessos. Busca o *super* que se afronta ao *sub*. Neste estado já não se falaria em separação entre sujeito e objeto, mas em uma fusão entre eles, uma junção em um ponto de singularidade que não daria material para o estabelecimento de alguma autoridade ou instituição. No mais absoluto exagero, o homem (sujeito) não mais se diferenciaria, por exemplo, do luxo (objeto), mas abraçaria a inseparabilidade causada por uma experiência plena. Estes objetos, claro, poderiam ser dos mais variados possíveis, mas o que importa é a transgressão que o exagero proporcionaria. Justamente por esse transe que fundiria sujeito e objeto, pode-se falar em uma rejeição de todo exterior, de toda a determinação frente a experiência interior. Nesta experiência de plenitude possibilitada pelo excesso, separações metafísicas como forma e conteúdo, significante e significado já perderiam sua razão de ser. Assim, nem mesmo se poderia pensar na separação entre interior e exterior, e a arte já não necessitaria de fundamentações superiores para acontecer. Diz o autor que “se deve rejeitar os meios exteriores. O dramático não é não estar nessas condições aqui ou naquelas lá que são condições positivas (como estar semi-perdido, poder ser salvo). É simplesmente estar.”²¹¹

Enquanto o escravo se sujeita a uma determinação, o senhor, o soberano impõe sua vontade ao seu bel-prazer, não admitindo qualquer meio exterior e, sobretudo, não precisando se justificar por seus juízos visto que ele não está sujeito a qualquer norma. Seus atos, portanto, antes de constituírem uma continuidade no pensamento como

aquele que pode suprimir dialeticamente sua condição quando por seu trabalho tem o reconhecimento de si mesmo.

²¹¹ BATAILLE, 2008, p. 124, tradução nossa. Original: “il faut rejeter les moyens extérieurs. Le dramatique n’est pas être dans ces conditions-ci ou celles-là qui sont des conditions positives (comme être à demi perdu, pouvoir être sauvé). C’est simplement être.”

acumulação de positivações anteriores, funda novos paradigmas, cria novas possibilidades a partir de um vazio, de um êxtase. Dentro deste contexto Bataille pode ser considerado um pensador do problema da soberania. A superação que se coloca fora de qualquer relação, ou seja, chegar a limites fora de qualquer lei, impondo posteriormente conclusões que não dão conta da total experiência, mas apenas de forma parcial. Esta parcialidade não contém, porém, a experiência interior e, portanto, aquele que a experimentou coloca-se fora de qualquer limite, apesar de impor novos. Isto é um ato soberano.

Impossível não comparar esta conclusão de Bataille sobre a associação do êxtase e da criação pura e além de qualquer limite com o que foi pensado pelo constitucionalista alemão Carl Schmitt (2006), principal jurista do regime nazista, para quem “soberano é quem decide sobre o estado de exceção”. Ao passo que o Direito seria uma cristalização de determinados valores e determinações, ele somente seria aplicável, ou seja, somente teria uma possibilidade de aplicação em um campo previamente preparado para a sua vigência a partir da pura decisão. Aqui fica bastante claro que a criação no campo da arte não se diferencia completamente da decisão pura que aparece no pensamento político.

As pesquisas de Jean-Luc Nancy e Giorgio Agamben, cada uma a seu modo, conseguiram expor esta aproximação que liga a soberania à decisão pura. Não que eles prescrevam este tipo de prática como modelo, mas seria esta a lógica da política contemporânea e, portanto, a transgressão como insurreição acabaria por justificar os mesmos meios aplicados pelo fascismo ou pelo espetáculo das sociais-democracias contemporâneas.

Agamben, por exemplo, não vê grande ganho em associar a lógica do Êxtase ou da transgressão para a política. Para ele o pensamento de Bataille colocou o excesso como uma sorte de redenção capaz de inoperar as instituições típicas de forma completa, mas não percebeu que esse mesmo apelo ao sacrifício, ao sagrado não necessariamente deixa de gerar um resíduo, um resto que subsiste à experiência limite.

Deste modo, Bataille troca imediatamente o corpo político do homem sacro, absolutamente matável e absolutamente insacrificável, que se inscreve na lógica da exceção, pelo prestígio do corpo sacrificial, definido em vez disso pela

lógica da transgressão. Se é mérito de Bataille ter trazido novamente, ainda que inconscientemente, à luz o nexa entre vida nua e soberania, a vida para ele permanece inteiramente enfeitada no círculo ambíguo do sacro. Por aquele caminho não era possível outra coisa além da repetição, real ou farsesca, do bando soberano e se compreende que Benjamin tenha podido estigmatizar (segundo testemunho de Klossowski) a pesquisa do grupo de Acéphale com a fórmula peremptória : Vous travaillez pour le fascisme.²¹²

Em outras palavras, no final das contas, Bataille, que era tão crítico das instituições, da moral e do proceder da arte em moldes teleológicos e formalistas, permanece com um procedimento idêntico àquele da ordem que criticava, se levado ao extremo: em ambos os casos, existe uma equivalência no termo soberania. Enquanto na arte a soberania ou a criação pura levam o nome de êxtase ou excesso, no direito uma justiça total para além dos freios legais, onde tudo é possível, se chama estado de exceção. A lógica do excesso e do sacrifício são capazes de gerar a exceção, ou seja, na busca por uma plenitude entre linguagem e realidade, o que vem à tona é a decisão soberana do estado de exceção. Excesso é o primeiro passo para a exceção²¹³. Eis que a junção de dicotomias metafísicas, como teoria e prática, significante e significado, e a busca irrefreada pela sua superação, como seria o modelo de excesso, serve tanto para a compreensão de maio de 68 como para o campo de concentração de Auschwitz²¹⁴. Portanto, por mais que para a teoria da arte a idéia de excesso tenha tido vital importância, para o direito e para a política, é realmente questionável se as instituições jurídicas atuais e todo seu aparato repressor têm a capacidade de agir sem vista a fins e, na pura medialidade, (que tanto vem por discursos de

²¹² AGAMBEN, 2002, p. 120.

²¹³ Consultar a Revista “Outra travessia” de Santa Catarina intitulado “A exceção e o excesso: Agamben e Bataille”. REVISTA OUTRA TRAVESSIA, 2005.

²¹⁴ Isto não significa dizer que os autores aqui trabalhados, como Nancy e Agamben neguem veementemente a medialidade pura no pensamento político. Apenas serve de alerta para que se saiba que, por mais que uma justiça só seja pensada por nestes termos, ela por si só não é justa ou redentora, relegando a um novo pensamento ético a investigação da potencialização de instituições ou organismos reativos. Esta pergunta é a mesma que levou Walter Benjamin a dizer que nas democracias de sua época a exceção virara a regra e, para combater o facismo, dever-se-ia pensar no estado de exceção verdadeiro. (Cf. BENJAMIN, 1994)

excesso quanto por discursos sobre o amor, a festa, etc) trazer alguma forma de novidade política ou redenção. Insistir nisto seria dar potência suprema à mera força estatal, mas já indiscernível se é materialidade ou formalidade, sendo mera força-de-lei. “Na verdade, o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem, mas se indeterminam.”²¹⁵

Luis Alberto Warat expõe em sua filosofia do direito uma prescrição direta e uma tática do excesso quando entende que o direito estatal nos moldes positivistas não dá possibilidade para uma maior capacidade de criação, engessando o pensamento. Para tanto, o autor em seus últimos trabalhos, diferentemente do que acontecia nos primeiros, envereda em uma busca surrealista por novos caminhos no direito, argumentando em favor de uma carnavalização, em que instantes de paixão e loucura deveriam também fazer parte do direito para contrapor a dureza da lógica positivista. Apoiado principalmente na semiologia mais tardia de Roland Barthes, mas também nos trabalhos de autores como Gilles Deleuze, Georges Bataille e até mesmo Antonin Artaud²¹⁶, Warat em um desses seus trabalhos, o célebre “A ciência jurídica e seus dois maridos, aduz o seguinte:

²¹⁵ AGAMBEN, 2004, p. 39.

²¹⁶ A festa levantada por Derrida (2002) em no texto sobre Artaud chamado “O teatro da crueldade e o fechamento da representação” pode ser associada a noção que Giorgio Agamben traz de festa em seu livro Estado de Exceção, no qual o filósofo associa o luto e a festa a estados de anomia. Nestes espaços, haveria uma suspensão da capacidade regulatória das normas que daria espaço à decisão pura para que as normas pudessem continuar a existir. Isto sem dúvida provém da leitura empreendida por Agamben da obra de Carl Schmitt, que qualificou a soberania como decisão pura ao passo que o direito seria marcado pela estaticidade. Remetendo, portanto, o caráter político da teoria do teatro de Antonin Artaud, já que toda festa é um ato político, observa-se que toda ela, enquanto anomia, tem um caráter político digno de uma língua viva que é contraposto pelo caráter estanque das normas. Assim, em última instância, tomar Artaud como um modelo à criação não traria qualquer novidade. A lógica do espetáculo da crueldade é a mesma da sociedade do espetáculo e insistir na potência política a partir de um uso exagerado do Direito de forma a fazê-lo veículo para um além da representação seria potencializá-lo. Pensar o contrário sem uma maior problematização somente poderia ser a queda em um maniqueísmo entre os atos justos ou injustos, burgueses ou proletariados, criativos ou “caretas”. Nem na teoria da arte e nem na da política ou do direito uma crítica empenhada seria na atualidade a mais adequada. Por esta razão é que Susan Sontag foi bastante pertinente em alertar “en teatro, esto equivale a no “diluír” a Artaud. Los escritos de Artaud exigen una consciéncia totalmente abierta (por tanto flagelada, cruel consigo misma) de la cual El teatro sería un accesorio o instrumento”. (SONTAG, 2005, p.188)

Devemos minar a linguagem jurídica para aprender que o direito também é o espelho da irracionalidade humana. A justiça também é o teatro do absurdo. Paremos de distinguir logicamente o absurdo da condição humana. Descubramos a sua poesia: temos que reivindicar a língua. Para isso é preciso recuperar o papel da linguagem que está em nosso próprio corpo, e com ele iniciarmos uma crítica.²¹⁷

No intuito de Artaud de sobrepor os gestos e os sentimentos ao sentido dado pelas palavras, Warat termina por prescrever uma forma de potencialização da linguagem pela via do gesto, do irracional e, por que não do transe, certamente associando conceitos da teoria literária, semiologia e teatro ao discurso jurídico. Ainda diz Warat:

Por certo minha rebelião é contra um tipo de mentalidade exibida por uma quantidade – lamentavelmente já incontável – de ‘legalóides’ aos quais, inscrevendo a razão nos códigos e na ‘ciência’, não resta tempo para mexer na vida. Eles são os que têm um abuso de consciência normativa.²¹⁸

Contudo, será que uma exacerbada potencialização do discurso jurídico, dando-lhe capacidade de transpor sua própria linguagem para agir por uma língua viva e dar razão à sensibilidade, é realmente desejável? É sensato que o direito tenha menos normatividade para que possa melhor “mexer na vida” pela via da sensibilidade?

Não há no discurso de Warat muita diferença da Revista Católica “A Ordem”, a qual, coordenada por Alceu Amoroso Lima (mais conhecido pelo pseudônimo Tristão de Athayde) nos anos 30, trouxe uma série de textos em que se um direito mais próximo a valores, emoção, espiritualidade, intimismo e até mesmo a um misticismo. Em uma resenha que muito elogia o livro “Introdução ao Direito Moderno” de Alceu Amoroso Lima, Perillo Gomes destaca na revista Católica “A Ordem” como o direito vivia uma crise de ética e fundamento quando se torna mero procedimento, devendo, pois, haver uma reintegração entre o

²¹⁷ WARAT, 2000, p. 61.

²¹⁸ WARAT, 2000, p. 53.

formalismo e os valores de Justiça. Sobre a referida decadência, diz o autor que ela segue a partir da queda do mundo medieval, em que havia um direito em plenitude com o mundo social e espiritual.

A decadência, isto é, o terceiro período que, como já vimos, arranca do *occaso* medieval, caracteriza-se por um esvaziamento do direito dessa espiritualidade. Exaggera-se seu caráter natural. Exgota-se o seu ingrediente ético. Nega-se que tenha seu princípio em Deus. Nega-se em seguida que o tenha na Natureza. Chega-se a negar que o tenha também no Estado. Já não é; faz-se. É obra da vontade das massas. Passa a ser o capricho de um partido revolucionário que escala o Poder.²¹⁹

Além disso diz o autor que o direito tende a aprofundar o empirismo para, em seguida virar um puro método, até que seja completamente subvertido como uma ordem de injustiça. Continua:

Aprofundar á intimidade desse processo de decomposição dos valores jurídicos é constatar, ao mesmo tempo, a identidade dos agentes que se empenham na obra de desintegração dos valores religiosos. Há uma perfeita coincidência de tempo e de natureza nas vicissitudes que o Direito e a Religião vêm soffrendo desde a última etapa mediavel [sic].²²⁰

Além da década de 30, é exemplar que ainda na década de 50 o célebre processualista José Carlos Barbosa Moreira tenha escrito ainda na revista “A Ordem” que “é o conhecimento religioso – jamais o científico, nem mesmo o filosófico – que nos pode oferecer uma concepção completa e verdadeira do Universo.”²²¹ A primeira conclusão com a leitura da revista “A Ordem”, é que o discurso para uma volta do Direito a princípios, valores e a busca por uma completude não necessariamente é algo inédito como se pensa ser a teoria do direito contemporânea e que, além disso, sobreviveu mesmo na época positivista, não sendo de nenhuma novidade a busca por uma cultura

²¹⁹ PERILLO GOMES. In: ORDEM, 1933, p. 552

²²⁰ PERILLO GOMES. In: ORDEM, 1933, p. 553

²²¹ MOREIRA. In: ORDEM, 1956, p. 9.

jurídica mais próxima à espiritualidade. A segunda conclusão é a de que discursos que visam a uma sensibilização do direito, uma maior abertura para a moral, que é um dos principais pressupostos do intitulado “pós-positivismo”, podem fundar tanto atitudes progressistas como conservadoras, já que, embora Warat fale em um direito de novas possibilidades de sentido e imaginação, o movimento intelectual católica da revista “A Ordem”, na mesma pretensão mística de unidade entre instituição e espírito foi um dos grandes defensores do Integralismo no Brasil. O gesto de Warat por uma ruptura do saber tradicional e um tempero de loucura no direito é o mesmo dos movimentos mais conservadores que já falavam em junção de forma e conteúdo no Brasil de forma análoga ao que George Bataille ou Antonin Artaud faziam na França. Aliás, a carnavalização é algo muito sugestivo para que as instituições sejam reforçadas tal como elas já são. Diz Agamben que é necessário um espaço de anomia para justificá-las, como o carnaval, o mito do estado de natureza, etc.²²² De qualquer modo, quer-se demonstrar que a potencialização do Direito acarreta em uma queda de legalidade para a vinda da justiça como meio puro; mas ela tanto pode significar uma suspensão do direito quanto um reforço ao Direito estatal em seus moldes mais conservadores, como era a explicação de Schmitt, não havendo método possível de distinção entre as duas possibilidades, como se existisse uma fórmula que releve como a “justiça sempre há de vencer”.

Há, portanto, que se ter muito cuidado com qualquer pretensa saída política pela via da estética, a qual, além de não dar garantia acerca dos fins, como é de se esperar, não necessariamente profana ou modifica a lógica dos estados de exceção, uma vez que este tipo de aposta mantém intacta, a lógica oculta da sacralidade do poder, aquela mesma que liga o direito à vida. Compreende-se melhor esta questão quando se recorda o que Walter Benjamin disse à Georges Bataille sobre os trabalhos do grupo de vanguarda da revista *Acéphale*: *vous travaillez pour le fascisme!*²²³ Portanto, por mais que Bataille tenha sido um grande pensador da autorreferência na criação artística e nisto terminou como um teórico da soberania, o autor não se dá conta da sua semelhança com aquela mesma soberania descrita por Carl Schmitt como decisão política fundamental. Neste paralelo, no entanto, não apenas está expresso o vazio que precede a criação ou o poder, mas pode-se reconhecer que

²²² Cf. AGAMBEN, 2004.

²²³ Cf. AGAMBEN, 2002, p. 120.

ambos os autores não escapam a um secularismo que mantém intacto o ritual sagrado da soberania e do governo, sem deixar de notar que essas estratégias produzem restos. O que sobra do sagrado, portanto, pode ser um novo campo de estudo para que se compreenda o direito em seu lado menos convencional.

Esta busca por uma síntese entre linguagem e mundo, ou linguagem e valores, que tanto dá argumentos a uma nova filosofia da linguagem quanto a um apoio exterior (exceção) ao direito estatal, contudo, não impede a pesquisa sobre as próprias cisões metafísicas através daquilo que produzem como resto: o resto do êxtase, ou aquilo que testemunha a cisão entre significante e significado, sujeito e objeto, aliás, perceber a força por trás dessas divisões constitui o princípio por uma nova investigação ética. *Assim, a fusão do sujeito com o objeto através do êxtase, muito embora seja reconhecida a sua importância teórica, pode ser recolocada de forma a constantemente desvelar a cisão entre significante e significado sem resolver a tensão da relação.* O problema consiste, portanto, não somente no significado e nem somente na pura criação pelo significante, mas entender o que separa as duas noções.

O núcleo originário do significar não reside nem no significante e nem no significado, nem na escritura e nem na voz, mas na dobra da presença sobre a qual eles se fundam: o logos, que caracteriza o homem enquanto *zoon logon echon*, é essa dobra que recolhe e divide cada coisa na conjunção da presença. E o humano é, exatamente, esta fratura da presença, que abre um mundo e sobre o qual se sustenta a linguagem. O algoritmo S/s deve, portanto, ser reduzido apenas a uma barreira: / ; mas, nesta barreira, não devemos ver apenas o rastro de uma diferença, e sim o jogo topológico das conjunções e das articulações (συνάψεις), cujo modelo procuramos delinear no ἄλφος apotropaico da Esfinge, na melancólica profundidade do emblema, na Verleugnung do fetichista.²²⁴

²²⁴ AGAMBEN, 2007, p. 248.

Dito então que os conceitos jurídicos têm resquícios metafísicos por procurarem sempre uma fundamentação que lhes é exterior, a renúncia a esta relação de exterioridade e interioridade, transcendência e imanência, principalmente em escritos que prescrevem uma total união entre teoria e prática, que é muito comum em pensamentos ativistas, bem como é fim das teorias interpretatico-argumentativas do direito, tal pode ser um convite a um excesso que prescreve e justifica os casos de exceção, porque norma e fato são misticamente tornados uma coisa só. Mais interessante seria o estudo dessas próprias divisões.

É claro que não se pode advogar aqui uma pureza dos padrões tradicionais ou que o sistema jurídico seja melhor ou caminha para a perfeição. Nem mesmo se pode dizer que as separações que fundamentam os diversos pensamentos sobre sistema aqui trabalhados, como aquela entre ser e dever-ser, sejam completamente discerníveis e que são mesmo completamente separadas. Em última instância, essas separações defendidas principalmente pelo positivismo não se sustentam. Mas isto também indica que as separações metafísicas não estão nunca paradas, e a própria desconstrução trata de explicar os seus movimentos, no entanto, vale lembrar que, conforme diz Derrida

não podemos desfazer-nos do conceito de signo, não podemos renunciar a essa cumplicidade metafísica sem renunciar ao mesmo tempo ao trabalho crítico que dirigimos contra ela, sem correr o risco de apagar a diferença na identidade a si de um significado reduzindo em si o seu significante, ou, o que vem a dar no mesmo, expulsando-o simplesmente para fora de si. Pois há duas maneiras heterogêneas de apagar a diferença entre o significante e o significado: uma, a clássica, consiste em reduzir ou em derivar o significante, isto é, finalmente em *submeter* o signo ao pensamento; a outra, a que aqui dirigimos contra a precedente, consiste em questionar o sistema no qual funcionava a precedente redução: e em primeiro lugar a oposição do sensível e do inteligível. Pois o *paradoxo* é que a redução metafísica do signo tinha necessidade da oposição que reduzia. A oposição faz sistema com a redução. E o que aqui

dizemos do signo pode estender-se a todos os conceitos e a todas as frases da metafísica, em especial ao discurso sobre a ‘estrutura’.²²⁵

Isso não significa que aqui se defenda que seja necessário voltar a estudar sistema nos moldes clássicos, ou que os novos são melhores, e nem mesmo que haja uma teoria que possa resolver o problema de forma mais satisfatória que outras. A curiosidade sobre explorar diversas concepções teóricas que tentam, se não resolver de forma completa e mágica a cisão entre direito e fato desejam ao menos justificá-la, está em explicitar como cada uma das buscas (fracassadas) por um sistema, integração ou racionalidade jurídica da decisão apontam para certos paradoxos que testemunham uma força. Enfim, todas elas são uma discussão sobre um vazio, mas não deixam de ser manifestações próprias que apontam certas decisões éticas e políticas. O que é muito diferente de se aceitar sem mais nem menos algumas soluções ecléticas, como as de Luis Roberto Barroso ou Écio Oto Ramos Duarte que tendem muito mais a um decisionismo em nome de eficácia, ou integridade, enfim, de uma completa fusão entre teoria e prática e linguagem e realidade, o que somente se opera na exceção. *É curioso ressaltar como novas práticas textuais trazem soluções que simplesmente aceitam a emergência do vazio pela ação da decisão. É realmente motivo de preocupação quando a dita teoria do direito se manifesta com soluções que prescrevem uma dessubjetivação total, uma reivindicação de eficácia direta e imediata, portanto pura potência, mas na mão do aparelho coercitivo do Estado. É realmente querer acordar o Leviatã.* É claro que, conforme a própria teoria de Agamben, Benjamin ou Foucault, este agir pela exceção é o fundamento maior dos Estados contemporâneos. Ainda assim, não seria interessante, por causa destes entendimentos, deixar de se discutir sobre este problema pelo fato de que nada adiantaria, por se tratar de direito estatal e irremediavelmente biopolítico.²²⁶

²²⁵ DERRIDA, 2002, p. 233-234.

²²⁶ O conceito de biopolítica foi originalmente estabelecido por Michel Foucault em obras como A história da sexualidade bem como em alguns de seus cursos. Entretanto, o autor francês não chegou a desenvolvê-lo suficientemente em razão de sua morte. Quem realmente toma tal conceito para explorá-lo até suas últimas conseqüências foi Giorgio Agamben, sobretudo em sua triologia Homo Sacer. Assim, de forma sucinta pode-se dizer que biopolítica é a política que perpassa a noção clássica do termo que o vê como atividade na polis. Ao contrário, a biopolítica vai se desenvolvendo lentamente a partir do momento em que primeiramente a arte de governar e, posteriormente, o problema da população. Assim, passa-se

Não adiantaria uma solução relativística deste tipo, praticamente niilista que dissesse que somente há inflação normativa por um ponto de vista estrito de um sistema interno ou que o mundo assim exige. É claro que ela pode ter seu valor teórico, mas não há impedimento da busca por uma resposta que se aproxime também de uma ética. Por outro lado, a busca pela superação entre teoria e prática, a efetividade absoluta do direito ou a emergência do próprio estado de exceção não podem ser tomados simplesmente como uma crise do direito. Para o pensamento de Carl Schmitt, por exemplo, a exceção soberana é o que mais fortalece o direito enquanto decisão.²²⁷ Portanto, volta-se à fala do professor de direito administrativo Pierre Frier que a urgência “pode existir alheia a qualquer crise²²⁸.” A construção de crises pode dar força ao direito, portanto, os textos sobre inflação normativa que partem do pressuposto de que haja uma crise no direito, uma crise no Estado ou uma crise de qualquer tipo, somente fundamentam um discurso de urgência que abre as portas para as situações e decisões de exceção, inflacionando ainda mais as normas.

Do mesmo modo nada adianta dizer que o sistema está ameaçado por um excesso de acidentes, ou pela emergência de uma sociedade cada vez mais complexa. Segundo Jean-Luc Nancy,

de um modelo de soberania que data do século XVI e posteriormente de uma sociedade de controle e disciplinar (em ambos os casos a punição do transgressor era individual) para um governo que toma a população como um dado a ser gerido acima de qualquer particularidade individual. O escopo da política, que vira polícia, passa não mais a ser deixar viver e fazer morrer mas deixar morrer e fazer viver, ou seja, ela se torna o a prática de dar forma à vida de um povo. Também consultar FOUCAULT, 2004.

²²⁷ Em *Crítica da Violência/Crítica do Poder*, Walter Benjamin já tratou deste tema sobre o qual diz haver uma violência mítica que põe o direito e uma outra que mantém o direito. Benjamin fala de uma terceira, dita divina, que suspenderia o próprio direito para uma justiça completa de pura finalidade. Esta sim, digna de uma divindade, como o próprio nome diz. Curiosa também é a releitura desconstrutiva que Derrida faz desse texto de Benjamin. Dentro do livro *Força de Lei*, portanto, o francês fala que as próprias categorias de Benjamin não se sustentam, o que é muito lógico em um autor que fala sobretudo de fantasmas. Para Derrida, enfim, as categorias de violência fundadora e mantenedora chegam a se confundir, o que sugere que a operação do direito seria ao mesmo tempo uma reatualização da origem e, também, uma ameaça a ela. Mas Derrida não chegou a ler muito bem o constitucionalista alemão Carl Schmitt (grande contribuidor do nazismo) e correspondente de W. Benjamin, como o fez Agamben, para quem a suspensão do direito e das instituições não são nenhuma forma de ameaça, mas apenas lhes dão força. Assim é que o poder organizado somente funciona onde há um preparo ou uma exceção que seja capaz de deixar o social pronto para a organização do direito.

²²⁸ FRIER, 1987, p. 2, tradução nossa. Original: “elle peut exister en dehors de toute crise.”

A essência do direito liga-se em uma junção singular da essência ao acidente. *Juridicamente*, a lei deve ser o código universal em que a definição mesmo implica a anulação ou a supressão de toda accidentalidade. O caso deve estar previsto. *Faticamente*, (mas esse fato é constitutivo do direito, é o fato da júris-dição), o caso deve estar assinado e legitimado caso a caso. Esta necessidade não mantém junto ao puro e simples acidente uma diversidade indefinida de condições empíricas, o que alargaria sem parar a limitação inevitável (mas elas mesmas de natureza empírica) das formas de direito. Trata-se aqui de uma necessidade de acidente. Ou, sobretudo, (pois se trata sem dúvida de um certo vínculo aporético da necessidade metafísica ao empírico, ao fatural, ao efetivo ou eventual como tais que está posto como questão) a ordem jurídica é esta ordem que institui pela tomada formal – em todos os sentidos da palavra – do acidente ele mesmo, sem que para tanto conceba a necessidade disso.²²⁹

No entanto, por mais paradoxal que pareça, só se pode ainda falar em inflação normativa amparado por algum fundamento em uma crise. No entanto, a pergunta deve ser deslocada. Se a inflação normativa for buscada nos fatos, ou no objeto infinito que o direito deve tutelar a resposta virá eminentemente em uma crise como esta descrita há pouco e que já não interessa, porque o direito é sempre crise quando tem que aliar um caso qualquer a um fundamento transcendente. Contudo, se for observado como as práticas jurídicas, como as escrituras

²²⁹ NANCY, 1983, p. 39-40, tradução nossa. Original: “L’‘essence’ du droit tient en un rapport singulier de l’essence à l’accident. *En droit*, la loi doit être le code universel dont la définition même implique l’annulation ou la résorption de toute accidentalité. Le cas *doit* être prévu. *En fait*, (mais ce fait est constitutif du droit, c’est le fait de la júri-diction), le cas doit être assigné et légitimé cas par cas. Cette nécessité ne tient pas au pur et simple accident d’une diversité indéfinie des conditions empiriques (des situations *personelles*), que déborderait sans cesse la limitation inévitable (mais elle-même de nature toute empirique) des formes du droit. Il s’agit ici d’une nécessité de l’accident. Ou plutôt (car c’est bien sans doute d’un certain rapport aporétique de la nécessité métaphysique à l’empirique, au factuel, à l’effectif ou l’évenementiel *comme tels* qu’il est ici question), l’ordre juridique est cet ordre qui s’institue par la prise en compte formelle – en tous les sens du mot – de l’accident *lui-même*, sans que pourtant il en conçoive la nécessité.”

vêm retratando o problema dos sistemas, como foi a proposta deste trabalho, é possível dizer que as atuais teorias tendem a negar separações fundamentais que tentavam explicar o direito e dar-lhe alguma legitimidade. Em outras palavras, ainda se pode falar em crise na medida em que se percebe um afrouxamento cada vez mais explícito entre teoria e prática, sobretudo no direito descrito a partir de Alexy e Dworkin e, em menor medida, Habermas e Luhmann. Sendo os piores casos notados quando há uma miscelânea mal feita de várias teorias. *Nestes termos, ainda é lícito se falar em inflação normativa, dada por um excesso normativo; mas longe de ser uma quantidade exagerada de normas, o problema pode ser visto como uma desvalorização da própria noção de norma, que já não é mais que mera força com, no máximo, forma de lei; imperatividade que tem a universalidade apenas no sentido formal, ou seja, na autoridade. Quando apenas a figura da autoridade judicante, legisladora ou administrativa tem a função de integrar o ordenamento, sem haver conflito com uma matéria, fundamenta-se um casuísmo que mina também a noção de legalidade. As diversas concepções de sistema, portanto, apenas servem de veículo para se demonstrar que tudo isto ocorre como em um transe em que não há separação (ainda que problemática) entre ser e agir, norma e fato, passando de uma aceleração a uma desconsideração dessas dicotomias, chegando no ponto em que se fala da força normativa dos fatos: força de lei sem lei.*

Em seguida, o trabalho vai explorar um pouco deste conceito de novo inflação normativa a partir do modo em que alguns juristas trabalharam o aparecimento de acidentes em uma sociedade em constante mutação.

4.3 Legislar menos é legislar melhor?

Sem dúvida não foi a partir das novas teorias do direito que a tensão entre fato e linguagem ou entre teoria e aplicação do direito foi motivo de preocupação. Desde sempre o direito tenta suplantar esta falha e é isto que o mantém ativo bem como motiva sua contínua modificação. Se não houvesse esse problema, não se explicaria por que há tanto tempo a decisão jurídica necessita de juízes ou mesmo como eles ainda não foram substituídos por algum tipo de máquina capaz de dar a subsunção. No entanto, o que a teoria do direito contemporânea,

como os trabalhos teria de tão especial? O curioso é que na atualidade a linguagem se torna o tema central no direito e, sendo ela dotada de falha, que remonta à própria noção de representação, não mais persiste a tentativa de discutir sobre modos de regulá-la. Diante de uma suposta descoberta na metade do século XX de que a linguagem é irremediavelmente fraturada, escondendo um vazio, trabalhos como os de Dworkin ou Alexy abdicam de pensar em modelos gerais de subsunção por serem falhos (já que a norma nunca pode regular exatamente o mundo dos fatos) para apostar na otimização da decisão. Em outros termos, negam discutir sobre a fissura originária do direito e aceitam o vazio de cada decisão ou de cada norma em sua especificidade, no intuito de fazer o jurídico chegar até mesmo onde não poderia. Significa dar-lhe capacidade para agir até no território do irrepresentável. No entanto, assim o fazendo, não necessariamente degeneraram o direito, mas mostraram o fundamento místico que liga a autoridade de decidir à fragilidade da vida.

Cientes desse movimento do direito mais recente, alguns autores tiveram uma reação contrária. Como se viu, Luhmann deixou os mecanismos de aplicação e subsunção do direito impensados, preocupando-se mais com a capacidade do direito manter-se frente a expectativas. Habermas, no entanto, posiciona-se claramente contra a burocratização e a colonização do mundo da vida por parte do direito, propondo, para tanto que se pense o agir comunicativo a partir de contextos do consensuais do mundo da vida.²³⁰ Contudo, ciente de que ele é falho e que produz certezas imediatas mas falíveis, o autor propõe que a tensão entre mundo jurídico e mundo da vida seja estabilizada justamente pela permanência da tensão entre facticidade e validade.²³¹ Habermas, portanto, tem noção da fratura da própria linguagem e, diferentemente de outros autores que propõem um modelo de direito, tem uma desconfiança com relação ao agir institucional e mais ainda com relação a agires pessoais, sendo, portanto, altamente refutada a proposta neoconstitucionalista de eficiência prática através de uma interpretação aberta da parte dos juízes ou tribunais. Habermas tem seu mérito em reconhecer e respeitar a dinâmica entre facticidade e validade. No entanto, apenas reenvia o problema para o onírico conceito de agir comunicativo, por acreditar em uma tendência inatada da linguagem à formação de consenso, desconsiderando nisso toda a

²³⁰ HABERMAS, 2003, v. 1, p. 40.

²³¹ HABERMAS, 2003, v. 1, p. 41.

tradição nietzscheana sobre o tema. Sendo assim, é de se perguntar agora até que ponto o direito deve e pode abdicar de sua tentativa de regular a vida e, assim, continuar a produzir significantes. Isto porque, segundo Habermas, a concessão das decisões a processos deliberativos democráticos poderia ser uma forma de reduzir e muito o problema da inflação normativa. Mas a questão é: até que ponto entregar as decisões à sociedade, à comunicação, às instituições especializadas significa retirar do direito a sua potestade? Será que isto ajuda a revelar um pouco mais sobre a relação que une a capacidade de alguma autoridade dar o direito?

Na sociologia do direito, é salutar a contribuição de Jean Carbonnier para um retrato do direito já não como algo tão evidente e certo de si, como por muito tempo teriam feito crer os juristas mais dogmáticos. Aproveitando-se do fato de que nem o positivismo pôde deixar de lado questões fatuais para a definição de seus modelos, a exemplo mesmo da vinculação que Kelsen faz entre validade e efetividade, Carbonnier adentra em temas que demonstram o direito em alguns de seus pontos mais controversos e incertos. Neste espírito, em 1963, lançou a sua hipótese do não-direito.²³² Para ele, o direito não poderia mais persistir com a pretensão de ser regulador absoluto de tudo porque certos fatos ele não alcança.

O não-direito, se se deve dar a ele uma primeira aproximação, é a ausência do direito em um certo número de relações humanas em que o direito teria tido vocação teórica a estar presente. Não é, bem entendido, o anti-direito, o direito injusto, que é um fenômeno positivo. Não é também o sub-direito, como pode se produzir na sub-cultura de certos agrupamentos particulares. Os fenômenos que se qualificam (no sentido de Maxime Leroy) – aparecem como do direito fosco, e não como do direito imperfeito (porque não estático): são, em todo caso, eles também, fenômenos positivos. O não-direito, ao contrário, tem uma negatividade característica.²³³

²³² CARBONNIER, 1988.

²³³ CARBONNIER, 1988, p. 25, tradução nossa. Original: “Le non-droit, s’il faut en donner une première approximation, est l’absence du droit dans un certain nombre de rapports humains où le droit aurait eu vocation théorique à être présent. Ce n’est pas, bien entendu, l’anti-droit, le droit injuste, qui est un phénomène positif. Ce n’est pas non plus le sous-droit,

Mais do que uma diferença de grau de eficácia ou contraposição ao que é contencioso, o não-direito descrito por Carbonnier tenta ser uma conceituação sobre a retirada do direito, ou dos fatos que têm sua relevância jurídica retirada. Carbonnier chega a catalogar a grande heterogeneidade de exemplos de não direito, classificando-os em objetivamente dados pela sociedade e subjetivamente escolhidos pelo indivíduo.

Os casos do primeiro tipo, que mais se relacionam com o direito objetivo, diz Carbonnier que eles podem se dar como a) auto-limitação do direito, como nos casos de direito de asilo ou a inviolabilidade do domicílio, que são casos de lugares de não direito; no caso do carnaval, tradicionalmente havia um não direito relativo ao tempo; e também há casos de não direito como naqueles fatos que caem em brocardos como “não há pena sem lei anterior que a defina” ou “tudo o que não é proibido é permitido”. b) auto-neutralização do direito, como quando ele põe exigências que impossibilitam sua consecução, como a exclusão de tudo aquilo que não pode ser provado; c) a resistência do fato ao direito, como acontece quando a desobediência, transgressão ou ignorância do direito formam um conjunto homogêneo de informalidade, o que tende a ser um afastamento do direito.

Também existiria o não-direito oriundo de escolhas individuais, como acontece em decisões cotidianas em que voluntariamente se escolhe dispensar o próprio direito para agir de outra maneira, como em decisões tomadas dentro do seio familiar e que, apenas algumas vezes, vêm a ser feitas dentro de moldes jurídicos. Ainda pelas escolhas individuais se pode entender a conceituação e o reconhecimento de situações de fato, enquanto não tomam muita relevância no direito ou sofrem alguma regulação, bem como nos casos de relações de amizade, que, desde tempos remotos, consiste em um outro modo de regulação social que pode se sobrepor ao direito.

Se essa distinção pode gerar discussões de pertinência histórica ou até mesmo profética – o que vem antes, o não-direito ou o direito; caminhamos para uma maior regulação ou desregulação, etc – não necessariamente pode ser tarefa da sociologia, o autor faz com um

tel qu'il peut se produire dans la sous-culture de certains groupements particuliers. Les phénomènes que l'on qualifie (au sens de Maxime Leroy) – apparaissent comme du droit dégradé, à tout le moins du droit imparfait (parce que non étatique) : ce sont, en tout cas, eux aussi, des phénomènes positifs. Le non-droit, au contraire, a une négativité caractéristique”

riso próprio uma tipologia ao contrapor o jovem jurista que está impressionado com sua ciência e espera um futuro de regulação com o velho jurista que está cansado de andar por caminhos tortuosos e pretende encontrar campos verdes de espaço intocados pelo direito.²³⁴

É certo que essa conceituação de não-direito proposta por Carbonnier prioriza quase que absolutamente o direito em sua materialidade, ou seja, há uma prevalência do conteúdo sobre a forma. O autor, por exemplo, não considerou que alguns casos como o direito de asilo pode ser violado, ou seja, um juiz pode exercer sua força contra o sentido expresso na regra e ainda assim ser direito do ponto de vista da validade formal. No mais, lida com fatos em uma generalidade e não necessariamente de fatos jurídicos, como é noção assentada na teoria do direito, algo que é de certa forma justificável em se tratando de um trabalho de sociologia. Nem por isso seu trabalho perde valor, principalmente porque lança questões interessantes sobre espaços vazios de direito ou cheios de ineficácia, enfim, nos limiares do direito.

Com alguma inspiração em Carbonnier, Norbert Rouland, no pós-fácio chamado “A tumba de Kelsen”, o qual fecha o seu mais famoso livro, intitulado “Nos confins do direito”, publicado pela primeira vez no Brasil em 1991, diz que

Um direito mais maleável, punições flexíveis, transações ou mediação em vez de julgamentos, regras que mais formam modelos do que enunciam ordens: tudo isso nos inquietará menos quando soubermos que há muito tempo ou alhures, alguns homens, a quem chamamos primitivos, já recorreram a esses procedimentos, ou os empregam ainda.²³⁵

O autor se filia, como também está expresso em outros momentos, ao pensamento do direito maleável entreaberto por Jean Carbonnier. O autor entende que um direito maleável não pode significar a impunidade e a sua distorção caótica, mas a emergência de uma lógica maleável poderia significar inclusive uma maior efetividade do direito. Desta forma, diz o autor, “o princípio de proximidade se substitui então ao de identidade, e o espaço normativo se torna pluralista. O direito europeu se estrutura, diante de nossos olhos,

²³⁴ CARBONNIER, 1988, p. 45.

²³⁵ ROULAND, 2003, p. 407.

segundo tais conceitos²³⁶.” O direito, portanto, para estar mais próximo à sociedade civil deve deixar de ser essencialmente coercitivo para propor soluções construídas de forma coletiva, seja negociada ou mediada. “O juiz às vezes ganha em se fazer flexível, a harmonia social não passa forçosamente pelo que denominamos a marcha da justiça²³⁷.”

Reconheçamos mesmo que, se não provoca o sentimento de obrigação o direito se evapora. Mas não podemos superestimar a eficácia das ameaças e das punições, que o deixam por demais cinzento. Para devolvê-lo à sociedade civil, em toda parte onde for possível, dever-se-ia visar que recomende mais do que ordene.²³⁸

A partir deste ponto o autor passa a fazer considerações de caráter quase antropológico e histórico em que investia a recepção do direito com pluralismo de valores, culturas diversas, religião, ocultismo e até a vida após a morte, o que não convém explorar aqui. Contudo, o que é realmente digno de nota é um apelo a uma flexibilidade do direito, que não dispõe de um necessário formalismo para que se garanta o mínimo de obrigação quando for necessário (o que sugere uma universalidade) e que deve mais recomendar do que ordenar para que o direito tenha maior eficácia. De qualquer forma, observa-se aqui uma possibilidade de suspensão do direito aplicado para que a sociedade melhor regule ou dê as suas próprias regras dentro de um procedimento qualquer, mas que, em última instância, quando for necessário, o direito poderá voltar a ser aplicado em sua dureza. Isto porque fica subentendido que, quando o poder judiciário ou o poder de legislar são desativados, permanece em potência a jurisdição do monismo jurídico.

Ainda mais recente é o trabalho de Stefano Rodotà, jurista e político italiano. Em 2006 o autor publica *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, no qual há uma discussão sobre a pretensão do direito em agir sobre a vida nua, inserido, assim, nas discussões mais recentes sobre biopolítica por mencionar autores como Michel Foucault e Roberto Esposito. Na realidade é possível mesmo falar que uma das maiores instigações de Rodotà é o excesso de normatização da sociedade, como que a colonização do direito ao mundo da vida, o que

²³⁶ ROULAND, 2003, p. 11.

²³⁷ ROULAND, 2003, p. 14.

²³⁸ ROULAND, 2003, p. 15.

com certeza se demonstraria uma tarefa incompleta, visto que o direito não tem condições de assimilar todos os aspectos da complexidade dos fatos.

Vivemos agora em uma *law-saturated society*, em uma sociedade cheia de direito, de regras jurídicas das proveniências mais diversas, impostas por poderes públicos ou por potências privadas, com uma intensidade que faz pensar, mais que em uma necessidade, em uma irrefreável deriva. A consciência social não é sempre adequada à complexidade deste fenômeno, que revela também assimetria e desequilíbrio fortíssimos, vácuos e cheios, como um direito que invade em muitos setores e todavia ausente aonde seria necessário.²³⁹

Por tentar tomar conta da vida em todos os seus aspectos, salienta Rodotà, o direito torna a exceção cotidiana. Assim sendo, ele domestica a sociedade para melhor garantir o desenvolvimento da vida da sociedade, mas isto não significa que tal processo também não tenha um lado obscuro, qual seja, o uso da violência legítima, que se arroga suscetível de ser usada a qualquer um e em qualquer lugar, mesmo que para manter sua normalidade. Mas o jurista italiano alerta que o direito, por ser linguagem, permite modificações e adaptações, o que pode dar ao direito um novo lugar na construção da vida e da liberdade. “O obstáculo pode consistir não na presença do direito, mas em um seu particular modo de se colocar. Não é um limite absoluto à presença do direito, mas daquela específica disciplina jurídica, de um particular modo de ser da regra de direito.”²⁴⁰ Deste modo, poderia haver uma maior liberação da tentativa regulatória do direito, principalmente no

²³⁹ RODOTÀ, 2006, p. 9, tradução nossa. Original: “Viviamo ormai in una *law-saturated society*, in una società strapiena di diritto, di regole giuridiche dalle provenienze più diverse, imposte da poteri pubblici o da potenze private, con una intensità che fa pensare, più che a una necessità, a una inarrestabile deriva. La consapevolezza sociale non è sempre adeguata alla complessità di questo fenomeno, che rivela anche asimmetrie e scompensi fortissimi, vuoti e pieni, con un diritto invadente in troppi settori e tuttavia assente là dove più se ne avverirebbe il bisogno.”

²⁴⁰ RODOTÀ, 2006, p. 23, tradução nossa. Original: “L’ostacolo può consistere non nella presenza del diritto, ma in un suo particolare modo di atteggiarsi. Non vi è un limite assoluto alla presenza del diritto, ma di quella specifica disciplina giuridica, di un particolare modo d’essere della regola di diritto.”

que tange à construção da personalidade, da subjetividade, como que, nos moldes de Norbert Rouland, um direito mais de incentivo do que de coerção.

A mesma livre construção da personalidade, como projeção extrema da autonomia individual, põe assim também um tema da mudança do direito e das modalidades de sua utilização. Não pode, então, ser pensada tanto na dimensão da separação, quase que a força e a potencialidade. A construção da personalidade está inscrita no espaço jurídico, e que encontra o seu fundamento, mas não como modalidade de atuação de uma situação do direito descritível em termos objetivos, quanto sobretudo como espaço reconhecido à subjetividade, governável segundo hipótese de direito e de não-direito, em um contínuo referir-se entre ‘cheio’ e ‘vazio’ de normas jurídicas. E em uma dimensão em que existe ‘o direito de errar’.²⁴¹

Rodotà postula, portanto, um direito de cunho essencialmente pedagógico para que ele possa ser mais efetivo e coerente e, ao mesmo tempo, permitir uma maior liberdade para a construção da vida por parte daqueles submetidos ao direito, desde que haja limites e que, quando necessário, o direito possa ser aplicado de forma mais dura, principalmente quando se trata de direitos fundamentais. “Desse nexos sempre mais intenso entre vida e liberdade deriva pela vida um sentido mais profundo, e o direito encontra uma medida mais discreta. Põe-se ao serviço do ‘trabalho de viver’, e assim pode ser objeto de aprendizagem,

²⁴¹ RODOTÀ, 2006, p. 24, tradução nossa. Original: “La stessa libera costruzione della personalità, come proiezione estrema dell’autonomia individuale, pone così anche il tema del mutamento del diritto e delle modalità della sua utilizzazione. Non può, quindi, essere pensata soltanto nella dimensione della separazione, quasi che la forza e potenzialità. La costruzione della personalità è iscritta nello spazio giuridico, e qui trova il suo fondamento, ma non come modalità di attuazione di una situazione di diritto descrivibile in termini oggettivi, quanto piuttosto come spazio riconosciuto alla soggettività, governabile secondo ipotesi di diritto e di non diritto, in un continuo rapporto tra ‘pieno’ e ‘vuoto’ di norme giuridiche. E in una dimensione in cui compare anche ‘il diritto di sbagliare’.”

logo do homem e não do poder, instrumento humilde e disponível e não imposição insustentável.”²⁴²

Esta tese, no entanto, pode remontar até mesmo aos trabalhos de Jean Carbonnier, por mais que encare com firmeza a impossibilidade da linguagem tomar conta da vida, a qual produz restos, tal como seria na pesquisa de Giorgio Agamben. Contudo, a partir do momento em que passa a considerar que a impossibilidade de representação da vida deve refletir da parte do direito uma maior abertura e também uma disponibilidade em sua atuação para legar à sociedade ou aos sujeitos uma maior esfera de decisão e construção de sentidos, ainda que em casos mais sérios o direito possa ser acionado, simplesmente não há mudança nenhuma daquilo que consistem nos Estados biopolíticos²⁴³ contemporâneos, os quais, por mais das vezes, repassam grande parte de sua atuação a agências especializadas ou organizações não-governamentais ou mesmo a assembleias de cidadãos.²⁴⁴ O fato do direito, em toda sua dureza, poder vir a ser aplicado em casos drásticos somente confirma o fato de que persiste ali a submissão da vida ao poder de decisão soberano. Essa capacidade do direito desaparecer, mas permanecer somente em potência atesta aquela *auctoritas* de que se falava no início deste quarto capítulo. É esta via que permite que alguns estejam submetidos ao direito posto, e outros não necessariamente. Ainda com relação a isto, quem poderia decidir sobre a colocação ou a suspensão do direito? A sociedade? O parlamento? Os juizes? Isto demonstra que o diagnóstico principal do autor, que seria a dificuldade do direito em dominar a vida em todos seus aspectos, vem ser substituída pela prescrição acadêmica de que direito, política e atividade civil estejam completamente indiscerníveis, havendo casuísmo e

²⁴² RODOTÀ, 2006, p. 72, tradução nossa. Original : “Da questo nesso sempre più intenso tra vita e liberta scaturisce per la vita un senso più profondo, e il diritto trova una sua più discreta misura. Si mette al servizio del ‘mestiere di vivere’, e così può essere oggetto di apprendimento, luogo dell’uomo e non del potere, strumento umile e disponibile e non imposizione insostenibile.”

²⁴³ Consultar “La naissance de la biopolitique”: FOUCAULT, 2004.

²⁴⁴ A Comissão do Parlamento europeu “legislar melhor” assim traz em sua principal cartilha: “Existem alternativas à regulamentação. A co-regulamentação (conferir a realização dos objectivos definidos na legislação aos parceiros oficiais ou a organizações não governamentais, por exemplo) e a auto-regulação (acordos voluntários entre organismos privados para resolver problemas através de compromissos entre os interessados) oferecem uma melhor relação custo/eficácia do que os instrumentos jurídicos tradicionais para atingir determinados objectivos.”

(Disponível em
 <http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/documents/brochure/br_brochure_pt.pdf>.
 Acesso em 11.09.09)

instrumentalização, as vezes sendo aplicável e às vezes não, conforme atesta também a teoria do direito de Dworkin e Alexy, bem como suas releituras.

Ainda mais grave é o posicionamento do autor com a dita função pedagógica do direito. O direito deveria, assim, ser muito mais incentivador do que repressor e, portanto, tem de chegar a aceitar o direito de errar. É claro que este é um pensamento demasiado genérico para que possa ser criticado em pontos essenciais, não se podendo dizer exatamente o que o autor sugere com tal tipo de frase. Mas, ao se pensar na mesma generalidade, pode-se questionar: deve realmente o direito reconhecer os erros? O sujeito de direito tem a ganhar com um reconhecimento oficial de vazios jurídicos em que ele possa atuar? Deveria o direito ser menos rigoroso?

Realmente não é tão simples a obtenção de um mínimo de liberdade por parte do sujeito, principalmente se esse processo for pensado a partir de uma suspensão, retirada ou até mesmo uma 'aliviada' por parte do direito. Isto é bastante controverso porque, apesar de ser notório que o completo engolfamento da vida social sendo dado por normas jurídicas termina por empobrecer a atuação em sociedade e a liberdade, um afrouxamento do direito ou o perdão generalizado, ou seja, a retirada do lado inconveniente da lei pode significar um direito de casuísmos ou mesmo, pior do que isso, uma situação em que toda demanda deve ser atendida. Se, à primeira vista isto parece fascinante, para a formação do sujeito, diz a psicanálise, é catastrófico, porque também se perde qualquer limite e qualquer noção de alteridade.

Este saber, que também se aplica ao pensamento sobre a sociedade, parte do pressuposto de que a entrada na linguagem se dá por uma interdição ou um corte simbolizada pelo agir do pai dentro da relação criança-mãe, na qual ambos estão ligados. A função paterna, assim, teria a incumbência de colocar um limite ao agir da mãe, que tende a dar ao filho tudo aquilo que ele precisa e no momento em que ele quer. Ao pôr esse limite, que coloca um terceiro estranho na relação, há, acompanhado com a sensação de falta, desassossego e inconveniência; mas, por outro lado, este afastamento forçado da mãe é o que dá início à existência do outro e é também o que vai trazer a busca pela volta ao início, isto é, o pai insere o desejo no sujeito, o qual tentará supri-lo pela via da linguagem. Diz o psicanalista Jean-Pierre Lebrun que

[...] a realidade psíquica do sujeito se organiza a partir da confrontação com a assimetria de base da conjuntura familiar, que apenas representa a estrutura da linguagem. Com efeito, é o Outro como lugar da linguagem que é presentificado pela mãe e é no interior desse sistema linguageiro que deverá ter lugar a operação que introduzirá o futuro sujeito em poder sustentar seu desejo singular, não sendo outro a não ser o pai o agente dessa operação, pai que terá o encargo de conduzir a possibilidade de uma outra intervenção no lugar onde a mãe consente em ser falante.²⁴⁵

Portanto, o pai, ao mesmo tempo que retira o gozo inicial da criança é aquele que instaura a Lei e a possibilidade do filho não ser devorado pela mãe e, assim, agir sozinho pelo advento da linguagem, de sorte que, quando não há esse corte (castração) que insere o nome-do-pai, não há propriamente sujeito; assim, não seria desejável uma mãe absoluta que desse tudo ao filho sem impor-lhe limites.

A psicanálise, contudo, para além da prática clínica, tem uma relevância grande para o estudo da cultura bem como de grupos humanos e sociedades, tendo influenciado as artes e a academia, a exemplo da escola de Frankfurt ou mesmo o pós-estruturalismo, sobretudo com o trabalho de Jacques Lacan. Neste sentido, é curioso demonstrar que, quando se faz uma analogia com instituições sociais, da qual certamente o direito é central²⁴⁶, discursos que tendem a ressaltar uma demasiada crença no sujeito e um desdém às instituições como o direito, como sendo traumatizantes ou cerceadores da liberdade, podem ser de certa forma melhor avaliados. Já não se poderia pensar que o direito daria a noção de Lei e responsabilidade retirando-se da vida do sujeito, como é a tese de Stefano Rodotà, o qual, por sinal defendia isto como algo pedagógico e libertário. Por outro lado, um direito onipresente e que forneça tudo a toda demanda, portanto sem limites, também não viria a constituir um verdadeiro sujeito. Assim, a retirada da inconveniência, seja ela dada pelo direito ou seja ela o próprio direito, consiste em postular uma ausência de limites ou da barreira da significação. Tudo bem que o direito não é exato para com o mundo da vida, mas a linguagem tampouco o é, mas ainda é o que torna capaz de

²⁴⁵ LEBRUN, 2004, p. 29.

²⁴⁶ Sobre a articulação entre Direito e Psicanálise, consultar PHILIPPI, 2001.

se perceber a alteridade e a discussão de leis em comum. Segundo Charles Melman:

[...] o direito atual estipula que qualquer reivindicação é legítima e deve ser satisfeita, senão há injustiça e dolo. Não é mais aceitável que alguém fique sem realizar sua satisfação, deve ser levado remédio e a justiça terá esse encargo. O direito me parece, então, evoluir para o que seria agora, a mesmo título que a medicina dita de conforto, um direito 'de conforto'. Em outras palavras, se, doravante, para a medicina, trata-se de vir reparar danos, por exemplo os devidos à idade ou ao sexo, trata-se, para o direito, de ser capaz de corrigir todas as insatisfações que podem encontrar expressão no nosso meio social. Aquele que é suscetível de experimentar uma insatisfação se vê ao mesmo tempo identificado com uma vítima, já que vai socialmente sofrer do que terá se tornado um prejuízo que o direito deveria – ou já teria devido – ser capaz de reparar.²⁴⁷

Essa atitude de atender a toda reivindicação poderia sustentar uma sociedade infantilóide, quando não psicótica ou perversa.²⁴⁸ É sintomático que o direito seja atualmente analisado por psicanalistas, os quais não vêm com muitos bons olhos a justificativa de que o direito não é suficiente para os fatos e as novidades de uma sociedade dinâmica porque, se as instituições tendem a aderir a todo movimento, o que também impossibilita sérias discussões lingüísticas, simplesmente não há porque se falar em sociedade moldada por padrões comuns. Para a subjetividade, isto consistiria, na impossibilidade de fazer demandas e reconhecer-se entre iguais (submissos, isto é, sujeitos à Lei). Na melhor das hipóteses, diz Dany-Robert Dufour, haveria a emergência de uma sociedade sem Outro, e que apenas adere irrefletidamente a objetos prontos, portanto da ordem do gozo e não do desejo.

Em suma, na pós-modernidade não há mais Outro no sentido do Outro simbólico: um conjunto incompleto no qual o sujeito possa

²⁴⁷ MELMAN, 2008, p. 106.

²⁴⁸ DUFOUR, 2007.

verdadeiramente enganchar uma demanda, formular uma pergunta ou apresentar uma objeção. Nesse sentido, é idêntico dizer que a pós-modernidade é um regime sem Outros ou que a pós-modernidade é repleta de semblantes de Outros, que imediatamente mostram o que são: tão cheios de presunção quanto às tripas.²⁴⁹

Neste mesmo sentido, o psicanalista Jean-Pierre Lebrun estabeleceu inclusive o conceito de perversão ordinária, na tradução brasileira perversão comum. O que fica evidente neste conceito é uma capacidade da sociedade contemporânea se estabelecer por laços de gozo, sem, portanto dar lugar ao Outro. Não que os indivíduos sejam necessariamente perversos, mas a sociedade em si acaba sendo quando já não é mais possível dizer não, ou seja, dar limite. Diz o autor: “O neosujeito manifestamente se agarra à prevalência da imagem, mas uma imagem sem além. Esta não serve de ‘degrau’ rumo à fala mas antes de proteção contra ela. [...] Logo, é fácil compreender que o golpe aplicado no trabalho de subjetivação na sociedade atual tem como conseqüência a prioridade deixada à imagem e mais particularmente à imagem saturadora.”²⁵⁰ Feitas essas considerações a partir da psicanálise, pode-se esclarecer indiretamente como um direito que pretende não dar mais limite, não impor inconveniência e não demonstrar a mínima força tende por ser muito mais prejudicial para a formação de sujeitos sociais do que aqueles submetidos a um direito demasiado autoritário.

Mas, ainda mais alarmante, é a capacidade de suspensão ou supressão do direito para certos grupos, seja para retirar direitos políticos, seja para supostamente dar maior liberdade à sociedade. Tome-se como exemplo Luís Roberto Barroso:

A velocidade da transformação, a profusão de idéias, a multiplicação das novidades. Vivemos a perplexidade e a angústia da aceleração da vida. *Os tempos não andam propícios para doutrinas, mas para mensagens de consumo rápido. Para jingles, e não para sinfonias.* O Direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo

²⁴⁹ DUFOUR, 2007, p. 59.

²⁵⁰ LEBRUN, 2008, p. 223.

dos séculos. De fato, a injustiça passeia pelas ruas com passos firmes e a insegurança é a característica da nossa era.²⁵¹

O autor prefere *jingles* a sinfonias. Há nisto um profundo comprometimento em uma mudança no que se entende por universalidade, que é juntamente com a imperatividade, algo fundador da legalidade. A universalidade, pois, já não é vista a partir do conteúdo, em que se fundamentaria uma igualdade de todos perante a lei, ressalvados os casos de desigualdade para promoção da igualdade, como nas ações afirmativas. Mas o que prepondera, é uma universalidade somente porque todos estão submetidos a uma mera força de lei sem lei²⁵², ou seja, na mera legitimidade da instituição que a põe, que, na sua incumbência institucional, pode decidir por critérios cada vez mais vagos e maleáveis se a norma jurídica é aplicável ou não, bem como emitir novas normas em grande número ou sob pressupostos absurdos. Nestes termos melhor se compreende algumas palavras de José Eduardo Faria:

Essa realidade ambígua entre o enorme poder formal e a fraqueza real do Estado traduz o agravamento de sua inaptidão estrutural com relação a fatos sociais complexos, que exigem do setor público a instrumentalização de um número cada vez maior de mecanismos de decisão e controle para assegurar o cumprimento de suas funções potencialmente contraditórias de reprodução e legitimação.²⁵³

Não bastasse isto, ainda existem as teorias como a de Rodotà que servem de fundamento para que as normas possam ser aplicadas ou não, seja pela via da subsunção, seja pela negativa em legislar sobre determinado assunto. Essa legalidade apenas na forma, contudo, não deixa de revelar que sua outra face é ser apenas força, a qual é justificada por qualquer retórica de crise ou de emergência de sorte que já não se torna mais possível separar a normalidade da exceção.

²⁵¹ BARROSO, 2007, p. 1-2.

²⁵² AGAMBEN, 2004, p. 93 ou 61-63.

²⁵³ FARIA, 1994, p. 170.

Portanto, refuta-se aqui que a inflação normativa seja alguma crise do direito, pelo menos em seu aspecto formal. Isto leva a algumas possíveis correções no senso comum. Um exemplo é a repetição constante de que os juízes estão se tornando legisladores, o que na verdade acarreta uma enorme violência simbólica porque o casuismo dos juízes não possui a necessária universalidade da noção de legalidade. Também não é tão simples dizer que se deve legislar menos para se legislar melhor, como traziam antes os relatórios da comissão do Parlamento Europeu ou aqueles do Grupo de trabalho em consolidação das leis do Brasil, porque oculta a relação velada entre poder e instituição, de sorte que, mesmo que o direito abandone a pretensão de legislar sob certas condições, isto não significa que o poder para voltar a fazê-lo não permaneça em potência, até mesmo porque, mesmo que se consiga estabelecer um trabalho sério de consolidação, essas leis não se aplicarão sozinhas e não deixarão de suscitar exceções, sendo falsa qualquer promessa de um retorno completo da exatidão de sentido das normas ou segurança jurídica.

A quantidade de normas não é tão danosa quanto à crescente abertura de critérios e adoção de métodos completamente alheios a uma lógica jurídica, que certamente são muito benéficos para o mercado, que exige um alto grau de exatidão, eficácia e pragmatismo, sendo conveniente um direito essencialmente decisório. No mais, a delegação das decisões a esferas não-estatais, como nas normas emitidas por agências reguladoras, por processos deliberativos, autarquias, etc, não dispensa a potência decisória e, ainda que talvez haja uma menor edição de normas, não se pode dizer com certeza que haja mais normatividade ou que há uma recuperação da legalidade. Portanto, o principal problema da inflação normativa não está na quantidade de normas, em sua clareza ou na possibilidade de assimilação, mas em um excesso hermenêutico que abre, sob a falsa pretensão de regular menos ou regular melhor, mesmo que por delegação (Habermas e em menor grau Luhmann), já não emite mais regra alguma. Possibilitado pelo frenesi da tentativa de união entre teoria e aplicação do direito e, em última instância ser e dever-ser, as teorias interpretativo-argumentativas de Dworkin ou principalmente Alexy propõem de forma perversa uma busca por completa efetividade e sutura à falha da representação (a inexatidão da linguagem). Este novo fazer teórico-prático abandona dicotomias essenciais ao direito e já não demonstra propor meios sinceros para frear a força institucional ausente de legalidade. Isto

demonstra que o excesso de leis ou de normas não é apenas um problema numérico, mas diz respeito a uma prescrição de êxtase quando pretende uma simbiose entre aplicação e teoria do direito que fundamenta uma institucionalização da exceção, sendo, pois, o que ainda resta para se falar sobre inflação normativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sobre a experiência parlamentar brasileira na luta contra a inflação normativa

Ainda que a academia não tenha a necessidade de dar as exatas soluções práticas ou modelos a serem tomados pela política ou pelo direito aplicado, – isto porque defender o contrário, portanto em uma vinculação intrínseca entre teoria e prática, significa uma afronta à dignidade tanto da ciência ou filosofia do direito na medida em que essas não dependem de tribunais para terem suas investigações validadas e tampouco a política ou a jurisdição devem ficar à mercê da academia, esta cada vez mais afastada da realidade – o esforço de conceituação pode servir para problematizar algumas questões que normalmente não são levadas em consideração por práticas e discursos que pouco se esforçam para sair do senso comum. Oferecer novos apontamentos para a comum expressão inflação normativa foi o objetivo maior deste trabalho, o qual terá sido minimamente cumprido se houver da parte do leitor alguns novos pontos de fuga, bem como alguns exemplos claros que desmentem algumas supostas verdades, como pensar que legislar menos necessariamente seria legislar melhor, acreditar que os juízes atualmente vêm legislando em demasia, pensar que a inflação normativa é culpa da hiperinflação do poder executivo, etc. Ciente de que o sentido não está nem no texto em si e nem mesmo apenas no leitor, mas na relação que leitor e texto compõem, ainda é de se esperar muitas novidades sobre o tema na atualidade, seja de leitores desta dissertação ou não, até mesmo por causa da tendência que se verifica nas várias comissões dos poderes legislativos no Brasil e no exterior no sentido de enfrentar a proliferação de leis.

Ainda assim, enquanto autor, aproveitaria essas considerações finais para expor algumas opiniões acerca de alguns pontos que não foram aprofundados. Um bom assunto para iniciar está na tentativa nacional de Consolidação das leis empreendida pelo grupo de parlamentares destinados a tal tarefa, o qual deve muito ao Deputado Federal Cândido Vacarezza. Por mais que este trabalho tenha sido absolutamente crítico em relação à novidade ou miraculosidade de um esforço de compilação dos textos de leis esparsas, até porque consolidações já existiram, das quais a mais célebre é a Consolidação das Leis do Trabalho de 1943, sem falar na própria idéia de codificação

do século XIX, e, além disso, é óbvio que não há lei que consiga satisfazer na exatidão e simplicidade, isto é, não há como se ultrapassar as falhas da própria palavra ou os abusos de sua interpretação, não se pode deixar de observar algumas conseqüências interessantes podem ser obtidas em iniciativas deste tipo.

Uma delas é o possível incentivo ao debate sobre o tema, que pode ir muito além dos trabalhos do grupo responsável na Câmara dos Deputados, chegando aos mais variados juristas. Com certeza a difusão de um debate parlamentar é muito mais levado em consideração do que alguma dissertação de mestrado pode almejar. Enfim, desde que não vire alguma forma de comoção nacional que dê pressa aos trabalhos, a divulgação da proposta pode levantar a pergunta para os teóricos e, com certeza, chamar a sociedade e o Estado às falas para que tragam novas experiências e soluções para o tema e, mais do que isso, que se pergunte sobre a própria função da Lei. Se não for muito otimismo, pode inclusive virar motivo de discussões o fato da produção exagerada de normas significar uma instrumentalização do direito, que pode se dar tanto da parte do executivo, como do legislativo ou judiciário. Todo o trabalho de revisão da legislação, aliás, pode incentivar fundamentações para o debate sobre o tipo de sociedade que se quer e o tipo de lei que se tem.

Outra conseqüência favorável neste novo empreendimento de consolidação, para além do fato de se aumentar as discussões, está na capacidade de facilitação do trabalho para os operadores do direito. Deve-se, antes disso, destacar que seria muito falacioso acreditar que a população terá mais acesso aos textos legais e à sua leitura, tendo em vista que, sem considerar que boa parte dela é analfabeta funcional ou total, mesmo os mais instruídos têm pouca familiaridade com os textos normativos do direito brasileiro, sendo raros os que sabem diferenciar uma lei complementar de uma lei ordinária. Neste contexto, a população sabe das leis, no máximo, pela divulgação da mídia, a qual também não é satisfatória muitas das vezes. Mas é inegável que para os operadores uma consolidação facilitaria o trabalho de aplicação do direito e daria melhores molduras para o trabalho de subsunção. É claro que a interpretação ainda permaneceria e as concepções principiológicas da hermenêutica certamente ainda teriam muito espaço na jurisdição, até porque diriam que as leis dispostas mais simples apenas dão algumas direções, mas que, nos casos específicos, pela complexidade social, a produção normativa deveria interpretar adequadamente os textos. Tem-

se a certeza de que a argumentação no decorrer do trabalho deixou bem claro que esse tipo de prática não seria impossibilitada por qualquer codificação que fosse.

No entanto, destacados esses pontos positivos, com certeza dois dentre muitos outros, convém dizer que até agora, desta iniciativa de consolidação da legislação no Brasil, só saíram projetos. Certamente o mais importante deles, que seria uma recompilação das leis do trabalho, ainda exigirá dos políticos, sindicatos e trabalhadores uma batalha muito maior do que aquela que os juristas têm enfrentado. A maioria dos projetos, pois, não foge à criação de alguma forma de polêmica e, certamente, dependem de um esforço político para que possam surgir.

Porém, juntamente com esse tipo de pendência, surge uma desconfiança sobre o teor dessas compilações. Seriam elas feitas de forma idônea? Conseguiriam manter o sentido das leis antigas? É realmente um motivo para uma outra pesquisa, principalmente com algum recurso à lingüística, se existe realmente essa possibilidade. Um dos pressupostos necessários para uma atualização, pelo menos, deve ser a desconsideração de alguma vontade da lei, até porque não se poderia saber e adequar a vontade de uma lei de, por exemplo, 60 anos atrás. Também instiga saber se essa não é uma forma mascarada de se elaborar as reformas de Estado sem haver necessidade de, por exemplo, um processo legislativo.

Mais assombroso, no entanto, é pensar que esteja nascendo uma nova forma de sociedade legislar em que se reuniriam representantes de partidos, da sociedade civil, do empresariado e órgãos especializados para a criação de leis ou, no caso, supressão delas. O relatório do grupo de trabalho da Câmara inclusive alega ter tomado a precaução de haver dialogado com esses grupos. Haveria uma tendência em concentrar a produção de leis por esses processos deliberativos e da Câmara ficar restrita à criação de CPIs? Conclui-se que há nesta empreitada, um modelo habermasiano de busca de consenso através de um procedimento capaz de incluir autoridades e sociedade para a discussão conjunta. No entanto, ainda é cedo para saber se há maturidade política para um modelo que dispense uma preocupação por um direito bem consolidado, mesmo que um pouco formalista, como muito bem destaca Marcelo Neves quando fala de alopoiese. Percebe-se, pois, como é delicada a situação brasileira: na criação das leis um

habermasianismo precoce e na aplicação delas, isto é, na jurisdição, um modelo frenético de junção de norma e fato com base em Alexy.

É realmente tempo de se começar a refletir sobre o que consiste lutar contra a inflação normativa ou o excesso de leis. Pelo menos neste sentido a lentidão com que os trabalhos de consolidação vêm sendo feitos não deixa de ser uma grande ajuda. Antes de aceitar este tipo de proceder da parte dos parlamentares é preciso um trabalho de reconhecimento e descrição desse tipo de experiência. Espera-se ter dado com o trabalho, um alerta para a importância da questão e os primeiros passos para tal estudo, que pode com certeza partir agora para casos mais específicos. Neste sentido, sendo tal trabalho de cunho essencialmente teórico, pretendeu-se com esta pesquisa primeiramente expor alguns textos prévios que utilizavam tratavam do tema para, logo após, observar uma série de teorias mais recentes na ciência jurídica – tanto as de cunho sociológico como interpretativo – para se demonstrar uma forma de endogenia da inflação normativa ao próprio Direito, isto porque ela se dá principalmente no processo de aceleração das dicotomias que fundam tanto a aplicação como a ciência do Direito, aproximando-se hoje de uma indistinção. E, muito embora essas separações não se sustentem em última instância, a sua permanência faz surgir diversos efeitos, por tal razão, devem ser reconhecidos e investigados. O que se observa nas teorias aqui estudadas, que no quarto capítulo foram objeto de análise de uma completa reconceituação de inflação normativa, é que, sobretudo naquelas teorias que visam à interpretação ou argumentação, pretende-se uma superação total dessas dicotomias aqui trabalhadas para uma efetividade sem limites, o que só se torna possível em um direito marcado por decisionismo e destemporalização.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. *Estâncias: a palavra e o fantasma na cultura ocidental*. Tradução de Selvino José Assmann. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

_____. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

_____. *Il Regno e la Gloria*. Per una genealogia teologica dell'economia e del governo. Torino: Bollati Boringhieri, 2009.

Agências reguladoras e reforma do Estado no Brasil: inovação e continuidade no sistema político institucional. Coordenação de Edson de Oliveira Nunes... [et al.] Rio de Janeiro : Garamond, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005.

ALLONES, Myriam Revault; FOESSEL, Michaël; KERVEGAN, Jean-François. *Modernité et sécularisation* : Hans Blumenberg, Karl Löwith, Carl Schmitt, Leo Strauss. Paris : CNRS, 2007.

ARTAUD, Antonin. *Linguagem e vida*. Organização de J. Guinsburg, Sílvia Fernandes Telesi e Antonio Mercado Neto. São Paulo: Perspectiva, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do direito*. Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, março/abril/maio de 2007. Disponível em <

<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>, Acesso em 15 de Outubro de 2009.

BARTHES, Roland. *Elementos de Semiologia*. Tradução de Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 2007.

BATAILLE, Georges. *L'expérience intérieure*. Paris: Gallimard, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BEARD, Charles A. *An economic interpretation of the Constitution of the United States*. Nova Iorque: Free Press, 1965.

BENJAMIN, Walter. *Crítica da violência/Crítica do Poder*. Tradução de Willi Bolle. Em: Documentos de cultura/Documentos de Barbárie: escritos escolhidos. São Paulo: Cultrix/Edusp, 1986.

_____. *Obras escolhidas*. Magia e técnica, arte e política. Tradução de Sergio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BLANCHOT, Maurice. *A conversa infinita: a experiência limite*. Tradução de João Moura Jr. São Paulo: escuta, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Mario Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. *Teoria geral do Direito*. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 41, de 19 de Dezembro de 2003. Publicado no D.O.U. 31.12.2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2240/BA. Relator: Ministro Eros Roberto Grau. DJ 3, ago. 2007.

CAMARGO, Manuela Oliveira. *Proporcionalidade e Razoabilidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: os casos de conflitos entre princípios da ordem econômica*. 2005. Trabalho de Conclusão de Curso, Sociedade Brasileira de Direito Público: escola de formação. São Paulo, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o direito*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Lider, 2001

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

_____. *Juízes legisladores?* Tradução de Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

CARBONNIER, Jean. *Flexible Droit: pour une sociologie du droit sans rigueur*. Paris : Librairie Generale de droit et jurisprudence, 1988.

CITTADINO, Gisele. Entrevista com Gisele Cittadino em *Dossiê Habermas 80 anos*. Rio de Janeiro: Centro de Estudos de Direito e Sociedade, 2009.

_____. Poder Judiciário e ativismo judicial. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. ano li, n° 3 - 2001-2002.

COMISSÃO LEGISLAR MELHOR. Parlamento Europeu. *Relatório Legislar melhor*. Disponível em:

<http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/documents/brochure/br_brochure_pt.pdf> , Acesso em 19.08.09.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COSTA, Sergio. A democracia e a dinâmica de Jürgen Habermas. *Lua Nova: Revista de cultura e política*, n. 36, p. 55-66, 1995.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DERRIDA, Jacques. *A escritura e a diferença*. Tradução de Maria Beatriz Marques Nizza. São Paulo: Perspectiva, 2002.

_____. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. Tradução de Leyla Perrone-Moysés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Gramatologia*. Tradução de Miriam Schnaideman e Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Perspectiva, 1973.

DOBROWOLSKI, Silvio. A inflação legislativa e a jurisdição constitucional. In: SEQUÊNCIA. Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito UFSC. N.39, 1999.

DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do discurso e correção normativa do Direito*. São Paulo: Landy, 2004.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna: *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2006.

DUFOUR, Dany-Robert. *A arte de reduzir as cabeças: sobre a servidão na sociedade ultra-liberal*. Tradução de Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DUTRA, Delamar José Volpato. *Manual de Filosofia do Direito*. Caxias do Sul: EducS, 2008.

ENCARNAÇÃO, João Bosco da. *Filosofia do Direito em Habermas: a hermenêutica*. Lorena: Stiliano, 1999.

FARIA, José Eduardo C. O. *A crise do Direito numa sociedade em mudança*. Brasília: Unb, 1988.

_____. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Poder judiciário nos universos jurídico e social: esboço para uma discussão de política judicial comparada. *Revista Serviço Social e Sociedade*. n. 67. Setembro de 2001.

FERRAZ Jr, Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FIGEROA, Alfonso García. La tesis del caso especial y el positivismo jurídico. *DOXA: cuadernos de filosofía del derecho*. N. 22, 1999.

FONSECA, Eduardo Gianetti. *Ética e Inflação*. In: Braudel Papers, v.1. São Paulo: Instituto Braudel de Economia Mundial, 1993.

FOUCAULT, Michel. *Naissance de la biopolitique*. Paris: Seul, 2004.

_____. *Microfísica do Poder*. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

_____. *As palavras e as coisas*. Tradução de Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FRIER, Pierre-Laurent. *L'Urgence*. Paris: Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1987.

GARCIA, Ísis de Jesus. *Uma Torre de Babel chamada Constituição Federal: reflexões a respeito do direito contemporâneo*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2006.

GAUTHIER-LESCOUP, Laure. Une résolution du parlement pour lutter contre l'inflation normative. *Revue du droit publique et de la science politique en France et à l'étranger*. Paris, tomo 123. n^o1, p. 113, 2007.

GOMES, Perillo. A restauração do Direito. *A Ordem*, vol X, p. 550-554, 1933.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito presuposto*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 3^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

Grupo de Trabalho de Consolidação das Leis : balanço do biênio 2007-2008. – Brasília : Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre o humanismo*. Tradução de Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Moraes, 1991.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UnB, 1980.

_____. *Sociologia do direito*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1983.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LEBRUN, Jean-Pierre. *Um mundo sem limites: ensaio para uma clínica psicanalítica do social*. Tradução de Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2004.

_____. *A perversão comum: viver juntos sem outro*. Tradução de Procopio Abreu. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008.

LINHARES, José Manuel Aroso; ROSA, Alexandre Morais da. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: das origens à escola histórica*. Tradução de Carlo Abreu Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Sistema e struttura nel diritto*. v.2;v.3. Milano: Giuffrè, 2002.

LUDWIG, Celso. *Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

LYOTARD, Jean-François. *O Inumano: considerações sobre o tempo*. Tradução de Ana Cristina Seabra e Elisabete Alexandre. Lisboa: Estampa, 1990.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELO E SILVA, Nancy. *Da jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MERLE, Jean-Christophe; Moreira, Luiz (orgs.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.

MELMAN, Charles. *O homem sem gravidade: gozar a qualquer preço*. Tradução de Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A síntese necessária. *A Ordem*, vol. LV, p. 6-10, 1956.

NANCY, Jean-Luc. *L'imperatif catégorique*. Paris: Flammarion, 1983.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

_____. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. O estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. Moralidade e Jurisdição. A compreensão procedimentalista do direito em Jürgen Habermas. 2006, 338f. Tese (Doutorado em Direito) Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2006.

OLIVEIRA, Fábio de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OST, François. *Contar a Lei: as fontes do imaginário jurídico*. Tradução de Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

_____. *O tempo do Direito*. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

OUTRA TRAVESSIA, Revista de literatura. *A exceção e o excesso: Agamben e Bataille*. Florianópolis: Capela e Scramin, n.5, 2005.

PEDRON, André Quinaud. O balanço de princípios pelo STF: balanço Crítico. *Revista CEJ*. Brasília, Ano XII, n. 40, p. 20-30, jan/mar. 2008.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

REVISTA SEQUÊNCIA: n. 39. Ano XXI Dezembro de 1999

RICOEUR, Paul. *Tempo e Narrativa*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. Campinas: Papyrus, 1997.

ROCHA, Leonel Severo da. *Notas sobre Niklas Luhmann*. In: Estudos Jurídicos. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2009.019238-6. Relator: Desembargador José Volpato de Souza. DJ 03 mar. 2009.

SAVIGNY; THIBAUT. *La Codificación: uma controversia programática baseada em sus obras*. Tradução de Jose Diaz Garcia. Madrid: Aguilar, 1970.

SCHMITT, Carl. *Le categorie del 'politico'*. Tradução de Pierangelo Schiera. Bologna: Mulino, 2006.

_____. *Teologia Política*. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, 2002, n. 798, p. 23-50.

SONTAG, Susan. *Estilos Radicales*. Tradução de Eduardo Goligorsky. Buenos Aires: Suma de Letras, 2005.

TEUBNER, Günther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Tradução de Brunela Vieira de Vincenzi e outros. Piracicaba: Unimep, 2005.

_____. *Substantive and Reflexive elements in modern Law*. Disponível em <[http:// papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=896509](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=896509)> Acesso em 1, Out. 2009.

WARAT, Luis Alberto. *A Ciência Jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2000.

WILLKE, Helmut. *Direito Reflexivo* (verbetes). In: ARNAUD, André-Jean (org.). *Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro : Renovar, 1999.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Acadêmica, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Tradução ao castelhano de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2002.