

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

**LEGITIMIDADE DOS PROVIMENTOS:
O PROCESSO COMO FUNDAMENTO DOS SISTEMAS
JURÍDICOS NAS COMPLEXAS SOCIEDADES
DEMOCRÁTICAS CONTEMPORÂNEAS.**

Carlos Eduardo Araújo de Carvalho

Belo Horizonte, MG, Brasil

2007

Carlos Eduardo Araújo de Carvalho

**LEGITIMIDADE DOS PROVIMENTOS:
O PROCESSO COMO FUNDAMENTO DOS SISTEMAS
JURÍDICOS NAS COMPLEXAS SOCIEDADES
DEMOCRÁTICAS CONTEMPORÂNEAS.**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual. Área de Concentração: Processo na construção do Estado Democrático de Direito,

**Orientador: Ronaldo Brêtas de
Carvalho Dias**

Belo Horizonte, MG, Brasil

2007

ARAÚJO DE CARVALHO, Carlos Eduardo.

C586r Legitimidade e os Provimentos: O Processo como fundamento dos sistemas Jurídicos na complexas sociedades democráticas contemporâneas / Carlos Eduardo Araújo de Carvalho – Belo Horizonte, 2006.

243f.

Orientador: Prof. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias.

Mestrado (dissertação) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito.

Bibliografia.

1. Direito Processual; 2. Sociologia jurídica; 3. Filosofia do Direito; 4. Ciências Sociais aplicadas; 5. Teoria dos sistemas; 6. Teoria crítica da sociedade.

I. BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito. III. Título.

CDU: 347.9

Carlos Eduardo Araújo de Carvalho

**LEGITIMIDADE DO PROVIMENTO: O PROCESSO COMO FUNDAMENTO DOS
SISTEMAS JURÍDICOS NAS COMPLEXAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS
CONTEMPORÂNEAS.**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito Processual,
da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Belo Horizonte, 2007.

Componentes da banca examinadora:

Professor Dr. Ronaldo Bretas de C. Dias (Presidente/Orientador)

Nota

Professor Dr. Rosemiro Pereira Leal

Nota

Professor Dr. Luís Carlos Balbino Gambogi

Nota

“Dedico este trabalho aos meus irmãos Márcia Astréia Araújo de Carvalho e Marcus Eduardo Araújo de Carvalho, que apesar de toda a dificuldade enfrentada nesta vida, sempre estão a nos acolher com um sorriso carinhoso. À minha amada Paula, pela compreensão por minha ausência acadêmica. E à minhas queridas Lais Batista de Carvalho e Izabel Batista de Carvalho, pelo incentivo e paciência de mãe”.

“Agradeço a todos que contribuíram de alguma forma para a concretização deste trabalho, especialmente ao meu orientador, Prof. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, ao Prof. Fernando Horta Tavares, ao Prof. Rosemiro Pereira Leal e ao Prof. Alberico Alves da Silva Filho que muito nos incentivam, e aos que fazem da área Processual uma realidade, fazendo desta mais uma porta aberta para a defesa dos direitos e garantias fundamentais”.

*“A palavra Liberdade
vive na boca de todos:
quem não a proclama aos gritos,
murmura-a em tímido sopro. (Romance XXIII)
[...]*

*... Liberdade, essa palavra que o sonho humano
alimenta que não há ninguém que explique e
ninguém que não entenda!” (Romance XXIV)”*

Cecília Meireles
O Romanceiro da Inconfidência (1953)

*“The most beautiful thing we can experience is
the mysterious.
It is the source of all true art and all science.
He to whom this emotion is a stranger, who can
no longer pause to wonder and stand rapt in awe,
is as good as dead: his eyes are closed.”*

Albert Einstein

*“Nobody can make you feel inferior without your
permission.”*

Eleanor Roosevelt

*“If I have seen a little farther than others, it is
because I have stood on the shoulders of giants.”*

Sir. Isaac Newton

RESUMO

Esta dissertação realizou um estudo exploratório, descritivo/compreensivo e comparativo, pela vertente jurídico teórica, da teoria da legitimidade e de sua relação com a teoria do provimento, visando uma reconstrução adequada da difícil relação existente entre ambas as concepções. Para tanto, buscou-se uma releitura paradigmaticamente adequada ao contemporâneo Estado Processual de Direito. Verificou-se assim a necessidade de alargamento do conceito de provimento no direito brasileiro, na medida em que o utilizado atualmente na prática forense é extremamente restrito, tornando inócuos os enunciados principiológicos institutivos do Processo e os enunciados normativos do artigo 14, 162 e 273 do Código de Processo Civil brasileiro. Outro ponto controvertido enfrentado nesse trabalho é a (re)colocação do centro do “sistema” jurídico no processo e não mais na atividade jurisdicional, haja vista que a legitimidade jurídico-decisória não é mais produto de um procedimento técnico-normativo, mas fruto de uma atividade discursivamente compartilhada, garantidora e efetivadora de direitos e garantias fundamentais, o Processo.

Palavras-chave: Direito Processual, Sociologia jurídica, Filosofia do Direito, Ciências Sociais aplicadas, Teoria dos sistemas e Teoria crítica da sociedade.

ABSTRACT

This thesis was elaborated with an exploratory, descriptive/comprehensive and comparative, study for the theoretical legal source, of the theory of the legitimacy and its relation with the theory of the adjudication trying to find an adequate reconstruction of the difficult relation that exists between both the conceptions. In order to do so, it was explored a new way to understand through an adequate comprehension in the contemporary paradigm of legal proceedings. It was verified that there was a necessity of widening of the concept of the adjudication in the Brazilian Law, proportionally while it's concept that's currently used in the forensics praxis is extremely restricted, turning the statements of the institutive principles of Process and the normative statements of the articles 14, 162 and 273 of the Brazilian Civil Procedure Code meaningless. Another stressed peak presented and worked through in this paper is the (re)establishment of the legal "system" center in the procedure and not anymore in the jurisdictional activity, thus it has been seen that the "juridical-power to decide" legitimacy is not anymore product of a technical-normative procedure, but fruit of an activity shared communicatively, grantor and basic effectiving of rights and Fundamental guarantees, the Process.

Key words: Procedure Law, Sociology of Law, Jurisprudence, Social science applied, System's theory, Critical theory of society.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO TEÓRICO-METODOLÓGICA	11
2 VERIFICAÇÃO SOBRE A GÊNESE DO CONCEITO DE LEGITIMIDADE.....	19
3 A ORIGEM DA LEGITIMIDADE MODERNA - CONCEITUAÇÃO E RESSEMANTIZAÇÃO DA PALAVRA SISTEMA	26
3.1 A Revolução Científica da Teoria Geral dos Sistemas. O Conceito de Auto-organização e Autopoiesis	33
3.2 Uma Breve Análise da Proposta de Maturana e Varela	37
3.3 Os Sistemas Sociais e o Conceito de Autopoiesis – Parsons e Luhmann	41
4 DIREITO COMO SISTEMA: O DIREITO NO QUADRO DAS CIÊNCIAS DA MODERNIDADE E O NORMATIVISMO	49
4.1 O Giro Decisionista na Teoria Pura do Direito – A Abertura da Caixa de Pandora Normativa – A Pane Teórica	57
4.2 A Legislação Positivada e a Textura Aberta do Direito – Um Sistema de União de Normas Primárias e Secundárias – A Inauguração do Problema Jurídico Moderno, a Própria Norma	64
4.3 O Ataque ao Positivismo – Dworkin e o Juiz Hércules – O Direito como Sistema de Regras e Princípios – O Direito como Integridade – A Abertura do Sistema Jurídico para a Moral e a Política	70
4.4 Crítica Fazzalariana à Teoria Kelseniana	85
4.5 Reviravolta da Racionalidade e da Verdade na Modernidade, Segundo a Teoria Discursiva	90
4.6 Reformulação do Conceito de Direito em Faticidade e Validez - O Estado de Direito como uma Amarração Paradoxal de Princípios Contraditórios?	101
4.7 Autopoiesis do Direito – O Funcional Estruturalismo como Herdeiro do Positivismo	109
4.8 Busca pela Legitimidade Decisória – Verificações Críticas ao Modelo Funcional-Estruturalista	119
5 ESCORÇO HISTÓRICO DO CONCEITO DE PROCEDIMENTO E A SIMBIOSE COM O CONCEITO DE LEGITIMIDADE	127

5.1 Da Ação e do Procedimento – Revisitação aos Conceitos Clássicos e Pregressos desde a <i>Actio Romana</i>	128
5.2 A Teoria da Ação em Fazzalari – Uma Proposta de Adequabilidade Democrática	140
 6 ESCORÇO HISTÓRICO DA TEORIA DO PROCEDIMENTO – UMA REVISITAÇÃO AOS CONCEITOS CLÁSSICOS E PREGRESSOS DA NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO	145
6.1 Teoria do Processo como Contrato	148
6.2 Teoria do Processo como Quase-contrato	150
6.3 Teoria do Processo como Relação Jurídica	151
6.4 Teoria do Processo como Situação Jurídica	156
6.5 Teoria do Processo como Instituição – Contraposição à Análise do Processo como Sistema Social	160
6.6 Teoria Estruturalista do Processo – Uma Reconceituação Democrática da Teoria do Processo	164
6.7 Teoria Constitucionalista do Processo	170
6.8 Teoria Neo-Institucionalista do Processo	174
 7 O CONCEITO DE SISTEMA E A CIÊNCIA JURÍDICA. UMA RECONSTRUÇÃO PARADIGMÁTICA	179
7.1 Paradigma do Estado Liberal	184
7.2 Paradigma do Estado Social	192
7.3 Paradigma do Estado Processual (Democrático de Direito)	197
 8 O CONCEITO DE PROVIMENTO E TEORIA DOS SISTEMAS	209
8.1 A Reformulação do Conceito de Provimento e sua Inclusão no Micro-Sistema Procedimental	219
8.2 A Radicalização da Democracia e a Teoria da Provimentalidade	222
 9 CONCLUSÃO	232
 10 REFERÊNCIA BIBLIOGRAFIA	237

1. INTRODUÇÃO TEÓRICO-METODOLÓGICA.

A idéia de legitimidade jurídica e decisória é uma das questões mais controvertidas entre os juristas, que digladiam teorias buscando conformações exóticas, quando não esotéricas, na medida em que se pronunciam pelo aferimento da legitimidade por uma espécie de “deus” lógico, que guarde a “coerência” e “ordem” em si mesmo, numa visão extremamente descompartilhada de tudo e de todos exceto do “EU”.

Deve-se ressaltar que a idéia de “coerência” e “ordem” normativas, tão bem aceitas pelos juristas e julgadores na era pré-moderna e na modernidade primeva, sempre esteve atrelada à idéia de sistema ou, numa linguagem jurídico-técnica, de ordenamento.

O termo sistema tem origem grega, mas o significado que hoje se lhe atribui não tem semelhança com o significado originalmente atribuído pelos gregos. E seu significado hoje assume conotações impróprias que, ao invés de esclarecer, causam confusão, pois hoje é utilizado como um método ou forma de construção mental (pensamento sistemático), como termo de uso específico em determinadas disciplinas, como titulação de livros ou estudos gerais, novos horizontes de racionalidade que romperam com a herança da era medieval.

Assim, a profusão de significados, cumulada com a crença na razão, o avanço na idéia de uma nova subjetividade, a revisão das relações do conhecimento, a credibilização da ciência e o reinado de uma nova metafísica fazem da inteligência humana refém dos referenciais de segurança e verdade na política e na ciência.

O caráter formal-dedutivo do sistema jurídico, que remonta às concepções formais da Idade Moderna, ganhou grande força, influenciando sobremaneira a metodologia posterior do pensamento dogmático. Por outro lado, a fundamentação do sistema jurídico recebe um conteúdo histórico a partir do século XIX: a idéia de soberania estatal e as idéias iluministas de legitimação da burguesia segundo a dominação legal-racional que via a lei como produto da vontade geral, o ideal de verdade e, caminhando lado a lado com eles, o conceito de provimento no Direito, tiveram papel determinante a partir da modernidade, abandonando-se muito do elemento prudencial dos romanos, elemento que tinha caráter mais retórico, mostrando-se, portanto, mais relativista, assentando-se sobre outros paradigmas, muito mais ligados à prática profissional e à boa decisão que a ideais científicos aprioristicamente determinados.

A partir deste momento histórico, incorpora-se ao direito a epistemologia da contemporaneidade, surgindo gradualmente a idéia de sistema como característica fundamental dessa nova ciência, que, em verdade, atinge todos os planos da existência humana em sua visão das possibilidades de inteligibilidade do mundo.

Por volta da década de sessenta começou-se a trabalhar um fenômeno próprio dos sistemas científicos, a auto-organização. Foi com Varela, Maturana e Uribe, em artigo publicado em 1974 para definir os seres vivos como sistemas que produzem continuamente a si mesmos, que a palavra autopoiese surgiu pela primeira vez na literatura internacional.

A Teoria Geral dos Sistemas como superteoria propõe uma modificação radical na concepção de mundo e de relacionamento, pois, como será visto, a ordem causa desordem e a desordem pode se ordenar, o que nunca antes fora pensado, haja vista o modelo científico-racional adotado. O Direito nesta concepção assume o caráter de sistema, dentre os outros que compõe aquilo que chamamos de mundo e sociedade.

Notadamente, diante das modificações na teoria dos sistemas e da teoria do Direito, principalmente a perda do referencial na racionalidade monológica e com a estruturação da necessidade de “processualidade” do Estado moderno para a garantia da Democracia e do próprio Direito, ante as exigências advindas da perda do referencial da racionalidade que conferem legitimidade à legalidade por uma fundamentação moral última, mas não a conferem à provimentalidade, mostra-se necessário um estudo que, partindo da teoria dos sistemas de Parsons, e necessariamente passando pela análise luhmanniana, interaja com a teoria do discurso e do paradigma “Processual discursivo”, que a contemporaneidade institui.

Diante da análise da teoria do discurso e da teoria dos sistemas, sobressai a questão norteadora deste trabalho: há como se falar em sociedade Democrática, sem a consagração da instituição Processo? O exercício pleno da cidadania, com a abertura das incursões hermenêuticas a uma fiscalidade plena da sociedade, se dará em um espaço público desprocessualizado, legitimado única e exclusivamente por procedimentos? O Processo como instituição jurídica constitucionalizada, balizada pelos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia, impediria a massificação do homem (sujeito), que na contemporaneidade é esmagado por ideais econômicos e de autoridade?

Deve-se ressaltar, por oportuno, que o termo Processo neste trabalho leva toda a carga teórica da teoria fazzalariana, aprimorada para o atual momento das sociedades democráticas, pelo professor Rosemiro Pereira Leal.

Diversos trabalhos jurídicos, tanto na área de Direito Constitucional, quanto de Direito Processual, Teoria do Estado e Hermenêutica, foram produzidos após a estruturação sistêmica do Direito. A maioria desses estudos procura analisar as regras de direito positivo vigentes, sem fazer maiores incursões sobre as relações dessa legislação com os princípios constitucionais que orientam a própria coerência interna deste sistema.

Poucos doutrinadores, portanto, envidaram esforços que, partindo da teoria dos sistemas de Parsons, promovessem estudos consistentes e sérios sobre a teoria dos sistemas e a teoria discursiva, numa relação dialógica de complementariedade.

Quanto às concepções e visões acerca do conteúdo, finalidades e funções dos enunciados principiológicos e de validade normativa, utilizaremos as lições de Jürgen Habermas e Menelick de Carvalho Neto. No que concerne a teoria do Processo, utilizaremos os ensinamentos de Elio Fazzalari, Aroldo Plínio Gonçalves e de Rosemiro Pereira Leal, que, aprimorando a teoria do autor italiano, elevou-a à concepção de teoria regente dos Estados e sociedades Democráticas.

O principal objetivo da pesquisa a ser desenvolvida é demonstrar a relação existente entre a teoria dos sistemas e a teoria do discurso na alta modernidade, na qual o Processo seria fundamento inafastável de defesa e fiscalidade plena das decisões estatais, seja no âmbito do Processo Legislativo, seja no âmbito jurisdicional, o que possibilita o esvaziamento do arcabouço valorativo (axiológico) do conteúdo normativo, desestimulando a construção de uma hierarquização horizontal no sistema jurídico.

Outrossim, será verificado que o significado utilizado pelo Direito contemporâneo se mostra insuficiente, necessitando, assim, de ressemantização teórica, pois é o provimento, núcleo central da tese deste trabalho, que gera legitimidade nas sociedades democráticas.

Diante de tal hipótese, o presente trabalho tem como objetivos:

- 1) Explicitar a evolução histórica da teoria geral dos sistemas, da teoria do Processo e da filosofia da linguagem;
- 2) Analisar o princípio democrático e o princípio do discurso, ante as modernas teorias do Processo.
- 3) Compreender o papel da teoria dos sistemas nas complexas sociedades da alta modernidade.
- 4) Realizar um estudo crítico e demonstrativo das relação existente entre a teoria dos sistemas, a teoria do discurso e a da teoria do processo.

A relevância desta pesquisa para a ciência do direito decorre da inexistência de um estudo sério que, partindo de Parsons, permita um enfoque tanto da teoria dos Sistemas de Luhmann quanto da Teoria do Discurso de Habermas.

O presente estudo pretende contribuir para o debate sobre as conexões existentes entre as teorias dos sistemas, a teoria do Discurso e a teoria do Processo.

Do ponto de vista teórico, a pesquisa visa a refletir sobre o papel do Processo, no momento contemporâneo, nas complexas sociedades democráticas.

A realização deste trabalho também se justifica sob o enfoque da aplicação do direito e das normas constitucionais, pois visa a procurar soluções constitucionalmente adequadas para uma interpretação adequada da teoria do Processo e de sua importância ante a teoria dos sistemas, nas complexas sociedades plurais da contemporaneidade. E, por fim, ao desenvolver um estudo sobre a teoria do Processo e a necessidade de sua elevação ao grau teórico sistêmico, para refletirmos sobre o contexto e os papéis dos sujeitos de direito e do Estado no atual estágio de sua evolução.

No que diz respeito à importância da teoria discursiva no campo da Ciência do Direito contemporâneo, muitos trabalhos têm sido produzidos, devendo-se registrar a recente tese de Leal, que se toma como marco teórico e conclui que

... a decisão é ato resolutivo provimental derivado de uma estrutura procedimental processualizada como espaço jurídico-discursivo dos direitos pretendidos. É nessa última hipótese que caberia levantar uma das mais instigantes indagações da transição à pós-modernidade jurídica, que é a da possibilidade de se encontrar uma neutralidade *deontológica* no plano decisório do direito de tal sorte a afastar a autocracia da razão prescritiva do intérprete-julgador sempre comprometido com a jurisprudência de valores e de conceitos que vem marcando tradicionalmente um Judiciário submetido às ideologias do Estado liberal e do Estado Social.”¹

Além disto, tem-se como referencial teórico inicial desta pesquisa a concepção de “sistemas sociais” de Talcott Parsons e de “Direito como sistema social autopoietico”, que se auto-regula e que se auto-reproduz, tal como defendido Niklas Luhmann. Outro ponto importante para uma abordagem teórica inicial na pesquisa é o conceito de “Processo”. Esse conceito possui dimensões valorativas e práticas que não se esgotam na definição de Enrico Túlio Liebman de que é “a atividade mediante a qual se desempenha em concreto a função jurisdicional”². O Processo, segundo Elio Fazzalari, Aroldo Plínio Gonçalves e Rosemiro Pereira Leal, do ponto de vista constitucional e democrático, representa uma teoria que norteia e rege a estrutura estatal das sociedades democráticas, de forma a prevenir a massificação dos

¹ *Teoria Procesual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002

² LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di diritto processuale civile*. Vol I. 4a. Ed. Milão: Giuffrè, 1980. p. 33.

sujeitos ante ao Estado³ e, do ponto de vista prático, é a forma de estruturação em contraditório do procedimento para as decisões das ações e atos estatais. Utilizar-se-á, ainda, como já dito, da teoria discursiva de Jürgen Habermas.

As metodologias a serem utilizadas nessa pesquisa derivam das orientações e referências teóricas adotadas e explicitadas anteriormente.

A Teoria dos Sistemas, a Teoria do Discurso e a Teoria do Processo, sua simbiose e o estudo das normas jurídicas que lhe são subjacentes pertencem aos campos inter e transdisciplinares das abordagens científicas. Jamais um campo isolado do saber poderia tecer considerações consistentes sobre elementos de tal complexidade. Nesse sentido, esta pesquisa necessariamente deverá valer-se e apropriar-se de análises pertencentes ao campo da Ciência Jurídica, em ramos diversos, tais como a Teoria do Processo, o Direito Constitucional, a Teoria dos Sistemas e a Teoria do Estado, sem se descurar da contribuição da Filosofia da Linguagem e da Filosofia da Ciência, na análise das concepções acerca da teoria do discurso e da teoria democrática, nas complexas sociedades plurais da alta modernidade.

Quanto às vertentes metodológicas de pesquisa, o trabalho é de natureza crítico-metodológica, pois compreende o Direito como uma rede complexa de linguagens e de significados. No âmbito desta vertente, o estudo a ser desenvolvido irá privilegiar uma abordagem teórico-jurídica, e pretende desenvolver investigações com vistas à compreensão das relações normativas nos vários campos do direito supra-mencionados, acentuando os aspectos conceituais, ideológicos e doutrinários destes campos, objetivando uma avaliação das estruturas internas do sistema jurídico e a necessidade de sua processualização, através da revisitação das teorias-gerais dos campos escolhidos.

No que se refere aos tipos de investigação, a pesquisa utilizar-se-á dos tipos exploratório, descritivo/compreensivo e comparativo. O primeiro quando do levantamento dos dados sobre a teoria dos sistemas, da bibliografia e coleta de jurisprudências e percepções gerais sobre os fenômenos abordados. O segundo refere-se ao próprio foco de abordagem, ou seja, toda a pesquisa subsequente será desenvolvida numa perspectiva analítica, de decomposição de um problema jurídico em seus diversos aspectos, relações e níveis, para interpretação e compreensão da ordem normativa constitucional e de sua relevância para as complexas sociedades modernas. O terceiro e último tipo de investigação busca a identificação das semelhanças e diferenças entre normas e instituições do ordenamento

³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Procesual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy. 2002

jurídico, no intuito de verificar as conseqüências normativas da inserção do princípio do “discurso” e da teoria do Processo na compreensão do papel do Estado.

Os dados a serem utilizados serão de natureza primária (reportagens publicadas em jornais de grande circulação) e secundária (publicações científicas e técnicas sobre os assuntos abordados).

Quanto à técnica de pesquisa a ser utilizada, pretende-se desenvolver um estudo teórico sobre a teoria dos sistemas, na tentativa de compreender a relação existente entre a Teoria do Processo e a Teoria do Discurso. Este procedimento metodológico tem como objetivo uma análise detalhada da teoria do processo e dos sistemas jurídicos na contemporaneidade e, por essa razão, deve desmontar o discurso da realidade do objeto de pesquisa e produzir um novo discurso por meio de traços de significação, que resultem da relação dialética entre as condições de produção do discurso objeto de análise e as condições de produção de análise.

Tem-se como suposições críticas a nortear o desenvolvimento da presente pesquisa, as seguintes afirmações:

- 1) O Direito, enquanto integrante de um macro-sistema (meio) social, não pode ser compreendido como sistema, mas parte integrante do mundo da vida;
- 2) Contudo, o Direito age como um sistema ao se reproduzir argumentativamente por meio de um microssistema replicante do ordenamento, o procedimento.
- 3) Enquanto Sistema autopoietico, o Direito possui um código binário próprio, que estabelece seu funcionamento de forma fechada. Este funcionamento específico só ocorre por meio do Processo enquanto instituição jurídica constitucionalizada.
- 4) Apesar de funcionalmente fechado, o sistema jurídico se mantém aberto à comunicatividade irrestrita, dada a inter-relação existente entre os sistemas sociais e o mundo da vida, o meio no qual está inserido (macro-sistema) e os demais sistemas existentes, o que só ocorre através de uma relação procedimentalizada, garantida por uma instituição jurídica constitucionalizada, balizada pelo contraditório, isonomia e ampla defesa; é o *Due Process of Law* (devido processo legal) que permite a abertura deste sistema ao meio e promove a codificação da comunicação existente entre aquele e este, transformando os símbolos apreendidos para o código específico de seu funcionamento;
- 5) A codificação do simbolismo apreendido no meio (macro-sistema) e nos demais sistemas ocorre através do *Due process of law*, que mantém o caráter deontico dos enunciados normativos, regras e princípios, que constituem o sistema jurídico,

promovendo uma desaxiologização do discurso de justificação no momento do discurso de aplicação;

- 6) O Processo enquanto instituição jurídica constitucionalizada impede a massificação do homem (sujeito de direito), frente aos abusos do Estado, na medida em que garante uma revisitação das decisões estatais, de forma irrestrita, constante e atemporal, através de uma demarcação teórica e da testificação ampla destas decisões por uma sociedade aberta de intérpretes, que se dá pela verificação do ganho sistêmico, ou seja, com a implementação de direitos fundamentais;
- 7) O antigo conceito de provimento, que corresponde ao ato decisório do Estado, emanado pela inteligência e/ou sensibilidade do julgador, não é mais aplicável à atual fase civilizatória das sociedades democráticas;
- 8) O Provimento enquanto ato terminativo do procedimento faz parte e é construído no interior do próprio microssistema replicante do ordenamento jurídico, possuindo conteúdo autodiscursivo e aberto à crítica, gerador, portanto, de legitimidade.

Diante dessa proposta, o presente trabalho foi dividido em sete capítulos.

No primeiro capítulo, será realizada uma breve incursão sobre a gênese do conceito de legitimidade, promovendo uma verificação crítica sobre o ato que promove sua criação.

No segundo capítulo, serão verificadas as origens da legitimidade em sua acepção moderna, verificando-se sua simbiose com o conceito de ordem, ordenamento e, por conseguinte, de sistemas sociais, incluindo nestes o jurídico, não podendo deixar de lado, ante a proposta, refazer os percalços e modificações sofridos pela teoria dos sistemas e do pensamento sistêmico.

No terceiro capítulo, será verificada a inclusão do pensamento sistêmico na ciência do Direito, que incluiu a disciplina jurídica no quadro das ciências modernas, analisando-se criticamente a questão do normativismo nas principais teorias do direito da era moderna e contemporânea, quais sejam: 1) Teoria Pura do Direito de Kelsen; 2) A questão da textura aberta do Direito de Hart; 3) A Teoria da integridade do Direito de Dworkin; 4) A teoria Fazzalariana de norma jurídica e sua crítica ao positivismo jurídico; 5) A contribuição Habermasiana para uma Teoria Discursiva do Direito e do Estado democrático de Direito; 6) A teoria da autopoiesis do Direito de Luhmann; e 7) a questão da busca pela legitimidade analisando a crítica de Habermas feita à teoria de Luhmann.

Para o quarto capítulo restou a análise da teoria do procedimento em suas bases primevas, ou seja, a teoria da ação, buscando-se verificar o conceito de legitimidade, pela proposição-crítica feita por Elio Fazzalari.

No quinto capítulo, será verificada a questão do imbricamento do conceito de processo e procedimento, buscando-se realizar uma leitura constitucionalmente adequada ao momento contemporâneo destas concepções, tendo como norte a busca por um conceito também adequado de legitimidade e de seu ato gerado desta.

Para o sexto capítulo, procurou-se realizar uma síntese das propostas analisadas até o presente momento por este trabalho, verificando uma adequação paradigmática das perspectivas tratadas até então.

Ao sétimo capítulo restou verificar a questão tumultuada do decisionismo e da necessidade de ressemantização do conceito de provimento, buscando-se esclarecer o equívoco terminológico cometidos pelos tribunais brasileiros e a relação da procedimentalidade, enquanto microssistema replicante, com a provimentalidade. Além disso, procurou-se demonstrar a necessidade de inserção do provimento no sistema procedimental e a necessidade da radicalização da democracia, como concepção norteadora para se (re)conceituar o termo “provimento”, promovendo assim uma teoria da provimentalidade constitucionalmente adequada ao paradigma do “Estado Processual”.

2. VERIFICAÇÃO SOBRE A GÊNESE DO CONCEITO DE LEGITIMIDADE.

Platão e Aristóteles já ofertavam uma noção de legitimidade como sustentáculo de uma ordem jurídico-política justificada em suas respectivas obras “As Leis” e a “Política”, apoiadas na crença da autoridade advinda do sagrado⁴. Porém é entre os romanos que o adjetivo *legitimus* aparece pela primeira vez, com acepção de ações em conformidade com a lei ou com os costumes, podendo-se localizar, então, expressões como *legitimum imperium* e *legitimum dominium*⁵.

No medievo a acepção, pela força do vínculo com o sagrado e o secular, ganha novos contornos teóricos, como o direito divino dos reis, esculpido pela transmissão hereditária do poder via patriarcado, conforme estabelecido em textos bíblicos. Essa concepção, calcada num jusnaturalismo forte, no qual a validade das regras de conduta e do controle político possuíam um fundamento transcendental vinculante do poder, permaneceu largamente difundida no decorrer da era medieval, vindo a ser revisitada somente no século XI por Tomás de Aquino e Bartolo di Sassoferrato, para os quais a legitimidade é uma qualidade do direito ao governo, pelas *legitima postestas*⁶. No mesmo século Guilherme de Occam formula o conceito de legitimidade governamental, que deriva do consentimento fundado em leis naturais, baseado no adágio *quod omnes tanget*, ou seja, aquilo que atinge a todos tem de ser aprovada por todos.

Mas foi Hobbes que estabeleceu a ruptura conceitual com o jusnaturalismo divino⁷, assentando sua premissa pré-estatal não no divino, mas sob critérios puramente racionais e laicos, servindo o direito natural apenas como premissa legitimadora das leis positivas, assegurando o jusnaturalismo, tão somente, o cumprimento do pacto no que concerne à obediência ao soberano. A legitimidade, tanto a política, quanto a jurídica, derivaria da autoridade soberana do titular do poder.

⁴ ALMEIDA DINIZ, Antonio Carlos de. *Teoria Geral da Legitimidade do Direito e do Estado*. São Paulo: Landy. 2006, p. 35-36.

⁵ HABERMAS, Jürgen. “Problemas de legitimação no Estado moderno”, in *Para a reconstrução do materialismo histórico*, São Paulo, Brasiliense, 1983, p. 219-222.

⁶ ALMEIDA DINIZ. *Teoria Geral da Legitimidade do Direito e do Estado*. 2006, p. 36-38.

⁷ Começa, ao mesmo tempo que a desnaturalização da autoridade do Estado, aquilo que Max Weber chamará de ‘o desencantamento do mundo’.” (GOYARD-FABRE, Simone. *Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*, p. 76-77).

Como ensina Luhmann, o conceito jurídico de legitimidade foi consolidado e propagado na idade média com a problemática instaurada pela deposição do ditador através do uso da força, visando à defesa da usurpação e tirania. A esta altura verificou-se a impossibilidade de determinar o momento a partir do qual a legitimidade se transferiria para o novo governante, isto é: teria o novo governante legitimidade pelo impositivo uso da força, ou pela aceitação das ideologias que sustentaram a deposição do ex-governante? Este conceito se propagou pela restauração napoleônica, quando se procurou estabelecer critérios racionais segundo os quais pudesse ocorrer uma transmissão da legitimidade construída juridicamente⁸.

Com a positivação do direito, o conceito de legitimidade perde seu fundamento moral, impondo-se completamente no século XIX, sendo utilizado neste primeiro momento como a posse do poder efetivo e sendo posteriormente entendido como o princípio da legalidade puramente positivo, que no afã de tentar impedir a restauração do direito natural, impeliu-o para a realidade pura⁹.

Carnelutti vai aprofundar-se neste problema, para encontrar a origem deste conceito, já na área do direito processual, haja vista o conceito de parte¹⁰, como uma derivação do conceito de capacidade¹¹.

Nas palavras de Rodrigues Vieira:

Os sujeitos da ação devem ter capacidade e legitimação. A capacidade é a idoneidade da pessoa para atuar em juízo, inferida de suas qualidades pessoais. A legitimação é a idoneidade da pessoa para atuar em juízo, inferida de sua posição com respeito ao litígio. Embora a coincidência não seja perfeita, pode-se afirmar

⁸ LUHMANN *Legitimidade pelo procedimento*, p. 29; Carnelutti afirma que a legitimidade (chamada por ele de legitimação) derivou do direito processual para o direito material, como bem lembra VIERIA, José Marcos Rodrigues. *Da Ação Cível*. Belo Horizonte: Del Rey. 2002, p. 35. A aproximação dos termos legitimidade e legitimação é necessária para a compreensão exata do conceito, haja vista que, como dito, a primeira noção deste conceito, já no início do século XIX se deu a partir da problemática da usurpação de poder. A distinção dos termos (legitimidade e legitimação) não nos parece apropriada, uma vez que basilados por Luhmann (legitimidade pelo procedimento), Goyard-Fabre (Princípios filosóficos do direito político) e Habermas (*Problemas de legitimação no Estado moderno; Como é possível a legitimidade pela legalidade?*; e *Sobre a legitimação pelos direitos humanos*.), entendemos que os mesmo possuem sentido análogo. Porém outros autores apontam uma diferenciação tais como: Leon Olivé (*Racionalidad e legitimidad polític*, Doxa, Alicante, nº4) e Canotilho (Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 95-96 e 1335-1336.).

⁹ LUHMANN *Legitimidade pelo procedimento*, p. 29

¹⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. 1999, p.394; esclarece, ainda, o processualista italiano que: "... o pedido é ato cujo efeito jurídico não incide sobre a situação jurídica existente entre as partes, mas sim sobre a relação entre quem o deduz e o juiz, ou de um modo geral, o funcionário judicial. Na realidade, a legitimação é referida à pretensão e sua respectiva contestação, ou seja, de um modo geral, à resistência à pretensão" (*Teoria Geral do Direito*. 1999, p.394).

¹¹ "Foi no campo do direito processual que começou a manifestar-se um princípio de discernimento em tal confusão, ao estudar-se o fenômeno segundo o qual, para se obter do juiz o julgamento, não basta ser capaz, sendo necessário que se seja parte no conflito de interesses para o qual é pedido o julgamento, assim se pôs aí em plena luz a diferença entre capacidade e esse outro requisito a que se começou a dar o nome de legitimação" (CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: LEJUS, 1999, p.383)

com o mestre que a capacidade aponta para o interesse na composição do conflito, enquanto a legitimidade, para o interesse em conflito¹².

Contudo, o que se vê nesta proposta teórica é a concepção de legitimidade enquanto sujeição ao órgão jurisdicional, como uma forma de dominação, conforme apontado por Weber.

Para Luhmann o conceito atual de legitimidade deve ser cunhado sobre a convicção da legitimidade do direito, pela obrigatoriedade de determinadas normas e decisões, ou do valor dos princípios que as justificam. A partir desta proposta o autor alemão passa a empregar seus esforços para determinar um conceito de legitimidade, buscando responder uma indagação atormentante: “como é possível divulgar a convicção real da legalidade ou da força compulsiva desta decisão, quando só alguns é que decidem?”¹³

Assim, depara-se novamente com o problema do consenso e da coação, pois nenhum sistema político pode apoiar-se apenas na força física desta última, “mas antes deve alcançar um consenso maior para permitir um domínio duradouro”. Ambos devem coexistir num sistema político, como forma de relação de associação, constituindo, assim, recursos escassos deste sistema, pois a soma de ambos não seria suficiente para explicar a institucionalização da legitimidade. Isto se reflete na tomada de decisões na forma de imposição do medo ou na ideologização geradora do apoio. O que impõe, sociologicamente, uma indecisão, geradora de uma aceitação quase desmotivada. Luhmann, então, define legitimidade como sendo: “uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância”¹⁴.

Mas ao se tratar do problema da legitimidade, a questão da legitimidade racional levantada primeiramente por Weber, não cessa de bater à porta¹⁵. Entretanto, conforme nos ensina Luhmann, a legitimidade racional está baseada na crença na legalidade das ordens estabelecidas¹⁶.

¹² VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *Da Ação Cível*, p. 40

¹³ LUHMANN *Legitimidade pelo procedimento*, p.29.

¹⁴ LUHMANN *Legitimidade pelo procedimento*, p.29-30.

¹⁵ Leciona Almeida Diniz que: “o modelo de legitimidade racional-legal é representativo e descritivo dos Estados aparelhados com um direito positivo, isto é, daquelas ordens de domínio em que o poder se organiza e se estrutura com base em esquematismos jurídicos racionais-formais impessoais, gerais e abstratos.” (*Teoria Geral da Legitimidade do Direito e do Estado*. 2006, p. 37.

¹⁶ O conceito de legitimidade cunhado por Weber é decorrente da idéia de ordem (conteúdo de sentido de uma relação social) vigente, ou seja, ações orientadas por máximas indicáveis, seja como obrigação seja como modelo de comportamento. A ordem, então, apareceria para o agente como algo modelar ou obrigatório orientando as ações que só assim serão legítimas. “... Mas esta, por sua vez, é ainda mais mutável do que uma ordem que aparece com o prestígio de ser modelar ou obrigatória, conforme dizemos, ‘legítima’.” (WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Universidade de Brasília, 1991, p. 19). De onde vai tecer, por conseguinte sua famosa tese dos três tipos puros de dominação legítima: 1) a Racional (baseada na crença na legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles

Contudo, é certo que a teoria weberiana das formas puras de dominação legítima, não responde à questão de como tal legitimidade é sociologicamente possível¹⁷. Para Luhmann, Weber não elaborou de forma suficiente o seu conceito de legitimidade em relação aos processos sociais que levam a cabo a legitimidade e em relação às condições sócio-estruturais que a permitem.

Segundo Luhmann, apesar desse caráter questionável da legitimação racional-legal, a incontestabilidade da validade das decisões obrigatórias faz parte das características típicas do sistema político moderno, “como que uma espécie de consenso básico que se pode alcançar sem acordo quanto ao que é objetivamente justo no caso particular e que estabiliza o sistema”¹⁸.

Cumprе ressaltar que Hans Kelsen, antes de Luhmann, já havia se preocupado com esse caráter, porém dissolveu o resíduo de justificação inerente à legitimidade clássica em mera validade objetiva do sistema jurídico, com a criação de sua norma fundamental, uma paulatina despolitização, segundo Paulo Bonavides, do caráter originariamente axiológico da legitimidade.

Na esteira do pensamento de Luhmann, a teoria sistêmica seria a única que poderia eliminar a demanda crescente das sociedades complexas, que adquirem mais complexidade no decurso do progresso civilizatório, pois se aumentam os problemas carecendo de solução, tem-se, que ultrapassar as formas mais antigas de acordos espontâneos e confirmação do que é exato, substituindo estas forças por mecanismos de criação e estabilização de símbolos, mecanismos indiretos e mais generalizados.

Nesse sentido afirma:

Os teores das decisões possuem as suas próprias leis e os seus próprios conceitos jurídicos, que se podem indicar com exatidão relativamente aos valores básicos e às normas das ordenações jurídicas. É pura e simplesmente supérfluo ter ainda à disposição um outro conceito, o da legitimidade, apenas para se poder dizer que as decisões justas são legítimas e que as decisões injustas não o são. Na discussão jurídica também se deveria apontar, em primeiro lugar, que não pode ser racional para um indivíduo, por causa de vantagens coletivas com respeito a valores

que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação – dominação legal); 2) a Tradicional (baseada na crença cotidiana na santidade das tradições vigentes desde sempre e na legitimidade daqueles que, em virtude dessas tradições, representam a autoridade – dominação tradicional); e 3) a Carismática (baseada na veneração extracotidiana da santidade, do poder heróico ou do caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por esta reveladas ou criadas – dominação carismática). Assim legitimidade é a atribuição dada a alguém por uma dessas formas de dominação. (WEBER, Max. *Economia e Sociedade*., 1991, p. 141).

¹⁷ “Max Weber não só deixou em suspenso os mecanismos sociais que podem estabilizar a arbitrariedade como positividade, como, na sua sociologia do direito, para além de referências à formalização da validade jurídica, não encontramos qualquer análise elaborada do procedimento legislativo ou judicial como um mecanismo legitimador. Na sua época, nem a sociologia, nem a psicologia social apresentavam bases suficientes para isso. Essa lacuna pode ser hoje preenchida” (LUHMANN *Legitimidade pelo procedimento*, p.32).

¹⁸ LUHMANN *Legitimidade pelo procedimento*, p.31. Vide ainda nota de rodapé nº.4. da p.30

geralmente reconhecidos, pôr para trás os seus próprios interesses ou não tomar em consideração as desvantagens efetivas. Ainda que outros lucrem com os princípios, é racional, no caso particular, deixar compensar o prejuízo próprio e opor-se até a que isso aconteça. O conceito convencional de legitimidade especula, portanto, a partir daí, com uma atitude irracional do ponto de vista individual; não se deixa vincular a uma teoria racional de argumentação¹⁹.

Na teoria luhmaniana há que se distinguir dois conceitos referentes à legitimidade, quais sejam: 1) aceitação de premissas de decisão; e 2) aceitação da própria decisão. Esta distinção é particularmente importante, pois o processo legitimador da decisão opera sob uma condição do tipo “sim/não”, ou seja, lícito/ilícito, algo coerente com sua própria teoria dos sistemas sociais, como será demonstrado.

Segundo Luhmann:

Existe uma grande diferença quando esta condição é aplicada só às premissas de decisão ou também às próprias decisões. Pode-se afirmar que os princípios e as normas dos quais uma decisão tem de derivar e negar contudo a própria decisão, por ter logicamente resultado errada ou com base em interpretações falsas ou aceitações de fatos errados. E, ao invés, podem aceitar-se decisões, sem preocupações quanto aos méritos a que se reportam, numa atitude de total indiferença, talvez até numa recusa das suas razões como regras gerais de decisão. À positividade do direito, isto é, a tese de que todo o direito é posto por decisão, corresponde a estabelecer o conceito de legitimidade sobre o reconhecimento das decisões como obrigatórias. Este é o conceito mais amplo. Compreende, também, o reconhecimento das premissas de decisão, contanto que se decida sobre elas (noutro tempo e através doutras passagens). Igualmente, leis, atos administrativos, sentenças etc. são, pois legítimas como decisões, quando e enquanto se reconhecer que são obrigatoriamente válidos e devem fundamentar o próprio comportamento²⁰.

Assim, Luhmann desloca as dificuldades para o conceito de aceitação, que tem de ser correspondentemente formalizado. “O que quer dizer é que os indivíduos, por quaisquer motivos, assumam sempre as decisões como premissas do seu próprio comportamento e estructurem as suas expectativas de acordo com isso”²¹. Ou seja, cria-se a necessidade de um aprendizado contínuo e reflexivo que necessita da interação do *ego* com o *alter*, pois:

Uma tal integração de novas estruturas de expectativas na antiga personalidade, que permanece idêntica, pode processar-se de formas muito diversas e afetar estruturas da personalidade mais centrais, através da mudança de convicções, da abstração de regras de assimilação de vivências, nova interpretação do passado, isolamento e encaixe dos assuntos problemáticos, desvalorização, resignação elegante, adesão a novos ambientes etc. Encontrar a fórmula de harmonizar, que permita uma integração na personalidade pela conservação da sua identidade, fica a cargo da fantasia e do poder criador do particular e das suas chances de apoio social. Em todo o caso, na base do reconhecimento está um processo de estudo, uma transformação das premissas segundo as quais se elaboram os acontecimentos e se escolhem atuações em que o indivíduo procura continuar a viver em protesto contra a decisão, apresenta resistência, vai sempre buscar o seu direito lesado, volta sempre a arrancar

¹⁹ LUHMANN *Legitimidade pelo procedimento*, p. 9-10.

²⁰ LUHMANN *Legitimidade pelo procedimento*, p. 32.

²¹ LUHMANN *Legitimidade pelo procedimento*, p. 32.

a crosta da ferida e procura organizar auxílio e adesão contra a decisão, em resumo, não aprende: permanece com as suas anteriores expectativas frustradas. Por meio dum aprendizado bem sucedido, as expectativas alteradas pela decisão serão automaticamente consideradas de dentro para fora e tratadas como um fato (oportuno ou inoportuno); no aprendizado fracassado há necessidade, de situação para situação, de estímulos exteriores para estabelecer um comportamento correspondente à decisão. Um tal aprendizado não pode ser realizado pelo indivíduo sozinho, não pode verificar-se sem apoio social. Uma mudança de expectativas, que servem como premissas de comportamento e, em determinadas circunstâncias, estruturam todos os âmbitos de papéis, põe em perigo a identidade pessoal do indivíduo; essa mudança é demasiado problemática, como se pudesse realizar-se sem fazer caso da opinião dos outros.²²

Para Luhmann a legitimidade depende, então, do clima social que institucionaliza e encara como evidência o reconhecimento das opções obrigatórias, resultante do crédito de uma decisão oficial e não de uma decisão pessoal; do reconhecimento voluntário, de uma convicção da responsabilidade pessoal²³.

Dessa forma o autor entende a legitimação das decisões, como um processo institucionalizado de aprendizado, se tratando de uma transformação estrutural da expectativa através do processo efetivo de comunicação, que ocorre em conformidade com um regulamento jurídico; trata-se, portanto, do acontecimento real e não duma relação mental normativa. O que se vê em Luhmann é que a legitimação das decisões trata, basicamente, de um estudo isento de perturbações dentro do sistema social²⁴.

Com essa modificação estar-se-á assumindo um conceito clássico de procedimento como busca da verdade, para substituir o conceito absoluto de verdade por um relativo, “que tranqüiliza o espírito”, pois nenhum sistema político pode fazer depender a sua estabilidade de atingir objetivos tão exagerados e ninguém está em condições de criar convicções para todos os temas atuais de decisão.

Contudo, o estudo Luhmaniano esbarra num entrave sociológico: o conceito de procedimento capaz de exprimir o dado empírico do acontecimento real. O que torna necessário um estudo pormenorizado do conceito de procedimento, na medida em que para Luhmann a legitimidade está justamente no tipo de procedimento em que elas foram determinadas.

²² LUHMANN *Legitimidade pelo procedimento*, p. 33-34.

²³ “Só através da substituição da motivação e responsabilidade pessoal se podem preservar a justa proporção necessária de observância de regras e uma prática de decisão que decorra sem dificuldade em organizações sociais muito complexas, que têm simultaneamente de diferenciar com rigor e individualizar as personalidades. 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.” (Luhmann *Legitimidade pelo procedimento*, p.34.)

²⁴ LUHMANN *Legitimidade pelo procedimento*, p. 35.

Verifica-se, aqui, que a legitimidade é então deduzida a partir da ordem, como já o fizera Weber outrora. Contudo, a questão da legitimidade esbarrou no entrave dos processos sociais, procurando responder aos questionamentos sócio-culturais que os permitam.

Assim, a grande questão de toda problemática democrática voltada para a legitimidade é: como legitimar o discurso democrático? Ou como promover ordem onde primasse a desordem do encontro de visões de mundo discordantes (paradoxalidade)?

Luhmann busca tal resposta na procedimentalidade, renovada pela concepção de sistemas sociais.

Assim cabe, então, percorrer o mesmo caminho de Luhmann, buscando verificar os conceitos que o levaram a produzir tal assertiva, problematizando-a, ou melhor, falibilizando-a. Para tanto buscar-se-á uma reconstrução da teoria dos sistemas, para, por conseguinte, retomar a questão da legitimidade decisória, verificando a questão procedimental legitimante proposta por Luhmann.

3. A ORIGEM DA LEGITIMIDADE MODERNA - CONCEITUAÇÃO E RESSEMANTIZAÇÃO DA PALAVRA SISTEMA.

A legitimidade na modernidade, com os influxos de ordem prática, decorrentes das grandes revoluções burguesas, promoveu, como foi dito, uma migração da legitimidade da pessoa para a ordem, ou seja, para algo que tenha ordem, o sistema. Assim necessário se faz verificar o que é entendido por sistema, sua formação e funcionalidade, para compreender melhor o porquê da crença da legitimidade na ordem.

Não se realizará um grandioso esforço, neste capítulo, para determinar um conceito geral de “sistema” em termo formais, haja vista a confluência de pensamentos que serão aqui tratados, mas isto não deve gerar preocupação ao leitor, pois, ao final, ver-se-á que será adotado um conceito que possa abarcar a procedimentalidade contemporânea, de tal sorte a propiciar legitimidade jurídico-política, contudo não mais pelo procedimento como defende Luhmann, mas pelo provimento.

Há se ressaltar que a conceituação de sistema acompanha a concepção do pensamento sistêmico (ou sistemático), numa contraposição ao pensamento analítico²⁵. Claus-Wilhelm Canaris em sua obra “O pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito”, começa por examinar a função da idéia de sistema na Ciência do Direito, e afirma que todas as definições emergem de duas características principais, a de ordenação e a de unidade²⁶.

Porém, antes de adentrar numa análise mais aprofundada das proposições deste autor, cumpre ressaltar que o termo sistema, em sua origem etimológica grega, tem significado distinto do que lhe é atribuído na contemporaneidade²⁷. Sistema para os gregos

²⁵ Ensina Russell Ackoff que o pensamento analítico pode ser compreendido como sendo: 1) análise (todo fenômeno pode ser compreendido e examinado, separando-se as partes que o constituem); 2) reducionista (principal legado cartesiano - na medida em que incorpora a idéia atômica da antigüidade: a crença de que existem partes indivisíveis - qualquer fenômeno pode ser convenientemente explicado partindo-se de causas particulares movendo-se em direção a causas cada vez mais gerais); 3) determinista (estabelece que todas as relações entre os fenômenos e entre as partes de um fenômeno, podem ser reduzidas a relações causais simples. Princípio da causalidade. Assim, tudo o que acontece no universo teria uma causa definida e originaria um efeito definido); e 4) mecanicista (derivado das duas doutrinas anteriores. Assim, o ‘pano de fundo’ da ciência analítica é visão de que o universo é uma grande máquina à semelhança do mecanismo de um relógio mecânico). (ACKOFF, Russell Lincoln. *Creating the Corporate Future: Plan or be Planned For (Hardcover)*. New York: John Wiley & Sons, 1981.)

²⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3ª. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2002, p. 13-55.

²⁷ FERRAZ JR., Tércio Sampaio: *O Conceito de Sistema no Direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Universidade de São Paulo, 1976, p.9

não era nem um método ou forma de construção mental (pensamento sistemático), nem era usado como termo de uso específico em determinadas disciplinas, nem como titulação de livros ou estudos gerais, nem na sua acepção filosófica²⁸, cunhada somente na modernidade primeva.

O pensamento sistêmico aparece como tema recorrente na ciência através de concepções holísticas em oposição a concepções mecanicistas²⁹. Segundo Capra, as raízes desta dicotomia remontam às noções de substância e forma, aquela entendida como matéria, estrutura e quantidade, e esta como sendo padrão, ordem, qualidade, oriunda das escolas filosóficas gregas³⁰.

Etimologicamente, esse vocábulo advém da palavra grega: “*systema*”, derivado “*syn-istemi*”, que significa: o *composto*, o *construído*³¹. A palavra, numa acepção mais ampla, significava uma totalidade construída, composta de várias partes. O seu continuado uso posterior, como não explicitado por Canaris, é que configurou uma acepção mais restrita, que fazia referência à noção de *ordem, organização*³².

Neste sentido Ferraz Jr afirma:

Platão, Aristóteles e os estóicos empregaram-no, os primeiros, no sentido de algo organizado e os segundos, para designar o conceito de cosmos, de ação deliberadamente planejada e racional (*téchné*). Visto como um sistema de regras que se obtém pela experiência ou *a posteriori*, visando o exercício de uma ação repetível, que almejava a perfeição e que não se submetia à natureza, nem se abandonava ao acaso. Não chegaram a usar a palavra no sentido empregado nos dias atuais.³³

²⁸ Sobre a preocupação filosófica do termo “sistema” e sua tarefa particular na ciência do Direito vide CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3ª. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2002

²⁹ Novamente Russell Ackoff nos socorre ao afirmar que quatro grandes críticas podem ser apresentadas ao pensamento analítico: 1) A busca incessante dos elementos (o pensamento científico poderia ser descrito, nessa perspectiva, como uma busca dos elementos últimos, ou as formas elementares); 2) A exclusão do ambiente (Como consequência do determinismo, os elementos são arrancados de seu contexto, para eliminar o reconhecimento de interações complexas, é o que é chamado de experiência controlada); 3) A concepção reducionista e determinista da natureza e do conhecimento (crença da existência de um universo constituído de objetos que, por natureza, são separados ou isolados e que podem ser relacionados de modo causal, a partir de leis objetivamente universais que os governam); e 4) A governabilidade científica do método analítico (Qualquer objeto pode ser definido a partir de leis gerais que o governam e das unidades elementares de que é constituído, em toda explicação dita científica a descrição das características (propriedades e qualidades) de um objeto ou fenômeno composto, implica em descobrir os elementos simples e as regras simples a partir das quais se operam as combinações variadas de construções complexas. Por fim, tendo o objeto existência objetiva, suas características podem e devem converter-se em grandezas mensuráveis que poderão ser verificadas, repetindo-se as condições originais). (ACKOFF, Russell Lincoln. *Creating the Corporate Future: Plan or be Planned For (Hardcover)*. New York: John Wiley & Sons, 1981.).

³⁰ *A Teia da Vida - Uma Nova Compreensão Científica dos Sistemas Vivos*. São Paulo, Cultrix/Amana-key, 1996.

³¹ FERRAZ JR., *ibidem*.

³² Paulo Bonavides em sua obra monumental, afirma que o significado mais exato é de reunião, conjunto ou todo. (in *Curso de Direito Constitucional*. Opt. Cit. p. 89)

³³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio: *O Conceito de Sistema no Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p.9-23.

Apesar de guardar alguma relação com a idéia de sistema das formulações gregas, a esse tempo não estava de todo configurado o conceito, da forma como hoje é conhecido. Faltava, ainda, o amadurecimento da ciência, que dava seus primeiros passos em direção a uma autocrítica epistemológica. Assim, pode-se dizer que, apesar dessa possibilidade conceitual já existir implicitamente no imaginário clássico, não havia ainda uma construção teórica segura. Ademais, o termo sistema só veio a ganhar importância real, sendo trabalhado nas suas possibilidades, a partir do início da modernidade, quando se desenvolveram conceitos bem mais elaborados de racionalidade, sobretudo após o criticismo³⁴.

A partir dos progressos da filosofia aristotélica, os estóicos, refundadores do termo lógica³⁵ na Idade Média, trouxeram grandes contribuições para a idéia de sistema.

A lógica *terminista* dos estóicos desacreditava os universais, pois verificava as funções que as palavras poderiam adquirir quando utilizadas como “termos” no seio das proposições, uma retomada daquilo que Aristóteles denominava de idéias, sendo o conhecimento estritamente material, empírico, o que proporciona uma lógica à gramática, podendo, assim, fazer convergir as leis do pensamento com as leis da linguagem; apesar disto, a idéia de se constituir um método para a verificação de validade dos raciocínios, encadeamento de juízos, mesmo sobre essas noções singulares não apodíticas, não estava totalmente afastada, o que segundo alguns pode ser visto como uma vantagem.

Há se lembrar que os romanos não utilizaram o termo, que era por eles desconhecido, tanto que falavam em *corpus júris civile* e não em *systema júris civile*.

No pensamento latino, apesar da unificação do sistema de ensino proporcionada por Alcuíno, com a formulação do *trivium* e *quadrivium*³⁶, o que pode ser visto, num primeiro momento como um referência para o pensamento kantiano, não se desenvolveu, neste sentido, a idéia de sistema em si. Ela surge, mais precisamente, na teoria da música através do conceito de *sintagma*, que dá idéia de relação entre elementos, “entrando na literatura teórica por meio da teologia, como *complexus articulorum fidei*”³⁷.

³⁴ REALE, Miguel: *O Direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1992, p.150.

³⁵ Aristóteles chamava este método, enquanto caminho para a verdade ou arte de pensar, de Analítica, como argumentamente orienta CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, p.192.

³⁶ A chamado do rei Carlos Magno, Alcuíno chega a França e organiza o sistema educacional do império Carolíngio, unificando o conteúdo do ensino, que compreende à maneira romana, as sete artes liberais: gramática, retórica e dialética (o *trivium*), e geometria, aritmética, astronomia e música (o *quadrivium*), porém nenhuma dessas artes se justifica per se, elas estão a serviço da teologia, a ciência das ciências. (ABRÃO, Bernadette Siqueira. *História da Filosofia*. P.105).

³⁷ FERRAZ JR., Tércio Sampaio: *Op. cit.*, p. 10.

O uso do termo aumenta no começo do século XVII, quando, por volta do ano de 1600, ele aparece numa obra de Bartholomäus Keckermann, que se intitula: *Systema Logicae tribus libris adornatum*, o qual lhe atribui o mesmo sentido que os estóicos de *techne de esti systema*. Sistema nesta concepção possui dos significados: 1) subjetivamente, como busca de conceitos válidos, método; e 2) objetivamente, suma de proposições verdadeiras. Seis anos mais tarde, Clemens Timpler retoma o termo sistema, no trabalho intitulado *Metaphysicae Systema Methodicum*, no qual, partindo dos estudos de Keckermann, atribui-lhe os sentidos: 1) objetivamente, corpo doutrinário de uma diversidade de cognições; e 2) subjetivamente, como sistema não confuso regido por leis metódicas ordenadas.

Este é talvez o primeiro movimento em oposição ao pensamento analítico, vindo a ser reforçado posteriormente, como lembra Fritjof Capra, pelos poetas românticos alemães, como Goethe.

Entre os filósofos, o termo sistema começa a ser rediscutido no final do século XVII. Nicolas Malebranche em sua obra, *De Novorum systematum Inventoribus*, foi o primeiro a discuti-lo de maneira renovada, com sua base cartesiana, relacionando o conceito de sistema ao de verdade, ou seja, correspondendo a um prisma subjetivo, a um conceito ideal de método, para o qual se requer um sujeito capaz de realizar, de forma intuitiva, através de uma força formadora, o trabalho objetivo à maneira estóica. Notadamente, “permanecem aí, entretanto indistintos, os conceitos de sistema e classificação”³⁸.

Christian Wolff, no início do século XVIII, centra seus estudos na aproximação entre a filosofia e a matemática, detendo-se no estudo do significado do termo e lhe dá um sentido mais elaborado. Vale ressaltar, como forma de elucidação do pensamento deste grande autor, que o mesmo fora discípulo de Leibniz, sendo considerado por muitos como um racionalista do porte de Bacon, Descartes e Espinosa, porém buscando uma abordagem renovada pelo aporte eminentemente iluminista, e visto como o próprio fundador dessa forma de pensamento na Alemanha (*Aufklärung*)³⁹ e autor dos oito volumes de *Ius Naturae Methodo Scientifico Pertractatum*, em que expõe o princípio da filosofia prática como a perfeição do homem⁴⁰.

Wolff tenta erigir um mundo *a priori* que se dirija à realidade, ou seja, um sistema completo e coerente, um sistema silogístico fundado no princípio da não contradição (para ele a verdade é coerência), baseado em um fenomenismo racionalista pelo qual há

³⁸ FERRAZ JR., Tércio Sampaio: Op. cit., p. 11

³⁹ ABRÃO, Bernadette Siqueira. *História da Filosofia*. P.296-297

⁴⁰ DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofia Del Derecho*, Tomo III. Cidade do México: UTEHA, p. 106

correspondência entre a razão e o ser, mesmo com a reação anti-sistema existente à sua época ocasionada por autores de renome, dentre os quais Diderot⁴¹. Assim, Wolff cria todo um amontoado de considerações metafísicas, no qual falta a crítica que será a base da reação kantiana que dominará o pensamento alemão por mais de um século⁴².

Para ele, sistema é mais que mero agregado de conceitos ou mesmo verdades, é, sobretudo, “*nexus veritatum*”, que pressupõe a correção e a perfeição da dedução⁴³. Compare-se o *nexus* relacional à idéia de organismo, o que se distancia da mera justaposição classificatória. É em Wolff que o conceito de sistema se transforma na forma que ainda hoje conhecemos⁴⁴.

Johann Heinrich Lambert elabora um conceito abstrato e geral de sistema, no qual não há nenhum conteúdo concreto: “trata-se de um todo fechado, onde a relação das partes com o todo e das partes entre si estão perfeitamente determinadas segundo regras lógicas de dedução”⁴⁵. Esta concepção tem por base o modelo de mecanismo pelo qual as partes se relacionam com o todo de forma fechada, ou seja: estável, completa e consistente para o funcionamento do sistema, mas são um agregado de elementos decomponíveis. As relações das partes entre si estavam determinadas por regras próprias. Assim, compreende-se que as partes subsistem ao todo, podendo ser o mecanismo desmontado e montado novamente, pois, se montado em observância às relações estruturadoras irá funcionar perfeitamente⁴⁶.

Leciona Bonavides que “tradicionalmente” a teoria dos sistemas faz uma distinção entre duas acepções de sistema, quais sejam: o sistema externo ou extrínseco e o sistema interno ou intrínseco⁴⁷.

Não obstante e no mesmo período de Lambert, daí a suposta influência em sua obra, Kant formula a sua concepção de sistema, em sua *Crítica da Razão Pura*, partindo, assim, da natureza arquitetônica da razão, ao afirmar “entendo por sistema a unidade dos

⁴¹ Que “também é avesso ao ‘espírito do sistema’, pois como muitos outros iluministas, considera absurda a pretensão de explicar tudo numa cadeia de razões de idéias claras e distintas. Contra essas especulações estereis, a arma do empirismo, a evidência da experiência sensível: ‘uma boa observação’, diz Diderot, ‘vale mais do que cem teorias’ (ABRÃO, Bernadette Siqueira. *História da Filosofia*. P.274)

⁴² PADOVANI, Op. cit., p. 307 s.

⁴³ NASCIMENTO FILHO. Severino Pedro do. *O jusnaturalismo na idade moderna*. Datavenia. Disponível em: <http://www.datavenia.net/artigos/Teoria_Geral/severian.html>. acesso em: 28 nov. 2006.

⁴⁴ PADOVANI, Op. cit., p. 307 s.

⁴⁵ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Conceito de Sistema no Direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask. São Paulo: Revista dos Tribunais, Universidade de São Paulo, 1976, p.12

⁴⁶ Neste sentido: “Lambert, nos *Fragmentos de sistematologia*, estabelecia o sistema como um conceito geral e abstrato, como um modelo mecânico, em que o todo é soma das partes e em si mesmo fechado, onde as suas relações com as partes e as relações das partes entre si estavam determinadas por regras próprias.” (Idem Op. Cit.)

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 2002, p.89.

diversos conhecimentos debaixo de uma idéia”⁴⁸, daí Nicola Abbagnano afirmar que a idéia de sistema em Kant ser: “uma totalidade dedutiva de discurso”⁴⁹. Com isto Kant está a indicar um todo proposicional, organizado a partir de princípios, no qual as partes se deixam extrair uma das outras, de forma que dada a não observação de uma relação necessária, compromete-se o sistema todo.

A aproximação que se afirma existir entre Lambert e Kant se dá na medida em que este viu o sistema em termos eminentemente matemáticos, acentuando a unidade formal em torno de uma origem finalística (ao mesmo tempo fim e começo), que seria uma idéia única, o fundamento prévio ao conhecer, capaz de dar possibilidade lógica e gnoseológica ao sistema⁵⁰. Ele afirma que num sistema as partes se relacionam entre si e com o todo por um mecanismo que se rompe se for retirada ou acrescida uma única parte, pois isso modificará o sistema como todo orgânico. “Aqui se abandona o modelo mecânico, substituído pelo orgânico, o qual pressupõe uma força única, central, interna, agindo de modo teleológico, diferente da mera soma das partes do sistema”⁵¹. Assim, como o todo precede às partes, formando uma unidade indecomponível, tal sistema não poderia ser desmontado, pois a sua composição se dá por relações indissociáveis que compõem um todo único e suas partes não têm subsistência fora do sistema, sem o qual pereceriam (organismo).

Importante ressaltar nesse ponto, uma ressalva feita por Capra, que aponta Kant como sendo o introdutor da noção de auto-organização, como característica distintiva dos seres vivos⁵².

⁴⁸ KANT *apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 2002, p.90.

⁴⁹ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Mestre Jou, 1980, verbete SISTEMA, p. 875; Bonavides afirma que o mesmo conceito kantiano reaparece em Condillac: “Um sistema outra coisa não é senão a disposição das diferentes partes da arte ou da ciência numa ordem em que todas elas mutuamente se apoiem e em que as últimas se explicam pelas primeiras”. , Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 2002, p.90. citando Lalande, André. *Vocabulaire Technique et Critique de la Philosophie*, PUF, Paris, 1956, p. 1.097.

⁵⁰ CANARIS em sua clássica obra, alhures mencionada, afirma que “Kant, [...] caracterizou o sistema como ‘a unidade, sob uma ideia, de conhecimentos variados’ ou, também, como ‘um conjunto de conhecimentos ordenados segundo princípios’.” (Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. 3ª. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2002, p. 10)

⁵¹ “... no ‘dicionário dos conceitos filosóficos de Eisler, define-se sistema: 1. Objectivo: um conjunto global de coisas, processos ou partes., no qual o significado de cada parcela é determinado pelo conjunto supra-ordenado e supra-somativo (...) 2. Lógico: uma multiplicidade de conhecimentos, unificada e prosseguida através de um princípio, para um conhecimento conjunto ou para um estrutura explicativa agrupada em si e unificada em termos interiores lógicos, como o correspondente, o mais possível e fiel, de um sistema real de coisas, isto é, de um conjunto de relações das coisas entre si, que nós procuramos, no processo científico, ‘reconstruir’ de modo aproximativo” (EISLER *apud* CANARIS, Claus- Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 2a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, pp. 10)

⁵² *A Teia da Vida - Uma Nova Compreensão Científica dos Sistemas Vivos*. São Paulo, Cultrix/Amana-key, 1996.

Com isso não concorda Ferraz Jr, que entende: “para Kant, esse todo não seria a soma das partes, mas as precedia de algum modo, não permitindo composição e decomposição sem a perda da unidade central, distinguindo o sistema da mera agregação.”⁵³

Não se pode olvidar a lição de Bertalanffy, de que as idéias sistêmicas têm como antecedentes diretos a filosofia natural de Leibniz, as idéias de Nicolau de Cusa sobre a consciência dos opostos e a dialética de Hegel e Marx⁵⁴. Entretanto, além destes autores, também Adam Smith, com a verificação das tendências auto-reguladoras dos ciclos econômicos, e Thomas Robert Malthus, com sua percepção sobre a oscilação do crescimento populacional, são importantes trabalhos, nos quais se contemplam, embrionariamente, as idéias sistêmicas⁵⁵.

Hegel e Eisler, de forma objetiva, empregam o vocábulo como “interdependência totalizante e ordenada de partes”. Assim a determinação das partes pelo todo, ou do todo pelas partes varia de concepção para concepção e logicamente, como ordenação de uma pluralidade de conhecimentos numa totalidade do saber, aproximando assim o termo *sistema* da idéia de *método*, sendo que até hoje a palavra sistemático é tomada muitas vezes no sentido de metódico (dogmático).

Cumprе ressaltar que foi na modernidade que o mundo ocidental, com os novos horizontes de racionalidade, rompe com a herança da era medieval. A crença na razão, o avanço na idéia de uma nova subjetividade, a revisão das relações do conhecimento, a credibilização da ciência e o reinado de uma nova metafísica fazem da inteligência humana refém dos referenciais de segurança e verdade na política e na ciência.

Foi este carácter pluridisciplinar que fascinou Ludwig von Bertalanffy, quando estabeleceu a sua Teoria Geral dos Sistemas, chegando a afirmar que “na ciência moderna, a interação dinâmica é o problema básico em todos os campos”. Trata-se da constatação de um fato que parece simples: vivemos num mundo de sistemas interdependentes. O que Bertalanffy pretende é demonstrar, com isso, uma nova perspectiva geral para todas as ciências⁵⁶. Contudo, alguns problemas se apresentaram em decorrência da própria “crença da razão”, e da concepção de “ordem”, pois se verificou que o excesso de ordem propiciava desordem e a razão não conseguia explicar *per se* tais acontecimentos inesperados e

⁵³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio., op. Cit;

⁵⁴ In *Teoria geral dos sistemas*. Editora Vozes Ltda, Petrópolis-RJ, 1975.

⁵⁵ RICHARDSON, George. P. *Feedback Thought in Social Science and System Theory*. University of Pennsylvania Press, 1991.

⁵⁶ Bertalanffy caracterizou a Teoria Geral dos Sistemas como: “... uma ciência geral da ‘totalidade’ [...] uma disciplina lógico-matemática, em si puramente formal mas aplicável às várias ciências empíricas”. (*Teoria geral dos sistemas*. Editora Vozes Ltda, Petrópolis-RJ, 1975, p. 61).

imprevisíveis. Esta constatação advinda da química se espalhou pelo pensamento ocidental e proporcionou uma gigantesca reviravolta na forma do pensar, inclusive colocando em “crise” concepções como razão, ordem e legitimidade.

3.1. A REVOLUÇÃO CIENTÍFICA DA TEORIA GERAL DOS SISTEMAS. O CONCEITO DE AUTO-ORGANIZAÇÃO E AUTOPOIESIS.

Por volta da década de sessenta, através dos estudos da termodinâmica⁵⁷, e posteriormente cunhando-se o conceito de entropia⁵⁸, teve início uma revolução que revelou uma anomalia que abalou profundamente os alicerces do pensamento analítico⁵⁹. O causador foi o segundo princípio da termodinâmica, que anunciava que todos os sistemas físicos, com o transcurso do tempo, evoluíam para estados de maior entropia, ou ainda, para estados de maior desordem. A consequência mais dramática do segundo princípio da termodinâmica foi o prognóstico da inevitável desconstituição de todas as formas organizadas existentes na natureza.

Segundo Morin:

A partir do momento em que se estabeleceu que os estados de ordem e organização são, não apenas degradáveis, mas também improváveis, a evidência ontológica da ordem e da organização é derrubada. O problema já não consiste em saber por que

⁵⁷ O calor, segundo a termodinâmica clássica, origina-se do aumento do estado de agitação das moléculas. Calor é a energia despreendida devido ao aumento do movimento desordenado das moléculas. Devido à perda de energia, sob a forma de calor, o estado original nunca é restabelecido espontaneamente. Assim, nem toda a energia se converte em trabalho, conforme supunha a física clássica. Parte se converte em desordem molecular. Conforme já assinalado, matéria e energia foram os dois principais conceitos da concepção mecânica do universo. Tudo poderia ser reduzido a estas duas unidades. A energia foi concebida como uma entidade que se conservava e podia ser transformada sem restrições quanto à sua reversibilidade. Com a formulação do segundo princípio da termodinâmica essa suposição básica foi negada. Nem toda a energia pode ser re-convertida. Na medida em que todo o processo de conversão energética libera calor, uma parte da energia se degrada irreversivelmente (MORIM, Edgar. *O método I: A Natureza da Natureza*. Portugal: Publicações Europa-América Ltda, 1977, p. 37-40)

⁵⁸ Diz respeito à organização espacial e energética das partículas de um sistema e cuja variação pode gerar transformação e desordem de um sistema, até a sua aniquilação.

⁵⁹ Segundo Edgar Morin as idéias de mudança associadas às teses evolucionistas foram absorvidas na perspectiva de que se trata de aperfeiçoamentos no caminho de um universo cada vez mais ordenado e racional. Dentro desta perspectiva, a vida obedeceria às leis da evolução e seleção natural e as sociedades seriam governadas por leis que as conduziriam no sentido do progresso. Assim, na perspectiva da ciência clássica, as leis da evolução descrevem um universo que caminha no sentido do aparecimento de uma ordem racional superior, cujo ápice seria o aparecimento do homo sapiens. (MORIM, Edgar. *O método I: A Natureza da Natureza*. Portugal: Publicações Europa-América Ltda, 1977, p. 38).

razão existe desordem no universo se nele reina a ordem universal. Consiste em saber por que razão existe ordem e organização no universo. A ordem e a organização, deixando de ser evidências ontológicas, tornam-se problema e mistério: têm de ser explicadas, justificadas e legitimadas⁶⁰.

Começa-se, assim, a trabalhar um fenômeno próprio dos sistemas científicos, a auto-organização. A obra *Self-organizing Systems and Their Environment*, de Heinz Von Foerster, publicada em 1960, é o marco inicial deste tipo de estudo. De forma contemporânea, Ilya Prigogine concentra seus estudos nos processos da termodinâmica não-linear, que se pode chamar de “ordem através da flutuação”, e formula, pela primeira vez, o conceito das estruturas dissipativas: descrevendo processos de auto-organização longe do equilíbrio termodinâmico usando energia e produzindo entropia⁶¹.

Prigogine não foi o único a produzir trabalhos científicos a esse respeito. Na Europa Oriental, físicos e químicos trabalhavam com o fenômeno da auto-organização. Hermann Haken é um exemplo disso⁶². Utilizando-se do conceito de auto-organização elaborou a teoria da sinérgica (estudos sobre *laser*).

Contudo, Bertalanffy afirma que o segundo princípio da termodinâmica estava em flagrante contradição com a observação empírica, principalmente no que concerne aos sistemas vivos, pois, nestes, num determinado período significativo de sua existência, através de uma diferenciação orgânica, a complexidade e organização tendem a aumentar, o que, então, contrariava, ou não poderia ser explicado por este princípio⁶³.

Esse problema somente foi resolvido quando o próprio autor afirmou que sistemas abertos não obedecem ao segundo princípio da termodinâmica, sendo aplicável apenas a sistemas fechados; pois a propriedade fundamental de um sistema aberto é a sua capacidade de manter-se organizado, realizando trocas contínuas com o ambiente⁶⁴.

Nesse ponto do debate é preciso verificar a concepção clássica que distingue dois tipos de sistemas: *abertos* e *fechados*.

Um sistema fechado não tem qualquer relação com o respectivo ambiente, não interage com elementos que não estejam contidos nele, não possui entradas nem saídas. Forma-se e consolida-se, impondo-se para o meio, os demais sistemas e as formulações de seu próprio interior, que independe de qualquer propósito de um observador externo ou interno, o

⁶⁰ MORIM, Edgar. *O método I: A Natureza da Natureza*. Portugal: Europa-América, 1977, p. 41.

⁶¹ CAPRA, Fritjof. *A Teia da Vida - Uma Nova Compreensão Científica dos Sistemas Vivos*. São Paulo, Cultrix/Amara-key, 1996.

⁶² CAPRA, Fritjof. *A Teia da Vida*, 1996.

⁶³ *Teoria geral dos sistemas*. Editora Vozes Ltda, Petrópolis-RJ, 1975, p. 208.

⁶⁴ “sistemas abertos podem conservar-se em um estado de alta improbabilidade estatística de ordem e de organização” (*Teoria geral dos sistemas*. Editora Vozes Ltda, Petrópolis -RJ, 1975, p. 196).

que alguns autores⁶⁵ apresentam em termos de entropia, que tende a aumentar e os sistemas a declinar. Um sistema aberto, por outro lado, estabelece uma interrelação com aquilo que o rodeia, interage com elementos que não estão contidos nele, pois possuem entradas e saídas, sendo dotados de uma estrutura altamente flexível; a distinção entre os limites e o meio se torna, desta forma, uma questão arbitrária, que depende exclusivamente do propósito de seu observador, interno ou externo, sendo, portanto, negentrópicos⁶⁶, ou seja: neles se diminui a entropia e os sistemas, por sua funcionalidade, elaboram estruturas. Sua característica básica segundo Bertalanffy é manter e encontrar sua organização no próprio fluxo do processo⁶⁷.

Ressalte-se que a maior parte, se não a totalidade dos sistemas sociais corresponde a este segundo tipo⁶⁸. Para Bertalanffy, características como diferenciação, dominância, ordem hierárquica, desenvolvimento, comportamento finalista e competição, tanto ao se tratar de sistemas vivos, como num sistema social, dependem da organização interna do próprio sistema⁶⁹.

Estas colocações levam Bertalanffy a afirmar que na ciência contemporânea emerge uma relatividade das categorias do pensamento, que passou a ter alto grau de influência na modelagem do conhecimento em geral⁷⁰. As construções científicas são sempre, nessa perspectiva, modelos que representam certos aspectos ou perspectivas da realidade, possuindo validade relativa, a partir de um ponto de vista determinado.

A partir dos anos 70 os estudos sobre a auto-organização são expandidos para várias outras áreas. Como exemplo citamos Holling e Manfred Eigen, que produziram trabalhos científicos, respectivamente, nos campos da ecologia e da biologia.

Mas foi na área da biologia, onde disputavam duas correntes opostas sobre as causas e origens do fenômeno vivo, que não estavam conformados com as explicações mecanicistas, que surgiu a maior controvérsia. Passaram, então, a defender que algo mais era

⁶⁵ BUCKLEY, Walter. *Sociologia moderna e teoria dos sistemas*. Tradução de Octavio Mendes Cejado. São Paulo: Cultrix, 1971, p. 82

⁶⁶ Ou neguentropia, diz respeito a negação da entropia, função que representa o grau de ordem e de previsibilidade existente num sistema.

⁶⁷ *opt. cit.*, 1975, p. 196

⁶⁸ BUCKLEY, Walter. *Sociologia moderna e teoria dos sistemas*. Tradução de Octavio Mendes Cejado. São Paulo: Cultrix, 1971, p. 82; Bertalanffy define que os sistemas vivos são abertos e assim descreve: “sistemas abertos podem conservar-se em um estado de alta improbabilidade estatística de ordem e de organização” (*opt. cit.*, 1975, p. 196) e continua, para exemplificar os sistemas abertos como: “uma máquina composta de combustível que se consome continuamente e, no entanto, se conserva a si próprio” (*opt. cit.* 1975, p.193). Afirma, por fim, que: “... certos princípios dos sistemas abertos continuam sendo verdadeiros e podem ser aplicados com êxito a campos mais amplos da ecologia, que estuda a competição e o equilíbrio de espécies, à economia humana e outros do campo sociológico”. (*opt. cit.* 1975, p. 203).

⁶⁹ *opt. cit.* 1975, p. 203

⁷⁰ “As categorias da experiência ou formas da intuição, [...], não são um universal a priori, mas ao contrário, dependem da organização psicofísica e das condições fisiológicas do animal submetido à experiência, inclusive o homem” (BERTALANFFY, *opt. cit.*, 1975, p. 308).

necessário para explicar a vida, além dos processos físico-químicos parciais, devendo ser acrescentada uma força não física às leis destas áreas, a assim denominada força-vital⁷¹.

Capra leciona que foi desta controvérsia que nasceu a biologia organísmica. Seus propositores formularam os primeiros conceitos que estão na gênese da teoria sistêmica moderna, quais sejam: 1) Organização (um padrão ou configuração de relações ordenadas); 2) o conceito de sistema (um todo cujas propriedades provém da organização das partes que o constituem); 3) pensamento sistêmico (necessidade de compreensão de um fenômeno dentro de um contexto, para estabelecer a totalidade das interações envolvidas, em nítida oposição à busca das relações causais simples entre as partes isoladas); 4) complexidade organizada (denominação utilizada para caracterizar a existência de diversos tipos e níveis de complexidade que podem ser descritos ou capturados pelo conceito de sistema); 5) hierarquia (tendência dos sistemas vivos de se estruturarem em níveis múltiplos); e 6) propriedades emergentes (características pelas quais são identificados os fenômenos complexos organizados pelo próprio sistema).

Não que as leis da física e da química não se aplicassem aos seres vivos, pelo contrário, elas apenas não eram suficientes para compreender o fenômeno vivo, haja vista a complexidade do objeto estudado.

Bertalanffy, então, afirma que na era dos sistemas é necessário lidar com questões complexas, com totalidades⁷². Assim, e conforme pregavam os biólogos organicistas, a problemática deveria ser centrada no conceito “organização” ou relações organizacionais⁷³, que estariam presentes nas estruturas físicas, dispensando, desta forma, a presença de uma entidade não-física para originar o fenômeno vivo⁷⁴.

Em 1974, em artigo publicado por Varela, Maturana e Uribe, para definir os seres vivos como sistemas que produzem continuamente a si mesmos, foi que a palavra *autopoiese* surgiu pela primeira vez na literatura internacional.

Duas questões primordiais inquietavam o pensamento do neurofisiologista Maturana: 1) quais as propriedades que discriminavam os sistemas vivos, dos não-vivos; e 2) qual é a conexão entre o processo auto-organização e o fenômeno vivo⁷⁵.

Poiesis é um termo grego que significa *produção (fabricação)*, contraposto ao termo *práxis* usado por Aristóteles, que significa *ação*, mas seu significado vai além disso.

⁷¹ BERTALANFFY, *opt. cit.*, 1975, p. 309-310.

⁷² BERTALANFFY, *opt. cit.*, 1975, p. 320.

⁷³ CAPRA, Fritjof. *A Teia da Vida*, 1996, p.38.

⁷⁴ CAPRA, Fritjof. *A Teia da Vida*, 1996, p.38.

⁷⁵ *De máquina e seres vivos – Autopoiese – a Organização do Vivo*. Artes Médicas, Porto Alegre, 1997, p.49.

Segundo os ensinamentos de Heidegger⁷⁶ a poiesis, não é uma produção pura, mas uma produção produzida pelo *telos* desocultado pela *aletheia* e materializada pela *poiesis*⁷⁷. Autopoiese quer dizer, portanto, autoprodução, autocriação, organização circular, assumindo assim o caráter de sistema centralizado. Ou seja, “centro da dinâmica constitutiva dos seres vivos”⁷⁸

Os sistemas vivos são autopoieticos por definição porque se recompõem continuamente e da mesma forma o faz com seus componentes desgastados. Pode-se concluir, portanto, que um sistema autopoietico é ao mesmo tempo produtor e produto. Pois o que interessa: “não são as propriedades de seus componentes, mas os processos, e relações entre processos, realizados por meio de seus componentes”⁷⁹.

A proposta autopoietica, propõe a insustentabilidade da antiga nomenclatura taxiológica dos sistemas abertos e fechados, sendo substituída pelo conceito de autopoiesis.

3.2. UMA BREVE ANÁLISE DA PROPOSTA DE MATURANA E VARELA.

Para exercer a autopoiesis de modo autônomo, os sistemas precisam recorrer a recursos do meio ambiente, ou seja, são simbiotes: ao mesmo tempo autônomos e dependentes. Trata-se, pois, de um paradoxo. Esta condição paradoxal não pode ser adequadamente entendida pelo pensamento linear, para o qual tudo se reduz a binariedade do sim/não. Diante de seres vivos, coisas ou eventos, o raciocínio linear analisa as partes separadas, sem empenhar-se na busca das relações dinâmicas entre elas⁸⁰. O paradoxo autonomia-dependência dos sistemas vivos é melhor compreendida por um sistema de

⁷⁶ HEIDEGGER, Martin. *Conferências e escritos filosóficos*. Col. Os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1989.

⁷⁷ CHAUÍ, Marilena. Convite à filosofia. P. 405; MATURANA *et al.* *De máquina e seres vivos – Autopoiese*, Porto Alegre, 1997, p.47. vide ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. III, 1112b, 15. tanto os termos *práxis* e *poiesis* derivam do infinitivo grego *Práttein*, que designa ação, atividade realização. Sendo considerado, para tanto, o ato de percorrer um caminho até o final. *Práxis* por sua vez, designa a ação na qual o agente, o ato e o resultado da ação são inseparáveis (agir para). Já o termo *Poiesis* significa uma ação orientada, mas sem estar atrelada ao resultado (agir como).

⁷⁸ *De máquina e seres vivos – Autopoiese*, Porto Alegre, 1997, p.67.

⁷⁹ *De máquina e seres vivos – Autopoiese*, Porto Alegre, 1997, p.67.

⁸⁰ “máquinas que produzem a si próprias. Nenhuma outra espécie de máquina é capaz de fazer isso: todas elas produzem sempre algo diferente de si mesmas. Sendo os sistemas autopoieticos a um só tempo produtores e produtos, pode-se também dizer que eles são circulares, ou seja, funcionam em termos de circularidade produtiva” (*De máquina e seres vivos – Autopoiese*, Porto Alegre, 1997, p.12.)

pensamento que englobe o raciocínio sistêmico (que examina as relações dinâmicas entre as partes) e o linear. Eis o pensamento complexo, modelo proposto por Edgar Morin⁸¹.

Para os autores, enquanto não entendermos o caráter sistêmico da célula, não conseguiremos compreender adequadamente os organismos.

Dessa forma, os seres vivos são determinados por sua estrutura. O que nos acontece num determinado instante depende de nossa estrutura naquele instante. A este conceito eles chamam de determinismo estrutural. A estrutura de um sistema é a maneira como seus componentes interconectados interagem sem que mude a organização. Assim, a organização é o determinante de definição (diz como o sistema está configurado) e a estrutura o determinante operacional (diz como as partes interagem para que ele funcione). O momento em que um sistema se desorganiza é o limite de sua tolerância às mudanças estruturais. Contudo, para os autores, o fato de os sistemas vivos estarem submetidos ao determinismo estrutural não significa que eles sejam previsíveis, ou seja, eles são determinados, mas isso não quer dizer que sejam predeterminados. Com efeito, se sua estrutura muda constantemente e em congruência com as modificações aleatórias do meio, não é possível falar em predeterminação e sim em circularidade. Para evitar dúvidas sobre este ponto, basta ter sempre em mente o seguinte detalhe: “aquilo que acontece em um sistema num dado momento depende de sua estrutura nesse momento”⁸².

Outro aspecto fundamental da teoria autopoietica é a questão da cognição. Este aspecto foi tratado de forma peculiar, pois toda a teoria dependeu de verificações e aferições realizadas em estudos predecessores sobre o sistema nervoso central. De acordo com os autores o sistema nervoso é uma rede fechada: não possui entradas nem saídas operando como uma rede fechada de interações, onde cada mudança nas interações dos componentes repercute sempre em mudanças nas interações entre estes componentes, donde se pode concluir que o sistema nervoso é auto-organizador e auto-referente, ou seja, todos os processos são dinâmicos e determinados totalmente pelo próprio sistema nervoso, cunhando-se o conceito de autonomia.

Assim, no sistema nervoso só ocorrem mudanças de estado (bioquímico ou morfológico) das próprias células que o compõem (como rede neural fechada) e,

⁸¹ MORIM, Edgar. *O método I: A Natureza da Natureza*. Portugal: Publicações Europa-América Ltda, 1977, p. 137. O pensamento complexo parte de duas formas construtivistas circulares: 1) A interação circular em que o todo é explicado pelas partes e as partes em função do todo; 2) A interação circular entre a unidade e diversidade, em que as unidades complexam-se constituídas a partir da diversidade e a diversidade é resultante da unidade. Ressaltando que aqui, ‘unidade’ não tem o significado de unidade impositiva ou totalitarista. A unidade sistêmica, como manifestação global da complexidade organizada, pode envolver conflitos e contradições e várias formas de ‘disputa’, especialmente quando se trata das formações complexas no campo social.

⁸² *De máquina e seres vivos – Autopoiese*, 1997, p.17.

conseqüentemente, a percepção não é a representação da realidade exterior, não fazendo distinção entre *dentro* e *fora*, pois estas categorias são construções humanas da linguagem e, portanto, externas ao sistema nervoso.

Apartir dessa constatação cunha-se o conceito de acoplamento estrutural, que são determinados pontos do sistema pelos quais ele se acopla ao meio, estabelecendo, por conseguinte, interações recorrentes. O ambiente não pode, contudo, determinar ou especificar quais serão as mudanças de estado do sistema, que são determinadas estruturalmente. Novamente recorrendo a este conceito, a manutenção do sistema depende das mudanças estruturais, pois as mudanças de estado que a estrutura experimenta no acoplamento estrutural dependem dos estados da estrutura em si, em cada instante particular. Desta forma um observador pode verificar que a mudança estrutural de um sistema ocorre em consonância com as mudanças que ocorrem no ambiente, elas dependem da dinâmica interna, ou como diria Capra: as perturbações no ambiente disparam mudanças de estado no organismo⁸³.

Maturana e Varela são enfáticos ao afirmarem que o mundo em que vivemos é o que construímos a partir de nossas percepções e é nossa estrutura que permite essas percepções. Por conseguinte, nosso mundo é a nossa visão de mundo.

Reafirmo que não existe competição (no sentido predatório do termo) entre os seres vivos não-humanos. Quando o homem chama determinados animais de predadores está antropomorfizando-os, ou seja, projetando neles uma condição que lhe é peculiar. Como não competem entre si, os sistemas vivos não-humanos não “ditam” uns aos outros normas de conduta. Mantidas as condições naturais, entre eles não há comandos autoritários nem obediência irrestrita. Os seres vivos são sistemas autônomos, que determinam o seu comportamento a partir de seus próprios referenciais, isto é, a partir de como interpretam as influências que recebem do meio. Se tal não acontecesse, seriam sistemas sujeitados, obedientes a determinações vindas de fora.⁸⁴

Se a realidade que percebemos depende da nossa estrutura – que é individual –, existem tantas realidades quantas pessoas percebedoras. Eis porque, como afirma Mariotti, o chamado conhecimento puramente objetivo é impossível: “pois o observador não é separado dos fenômenos que observa. Se somos determinados pelo modo como se interligam e funcionam as partes de que somos feitos (ou seja, pela nossa estrutura), o ambiente só desencadeia em nós o que essa estrutura permite”⁸⁵.

Ressaltando que cada sistema vivo é determinado a partir de sua estrutura interna, como dito anteriormente, entende-se que quando um sistema está em acoplamento com outro,

⁸³ CAPRA, Fritjof. *A Teia da Vida*, 1996, p.42.

⁸⁴ MARIOTTI, Humberto. *Autopoiesis, Cultura y Sociedad*. Disponível em: <<http://www.geocities.com/pluriversu/autopoi.html>>. Acesso em: 15 de outubro de 2004

⁸⁵ MARIOTTI, Humberto. *Autopoiesis, Cultura y Sociedad*. *Idem*

num dado momento dessa inter-relação a conduta de um é sempre fonte de respostas compensatórias por parte do outro, tratando-se, pois, de eventos transacionais e recorrentes. Sempre que um sistema influencia outro, este passa por uma mudança de estrutura, por uma deformação. Ao replicar, o influenciado dá ao primeiro uma interpretação de como percebeu essa deformação. Estabelece-se, portanto, um diálogo. Por outras palavras, forma-se um contexto consensual, no qual os organismos acoplados interagem. Este interagir é um domínio lingüístico. Posto de outra forma, neste âmbito transacional o comportamento de cada organismo corresponde a uma descrição do comportamento do outro: cada um transmite ao outro como recebeu e interpretou a sua ação. É por isso que se pode dizer que não há competição entre os sistemas naturais. O que existe é cooperação. No entanto, quando à natureza se junta a cultura, como no caso dos seres humanos, as coisas mudam.

Mariotti assim elucida:

En el caso de las sociedades humanas, en las que las condiciones prevalecientes no son aquellas provistas por la naturaleza, esto es exactamente lo que el marketing y otras formas de condicionamiento masivo intentan (y en muchos casos logran) hacer con poblaciones enteras. Así, es posible llegar a la producción masiva de personas subsidiarias, siempre que los estímulos condicionantes estén ampliamente difundidos y sean constantes. Esto es lo que el psicoanalista Félix Guattari llama producción de la subjetividad. Con este concepto, introduce la idea de una subjetividad modelada industrial y masivamente por el capitalismo. Esto es el resultado de la operación de sistemas condicionantes enormes, por medio de los cuales el capitalismo (hoy en su triunfante fase neoliberal) construye y mantiene su inmenso mercado de poder. En otras palabras, todos esos esfuerzos se dirigen a la consolidación y continuación de la operatividad de la violencia en contra de la más básica característica de los sistemas vivientes: autopoiesis.⁸⁶

Por isso, é importante ter sempre em mente que o domínio consensual resultante do acoplamento de sistemas autopoieticos é um contexto lingüístico — mas não no sentido de mera transmissão de informações de parte a parte.

Como já relatado, a principal mudança é a substituição do conceito de sistema aberto/fechado, pelo conceito de *autopoiesis*⁸⁷. Este conceito introduz a idéia de que um sistema complexo reproduz os seus elementos e suas estruturas dentro de um processo operacionalmente fechado com ajuda dos seus próprios elementos. Enquanto Maturana/Varela restringem o conceito da autopoiesis a sistemas vivos, Luhmann o amplia para todos os

⁸⁶ MARIOTTI, Humberto. *Autopoiesis, Cultura y Sociedad*. Opt. Cit.

⁸⁷ Segundo Marcelo Neves: “Etimologicamente, a palavra deriva do grego autós (“por si próprio”) e poiesis (“criação”, “produção”). Significa inicialmente que o respectivo sistema é construído pelos próprios componentes que ele constrói. Definem-se então os sistemas vivos como máquinas autopoieticas: uma rede de processos de produção, transformação e destruição de componentes que, através de suas interações e transformações, regeneram e realizam continuamente essa mesma rede de processos, constituindo-a como unidade concreta no espaço em que se encontram, ao especificarem-lhe o domínio topológico de realização.” (*Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*, p. 60)

sistemas em que se pode observar um modo de operação específico e exclusivo, tais como, os sistemas sociais e os sistemas psíquicos. As operações básicas dos sistemas sociais são a comunicação e as operações básicas dos sistemas psíquicos são os pensamentos.

3.3. OS SISTEMAS SOCIAIS E O CONCEITO DE AUTOPOIESIS – PARSONS E LUHMANN.

Luhmann é hoje, ao lado de Habermas, o sociólogo/filósofo alemão, cuja obra gera grande repercussão no mundo jurídico-teórico, sendo um dos principais representantes da teoria sistêmica da sociedade. Pelo viés dado à sua teoria, sobressai claramente a ambição de uma superteoria dos sistemas⁸⁸, na medida em que abarca vários ramos do saber, como o direito, a física, a biologia, a lógica formal, a sociologia, dentre outras. Uma pretensão semelhante à outrora apresentada por Bertalanffy.

Essa observação se mostra necessária, pois sua teoria dos sistemas sociais consiste no desenvolvimento da complexidade imanente à reprodução da realidade contemporânea, que somente poderia ser abarcada por uma teoria também complexa. Para isto ele lança mão de categorias dos variados campos do saber, demonstrando assim a vertente do pensamento complexo que é por ele adotada para fazer face à contemporaneidade.

Luhmann parte da obra de Talcott Parsons, um autor que sofre muita influência do pensamento weberiano, razão pela qual entende a sociedade moderna como um sistema funcionalmente diferenciado, bem como a perda de processos racionais de legitimidade, verificando, assim, que a universalização das organizações, no domínio dos sistemas sociais, o que culminou no advento de sistemas autopoieticos.

Nesse ponto há, entretanto, que se sublinhar o distanciamento do pensamento de Luhmann com a obra de Parsons, na medida em que inverte o binômio proposicional de formulação dos sistemas sociais erigido por este último, qual seja: estrutura-funcionalidade. Nesta perspectiva Parsons faz anteceder o conceito de estrutura ao conceito de função, pressupondo-se os sistemas sociais com determinadas estruturas para só depois colocar a questão das prestações funcionais necessárias à manutenção dos sistemas.

⁸⁸ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: Lineamentos para uma teoria general*. Trad. Javier Torres Nafarrete. Barcelona: Anthropos. 1998, p. 27

Parsons verifica que existem três tipos de sistemas empíricos: 1) Cultura (como um sistema de valores e símbolos obrigatórios, de padrões culturais de comportamento e de ação); 2) Personalidade (formado pelos motivos e valores relativos a um agente individual); e 3) Organismo comportamental (formado por relações interdependentes de interação entre vários agentes numa determinada situação). Mas além destes, existem os ambientes de ação, que são colocados “acima e abaixo da hierarquia geral de fatores que controlam a ação no mundo da vida”. Assim o comportamento humano realiza-se por meio de regras, possuindo uma estrutura (as regras) e formando um sistema (sistema de ação).

A estrutura do sistema social é, então, formada por normas sociais, consistindo a sua estabilidade no consenso, seja ele consciente ou inconsciente. Verifica-se, pois, um esforço grandioso por uniformidade lógica, por ausência de contradições e pela busca de validade universal, que independe da situação histórica específica de cada sistema, ou seja, ordem⁸⁹, que, enquanto conceito, pode abranger não só os padrões ou procesos institucionais legitimados, desde que possam ser encarados como funções das relações determinadas entre as partes do sistema, e não meros incidentes ou casos fortuitos. Esta diferenciação é, talvez, a raiz da grande dificuldade e ambigüidade do esquema teórico parsoniano, na medida em que, num primeiro momento aponta para relações causais-fortuítas e, em outro, para relações normativas e avaliatórias (programadas).

Notadamente a *ordem* “precisa ter uma tendência para a automanutenção, que quase sempre se expressa no conceito de equilíbrio”⁹⁰, que é uma propriedade central dos sistemas sociais.

Deve-se verificar que o equilíbrio, enquanto concepção de ordem, mantém a estabilidade do sistema para a interação resultante das relações causais fortuitas, como uma forma de aprendizado, bem como da relação do *fortuito* com os valores e normas sociais.

Neste sentido Alfred Büllesbach leciona:

Para a manutenção do equilíbrio são decisivos os já referidos mecanismos de integração: a socialização reproduz um “caráter social” adequado, correspondente às necessidades do respectivo sistema, por meio de uma adequação baseada na aprendizagem, bem como de uma interiorização e aceitação de valores, normas, etc., funcionais em relação ao sistema. A cada modalidade de divergência em relação a norma corresponde uma forma de controle social que deve restabelecer a adaptação das motivações do indivíduo às exigências do sistema e às expectativas funcionais⁹¹.

⁸⁹ PARSONS. *Sociedades: Perspectivas evolutivas e comparativas*. 1969, p.20.

⁹⁰ PARSONS; SHILS. *Toward a General Theory of Action*, apud BUCKLEY. Opt. Cit. 1971, p. 46

⁹¹ BÜLLESBACH, Alfred. *Princípios de teoria dos sistemas*. In KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Trad. Antonio Manuel Hespanha. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian.2002, p. 421

As trocas dos resultados funcionais dos vários sistemas parciais são asseguradas por mecanismos sistêmicos, ou seja, deveres decorrentes dos papéis sociais, dinheiro, influência e poder, cabendo ao sistema jurídico controlar as relações de lealdade, o bem-estar, o mercado de trabalho e de consumo, sancionando negativamente comportamentos divergentes da norma, o que mantém a crença na legitimidade do poder.

O sistema enfrenta estes problemas através de seus “mecanismos de controle”, opondo-se ao fortuito e às outras tensões, para trazê-los ao equilíbrio inicial. Os mecanismos de controle fazem parte do sistema da personalidade, trabalhando conjuntamente com os mecanismos de socialização, defesa e ajustamento do sistema, motivando os atores à conformidade com o sistema de expectativas. Assim, os mecanismos de controle são, para Parsons, mecanismos de imposição da uniformidade e da estabilidade fundados em crenças, tradicionalismo e autoridade, constituindo os dois tipos principais destes mecanismos⁹².

Cumprе ressaltar, que nessa ótica, se os mecanismos de controle do sistema não funcionarem de forma adequada, o sistema modificará o seu estado ou se desintegrará. Ou seja, o sistema funciona ou não. Os mecanismos de controle são inerentes às articulações entre os subsistemas societários que ligam a sociedade aos ambientes e à própria comunidade societária, dependente de um supra-sistema de orientação, a cultura, que é por sua vez a fonte primária de legitimação para a ordem normativa.

Nesse sentido:

Na esfera política, a prioridade da ordem normativa societária é acentuada mais agudamente na função de imposição e na necessidade para que agências da sociedade tenham algum controle final na sanção através da força física – não porque a força física seja o controlador cibernético, mas porque precisa ser controlada a fim de que atuem os controles de ordem mais elevada. [...] Quando usados como sanções, a força e outros fatores físico-orgânicos contribuem muito mais para a segurança de processos coletivos do que como simples exigências condicionais.⁹³

Mas o que se vê de forma muito peculiar, nessa colocação é a imposição do direito e sua importância na realização de políticas do Estado. Um inchaço do Estado e, conseqüentemente, do Direito. Um excesso de aversão ao fortuito e à mudança, engessando o sistema, que se choca com estas duas possibilidades buscando uma ordem vislumbrada pelo equilíbrio do próprio sistema.

Luhmann então, define o sistema social, pelas relações de sentido das ações sociais, da parte e do todo, refutando a primazia do conceito de estrutura, realçando a

⁹² BUCKLEY, Walter. *Sociologia: A Moderna Teoria dos Sistemas*. São Paulo: Cultrix. 1971, p. 47

⁹³ PARSONS, Talcott. *Sociedades: Perspectivas evolutivas e comparativas*. Trad. de Dante Moreira Leite. São Paulo: Livraria Pioneira. 1969, p. 34

diferença entre interior e exterior, como aquilo que constitui o sistema. A diferenciação sistema-entorno parte de sua referência funcional que o discrimina daquilo que, em si mesmo, não tem exterior, o mundo.

O conceito de mundo na teoria luhmanniana não é claro e preciso, mas a diferenciação deste com o sistema não se dá pela problematização de sua existência, mas pela sua complexidade. Como visto, a complexidade do mundo é a totalidade dos acontecimentos possíveis, o que torna o homem incapaz de compreendê-los enquanto totalidade, só podendo fazê-lo na medida em que ocorra uma redução de complexidade, que se faz presente pela construção de sentido, ou nas palavras de Luhmann de sistemas. Esta construção se dá pela seleção e definição de limites entre o interior e o exterior. Não se trata, portanto, do antigo modelo organicista: da parte e do todo, no qual o indivíduo tem uma função constitutiva, exatamente por ser a base interpretativa da totalidade social. Como em Parson, o indivíduo é parte do sistema, fonte de problemas e complexidade.

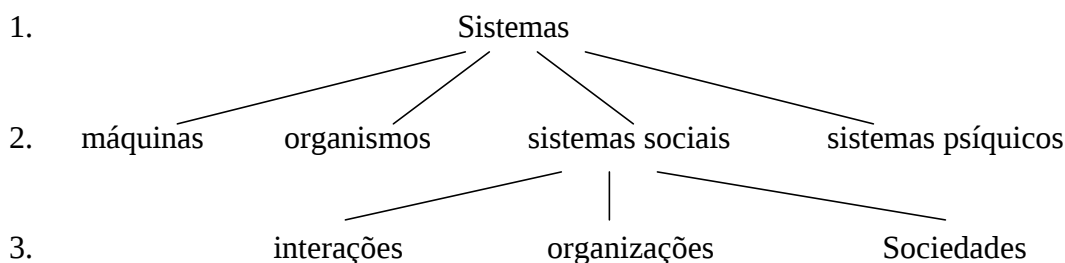
O descompasso entre sistema e meio exige soluções sistêmicas, para a manutenção do sistema, sempre contingentes em face da evolução do meio, sempre indeterminadas e, portanto geradoras de complexidade, mas operam através deste autoprograma, auto-organizador, que permite sua manutenção no tempo, diante da complexidade crescente de seu entorno, o que acaba por institucionalizar procedimentos funcionais de decisão. Assim o direito se autoconstitui e se reproduz pela diferenciação dos demais sistemas sociais determinantes de seu entorno.

Com a inversão da proposição de Parsons, Luhmann parte então do axioma da existência dos sistemas: há sistemas e mais precisamente, existem “*sistemas autorreferenciais*”⁹⁴. E eles possuem funcionalidade própria que propicia estruturação constante e mantenedora de si mesmo frente ao entorno. Com estas premissas, Luhmann afirma, então, ser possível que tal teoria, se refira a muitos sistemas distintos com a consequência de diferenciar-se, também, níveis de generalização dentre os quais as organizações, os sistemas psíquicos e outros.

A idéia de sistemas segue, portanto, a evolução do pensamento moderno-contemporâneo, pois segundo Luhmann: a realidade é sistêmica, não havendo mais possibilidade de oposição sujeito-objeto, como postulado pela epistemologia clássica: não há ponto privilegiado de acesso a um presumido objeto. Todos estão, portanto, inseridos em

⁹⁴ *Sistemas sociales: Lineamentos para uma teoria general*. Trad. Javier Torres Nafarrete. Barcelona: Anthropos. 1998, p. 38

sistemas, sendo movidos pela complexidade e pela lógica própria dos sistemas. Desta maneira, distingue três níveis de análise, que podem ser compreendidos na seguinte esquematização⁹⁵:



O que precisa ser esclarecido, então, é a condição de abertura do entorno em relação ao sistema. Nesse sentido é primordial o reconhecimento do estatuto metalingüístico, usando tal conceito como forma de dimensionar os vários níveis de sistemas, não significando uma hierarquização entre eles, pois se trata de diferenciação autoreferencial dotada de complexidade, que se traduz na constituição de sistemas no interior de sistemas também funcionalmente autoregulados⁹⁶, não se podendo, portanto, reduzir a relação sistema-entorno ao modelo da causalidade. Há comunicação entre sistema e entorno, mas isto não implica em causa e efeito, que é peculiar dos sistemas psíquicos. Luhmann utiliza, então, o conceito de produção para se referir às causas possíveis para a geração de efeitos determinados em um sistema. Para tanto propõe a distinção entre relação e elementos. Como visto, a teoria dos sistemas não se apegua à determinação dos elementos primordiais, mas sim às relações que eles geram, não que a noção e determinação destes elementos não seja necessária, mas, ao contrário, esses são produto destas relações.

Segundo Luhmann:

os elementos possibilitam uma reflexão sobre si mesmos que passa por outros elementos, por exemplo, uma intensificação da atividade neuronal, ou bem uma determinação da ação que passa pela espera de outras ações. No nível desta organização autoreferente, os sistemas autoreferentes são sistemas fechados, pois em sua autodeterminação não permitem nenhuma outra forma de processamento. Daí que os sistemas sociais não tenham nenhuma utilidade para a consciência, e os sistemas pessoais tampouco a tenham para as mudanças freqüentes no sistema neural⁹⁷

⁹⁵ LUHMANN. *Sistemas sociales: Lineamentos para uma teoria general*. 1998, p. 27

⁹⁶ LUHMANN. *Social Systems*. 1995, p. 19

⁹⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: La ambicion de la teoria*. Introduccion de Ignácio Izuzquiza. Barcelona: Piadós. 1997, p.34

Interpretando a sociedade como um sistema⁹⁸, ela deve ser observada pela distinção sistema-meio, que, como dito alhures, parte da perspectiva dual weberiana da racionalidade formal e material, comparando-se o meio ao domínio da racionalidade material. Assim, o sistema define sua racionalidade em relação ao meio, de forma a garantir a sua funcionalidade, pela neutralização das ameaças provenientes do meio.

Os sistemas sociais são autopoiéticos no sentido de que se reproduzem manifestamente pela comunicação, na medida em que se diferenciam pela linguagem, numa reflexividade (do antes e do depois), delimitando-se a si mesmos pela reflexão (sistema e ambiente). Sem a comunicação não é possível a estabilização dos sistemas sociais, mas sua improbabilidade e a forma pela qual esta é superada aponta para a probabilidade dos próprios sistemas sociais. Nesse sentido, a evolução social e cultural deve ser entendida como “processo de transformação” e “ampliação das possibilidades de estabelecer uma comunicação, por sua vez, com probabilidades de êxito. Tendo êxito, ou seja, sendo a comunicação compreendida pelos presentes, verifica-se a existência de motivos para rejeitá-la. Mormente ultrapassando o círculo presencial, a comunicação dificilmente obterá aceitação. Tornando-se possível a comunicação, Luhmann cunha a idéia de ordem, uma resultante do sistema social, mas que gera um aumento no grau de improbabilidade de êxito da comunicação, razão pela qual a sociedade se reproduz através da comunicação autopoiética, ou seja, especificada e condicionada por sua própria rede de relações de sentido, e isso, independe do que ocorre do meio. Informação que gera informação e, portanto, aumenta a complexidade, que consiste em termos sistêmicos, nos processos pelos quais o conjunto de inter-relações entre os elementos do sistema são tão inúmeros, não sendo possível determinar a totalidade de suas interconexões. Complexidade, gera portanto, seletividade, que gera contingência, que quanto maior, maior o risco. A seletividade, por sua vez, demonstra a consciência da possibilidade aberta, pois o entorno é tão mais complexo que o sistema, que gera a necessidade de controle, ampliando a sua diferenciação e a de seu entorno. Esse processo unifica o sistema e o seu entorno simbioticamente.

As sociedades modernas, assim, são eminentemente marcadas pela sua crescente complexidade, que proporciona a transição da forma de diferenciação por estratificação para a sociedade funcionalmente diferenciada. A sociedade moderna, então, não tem centro ou

⁹⁸ “Pelo termo ‘sociedade’ há que entender o sistema que compreende todo tipo de comunicações, que reproduz a comunicação por meio da comunicação e desta forma se distingue dum ambiente. Seja qual for a nossa opinião a respeito desta concepção no contexto de uma teoria sociológica, é inegável que nos oferece um conceito claro da operação que produz e reproduz o sistema e, portanto, também um conceito claro dos limites e do ambiente de um sistema.” (LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. 3ª. Ed. Trad. Anabela Carvalho. Lisboa: Veja, 2001, p. 129.)

vértice. Não se pode fundamentá-la por um princípio moral, religioso ou político, que figurará como ponto de união ou coesão entre as “partes” de um todo homogêneo.

As comunicações dos sistemas sociais se reproduzem através de comunicações, e pensamentos se reproduzem através de pensamentos. Ambos os sistemas operam fechados, no sentido de que as operações que produzem os novos elementos do sistema, dependem das operações anteriores do mesmo sistema e são, ao mesmo tempo, as condições para futuras operações. Esse fechamento é a base da autonomia do sistema, ou, em outras palavras, nenhum sistema pode atuar fora das suas fronteiras.

A redução só se torna possível pela informação sobre o sistema e sobre o meio. Com o progresso da complexidade surgem duas transformações: ao nível da expectativa do comportamento, modifica-se a forma jurídica; e ao nível de decisões coletivamente obrigatórias, mediante a instituição de processos⁹⁹. O Direito, nesta senda, torna-se um programa de decisões, que é resultante da compreensão normativa de ordem e legitimidade, geradas pela positividade do direito moderno¹⁰⁰.

Leciona Menelick de Carvalho Netto que:

... , a produção e a reprodução dessa sociedade altamente complexa tornou-se possível não pela nossa efetiva e permanente participação nas decisões públicas, mas, ao contrário, como demonstra Niklas Luhmann, por um processo interno de diferenciação e especialização funcionais da sociedade em diversos subsistemas sociais¹⁰¹.

Contudo, como será visto a diante, a idéia atual de sistema, na abordagem que lhe dá esse trabalho, está longe da concepção dada por Luhmann, apesar de ter como ponto de partida suas proposições, e pode ser definida como conjunto de elementos que formam um repertório organizado em relações auto-estruturadas e auto-estáveis, com um funcionamento próprio, mas aberto às intempéries do mundo, que lhe serviram de elemento comunicativo de testagem falibilista constante, uma necessidade atual, nos dizeres de Popper.

Como dito alhures, para uma melhor compreensão dos obstáculos que serão ultrapassados neste trabalho, temos que nos ater às primeiras concepções de sistema no âmbito jurídico, perpassando a evolução ocorrida na história, analisando a conformação e o funcionamento dos mesmos, especialmente porque os conceitos de legitimidade e sistema, estavam atrelados, pois geravam “ordem”. Essa crença produziu teorias e pensamentos que se

⁹⁹ LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. 2ª. Ed. México: Herder. 2005, p. 94

¹⁰⁰ LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*. 2005, p. 93; vide ainda *Legitimidade pelo procedimento*, p. 37.

¹⁰¹ A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 144.

alastraram desde a química até mais recentemente o Direito. O primeiro autor a cunhar uma verdadeira obra sobre o pensamento sistêmico, foi Hans Kelsen, que demonstrando tal fato gerou cientificidade ao estudo do direito, algo que se tornou questionável num segundo momento e sobre o que se passa a comentar.

4. DIREITO COMO SISTEMA: O DIREITO NO QUADRO DAS CIÊNCIAS DA MODERNIDADE E O NORMATIVISMO.

A teoria do direito no século XX é profundamente marcada pela obra de Kelsen, devido à sua insurgência contra os postulados, chamados por ele de *metajurídicos*, que impediam o desenvolvimento do direito como uma ciência¹⁰², sendo clássica a passagem de seu prefácio na primeira edição de sua Teoria Pura do Direito na qual afirma ser o seu intento “elevar a Jurisprudência, que - aberta ou veladamente - se esgotava por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito”¹⁰³.

Kelsen é, sem dúvida, dentre os jus-filósofos de nosso século, o que mais deixou marcas na cultura jurídica ocidental, cuja preocupação de pureza metodológica se impõe no intuito de assegurar a cientificidade e autonomia do Direito, por meio de uma assepsia própria da concepção de sistemas científicos da época, o que trouxe para a ciência do direito uma rigidez na construção das categorias e conceitos fundamentais. “Nenhum Jurista teve, nos últimos cem anos, maior destaque do que ele. Há como discordar de Kelsen, mas não há como desconhecê-lo”¹⁰⁴.

Na construção de uma Teoria “Pura” do Direito incorporam-se os elementos epistemológicos fundamentais da modernidade primeva, quais sejam: a verdade e a segurança; que constituem um método que se baseia em pressupostos gnoseológicos típicos das ciências positivas, como a verificabilidade de pressupostos e a consequência inexorável dos mecanismos jurídicos.

Sua teoria se propõe a enfrentar a Escola do Direito Natural, considerada por ele como metafísica, pois admite o fundamento de validade do direito em elementos axiológicos, ao passo que nos marcos do positivismo tradicional nega-se em absoluto esta concepção tida hoje como de “naturalista”, sustentando que a legalidade da natureza é fundada unicamente na experimentação. Tal rejeição possui também o seu teor neokantiano, que com o seu método crítico não só se situam em posição contrária a qualquer usurpação metafísica, mas também contra o empirismo, carente de quaisquer razões de legalidade¹⁰⁵. É justamente este fator que

¹⁰² SOUZA SANTOS, Boaventura. *Pela Mão de Alice*. São Paulo: Cortez, 1999, p. 86.

¹⁰³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Batista Machado. 6ª. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, prefácio à primeira edição, p. XI.

¹⁰⁴ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos. 2004, p.121

¹⁰⁵ KELSEN, Hans. *Op. Cit*, 2000, p. 78

leva Kelsen a se situar além dos marcos do Positivismo tradicional, pois reagiu contra o mesmo atuando dentro dele, limitando filosoficamente o desenvolvimento de sua teoria.¹⁰⁶

Kelsen estriba sua teoria em uma distinção de teor Neokantiano, que distingue o mundo do ser (*Sein*), ou da realidade, do mundo do dever-ser (*Sollen*), ou da obrigação. O primeiro é regido pelo princípio da causalidade (lei da natureza), que trabalha numa relação de causa e consequência, ou seja, se acontece A ocorrerá o resultado B, já o segundo se rege pelo princípio da imputação, que prescreve determinada conduta da relação específica entre o ato (condição da norma) e a sanção (consequência da norma), numa relação não de causa e efeito, mas perspectiva. Assim, se é A, deve-ser B, senão B, deve-ser C ...¹⁰⁷.

Kelsen afirma que o direito não se confunde com a ciência do direito¹⁰⁸. O objeto da ciência jurídica é o estudo da norma jurídica. A ciência do direito está integrada por um conjunto de proposições normativas, cuja função é descrever o direito positivo. Como ciência normativa independe da conduta efetiva do homem, a não ser enquanto conteúdo de norma jurídica.

A ciência jurídica procura apreender o seu objeto “juridicamente”, isto é, do ponto de vista do Direito. Apreender algo juridicamente não pode, porém, significar senão apreender algo como Direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica.¹⁰⁹

Sendo a norma o objeto da ciência jurídica, que, relembre-se, teria a única função de descrever aquela, e seguindo a idéia kantiana de intransponibilidade entre ser e dever-ser, verificar-se-á que só se pode falar em fundamentação formal por via de um dever-ser. E isso é o mesmo que dizer que o fundamento de validade das normas de um sistema jurídico não pode ser o conteúdo de outra norma superior, mas somente a doação de autoridade. a delegação do poder de emitir um enunciado normativo.

Essa compreensão silogística é explicada por Chamon Jr. da seguinte forma:

A premissa maior é uma norma considerada objetivamente válida. A premissa menor é um ato de X que, v.g., ‘ordena algo’ sendo, assim, dotado de sentido subjetivo. Se da premissa maior (norma objetivamente válida) pudermos alcançar que se deve obedecer à ordem de X (premissa menor), então a conclusão é que a ordem de X é, também, objetivamente válida para o ordenamento jurídico. A norma que fundamenta, enfim, confere validade a uma outra norma, é que nos permitiria pensar o sentido subjetivo de certos atos (um ato de vontade) como dotado também de sentido objetivo, no sentido de norma objetivamente válida e não somente

¹⁰⁶ GOMES, Alexandre Travessoni. *O Fundamento de Validade do Direito: Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

¹⁰⁷ GOMES, Alexandre Travessoni. *O Fundamento de Validade do Direito*, 2000.

¹⁰⁸ KELSEN, Hans. *Op. Cit*, 1998, p. 79-119.

¹⁰⁹ KELSEN, Hans. *Op. Cit*, 1998, p. 79-119.

subjetivamente existente. A mera ordem subjetivamente enfocada adquiriria status objetivo – seria juridicamente válida.”¹¹⁰

Nessa proposição, distinguem-se sistemas estáticos e sistemas dinâmicos. Os primeiros seriam os sistemas nos quais as normas formariam um todo, sistemático, deduzindo logicamente, uma norma da outra, materialmente. Os sistemas dinâmicos, por sua vez, apesar de serem constituídos dedutivamente, norma a norma, seriam subsumidos não da materialidade de determinado conteúdo normativo, mas da doação de autoridade que fundamentaria a validade das normas subseqüentes.

Segundo Kelsen, os sistemas estáticos seriam característicos de ordens normativas tais como a moral e os usos sociais, enquanto o direito seria, necessariamente, um sistema dinâmico¹¹¹.

A sucessiva fundamentação de uma norma pela outra, num sistema que exclui dessa relação qualquer caráter material, fazendo-a assentar-se somente no *dever-ser*, leva-nos, necessariamente, ao questionamento do fundamento de validade de todo o sistema. Pois se compreendermos o sistema jurídico como uma pirâmide constituída por normas fundantes e fundadas, numa hierarquia restrita e escalonada, teremos que perguntar que norma fundará todo o ordenamento, dando validade às primeiras normas do sistema, no caso, as normas constitucionais. A resposta a esta pergunta, porém, é que tal norma não existe, tendo que ser pressuposta, funcionando, concretamente, como a ordem imperativa de obedecer ao ordenamento a que dá fundamento, em outras palavras: a **norma fundamental**; “*tal norma ofereceria o seguinte comando: ‘devemos conduzir-nos como a Constituição efetivamente posta prescreve’*”¹¹², norma esta, nos moldes das proposições axiológicas e carente das validades.

Embora dotado da necessária pluralidade de normas, o ordenamento não pode dispensar seu caráter unitário dentro dos quadros da Teoria Pura, pois que não poderíamos falar de *um ordenamento jurídico* se esse não fosse unitário¹¹³, e tal unidade do ordenamento é produto da existência da norma fundamental, que se encontra como resultado último da pesquisa de fundamento de quaisquer normas do sistema.

Vê-se claramente na obra de Kelsen a negação de uma discussão acerca do conteúdo da Constituição e da própria ordem. Assim, a legitimidade, enquanto adesão, é

¹¹⁰ CHAMON JR., Lúcio Antônio. Op Cit. p. 81

¹¹¹ KELSEN, Hans. Op. Cit, 1998., p. 217-220

¹¹² CHAMON JR., Lúcio Antônio. Op Cit. p. 82.

¹¹³ BOBBIO, Norberto. *Teoria General Del Derecho*. Bogotá: TEMIS, 1987, p. 161.

pressuposta na correção formal da elaboração normativa, pela procedimentalidade legislativa descrita na constituição¹¹⁴.

Nesse sentido a legitimidade jurídica é uma questão de coerência de possibilidade, pois seguindo o procedimento previsto na Constituição, a alteração se dá de forma válida. Nos dizeres de Kelsen:

Na medida em que uma ordem jurídica regula a sua própria criação e aplicação, ela determina o começo e o fim da validade das normas jurídicas que a integram. As constituições escritas contêm em regra determinações especiais relativas ao processo através do qual somente, podem ser modificadas. O princípio de que a norma de uma ordem jurídica é válida até a sua validade terminar por um modo determinado através desta mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de uma outra norma desta ordem jurídica, é o princípio da legitimidade.¹¹⁵

Contudo tal princípio só tem presteza, na ótica de kelsen, numa ordem jurídica estável, pois no caso de uma revolução, não encontra aplicação alguma.

O fundamento dado pela norma fundamental serve, entretanto, para que se siga dois dados indispensáveis à almejada cientifização do direito e à constituição de uma metódica própria e segura: a integridade¹¹⁶ e a coerência, elementos que retratam o monismo estatal característico de uma teoria do direito eminentemente moderna e a pretensão de verdade, típica dos paradigmas sobre os quais essa teoria se assenta.

Porém, esse talvez seja o maior engano de Kelsen, pois a recepção de uma ordem jurídica que se revolucionou não mantém inalterado o conteúdo destas normas¹¹⁷, alterando-se tão somente o seu fundamento de validade, muda-se o enfoque de aplicação da própria norma, mudando-se assim seu conteúdo.

O que se observa na obra de Kelsen, é um esforço grandioso para desenvolver uma teoria do conhecimento jurídico que o leva a estabelecer, numa base kantiana, os princípios *a priori*, que são as condições de possibilidade, universais e formais do conhecimento jurídico, que constitui uma espécie de construção transcendental que unifica e constitui o conhecimento enquanto conhecimento jurídico¹¹⁸.

Assim, Kelsen formula um sistema absolutamente transcendental, apriorístico, composto por cadeias lógicas dedutivas puras “assépticas”, numa tentativa de impermeabilizar o fenômeno jurídico positivo, e o que ele chama de ciência do direito de qualquer conteúdo

¹¹⁴ “permanece fora de questão qual seja o conteúdo que tem essa constituição e a ordem jurídica estadual erigida com base nela, se esta ordem é justa ou injusta; e também não importa a relativa situação de paz dentro da comunidade por ela constituída. Na pressuposição da norma fundamental não é afirmado qualquer valor transcendente ao direito positivo” (KELSEN, Hans. Op. Cit, 1998., p.225)

¹¹⁵ KELSEN, Hans. Op. Cit, 1998., p.233

¹¹⁶ BOBBIO, Norberto. Op. cit. 1987, p.208.

¹¹⁷ KELSEN, Hans. Op. Cit, 1998., p.234

¹¹⁸ GOMES, Alexandre Travessoni. *O Fundamento de Validade do Direito*, 2000.

político ou sociológico, buscando a formulação de uma verdadeira ciência, com método e objeto próprios. No plano da fundamentação da validade do direito a pressuposição do pensamento jurídico, será a norma fundamental que é concebida por Kelsen como condição hipotética de validade do ordenamento, como pressuposto do pensar jurídico e não como hipótese científica sujeita a experimentação¹¹⁹.

Essa tentativa, porém, é um dos pontos mais controversos dentro do sistema kelseniano. O esvaziamento axiológico é entendido como uma garantia da justiça, mas de um ponto de vista procedimentalista é entendido por muitos autores identificados como pós-modernos, como uma mitificação da mitificação, tornando a ciência do direito ainda mais abstrata e distante do conceito de real¹²⁰.

Contudo, apesar do entendimento exposto, não nos parece clara a idéia de Direito submetido à moral, como quer a corrente axiológica; sobre este ponto faremos considerações com uma fundamentação à altura, em momento apropriado. Além do que, outros problemas mais gritantes assolam a teoria kelseniana, pois ao adentrar no terreno do funcionamento normativo e da própria interpretação, vê-se que há um verdadeiro choque teórico e uma contradição intrínseca do conteúdo epistemológico.

O Direito para Kelsen seria totalmente público, uma vez que toda norma emana do Estado. Seria na realidade a instrumentalização do Estado como um conjunto fechado de conceitos e elementos (normas jurídicas) em auto-referência, manuseadas por um suposto método esterilizado, próprio dos seus operadores.

O conteúdo normativo se disporia para os operadores do direito na forma de uma moldura a ser preenchida por enunciados. Contudo a relação entre o nível superior e o nível inferior do sistema jurídico, não é uma relação de determinação ou de vinculação formal (quanto ao processo de criação da norma inferior) e material (quanto ao conteúdo da norma inferior), todavia, completa¹²¹.

Porém, ressalta Kelsen:

A determinação, todavia, nunca é completa. A norma superior não pode ser determinante acerca de todos os detalhes do ato que a põe em prática. Deve restar

¹¹⁹ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito II. Epistemologia Jurídica da Modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, pp.149-251. Afirma NEVES que o direito nessa concepção é um sistema nomológico e não nomoempírico, pois o fundamento de validade, a *Grundnorm*, não poderia ser um dado empírico, na medida em que funciona apenas como pressuposto lógico-hipotético, um pressuposto lógico-idealista. (NEVES, Marcelo. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 1-8.)

¹²⁰ Entendido aqui, no sentido dado pelos teóricos do realismo jurídico, que distinguem realidade e idealidade, realizando críticas ferrenhas à corrente do idealismo jurídico.

¹²¹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos. 2001, p.35

sempre um espaço de discricionariedade, às vezes maior, às vezes menor, já que a norma superior, em relação ao ato que a aplica (um ato de criação normativa ou simples implementação), tem simplesmente o caráter de uma moldura a ser preenchida pelo ato¹²².

Nesse sentido, preciosa é a lição de Cattoni de Oliveira, a indeterminação pode ser diretamente intentada, seja parte da intenção da autoridade na edição da norma superior, ou pode ser não intentada, seja parte das conseqüências das propriedades da norma a ser aplicada pelo ato em questão.¹²³

No primeiro caso, a autoridade editora da norma fará com que a mesma se processe pressupondo-se que a norma individual, editada no momento de sua aplicação, continuará o processo de determinação, que constitui a ordenação hierárquica de normas jurídicas. No segundo caso, a norma se expressa de forma ambígua, seja por uma palavra, ou por todo seu enunciado; assim, o sentido lingüístico não é unívoco, podendo aqueles que a aplicaram se deparar com várias possíveis leituras.

Cattoni de Oliveira exemplifica tal situação da seguinte forma:

Uma situação como essa ocorre quando o órgão, aplicando a norma, crê que a discrepância entre as expressões lingüísticas dela e a vontade da autoridade que a editou pode ser presumida, enquanto a questão acerca de como da vontade da autoridade é descoberta pode ser deixada completamente em aberto. Em todo caso, onde a expressão lingüística da norma possa ser presumida como não correspondendo à vontade daquele que a editou, deve haver a possibilidade de se indagar sobre tal vontade, apelando-se a fontes outras que não a própria expressão lingüística. Finalmente, diz Kelsen, uma indeterminação não intentada do ato jurídico prescrito pode resultar do fato de duas normas pretenderem ser simultaneamente válidas – ambas contidas em uma e mesma lei – e contradizerem-se total ou parcialmente.¹²⁴

No entanto, a antinomia, nesse caso, seria solucionada pela aplicação da norma superior. Segundo Kelsen: “Em todos esses casos de indeterminação, intentada ou não intentada, do nível inferior, várias possibilidades de aplicação da norma superior se apresentam”. E sobre o aspecto da norma, continua, “é simplesmente um quadro, uma moldura, no qual várias possibilidades de aplicação são dadas, e todo ato que esteja contido neste quadro, que em algum sentido possível preencha tal quadro, estará em conformidade com a norma”¹²⁵

Assim, as decisões judiciais, enquanto atos jurídicos que são, deveriam estar contidas na moldura normativa, não podendo dela se afastar ou não estar nela contidas.

¹²² KELSEN, Hans. *An introduction to the problems of legal theory*, p.78. Apud CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos. 2001, p.34

¹²³ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. Op. Cit. 2001, p.35

¹²⁴ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. Op. Cit. 2001, p.35

¹²⁵ KELSEN, Hans. Op. Cit. p. 80.

Nesse sentido Kelsen diz:

A tarefa de obter da lei a decisão correta ou o ato administrativo correto é essencialmente a mesma tarefa de criar a lei correta nos quadros da constituição. Assim como não se pode obter leis corretas a partir da constituição mediante interpretação, assim também não se pode obter decisões judiciais a partir da lei mediante interpretação. Há, certamente, uma diferença entre esses dois casos, mas ela é somente quantitativa e não qualitativa, e consiste simplesmente no fato de que o legislador está menos vinculado materialmente do que o juiz, ou seja, o legislador desfruta de uma maior independência na criação da lei. Mas mesmo o juiz cria direito, mesmo ele é relativamente independente. Precisamente por essa razão, é uma função volitiva chegar à norma individual no processo de aplicação de uma lei, desde que a moldura da norma geral seja preenchida por meio desse.¹²⁶

O conceito de interpretação ainda se encontrava extremamente truncado nesta primeira obra¹²⁷, cumprindo ressaltar que um modelo de interpretação não é apresentado por Kelsen na primeira edição de sua Teoria Pura. Contudo, eram tempos nos quais o conceito cientificista da busca da verdade pelo método, característico do início da modernidade, e que fundou a idéia de sistema no direito e a metodologia que se assenta nesses elementos, capazes de levar o cientista/observador à verdade, trazia a concepção de uma teoria interpretativa. O direito e os homens do direito incorporaram esse horizonte interpretativo, e passaram a compreender o direito dentro dos moldes de uma ciência dogmática na qual é possível o conhecimento de verdades validamente indicadas.

Muito embora, nessa fase da obra kelseniana na aplicação de uma lei, possa ocorrer uma atividade cognitiva para além das descobertas e contidas na moldura normativa, na qual o ato de aplicação está confinado, só isso não seria conhecimento do Direito positivo, mas cognição de outras normas, as quais podem agora fazer o seu caminho no processo de criação jurídica, normas, nomeadamente, da moral, de justiça – julgamentos de valor social usualmente caracterizados com frases de efeito tais com “bem-estar do povo”, “interesse público”, “progresso”, dentre outras. Mas do ponto de vista do Direito positivo, não se pode dizer acerca da validade ou do modo como essas normas podem ser identificadas. Do ponto de vista do Direito positivo, a autoridade chamada a atuar é livre para o fazer de acordo com sua própria discricionariedade, a menos que o próprio Direito positivo autorize, ele mesmo,

¹²⁶ KELSSEN, Hans. Op. Cit. p. 80; Chamon Jr. esclarece que: “Segundo Kelsen, a interpretação é um ato, uma atividade intelectual que segue o processo de criação do Direito em um movimento que vai do escalão superior a um inferior da pirâmide normativa. Isto é, quando se move abaixo na pirâmide normativa, tal movimento é acompanhado pelo processo chamado de interpretação: a criação de uma norma inferior só pode ocorrer se conhecermos os sentidos possíveis da norma superior e elegermos um desses sentidos. É a interpretação, portanto, que permite a aplicação do Direito, pois aplicá-lo é mover de um nível superior a um inferior dentro da noção de hierarquia normativa.” (CHAMON JR., Op Cit. p. 84.)

¹²⁷ Referimo-nos aqui ao texto intitulado *zur theorie der interpretation* (1934); KELSSEN, Hans. *Sobre a teoria da interpretação*. Trad. Raíssa R. Mendes. Cadernos da Escola do Legislativo. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa, no.5, jan/jun. 1997

normas metajurídicas. Todavia, assim o fazendo, tais normas se tornariam normas de Direito positivo.

Nesse sentido Cattoni de Oliveira afirma:

Então, para a *Teoria Pura do Direito*, normas jurídicas não podem ser criadas por simples atos de cognição. O Direito não pode, segundo tal teoria, ser imaginado como um sistema fixo que governa todos os aspectos do comportamento humano, em particular, da atividade dos órgãos aplicadores do Direito. A certeza jurídica é uma ilusão que não pode ser mantida pela *Teoria Pura do Direito*, embora possa reconhecer-se o valor político daquela.¹²⁸

Noutro sentido ocorre, no final do século XX, um fenômeno denominado pela doutrina de ruptura epistemológica, Revolução científica, ou *crise paradigmática*, como preferem alguns. Processa-se nas formas de conhecer, conceber, justificar e fundamentar o conhecimento e as instituições sociais.

Essa ampla crise deriva de um conjunto de fatos vivenciados no momento contemporâneo, e da crise de um determinado momento, de uma concepção e estruturação da sociedade, denominado *modernidade*¹²⁹.

128 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 127-128.

129 FONSECA DIAS, Maria Tereza. *Direito Administrativo Pós-moderno*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003

4.1. O GIRO DECISIONISTA NA TEORIA PURA DO DIREITO – A ABERTURA DA CAIXA DE PANDORA NORMATIVA.

Nas palavras de Castilho Prates, citando Adorno e Horkheimer, a razão foi elevada à categoria de mito no período moderno, acreditando-se que a participação em uma racionalidade universal daria ao homem posição privilegiada no domínio da natureza, o que redundaria em uma sociedade que estaria fadada ao progresso, à evolução no sentido positivo do termo.¹³⁰

Foi frustrado, de certa maneira, o grande projeto iluminista, no qual o simples esclarecimento dos sujeitos pensantes bastaria para configurar uma sociedade mais justa e equilibrada, além de solucionar e responder todos os problemas ou dúvidas existentes. O próprio conceito de verdade e certeza é colocado em cheque. Um desses exemplos é Prigogine, que assim enuncia:

Neste processo de construção de um caminho estreito entre as leis cegas e os eventos arbitrários, descobrimos que grande parte do mundo ao nosso redor havia até então “escorregado entre as malhas da rede científica”, para retomarmos uma expressão de Whitehead. Discernimos novos horizontes, novas questões, novos riscos. Vivemos um momento privilegiado da história das ciências. Espero ter comunicado esta convicção a meus leitores.¹³¹

Fritjof Capra, em seu livro *O ponto de Mutação*, mostra a mudança epistemológica produzida pelas recentes descobertas da física:

A característica fundamental da teoria quântica é que o observador é imprescindível não só para que as propriedades de um fenômeno atômico sejam observadas, mas também para ocasionar essas propriedades. Minha decisão consciente acerca de como observar, digamos, um elétron determinará, em certa medida, as propriedades do elétron. Se formulo uma pergunta sobre a onda. O elétron não possui propriedades objetivas independentes da minha mente. Na física atômica, não pode mais ser mantida a nítida divisão cartesiana entre matéria e mente, entre o observado e o observador. Nunca podemos falar sobre natureza sem, ao mesmo tempo, falar sobre nós mesmos.¹³²

Essa revolução do pensamento científico ocidental provoca uma descrença do paradigma que dominou, até a metade do século XX, e em larga medida, o pensamento

¹³⁰ PRATES, Francisco de Castilho. *Identidade Constitucional e interpretação no Estado Democrático de Direito: a assunção do risco*. In *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*, coord. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. Op cit.p.519/556.

¹³¹ PRIGOGINE, Ilya. *O Fim das Certezas*, Ed. Unesp, 1996, pp. 196-199

¹³² CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação*, p. 81

filosófico. A configuração advinda da teoria de Descartes desenvolveu a crença em uma verdade científica obtida através de um método purificador.

Para Descartes era a dúvida, matematicamente realizada, que o levaria à conclusão de que a única coisa da qual ele não podia duvidar era da própria dúvida, daí a questão do pensamento e da existência, que formulou a célebre frase que o consagrou na história, “*penso, logo existo*”.

Nessa esteira, o sujeito Cartesiano conhecia o mundo a partir de sua própria representação, nos dando a concepção de sujeito auto-referido, que conheceria o mundo através de um método infalível, que aproximaria o mundano do divino, ou seja, o homem de Deus. Daí a necessidade dessa concepção de método, pois evitar o erro implica descobrir a verdade, que, em outro fronte, pode estar intimamente ligado ao problema da liberdade, pois, assim como disse Malebranche, “*toda a questão é a de empregarmos adequadamente nossa liberdade e fazer um bom uso das faculdades que Deus nos deu*”¹³³.

Essas discussões acerca de novas concepções sobre os novos rumos da filosofia da Ciência se tornaram o ponto central de discussão entre os filósofos; a própria condição científica é posta em comento, principalmente nas obras de Popper e Kuhn¹³⁴.

Nesse sentido explica Maria Helena Chauí:

Segundo Khun, um campo científico é criado quando métodos, tecnologias, formas de observação e experimentação, conceitos e demonstrações formam um todo sistemático, uma teoria que permite o conhecimento de inúmeros fenômenos. A teoria se torna um modelo de conhecimento ou um paradigma científico. Em tempos normais, um cientista, diante de um fato ou de um fenômeno ainda não estudado, usa o modelo ou o paradigma científico existente. Uma revolução científica acontece quando o cientista descobre que os paradigmas disponíveis não conseguem explicar um fenômeno ou um fato novo, sendo necessário produzir um outro paradigma, até então inexistente e cuja necessidade não era sentida pelos investigadores. A ciência, portanto, não caminha numa via linear contínua e progressiva, mas por saltos ou revoluções.¹³⁵

Já em posição menos preferencial¹³⁶, a autora comenta a obra de Popper :

Karl Popper, afirmara que a reelaboração científica decorre do fato de ter havido uma mudança no conceito filosófico-científico da verdade. Esta, como já vimos, foi considerada durante muitos séculos como a correspondência exata entre uma idéia ou um conceito e a realidade. Vimos também que, no século passado, foi proposta uma teoria da verdade como coerência interna entre conceitos. Na concepção anterior, o falso acontecia quando uma idéia não correspondia à coisa que deveria representar. Na nova concepção, o falso é a perda da coerência de uma teoria, a

¹³³ MALEMBRANCHE, Nicolas. *A Busca da Verdade*. São Paulo: Ed. Discuso. 2004, p.19.

¹³⁴ CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, p.192.

¹³⁵ CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, p.192.

¹³⁶ Essa posição de Marilena Chauí não é compartilhada por alguns pesquisadores, que vêem na obra de Popper a verdadeira motivação científica, para a mudança de paradigma. Outrossim, Popper nos trás a idéia de (re)verificabilidade de proposições, que, talvez, nunca fossem reavaliadas.

existência de contradições entre seus princípios ou entre estes e alguns de seus conceitos. Popper afirma que as mudanças científicas são uma consequência da concepção da verdade como coerência teórica. E propõe que uma teoria científica seja avaliada pela possibilidade de ser falsa ou falsificada. Uma teoria científica é boa, diz Popper, quanto mais estiver aberta a fatos novos que possam tornar falsos os princípios e os conceitos em que se baseava. Assim, o valor de uma teoria não se mede por sua verdade, mas pela possibilidade de ser falsa. A **falseabilidade** seria o critério de avaliação das teorias científicas e garantiria a idéia de progresso científico, pois é a **mesma** teoria que vai sendo corrigida por fatos novos que a falsificam.¹³⁷

Boaventura de Souza Santos comentando o atual estágio científico-social da modernidade afirma que, “seus pilares parecem começar a dar sinais de ruína e incapacidade de respostas”¹³⁸.

Assim, restou derrubado o conceito de verdade, alcançável pela produção do conhecimento científico por meio de um método que aproximasse o ser-terreno do ser-divino, homem de Deus.

É prudente pensar que o direito, como conhecimento científico, também se vê obrigado a rever suas condições e suas bases teóricas, pois o fenômeno jurídico, como instrumento regulativo e emancipatório das condutas sociais, não deveria estar, obviamente, alijado desse processo. O que será demonstrado.

Além dessas “revoluções”, modificações político-sociais foram o ponto culminante do debate pós-guerra e de grande contribuição e influência na teoria Kelseniana, que não foi o único a repensar certos conceitos. Vários foram os juristas que após as atrocidades ocorridas na Segunda Guerra Mundial, reformularam seu modo de pensar e suas posições filisóficas. Gustav Radbruch talvez tenha sido o maior exemplo disto. Defensor ferrenho do positivismo jurídico, viu-se obrigado a repensar sua posição, transformando-se em um dos mais comentados jus-naturalistas do século XX.

No olho desse furacão, Kelsen se vê entre a cruz e a espada¹³⁹, pois sabia dos perigos de uma teoria da interpretação realmente consolidada¹⁴⁰, contudo o novo paradigma científico não mais poderia aceitar “ciências surdas”, desligadas dos anseios sociais e imunes ao contágio de outros saberes, fossem eles científicos ou filosóficos. Assim, a teoria da

¹³⁷ CHAUÍ, Marilena. *Op. Cit.*, p. 60

¹³⁸ SANTOS, Boa Ventura. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

¹³⁹ As Obras de Kelsen, de forma muito peculiar, esbarram em uma coincidência histórica incomum, pois os anos das publicações da primeira e da segunda edição de sua Teoria Pura do Direito coincidem com os anos de publicação das obras de Popper e Kuhn, respectivamente. Como a maior intenção do autor era fundar uma teoria científica emancipadora do Direito; assim, não poderia ficar ausente desta discussão e desacompanhá-la por completo.

¹⁴⁰ Pois a abertura de sua Teoria contaminaria sua pureza científica, permitindo a entrada de conotações de outros saberes.

interpretação de Hans Kelsen foi introduzida na Tradução francesa de 1953, sendo por fim consolidada na segunda edição de *Teoria Pura do Direito*, em seu capítulo 8.

Nesse sentido Cattoni de Oliveira afirma:

A expressão ‘interpretação autêntica’ não está presente na primeira edição de *Teoria Pura do Direito*, nem em um esquecido texto de Kelsen sobre a interpretação, publicado no princípio da década de 30, na *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*. Ela passa a ser usada em língua francesa do mesmo livro que, como o próprio Kelsen diz, em seu prefácio, não é uma simples tradução, mas um aperfeiçoamento da obra.¹⁴¹

Kelsen, na edição de 1960, demonstra a distinção entre interpretação autêntica e não-autêntica surge desde o princípio do capítulo 8 de sua *Teoria Pura do Direito* e assim é enunciada: “ a interpretação do Direito realizada pelo órgão que o aplica e a interpretação do Direito que não é realizada por órgão jurídico, mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica”¹⁴².

E assim, o autor austríaco distingue essas duas formas de interpretação, pois a essência da interpretação é o eixo em torno do qual girará toda a argumentação:

Quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este precisa fixar o sentido das normas que aplicar, tem de interpretar estas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior. Mas também os indivíduos, que têm não de aplicar, mas de observar o Direito, observando ou praticando a conduta que evita a sanção, precisam compreender e, portanto, determinar o sentido das normas jurídicas que por eles hão de ser observadas. E, finalmente, também a ciência jurídica, quando descreve um Direito positivo, tem de interpretar as normas deste.”¹⁴³

Para Cattoni de Oliveira a grande diferença está no ponto 2, “A interpretação como ato de conhecimento ou como ato de vontade”, em relação aos outros pontos, que levavam o mesmo título. Assim Kelsen começa com uma crítica à idéia de *uma única resposta correta* atingida pela atividade cognitiva do órgão aplicador do Direito preexistente.

A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a “correta”, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas,

¹⁴¹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos. 2004. p. 121/122.

¹⁴² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p. 364.

¹⁴³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p. 363.

tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas¹⁴⁴.

A interpretação para Kelsen é a averiguação do sentido da norma aplicável, e o resultado dessa atividade é a identificação do quadro que a norma representa e o reconhecimento da existência de várias possibilidades no interior desse quadro. Logo, o aplicador optará por uma dessas possibilidades, embora todas sejam válidas. Não há apenas uma decisão certa emanada de uma determinada lei ou uma certeza oriunda de um ato puramente intelectual.

Em suma, para Kelsen e a Teoria Pura do Direito, a interpretação é mais um ato de vontade que de cognição e quando o juiz se decide por uma das diversas possibilidades interpretativas, essa eleição ou preferência se dá fora da esfera teórica, no âmbito da política do direito. As reflexões de Kelsen acerca da interpretação reforçam enfim, consideravelmente, a importância da função que cabe ao juiz na ordem judicial.¹⁴⁵

Portanto, mais do que uma atividade cognitiva de descrição das interpretações possíveis, a interpretação vertical do escalonamento das normas, no sentido do ápice para a base, é um ato de vontade. É através de um ato de vontade que a autoridade (órgão autorizado), fixa qual dentre as interpretações possíveis da norma superior é a que terá curso na produção da norma inferior.

Como se pode ver há uma ruptura com o método tradicional de interpretação dominante à época, que acreditava ser possível descobrir o sentido único e correto da norma jurídica. Para Kelsen, os métodos de interpretação até então levavam sempre a um único resultado possível, nunca a um resultado que seja o único correto. Assim Kelsen nos traz a idéia de que pela via da interpretação é possível alcançar algo nunca antes pensado.

Nesse sentido ele afirma:

A propósito é importante notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.¹⁴⁶

Começa, então, o choque teórico, pois através desse entendimento a moldura apenas serviria como referencial mínimo, podendo o órgão judicante dela se afastar. Desta forma explica Kelsen:

¹⁴⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p. 393.

¹⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12a.ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p.411.

¹⁴⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p. 369

Através de uma interpretação autêntica deste tipo pode criar-se Direito, não só no caso em que a interpretação tem caráter geral, em que, portanto, existe interpretação autêntica no sentido usual da palavra, mas também no caso em que é produzida uma norma jurídica individual através de um órgão aplicador do Direito, desde que o ato deste órgão já não possa ser anulado, desde que ele tenha transitado em julgado. É fato bem conhecido que, pela via de uma interpretação autêntica deste tipo, é muitas vezes criado direito novo – especialmente pelos tribunais de última instância¹⁴⁷

Contudo, há que se questionar, nesse ponto, a própria funcionalidade da Teoria Pura. Pois se cabe à Ciência do Direito revelar, descobrir, as leituras normativas existentes, com poderia o órgão julgador, no ato de aplicá-las, negá-las e alcançar outra solução?

Assim, sob o atrito teórico normativo, sucumbe Kelsen, pois foi incapaz de formular uma resposta para esse questionamento, que acabou por derrubar toda sua estrutura normativa.

Nas palavras de Chamon Jr:

Isto porque uma norma inferior produzida para além da moldura, não estaria adequadamente ‘fundamentada’ em uma norma maior que conferisse ao ato aplicativo um sentido de validade. Dito de outra forma: a sentença passada em julgado faria com que uma norma do escalão inferior obtivesse validade não em função de uma norma superior determinante do dever-ser, mas em função da interpretação autêntica realizada pelo aplicador – enfim, de uma norma superior que tão-somente confere competência. Como superar dita assertiva dentro de uma teoria que afirma que a validade de uma norma positiva é outra norma? Kelsen esvazia esta questão remetendo-a, simplesmente, a uma norma geral de competência ou de atribuição de poderes. A matéria da interpretação em Kelsen vem, então, nos mostrar quão frágil é sua teoria que acaba recorrendo a elementos artificiais e inexistentes, como sua norma fundamental, bem como a noção de discricionariedade do juiz.¹⁴⁸

E continua:

Mas a saída encontrada por Kelsen esvazia o próprio conteúdo de uma pretensa legitimidade na operacionalização do sistema jurídico ao interpretar que mesmo uma norma individual porventura alcançada fora da moldura do Direito não seria inválida porque aquilo que deveríamos compreender como norma superior seria, pois, aquela que atribui poder/competência à autoridade para decidir! Somente assim seria possível conectar tal compreensão do Direito como sistema de regras ao escalonamento pretendido. Obviamente que o juiz, por exemplo, somente tem poder ao mesmo atribuído para que decida em termos do próprio ordenamento normativo; esta é toda a tônica no que se refere à sua discussão acerca das ‘lacunas’ do sistema. Mas o giro funcionalista de Kelsen é mais marcante ao firmar que não seria inválida uma decisão fora do quadro que representa a moldura pelo fato de operacionalmente não poder a mesma ser mais questionada perante qualquer outra autoridade – reduzindo, assim, e mais uma vez, validade à faticidade desde a ótica de uma perspectiva decisionista-funcional.¹⁴⁹

A frustração de elementos legitimatórios, como a efetivação de certos direitos fundamentais e a inexistência de princípios jurídicos amplos, gerais e abstratos, deixa

¹⁴⁷ Kelsen, Hans. Op Cit. p. 370

¹⁴⁸ CHAMON JR., Lúcio Antônio. Op Cit. p. 89.

¹⁴⁹ CHAMON JR., Lúcio Antônio. Op Cit. p. 89.

flagrante que a tentativa de inutilizar os fundamentos de legitimidade do direito são falhos, além de poder ser origem de mais perda de legitimidade e fonte de crise.

Como se vê em Kelsen o problema do sistema já se apresenta como um problema de coerência interna e de uma confusão sempre presente na epistemologia jurídica; pois as normas jurídicas são partes de um âmbito maior, que é o Direito; sendo assim não esgotam a totalidade do direito, nem podem identificar-se com ele, apesar de serem uma parte importante para a formação da própria concepção de Direito.

Sobre esta discussão acerca da concepção do Direito, Aurélio Agostinho Verdade Viêto propõe: *“O que é o direito? É o conjunto de normas jurídicas escritas e consuetudinárias ou é a leitura que se tem da norma jurídica em determinado espaço tempo?”*¹⁵⁰

Essa discussão, que se mantém hoje, sobre a concepção de sistema e sobre seus elementos integrantes, é necessária para lhe dar uma compreensão de unidade, e de certa familiaridade entre os elementos que o compõe.

Nessa esteira, tem-se um debate muito profícuo na teoria no Direito, que se dá entre Hart e Dworkin e que produziu frutos que poderão ser úteis na reconstrução da concepção do Sistema Jurídico na atualidade.

Dworkin, substituto de Hart na cátedra de Oxford, se opôs à concepção hartiana de que o direito seria um sistema de regras, assim como o apresentado por Kelsen, distinguindo-se deste por uma formulação de regras de primeiro e segundo grau. Para aquele, o Direito seria um sistema não apenas de regras, mas também de princípios jurídicos, concepção esta herdada do movimento jus-naturalista moderno, arduamente defendido por John Rawls, dentre outros e que deixou marcas profundas, tanto na teoria do Direito, quanto no movimento constitucionalista do pós-guerra.

Claramente, o que se vê em Hart, é uma tentativa de manter a coerência do sistema por uma ordem transversa, a mesma que se apresentou no primeiro Kelsen, qual seja, manter o sistema jurídico fechado a toda contaminação não normativa, ou não jurídica, que provinha de outros saberes não jurídicos.

Contrariamente a esse movimento, positivista/regulatório, interessantes são as palavras de Geraldo Ataliba:

De nada vale o conhecimento de uma seara, se se desconhece sua articulação com as demais. De pouco vale a familiaridade com certas informações, se não se as coordena com o universo do direito, se não se sabe filiá-las, explicá-las e concatená-las.

¹⁵⁰ VIÊTO, Aurélio Agostinho Verdade. Da Hermenêutica Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey. 2000, p.23.

las com os fundamentos em geral e com o todo sistemático onde inseridas. É inútil o conhecimento que se limita à superfície dos fenômenos jurídicos, sem buscar penetrar seus fundamentos explicativos e justificativos”.¹⁵¹

Dito isso, para propor uma retrospectiva necessária à uma reconstrução da concepção de Direito, através de um remodelado sistema jurídico, necessário se faz tecermos certos comentários à teorias de Hart, e posteriormente à de Dworkin.

4.2. A LEGISLAÇÃO POSITIVADA E A TEXTURA ABERTA DO DIREITO – UM SISTEMA DE UNIÃO DE NORMAS PRIMÁRIAS E SECUNDÁRIAS – A INAUGURAÇÃO DO PROBLEMA JURÍDICO MODERNO, A PRÓPRIA NORMA.

A teoria positivista de Hart é mais complexa que a de outros, porque ele reconhece que regras podem ser de tipos lógicos diferentes, podendo ser de ordem primária e secundária, e rejeita outra teoria, que entende ser a regra uma espécie de ordem e a substitui por uma análise mais elaborada e geral do que são regras.

As regras primárias são aquelas que concedem direitos ou impõe obrigações aos membros da comunidade. Já as secundárias são aquelas que estipulam como e por quem tais regras podem ser estabelecidas, declaradas legais, modificadas ou abolidas¹⁵².

A validade desse sistema de duas regras se coloca em questão, uma vez que Hart teria que apresentá-la, pois, caso não o fizesse, estar-se-ia diante de um sistema jurídico jusnaturalista.

Assim Hart então se pronunciou:

Estas verdades, porém, só podem ser claramente avaliada, nos termos de uma situação social mais complexa, em que uma regra secundária de reconhecimento seja aceite e utilizada para a identificação das regras primárias de obrigação. É esta situação que merece, admitindo que alguma o mereça, ser designada como fundamento de um sistema jurídico¹⁵³.

¹⁵¹ ATALIBA, Geraldo. No prefácio ao livro de Lourival Vilanova, *as estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Bushatsky, 1973, p.67. apud DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.* P. 11

¹⁵² HART, H.L.A. *O conceito de direito*. 2 ed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 89-96

¹⁵³ HART, H.L.A. *O conceito de direito*, 1994, p. 111

Assim tem-se uma teoria geral das regras que não faz a autoridade depender da força física de seus autores¹⁵⁴.

Nota-se que a perspectiva deste autor ainda é condicionada pelo papel que as regras desempenham na elaboração da idéia de direito, motivo pelo qual ele se enquadra na perspectiva positivista do direito.

Chamon Jr. explica:

E embora Hart não se refira à mesma como sendo presuposta, ela acaba sendo assim assumida no interior de sua argumentação por raramente a compreender como formulada expressamente mas que se manifesta quando da identificação de quais normas são jurídicas, seja pelas autoridades, seja pelos particulares – assim teria a regra de reconhecimento uma referência à perspectiva interna do sistema normativo que permite vislumbrar quando uma norma é internamente aceita enquanto padrão de conduta e crítica.¹⁵⁵

Apesar da pressuposição da regra de reconhecimento, sua validade não o pode ser, pois esta se refere à sua aceitação e utilização no funcionamento do sistema jurídico.

Nesse sentido afirma:

Por outro lado, onde, como num sistema jurídico amadurecido, temos um sistema de regras que inclui uma regra de reconhecimento, de forma que o estatuto de uma regra como elemento do sistema depende agora do facto de ela satisfazer certos critérios facultados pela regra de reconhecimento, tal arrasta consigo uma nova aplicação da palavra “existir”. A afirmação de que uma regra existe pode agora já não ser o que era no caso simples de regras consuetudinárias – uma afirmação externa do facto de que um certo modo de comportamento era geralmente aceite na prática como padrão. Pode ser agora uma afirmação interna aplicando uma regra de reconhecimento aceite mas não expressa e significando (grosseiramente) nada mais do que “válida, dados os critérios de validade do sistema”¹⁵⁶.

Hart traz, ainda, uma concepção de sistema jurídico, mostrando certa similitude entre o direito consuetudinário anglo-saxão, a *common law*, e o sistema jurídico continental, denominado pelos países anglófonos de *civil law system*.

Na *common law* a consistência, estabilidade e segurança jurídica provêm do fato de que os juízes devem observar os casos precedentes e tratar os casos semelhantes que surgem de forma análoga. As regras jurídicas são comunicadas por exemplos, os precedentes judiciais. Contudo, na teoria hartiana, a comunicação de pautas de conduta por meio de exemplos sempre pode deixar uma margem para erros de interpretação acerca daquilo que se quer comunicar.

Nesse sentido:

¹⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins fontes.2002. p.32.

¹⁵⁵ CHAMON JR, Lúcio Antônio. *Teoria Geral do Direito Moderno: Por uma Reconstrução Crítico-Discursiva na alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris. 2006, p. 47.

¹⁵⁶ HART, H.L.A. *O conceito de direito*, 1994, p. 121

A estabilidade, previsibilidade e segurança jurídica não são inabaláveis uma vez que a aplicação de um precedente judicial é sempre potencialmente vaga, ou seja, dotada de uma textura aberta. Nós nunca sabemos, de forma *a priori*, para todos os casos que podem surgir, quais são as propriedades e combinações de propriedades que eles deverão apresentar para receberem o mesmo tratamento dado a caso precedente.”¹⁵⁷

Nos países que adotam a formulação jurídica sob a denominação de *civil law system*, a comunicação de critérios gerais de conduta é feita por meio das formulações verbais, que equivalem à legislação positivada, aos enunciados prescritos nos códigos; nestes, a segurança jurídica deve ser atingida por meio da observação das leis escritas. O compromisso dos juízes nesse sistema não é tanto com as decisões dos outros juízes, mas sim com as próprias palavras das leis contidas nos códigos.

Nesse sentido Struchiner esclarece:

A idéia central que permeia esses sistemas jurídicos é o formalismo do positivismo tradicional, segundo o qual o próprio ordenamento jurídico é capaz de fornecer respostas corretas para todos os casos que podem surgir, cabendo ao juiz o papel de mero aplicador da legislação escrita. O juiz deve encontrar a lei preexistente, e subsumir os fatos do caso concreto à norma, para chegar à conclusão para o caso particular. O juiz deve realizar a vontade concreta da lei, sem nada acrescentar a ela. Contudo, Hart mostra que assim como ocorre com a aplicação dos precedentes judiciais, as leis escritas também possuem uma textura aberta. Conseqüentemente, não se pode dizer que a lei tem uma vontade concreta para os casos na penumbra, casos que o legislador não antecipou e que podem ser englobados ou não pelas palavras da lei.¹⁵⁸

Hart inicia a discussão sobre a concepção de textura aberta da linguagem enfrentando uma das principais questões, segundo o autor, qual seja: como é possível o direito?

Como resposta afirma que:

Se não fosse possível comunicar critérios gerais de conduta, que um grande número de pessoas pudesse entender, sem mais instruções, como demandando delas certas condutas quando a ocasião aparecesse, nada daquilo que nós conhecemos como o direito poderia existir. Portanto, o direito deve predominantemente, mas não exclusivamente, se referir a classes de pessoas, classes de ações, coisas e circunstâncias; e o sucesso de sua operação sobre vasta área da vida social depende da capacidade amplamente difundida de reconhecer ações particulares, coisas e circunstâncias, como instâncias das classificações gerais feitas pelo direito.¹⁵⁹

Nessa passagem Hart enuncia duas opiniões claras, a primeira diz respeito à função primordial do Direito, ou seja, o controle social; a segunda trata da posição enunciativa, quer dizer, para que o Direito possa exercer o controle dos cidadãos em sociedade, ele necessita ser expresso por uma linguagem generalizada.

¹⁵⁷ STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem: Uma análise da textura Aberta da Linguagem e sua Aplicação ao Direito*. Rio de Janeiro: Renovar. 2000, p.65-66.

¹⁵⁸ STRUCHINER, Noel. *Op cit.* 2000, p.66.

¹⁵⁹ HART, H.L.A. *O conceito de direito*. 2 ed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. 124

Essa segunda posição, de acordo com Struchiner, pode ser entendida como aquele silêncio comunicativo constante das afirmações de Wittgenstein e de Gadamer.

Contudo, as ressalvas feitas por Struchiner demonstram que Hart sabia dos riscos das regras gerais. Neste sentido ele comenta:

Entretanto, Hart não é ingênuo a ponto de achar que uma linguagem que emprega termos gerais não está sujeita a dificuldades de aplicação. Assim como Aristóteles, que reconhece a dificuldade de se aplicar regras gerais a certos casos concretos que podem surgir, Hart também está ciente de que o recurso às regras gerais, em certos casos, gera um excesso de simplificação que deve ser corrigido nos casos concretos.¹⁶⁰

Ao concretizar sua teoria da textura aberta da linguagem, Hart enuncia quais são as duas formas de se comunicar os critérios gerais de conduta do indivíduo em sociedade: as formulações verbais e os exemplos.

Nesse sentido Struchiner esclarece: “No plano jurídico, isso significa que as regras legais podem ser comunicadas por meio da legislação positivada (equivalentes às formulações verbais) e pelos precedentes judiciais (equivalentes aos exemplos).”¹⁶¹

Contudo, para Hart a distinção entre a aplicação dos precedentes judiciais e a aplicação de regras legais escritas não é tão nítida.

Assim como podemos ficar perplexos em relação àquilo que um precedente pretende comunicar, também podemos ficar indecisos sobre qual é o comportamento que uma regra jurídica escrita pretende proibir, permitir, ou obrigar. As regras escritas são potencialmente vagas, elas possuem uma textura aberta em função da natureza da linguagem por meio da qual são confeccionadas

E continua:

O que Hart chama de textura aberta das regras legais escritas ocorre em função da textura aberta dos termos que compõem a norma positivada. As regras não podem ser conhecidas de forma absoluta porque não temos como verificá-las em todas as situações. Trata-se do mesmo fenômeno observado por Waismann em relação às afirmações sobre os objetos materiais, que não podem ser verificadas conclusivamente em decorrência da textura aberta dos termos empíricos. Da mesma forma, não sabemos todas as ocasiões em que uma regra é verdadeira ou pode ser aplicada com total segurança, porque as palavras que compõe as regras podem apresentar uma região de penumbra onde não se encontram definidas para todas as ocasiões que podem surgir.¹⁶²

Dessa forma Hart particulariza a aplicação como ponto nevrálgico, pois situações fáticas particulares não nos esperam já separadas umas das outras e marcadas como instâncias

¹⁶⁰ *Idem. Op cit.* p.39.

¹⁶¹ *Idem. Op cit.* p.40.

¹⁶² STRUCHINER. *Op cit.* 68 (S.I.C.).

da regra geral, cuja aplicação está em questão; nem a regra pode, por si só, se apresentar a clamar por suas instâncias¹⁶³.

Para Hart, nas situações onde existe consenso sobre o que os termos que compõem as regras querem dizer, as regras podem ser aplicadas sem maiores problemas. Porém, nas ações em que os termos gerais da regra fogem ao consenso geral, cabe ao juiz utilizar o seu poder discricionário e legislar para o caso concreto, uma vez que os legisladores não anteciparam o caso concreto em questão no momento da criação da regra.

Nesse ponto, pode-se questionar: como o direito seria possível com a concorrência de competências entre legislativo e judiciário?

A essa indagação Struchiner dá seu entendimento à teoria de Hart:

A resposta que ele encontra é que o direito funciona porque toda regra tem um núcleo de certeza onde a maioria dos casos é encontrada e onde sabemos que ela deve ser aplicada ou não. Como, na maioria dos casos, a linguagem da regra é facilmente compreendida por todos, sem a necessidade de maiores explicações, então o direito é capaz de cumprir a sua principal tarefa: guiar comportamentos futuros. Em outras palavras, é em função da existência de um núcleo de certezas nas regras que os critérios para existência do direito são preenchidos. Entretanto, toda regra também pode apresentar uma penumbra de dúvida, uma região cinzenta ‘nebulosa’ da regra, cabe ao juiz exercer o seu poder discricionário, e assim tornar a regra menos vaga para os casos futuros.”¹⁶⁴.

Com relação à obra de Hart, neste ponto, pode-se ver uma forte influência da teoria Kelseniana, e da predisposição às imposições do princípio do *non liquet*, que se perpetuou no tempo alcançando outros autores, dentre eles, Neil Maccormick.

Nota-se que a teoria de Hart, como já dito, supera a teoria kelseniana, justamente porque introduziu a noção de regra secundária – regra sobre regra – e a importância do ponto de vista interno e externo sobre as normas. A partir destes dois pontos de vista, Hart introduz o paradigma hermenêutico do direito, ressaltando a importância do intérprete ou participante.

Apesar de conseguir fugir dos problemas que o jus-positivismo apresenta, a contribuição de sua teoria mostra outra falha na linguagem, qual seja, a norma jurídica não é, nem tão pouco será, a solução para o problema do Direito. Ela é, sim, o início da problemática, pois nas considerações de sua obra verificou-se que um dos parâmetros normativos é a indeterminação regulativa trazida por ela própria.

Nas proposições herdadas por influência das obras de Wittgenstein, já despontava a diferença do dizer e do mostrar, do real e do existir, pois “a asserção de que existe só pode

¹⁶³ HART, H.L.A. *O conceito de direito*. 2 ed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p, 90.

¹⁶⁴ STRUCHINER. *Op. Cit.* p. 73.

ser uma afirmação externa de facto”¹⁶⁵. É o que se vê da regra de reconhecimento que só existe enquanto prática complexa, mas que é aceita pelos sujeitos processuais, ou como diz Hart: pelos agentes dos tribunais.

Nitidamente, a colocação do existir da norma primária e da forma de sua aplicação, haja vista sua textura aberta, gera no sistema jurídico um déficit, exponencialmente multiplicado, que culminaria com a perda da legitimidade normativa.

Hart supera tal incerteza com outra, ao introduzir em sua teoria a regra de alteração e a regra de julgamento. A primeira atribui poderes ao julgador para produzir e eliminar regras primárias; e a segunda confere poderes a certos indivíduos para estabelecer se numa situação concreta houve violação de uma regra primária, estabelecendo, também o processo a ser seguido. Ou seja, o que Hart acaba por defender com a implementação de tais normas é uma discricionariedade das autoridades, que teriam poderes atribuídos para decidir quanto à violação, ou não, do direito, mantendo esta posição em respostas às críticas feitas por interlocutores¹⁶⁶.

Ante a concepção de direito apresentada por Hart e pelos pós-positivistas seguidores de Kelsen, Dworkin se insurge, pois o positivismo se apresentava completamente alheio a questões de conteúdo no que tange ao fundamento de validade de uma norma.

Dworkin caracteriza o positivismo da seguinte forma:

a) o Direito de uma determinada comunidade seria um conjunto de normas cuja identificação como norma jurídica não teria que ver com o seu conteúdo mas se relacionaria com sua origem ou com a maneira pela qual foram adotadas. Estas ‘provas’ é que distinguem o Direito daquilo que seriam outras normas, cujo cumprimento não é garantido pelo aparato estatal; b) a validade, assim entendida, é que nos permite esgotar a noção de Direito, *‘de modo que se alguna de tales normas no cubre claramente el caso de alguien (...) entonces el caso no se puede decidir ‘aplicando a la ley’*. Se não poderia aplicar a lei, o juiz estaria, então, não limitado pelo Direito, isto é, sua decisão ao solucionar o caso a ele apresentado deveria pautar em sua discricionariedade em sentido próprio: estaria, então, preparando nada mais que uma norma nova – ou ampliada – e desconhecida pelo Direito válido; c) as noções, portanto, de dever e direito só podem ser entendidas dentro da lógica de validade normativa proposta pelos positivistas. Alguém só tem uma obrigação se uma norma válida inclui a referida situação. Caso contrário, não há obrigação e nem direito; e quando o juiz decide discricionariamente não impõe um dever jurídico, ou melhor, não faz valer um dever preexistente.¹⁶⁷

Com essa postura, Dworkin se lança numa cruzada contra a corrente jus-filosófica do positivismo.

¹⁶⁵ HART, H.L.A. *O conceito de direito*, 1994. p. 121.

¹⁶⁶ HART, H.L.A. *O conceito de direito*, 1994. p. 335-339

¹⁶⁷ CHAMON JR. Op Cit. p.90/91. Vide Dworkin. *Levando os direitos a sério*. p. 27/28.

4.3. O ATAQUE AO POSITIVISMO – DWORKIN E O JUIZ HÉRCULES – O DIREITO COMO SISTEMA DE REGRAS E PRINCÍPIOS – O DIREITO COMO INTEGRIDADE – A ABERTURA DO SISTEMA JURÍDICO PARA A MORAL E A POLÍTICA.

Ao se colocar contra o positivismo, Dworkin verifica que o entendimento positivista de compreensão e estudo do Direito se mostra insuficiente para uma conceituação da legitimidade da práxis jurídica. Focaliza sua crítica na obra de Hart. Contudo, os juristas brasileiros o contrapõem a Kelsen, pois é justamente a origem da norma inferior, que lhe confere sua validade: é o fato de uma norma de *dever-ser* ser oriunda de outra norma de *dever-ser* de um escalão superior que a faz diferente perante as demais normas¹⁶⁸.

Dworkin afirma que as teorias positivistas são semânticas, ou seja, baseiam-se num consenso entre os interlocutores para que se saiba o significado do Direito. Assim há uma divergência entre quais fatos históricos são cruciais na formação (para determinar qual é o direito posto) e na elucidação (para determinar o direito aplicável ao caso) do que é o direito¹⁶⁹.

Dessa forma, segundo a análise do autor, se ocorrer uma ausência de fatos históricos pertinentes ao caso, estar-se-ia diante de uma ausência de direito posto¹⁷⁰.

Verifica-se que a primeira resposta de Dworkin é a tese do fingimento dos juízes que, diante de um caso que não apresenta referência normativa precedente, decidem conforme suas convicções e tentam fundamentá-las juridicamente. Desta forma os julgamentos são proferidos não conforme o que o direito é, e sim, do que o direito deveria ser na ótica do decisor.

O outro ponto obscuro para Dworkin ocorre por meio da tese do caso limítrofe. Neste sentido Marcelo Cunha Araújo explica:

¹⁶⁸ CHAMON JR. *Op. Cit* 91.

¹⁶⁹ ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *O Novo Processo Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos.2003, p.29-30. “A dificuldade surge porque as proposições de Direito parecem ser descritivas – dizem respeito a como as coisas são no Direito, não como deveriam ser – e, no entanto, revelou-se extremamente difícil dizer exatamente o que é que elas descrevem. Os positivistas jurídicos acreditam que as proposições de Direito são, na verdade, inteiramente descritivas:são trechos da história. Uma proposição jurídica, a seu ver, somente é verdadeira caso tenha ocorrido algum evento de natureza legislativa do tipo citado; caso contrário, não é”. DWORKIN, *idem*. *Op. Cit.* 2001, p.218.

¹⁷⁰ “As proposições de Direito não são meras descrições da história jurídica, de maneira inequívoca, nem são simplesmente valorativas, em algum sentido dissociado da história jurídica. São interpretativas da história, que combinam elementos tanto da descrição quanto da valoração, sendo porém diferente de ambas”. DWORKIN, *idem*. *Op. cit.*, 2001, p.219. vide também: ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *Op cit*, p.30.

... na hipótese, não ocorre mero fingimento dos juízes. O que há, na verdade, é a discordância semântica quanto ao significado do 'direito' (problema semântico-verbal). Logo, na maioria dos casos, existe um consenso do que seja o 'direito' aplicado aos mesmos. Em alguns casos limítrofes, no entanto, esse consenso se esvai, havendo uma divergência meramente verbal do que deveria ser o direito aplicado ao caso.¹⁷¹

Assim, o próprio autor americano afirma: “a tese do fingimento mostra os juízes como mentirosos bem-intencionados; a tese do caso limítrofe mostra-os, por outro lado, como indivíduos simplórios”¹⁷².

Contrapondo-se a Kelsen e Hart, que entendem que o Direito se esgota no sistema normativo, onde as regras se escalonam e também é possível elaborar um quadro limitador às interpretações possíveis e que, nas palavras de Chamon Jr. , seria lícito ao juiz lançar mão de outras interpretações que não entre as possibilidades apresentadas pela Ciência do Direito. Seriam elas, então, confundidas com a tão combatida tese do direito natural, fazendo uso de discricionariedade e a admissibilidade de direitos que não estivessem positivados em normas que passassem pelo teste de validade.

Para Dworkin, o poder discricionário dos juízes pode ser entendido por três conceitos diferentes, a saber:

Em primeiro lugar, dizemos que um homem tem poder discricionário se seu dever for definido por padrões que pessoas razoáveis podem interpretar de maneiras diferentes. [...] Em segundo lugar, dizemos que um homem possui poder discricionário se sua decisão for definitiva, no sentido de que nenhuma autoridade superior poderá rever ou descartar essa decisão; [...]. Em terceiro lugar, dizemos que um homem tem poder discricionário quando algum conjunto de padrões que lhe impõem deveres não visa, na verdade, impor um dever de tomar uma decisão específica [...].¹⁷³

Apesar desta explicação, para Dworkin:

é evidente que se nenhuma regra social exige, de modo inequívoco, uma decisão jurídica específica e se os membros da profissão jurídica estão divididos com relação a qual decisão é de fato, exigida, os juízes terão poder discricionário no primeiro desses sentidos, porque deverão exercer uma iniciativa e uma capacidade que vão além da aplicação da regra estabelecida. É igualmente claro que, se esses juízes compuserem o mais alto tribunal de recursos, eles terão poder discricionário no segundo sentido. Contudo, a menos que aceitemos a versão mais forte da teoria da regra social de acordo com a qual os deveres e as responsabilidades podem ser gerados apenas por regras sociais, não se segue que esses juízes tenham um poder discricionário no terceiro sentido. Um juiz pode ter o poder discricionário tanto no primeiro como no segundo sentido e não obstante isso considerar, com razão, que sua decisão coloca a questão de qual é o seu dever enquanto juiz, questão que ele deve decidir refletindo sobre o que dele exigem as diferentes considerações que ele acredita serem pertinentes a essa matéria. Se for assim, esse juiz não tem o poder

¹⁷¹ ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *Op cit*, p.30

¹⁷² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p.50.

¹⁷³ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. p.108/109.

discrecionário no terceiro sentido, aquele que um positivista precisa provar para mostrar que o dever judicial é definido exclusivamente por uma regra social de última instância ou por um conjunto de regras sociais.¹⁷⁴

A teoria de Dworkin assume, assim, uma postura hermenêutico-crítica, pois ele acredita, e defende veementemente, que o direito não pode ser separado da moral e da política e que, como resultado, a natureza controvertida da interpretação jurídica não pode ser evitada. Isto tem servido para colocá-lo em oposição àquelas tradições que vêem o direito e as decisões jurídicas em separado das decisões morais e políticas.

Na sua concepção, o ordenamento jurídico tem um caráter abstrato para a moral e para a política, posicionamento este adverso ao positivismo que vê o ordenamento jurídico harmônico e fechado.

Dworkin se utiliza muitas vezes de decisões judiciais oriundas dos tribunais anglo-saxônicos para ressaltar o caráter aberto da interpretação jurídica. Utiliza-se de uma tese dos direitos que está centrada na análise das controvérsias judiciais, senão vejamos: a) Em todo processo judicial existe uma juiz que tem a função de decidir conflitos; b) Existe um direito a vencer no conflito e o juiz deve indagar a quem cabe vencer; c) Este direito a vencer existe sempre, ainda que não exista norma exatamente aplicável; d) Nos casos difíceis o juiz deve conceder a vitória a uma parte baseando-se em princípios que lhe garantem o direito; e) Os objetivos sociais estão subordinados aos direitos e aos princípios que os fundamentaram e f) O juiz – ao fundamentar sua decisão em um princípio preexistente – não inventa um direito nem aplica legislação retroativa: limita-se a garanti-lo.

Dessa forma, fica clara a preocupação com o problema da certeza; a teoria do Direito tem a função de reduzir a incerteza do Direito. A teoria do juiz Hércules não apenas tem função descritiva, mas serve também para solucionar casos difíceis. Dworkin considera que toda teoria jurídica deve ter um aspecto descritivo e outro prescritivo. Obviamente, o juiz, diante de tamanha profundidade, não poderia se utilizar de qualquer coisa como uma justificativa completa de todas as partes do arranjo constitucional, do sistema estatutário e dos *precedents* judiciais que fazem o Direito para este determinado caso e assim justifica a criação do ideal do Juiz-Hércules. Assim é que em seu *Levando os Direitos à Sério*, propõe Dworkin, a figura do juiz Hércules, um juiz sobre-humano capaz de suportar, de forma séria, a árdua tarefa de aplicar o Direito com uma decisão adequada a cada caso.

¹⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*, p.109.

Posteriormente, e complementando sua teoria, em *O Império do Direito*, Dworkin lança a idéia do *romance em cadeia* para melhor explicar a proposta de uma interpretação construtiva.

Nas palavras de Chamon Jr:

Hércules seria um juiz que vive numa comunidade jurídica que é autora de uma “obra”; o direito, assim entendido, não seria fruto exclusivo da comunidade atual, nem se basearia tão-somente em acordos explicitamente tomados no passado: antes, o Direito é fruto de um contínuo processo de interpretação que se iniciou no passado e que se abre para o futuro. Somente assim podemos assumir o Direito como uma unidade, integrado, enfim, quando o compreendemos com perpassado por princípios que, em cada momento, hão que ser interpretados para dar uma continuidade coerente a esta práxis. Agora, esta unidade coerente somente pode ser construída se assumirmos o Direito como fruto de um único autor, a comunidade jurídica, embora os juízes sempre são chamados a atualizar passagens desta obra.¹⁷⁵

Cria-se, dessa forma, a base de sustentação de sua tese dos direitos, que paira sobre a distinção que Dworkin faz entre argumentos de princípios e argumentos de política. Ele assim enuncia: “Os argumentos de princípios são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos.”¹⁷⁶

Essa conceituação distintiva advém de outra que distingue Direito de Política, e na qual esta última ganha um sentido mais amplo, uma arena de debates sobre que princípios serão adotados como sistema:

Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.¹⁷⁷

A justificação política se daria sempre sob estes dois argumentos. Contudo, as decisões judiciais devem sempre se apoiar em argumentos de princípios. A originalidade judicial seria rechaçada, sob o argumento de que: 1) em uma comunidade democrática, o povo deve ser governado por homens eleitos, que seriam os responsáveis pela maioria; e 2) ao se criar um novo direito estar-se-ia aplicando-o retroativamente.

A argumentação jurídica, dessa forma, invocaria e utilizaria princípios que os tribunais desenvolvem lentamente, após um largo processo de argumentação e de criação de

¹⁷⁵ CHAMON JR, Lúcio Antônio. *Teoria Geral do Direito Moderno: Por uma Reconstrução Crítico-Discursiva na alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris. 2006, p. 57.

¹⁷⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2002, p.141

¹⁷⁷ DWORKIN, *Levando os direitos a sério*. 2002, p. 36

precedentes. Disto conclui-se que a argumentação jurídica depende da argumentação moral, pois os princípios morais têm papel muito importante na argumentação jurídica, especialmente nos *hard cases*, aqueles “para os quais não há uma decisão no passado que possa orientar a decisão no presente”, ou mesmo ouí mesmo que a regulamentação sobre eles seja de caráter duvidoso ou nem chegue a existir.¹⁷⁸

Pode-se, portanto, deduzir que a tese central do positivismo, a separação entre o direito e a moral é falsa, porque não se separa a argumentação jurídica da argumentação moral. Para Dworkin, uma interpretação teórica aceitável da argumentação jurídica requer “a verdade do jusnaturalismo”.

Ingeborg Maus não concorda com este entendimento e tece sua crítica de forma sutil:

Que a jurisprudência e a administração da moral se aproximem, segundo as modernas teorias da decisão judicial, isto se deixa confirmar também em ambiciosas contrações teóricas da atualidade. Ronald Dworkin é expressão plena do pensamento dominante de que direito e moral não podem ser separados na atividade jurisprudencial.¹⁷⁹

Dessa forma, o Direito posto, legislado, não seria suficiente, se ressaltada a imprescindibilidade dos princípios, pois “há dois níveis em que a noção de princípio atua: internamente em oposição à noção de política, consubstanciando o nervo da teoria a *adjudication* de Dworkin e, externamente, em oposição à noção de regra jurídica[...]¹⁸⁰”.

Nas palavras de Kátia Kozicki, as regras jurídicas se diferenciam dos princípios por três modos:

a) enquanto as regras jurídicas são criadas ou extintas por um ato deliberado do legislador, os princípios emergem lentamente na sociedade a partir da vivência concreta desta; b) os princípios têm diferentes dimensões/pesos, em diferentes circunstâncias, significando que eles podem ser mais ou menos influentes, dependendo do que se esteja analisando e, ao contrário, as regras jurídicas são ou não aplicáveis; c) as regras jurídicas não entram em conflito (se isto acontece, uma delas está errada e desaparece ou uma delas é excepcional e prevalece), enquanto princípios podem entrar em conflito, caso em que o juiz deve valorá-los e decidir qual é mais conveniente.¹⁸¹

A distinção entre princípios e regras é uma distinção lógica.

¹⁷⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002; vide ainda HART, H.L.A. *O conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

¹⁷⁹ MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*, p. 186

¹⁸⁰ CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia o Direito e modernidade. Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: JM Editora. 1995. p.73

¹⁸¹ KOZICKI, Katya. *Conflito e estabilização : comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas*. Florianópolis : UFSC : 2000. 266 p. Tese (Doutorado em Ciências Humanas - Especialidade Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, 2000. Orientador(es): ROCHA, Leonel Severo.p. 184.

Nas palavras de Dworkin:

A distinção lógica entre regras e princípios aparece mais claramente quando consideramos princípios que nem mesmo se assemelham as regras. [...] 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 lavar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente 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 ele 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 maior.¹⁸²

A diferença inicial pode ser entendida como o caráter de orientação que cada uma oferece no caso concreto, ou como diz Chamon Jr.:

... no sentido de que em uma regra, caracterizados estão os fatos que, em ocorrendo, deverão acarretar sua incidência, desde que não seja ela excepcionada por outra norma: as referências às exceções de uma certa regra são fundamentais para conhecermos qual é, realmente, seu âmbito de incidência. Com os princípios, todavia, não há uma especificação do fato ao qual uma determinada consequência deve seguir – pode ser percebido, aqui, uma dimensão semântica não explícita em *Law's empire*. Também não há um catálogo de quais sejam os princípios que compõem o ordenamento. Por certo, ainda é a ressalva de que princípios contrários não são considerados como exceções uns aos outros, nem que um retira do outro sua pertinência àquilo que se entende por Direito, mesmo porque em um caso futuro, quando não estiverem presentes fatores que impeçam a prevalência de certo princípio, este pode ser decisivo. Disso resulta que os princípios são pesados e interferem entre si sem expulsar qualquer norma da mesma espécie do âmbito do sistema jurídico. Justamente por envolver uma relação de peso é que também geram mais controvérsias. Para um determinado caso, certo princípio pode ter ‘maior peso’ que outro envolvido na solução de caso diverso. Todavia, quanto às regras, elas não tem maior ou menor peso: elas simplesmente são aplicáveis, ou não, perante as circunstâncias de fato.¹⁸³

A distinção entre princípios e regras segundo José Emílio Medauar Ommati, “não é de importância, mas sim de qualidade”¹⁸⁴.

Nesse compasso, quando ocorre o conflito de regras no sistema jurídico, uma delas deve desaparecer, pois o ordenamento funciona nos moldes do esquema da *bivalência*,

¹⁸² DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes. 2002, p.42-43.

¹⁸³ CHAMON JR. *idem Op. Cit* p.93.

¹⁸⁴ OMMATI, José Emílio Medauar. *A teoria jurídica de Ronald Dworkin: o Direito como integridade*. In *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Op.Cit.2004. p.151. Os princípios, diferentemente das regras, não se apresentam como determina a causalidade, ou seja, não apresentam as consequências jurídicas que ocorreram quando as condições são dadas. Nem mesmo pretende estabelecer-las, pois as condições que tornam a sua aplicação necessária, ao contrário das regras, enunciam uma razão que conduz a um argumento e a uma determinada direção.

ou seja, no tudo ou nada. Mas como dito alhures, quando os princípios entram em colisão, não se revoga um deles, mas a forma de solução do conflito é na esfera da aplicação, nas palavras de Ommati citando Dworkin, “em outras palavras, a aplicação de um princípio é afastada; apenas ele não era adequado para regular a situação específica”.¹⁸⁵

Dworkin diferencia, ainda, princípios de diretrizes políticas, que pretenderiam estabelecer uma meta coletiva, um objetivo a ser alcançado, seja no campo político ou econômico.

Começa-se, pois, a perceber que, para o autor americano, sempre existe uma solução correta (adequada) para cada caso concreto que se apresente. Esta decisão correta seria alcançada por um juiz ideal, Hércules. Esse juiz seria um ser mítico, que teria conhecimento de todo o ordenamento jurídico e que poderia sempre achar a única solução correta para quaisquer casos, contrariando, assim, a idéia proposta por Kelsen e Hart, de que várias seriam as interpretações possíveis.

Mas é principalmente na distinção entre princípios e regras que Dworkin pretende provar que estes são integrantes do ordenamento jurídico, diferentemente do pensar positivista. Daí parte a concepção de integridade, pois na busca de solução de falhas latentes na concepção de sistema dos positivistas, estes lançaram mão de seus próprios fundamentos teóricos.

Novamente Chamon Jr. elucida:

Os princípios integram o Direito, assim como as regras: é a tese inicial de Dworkin. Poderíamos, para facilitar a exposição, indagar aos positivistas: já que aos juízes é dada a discricionariedade para formular uma sentença baseando-se em elementos que estão mais além do Direito, por que devemos, então, obedecer-lhes se o que eles aplicam não é ‘Direito’? De outra forma em uma leitura kelseniana: se a norma individual não é validada por uma outra hierarquicamente superior, por que é aquela válida? Tão-somente por uma competência conferida a um juiz?”¹⁸⁶

Na concepção de Dworkin, os princípios, obviamente mais abertos que as regras, fazem parte do que chamamos Direito, sendo obrigatórios e capazes de vincular os juízes em suas decisões.

Marinoni explica que:

... um princípio é um *standard* que deve ser observado, não porque ele irá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque ele é uma exigência de justiça ou equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade (*taking rights seriously*, cit., p. 22). Argumentos de princípio justificam uma decisão política demonstrando que a decisão respeita ou assegura algum direito de um indivíduo ou de um grupo (idem, p.82). Um direito contra o Estado deve ser

¹⁸⁵ OMMATI. *Op. Cit* p.154.

¹⁸⁶ Idem. *Op. Cit* p.94.

um direito a fazer alguma coisa mesmo quando a maioria pensa que seria errado fazê-la, e ainda quando a maioria estaria em pior situação pelo fato de tal coisa ter sido feita (idem, p. 194). Nesse sentido preciso, princípios opõem-se a valores que, na definição de Habermas, devem ser entendidos como “preferência compartilhada intersubjetivamente” (“valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades”) – Jürgen Habermas, *Direitos e democracia*, cit., p. 316). Para Dworkin, princípios não expressam concepções e valores, mas conceitos e direitos.¹⁸⁷

Mormente, os princípios possuem um aspecto ideológico mais acentuado; sujeitam-se a um processo de concretização e densificação sucessiva até adquirirem a concretização das regras; não permitem sua subsunção ao caso, não se submetem ao critério do ‘tudo ou nada’ e o conflito entre princípios é resolvido através do peso relativo de que é dotado dentro do sistema jurídico¹⁸⁸.

Deve-se ressaltar que a afirmação de que os princípios são frutos do pluralismo, como afirma Robert Alexy, não se aplica a este modelo dos princípios¹⁸⁹, pois, em Dworkin, os princípios revelam o que há de comum a todos e não a divergência entre grupos.

Habermas assim esclarece:

Quando Dworkin entende os direitos fundamentais como princípios deontológicos do direito e Alexy os considera como bens otimizáveis do direito, não estão se referindo à mesma coisa. Enquanto normas, eles regulam uma matéria no interesse simétrico de todos; enquanto valores, eles formam, na configuração com outros valores, uma ordem simbólica na qual se expressam a identidade e a forma de vida de uma comunidade jurídica particular¹⁹⁰.

Na concepção de Dworkin, o Direito deve ser entendido como “integridade”, isto é, como homens livres e iguais se dando normas para regular suas vidas em sociedade¹⁹¹. Além disso, todas as normas devem servir para promover mais liberdade e mais igualdade¹⁹², pois mesmo que toda a legislação e as decisões judiciais fossem reunidas, o resultado, não seria, ainda, o de um sistema uniforme e coerente.

¹⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. V.1. São Paulo: RT. 2006, p. 51-52, nota 107.

¹⁸⁸ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press. 1978, p.70-72.

¹⁸⁹ Os princípios, segundo Habermas, como normas jurídicas que são, movem-se por uma lógica discursiva diferente dos valores. Princípios são comandos deontológicos, ou seja, formulações com códigos binários de obrigações que determinam certas expectativas de comportamento; já os valores possuem um código gradual acerca de preferências que competem entre si numa ordem transitiva e referente a uma forma de vida, pressuposta sua homogeneidade. (HABERMAS. *A inclusão do outro*, opt. cit., p.355 e seguintes.)

¹⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*, cit., p.317-318.

¹⁹¹ “A integridade é dividida por Dworkin em integridade na legislação e integridade na aplicação. No primeiro caso, aqueles que criam a lei devem mantê-la coerente com seus princípios; no segundo, requer-se que aqueles responsáveis por decidir o sentido da lei busquem coerência com a integridade. Isso explicaria porque os juízes devem conceber o corpo de normas que eles administram como um todo, e não como um cenário de decisões discricionárias no qual eles são livres para fazer ou emendar as normas, uma a uma, com um interesse meramente estratégico.”. BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.121.

¹⁹² DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.217/250.

Mas para Dworkin se:

por outro lado, insistirmos em tratar as leis decorrentes de um acordo interno como os atos de um único e distinto agente moral, poderemos então condená-los por sua falta de princípios, e teremos uma razão para argumentar que nenhuma autoridade deveria contribuir para os atos carentes de princípio de seu Estado. Portanto, para defender o princípio [da integridade na legislação], devemos defender o estilo geral de argumentação que considera a própria comunidade como um agente moral.¹⁹³

A sociedade que aceita essa concepção de integridade, segundo o autor, torna-se um tipo especial de comunidade, que ele chama de *comunidade de princípios*. Esse tipo de comunidade promove sua própria autoridade moral, assumindo e mobilizando *per se* o monopólio da força coercitiva¹⁹⁴.

A integridade funcionaria, então, como elemento de promoção da vida política e moral dos cidadãos, confrontando circunstâncias privadas e públicas.

Assim, na teoria dworkiana, o juiz não possui discricionariedade judicial justamente porque o ordenamento jurídico é formado não apenas por regras judiciais, mas também por princípios jurídicos. E, justamente por esta concepção, o material jurídico é suficiente para dar uma resposta correta ao problema proposto.

Através destes parâmetros, Dworkin modifica substancialmente a idéia de interpretação jurídica e do papel do juiz ao aplicar o direito¹⁹⁵.

Nas palavras de Ommati, Dworkin acredita que a interpretação¹⁹⁶ se dá de forma semelhante à interpretação de uma obra literária, ou mesmo de uma obra de arte.

¹⁹³ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*, 1999, p.227

¹⁹⁴ “Se as pessoas aceitam que são governadas não por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito” (DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*, 1999, p.229)

¹⁹⁵ “Eu começarei dando uma idéia da decisão jurídica [*adjudication*]. Quero defender um nome, e é um nome que aceita a caracterização rudimentar. Eu chamarei essa idéia de naturalismo. De acordo com o naturalismo, os juizes devem decidir casos difíceis [*hard cases*] interpretando a estrutura política de sua comunidade na seguinte, talvez especial, maneira: tentando encontrar a melhor justificação [*justification*] que eles poderiam encontrar, em princípios da moralidade política [*political morality*], para estrutura como um todo, das mais profundas normas constitucionais e da organização dos detalhes”. tradução livre do original: “*I shall start by giving the picture of adjudication I want to defend a name, and it is a name which accepts the crude characterization. I shall call this picture naturalism. According to naturalism, judges should decide hard cases by interpreting the political structure of their community in the following, perhaps special, way: by trying to find the best justification they can find, in principles of political morality, for the structure as a whole, from the most profound constitutional rules and arrangements to the details of*” (Dworkin. ‘*Natural Law Revisited*’, U. Florida. *Law Review*, 1982. p.34: 165.)

¹⁹⁶ “É óbvio porque que esta teoria da decisão jurídica [*adjudication*] dá a entender que a mesma é jusnaturalista. Ela faz com que cada decisão dos juízes sobre o fardo [*burden*] de direitos passados dependa de seu julgamento sobre a melhor justificação política daqueles direitos, e esta é, naturalmente, uma matéria de moralidade política [*political morality*]”. DWORKIN. ‘*Natural Law Revisited*’, U. Florida. *Law Review*, 1982. p.34: 165. tradução livre do original: “*It is obvious why this theory of adjudication invites the charge of natural law. It makes each*

A idéia de uma concepção de direito, que busque preenchimento em uma resposta moralmente correta, não intimida Dworkin, pois ele prefere deter sua atenção em teorias a detê-la em rótulos¹⁹⁷, ampliando, desta forma, o conceito de integridade para a aplicação judicial. Para tanto utiliza a noção de interpretação criativa, o que foi denominado por ele de *romance em cadeia*.

Interpretação, assim, seria como a elaboração de romance, que seria escrito por vários autores (juízes). Dessa forma, o papel de cada autor (intérprete juiz) seria manter a coerência do romance e dar continuidade ao mesmo, da melhor maneira possível.

Para Dworkin então, a questão principal de sua teoria seria a diferenciação de continuar o romance da melhor maneira possível, ou começar um novo romance com personagens que tenham os mesmos nomes. Assim, o intérprete juiz sempre terá duas opções e terá que optar por aquela que ele crê ser a melhor para o contexto, de forma que ela integre o trabalho como um todo.

Assim como um romancista, os juízes devem decidir casos no espírito de um romancista que dará continuidade, da melhor maneira possível, ao trabalho como um todo¹⁹⁸.

judge's decision about the burden of past law depend on his judgment about the best political justification of that law, and this is of course a matter of political morality".

¹⁹⁷ "Nos últimos anos, eu tentei defender uma teoria sobre como os juizes deveriam decidir casos que alguns críticos (embora não todos) diziam ser uma teoria jusnaturalista, devendo ser rejeitada por essa razão. Naturalmente eu fiz uma objeção piedosa e já familiarizada a esta investida, ou seja, é melhor observar teorias do que rótulos. Mas como os rótulos são uma parte de nossa vida intelectual comum, seria tão inútil fugir deles como enfrentá-los. Se a rudimentar descrição de jusnaturalismo que eu acabei de demonstrar estiver correta, de forma que qualquer teoria que preencha o direito às vezes dependerá da resposta correta para uma questão moral será uma teoria jusnaturalista, então sou jusnaturalista. Eu não estou interessado agora, eu deveria adicionar, em se essa caracterização rudimentar é historicamente correta, ou se isso conseguiria distinguir o jusnaturalismo das teorias positivistas do Direito. Minha presente [164] preocupação é preferivelmente esta. Suponha que isso seja jusnaturalismo. E porque, então, isto estaria errado?". DWORKIN. 'Natural Law Revisited', U. Florida. Law Review, 1982. p.34: 165. tradução livre do original: "In the past several years, I have tried to defend a theory about how judges should decide cases that some critics (though not all) say is a natural law theory and should be rejected for that reason. I have of course made the pious and familiar objection to this charge, that it is better to look at theories than labels. But since labels are so much a part of our common intellectual life it is almost as silly to flee as to hurl them. If the crude description of natural law I just gave is correct, that any theory which makes the content of law sometimes depend on the correct answer to some moral question is a natural law theory, then I am guilty of natural law. I am not now interested, I should add, in whether this crude characterization is historically correct, or whether it succeeds in distinguishing natural law from positivist theories of law. My present [164] concern is rather this. Suppose this is natural law. What in the world is wrong with it?"

¹⁹⁸ 'Natural Law Revisited', U. Florida. Law Review, 1982. p.34: 165. "Nesta seção eu tentarei mostrar como um tímido juiz naturalista deve construir uma abordagem de trabalho à decisão jurídica [*adjudication*], e o papel de seu pano de fundo de convicções morais e políticas nesta abordagem de trabalho. Quando nós o imaginamos como um romancista no romance em cadeia, diversas páginas atrás, nós consideramos como você continuaria os primeiros capítulos de *A Christmas Tale*. Nós distinguimos duas dimensões de uma interpretação bem sucedida. Uma interpretação deve "se encaixar" nos dados que interpreta, para não mostrar o romance como desleixado ou incoerente, e também deve mostrar os dados em sua melhor luz, tanto da melhor forma possível como tendo alguma ambição própria de romances. Somente agora, ao perceber como um juiz naturalista, que acreditasse em direitos dos consumidores pode não obstante ter que abandonar a afirmação de que direitos dos consumidores são incrustados na história jurídica, nós confiamos na mesma distinção.... Um juiz naturalista seria forçado a

Mormente, a idéia de integridade na cadeia do direito, não impõe ao juiz um trabalho de mera pesquisa de significado das decisões anteriores.

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que ‘lei é lei’, bem como o cinismo do novo “realismo”.¹⁹⁹

Contudo, o juiz, ao escrever um novo capítulo da obra maior, certamente estará vinculado a decisões anteriores, mas também pode modificar o rumo da história, se as condições fáticas (jurídicas e sociais) assim impuserem²⁰⁰.

rejeitar um atrativo politicamente interpretativo, que supomos, simplesmente porque ele não acreditou que o registro se encaixasse bem o bastante. Se este encaixe for realmente uma dimensão independente do sucesso na interpretação, então todo o acesso do trabalho do juiz incluiria algum conceito tácito do que é ‘encaixe’, e do quanto uma interpretação específica deve se encaixar no registro de decisões judiciais e outras decisões jurídicas a fim de ser considerada como aceitável”.

¹⁹⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 274.

²⁰⁰ “De acordo com o naturalismo, um juiz deve decidir casos novos no espírito do romancista na escrita em cadeia do novo capítulo. O juiz deve tomar decisões criativas, mas deve tentar tomar estas decisões ‘como tomadas anteriormente’ ao invés de partir em uma nova direção como se escrevesse em uma lousa limpa. Deve ler pelo (ou ter ma boa idéia através do seu treinamento legal e experiência) do que os outros juizes escreveram no passado, não simplesmente descobrir o que outros juizes disseram, ou o que pensaram quando o disseram, mas buscando alcançar uma opinião sobre o que eles fizeram coletivamente, da mesma maneira que cada um de nossos romancistas formaram uma opinião sobre o romance coletivo até o momento escrito. Naturalmente, a melhor interpretação de decisões judiciais passadas é a interpretação que as mostra na sua melhor luz, não esteticamente mas politicamente, de forma que chegue o mais perto possível dos ideais corretos de um sistema legal justo. Juizes [167] na corrente do Direito compartilham com a corrente dos romancistas o imperativo da interpretação, mas eles trazem padrões diferentes de sucesso – político ao invés do estético – para conduzir essa atividade. A analogia, eu espero, mostra o quanto o naturalismo tolera as crenças do juiz sobre os direitos individuais e políticos que as pessoas têm ‘naturalmente’ – ou seja, fora do direito – para entrar no julgamento sobre o que o direito requer. Ele não o instrui a considerar aquelas crenças como o único teste do direito. A experiência [background] do juiz e suas convicções morais influenciarão suas decisões sobre que direitos legais [legal rights] as pessoas têm sob o direito. Mas os dados brutos da história legal, não obstante, limitarão a influência do papel que estas convicções podem ter naquelas decisões. A mesma distinção que nós encontramos na interpretação literária, entre interpretação e ideal, aqui também seria cabível.” DWORKIN. ‘*Natural Law Revisited*’, U. Florida. Law Review, 1982. p.34: 165. tradução livre do original: “According to naturalism, a judge should decide fresh cases in the spirit of a novelist in the chain writing a fresh chapter. The judge must make creative decisions, but must try to make these decisions “going on as before” rather than by starting in a new direction as if writing on a clean slate. He must read through (or have some good idea through his legal training and experience) what other judges in the past have written, not simply to discover what these other judges have said, or their state of mind when they said it, but to reach an opinion about what they have collectively done, in the way that each of our novelists formed an opinion about the collective novel so far written. Of course, the best interpretation of past judicial decisions is the interpretation that shows these in the best light, not aesthetically but politically, as coming as close to the correct ideals of a just legal system as possible. Judges [167] in the chain of law share with the chain novelists the imperative of interpretation, but they bring different standards of success-political rather than aesthetic-to bear on that enterprise. The analogy shows, I hope, how far naturalism allows a judge’s beliefs about the personal and political rights people have “naturally”-that is, apart from the law-to enter his judgments about what the law requires. It does not instruct him to regard these beliefs as the only test of law. A judge’s background and moral convictions will influence his

A obra de Dworkin abre as portas para discussões mais aprofundadas e a várias críticas, como as feitas por Habermas e seus discípulos. Noutro diapasão, uma questão ainda inquieta os estudiosos das teorias de Dworkin: se o Direito, assim como um romance, deve ser escrito como uma obra inacabada, como se poderia saber se a forma (opção) acolhida pelo juiz-escritor seria a melhor, se ele não tem uma visão global (do todo) da obra. Este enfoque teórico distorcido remete-nos a obras da teoria ontológica da Constituição de Karl Loewestein.

Não há, igualmente, na concepção de Dworkin, uma construção pós-indutiva, que estabeleça os limites a serem alcançados pelo *Judge-writer*. As rasuras são então inevitáveis; não há limites para os rumos da história (decisão judicial que será continuada). Esta postura do juiz como *finder*, não se enquadra na conjuntura social atual que busca a reformulação do princípio do Estado pelo Direito por uma teoria adequada de Democracia.

Disso surge uma das maiores críticas à teoria dworkiana, a do solipsismo judicial.

Para Ommati esta crítica advém de uma leitura deturpada da teoria do autor americano:

Mostrarei que tanto Habermas quanto Ingeborg Maus não leram Dworkin em sua 'melhor luz' e o farei expondo as várias fases da teoria de Dworkin [...] Daí por que devemos lê-lo sob sua melhor luz, ou seja, aplicar os pressupostos de sua teoria jurídica quando formos ler sua própria obra. Como diz Stanley Fish, Dworkin é, em muitas passagens, confuso, mas isso não é desculpa para não tentarmos entender a sua teoria e retirarmos dela todas as suas potencialidades.²⁰¹

Contudo, esta afirmação não pode ser rechaçada, como quer o ilustre autor, pelo mero fato do juiz hercúleo oferecer a possibilidade de que os partícipes do Processo²⁰² ofereçam sua colaboração argumentativa, por meio de uma concepção de processo onde o contraditório se encontra de forma mitigada²⁰³.

decisions about what legal rights people have under the law. But the brute facts of legal history will nevertheless limit the role these convictions can play in those decisions. The same distinction we found in literary interpretation, between interpretation and ideal, holds here as well."

²⁰¹ OMMATI, José Emílio Medauar. *Op. Cit* 2004. p.153/155.

²⁰² O termo Processo, aqui, é utilização como instrumento da jurisdição.

²⁰³ Ommati, não concorda com esta conformação e afirma que o processo judicial, na concepção de Dworkin, se aproximaria da de Elio Fazzalari, ou seja, Processo como procedimento em contraditório: "Aqui, começamos a perceber que Dworkin não acredita em um juiz Hércules que, sozinho, decidiria todos os casos como também a única decisão correta não é a única decisão correta aqui e agora e não mais modificável. Ora, se o Direito deve ser visto como integridade, e a integridade requer a atenção à história e se essa história jurídica se produziu a partir de decisões passadas, decisões essas que foram produzidas em um processo, logicamente esse processo para ser válido utilizou-se dos argumentos das partes para a produção da decisão. Ou seja, embora não esteja claro em Dworkin, a decisão do magistrado é produzida em um processo, que deve respeitar a própria igualdade e liberdade das partes de produzirem seus argumentos e suas provas. Em outras palavras. Dworkin pressupõe sempre a idéia de que a produção da decisão se dá de forma compartilhada, em simétrica paridade entre as partes, em contraditório.". OMMATI, José Emílio Medauar. *A teoria jurídica de Ronald Dworkin: o Direito como integridade. In Jurisdição e Hermenêutica Constitucional.Op.Cit.*2004. p.162.

Deve-se ressaltar, por oportuno, que Dworkin, realmente, não acredita em decisões pacíficas, que não entrem conflitando, ou que não venham a adotar argumentações distintas.²⁰⁴

Ommati acredita que, sendo possível a (re)visitação da decisão judicial, a metáfora do Hércules perderia muito de sua idealidade e por conseguinte, a crítica do solipsismo judicial seria indevida²⁰⁵.

²⁰⁴ “Isto nos ajuda a explicar porque dois juizes naturalistas podem alcançar interpretações diferentes de decisões judiciais passadas sobre acidentes, por exemplo. Eles podem ter diferentes conceitos de ‘encaixe’ ou de ‘melhor encaixe’, de modo que, por exemplo, um pensa que uma interpretação fornece um encaixe aceitável somente se estão apoiadas pelas opiniões dos juizes em casos prévios, enquanto o outro pensa que é suficiente, para satisfazer a dimensão do encaixe, que uma interpretação se encaixe nas reais decisões que estes juizes alcançaram mesmo que não encontre nenhum eco em suas opiniões. Esta diferença pode ser suficiente para explicar, por exemplo, porque um juiz poderia aceitar uma interpretação ‘econômica’ dos casos de acidente – que o essencial do Direito de negligência é reduzir a maioria dos custos sociais do acidente – enquanto outro juiz, que também ache essa interpretação politicamente agradável, poderia se sentir obrigado por suas crenças nos requisitos do encaixe a rejeitá-la. Em algum ponto, entretanto, esta explicação das diferenças entre a teoria dos dois juizes do mesmo corpo do direito tornar-se-ia tensa e artificial. Suponha que o Juiz X acredita, por exemplo, que os pedestres devem tomar cuidado por si mesmos, e não devem andar em áreas onde é notório que os motoristas excedem os limites legais de velocidade. Ele pode confiar nesta opinião para decidir que ‘nosso Direito não reconhece nenhum direito de ressarcimento sempre que alguém é ferido por um motorista veloz quando estava andando a pé em uma estrada em que os motoristas geralmente conduzem seus veículos em alta velocidade’. Se o juiz Y alcançasse um julgamento diferente sobre o que o direito é, porque acredita que os pedestres estão autorizados a supor que as pessoas obedecerão à lei, mesmo quando há uma boa evidência de que não irão proceder desta forma, então isto seria uma força de expressão (expressão forçada) para explicar esta diferença, dizendo que estes juizes discordam sobre a maneira ou o grau em que uma interpretação do direito deve se encaixar em decisões passadas. Fariamos melhor se disséssemos que estes juizes interpretam o direito diferentemente, neste caso, porque trazem diferentes experiências teóricas de moralidade política em suas interpretações, da mesma forma que dois críticos da arte podem discordar sobre a interpretação correta do impressionismo porque trazem diferentes teorias sobre o valor artístico desse trabalho” ‘Natural Law Revisited’, U. Florida. Law Review, 1982. p.34: 165. Tradução livre do original: *“This helps us to explain why two naturalist judges might reach different interpretations of past judicial decisions about accidents, for example. They might hold different conceptions of “fit” or “best fit,” so that, for instance, one thinks that an interpretation provides an acceptable fit only if it is supported by the opinions of judges in prior cases, while the other thinks it is sufficient, to satisfy the dimension of fit, that an interpretation fit the actual decisions these judges reached even if it finds no echo in their opinions. This difference might be enough to explain, for example, why one judge could accept an “economic” interpretation of the accident cases—that the point of negligence law is to reduce the overall social costs of accidents—while another judge, who also found that interpretation politically congenial, would feel bound by his beliefs about the requirement of fit to reject it. At some point, however, this explanation of differences between two judges’ theories of the same body of law would become strained and artificial. Suppose Judge X believes, for example, that pedestrians ought to look out for themselves, and have no business walking in areas in which drivers are known normally to exceed the legal speed limit. He might rely on this opinion in deciding that “our law recognizes no general right to recover whenever someone is injured by a speeding driver while walking on a highway where most drivers speed.” If Judge Y reaches a different judgment about what the law is, because he believes that pedestrians should be entitled to assume that people will obey the law even when there is good evidence that they will not, then it would strain language to explain this difference by saying that these judges disagree about the way or the degree in which an interpretation of the law must fit past decisions. We would do better to say that these judges interpret the law differently, in this instance, because they bring different background theories of political morality to their interpretations, just as two art critics might disagree about the correct interpretation of impressionism because they bring different theories about the value of art to that exercise.”*

²⁰⁵ “E aqui, o juiz Hércules perde muito de sua idealidade. Todo juiz deve ser Hércules, no entender de Dworkin, pois deve ser sensível para se colocar no lugar de todos os afetados pela decisão para que possa decidir. Também cai por terra a crítica do solipsismo judicial da teoria dworkiana, já que se Dworkin está tratando da atividade jurisdicional, obviamente essa atividade deve contar com o apoio das partes, com a colaboração das partes, para

Contudo, o nobre autor americano não compartilha da concepção do papel do juiz na teoria fazzalariana que, longe de uma conformação herculizada, o entende como “prolador do provimento final”. Pois o juiz, na concepção da teoria do *processo como procedimento em contraditório*, não redige o direito como uma obra literária continuada e escrita por romancistas diferentes; para Fazzalari, as partes assumem lugar primordial na construção do provimento, ou seja, elas são, juntamente com o juiz, os escritores.

Revirando as teorias do Processo no decorrer da história, a teoria Dworkiana se enquadra mais adequadamente, se é que se pode enquadrá-la em alguma, na teoria do “processo como relação jurídica” desenvolvida por Bülow, que vê os pressupostos de existência e desenvolvimento do processo pela relação juiz, autor e réu em que, para validade e legítima construção do processo, seriam necessários requisitos que o juiz, o autor e o réu, deveriam cumprir conforme disposto em lei processual, enquanto que o direito disputado e alegado pelas partes situava-se em plano posterior à formação do processo, distinguindo-se pela regulação em norma de direito material, criadora do bem da vida que define a matéria de mérito.²⁰⁶

O que se vê, na teoria de Dworkin, é que se conecta o processo à jurisdição por escopos metajurídicos, definindo processo “como se fosse uma corda a serviço da atividade jurisdicional nas mãos do juiz, para puxar pela coleira mágica a ‘Justiça Redentora’ para todos os homens, trazendo-lhes paz e felicidade”²⁰⁷. Sobre este assunto deter-nos-emos, com um pouco mais de profundidade, quando da discussão da teoria de Habermas.

Habermas tece críticas contrárias à leitura feita por Ommati, na medida em que entende que o juiz ideal apresentado por Dworkin está imerso na teoria do *Comom law*:

A tarefa não consiste na construção filosófica de uma ordem social fundada sobre os princípios da justiça, mas na descoberta de princípios e políticas válidos com base nos quais uma ordem jurídica concreta pode ter seus elementos essenciais justificados de um tal modo que todas as decisões individuais nela se enquadrem como partes de um todo coerente. Como Dworkin sabe, uma tal tarefa só poderia ser realizada por um juiz cujas capacidades intelectuais fossem comparáveis à força física de um Hércules. O ‘juiz Hércules’ tem à sua disposição dois componentes de um conhecimento ideal: ele conhece todos os princípios e programas válidos requeridos para justificação e, ao mesmo tempo ele goza de um panorama completo dos fios argumentativos densamente traçados que vinculam conjuntamente os elementos do Direito válido tal como existe no presente. Ambos os requisitos fixam os limites de construção da teoria. A margem da discricionariedade que Hércules recobre com a sua capacidade sobre-humana de argumentação é definida, por um lado, pela possibilidade de variação dos níveis hierárquicos dos princípios e programas, por outro, pela necessidade de discernir de um modo crítico o cerne do

a produção da decisão. É dizer: as partes agem, no processo, em contraditório, em simétrica paridade e com liberdade.”. *Idem. Op. Cit* 164

²⁰⁶ Pereira Leal, Rosemiro. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Síntese, 2004.p.87.

²⁰⁷ *Idem. Op. Cit* p.88.

Direito positivo e de corrigir os ‘enganos’. Hércules, sem dúvida, deveria desvelar (*entdecken*) o conjunto coerente (*Kohärente Menge*) de princípios que justificam a história institucional de um dado sistema jurídico de um modo tal como o requerido pela equanimidade (*Fairness*)²⁰⁸

Seguramente, é uma possibilidade remota para o juiz obter a única resposta correta, ou sentença correta, aqui entendida nos moldes da teoria kelsiana e dworkiana, em razão da própria condição humana de incompletude e de constante mutabilidade sócio-econômica e porque não reflexiva sobre os fatos.

Por outro lado, não se pode discordar que dentro de uma situação concreta, e do projeto sócio-reconstrutivo-democrático, poder-se-á alcançar, dentro do sistema do direito, levando-se em conta um horizonte sistêmico-hermenêutico processualizado²⁰⁹, uma decisão que seja adequada à factualidade e à validade do contexto histórico e sócio-econômico.

Isso não significa que a teoria dworkiana é de todo dispensável. Para Habermas a Teoria de Dworkin apresenta opções convenientes para falhas apresentadas pela hermenêutica, pelo realismo e também pelo positivismo jurídico no julgamento de questões²¹⁰. Contudo, entende que Hércules deveria ser libertado de sua solidão pelo próprio significado e sentido de integridade, que pressupõe uma comunidade de indivíduos integrados e que assumem uma postura realizadora diante todos os demais²¹¹.

Mostra-se, pois, necessária, como já visto alhures, uma compreensão do Direito em Habermas, para então tecermos comentários crítico reconstrutivos, traçando um paralelo processualizado da compreensão da legitimação da decisão jurídica, num viés de Processo democrático, enquanto instituição jurídica constitucionalizada, que permita ao discurso permear-se entre os vários enunciados jurídicos-sociais-econômicos e produzir esclarecimentos, aí sim, da forma confabulada por Habermas e pelos *Neo-institucionalistas* do processo. Antes disso, porém, necessário se faz verificar uma segunda crítica proposta a teoria de Kelsen, que trabalhando a norma e o sistema jurídico propõe uma inversão de sentido no conteúdo normativo.

²⁰⁸ HABERMAS, Jürgen. *Fatigade e validade*. *Op cit*, capítulo 5, p.22/23.

²⁰⁹ Este ponto será apresentado e construído nos próximos capítulos.

²¹⁰ “A teoria do Juiz Hércules reconcilia as decisões racionalmente reconstruídas do passado com a pretensão de aceitabilidade racional no presente, ela reconcilia a história com a justiça. Ela dissolve a ‘tensão entre a originalidade judicial e a história institucional [...] os juízes devem levar a efeito novos juízos acerca dos direitos das partes que perante eles comparecem, mas esses direitos políticos refletem, ao contrário de se oporem, as decisões do passado.”. Habermas, Jürgen. *Fatigade e validade*. *Op. Cit* p.23.

²¹¹ “Mas quando Günther propõe a referida noção de paradigma para diminuir a indeterminação do processo de decisão, chega-se à conclusão de que é impossível manter Hércules em um pedestal e não assumindo uma prática realizativa, porque uma noção paradigmática do Direito, como pondera Habermas, só pode levar às consequências referidas. [...] Então propõe Habermas que Hércules deixe seu trono para que assuma um projeto de interpretação construtiva capaz de ser efetivamente compartilhado por todos, isto é, justificado por razões publicamente defensáveis.”. CHAMON JR. Lúcio. *Op. Cit.*, p. 118.

4.4. CRÍTICA FAZZALARIANA À TEORIA KELSENIANA

O processualista italiano Elio Fazzalari vê na teoria normativa kelseniana, assim como na de Dworkin, uma série de problemas, principalmente quanto ao caráter positivo da interpretação da lei. Enquanto Kelsen concentrou o estudo da juridicidade no ilícito, Fazzalari trabalha em parâmetros diametralmente opostos, ou seja, concentra o estudo da juridicidade no lícito. O ilícito para ele não é o cânone de conduta. A conduta é valorada pelo lícito, e o ordenamento jurídico é o complexo de normas, de faculdades, de poderes, de deveres, o complexo de licitudes, ou seja, há na normatividade uma conectividade que permite aos componentes de uma dada sociedade estabelecer o que é “lícito”.

Aroldo Plínio Gonçalves leciona:

Pode-se confirmar, ainda, a cada instante, a observância do Direito sem a manifestação da sanção, pois não se pode negar efeitos jurídicos aos atos lícitos cumpridos espontaneamente, que se desenvolvem e se esgotam sem o apelo à proteção jurisdicional. E esses, em uma sociedade dotada de certa estabilidade, prevalecem sobre as situações de litígio que, quando não resolvidas na esfera particular, são levadas à apreciação do Estado, através da provocação da função jurisdicional²¹².

Isto não quer dizer que não exista o ilícito. O ilícito comparece, mas como a conduta que consiste na inobservância do dever. Mesmo quando trabalha a norma penal, Fazzalari demonstra que o cânone de conduta em relação à norma que o define, por exemplo, o homicídio, é o não matar, e a norma penal tem, para ele, o caráter de norma processual, porque se dirige ao poder jurisdicional.

Nas palavras de Fazzalari:

*Oltre alla qualificazione di ‘liceità’ ed a quella di ‘doverosità’, non si completa anche la qualifica di ‘illecito’: non è, infatti, che, per la norma, uccidere un uomo sai ‘illecito’, bensì è corretto ritenere che il ‘non uccidere’ sai ‘doveroso’. ‘Illecito’ è la qualifica che può collegarsi non all’astratta condotta contemplata dalla norma, ma a quella concretamente tenuta da un soggetto, e difforme dal modello di condotta ‘doverosa’: così la condotta di quel determinato debitore che, in concreto, non paghi il debito.*²¹³

²¹² GONÇALVES, 1992, p.54

²¹³ Além da qualificação de “licitude” e daquela “obrigatoriedade”, a qualificação de “ilícito” também não é completa: não é, de fato, que, para a norma, matar um homem seja ilícito, mas é correto deduzir que o “não matar” seja “devido”. “Ilícito” é a qualidade que pode se coligar não à abstrata conduta contemplada da norma, mas àquela concretamente realizada por um sujeito, e de forma diversa do modelo da conduta “devida”: assim, a conduta daquele determinado devedor que, em concreto, não paga o débito. *Tradução livre de FAZZALARI*. p.47.

Mas, afinal, o que é o Direito, então? Fazzalari levanta essa indagação da seguinte forma: *“A chi s’interrogghi su che cosa sai il ‘diritto è dato di cogliere, nella relata che lo circonda, condotte che pongono regole di comportamento; che (ri)conoscono tali regole e che le applicano; che le violano; che le fanno rispettare; che, insoma, riguardano la realizzazione di um ordine della convivenza.”*²¹⁴

A formulação conceitual fazzalariana é construída no plano lógico-formal, donde obtém o seguinte conceito: a norma consiste em um cânone de valoração de uma conduta. Estabelece a descrição de um comportamento e seus elementos e requisitos e o qualifica de lícito e devido. Já a conduta ilícita é estabelecida pelo comportamento contrário ao estabelecido na norma.

Ressalte-se que esta noção de ilicitude, que não se busca pela leitura da norma; não está contida na norma, em sua abstração: ela assume a forma de um comportamento valorado frente à situação concreta.

A norma, como cânone de valoração, contém, além da descrição de um comportamento, de seus elementos e requisitos, a indicação do pressuposto em presença do qual o comportamento previsto é submetido à valoração jurídica. Fazzalari denomina este pressuposto de *“fattispecie”*, que *“è ritenuto essere anche, nella struttura della norma, il presupposto (fratico) della sanzione (neustico)”*²¹⁵.

Em alguns casos, a norma geral e abstrata estabelecida pelo Estado pode comportar diversas situações singulares, susceptíveis de um número indefinido de repetições, todas entendidas como comportamentos qualificados a partir da norma. Neste sentido:

*Inoltre, la norma può riguardare um comportamento singolo, oppure la serie di um comportamento típico, cioè suscettibile di um numero indefinito di ripetizione. Io posso (potevo!) porre a mio figlio la regola, vincolante ed esclusiva (tale ritenuta da me e da lui), di rientrare a casa, uma certa será, ad uma certa ora; lo Stato dispone che tutti i padri debbano educare i loro figli: quella posta da me è uma norma ‘individuale (o ‘singolare’; quella dello Stato uma norma ‘generale’ per comportamento tipizzato (la educazione del figlio da parte del padre). Tale ultima norma – supérfluo ripeterlo – s’individua e si concreta soltanto all’insorgere, nlla realtà, del presupposto indicato dalla norma stessa (per es., Tizio diventa padre): donde l’ulteriore attributo dell’ ‘astrattezza’.*²¹⁶

²¹⁴ Há quem possa se pergutar sobre que coisa é o “direito” é dado a colher, na realidade que o circunda, verificar condutas que determinam regras de comportamento; que (re)conhecem tais regras e que as aplicam; que as violam; que as fazem respeitar; que, em resumo, dizem respeito à realização de uma ordem de convivência. *Tradução livre de FAZZALARI, 1992, p.19/20.*

²¹⁵ é o pensamento sendo também, na estrutura da norma, o pressuposto (fático) da sanção (*neustico*) *tradução livre de FAZZALARI, p. 47/48 – nota 96.*

²¹⁶ Por outro lado, a norma pode descrever um comportamento singular, ou mesmo a sequência de um comportamento típico, isto é, suscetível a número indefinido de repetições. Eu posso (podia!) impor ao meu filho a regra, vinculante e exclusiva (assim considerada por mim e por ele) de retornar para a casa uma certa noite, a uma certa hora; o Estado dispõe que todos os pais devem educar os seus filhos: a regra instituída por mim nesse

Na disposição Fazzalariana, a norma é apresentada por suas diversas facetas de diversas formas. Dentre as quais, como cânone de valoração (comportamento qualificado e devido), como ato jurídico, ou como posição jurídica subjetiva.

Insomma, quando la condotta consiste in una volizione, essa può essere assunta come ‘conone di valutazione’ o come ‘atto valutato’ (qualificato, cioè, come ‘lecito’ o ‘doveroso’). La scelta va operata nel concreto: così, il rapporto che assolutamente prevale in una società articolata e complessa come lo Stato è quelle in cui la volizione dello Stato, generale ed astratta, si pone come regola, mentre la disposizione individual esta come ‘atto regolato’. (Naturalmente, la legge non si sottrae al rapporto ‘norma – atto regolato’, nel senso che gioca, a sua volta, il ruolo di ‘atto’ rispetto alle norme costituzionali che ne regolano la creazione)²¹⁷

Na interpretação de Aroldo Plínio:

A norma jurídica, do ponto de vista de sua estrutura lógica, é contemplada não apenas como “cânone de valoração de uma conduta”, isto é, como regra vinculante e exclusiva que expressa os valores da sociedade, mas também em relação à conduta por ela descrita, a que se liga a valoração normativa. Sendo o ato sinônimo de conduta (que tem no comportamento o seu conteúdo), dessa valoração resulta a qualificação do ato jurídico como lícito (o uso do próprio bem), ou como devido. A posição do sujeito em relação à norma permite falar em posição subjetiva, ou posição jurídica subjetiva, e qualificar a conduta como faculdade ou poder, se é valorada como lícita, e como dever, se é valorada como devida²¹⁸

A norma pode ser vista desses três ângulos. Sendo a posição jurídica subjetiva uma das interfaces da norma, que precede ao cânone de valoração e antecede ao ato jurídico, fazendo uma ponte entre eles. Assim, antes que um sujeito pratique um ato jurídico, evidencia-se a posição jurídica, que pode ser uma faculdade, um dever ou um direito. Pode ser considerada pela sua abstração, quando não estabelece um sujeito real para sua aplicação, ou pela sua concretude, quando prevê um sujeito determinado.

São consideradas posições subjetivas primárias: a faculdade, o poder e o dever, de modo que a partir da norma se perquire uma posição subjetiva, que pode ser uma faculdade, um poder ou um dever, que assegura ao sujeito uma posição de vantagem, que é um direito

caso é uma norma “individual” (ou “singular”) coligada àquela; a norma do Estado é uma norma “geral” que tipifica um comportamento abstrato (a educação do filho por parte do pai). Tal última norma – supérfluo repeti-lo – se individua e se concretiza somente no insurgir, na realidade, dos pressupostos indicados pela própria norma (por exemplo, Tizio torna-se pai): daí os outros atributos da “abstração”. *Tradução livre de FAZZALARI*, p. 48

²¹⁷ Em resumo, quando a conduta consiste em uma vontade, esta pode ser considerada como “padrão de valoração” ou como “ato valorado” (qualificado como “lícito” ou “obrigatório”). A escolha é feita concretamente: portanto, a relação que predomina em uma sociedade articulada e complexa como o Estado é aquela cuja vontade do Estado, geral e abstrata, se coloca como regra, enquanto a disposição individual fica como “ato regulado”. (Naturalmente, a lei não se subtrai da relação “norma-ato regulado”, no sentido que representa, por sua vez, o papel de “ato” em relação às normas constitucionais que lhe regulam a criação.). *Tradução livre de FAZZALARI*, p.49

²¹⁸ GONÇALVES, 1992, p. 106

subjetivo, uma posição fundamental de segundo grau²¹⁹. Para o autor, o direito subjetivo é uma posição de vantagem que um sujeito possui frente a um bem, descrito na norma jurídica. Como ressalta Aroldo Plínio, o conceito de direito subjetivo é extraído a partir da posição do sujeito em relação ao comportamento determinado pela norma²²⁰. Desta posição subjetiva do sujeito frente a um determinado bem, prevista pela norma, surge um dever para os demais sujeitos – considerados terceiros em relação ao bem. Este dever pode ser relativo, como o dever de pagar a prestação decorrente de um direito de crédito, ou um dever de caráter absoluto, como o dever de abstenção frente a um direito absoluto.

Portanto, o ilícito não faz parte, não integra a estrutura do procedimento, e do processo por consequência²²¹.

Cumprе ressaltar, por oportuno, que para Fazzalari, a norma, como o ato que ela qualifica e como a posição jurídica subjetiva que dela se extrai, está no âmbito de um ordenamento dado, ou seja, as normas não podem dar significados por si só, estão em conexão com outras normas, com outros atos, com outras posições jurídicas. Um dos tipos de conexão é o que se manifesta com a seqüência das normas²²².

O autor inicia, por conseguinte, o estudo da estrutura do procedimento, que é uma das formas possíveis, pois, afinal, este nada mais é do que uma seqüência de normas, atos e posições subjetivas.

Na compreensão do autor, o procedimento se evidencia quando há previsão de uma seqüência de normas, em que uma norma valora uma conduta como lícita ou devida, e esta conduta qualificada é pressuposto para qualificação da conduta prevista na norma subsequente. Além disso *“è a dirsi dello schema del ‘procedimento’, in cui si riunisce una seqüela di norme, e dunque di atti valutati, fino a, e compreso, um atto finale allá cui formazione essi cospurano”*²²³.

O procedimento é, então, uma seqüência de normas, atos e posições subjetivas, que se encadearão até a realização do ato final, no qual a norma precedente – que estabelece uma conduta valorada como lícita ou devida – é pressuposto para realização da consequente. A primeira norma e a conduta dela decorrente ligam-se à segunda como um pressuposto ou como sua *fattispecie*.

Nas palavras autor:

²¹⁹ FAZZALARI, 1992, p. 51

²²⁰ GONÇALVES, 1992, p.106

²²¹ GONÇALVES, 1992:107

²²² FAZZALARI, p.61

²²³ Deve se tratar do esquema do “procedimento como uma seqüência de normas e, portanto, de atos valorados, neles incluído o ato final para cuja formação eles conspiram. *Tradução livre de FAZZALARI, P. 49*

*... procedimento se coglie quando ci si trova de fronti ad una serie di norme ciascuna delle quali regola una determinata condotta (qualificandola come lecita o doverosa), ma enuncia come presupposto della propria incidenza el compimento di un'attività regolata da altra norma della serie, e così via fino a la norma regolatrice de un atto finale.*²²⁴

Mas a estrutura do procedimento se apresenta quando se está diante de uma série de normas, que enuncia como pressuposto de sua própria operação o cumprimento de uma atividade regulada por uma outra norma dessa série, ou seja, o procedimento se apresenta como uma seqüência de atos previstos e estimados das normas.

E esclarece:

*Il procedimento va, infine, riguardato come una serie di 'facoltà', 'poteri', 'doveri': quante e quali sono lê 'posizione soggettive' che è dato trarre dalle norme in discorso; e che risultano anch'esse, e necessariamente, collegate in modo che, ad esempio, un potere spetti ad un soggetto quando un dovere sai stato compiuto, da lui o da altri, e, a sua volta, l'esercizio di quel potere costituisca il presupposto per l'insorgere di um altro potere (o facoltà o dovere)*²²⁵

Nesta concepção triangular – norma, ato e posição jurídica – pode-se dizer que o procedimento é uma utilização da práxis vital, ou seja, no uso corrente contemplado do próprio ponto de vista do ato.

*Ovviamente, ciascuno degli atti de quibus è legato all'altro, in guisa di essere la conseguenza dell'atto che lo precede e il presupposto di quello che lo segue. Dal punto de vista degli atti, il procedimento sta nella loro successione, nella scanzone temporale per cui ogni atto della seria segue un altro, secondo l'ordine stabilito dalla legge*²²⁶

Fazzalari, então, passa a apresentar uma distinção entre “procedimentos”, do ponto de vista da estrutura, pois há que se considerar a forma e o conteúdo daquela estrutura.

Da contemplare, poi, la distinzione fra il procedimento, i cui atti facciano capo ad un solo soggetto, cioè all'autore del procedimento finale, e quello – che normalmente ricorre – 'plurisoggettivo', nel quale gli atti della serie fanno capo anche a soggetti diversi dall'autore dell'atto. Come accennato, e come meglio vedremo, la pluralità dei soggetti è immancabile nella struttura del 'processo', ma

²²⁴ ... o procedimento se verifica quando se está de frete a uma série de normas, cada uma das quais reguladora de uma determinada conduta (qualificando-a como lícita ou obrigatória), mas que enunciam como condição da sua incidência o cumprimento de uma atividade regulada por outra norma da série, e assim por diante, até a norma reguladora de uma “ato final”. *Tradução livre de FAZZALARI, 1992, p. 61*

²²⁵ O procedimento é, enfim, visto como uma série de “faculdades”, poderes”, “deveres”, quantas e quais sejam as posições subjetivas possíveis de serem extraídas das normas em discurso e que resultam também elas necessariamente ligadas, de modo que, por exemplo, um poder dirigido a um sujeito depois que um dever tenha sido cumprido, por ele ou por outros, e por sua vez o exercício daquele poder constitua o pressuposto para o insurgir-se de um outro poder (ou faculdade ou dever). *Tradução livre de FAZZALARI, P.78*

²²⁶ Obviamente, cada um dos atos de *quibus* é ligado ao outr, à guisa de ser a consequência do ato que o precede e o pressuposto daquele que o segue. Do ponto de vista dos atos, o procedimento está na sucessão, na distância temporal pela qual cada ato da série segue um outro, segundo a ordem estabelecida pela lei. *Tradução livre de FAZZALARI, P. 82*

*non ne costituisce la caratteristica, che sta nella qualità dei soggetti nel modo della loro partecipazione all'iter formativo del provvedimento. [...] La distinzione più pregnante nell'ambito del genus procedimento – e, comunque, quella che di più interessa in questa sede – è la cesura fra 'procedimento' e 'processo'.*²²⁷

A processualidade, então, se mostra indispensável à teoria do Direito moderno. Contudo, e seguindo os ensinamentos de Fazzalari²²⁸, necessário ainda se mostra, em tal complexo teórico, ressoar a validade provimental. O que foi proposto por Habermas em sua obra jurídica *Faticidade e Validéz*.

4.5. REVIRAVOLTA DA RACIONALIDADE E DA VERDADE NA MODERNIDADE, SEGUNDO A TEORIA DISCURSIVA.

Com a modernidade, a autonomia da ação se desgarra de suas amaras de ordem religiosa e da autoridade secular²²⁹. Assim, as verdades totais apoiadoras do mundo

²²⁷ Deve-se contemplar, pois, a distinção entre procedimento cujos atos façam referência a um só sujeito, isto é, ao autor do provimento final, e aquele provimento – que normalmente se repete – “plurissubjetivo”, no qual os atos da série conduzem também a sujeitos diversos do autor do ato. Como mencionado, e como veremos melhor, a pluralidade dos sujeitos é indispensável na estrutura do “processo”, mas não se constitui na característica, que está na qualidade dos sujeitos e no modo da sua participação no *iter* formador do provimento. *Tradução livre de FAZZALARI*, P. 81-82

²²⁸ Pois em seus escritos mais recentes, Fazzalari afirma que: “*La teoria habermasiana [...] è, al tempo stesso 'consensuale' e 'procedurale', e riguarda tanto le conoscenze quanto i valori*” (Conoscenza e valori, p.4. nota 5.

²²⁹ Marx, no final do século XIX, e Freud, no início do século XX, puseram em questão o otimismo racionalista. Cada qual em seu campo de investigação e cada qual voltado para diferentes aspectos da ação humana - Marx, voltado para a economia e a política; Freud, voltado para as perturbações e os sofrimentos psíquicos -, fizeram descobertas que, até agora, continuam impondo questões filosóficas. “Marx descobriu que temos a ilusão de estarmos pensando e agindo com nossa própria cabeça e por nossa própria vontade, racional e livremente, de acordo com nosso entendimento e nossa liberdade, porque desconhecemos um poder invisível que nos força a pensar como pensamos e agir como agimos. A esse poder - que é social - ele deu o nome de ideologia. Freud, por sua vez, mostrou que os seres humanos têm a ilusão de que tudo quanto pensam, fazem, sentem e desejam, tudo quanto dizem ou calam estaria sob o controle de nossa consciência porque desconhecemos a existência de uma força invisível, de um poder - que é psíquico e social - que atua sobre nossa consciência sem que ela o saiba. A esse poder que domina e controla invisível e profundamente nossa vida consciente, ele deu o nome de inconsciente” (CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. 13ª.ed. São Paulo: Ática, 2003, p.44). Diante dessas duas descobertas, a Filosofia se viu forçada a reabrir a discussão sobre o que é e o que pode a razão, sobre o que é e o que pode a consciência reflexiva, ou o sujeito do conhecimento, sobre o que são e o que podem as aparências e as ilusões. “Ao mesmo tempo, a Filosofia teve que reabrir as discussões éticas e morais: O homem é realmente livre ou é inteiramente condicionado pela sua situação psíquica e histórica? Se for inteiramente condicionado, então a História e a cultura são causalidades necessárias como a Natureza? Ou seria mais correto indagar: Como os seres humanos conquistam a liberdade em meio a todos os condicionamentos psíquicos, históricos, econômicos, culturais em que vivem?” (CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. 13ª.ed. São Paulo: Ática, 2003, p.48) Não se pode falar num processo, numa evolução ou num avanço da razão a cada nova teoria, pois a novidade significa justamente que se trata de algo tão novo, tão diferente e tão outro que será absurdo falar em continuidade e avanço. Não há como dizer que as idéias e as teorias passadas são falsas, erradas ou atrasadas: elas simplesmente são diferentes das outras porque se baseiam em princípios, interpretações e conceitos novos.

circundante se esvaem entre curativos históricos que não dão conta da complexidade moderna e que só postergam o enfrentamento dos problemas sociais, quando não desembocam em atropelamentos sócio-humanitários ou verdadeiras tragédias sem precedentes; desta forma o mundo veio se arrastando da inauguração da era moderna, com o fracassado projeto iluminista, até o momento, quando então, depois de duas grandes guerras, a humanidade se deu conta de que o projeto iluminista-humanista deveria ser reformulado²³⁰.

Na perspectiva de formular uma teoria crítica da sociedade, Habermas propôs a revisitação dos pilares da filosofia moderna, tais como: conhecimento, razão, verdade e direito, para formular uma teoria comunicativa da sociedade, pois, conforme nos ensina Theresa Calvet Magalhães: “uma teoria da sociedade que aceita sistemas de regras abstratas para gerar relações intersubjetivas nas quais os próprios sujeitos são formados”²³¹

Miracy Gustin afirma que Habermas assumiu uma posição crítica e a manteve, assentando-se na crença de que a filosofia não pode mais sustentar de forma isolada sua pretensão de revelar a natureza fundamental da realidade²³². Assim sendo, deve utilizar o

Em cada momento de sua história, a razão produziu uma tese a respeito de si mesma e, logo a seguir, uma tese contrária à primeira ou uma antítese. Cada tese e cada antítese foram momentos necessários para a razão conhecer-se cada vez mais. Cada tese e cada antítese foram verdadeiras, mas parciais. Sem elas, a razão nunca teria chegado a conhecer-se a si mesma. Mas a razão não pode ficar estacionada nessas contradições que ela própria criou, por uma necessidade dela mesma: precisa ultrapassá-las numa síntese que una as teses contrárias, mostrando onde está a verdade de cada uma delas e conservando essa verdade. Essa é a razão histórica (CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. 13ª.ed. São Paulo: Ática, 2003, p.49).

²³⁰ “A modernidade marcou (ou aprofundou), como frisamos, a secularização das sociedades, promovendo a necessidade da busca de fundamentação do direito em patamares teóricos que se afastassem daqueles adotados por organizações sociais cuja coesão se fundava em parâmetros éticos ou morais convergentes (fundo mítico ou tradicional). A filosofia do sujeito deixa, assim, suas primeiras e profundas marcas nas formas de organização das sociedades ocidentais, em um primeiro momento histórico, numa pré-compreensão e que ao direito incumbiria assegurar liberdades individuais ao afloramento das potencialidades de cada membro de sociedade formada por homens livres e iguais.”. CORDEIRO LEAL, André. *Processo e Jurisdição no Estado Democrático de Direito: retrocessos teóricos-paradigmáticos do direito processual coletivo*. Revista do curso de Direito do Unicentro Izabela Hendrix, 2003, p.11-23.

²³¹ MAGALHÃES, Theresa Calvet de. *In Realism after the linguistic-pragmatic turn*. Cognitio, São Paulo, vol. 4, n. 2 (2003), p. 211-226. tradução livre do original: “theory of society that accepts abstract systems of rules for generating intersubjective relations in which subjects themselves are formed”.

²³² Desde o começo da Filosofia, a origem da palavra razão fez com que ela fosse considerada oposta a quatro outras atitudes mentais: “1. ao conhecimento ilusório, isto é, ao conhecimento da mera aparência das coisas que não alcança a realidade ou a verdade delas; para a razão, a ilusão provém de nossos costumes, de nossos preconceitos, da aceitação imediata das coisas tais como aparecem e tais como parecem ser. As ilusões criam as opiniões que variam de pessoa para pessoa e de sociedade para sociedade. A razão se opõe à mera opinião; 2. às emoções, aos sentimentos, às paixões, que são cegas, caóticas, desordenadas, contrárias umas às outras, ora dizendo “sim” a alguma coisa, ora dizendo “não” a essa mesma coisa, como se não soubéssemos o que queremos e o que as coisas são. A razão é vista como atividade ou ação (intelectual e da vontade) oposta à paixão ou à passividade emocional; 3. à crença religiosa, pois, nesta, a verdade nos é dada pela fé numa revelação divina, não dependendo do trabalho de conhecimento realizado pela nossa inteligência ou pelo nosso intelecto. A razão é oposta à revelação e por isso os filósofos cristãos distinguem a luz natural - a razão - da luz sobrenatural - a revelação; 4. ao êxtase místico, no qual o espírito mergulha nas profundezas do divino e participa dele, sem qualquer intervenção do intelecto ou da inteligência, nem da vontade. Pelo contrário, o êxtase místico exige um estado de abandono, de rompimento com a atividade intelectual e com a vontade, um rompimento com o estado

conhecimento das disciplinas empíricas com a filosofia, que se impõe como um elo que integra os resultados obtidos através do conhecimento produzido pelas ciências sociais e humanas no julgamento da história, com suas variadas perspectivas e dilemas. Dews, afirma que ela: “Caminha sempre no sentido de produzir uma teoria crítica da sociedade moderna que incorpore tanto suas falhas ou distorções como suas realizações positivas, com o objetivo de entender a potencialidade dessa sociedade de construir uma vida humana coletiva.”²³³.

Habermas busca, então, integrar conceitos da filosofia e da ciência estudando a razão na sua mais profunda dimensão, na busca de uma maior compreensão, possibilidades e limites da racionalidade.

*we use the predicate “rational” in the first instance to refer to beliefs, actions, and linguistic utterances because, in the propositional structure of knowledge, in the teleological structure of action, and in the communicative structure of speech, we come upon various roots of rationality. These do not for their part appear to have common roots, at least not in the discursive structure of justificatory practices, nor in the reflexive structure of the self-relation of a subject participating in discourses. It is more probably the case that the structure of discourse establishes an interrelation among the entwined structures of rationality (the structures of knowledge, action, and speech) by, in a sense, bringing together the propositional, teleological, and communicative roots. According to such a model of intermeshed core structures, discursive rationality owes its special position not to its foundational but to its integrative role.*²³⁴.

Nesse sentido Habermas compreende “a racionalidade como uma disposição própria daqueles sujeitos capazes de falar e de agir”²³⁵, ou seja, parte do princípio de que os homens são capazes de ação e para tanto utilizam-se da linguagem para se comunicar com os seus pares, buscando chegar a um entendimento. É, portanto, a questão que remonta ao dizer, como foi dito e como foi entendido pela pessoa à qual está dirigido o ato de fala.

consciente, para entregar-se à fruição do abismo infinito. A razão ou consciência se opõe à inconsciência do êxtase.” (CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. 13ª.ed. São Paulo: Ática, 2003, p.35)

²³³ DEWS, Peter. *Apud* GUSTIN, Miracy. *Das necessidades Humanas aos Direitos*. Belo Horizonte: Del Rey. 1999, p. 164.

²³⁴ HABERMAS, *On the Pragmatics of Communication*, p. 308-309; traduzido livremente como: “usamos o predicado “racional” em primeiro lugar para nos referir a crenças, a ações e a proferimentos lingüísticos porque, na estrutura proposicional do conhecimento, na estrutura teleológica da ação, e na estrutura comunicativa da linguagem, nos deparamos com várias raízes da racionalidade. Estas, por sua vez, não parecem ter fundamentos comuns, pelo menos não na estrutura discursiva das práticas de justificação, nem na estrutura reflexiva da auto-relação de um sujeito participando dos discursos. O mais provável é que a estrutura do discurso estabeleça uma inter-relação entre as estruturas entrelaçadas da racionalidade (as estruturas do conhecimento, da ação, e da linguagem) ao juntar, num certo sentido, as raízes proposicionais, teleológicas e comunicativas. Segundo um tal modelo de estruturas fundamentais interligadas, a racionalidade discursiva deve a sua posição especial não ao seu papel de fundamentação, mas sim ao seu papel integrativo.”

²³⁵ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo*. P. 38.

Para Habermas, a racionalidade, na modernidade, deve poder resolver questões de ordem prática²³⁶, justamente porque estabelece um sentido amplo de verdade, que se contrapõe à teoria da verdade como correspondência, ou seja, às concepções que entendem a verdade como uma correspondência entre enunciados e fatos.

Neste sentido Habermas, sendo citado por Manuel Atienza, afirma:

Só posso [...] atribuir um predicado a um objeto se, também, qualquer um que pudesse entrar em discussão comigo atribuisse o mesmo predicado ao mesmo objeto; para distinguir os enunciados verdadeiros dos falsos me refiro ao juízo dos outros e, na verdade, ao juízo de todos aqueles com quem eu pudesse iniciar uma discussão (inclusive todos os oponentes que eu poderia encontrar, se a minha vida fosse extensiva à história do mundo humano). A condição para a verdade dos enunciados é o assentimento potencial de todos os demais²³⁷

A idéia de razão instrumental (clássica)²³⁸ é reformulada pelos termos da razão comunicacional, através de relações intersubjetivas, nas quais, pela interação de dois ou mais sujeitos, os mesmos buscam entender-se sobre determinado assunto ou objeto a fim de compreendê-lo.

²³⁶ “a teoria da ação comunicativa se propõe a investigar a ‘razão’ inscrita na própria prática comunicativa cotidiana e reconstruir, a partir da base da validade da fala, um conceito não reduzido de razão” (HABERMAS. *Op. Cit.* 1997, p. 506)

²³⁷ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*. São Paulo: Landy: 2003, p.161.

²³⁸ Desde seus começos a Filosofia considerou que a razão opera seguindo certos princípios que ela própria estabelece e que estão em concordância com a própria realidade, mesmo quando os empregamos sem conhecê-los explicitamente, pois “o conhecimento racional obedece a certas regras ou leis fundamentais, que respeitamos até mesmo quando não conhecemos diretamente quais são e o que são. Nós as respeitamos porque somos seres racionais e porque são princípios que garantem que a realidade é racional”. Marilena Chauí enuncia esses princípios da seguinte forma: “Princípio da identidade, cujo enunciado pode parecer surpreendente: “A é A” ou “O que é, é”. O princípio da identidade é a condição do pensamento e sem ele não podemos pensar. Ele afirma que uma coisa, seja ela qual for (um ser da Natureza, uma figura geométrica, um ser humano, uma obra de arte, uma ação), só pode ser conhecida e pensada se for percebida e conservada com sua identidade. Princípio da não-contradição (também conhecido como princípio da contradição), cujo enunciado é: “A é A e é impossível que seja, ao mesmo tempo e na mesma relação, não-A”. Assim, é impossível que a árvore que está diante de mim seja e não seja uma mangueira; que o cachorrinho de dona Filomena seja e não seja branco; que o triângulo tenha e não tenha três lados e três ângulos; que o homem seja e não seja mortal; que o vermelho seja e não seja vermelho, etc. Princípio do terceiro excluído, cujo enunciado é: “Ou A é x ou é y e não há terceira possibilidade”. Por exemplo: “Ou este homem é Sócrates ou não é Sócrates”; “Ou faremos a guerra ou faremos a paz”. Este princípio define a decisão de um dilema - “ou isto ou aquilo” - e exige que apenas uma das alternativas seja verdadeira. Mesmo quando temos, por exemplo, um teste de múltipla escolha, escolhemos, na verdade, apenas entre duas opções - “ou está certo ou está errado” - e não há terceira possibilidade ou terceira alternativa, pois, entre várias escolhas possíveis, só há realmente duas, a certa ou a errada. Princípio da razão suficiente, que afirma que tudo o que existe e tudo o que acontece tem uma razão (causa ou motivo) para existir ou para acontecer, e que tal razão (causa ou motivo) pode ser conhecida pela nossa razão. O princípio da razão suficiente costuma ser chamado de princípio da causalidade para indicar que a razão afirma a existência de relações ou conexões internas entre as coisas, entre fatos, ou entre ações e acontecimentos. Pode ser enunciado da seguinte maneira: “Dado A, necessariamente se dará B”. E também: “Dado B, necessariamente houve A”. Isso não significa que a razão não admita o acaso ou ações e fatos acidentais, mas sim que ela procura, mesmo para o acaso e para o acidente, uma causa. A diferença entre a causa, ou razão suficiente, e a causa casual ou acidental está em que a primeira se realiza sempre, é universal e necessária, enquanto a causa acidental ou casual só vale para aquele caso particular, para aquela situação específica, não podendo ser generalizada e ser considerada válida para todos os casos ou situações iguais ou semelhantes, pois, justamente, o caso ou a situação são únicos”. (CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. 13ª.ed. São Paulo: Ática, 2003, p.45).

Das relações intersubjetivas é que se permite discernir a universalização dos interesses numa discussão. É exatamente neste ponto que o fundamento de uma ética da discussão exige a reconstrução de um espaço crítico, aberto e pluralista (espaço público). Desta forma a racionalidade passa a ser vista como uma fonte inspiradora nas ações humanas, visando à emancipação dos homens e a um maior entendimento do mundo.

Nesse contexto, a linguagem torna-se um ponto de destaque em sua teoria, podendo-se considerar a linguagem como toda e qualquer forma de comunicação que pode transformar ou modificar comportamento. Seriam todos os estímulos que o meio transmite, ou que podem ser captados do meio e que influenciam os participantes de alguma maneira²³⁹.

A linguagem, sob o ponto de vista habermasiano, é concebida como o elo de interação entre os indivíduos como forma de garantir um processo democrático nas decisões coletivas, onde através de argumentos e contra-argumentos, livres de coerções, os sujeitos buscam conseguir acordos.

Miracy Gustin elucida que a partir daí, Habermas revisita o conceito de razão e formula os conceitos de razão comunicativa e de mundo da vida, que dão novos contornos teóricos à sua teoria da racionalidade comunicativa, numa tentativa de fundamentar normativamente sua teoria social crítica. Aqui interessa-nos a abordagem da autonomia do agir e da autonomia crítica na obra de Habermas²⁴⁰.

Chamo ação comunicativa àquela forma de interação social em que os planos de ação dos diversos atores ficam coordenados pelo intercâmbio de atos comunicativos, fazendo, para isso, uma utilização da linguagem (ou das correspondentes manifestações extra verbais) orientadas ao entendimento. A medida em que a comunicação serve ao entendimento (e não só ao exercício das influências recíprocas) pode adotar para as interações o papel de um mecanismo de coordenação da ação e com isso fazer possível a ação comunicativa.²⁴¹

Vários autores anteriores a Hegel, e posteriores a ele, formularam outros conceitos de racionalidade. Dentre eles podemos citar as concepções de Freud, para quem a racionalidade é faculdade da prova da realidade, a de Popper, que resumidamente pode ser apresentada como a capacidade de aprender por enganos e erros; de solucionar problemas em

²³⁹ “O que nos eleva acima da natureza é a única coisa cuja natureza podemos conhecer – ‘a linguagem’. Pela sua estrutura, a autonomia e a responsabilidade nos são dadas. Nossa primeira frase expressa de forma inequívoca a intenção de um consenso universal e sem limites [...] só numa sociedade emancipada, realizadas a autonomia e a responsabilidade dos seus membros, a comunicação poderia desenvolver-se no diálogo não autoritário e universalmente prático do qual derivam sempre, implicitamente, tanto nosso modelo ego-identidade, reciprocamente constituído, como nossa idéia de um consenso autêntico. Nesta medida a verdade das proposições se baseia na antecipação da boa vida.”. Habermas. *Teoria de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus, 1987, p.37

²⁴⁰ GUSTIN, Miracy. *Das necessidades Humanas aos Direitos*. p.169

²⁴¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Dmeocracia – Entre a Faticidade e a Validade*, Trad. Flávio Beno Sieeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 418

contextos de ação retro acoplados (Gehlen); de escolher meios orientados a fins (M. Weber)²⁴².

Alguns leitores podem entender que a racionalidade na proposta de Habermas está ligada à de Popper por uma briga de família. Contudo, essa possibilidade é rechaçada pelo próprio autor alemão²⁴³.

Assume-se assim uma posição de que as inegáveis diferenças entre a lógica da argumentação teórica e a da argumentação prática não são tais que expulsem esta última do âmbito da racionalidade²⁴⁴.

Nesse ponto, cumpre ressaltar a distinção que o autor alemão faz entre o discurso forte e fraco:

*I will speak of communicative action in a weak sense whenever reaching understanding applies to facts and to actor-relative reasons for one-sided expressions of will; I will speak of communicative action in a strong sense as soon as reaching understanding extends to normative reasons for the selection of the goals themselves. In the latter case, the participants refer to intersubjectively shared value orientations that – going beyond their personal preferences – bind their wills. In weak communicative action the actors are oriented solely toward claims to truth and truthfulness; in strong communicative action they are oriented toward intersubjectively recognized rightness claims as well; [...]. Underlying communicative action in the weak sense is the presupposition of an objective world that is the same for all; in strong communicative action the participants over and above this count on a social world that is shared by them intersubjectively.*²⁴⁵

Muito embora os enunciados normativos sejam, como os descritivos, suscetíveis de verdade, num senso estrito, os primeiros não seriam exatamente verdadeiros ou falsos, e

²⁴² *Idem. Verdade e Justificação. Cit.*, p.99

²⁴³ “A divergência em questão se caracteriza pela diferenciação entre uma noção mais forte e uma noção mais fraca de racionalidade. Enquanto eu defendo uma noção abrangente da racionalidade comunicativa, associada a um modelo holístico da justificação (cf. Verité et justification, pp.43-74), Popper prefere a versão weberiana de uma racionalidade finalista ou instrumental e se atém a um modelo dedutivo da justificação.” in HABERMAS, Jürgen. *A Ética da Discussão e a Questão da Verdade*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: ed. Martins Fontes. 2004, p.18-19

²⁴⁴ “que as questões prático-morais podem ser decididas ‘por meio da razão’, por meio da força do melhor argumento; que o resultado do discurso prático pode ser um resultado ‘racionalmente motivado’, a expressão de uma ‘vontade racional’, um consenso justificado, garantido ou fundado; e que, em consequência, as questões práticas são suscetíveis de verdade num sentido amplo dessa palavra.”. MacCarthy, Thomas. *La teoría crítica de Jürgen Habermas*. Trad. M. Jiménez. Madri: Tecnos. 1987. p.360.

²⁴⁵ HABERMAS, *On the Pragmatics of Communication*, p. 326-328; traduzido livremente como: “Falarei de ação comunicativa em um sentido fraco sempre que o alcançar o entendimento se aplica a fatos e a razões relativas ao ator para expressões unilaterais da vontade; falarei de ação comunicativa em um sentido forte quando o alcançar o entendimento se estende a razões normativas para a seleção dos próprios fins. Neste ultimo caso, os participantes se referem a orientações, intersubjetivamente partilhadas, quanto a valores, que - indo além de suas preferências pessoais— obrigam suas vontades. Na ação comunicativa fraca, os atores são orientados apenas para pretensões de verdade [*Wahrheit*] e de veracidade [*Wahrhaftigkeit*]; na ação comunicativa forte, eles são orientados também para pretensões de justeza [*Richtigkeit*] intersubjetivamente reconhecidas; [...]. Subjacente à ação comunicativa no seu sentido fraco, temos a pressuposição de um mundo objetivo que é o mesmo para todos; na ação comunicativa no seu sentido forte, os participantes, além e acima disso, contam com um mundo social que é partilhado por eles intersubjetivamente.”

sim corretos ou incorretos. Para entender a sua concepção é preciso considerar que, na relação com as teorias habituais sobre a verdade²⁴⁶, Habermas transfere esse conceito do nível semântico para o nível pragmático.

*[...] the truth that we claim propositions to have by asserting them, depends on two conditions. First, it must be grounded in experience; that is the statement may not conflict with dissonant experience. Second, it must be discursively redeemable; that is the statement must be able to hold up against all counterarguments and command the assent of all potential participants in a discourse. The first condition must be satisfied to make credible that the second condition could be satisfied as required. [...] The truth condition of propositions is the potential assent of all others. Everyone else should be able to convince him- or herself that I am justified in predicating the attribute *p* of object *x* and should then be able to agree with me. The universal-pragmatic meaning of truth, therefore, is determined in terms of the demand of reaching a rational consensus. The concept of the discursive redemption of validity claims leads to the concept of rational consensus.*²⁴⁷

Nesse sentido, Miracy Gustin afirma que “o inter-relacionamento entre teoria e prática torna-se evidente a partir das novas formas de identificação entre reconstrução racional e reflexão emancipatória e entre discurso e ação.”²⁴⁸ Segundo Ingram, na obra *Teoria e Prática*, expande-se a dialética da racionalidade comunicativa e ocorre uma mudança da crítica ideológica para o criticismo holístico. Esta concepção da racionalidade social é introduzida através do argumento da justiça social. Há, assim, um abandono da idéia de que a fala ideal era medida suficiente de bem-estar e felicidade geral.²⁴⁹

Habermas propõe uma ampliação no conceito de razão, enfatizando a importância da linguagem na relação intersubjetiva, para uma maior compreensão, onde seu poder fundamenta-se no processo de reflexão.

²⁴⁶ “As exigências de verdade nos discursos não se deixam solucionar definitivamente; entretanto, é somente através de argumentos que nos deixamos convencer da verdade de afirmações problemáticas. Convincente é o que pode ser aceito como racional. A aceitabilidade racional depende de um procedimento que não protege ‘nossos’ argumentos contra ninguém e contra nada. O processo de argumentação como tal deve permanecer aberto para todas as objeções relevantes e para todos os aperfeiçoamentos das circunstâncias epistêmicas.”. HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão destranscendentalizada*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p.59

²⁴⁷ HABERMAS *apud* MAGALHÃES, Theresa Calvet de. *In Realism after the linguistic-pragmatic turn*. Cognition, São Paulo, vol. 4, n. 2 (2003), p. 211-226. tradução livre do original: “[...] a verdade, que reivindicamos para as proposições quando as afirmamos, depende de duas condições. Primeiro, que ela tenha um fundamento na experiência; ou seja, que a afirmação não entre em conflito com experiências dissonantes. Segundo, que ela possa ser resgatada discursivamente; ou seja, que a afirmação possa resistir a todos os contra-argumentos e encontrar o assentimento de todos os participantes potenciais de uma discussão [Diskurs]. É necessário que a primeira condição seja preenchida [ou satisfeita] para que a pretensão segundo a qual a segunda condição *poderia* ser preenchida [ou satisfeita] seja crível. [...] A condição da verdade das proposições consiste no assentimento potencial de *todos* os outros. Qualquer outra pessoa deveria ser capaz de se convencer que é a justo título que eu atribuo o predicado *p* ao objeto *x*, e deveria então ser capaz de concordar comigo. A significação pragmático-universal da verdade é determinada, portanto, como a exigência para chegar a um consenso racional. O conceito de redenção racional das pretensões de verdade conduz ao conceito de consenso racional.”

²⁴⁸ GUSTIN, Miracy. *Das necessidades Humanas aos Direitos*. p.168

²⁴⁹ INGRAM, David. *Habermas e a dialética da razão*, Brasília: Universidade de Brasília, 1993, p.222

A razão, nesse conceito amplo, apóia-se na linguagem, na expressão dialógica que se concretiza pela relação entre os sujeitos que estabelecem uma discussão²⁵⁰.

Habermas entende por racional “*una persona que interpreta sus necesidades a la luz de los estándares de valor apreendidos en su cultura; pero sobre todo, cuando es capaz de adoptar una actitud reflexiva frente a los estándares de valor com que interpreta sus necesidades.*”²⁵¹

Por outro lado, o irracional para Habermas é aquele que “*hace un uso dogmático de sus propios medios simbólicos de expresión*”²⁵², o que pode ser explicado da seguinte forma: a racionalidade pode ser entendida como uma disposição dos sujeitos capazes de linguagem e de ação. Manifesta-se em formas de comportamento para os quais existem, em cada caso, boas razões. Isto significa que as emissões ou manifestações racionais são acessíveis a um julgamento objetivo, o qual é válido para todas as manifestações simbólicas que, ao menos implicitamente, vão vinculadas a pretensões de validez (ou a pretensões de que guardam uma relação interna com uma pretensão de validez suscetível de crítica). Assim, todo exame explícito de pretensão de validez controvertida, deve satisfazer os pressupostos próprios da argumentação²⁵³.

²⁵⁰ “Chamamos ‘racionalidade’ em primeiro lugar à disposição por parte do sujeito falante e atuante de adquirir e utilizar um saber falível. Enquanto os conceitos básicos da filosofia da consciência impuserem que se compreenda o saber, exclusivamente como saber de algo no mundo objetivo, a racionalidade limita-se ao modo como o sujeito isolado se orienta em função dos conteúdos das suas representações e dos seus enunciados. [...] Quando, pelo contrário, entendemos o saber como transmitido de forma comunicacional, a racionalidade limita-se à capacidade de participantes responsáveis em interações de se orientarem em relação a exigências de validade que assentam sobre o reconhecimento intersubjetivo. A razão comunicativa encontra os seus critérios no procedimento argumentativo da liquidação direta ou indireta de exigências de verdade proposicional justeza normativa, veracidade subjetiva e coerência estética” in HABERMAS. *Pensamento pós-metafísico: Estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1990, p.291

²⁵¹ *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus, 1987. Tomo I, p. 39 e continua o próprio autor: “Llamamos racional a una persona que se muestra dispuesta al entendimiento y que ante las perturbaciones de la comunicación reacciona reflexionando sobre las reglas lingüísticas. Por un lado, se trata de ver si las manifestaciones simbólicas son inteligibles o están bien formadas, es decir, si las expresiones simbólicas son correctas, esto es, si han sido producidas de conformidad con el correspondiente sistema de reglas generativas. Aquí puede servirnos de modelo la investigación lingüística. Por otro lado, se trata de explicar el significado de las manifestaciones o emisiones – una tarea hermenéutica, de la que la práctica de la traducción representa un modelo adecuado.”. *Idem*, p.42

²⁵² *Idem*, p.42. Ou como melhor explica o próprio Habermas: “Isso não significa que opiniões ou convicções racionais sempre se constituem de juízos verdadeiros. Quem compartilha concepções que se revelam falsas não é *ipso* irracional; irracional é quem defende suas opiniões dogmaticamente, se prende a elas mesmo vendo que não pode fundamentá-las. Para qualificar uma opinião como racional basta que, no contexto de justificação dado, ela possa por bons motivos ser tida como verdadeira, ou seja, racionalmente aceita. Em sociedades pós-tradicionais ou sob condições de pensamento pós-metafísico, todo saber (isso também pertence hoje à gramática dessa palavra) é considerado falível na perspectiva de uma terceira pessoa, mesmo que performativamente, na perspectiva do participante, não possamos evitar ter por incondicionalmente verdadeiro o saber afirmado.”. *Verdade e justificação*, p. 104-105.

²⁵³ *Idem*, p.42-43

Deve-se ressaltar que a racionalidade comunicativa pode ser entendida como uma crítica direta à racionalidade de Weber²⁵⁴, na medida em que esta envolve, segundo o próprio Habermas, a crença em ações baseadas numa dimensão calculista, única, abstrata, pragmática e homogênea, que controla e manipula, individualmente elaborada, baseada em um processo inabalável, que deverá ser substituída de acordo com a nova proposta de Habermas, em uma nova forma de razão: concreta, dialógica, concebida a partir de reflexões, relações de compartilhamento e por um processo de compreensão.

Para Habermas a racionalidade está, portanto, diretamente relacionada com o modo como os sujeitos capazes de linguagem e de ação fazem uso ou aplicam seus saberes²⁵⁵.

A racionalidade comunicativa acontece a partir da relação intersubjetiva entre os sujeitos, num discurso sem violência, permitindo desta forma realizar o entendimento e suscitar o consenso. Baseia-se principalmente na compreensão e no aprendizado, o que permite desta forma uma socialização sem repressão e que conduz a um livre reconhecimento dos objetos e fatos por parte dos sujeitos envolvidos²⁵⁶. Assim, as discussões que ocorrem na esfera pública têm como princípio as trocas que os atores são capazes de estabelecer entre si, expressando-se através de interações face a face entre os atores. Todavia, ele próprio aponta para um problema que se constata com o crescente desenvolvimento da modernidade: essas interações que seriam a origem da possibilidade de crítica não conseguem dar conta da totalidade de formas modernas de reflexão. É importante tal constatação, pois, mesmo

²⁵⁴ “A ‘racionalização’ de Max Weber não é apenas um processo a longo prazo da modificação das estruturas sociais, mas também ao mesmo tempo ‘racionalização’ no sentido de Freud: o verdadeiro motivo, a manutenção da dominação objectivamente caduca, é ocultado pela invocação de imperativos técnicos. Semelhante invocação é possível só porque a racionalidade da ciência e da técnica já é na sua imanência uma racionalidade do dispor, uma racionalidade da dominação” (HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ‘ideologia’*. Lisboa: Edições 70, 1997, p. 49)

²⁵⁵ “A racionalidade não tem tanto a ver com a posse do saber do que com o modo como os sujeitos capazes de falar e de agir empregam o saber. Ora, tanto as atividades não lingüísticas como as ações de fala encarnam um saber proposicional; contudo, o modo específico de empregar o saber decide o sentido da racionalidade, que serve como medida para o sucesso da ação. Se tomarmos como ponto de partida o uso não-comunicativo do saber proposicional em ações teleológicas, iremos detectar a idéia da racionalidade orientada para um fim (*Zweckrationalität*) tal como foi elaborada na teoria da escolha racional. E se partirmos do uso comunicativo do saber proposicional em atos de fala, descobriremos a idéia da racionalidade orientada para o entendimento (*Verständigungsrationallität*), que numa teoria do significado pode explicar apoiando-se nas condições para a aceitabilidade de ações de fala.”. HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: Estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1990, p.69-70.

²⁵⁶ “Se é certo, todavia, que a racionalidade presente no contexto do mundo da vida se refere e diz respeito antes a uma ação orientada ao entendimento (comunicativa), não exclui também Habermas a ação estratégica: diferentemente da ação comunicativa, o agir estratégico não visa ao entendimento, mas procura antes a realização de determinados fins. A ação estratégica, na medida em que é orientada ao sucesso, se caracteriza pela busca de um cálculo: o alcance de determinado fim deve ser feito não só na eleição deste, mas sobretudo tomando em conta a postura de um outro sujeito que, enquanto tal, também estará agindo em busca de seus próprios propósitos. Tal modelo de ação, como o próprio autor ressalta, é utilitarista na exata medida em que se refere à busca de uma maximização de utilidade – ou das expectativas de utilidade.”. CHAMON JR. Lúcio. *Filosofia do Direito na alta modernidade*. 182-183

havendo uma gama de pré-interpretações dentro das quais nos socializamos, formando um mundo da vida compartilhado, ainda assim, tudo não é compartilhado submetendo-se parte delas à reflexão. A esfera pública é o local no qual os indivíduos se valem de elementos de ação comunicativa para chegarem ao consenso, de forma que as interpretações dominantes possam ser mudadas através de relações discursivas.

A razão comunicativa faz parte, então, do mundo vivido²⁵⁷, o qual é formado por símbolos que nascem das interações e vivências entre os sujeitos e que são transmitidos de geração a geração pela atividade comunicacional. Neste sentido, a razão comunicativa propicia o auto-conhecimento, fruto da liberdade e entendimento alcançados através das condições de uma socialização comunicativa dos indivíduos²⁵⁸.

In the lifeworld actors depend on behavioral certainties. They have to cope with a world presumed to be objective and, for this reason, operate with the distinction between believing and knowing. There is a practical necessity to rely on what is unconditionally held-to-be-true. This mode of unconditionally holding-to-be-true is reflected on the discursive level in the connotations of truth claims that point beyond the given contexts of justification and require the supposition of ideal justificatory conditions – with a resulting decentering of the justification community. For this reason, the process of justification can be guided by a notion of truth that transcends justification although it is always already operatively effective in the realm of action. The function of the validity of statements in everyday practices explains why the discursive redemption of validity claims may at the same time be interpreted as the satisfaction of a pragmatic need for justification. This need for justification, which sets in train the transformation of shaken-up behavioral certainties into problematized validity claims, can be satisfied only by a translation of discursively justified beliefs back into behavioral truths.²⁵⁹

²⁵⁷ “O mundo vivido” é o lugar das relações sociais espontâneas, das certezas pré-reflexivas, dos vínculos que nunca foram postos em dúvida. Ele tem três componentes estruturais: cultura, sociedade e personalidade. A cultura é o estoque de saber da comunidade, que contém os conteúdos semânticos da tradição, onde os indivíduos se abastecem dos modelos de interpretação necessários ao convívio social [reprodução cultural: mundo objetivo dos fatos]. A sociedade, stricto sensu, é composta dos ordenamentos legítimos pelos quais os membros da comunidade regulam suas solidariedades [integração social: mundo social das normas de ação]. A personalidade é um conjunto de competências que qualificam um indivíduo para participar da vida social [socialização: mundo subjetivo das vivências]” (ROUANET, Sérgio Paulo. *Mal-estar na modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p.214)

²⁵⁸ “Essa racionalidade comunicativa exprime-se na força unificadora da fala orientada ao entendimento mútuo, discurso que assegura aos falantes envolvidos um mundo intersubjetivamente partilhado e, ao mesmo tempo, o horizonte no interior do qual todos podem se referir a um único e mesmo mundo objetivo.”. HABERMAS. *Verdade e Justificação*, p. 107

²⁵⁹ HABERMAS in “Richard Rorty’s Pragmatic Turn”, *On the Pragmatics of Communication*, p. 372; traduzido livremente como: No mundo da vida, os atores dependem de certezas comportamentais. Eles têm de lidar com um mundo que é presumido como objetivo e, por esta razão, operar com a distinção entre crer e conhecer. Há uma necessidade *prática* de confiar no que é incondicionalmente tido-como-verdadeiro. Este modo de incondicionalmente “ter-como-verdadeiro” é refletido no nível discursivo nas conotações das pretensões de verdade que vão além dos contextos de justificação dados e que exigem a suposição de condições de justificação ideais – com um resultante descentrar da comunidade de justificação. Assim, o processo de justificação pode ser orientado por uma noção de verdade que *transcende a justificação embora seja sempre já operativamente efetiva na esfera da ação*. A função da validade das afirmações nas práticas cotidianas explica porque a redenção discursiva das pretensões de validade pode ao mesmo tempo ser interpretada como a satisfação de uma necessidade pragmática de justificação. Esta necessidade de justificação, que provoca a transformação de

Com o conceito de mundo da vida, Habermas quer dar um substrato de conteúdos, de evidências originárias que sustentam o processo argumentativo. O mundo da vida é o pano de fundo, onde se processa a racionalidade comunicativa. Afinal, como afirma o próprio autor: “o agir comunicativo está embutido num mundo vivido, responsável pela absorção dos riscos e pela proteção da retaguarda de um consenso de fundo”²⁶⁰.

Para Habermas o conceito de mundo da vida é de primordial importância para rechaçar o caráter transcendente da teoria do discurso e colocá-lo no imanente da vida. Daí a complementaridade teórica com a ação comunicativa²⁶¹.

O mundo da vida é entendido agora em termos lingüísticos e não em termos de consciência²⁶². E, então, pode ser conceituado como: um acervo de padrões de interpretação transmitidos culturalmente e organizados lingüisticamente.

Neste sentido:

O mundo da vida lingüisticamente estruturado e que forma, por assim dizer pelas costas dos participantes, o contexto das conversações e a fonte dos conteúdos comunicativos deve ser distinguido da suposição formal de um mundo objetivo e de um mundo social, suposição que os interlocutores e os atores fazem ao se referir lingüisticamente a – ou de modo geral ao estabelecer relações práticas com – alguma coisa no próprio mundo. O que, do ponto de vista da teoria do conhecimento foi uma vez concebido como a constituição de dois âmbitos de objeto sublimou-se agora, na pragmática formal, para se tornar uma suposição de sistemas referencias ou “mundos” puramente formais. Eles constituem os sistemas gramaticais de referência para tudo o que se pode encontrar no interior do mundo. Trata-se aqui, portanto, de uma moldura, cujo conteúdo não é definido, para a referenciação, seja a objetos possíveis a respeito dos quais enunciamos fatos numa atitude objetivadora, seja a relações interpessoais e normas possíveis para as quais reivindicamos forças obrigatórias numa atitude performativa.²⁶³

Mas algo ainda inquietava o pensador alemão, pois afinal, como aplicar a teoria discursiva (ou da racionalidade comunicativa) ao Direito?

certezas comportamentais abaladas em pretensões de validade problematizadas, só pode ser satisfeita por uma tradução das crenças discursivamente justificadas de volta para verdades comportamentais”.

²⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p.86.

²⁶¹ *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus, 1987. Tomo II, p. 169

²⁶² “Na filosofia da linguagem, trata-se da relação linguagem/mundo e não consciência/mundo. A consciência, o sujeito, é agora uma função de linguagem. ‘O significado do ‘eu’ utilizado performativamente é uma função de qualquer ato (Habermas; 1990, p.223). Trata-se daquele que opera a linguagem. No paradigma da linguagem, no lugar da autoconsciência que se põe a si e depois constitui o mundo, a exemplo de Descartes, nós temos, agora, um ‘saber de regras’ pré-teóricos de sujeitos que falam. (Habermas; 1989, p.354-355). Esta noção de ‘regra’ é muito importante, como já mostramos, porque os estudos de Wittgenstein sobre o conceito de “seguir uma regra” nos levaram a ver que ‘seguir uma regra’ é uma práxis coletiva, não se segue uma regra privadamente.(Wittgenstein; 1979, §202)”. (DUTRA, Delamar José Volpato *Razões e consenso em Habermas: A Teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia*. Florianópolis: Ed. UFSC. 2005, p. 78)

²⁶³ HABERMAS. *Verdade e Justificação*, p. 93

Esse conceito amplo de racionalidade deve ser aplicado à racionalidade jurídica, para propiciar a confrontação e fusão de mundos da vida antes inconciliáveis.

4.6. REFORMULAÇÃO DO CONCEITO DE DIREITO EM FATICIDADE E VALIDEZ - O ESTADO DE DIREITO COMO UMA AMARRAÇÃO PARADOXAL DE PRINCÍPIOS CONTRADITÓRIOS?

Habermas, como dito alhures, tenta dar, a partir de uma perspectiva que remete ao conceito de teoria discursiva da racionalidade, legitimidade ao Direito e mais às decisões jurisdicionais²⁶⁴. Vê-se, então, numa encruzilhada, pois, como o princípio da democracia pode dar legitimidade ao Direito, a partir da própria legalidade?²⁶⁵

Tenta-se, assim, estatuir uma possível saída do ceticismo que paira na filosofia do direito e no Direito Constitucional²⁶⁶.

Ora, pelo seu caráter sem qualquer garantia, exceto o próprio consenso dela resultante e que novamente pode reabrir o discurso devido à constante possibilidade de

²⁶⁴ “... apesar de leigo no assunto tive que me deter em discussões jurídicas especializadas, muito mais do que eu imaginaria no início. E, nesse meio tempo, cresceu meu respeito ante as significativas realizações construtivas dessa disciplina. As sugestões para a clarificação da compreensão paradigmática que serve de pano de fundo ao direito e à moral deveriam ser vistas como uma contribuição à discussão que se dirige contra o ceticismo cada vez mais difundido entre colegas da área do Direito – especialmente contra o que eu denomino de falso realismo, que subestima a eficácia social dos pressupostos normativos das práticas jurídicas existentes.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Dmeocracia – Entre a Faticidade e a Validade*, Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. vol I, p. 11

²⁶⁵ “... como é possível surgir ordem social a partir dos processos de formação de consenso que se encontram ameaçados por uma tensão explosiva entre faticidade e validade? No caso do agir comunicativo, a dupla contingência, a ser absorvida por qualquer formação de interação, assume a forma especialmente precária de um risco de dissenso, sempre presente, embutido no próprio mecanismo do entendimento, ainda mais que todo dissenso acarreta elevados custos para a coordenação da ação.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Dmeocracia – Entre a Faticidade e a Validade*, Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. vol I, p. 10

²⁶⁶ Esta discussão, num primeiro momento, adveio do Texto de Michelman, no qual ele afirma que “a proposta política deliberativa apresentada por Habermas não teria sido capaz de solucionar a suposta relação paradoxal entre Estado de Direito e democracia. Esse paradoxo ressurgiria todas as vezes que se tentasse identificar, de modo retrospectivo, o ato que criou uma Constituição e se tentasse averiguar se a própria formação da opinião e da vontade daqueles que se reuniram para dar origem à constituição poderia ser entendida como um processo democrático”. HABERMAS, Jürgen. *O Estado Democrático de Direito é uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In Era das Transições. Tradução Flávio Beno Siebeneicher*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 153. apud CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. *Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos. 2006, p. 36.

dissenso, a racionalidade comunicativa, leva em si esse germe “malévolo”. Mas esse dissenso é interceptado pelos mundos da vida e pelo Direito²⁶⁷.

Afinal é papel primordial do Direito resolver o problema de “como integrar socialmente mundos da vida em si mesmos pulverizados e profanizados”²⁶⁸

Habermas percebeu que, nesse cenário social, pluralista e complexo, há um desacoplamento entre a faticidade da sanção e a legitimidade, que não ocorria nas sociedades iluministas de outrora. Nas sociedades pós-metafísicas modernas, acirra-se a tensão entre faticidade e validade²⁶⁹.

O Direito, através da coerção que emana, substitui a circunscrição da convicção pela sanção, que terá de ser deduzida de uma pretensão de validade²⁷⁰, pois “a permissão para coerção jurídica é deduzida de uma expectativa de legitimidade”²⁷¹

Extrai-se daí a ligação tensa entre aceitação fundada faticamente e aceitabilidade, ou seja, uma aceitabilidade ancorada na validade (validade social) [*geltung*] e não na validade (lógica) [*gültigkeit*]²⁷².

²⁶⁷ “Enquanto nestas sociedades a integração social se daria sob o olhar de algo compartilhado – ou temido! – como uma autoridade sobre todos, em outros momentos, como a configuração do mundo moderno, deve ser entendida a referência a uma integração possibilitada por um processo comunicativo aberto e que pressupõe um mundo da vida compartilhado intersubjetivamente na pluralidade de modos de vida. A tensão entre faticidade e validade possível de ser verificada quando de uma proposição que pretende ser considerada válida demonstra que a ação comunicativa, em um mundo não submetido à autoridade do sagrado, corre sempre um risco muito grande: o risco do dissenso em razão de que o social é percebido como contingente e não mais submetido a pré-limitações de conteúdos a serem, agora, problematizados. Mas, apesar de esse risco de dissenso estar sempre latente, ainda assim é possível falar em integração social pelo fato de a própria ação comunicativa estar inserida em contextos do mundo da vida que, enquanto tal, proporciona um ‘consenso de fundo’, enfim, um conhecimento aproblemático e sobre o qual se pode contornar o dissenso através da prática comunicativa. Fazemos uso deste ‘saber de fundo’ sem saber, quase sempre, que dele estamos lançando mão. Mas questões referentes a este saber de fundo podem ser colocadas sob questionamento: teremos assim uma problematização de algo antes tido como aproblemático e que por assim estar reconfigurado põe em relevo uma tensão entre faticidade e validade.”. HABERMAS, Jürgen. *Op. Cit.*, 1997. vol I, p. 227-228.

²⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. *Op. Cit.*, 1997. vol I, p. 46

²⁶⁹ “Enquanto nas sociedades sacralizadas há uma fusão entre faticidade e validade mediada pela autoridade do sagrado, no mundo da vida em que se verificam certas instituições fortes, e assim, tradicionais, também não se verifica uma tensão entre faticidade e validade tem-se apagado este momento ‘idealizador’ e que, por ser contrafático, apontaria para além do dado em cada caso. Não há que se falar em tensão entre faticidade e validade diante daquilo que é ‘dado’, enfim, perante aquilo que é tradicionalmente compartilhado sem problematizações. Ora, a pretensão de validade somente surge quando se faz delineada uma proposição que, enquanto problematizante, cobra um juízo de verdade, retidão ou veracidade, mas não perante um saber de fundo intersubjetivamente compartilhado que não possibilite questionamentos e que, enquanto tal, não participa desta tensão.”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Dimeocracia – Entre a Faticidade e a Validade*, Trad. Flávio Beno Sieeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. vol I, p.228-229

²⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. *Op. Cit.*, 1997. vol I, p.55-58

²⁷¹ HABERMAS, Jürgen. *Op. Cit.*, 1997. vol I, p.53-54

²⁷² “A validade social de normas do direito é determinada pelo grau em que consegue se impor; ou seja, pela sua possível aceitação fática no círculo dos membros do direito. Ao contrário da validade convencional dos usos e costumes, o direito normatizado não se apóia sobre a faticidade de formas de vida consuetudinárias e tradicionais, e sim sobre a faticidade artificial da ameaça de sanções definidas conforme ao direito e que podem ser impostas pelo tribunal. Ao passo que a legitimidade de regras se mede pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão de

O Direito surge, em faticidade e validade, como meio de organização e como instituição, simultaneamente, uma vez que a validade da faticidade da coerção, pode, agora, ser normativamente exposta e comunicativamente sustentada perante todos na exata medida em que é justificável dentro de um sistema de direitos que se abre a todos possíveis participantes²⁷³.

Trata-se, portanto, de revisitar criticamente o conceito de legitimidade e contorná-lo com o de justificação discursiva. Mas como introduzir esta discussão nos moldes do Direito atual, que é tido como algo eficaz e coativo, como quer Kelsen?

Habermas vislumbra duas possibilidades. A primeira, de maneira formal, que consiste na análise de proposições jurídicas como atos de fala, o que equivale à aceitação implícita de certos pressupostos que funcionam como condições quase-transcendentais, de ter que dar razões, justificar o ato proferido, sob condições de fundamentação discursiva (do ato proferido). A segunda, de caráter político, é introduzida a partir do mesmo conceito de Direito, que não pode abandonar a primeira.²⁷⁴

Essa colocação leva o autor alemão a questionar a possibilidade de poder sem violência, tema central da discussão entre Habermas e Hannah Arendt, o que remonta a uma substituição da racionalidade instrumental (violência) pela racionalidade comunicativa, que pode, em última instância, tornar a sociedade integrada²⁷⁵ através da racionalidade comunicativa que implica num poder de questionamento infinito sobre todas as proposições, visando alcançar um consenso. Instaura-se um procedimento discursivo falível, haja vista os pressupostos quase-transcendentais de coerção contrafáticos, que se desvincula de formas de vida tradicionais, uma vez que não aceita condições de validade *a priori*, pois ninguém dispõe diretamente de condições de validade que não sejam interpretadas; a validade [*Gültigkeit*] tem de ser entendida epistemicamente como validade que se mostra para nós [*Geltung*].

Nas sociedades pós-tradicionais, o direito coercitivo, segundo o comportamento legal, só consegue garantir sua força integradora se os destinatários singulares puderem se considerar como autores dessas normas. O direito coercitivo moderno pode apenas mediar a

validade normativa [...] A legitimidade de uma regra independe do fato de ela conseguir se impor discursivamente". (HABERMAS, Jürgen. *Op. Cit.*, 1997. vol I, p.50).

²⁷³ "... o fato de que determinada norma possa ser sustentada perante todos não implica uma fundamentação moral, no sentido de que as normas jurídicas devam ser moralmente 'justas' para serem válidas, mas naquele sentido 'universal/transcendental/idealizado' que permite que aquela norma, ainda que naquele contexto, possa ser sustentada e reconhecida (justificada) diante de argumentos trazidos no discurso." CHAMON JR., *Idem. Op. Cit.*, p. 232

²⁷⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – Entre a Faticidade e a Validade*, Trad. Flávio Beno Sieeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. vol I, p.51-52 e 57-58

²⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. *Op. Cit.*, 1997. vol I, p.p.45

liberdade comunicativa, mas não substituí-la²⁷⁶. Este aspecto é interessante na medida em que estas sociedades não podem mais contar com um complexo de normas regradas pela autoridade e pelos costumes sem receber questionamentos.

A teoria do Direito deve, então, ser repensada para abranger tanto conceitos filosóficos como sociológicos²⁷⁷. A legitimidade torna-se, assim, conceito primordial para a Filosofia e a Sociologia do Direito, pois a positividade do direito não pode fundar-se somente na contingência de decisões arbitrárias, como querem Kelsen e Hart, sem correr o risco de perder seu poder de integração social. O Direito extrai sua força muito mais da aliança que da positividade que o direito estabelece com a pretensão à legitimidade.²⁷⁸

A Legitimidade do Direito, então, encontra repouso no princípio da democracia, que se infere a partir da interligação do Princípio do discurso e do conceito de forma jurídica.

Habermas assim leciona:

... o princípio da democracia resulta da interligação [*Verschränkung*] que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento [*Verschränkung*] como uma gênese lógica de direitos, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a aplicação [*anwendung*] do princípio do discurso ao direito à liberdade subjetiva de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equiparar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos. A Gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo co-originário.²⁷⁹

Mas o que são então essas duas peças primordiais na teoria do Direito de Habermas: Forma jurídica e princípio do Discurso?

O conceito de “Forma Jurídica” é cunhado por Habermas a partir da teoria do Direito de Kant, da distinção entre moral e Direito²⁸⁰, que passam a ser considerados como co-originários e complementares; o Direito encontra seu fundamento de legitimidade nos processos democráticos de formação da vontade e da opinião, processos estes abertos não somente a argumentações morais, mas também éticas e pragmáticas.

É nesse sentido a crítica de Habermas à Alexy e Dworkin:

²⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. *Op. Cit.*, 1997. vol I, p. 54

²⁷⁷ “Sem a visão do direito como sistema empírico de ações, os conceitos filosóficos ficam vazios. Entretanto, na medida em que a sociologia do direito se empertiga num olhar objetivador lançado a partir de fora e insensível ao sentido da dimensão simbólica que só pode ser aberta a partir de dentro, a própria contemplação sociológica corre o risco de ficar cega” HABERMAS, Jürgen. *Op. Cit.*, 1997. vol I, p. 58.

²⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – Entre a Faticidade e a Validade*, Trad. Flávio Beno Sieeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. vol I, p.60

²⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. *Op. Cit.*, 1997. vol I, p. 158

²⁸⁰ Sobre esse tema vide Chamon Jr, Lúcio Antônio. *Filosofia do Direito na Alta Modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005

A concepção empiricamente informada, segundo a qual ordens jurídicas completam co-originariamente uma moral que se tornou autônoma, não suporta por muito tempo a representação platonizante, segundo a qual existe uma relação de cópia entre direito e a moral – como se se tratasse de uma mesma figura geométrica que apenas é projetada em níveis diferentes. Por isso, não podemos interpretar os direitos fundamentais que aparecem na figura positiva de normas constitucionais como simples cópia de direitos morais, nem a autonomia política como simples cópia da moral²⁸¹

O Direito democraticamente produzido seria um meio de integração social que a um só tempo produz legitimidade de tal forma que os destinatários das normas jurídicas são os seus co-autores²⁸².

O que se vê, atualmente, principalmente no Direito brasileiro é a exclusão dos destinatários de ligar sua vontade através de idéias normativas, atribuindo-se-lhes tão somente a capacidade de tomar decisões teleológicas, o que resulta na redução da vontade livre²⁸³.

Habermas esclarece que: “o filósofo deve satisfazer-se com a idéia de que, em sociedades complexas, só é possível estabelecer, de modo confiável, condições morais de respeito mútuo, inclusive entre estrangeiros, se se apelar para o *medium* do direito”²⁸⁴

O princípio do discurso, por sua vez, advém do conceito de racionalidade comunicativa e o formula assim: “D: são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”²⁸⁵.

Volpato Dutra explica que:

²⁸¹ HABERMAS, Jürgen. *Op. Cit.*, 1997. vol I, p.141-142.

²⁸² “... o medium do direito, enquanto tal, pressupõe direito que define o status de pessoas jurídicas como portadoras de direitos em geral. Esses direitos são talhados segundo a liberdade de arbítrio de atores singularizados e tipificados, isto é, respeitando as liberdade de ação subjetivas, admitidas condicionalmente. A liberação do arbítrio dos atores orientados pelo sucesso da obrigação do agir orientado pelo entendimento constitui apenas o verso da medalha de um outro aspecto, a saber; o da coordenação da ação por intermédio de leis coercitivas, que limitam os espaços de opção a partir de fora”. HABERMAS, Jürgen. *Op. Cit.*, 1997. vol I, p.155; e continua: “Segundo a teoria do discurso, o direito positivo, por depender das resoluções adotadas por um legislador, tem que distinguir, na autonomia das pessoas jurídicas [sujeitos de direito], uma autonomia privada e uma pública, permitindo que os destinatários do direito estabelecido possam entender-se, ao mesmo tempo, como autores que criam o direito”. HABERMAS, Jürgen. *Op. Cit.*, 1997. vol II, p.157

²⁸³ HABERMAS, Jürgen. *Op. Cit.*, p. 148

²⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. *Op. Cit.*, 1997. vol II, p.322-323

²⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. *Op. Cit.*, 1997. vol I, p. 142. Esclarece Rêpoles que: “Portanto, o princípio D é neutro, pois refere-se a normas de ação em geral. Ele é abstrato porque apenas explicita o ponto de partida do qual é possível fundamentar imparcialmente normas de ação. Ele é ainda sem conteúdo uma vez que os argumentos que poderão ser utilizados para a fundamentação das normas de ação não podem ser determinados a não ser posteriormente, na discussão. Pode-se ainda dizer que ele é procedimental, já que exige que toda forma de vida comunicativamente estruturada tenha como condição de realização o reconhecimento mútuo, a simetria entre os participantes, e relações de inclusão entre eles. Finalmente, o princípio do discurso tem um sentido normativo na medida em que determina como ‘as questões práticas podem ser julgadas imparcialmente e decididas racionalmente’, mas ainda assim é neutro em relação à moral e ao Direito.” (REPOLÊS. *Habermas e a desobediência civil*, p. 98-99).

O princípio do discurso pode ser especificado de duas formas, a saber, como princípio de universalização e como princípio da democracia, os quais se aplicam à moral e ao direito, respectivamente. Essas especificações constituem-se em modos de operacionalização do princípio do discurso.²⁸⁶

Habermas, buscando ainda a legitimação democrática do Direito, esclarece que a mesma advém dos procedimentos de criação e aplicação do Direito e que as decisões alcançadas por estes satisfaçam os critérios de aceitabilidade racional e de segurança jurídica. Pois, após o colapso do direito racional não restou outra forma à racionalidade jurídica que não a *racionalidade procedimental*, que já se estabeleceu no direito positivo e “constitui a única dimensão na qual é possível assegurar ao direito positivo um momento de indisponibilidade e uma estrutura subtraída a intervenções contingentes.”²⁸⁷

Há que se considerar, assim, a relação intrínseca entre argumentação jurídica e Direito Processual, pois é o Direito que regula seus próprios processos de produção e de aplicação, de tal forma que adentram no processo legislativo razões de outros campos do saber, tais como: morais, econômicos, políticos, entre outros. Para o Processo jurisdicional fica a estabilização de expectativas normativas, dada a necessidade funcional das decisões.

Nesse ponto esclarece Cattoni de Oliveira:

Os discursos de justificação jurídico-normativa se referem à validade das normas, e se desenvolvem com o aporte de razões e formas de argumentação de um amplo espectro (morais, éticas e pragmáticas), através das condições de institucionalização de um processo legislativo estruturado constitucionalmente, à luz do princípio democrático [...]. Já discursos de aplicação se referem à adequabilidade de normas válidas a um caso concreto, nos termos do princípio da adequabilidade, sempre pressupondo um “pano de fundo de visões paradigmáticas seletivas”²⁸⁸

Nos discursos de aplicação²⁸⁹, resta ao Direito Processual a função de garantir a legitimidade do Direito produzido, na medida em que garante que os argumentos deduzidos

²⁸⁶ DELAMAR, *Op. Cit.*, p.226-227, ou como o próprio Habermas esclarece que a relação entre princípio do discurso e princípio da democracia: “Neste momento, o princípio do discurso tem que assumir uma feição suficientemente abstrata, ao passo que o princípio da moral e da democracia resultam entre outras coisas, da especificação do princípio do discurso em relação a diferentes tipos de normas de ação. Estas regulam, num caso, interações simples e informais; no outro, relações interacionais entre pessoas jurídicas [sujeitos de direitos] que se entendem como portadoras de direitos. Em consonância com isso os discursos pressupostos pelo princípio do discurso ramificam-se, de um lado, em argumentações morais e, de outro lado, em discursos políticos e jurídicos, institucionalizados conforme o direito, incluindo questões morais relacionadas a normas jurídicas. O sistema dos direitos, que assegura ao mesmo tempo a autonomia privada e pública de parceiros do direito, é interpretado e configurado no processo democrático da legislação e em processos da aplicação imparcial do direito” (HABERMAS, Jürgen. *Op. Cit.*, 1997. vol I, p.291)

²⁸⁷ HABERMAS, Jürgen. *Op. Cit.*, 1997. vol I, p.246

²⁸⁸ CATTONI DE OLIVEIRA. *Direito Constitucional*, p. 85

²⁸⁹ “Em discursos de fundamentação eles servem como exemplos padronizados hipoteticamente ponderados, com base nos quais são simuladas as possíveis conseqüências de um seguimento geral das normas; no discurso de aplicação são os casos sérios faticamente ocorridos que se submetem à decisão; mediante a consideração de sua concreção plena. Ao passo que lá se põe à prova uma possibilidade de generalização de uma prática, consideradas as conseqüências que possam ser exemplificadas com base em casos individuais típicos e

pelas partes sejam levados em consideração na construção do provimento. Não lhe cabe regular a “... argumentação jurídico-normativa enquanto tal, porém assegura, numa linha temporal, social e material, o quadro institucional para decorrências comunicativas não circunscritas que obedecem à lógica de discursos de aplicação”.²⁹⁰

Mas, no discurso de aplicação, só há uma forma de verificar se a pretensão de legitimidade do Direito e a função socialmente integradora da “ordem jurídica” foram atendidas. Deve-se verificar se houve um resgate simultâneo das condições da aceitabilidade racional e da decisão consistente.

No nível da prática judicial, as duas garantias precisam ser resgatadas simultaneamente. Não basta transformar as pretensões conflitantes em pretensões jurídicas e decidi-las obrigatoriamente perante o tribunal, pelo caminho da ação. Para preencher a função socialmente integradora da ordem jurídica e da pretensão de legitimidade do direito, os juízos emitidos têm que satisfazer simultaneamente às condições da aceitabilidade racional e da decisão consistente²⁹¹

Pelo princípio da segurança jurídica, tem-se como norte a idéia de integridade do sistema jurídico, ou seja, as decisões devem ser tomadas de forma consistente no sistema da ordem jurídica interna. Por outro lado, a legitimidade da decisão jurisdicional requer que estas sejam fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos participantes do discurso.

Há de preencher então este aspecto de dupla contingência, o discurso de aplicação requer essa perspectiva interna (integridade) e fundamentação no plano externo, o que garante a segurança jurídica e a correção²⁹².

A própria teoria da constituição deve ser, então, repensada. Neste sentido Habermas afirma, respondendo à crítica de Michelman:

Ao invés de apoiar-me num realismo moral, que tem poucas chances de ser defendido, sugiro que entendamos o próprio regresso como a expressão compreensível de um aspecto do caráter da constituição dos Estados democráticos de direito, isto é, a sua abertura para o futuro: uma constituição que é democrática, não somente de acordo com seu conteúdo, mas também de acordo com a fonte de sua legitimação, constitui um projeto capaz de formar tradições com um início marcado na história. Todas as gerações posteriores enfrentarão a tarefa de atualizar a substância normativa inesgotável do sistema de direitos estatuído no documento da constituição [...] É verdade que essa continuação falível do evento fundador só pode escapar do círculo da autoconstituição discursiva de uma comunidade, se esse processo, que não é imune a interrupções e a recaídas históricas, puder ser

previsíveis, o que se dá aqui é uma explicação sobre a norma que, dentre todas as normas válidas, seja adequada a todas as características de um caso conflituoso que ocorreu de fato.” (HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola. 2002 p.379)

²⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Op. Cit*, 1997. vol I, p.292

²⁹¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – Entre a Faticidade e a Validade*, Trad. Flávio Benno Sieeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. vol II, p.181

²⁹² HABERMAS, Jürgen. *Op. Cit*, 1997. vol I, p. 246-247

interpretado, a longo prazo, como um processo de aprendizagem que se corrige a si mesmo.²⁹³

O Direito, então, nessa perspectiva, deve repensar o caráter procedimental do próprio Direito, como o fez Fazzalari.

Percebe-se que a questão chave da proposta de Habermas é estabelecer a legitimidade de renascer do nexo de complementaridade entre a esfera pública e a esfera privada.

A formação circular entre a autonomia da esfera pública e da privada legitima uma ordem jurídica, na medida em que esta autonomia se manifesta e se comprova pelas formas de comunicação. “A chave da visão procedimental consiste nisso”²⁹⁴

... a teoria do direito, fundada no discurso, entende o Estado Democrático de Direito como a institucionalização de processos e pressupostos comunicacionais necessários para uma formação discursiva da opinião e da vontade, a qual possibilita, por seu turno, o exercício da autonomia política e a criação legítima do direito. De outro lado, a teoria da sociedade fundada na comunicação entende o sistema político estruturado conforme o Estado de direito como um sistema de ação entre outros.²⁹⁵

Dessa colocação deve-se questionar: na teoria do direito, o direito processual sempre teve seu papel relegado a uma forma instrumental, ou seja, o processo como instrumento da jurisdição. Como então trabalhar uma procedimentalidade que propicie uma coesão entre autonomia pública e privada, libertando as partes das amarras de uma jurisdição presa ainda a uma racionalidade monológica-teleológica, que, como dito, funciona como uma corda que balança nas mãos do magistrado?

²⁹³ HABERMAS, Jürgen. *O Estado Democrático de Direito é uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?*. In *Era das Transições*. Tradução Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 165.

²⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Op. Cit*, 1997. vol II, p.147

²⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Dmeocracia – Entre a Faticidade e a Validade*, Trad. Flávio Beno Sieeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. vol II, p.153

4.7. AUTOPOIESIS DO DIREITO – O FUNCIONAL ESTRUTURALISMO COMO HERDEIRO DO POSITIVISMO.

Conforme visto, Luhmann amplia o conceito de *autopoiesis* para todos os tipos de sistema, não só os vivos como propuseram Maturana e Varela, mas, afirmando que autopoieticos, são aqueles sistemas, que não só se auto-organizam, mas, também, se auto-reproduzem, ou seja, produzem a si mesmos a partir daquilo por eles mesmos já produzidos. Assim questiona: “*el derecho tal como está vigente, necesita una ‘legitimación’ más allá de si mismo?*”²⁹⁶

Essa questão é levantada como uma crítica direta à teoria de Dworkin, na medida em que entende que sua teoria torna imprescindível a busca do sentido dos textos constitucionais em *standards*, além do direito, que possuem índole ético-moral, subordinando-se, então, o Direito à Moral, o que, no fundo, teria a ver com a própria questão da legitimidade do Direito, que estaria, desta forma, transferida para questões morais²⁹⁷. Isto, como demonstrado, é uma interpretação equivocada da obra de Dworkin, que certamente possui defeitos, mas também possui concepções teóricas extremamente aproveitáveis para a reconstrução democrática do próprio Direito.

Nota-se na obra de Luhmann uma grande preocupação com a evolução social (do entorno), com o aumento da complexidade das condições de vida, então, não lhe apetece, sistemas “invariáveis”, tais como os sistemas jusnaturalistas (fundados em valores), que só funcionam em sociedades relativamente estáticas, pois estas condições tornam-se cada vez mais variáveis, fazendo fracassar a ordem rígida.

Nos sistemas sociais, como já demonstrado, a comunicação é a operação através da qual o sistema jurídico se reproduz e assim apresentam, segundo Luhmann duas funções: 1) ser fator de produção; e 2) ser conservador das estruturas.

Enquanto sistema social, o Direito se diferencia do entorno por sua estrutura comunicacional, dependente do entorno, e da situação em que o entorno se encontra²⁹⁸. Assim

²⁹⁶ LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*. 2005, p. 93. traduzido livremente como “o direito tal como está vigente, necessita de uma legitimação mais além de si mesmo.”

²⁹⁷ CHAMON JR. *Filosofia do Direito na Alta Modernidade*, p. 109.

²⁹⁸ “Títulos como ‘Derecho y Sociedad’ remiten a dos objetos independientes: uno frente al outro. Por eso, deben ser reformulados conforme a la teoría de las distinciones. El sistema jurídico, para insistir en este punto decisivo, es un subsistema del sistema de la sociedad. La sociedad no es, por lo tanto, solo el entorno del sistema jurídico. Ella es en parte más, - en la medida en que incluye las operaciones del sistema jurídico; y en parte menos, - en la medida en que el sistema del derecho tiene que ver también con el entorno de la sociedad:

a unidade sistêmica não pode ser produto de uma norma, dirigindo sua crítica especialmente à Kelsen (Norma Fundamental) e Hart (Regra de Reconhecimento).

O sistema do Direito, então, não pode mais ser concebido apenas como um emaranhado congruente de normas, mas sim um emaranhado de relações fáticas que, como operações sociais, são comunicações, independentes do que elas próprias afirmam sobre o direito. Nesse ponto há um verdadeiro giro teórico, na medida em que o fundamento do direito não se encontra na norma, ou em uma tipologia dos valores, mas na distinção sistema-entorno, pensando-se nas operações e não mais nas estruturas.

Nesse sentido: *“El sistema produce operaciones propias anticipando y recurriendo a operaciones propias y, de esta manera, determina qué es lo que pertenece al sistema y qué al entorno”*²⁹⁹. Ou seja, o que é direito e o que não é direito.

O Sistema do Direito então possui um código próprio (*conforme a derecho/no conforme a derecho*³⁰⁰), enclausuradamente fechado no próprio sistema³⁰¹.

Nas palavras de Menelick de Carvalho Netto e Cattoni de Oliveira:

Toda comunicação referente ao código *“Recht/Unrecht”* – *“licitude/ilicitude”*, na melhor tradução, proposta nesta obra -, diz respeito a esse sistema, que se diferencia dos demais sistemas sociais, a partir da forma do sistema, *“Recht/Unrecht”* – traduzido, agora, com originalidade, como *“Direito/Não-Direito”* –, e cuja função é a de estabilizar expectativas de comportamento. [...] Luhmann, é claro, não entende o Direito como um sistema de regras, no sentido de um ordenamento jurídico, mas, como dissemos, como sistema de todas as comunicações referentes ao código do Direito, *licitude/ilicitude*.³⁰²

Nada que provém do entorno pode se tornar direito, pois sistemas autopoieticos criam seus elementos por meio de operações internas, mas o sistema, como visto está plenamente vinculado ao entorno por aquilo que foi denominado por Maturana como “acoplamento estrutural”, que se mostra como uma constante condição de sobrevivência do sistema. Porém tal conceito é redefinido por Luhmann que o vê como uma adaptação

realidades físicas y mentales de los seres humanos; fenómenos físicos, químicos y biológicos que el sistema jurídico declare relevantes” (LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*. 2005, p. 111)

²⁹⁹ LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*. 2005, p. 100

³⁰⁰ LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*. 2005, p. 124; para CHAMON JR trata-se do esquema *licitude/ilicitude*. (CHAMON JR. *Filosofia do Direito na Alta Modernidade*, p. 91)

³⁰¹ *“Para la diferenciación y la clausura operativa del sistema del derecho se vuelven relevantes otros dos desarrollos que se estimulan mutuamente: 1) la especificación de la función del derecho, esto es, la orientación hacia un problema social específico, y 2) la codificación binaria del sistema que se lleva a cabo mediante un esquematismo que provee de un valor positivo (derecho de uno) y de uno negativo (no derecho del outro).”* (LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*. 2005, p. 116)

³⁰² CARVALHO NETTO, Menelick de; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Prefácio à obra de CHAMON JR, Lúcio Antônio. Filosofia do Direito na Alta Modernidade: Incursões Teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2005, p. XX.

permanente entre sistemas diferentes, para manter sua especificidade, uma estimulação mútua, garantindo trocas, mantendo o acoplamento³⁰³.

Assim, todo sistema se adapta ao seu ambiente (entorno), pois senão sequer poderia existir, realizando suas operações em condições de absoluta autonomia, o que implica dizer que o entorno somente afeta o sistema por irritações³⁰⁴, que são, por conseguinte, reelaboradas internamente, ou seja, irritações são também construções internas, resultantes de confrontações internas entre estruturas do próprio sistema, razão pela qual uma irritação é sempre uma auto-irritação³⁰⁵.

Diante de tal proposição, Luhmann afirma que é a Constituição que promove o acoplamento estrutural entre os sistemas da política e do direito.

Portanto, deve-se distinguir: a Constituição utiliza conceitos como povo, eleitor, partidos políticos, Estado remetendo-se assim à política. Esses conceitos, no entanto, enquanto conceitos do texto constitucional, não podem ser outra coisa senão conceitos jurídicos eventualmente redutíveis a conteúdos judiciáveis. Na hipótese de uma descrição externa do sistema jurídico, a mesma categoria (*fattispecie*) pode ser, no entanto, formulada de outro modo. As referências ao sistema político estabelecem ao mesmo tempo um acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o político que se coloca "ortogonalmente" em relação às operações internas ao sistema e que não pode ser por ele apreendido. Todas as distinções especificamente jurídicas pressupõem o sistema que opera com esse acoplamento na qualidade de operador, como elemento de distinção, como contexto autopoiético de comunicação presente na sociedade. Neste plano implícito, o conceito de acoplamento estrutural descreve uma condição socialmente indispensável (embora historicamente variável em suas formas) de diferenciação. E é precisamente isso o que antes se buscava dizer com a tese de que a autoreferenciabilidade permanece incompleta na medida em que não pode assumir por si a referência discernidora. A Constituição constitui e ao mesmo tempo torna invisível o acoplamento estrutural entre direito e política³⁰⁶.

A Constituição, dessa forma, vincula o sistema político ao direito, com a consequência de que o comportamento contrário ao direito resulta no fracasso político. Por outro lado, a Constituição permite que o sistema político, através da promulgação das leis, modifique o direito. Apesar do acoplamento estrutural, como noticia Mansilla, as operações

³⁰³ MANSILLA, Darío Rodríguez. *Invitación a la sociología de Niklas Luhmann*. In LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, 2002, p. 30-31.

³⁰⁴ "O conceito de irritação (irritabilidade) aponta para o fato de que a causa do acoplamento estrutural dos sistemas acoplados reage de maneira distinta ao que se refere à celeridade às irritações [...]. Os acoplamentos estruturais com seu duplo efeito de inclusão/exclusão fazem mais a concentração da irritabilidade. O mesmo que preparam no âmbito de suas possibilidades para as contingências" (CHAI, Cássius Guimarães. *Descumprimento de preceito fundamental: identidade constitucional e vetos à democracia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004., p. 62-63)

³⁰⁵ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: ITESO, 1996, p. 19.

³⁰⁶ LUHMANN, Niklas. *A Constituição como aquisição evolutiva*. Tradução para fins acadêmicos de Menelick de Carvalho Netto, s/d., p.7

recursivas internas de cada sistema se mantêm separadas. O significado político de uma lei é diferente de sua validade jurídica³⁰⁷.

Mas, para não retornar ao jusnaturalismo, que é por ele tão rechaçado, as normas jurídicas têm que ser tanto mais abstratas e indefinidas, quanto mais complexidade tiver que ser superada no interior do sistema, formando, além das normas jurídicas e em decorrência do processo de diferenciação sistêmica, conceitos e regras dispositivas.

Nesse sentido, leciona Alfred Büllesbach:

A matéria jurídica, a que assim foi dada a forma de conceitos, pode ser ordenada segundo princípios e transformar-se numa massa dinâmica, auto-crítica, num processo de fermentação, por assim dizer. Nisso reside a função da dogmática. “Os conceitos, as teorias, os juízos dogmáticos não são o sistema jurídico; eles orientam-no.” Os pontos de referência da análise têm, por isso, que ser procurados nas funções sociais do direito e do sistema jurídico³⁰⁸

Há que se pensar então, na questão da manutenção da ordem do sistema total, ou como denomina Luhmann: “*forma de diferenciación interna*”, que exige uma ordem própria da diferenciação interna, para regularizar os subsistemas. A ordem geral do sistema do direito está restringida, dessa forma, pelas disposições que ordenam as relações entre os sistemas. Tais disposições podem prever diversos graus de liberdade, diferentes graus de densidade de integração, dependendo da complexidade que foi alcançada na própria evolução do sistema total, com a advertência de que só um nível baixo de complexidade pode harmonizar-se com a segmentação.

Verifica Luhmann que há uma infinidade de tribunais que se assemelham e que devem se tratar reciprocamente como iguais. Porém, há os que, apesar disto, se constituíram formas de diferenciação que se apóiam na desigualdade. Por exemplo, cita Luhmann: “*tribunales/abogados, tribunales/parlamentos legisladores*”³⁰⁹, que, com base na

³⁰⁷ “a) El acoplamiento estructural entre Derecho y Política es regulado por medio de la Constitución. La constitución, por una parte, ata el sistema político al derecho, con la consecuencia de que el comportamiento contrario al derecho conduce al fracaso político. Por otra parte, la constitución permite que el sistema político – mediante la promulgación de leyes – inunde con novedades al sistema del derecho. A pesar de este acoplamiento estructural, las operaciones recursivas internas de cada sistema se mantienen separadas: el significado político de una ley es distinto a su validez jurídica. b) El derecho se acopla estructuralmente a la Economía mediante la propiedad y el contrato. En su calidad jurídica, estas instituciones ofrecen importantes fundamentos para derechos y obligaciones. Para el subsistema económico, ambas instituciones construyen el código propio del subsistema Tener/No tener y constituyen, además, el presupuesto para las operaciones del sistema: los pagos en el contexto de las transacciones económicas.” (MANSILLA, Darío Rodríguez. *Invitación a la sociología de Niklas Luhmann*. In LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, 2002, p. 51)

³⁰⁸ BÜLLESBACH, Alfred. *Princípios de teoria dos sistemas*. In KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Trad. Antonio Manuel Hespanha. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian. 2002, p. 427

³⁰⁹ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, 2002, p.360

desigualdade, produzem mais diferenciação e maiores graus de liberdade no sistema³¹⁰, o que importa em estabelecer o posicionamento dos tribunais como sistemas parciais, ou subsistemas, do direito.

Mas isso implica numa drástica ruptura com o entendimento pacificado desde Roma, e que permaneceu até uma época avançada da modernidade, qual seja: a idéia de que legislação popular e condicionamento da execução judicial (julgamento) são duas variáveis de uma mesma tarefa: a *jurisdictio* (dizer o direito). É importante ressaltar que a diferenciação do direito frente à ordem estratificada e a influência das famílias, dependia de uma autonomia um tanto quanto precária do poder político. Com os séculos XVI e XVII, de uma maneira quase despercebida, a compreensão legislativa se desloca do contexto da *jurisdictio* para o contexto da soberania. Por séculos, em tal processo estavam fundidas as idéias de soberania política e de soberania jurídica.

*La eminencia del concepto de ley exige que se incluyan en la competencia legislativa, otras competencias parciales: la competencia de anular y cambiar a ley, la competencia de derogarla mediante privilegios que “rompen con la ley” y, no por último, la competencia de interpretar la ley en lo que se ahora se ha dado en llamar “hard cases”.*³¹¹

Para estes casos, quais sejam: os *hard cases*, o julgador deveria “*recourir au Prince*”, ou à “*référé législatif*”, no caso da interpretação não permitir nenhum resultado claro.³¹² Mas apenas no século XVIII a diferenciação entre legislar e julgar adquire a conotação que hoje se conhece. Segundo Luhmann foi Jeremy Bentham quem exigiu uma separação clara entre legislação e jurisprudência, porém sua proposta não pôde penetrar na *common law*.

A diferenciação entre competência legislativa e competência judicial tem como referência os correspondentes procedimentos. Tem por suposição a evolução de normas de competência e sua delimitação restritiva. O juiz aplica as leis, obedecendo às instruções do legislador; por outro lado, o mesmo legislador deve levar em conta o modo de proceder dos tribunais para editar novas leis. Isto é o que permite representar a diferença como uma espécie de círculo cibernético pelo qual o direito se observa a si mesmo como uma observação de

³¹⁰ Explica Luhmann que: “*El ejemplo pone de manifiesto que diferentes formas de diferenciación no se excluyen mutuamente. A la forma de desigualdad dominante le incumbe regularizar dónde y cuántas formas diferentes de diferenciación son necesarias y admisibles: por ejemplo las sociedades nobiliarias tienen familias diferenciadas por estratos, aunque dentro de los estratos las familias son del mismo rango.*” (*El derecho de la sociedad*, 2002, p.360)

³¹¹ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, 2002, p.363 Traduzido livremente como: “A eminência do conceito de lei exige que se incluam na competência legislativa, outras competências parciais: a competência de anular e de mudar a lei, a competência de deroga-la mediante privilégios que ‘rompem com a lei’ e, não por último, a competência de interpretar a lei no que agora se passou a chamar ‘hard cases’”.

³¹² LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, 2002, p.363, nota nº.8.

segunda ordem (ou seja, um outro sistema observa o sistema). O juiz deverá entender o que o legislador quis dizer, ou seja, como ele observou o mundo, por isso os métodos de aferição da “vontade do legislador”. Desse modo, a relação entre competência legislativa e competência judicial é estabelecida segundo uma hierarquia. O tribunal é o órgão executivo da competência legislativa e a metódica jurídica é entendida como mera dedução. Há muito se sabe que tal interpretação não corresponde à realidade, mas ao mesmo tempo se compreende que a nova agudeza da distinção (legislação/jurisprudência) só se pode perceber e recomendar com a ajuda de um conceito unitário.

*Por eso el derecho se acentúa como sistema, en el sentido de que su multiplicidad emerge de un principio. Por eso, se resalta que el método es una deducción que no tolera desviaciones. Por eso, se exige el référé legislatif como recurso para aquellos casos que presentan problemas de interpretación. Y, por eso, no era ningún problema conceputar el sistema de derecho paralelo (o idénticamente) al orden político.*³¹³

De maneira muito rápida a realidade se contrapôs a tal conceito de diferenciação. Não há como retirar dos tribunais sua competência de interpretar as leis. Os tribunais devem decidir até que ponto podem se utilizar da interpretação para decidir e até que ponto devem exigir do legislador que altere o direito positivo.³¹⁴

Assim, à diferença da legislação, no exercício jurisdicional, se trata da aplicação do direito a situações particulares. Com a necessidade de fundamentação das decisões e com a premissa geralmente aceita de que o Judiciário só age sob provocação, torna-se seguro que a decisão seja concreta e que o desenvolvimento de regras se dê paralelamente. Já com o apoio da relação assimétrica entre legislação e jurisprudência e de meios conceituais derivados, como a doutrina das fontes do direito, busca-se evitar a circularidade da assunção da idéia de que o tribunal “cria” o direito que “aplica”. Há a assimetria³¹⁵ de uma relação que, de outro modo, permaneceria circular. O círculo não apareceria se os tribunais, no momento em

³¹³ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, 2002, p. 365, traduzido livremente como: “Por isso o direito se acentua como sistema, no sentido de que sua multiplicidade emerge de um princípio. Por isso, se exige o référé legislatif como recurso para aqueles casos que apresentem problemas de interpretação. E por isso não era nenhum problema conceituar o sistema de direito paralelo (ou idênticamente) a ordem política.”

³¹⁴ “Y sólo esta concepción de tarea judicial es la que posibilita llegar a prohibir la denegación de justicia y a exigir que los tribunales decidan sobre todos los casos que les presenten” (LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, 2002, p. 365)

³¹⁵ Uma vez que os sistemas são auto-referentes e autopoieticos, a assimetria de um paradoxo evita que as operações do sistema se voltem sobre si próprias, sem referência a algum outro elemento. Nesse espectro, é preciso notar que um paradoxo tem uma função criativa na teoria luhmanniana. “Las paradojas se crean cuando las condiciones de posibilidad de una operación son al mismo tiempo a las condiciones de su imposibilidad [...]. Las paradojas surgen cuando el observador, que en cuanto tal señala algunas distinciones, hace surgir la cuestión de la unidad de la distinción que está utilizando [...]. Toda distinción es inherentemente paradójica, precisamente porque los dos dados que la constituyen siempre están presentes contemporáneamente: el uno en cuanto lado indicado, el otro como el lado que debe ser sobreentendido como lado al cual se hace referencia” (CORSI, ESPOSITO e BARALDI, 1996, p. 123-124)

que não encontrassem o direito, em lugar de decidir se contentassem em dizer que não está claro o direito – *non liquet*. Isto não é possível do ponto de vista do direito. O fato de que o sistema se confronte internamente com a necessidade de decidir nada mais é do que a consequência correspondente ao desacoplamento do sistema em relação a qualquer participação direta do ambiente. Mas, nesse caso, o que os tribunais fazem? Decidem? ³¹⁶

Luhmann questiona a natureza da norma de proibição de denegação da justiça. Para ele, trata-se de uma disposição autológica, isto é, que inclui a si mesma no seu campo de aplicação. Se há coação para que se decida, está excluído de antemão tudo aquilo que não é decisão, de vez que infringe a disposição autológica. Mas quem procede à aplicação de tal disposição? Os próprios tribunais? Há um paradoxo aqui. Os tribunais devem decidir onde não podem decidir. E se não podem, devem se esforçar por poder; se não se encontra o direito, deveria ele ser inventado ³¹⁷. O paradoxo da decisão que não se pode decidir deve se desenvolver de um ou de outro modo, deve se traduzir em distinções manejáveis como decisão/consequência, princípio jurídico/aplicação.

Que los tribunales se vean en la necesidad de decidir es el punto de partida para la construcción del universo jurídico, para el pensamiento jurídico y para la argumentación jurídica. Por eso, todo depende de que las decisiones anteriores que orientan perduren: salvo que se las cambie. Por eso, la res judicata es intocable, a no ser que se apliquen reglas excepcionales prevista por el derecho. Y, por eso, el derecho debe aprehenderse como un universo cerrado en sí mismo en el que, aun bajo tensiones sociales extremas, se puede practicar la "argumentación puramente jurídica" que decide por sí misma los espacios de interpretación que se pueden permitir, y en el que se puede rechazar la deformación pretendida. ³¹⁸

Tal necessidade de decidir traz consequências nos procedimentos de que se utilizam os tribunais. O sistema se orienta por regras de decisão (programas) que servem para especificar pontos de vista de seleções. Ao final, importam apenas os valores do código *Recht/Unrecht* com os quais é possível julgar, não importando os aspectos moralistas, políticos ou econômicos. O sentido de um sistema do direito que se apóia na Constituição tem que ver com a garantia procedimental (aceitabilidade racional), já que o processo não pode prometer a cada um que o direito decidirá a seu favor.

³¹⁶ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, 2002, p. 369.

³¹⁷ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, 2002, p. 378-379.

³¹⁸ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, 2002, p. 379. traduzido livremente como: “Que os tribunais se vêem na necessidade de decidir é o ponto de partida para a construção do universo jurídico, para o pensamento jurídico e para a argumentação jurídica. Por isso, tudo depende do que as decisões anteriores que orientam perdurem: salvo se elas modificarem. Por isso, a coisa julgada é intocável, a não ser que se apliquem regras excepcionais previstas pelo direito. E, por isso, o direito deve apreender-se como um universo fechado em si mesmo no que, inclusive as baixas tensões externas, se pode praticar a ‘argumentação puramente jurídica’ que decide por si mesma os espaços de interpretação que se pode permitir, e no que se pode rechaçar a deformação pretendida.”

Debilidade metodológica, perda de certeza, queda das diretrizes dogmáticas e a crescente falta de limites entre legislação e jurisprudência, são todas conseqüências da necessidade de que se decida. Por isso cresce a importância de um olhar crítico sobre os tribunais³¹⁹.

Assim, o imperativo de “decidir” é que distingue os tribunais das demais instituições do sistema do direito. Os tribunais, ao contrário de outras instituições de direito, devem decidir qualquer caso que se lhes apresente³²⁰. Só a eles cabe manejar o paradoxo do sistema. Eles devem transformar a indeterminação em determinação; só eles podem transformar necessidade em liberdade. E a unidade de um sistema se expressa através de distinções que buscam esconder o que manifestam. Isso é possível, estruturalmente, por meio do processo de diferenciação, ou seja, pela multiplicação, dentro do sistema, da distinção sistema/ambiente.

Pode-se dizer, portanto, que é dissolvida a possibilidade de descrever a diferenciação do sistema de direito como uma organização hierárquica, qual seja, o legislador fixa as condições com as quais os tribunais podem entender, aceitar e praticar a jurisdição. Luhmann propõe, então, a substituição da cadeia hierárquica por uma diferenciação entre “centro e periferia”³²¹.

A organização da atividade jurisdicional seria, nessa concepção, um sistema parcial no qual o sistema do direito tem seu centro. A tomada de posição da magistratura significa que o juiz se subordina a restrições de comportamento que não são válidas para qualquer pessoa, ou seja, ele deve atender à produção de regras jurídicas voltando-se para os *standards* metodológicos e de conteúdo vigentes. Para a periferia não há a necessidade de decidir; nela são manejados interesses de qualquer caráter, sem que seja necessária a distinção entre interesses “legais” e interesses “ilegais”. Justamente por isso, a periferia serve de zona de contato com outros sistemas de funções da sociedade, como economia, família ou política. Ao mesmo tempo, a legislação, cedendo à pressão política, infiltra-se em espaços outrora não

³¹⁹ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, 2002, p. 380.

³²⁰ “Si los tribunales se encuentran bajo la necesidad de decidir, no pueden depender, al mismo tiempo, del consenso – puesto que deben decidir sobre todos los casos, incluyendo aquellos en los que la validez jurídica no reside en un consenso seguro. Las fórmulas de consenso que utilizan los tribunales (*moral aspirations of the people, sensibilidad de los hombres más justos y equitativos*) aparecen insípidas y ranciais, además de que en el proceso ya no se examinan sino que se comportan a manera de ficción jurídica. Las requisiciones de consenso se delegan a la periferia y quedan introducidas en la forma del contrato o en la forma de ley que se aprobó mediante consenso. Justo por eso los tribunales requieren de cierta moderación en la reinterpretación de los contratos y las leyes; por tanto, de cierta moderación en la recreación del derecho jurisprudencial, sin que se puedan indicar los criterios generales para ello”. (LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, 2002, p. 384-385)

³²¹ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, 2002, p. 383-385.

alcançados pelo direito. É na periferia que as irritações se formalizam (ou não) através do direito. Já os tribunais, como centro, possuem uma zona de atuação menor justamente porque só trabalham no código direito/não direito.

Sobressai, como já visto, que a legitimidade da decisão é então resultante do processo como produto do sistema e não do contexto social do litígio. Mas a questão da aceitação da mesma é, ainda, uma questão que se mantém problemática.

Entretanto a discussão sobre a realidade, haja vista que o sistema não é um conceito apenas analítico, tornou-se um objeto de reflexão cognitiva do ponto de vista do *tertium non datur* (do observador, do terceiro excluído), pois, como visto, apesar da distinção entre sistema e meio não ser ontológica, na medida em que não divide toda a realidade, pois é dependente do sistema, é objetiva.

Nesse sentido, leciona Alfred Büllesbach:

Luhmann propõe, como solução do problema, que aquilo que o observador não pode ver seja introduzido de novo pela observação, isto é, pela observação do observador. A observação não se torna, por isso, na teoria sistêmica de Luhmann, num produto da consciência, mas antes num conceito fundamental da teoria do sistema. A perspectiva sistêmica, que resulta da sempre mutável diferença entre sistema e meio ambiente, produz, assim, um meio ambiente próprio, uma sua observação e uma descrição próprias da realidade; e, deste modo, também realidade própria. Assim, a consciência (sistemas psíquicos) e a comunicação (sistemas sociais) constroem meios ambientes respectivamente autônomos, não podendo ser reciprocamente redutíveis.³²²

A decisão sempre está ligada a uma alternativa no que respeita a caminhos a serem seguidos e suas ulteriores derivações. Por isto, a decisão é o terceiro excluído da própria “alternatividade” da alternativa. É a diferença que constitui a alternativa, ou melhor, a unidade desta diferença. Em outras palavras, um paradoxo. A decisão sempre pressupõe algo que é e não é passível de decisão, e não apenas que não está decidido. De outro modo, a decisão já estaria anteriormente tomada e seria o caso de apenas reconhecê-la.

O paradoxo está na relação deste terceiro excluído com a alternativa que ele constrói para se manter excluído, para poder decidir, mas o observador não pode ser ele mesmo a distinção com a qual distingue, dever ser, antes, o ponto cego da observação³²³.

Uma tal análise da decisão possui relevantes consequências, ainda que inaceitáveis do ponto de vista jurídico. Uma decisão não estaria determinada pelo passado, mas operaria dentro de sua própria construção que só é possível no presente. De outro lado, a decisão tem consequências para os presentes no próprio futuro. Com isso, a decisão não se

³²² BÜLLESBACH, Alfred. *Princípios de teoria dos sistemas*. 2002, p. 427-428

³²³ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, 2002, p. 369-371.

deixa determinar pelo passado, mas busca determinar o futuro, ainda que isso seja parcialmente impossível diante da contingência de novas decisões. Por isso os tribunais se preocupam com as conseqüências de suas decisões e buscam legitimá-las pela valoração daquelas. Já que não é possível determinar todas as conseqüências diante de novas decisões, é que surge a ilusão de que o passado determina a decisão, entendido este como procedimento.

Com a modernidade, ficou assente que qualquer demanda requer uma decisão, ainda que não prevista na lei. Apenas com isto, o juiz deixou de ser mero servo da política.

Tal obrigação de decidir demonstra que se deve suspender a eterna interpretação do mundo ou dos textos. Mesmo que se possa contrariar, o juiz deve encontrar algo em que possa se fundamentar e que justifique o início da ação. Para que haja a capacidade da decisão, é necessária a previsão institucional, tornando o sistema do direito universalmente competente e capaz de decidir. Tal combinação se evidencia no princípio da não denegação da justiça. Mesmo nos *hard cases*, os tribunais devem tomar uma decisão, não obstante as regras para tanto sejam duvidosas³²⁴.

Nesse ponto do debate, Luhmann tece sua crítica a Habermas pois este caracterizou “el procedimiento judicial como ‘punto crucial para el análisis del sistema jurídico’.”³²⁵. Nisto Habermas não está sozinho. Fazzalari com sua proposta, que será vista mais adiante, também coloca o processo no centro do sistema jurídico.

A sincronização das autopoiesis psíquica e social, que se mostra necessária neste ponto, se dá pela linguagem, ou seja, a linguagem é como um depósito de complexidade intertemporal destes dois sistemas. Substitui-se assim o problema da intersubjetividade pelo conceito de sistema autopoietico, mas fica por resolver o problema das condições de possibilidade que permitem a comunicação, a aceitação das decisões e da justiça. Ressalta-se que o conceito da autopoiesis em nenhum momento vem negar a importância do meio para o sistema, pois, lembrando, sem meio não há sistema.

Nessa perspectiva a positividade do direito é verificada pela validade (em termos lógicos) daquelas normas que, do ponto de vista comunicacional, ou seja, de operacionalidade, estão conectadas às demais operações do sistema auto-referenciado.

Leciona Chamon Jr. que:

O problema é que esta compreensão não elide, mas antes pressupõe, tanto um decisionismo quanto uma discricionariedade por parte dos tribunais. Não é à-toa que

³²⁴ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, 2002, p. 376.

³²⁵ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, 2002, p. 385. vide ainda HABERMAS, Jürgen. *Direito e Dmeocracia – Entre a Faticidade e a Validade*, Trad. Flávio Beno Sieeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. vol I, p.241-245.

a afirmação de Luhmann de que os tribunais ocupam um local central no sistema deve ser assumida com reservas: afinal, ao entender que as normas, enquanto estruturas programacionais do sistema jurídico, têm caráter condicional aos moldes da forma se/então – tal como Kelsen outrora propôs e Hart também assumiu, por todos pensarem em termos de regra/exceção –, acaba por ter que reconhecer que também os tribunais teriam um poder criativo em face de determinados casos a partir dos quais as estruturas do sistema não permitiriam qualquer decisão a não ser a de se decidir ainda quando, paradoxalmente, não se poderia decidir. Assim, ocupariam os tribunais um posto central pois permitiriam o desenrolar do paradoxo, isto é, quando o sistema confronta com seus limites. E então aqui é que Luhmann, do ponto de vista meramente de descrição e de observação, pois, vai sacar os princípios “jurídicos” como dotados de um papel importantíssimo: servir de curingas para estas situações paradoxais e permitir o desenrolar da operacionalidade do sistema³²⁶.

Os princípios jurídicos, diferentemente do que propõe Dworkin, não têm caráter normativo, mas criativo, e se esta fecundidade plena da principiologia, permite a necessidade de decisão, é certo que Luhmann não vislumbra nisso um problema capaz de corromper o sistema, pois a decisão está conectada a outras operações sistêmicas, mantendo-se a coerência do sistema.

O que se verifica então é que Luhmann, assim como Kelsen e Hart, apresentam descrições externas do sistema, incapazes de dar legitimidade às decisões dele provenientes. A compreensão democrática desses autores não acompanha a complexidade contemporânea das sociedades.

4.8. BUSCA PELA LEGITIMIDADE DECISÓRIA – VERIFICAÇÕES CRÍTICAS AO MODELO FUNCIONAL-ESTRUTURALISTA.

No ano de 1986, Habermas se insere no debate a respeito do papel do Direito no seio da Sociedade com a publicação da obra *Recht und Moral*³²⁷; contudo, como o próprio autor adverte, “*Tal como se deve tornar evidente, na conferência seguinte não profiro, esta, com uma intenção jurídica, mas sim com uma intenção socio-teórica*”³²⁸. Esta obra, apesar de despretensiosa, traz uma primeira crítica às teorias de Max Weber e de Niklas Luhmann, oferecendo um pequeno intróito para sua teoria-filosófica-jurídica, apresentada em Faticidade e Validade.

³²⁶ CHAMON JR, Lúcio Antônio. *Teoria Geral do Direito Moderno*. 2006, p. 54.

³²⁷ *Direito e Moral*.

³²⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Moral*. Trad. Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget. 1988, p.15.

Neste trabalho ater-nos-emos à crítica feita à teoria luhmaniana, pois a mesma é mantida na obra “Faticidade e Validade”, com algumas modificações.

Habermas apresenta seu trabalho sob um efoque analítico de algumas características da teoria funcionalista-estruturalista do direito de Luhmann, que considera essenciais à do direito, pois entende que em certos fenômenos, “esta estratégia de explicação se cansa em vão. Partindo deste resultado, de que a autonomia do sistema jurídico não se deixa prender”, pois Luhmann explica funcionalisticamente e na perspectiva interna da dogmática jurídica, aquilo que surge na figura de uma *práxis* de decisões normativa, como o resultado de processos factuais da conservação existencial auto-conduzida de um sistema partitivo. Assim, Habermas caracteriza esta teoria do sistema do Direito através de três colocações. Veja-se:

Antes do mas, a qualidade deontica de normas jurídicas é, de tal modo, redefinida, que se torna acessível a uma análise puramente funcional (a). Em seguida, a concepção positivista do direito é traduzida, funcionalisticamente, no modelo de um sistema jurídico desdiferenciado e tornado, totalmente, autônomo (b). Por fim, a legitimidade através da legalidade, é declarada como uma auto-ilusão, estabilizadora do sistema, forçada pelo código jurídico e esgotada no sistema jurídico (c).³²⁹

No entendimento de Habermas, a teoria de Luhmann, de forma generalizada, retira toda expectativa de funcionamento deontológico da normatividade, haja vista a questão princiológica, fazendo desaparecer o sentido ilocutório da linguagem binária do Direito, que ocorre da forma “legal e ilegal”. Desta forma há uma reinterpretação das expectativas de comportamento, numa variante puramente cognitiva, que não seriam mais vistas como autorizações, mas sim como prognósticos de expectativas.

A perseguição das expectativas, devido ao déficit cognitivo, a imunizaria contra futuras decepções sistêmicas. Assim, as expectativas normativas surgiriam como expectativas cognitivas fixas, desafeiçoadas a apreender. Este risco somente poderia ser suplantado com a proteção de uma autoridade especial, ou segundo Habermas, pela institucionalização estatal, que se oporia à ameaça de sanções, “transformando-as em direito”.

Da mesma forma o segundo ponto da crítica de Habermas, se opõe a apresentação do direito positivo como a combinação inteligente, entre “a involuntariedade de aprendizagem – em geral, no sentido de uma normatividade empiricamente reinterpretada – e de uma capacidade de aprendizagem”³³⁰.

³²⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Moral*. p.73.

³³⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Moral*. p. 74-75

Isso somente seria possível pela forma asséptica do Direito, ou seja, libertando-se das amarras das normas morais, fundamentadas de forma “jus-estranha ou jus-racionalmente” e, noutro norte se tornaria independente da política, ou seja, da legislação e da administração.

Nesse sentido o próprio Habermas esclarece:

Na verdade, ele estabelece-se, ao lado de outros sistemas parciais, como um sistema repartido, funcionalmente especificado, que se auto-reproduz e opera auto-referencialmente. Sem dúvida, o sistema jurídico liberta este modo da autonomia sistêmica, com aquele paradoxo, de que esta se encontra, igualmente, presa à ‘*rule of recognition*’ de Hart: aquilo que, visto de fora, é um facto social, uma característica emergente ou uma práxis habitual, em qualquer caso, é algo que surge eventualmente e deve, no seu interior, poder ser aceita como um critério de validade convincente. Nisto, reflete-se o paradoxo integrado nos fundamentos de validade do direito positivo: caso a função do direito consista em estabilizar expectativas de comportamento, normativamente generalizadas, como pode esta função ser, ainda, preenchida por um direito vigente, possível de alterar de qualquer maneira pela exclusiva força de decisão de um legislador político. Luhmann tem, igualmente, que responder à pergunta, de como é possível conseguir a legitimidade através da legalidade.³³¹

Como bem lembra o autor, um sistema jurídico desdiferenciado não pode quebrar aquela circularidade, que surge com um código jurídico tornado autônomo, ou seja, “que vale, unicamente, como direito aquilo que, juridicamente, é estabelecido como direito – com a ajuda de razões supra-jurídicas legitimadas”³³².

Em *Fatidade e Validez: contribuições para uma teoria discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito (Faktizität und Geltung, Beitrag zur Diskussionstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats)*, Habermas, assevera que o direito moderno deve ser capaz de produzir integração social, sendo esta a sua função primordial, pois as ordens sociais já não a conseguem alcançar. Para tanto e utilizando-se da ação comunicativa, o potencial de racionalidade da linguagem é explorado para isso. Salienta, ainda, que na medida em que se toma consciência do conteúdo ideal da validade do direito ocorre um choque entre o mesmo e as exigências de uma economia regulada pelo mercado e de um poder administrativo.

Assim explica o autor

Os meios de regulação – dinheiro e poder administrativo – são ancorados no mundo da vida através da institucionalização jurídica dos mercados e das organizações burocráticas. Simultaneamente são juridificados complexos interacionais, nos quais os conflitos antes eram resolvidos eticamente, na base do costume, da lealdade ou da confiança; a partir de agora, esses conflitos são reorganizados de tal maneira que os participantes em litígio podem apelar para pretensões de direito. E a universalização de um status de cidadão institucionalizado pública e juridicamente forma o complemento necessário para a juridificação potencial de todas as relações sociais.

³³¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Moral*. p. 75/76

³³² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Moral*. p. 76

O núcleo dessa cidadania é formado pelos direito de participação política, que são definidos nas novas formas de intercâmbio da sociedade civil, na rede de associações espontâneas protegidas por direitos fundamentais, bem como nas formas de comunicação de uma esfera pública política produzida através da mídia.³³³

Uma crítica direta à ideologia e ao poder, feita por uma mediatização de tal contradição no seio da sociedade.

Segundo Habermas a “teoria dos sistemas” superou o realismo marxista com seu conceito de sociedade descentrada, formada por vários subsistemas que se auto-observam e observam uns aos outros, porém, os mesmos não se intervêm mutuamente, adotando uma atitude reflexiva acerca dessa relação. As capacidades transcendentais de sujeitos-consciência monadicamente concebidos por Husserl tornam-se propriedade de sistemas despidos da subjetividade das mônadas³³⁴ da consciência, mas monadicamente encapsulados sobre si mesmos³³⁵.

Nesse sentido afirma:

Luhmann concepisce il diritto esclusivamente dal punto di vista funzionale della stabilizzazione delle aspettative comportamentali. In società funzionalmente differenziate, il diritto si specializza nel generalizzare le aspettative sotto una dimensione temporale, sociale e di mérito, tanto che in caso di conflitto si può prendere una decisione vincolante secondo il código binário legale/illegale. Generalmente parlando, il sistema giuridico abbraccia tutte le comunicazioni che si orientano al diritto. In senso ristretto esso comprende quegli atti giuridici che – a partire da procedure istituzionalizzate, norme giuridiche e interpretazioni giurisprudenziali – modificano la situazione legale di un caso determinato. Certo, queste convenzionali definizioni di sociologia giuridica partono dall'ipotesi che lo sviluppo del diritto, per via di differenziazione evolutiva, sia interpretabile come un'autonomizzazione che sfoci nell'indipendenza del diritto positivo quale sistema autopoietico. Allora il sistema giuridico si delimita rispetto ai propri ambienti in maniera autoreferenziale, ossia come una circolazione comunicativa – ricorsivamente chiusa – che con questi ambienti ha contratto soltanto tramite osservazioni. “Autopoiesis” significa che questo sistema descrive le proprie componenti con categorie giuridiche e impiega queste autotematizzazioni per costituire e riprodurre con mezzi propri gli atti giuridici. Il sistema giuridico diventa autónomo nella misura in cui le sue componenti si collegano in maniera tale, che “norme e atti giuridici si producano vicendevolmente, sicché procedura da un lato e dogmatica dall'altro confermino a loro volta l'ordine di queste relazioni”³³⁶

³³³ HABERMAS, *Direito e Democracia*, vol I, p.104-105.

³³⁴ Segundo lições de Antônio Cota Marçal, aulas ministradas no curso de pós-graduação strito sensu, da Puc-minas, na matéria de teoria da argumentação jurídica: o conceito de mônadas remonta a Leibnitz e significa uma substância simples e ativa de que todos os corpos são feitos.

³³⁵ “... questo concetto di diritto implica lo sganciarsi del sistema giuridico – come monade simultaneamente chiusa e aperta – da tutti gli altri sistemi d'azione. Diventando autónomo, il sistema giuridico non può più interni allá società, né può esercitare su loro un'influenza regolatoria.” HABERMAS, Jürgen. *Fatti e Norme: Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*. Trad. Leonardo Ceppa, 1996, p. 63. vide a versão em português HABERMAS, *Direito e Democracia*, 1997. vol I, p.70-71.

³³⁶ HABERMAS, Jürgen. *Fatti e Norme: Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*. Trad. Leonardo Ceppa, 1996, p. 63. Traduzido livremente como: “Luhmann concebeu o direito exclusivamente do ponto de vista funcional da estabilização das expectativas comportamentais. Em sociedade funcionalmente diferenciadas, o direito se especializa no generalizar as expectativas sobre uma dimensão temporal, social e de mérito, tanto que em caso de conflito se pode pegar uma decisão vincolante segundo o código binário legal/ilegal.

Para Habermas, Luhmann é o sucessor da fenomenologia transcendental da perspectiva da teoria dos sistemas, tendo ele dado um giro sobre a filosofia do sujeito e colocando-a sobre um objetivismo radical. Tal como Lévi-Strauss, Althusser e Foucault, os sujeitos, “*che ‘constituiscono’ ogni volta il loro próprio mondo*”³³⁷, perdem seu lugar e o direito de intencionalmente se integrar através de suas própria consciências. Todos os traços hermenêuticos seriam apagados de uma teoria da ação que partisse da autocompreensão dos atores. A visão se abre para a gama de variação, contingência, pluralidade e diversidade das sociedades complexas.

O sistema do direito recupera a autonomia que perdera com a crítica da ideologia, formando um sistema, ou um discurso, na desordenada pluralidade dos sistemas e dos discursos, controlado e formalizado numa linguagem articulada objetivamente, colocando entre parêntesis a autocompreensão dos atores, desafetada de seu saber intuitivo. O observador, ele mesmo ambiente, artificialmente visualiza todo fragmento da vida social como que congelada, uma espécie de segunda natureza que não se acessa hermeneuticamente; o máximo que se pode obter é o saber contra-intuitivo próprio das ciências da natureza³³⁸.

Todas essas discussões e controvérsias colocam em jogo o direito como categoria central da teoria da sociedade. A teoria de Luhmann passa a ser o ponto de referência de Habermas, apesar de atribuir ao direito uma posição marginal³³⁹.

Segundo Habermas, na teoria de Luhmann o direito é entendido unicamente desde o ponto de vista funcional da estabilização de expectativas de comportamento. Nos casos de conflito ele decide de acordo com o código binário “lícito”/“ilícito”. Em sentido amplo, o sistema jurídico em conjunto compreende todas comunicações que se orientam pelo direito; em sentido estrito compreende todos atos jurídicos que alteram situações jurídicas de um caso determinado, se retro-alimentando de procedimentos jurídicos institucionalizados, normas

Generalizadamente falando, o sistema jurídico abraça todas as comunicações que se orientam ao direito. Em senso estrito isso compreende aqueles atos jurídicos que – a partir de procedimentos institucionalizados, normas jurídicas e interpretações jurisprudenciais – modificam a situação legal de um caso determinado. Assim, esta convencional definição de sociologia jurídica portanto da hipótese que o a alteração do direito, pela via das diferenciações evolutivas, seja interpretável como uma autonomização que foca na independência do direito positivo aquele sistema autopoietico. Agora o sistema jurídico se delimita com respeito aos próprios ambientes em maneira autoreferencial, como circulação comunicativa – recursivamente fechada – que com estes ambientes somente tem contato realizando observações. ‘Autopoiesis’ significa que este sistema descreve os próprios componentes como categorias jurídicas e emprega esta autotematização para constituir e reproduzir com meios próprios os atos jurídicos. O sistema jurídico torna-se autônomo pela medição em que os seus componentes se colocam em maneira tal, que ‘normas e atos’ jurídicos se produzem constantemente, de modo que proceder de um lado e dogmática de outro confirmam sempre a ordem desta relação.”

³³⁷ “Que constituem sempre o seu próprio mundo” (HABERMAS, Jürgen. *Fatti e Norme*, 1996, p. 61.)

³³⁸ HABERMAS, Jürgen. *Fatti e Norme*, 1996, p. 62; e *Direito e Dmeocracia*, 1997. vol I, p.71-72

³³⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Dmeocracia*, 1997. vol I, p. 72

jurídicas e interpretações jurisprudenciais. Tais considerações só têm sentido mediante a suposição de que a diferenciação do sistema jurídico “*si delimita rispetto ai propri ambienti*”, realizando sua autonomização, como circulação comunicativa recursivamente fechada, convertendo-o num sistema autopoietico. Ou seja: o sistema se desliga do entorno, com o qual só possui contato mediante observações³⁴⁰.

O sistema jurídico, assim, não mantém um intercâmbio direto com os ambientes internos à sociedade, nem tampouco pode agir regulativamente sobre eles. O contato com os fatos para além desse sistema só tem o condão de fazer com que ele aja sobre si próprio. As funções de controle relativas à sociedade global são vedadas ao direito que, desta forma, apenas a regula num sentido metafórico: ao se modificar ele se apresenta a outros subsistemas como um ambiente modificado, momento em que aqueles podem reagir de forma indireta.

Por essa interpretação, de caráter eminentemente empirista, o direito vem a ser reduzido à sua aplicação, perdendo-se, por conseguinte a conexão entre o direito e a organização do poder político no Estado democrático de direito. A comunicação que se efetua através do código binário direito/não direito, apenas dentro da construção meramente autopoietica – saliente-se –, ignora a conexão de normas e ações jurídicas com a suposição de processos de entendimento racionalmente motivados que constituem a comunidade jurídica, não obstante seja condição da diferenciação do sistema³⁴¹.

A argumentação jurídica, que na teoria discursiva do direito tem uma posição central, na perspectiva luhmanniana é reduzida à uma comunicação especial, que resolve diferenças de opiniões sobre o código binário, passando a servir apenas para diminuir o valor de surpresa de decisões motivadas por outras vias e de aumentar sua aceitação. Do ponto de vista do observador o que era fundamentação para os participantes passa a ser ficção necessária. Dentro da teoria dos sistemas, apenas têm sentido os efeitos perlocucionários da argumentação; as razões são meios com os quais o sistema jurídico se convence de suas próprias decisões.

Habermas citando Luhmann afirma que há uma inversão na racionalidade, ou seja: “*siccome le ragioni sono difficilmente sostituibili nella loro funzione di garantire nessi di decisione, ali occhi dei giuristi appare come se fossero le ragioni a giustificare le decisioni, e non le decisioni a giustificare le ragioni*”. Mas se as razões não possuem mais a força

³⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *Fatti e Norme*, 1996, p. 62-63.

³⁴¹ HABERMAS, Jürgen. *Fatti e Norme*, 1996, p. 64.

intrínseca de motivar racionalmente, a cultura da argumentação se converte num enigma, que só pode ser desvendado por um julgador³⁴².

Habermas, então, conclui:

Solo dal diritto vigente il diritto può positivisticamente derivar la sua validità; sono cancellate tutte le pretese di validità che vadano al di là di questo (come Luhmann chiarisce a propósito del procedimento giuridico). Non c'è "output" che possa fuoriuscire dal sistema giuridico sotto forma di regolamentazioni: a questo sistema è precluso intervenire nell'ambiente. E neppure c'è un "input" che possa entrarvi sotto forma di legittimazioni: anche il processo político, la sfera pubblica, la cultura política formano "ambienti" il cui linguaggio resta incomprensibile al sistema giuridico. Sui suoi ambienti il diritto produce un "rumore di fondo" che può tutt'al più indurre variazioni in quei sistemi rispetto a cui lo stesso diritto `sua volta ambiente`³⁴³.

Para Habermas, o conceito de sistema³⁴⁴ deve ser mais restrito, limitando-se, assim somente à economia e ao “poder administrativo”. A ciência, a religião, a arte, a educação e parcialmente o direito, assim como a política, concebidas como formas democráticas de formação da vontade, não consituem sistemas, mas sim níveis reflexivos de reprodução simbólica do mundo da vida.

Notadamente nessa concepção, economia e política, como sistemas auto-regulados, invadem destrutivamente o mundo da vida, ameaçando seus componentes com perturbações em seus processos de reprodução. Neste diapasão, torna-se fácil perceber que a idéia de sistema em Habermas remonta diretamente à Talcott Parsons, que se infere pelo binômio estrutura-funcionalidade, e não pela inversão luhmanniana funcionalidade estruturante, pois nessa concepção, a desnaturação dos processos de reprodução do mundo da

³⁴² HABERMAS, Jürgen. *Fatti e Norme*, 1996, p. 64-65. tradução livre da passagem: “Uma vez que as razões são dificilmente substituíveis em sua função de garantir nexos das decisões, aos olhos dos juristas aparecem como se as razões para justificassem as decisões, e não as decisões a justificar as razões.”

³⁴³ HABERMAS, Jürgen. *Fatti e Norme*, 1996, p. 66. traduzido livremente como: Somente do direito vigente o direito pode positivamente derivar sua validade; são canceladas todas as pretensões de validade que esperam validade (como Luhmann se pronuncia a propósito do procedimento jurídico). Não tem ‘output’ que possa fora saindo do sistema jurídico só forma de regulamentações: a este sistema é precluso intervir no ambiente. E nem mesmo tem um ‘input’ que possam entrar só formas de legitimações: também o processo político, a esfera pública, a cultura política formam o ‘ambiente’ no qual a linguagem resta incomprensível ao sistema jurídico. Em seus próprios ambientes o direito produz um ‘rumor de fundo’ que pode mais que os outros induzir variações naqueles sistemas a respeito formam em volta do direito ‘seu ambiente’.

³⁴⁴ Segundo as lições de Marcelo Neves: “O sistema pode ser concebido, em uma primeira aproximação, como esfera auto-regulada de intermediação do agir racional-com-respeito-a-fins. É verdade que tal formulação é imprecisa, pois, no modelo habermasiano, o conceito de sistema e o de ação distinguem-se claramente, assim como só se pode falar de racionalidade sistêmica em sentido figurado: ‘Mudanças do estado de um sistema auto-regulado podem ser compreendidas como quase-ações, como se nelas a capacidade de ação de um sujeito se manifestasse’. Mas é inegável que, na obra de Habermas, a noção de sistema está vinculada intimamente à racionalidade-com-repeito-a-fins e, portanto, aos conceitos de agir intrumental e estratégico. O sistema pode ser definido como conexão de ações racionais-com-respeito-a-fins *mediatizadas* por dinheiro e poder como meio deslingüistizados. Por força de tal mediação, as intenções dos atores que se envolvem na malha sistêmica são neutralizadas.” (*Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil*, p. 74.)

vida, geram sua colonização por três aspectos simples e já referidos: 1) perda de sentido; 2) anomia; e 3) perturbação da personalidade.

Nesse ponto, há que se questionar: qual é então a distinção entre a idéia de sistema-total e mundo da vida?

Marcelo Neves esclarece que:

Em síntese, o mundo da vida racionaliza-se tanto pela diferenciação interna dos seus componentes estruturais quanto pela diferenciação das referências ao mundo (compreensão descentrada do mundo) e das respectivas pretensões de validade. Além do mais, a racionalização é indissociável da distinção entre tipos de ação, assim como entre plano da ação e discurso. Mas a racionalidade do mundo da vida está vinculada à sua diferenciação interna em relação ao sistema: este, ao tornar-se mais complexo, pode servir à reprodução material daquele, contribuindo assim para a racionalidade do saber, a solidariedade dos membros da sociedade e a autonomia da pessoa. Não obstante, a sua hipertrofia conduz-lhe a uma inversão do mundo da vida, com conseqüências destrutivas para a cultura, a sociedade e a personalidade, principalmente na medida em que provoca “perda de sentido”, anomia e psicopatologias. Cabe observar, por fim, que toda a questão da racionalidade do mundo relaciona-se com a viabilização de situações consensuais. Essa interpretação do mundo da vida em conexão com o conceito estrito de agir comunicativo.³⁴⁵

Se Habermas opõe tais críticas severas a Luhmann, em um ponto ele concorda e aceita a teoria luhmanniana: o sistema do direito opera através de um código binário, não gradual, só podendo ser incluídas dentro do sistema jurídico decisões que operem nesta lógica.

³⁴⁵ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: Uma relação difícil*, p. 77-78.

5. ESCORÇO HISTÓRICO DO CONCEITO DE PROCEDIMENTO E A SIMBIOSE COM O CONCEITO DE LEGITIMIDADE.

No percurso histórico da legitimidade, encontra-se uma relação intrínseca com alguns conceitos teórico-jurídicos advindos da área processual, convergentes pela gênese conceitual do termo. Assim, e conforme Luhmann, a dogmática jurídica apresenta três conceitos basilares que tratam do conceito de legitimidade: 1) O primeiro foi dado pelos romanos e decorre do conceito clássico de ação; 2) O segundo, é dado mais recentemente, apesar da inversão proposta pelo próprio Luhmann³⁴⁶, através do conceito de situação jurídica; e o último 3) é dado pelo conceito de relação jurídica.

Nota-se que a colocação da teoria do procedimento ancorada nestas três proposições, desatende os preceitos teórico-jurídicos contemporâneos, como será revelado mais adiante, quando da verificação da reviravolta democrática.

A colocação do problema da legitimidade acompanha claramente, para Luhmann, a problemática da noção de procedimento, envolvendo temas hoje já distinguidos pela ciência processual, quais sejam: Ação, Jurisdição, Procedimento e Processo, o que será acompanhado até certo ponto por este trabalho.

Necessário se faz, então, uma abordagem do tema nesta ordem de idéias, para tentar verificar os pontos comentados por Luhmann e sua tentativa de fazer do procedimento um sistema social, apesar da advertência do autor de que “para uma teoria jurídico-sociológica do procedimento nenhum destes conceitos básicos seria suficiente”³⁴⁷. Contudo os conceitos “básicos” de que fala Luhmann ganharam complexidade e merecem ser reavaliados a fim de que se possa verificar uma legitimidade adequada à complexidade social contemporânea.

A proposta passa a ser, portanto, verificar a noção de legitimidade em seus três aspectos primordiais, como propostos por Luhmann, quais sejam: ação, procedimento e sistema, na medida em que, de acordo com o pensamento deste autor, a gênese do procedimento é a ação e, por conseguinte, deve ser visto hoje, pela complexidade das

³⁴⁶ Segundo os ensinamentos de Luhmann (opt. Cit., p. 37) a idéia de situação jurídica seria predecessora da de relação jurídica. Contudo, esta informação não conjumina com a evolução histórico-propositiva dessas teorias. É certo que a teoria da relação jurídica, na dogmática jurídica, foi revitalizada após a falência da situação jurídica, principalmente na Itália, por Chiovenda, Carnelutti e Calamandrei, mas não se pode afirmar que sua criação-proposição foi anterior àquela.

³⁴⁷ LUHMANN. *Legitimidade pelo procedimento*, p. 37.

sociedades, como um sistema social. Para tanto, abordar-se-ão as teorias da ação, do procedimento, confrontando-as com uma concepção de sistema formada a partir do que foi discutido até o momento, verificando um aspecto que as interliga, a legitimidade-processual, ou melhor dizendo: legitimidade processualizada.

5.1. DA AÇÃO E PROCEDIMENTO – REVISITAÇÃO AOS CONCEITOS CLÁSSICOS E PREGRESSOS DESDE A *ACTIO ROMANA*.

A formulação do conceito de “ação” é um dos temas mais debatidos da ciência processualística do século XIX e da primeira metade do século XX, que nos remetem aos períodos romanos da *legis actiones*, *per formulas* e *cognitio extraordinária*³⁴⁸. Certo é que a proposta deste estudo é demonstrar a gênese do conceito de legitimidade, fazendo tão somente um fugaz aceno das teorias que mais influenciaram os juristas ocidentais.

A última fase de evolução do procedimento romano tem seu término com as publicações ordenadas pelo Imperador Justiniano (529 a 534 ac.), que resgatando os conceitos formulados por Celso e Ulpiano séculos antes, a definiam como direito daquilo que lhe é devido em juízo, ou seja, de movimentar a jurisdição, agora pública³⁴⁹.

³⁴⁸ “No primeiro período, chamado ações da lei (*legis actiones*), o procedimento caracterizou-se por um ritualismo próximo ao da religiosidade, consistente em declarações solenes, acompanhadas de gestos que os pontífices ensinavam aos litigantes, e que estes deveriam repetir diante dos magistrados, sendo que o mais insignificante erro conduzia à perda do litígio [...] Na segunda fase do procedimento romano, denominado (*per formulas*), o processo se constituía de recitação oral e palavras rituais, por fórmulas que o magistrado redigia e entregava aos litigantes, de acordo com a ação que se pretendia instaurar, correspondendo a cada direito violado uma ação e um fórmula diferente. [...] o terceiro período – *cognitio extraordinário* – que começa no século III da Era Cristã, caracterizou-se pela fusão das duas fases do procedimento numa só instância, e os litigantes compareciam perante o magistrado, que conhecia diretamente da demanda, proferindo sentença. A essa época o Estado, já bastante fortalecido, fazia sentir mais diretamente sua presença no processo, e o juiz assumia posição mais ativa, deixando de ser mero espectador que apenas presenciava o embate entre os litigantes.” (ALVIM, J.E. Carreira, Teoria Geral do Processo, p. 118).

³⁴⁹ Nesta última fase há a unificação das fases procedimentais, *in iure* e *apud iudicium*, ocorrendo então o fenômeno jurídico denominado por Rosemiro Pereira Leal “monopolização da arbitragem”: “não podendo mais os particulares, nessa época pós-clássica, utilizar-se da arbitragem, por qualquer de suas formas. Essa fase, conhecida como a da *cognitio extra ordinem*, assinala a passagem do modelo romano da Justiça Privada para a Justiça Pública. [...] assumindo o Estado Romano, *per lege et jura* (com vase nas constituições imperiais e pareceres dos jurisconsultos), o monopólio da atividade de dizer o direito, abolindo oficialmente a arbitragem facultativa, era o pretor o órgão jurisdicional do Estado e o Estado o único e exclusivo árbitro dos litígios.” (Teoria Geral do Processo. 2006, p. 42).

A definição de Celso foi resgatada por volta do séc. XIX³⁵⁰, pela corrente conhecida como imanentista ou civilista, que teve como um de seus maiores expoentes Savigny. Esta corrente inseria a ação como algo imanente ao próprio direito material, dela não possuindo autonomia, daí a clássica concepção: “não há direito sem ação, não há ação sem direito, a ação segue a natureza do direito”³⁵¹, em outras palavras: toda ação implica necessariamente duas condições, um direito e a violação deste direito. Nesta esteira de raciocínio, a existência do direito é pressuposto para a ocorrência da violação e não o havendo não há porque se revestir na especial forma da ação. Como se refere Rosemiro Leal: “Assim, para essa escola, o direito material (bem da vida jurídica) era imanente à ação para exercê-lo, o que queria dizer que ação e direito surgiam de modo geminado, não sendo possível separá-los.”³⁵²

Assim sendo é fácil verificar o que era a ação, nesta concepção da *actio* romana; só possuía legitimidade aquele que pudesse exercê-la em juízo.

Carreira Alvim leciona:

Esta identificação da ação com o direito subjetivo material determinou que ela constituísse uma parte do estudo do direito civil. A Escola Histórica do Direito, com Savigny à frente, criou ambiente para que outros investigadores alemães, na segunda metade do século XI, colocassem os fundamentos da nova ciência do direito processual³⁵³

Os estudos publicados pelos imanentistas geraram frutos, sendo um deles a polêmica discussão travada, em meados de 1856, entre Bernhard Windscheid e Theodor Muther, que erigiu a publicização do conceito de ação, pois antes “*encarava-se a ação como um elemento do próprio direito deduzido em juízo, como um poder, inerente ao direito mesmo, de reagir contra a violação.*”³⁵⁴, acomodando-se ao conceito dado por Celso³⁵⁵.

³⁵⁰ “*Nihil aliud est actio, quam ius, quod sibi debetur, iudicio persequendi*” (CELSE, L. 51, D. 44, 7): o caráter prático das instituições romanas encontrava, aí, a necessidade de definir, muito antes que a de fixar regra positiva. [...] Dizendo por outras palavras, o processo (a ‘*actio*’) é forma de perseguir o direito (o que é devido), mas não é forma do direito (do que é devido). Eis onde se verifica a materialização. A definição de Celso, portanto, cedo jogou, na estrutura da substância, a ‘*actio*’. Tautologicamente, cedo produziu a privatização, remetendo o que é forma, mas não o da relação, da *res in iudiciu deducta*, à matéria, ao direito material. Consequência da privatização, resolvido o problema (que não estava, como dissemos, na consciência dos romanos) de modo que o direito privado e o processo fossem um só direito, ao lado da ‘*actio*’, faculdade abstrata (não exatamente direito, como visto) de o cidadão romano estar em juízo e reclamar a defesa do direito, dava-se uma outra concreção: a dos reconhecidos modos práticos para, conforme a lei, obter-se a tutela jurídica, tais as *legis actiones*.” (VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *Da Ação Cível*, p.2-3)

³⁵¹ Algo muito próximo à concepção romanística, que nas palavras de VIERA afirmavam: “... por não haver direito sem ação que o assegure, aquele não se cria no direito positivo, senão pela concessão desta outra a seu titular” (Opt. Cit, p. 35)

³⁵² LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 6ª.ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 130

³⁵³ ALVIM, J.E. Carreira, *Teoria Geral do Processo*, p. 118.

³⁵⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. (1903) *Preleção de Bolonha*. Tradução. [s.d.t], p. 21

Windscheid, através de sua publicação de 1856, intitulada “*La ‘actio’ del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual*”³⁵⁵, propôs, portanto, rediscutir a *actio* romana e a ação moderna (*Klage*)³⁵⁷, procurando demonstrar que o conceito romano não coincidia com o de sua época³⁵⁸.

Dentro dessa constatação, e do ponto de vista romanístico, a *actio* nos remete àquilo que pode ser exigido do outro³⁵⁹, designando, portanto, a pretensão, ou seja, se alguém tem uma *actio* significa que alguém tem uma pretensão juridicamente reconhecida (legítima), ante os tribunais³⁶⁰. Formula, assim, o conceito de *anspruch*, que corresponde à pretensão ou razão, e está direcionado ao particular a quem o detentor da pretensão exercerá o seu direito de exigir a prestação jurisdicional³⁶¹.

Carreira Alvim leciona que “até então, vigorava em grande parte da Alemanha o direito romano justiniano, reelaborado pelos juristas medievais e modernos, e continuava

³⁵⁵ PUGLIESE, Giovanni. Introdução in WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *Polemica Sobre La ‘Actio’*. Tradução de Tomás A Banzhaf. Buenos Aires: EJE. 1974, p. XI.

³⁵⁶ do original ‘*Die actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts Düsseldorf*’, in WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *Polemica Sobre La ‘Actio’*. Tradução de Tomás A Banzhaf. Buenos Aires: EJE. 1974.

³⁵⁷ “Na Alemanha, adotavam-se duas terminologias para a tutela dos direitos subjetivos, a *actio* (que rememorava o direito de o particular pedir ao magistrado a fórmula em que a proteção estava condensada, e esse direito formulário era a *actio*) e a *Klage*, ou *Klagerecht* – o direito de demanda, de querela, de queixa. A *actio*, que Windscheid quis substituir por pretensão (*anspruch*) significava o direito de exigir de alguém uma ação ou omissão” GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 1992, p. 135

³⁵⁸ “La concepción dominante, aunque expuesta ya anteriormente, tuvo por último en Savigny al expoente que le diera su forma más significativa. Ella entiende por derecho de accionar el derecho a la tutela judicial nacido de la lesión de un derecho, es decir, el derecho en le que se transforma un derecho al ser lesionado. La agudeza y claridad de este concepto lo hacen atrayente y son asimismo la probable causa de la disposición a encontrar esse mismo concepto también en la *actio romana*” WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *Polemica Sobre La ‘Actio’*. Tradução de Tomás A Banzhaf. Buenos Aires: EJE. 1974, p. 1 Nas palavras de Alvin: “... A concepção dominante, que teve em Savigny o expoente que lhe dera sua forma mais significativa, entende por direito de acionar o direito à tutela judicial, nascido da lesão de um direito, vale dizer, no qual se transforma um direito ao ser lesado. No tocante ao conceito de *actio*, não era necessário passar muitas páginas do Corpus Iuris Civilis para se achar nele referência a ações que não pressupunham a lesão de um direito. Atribui-se *actio* à pessoa que foi lesada em um direito que lhe compete, mas não somente a esta. Se se diz que o comprador tem a *actio empti*, e pode exigir, mercê dela, isto ou aquilo, tal afirmação se baseia, por certo, na idéia de que não se valerá dela, senão quando se lhe negue o que pode pretender, mas a possibilidade de que essa *actio* não lhe competia, também antes de produzida dita negativa, escapara ao entendimento de um romano. Em Roma, a *actio* passava a ocupar o lugar do direito. O ordenamento jurídico não diz ao indivíduo: tens tal e tal direito, senão tens tal e tal *actio*. Não se diz, ‘nesta relação podes fazer valer tua vontade, frente aos demais, pela via judicial’. O ordenamento jurídico não é o ordenamento dos direitos, senão um ordenamento das pretensões judicialmente perseguíveis. Confere direito ao autorizar a perseguição judicial. A *actio* não é algo derivado, senão algo originário e autônomo.” (ALVIM, J.E. Carreira, *Teoria Geral do Processo*, p. 119.)

³⁵⁹ “El término romano *actio* designa el acto y, además, el derecho de accionar. ‘Nihil aliud’ define Celso ‘est *actio* quam ius quod sibi debeat iudicio persequendi’ [No es otra cosa la acción que el derecho de perseguir em juicio lo que a uno se le debe]. Lo que aquí nos interesa es el segundo de los significados apuntados.” WINDSCHEID, Bernhard. ‘*La ‘actio’ del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual*’. in WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *Polemica Sobre La ‘Actio’*. Tradução de Tomás A Banzhaf. Buenos Aires: EJE. 1974, p. 1

³⁶⁰ ALVIM, J.E. Carreira, *Teoria Geral do Processo*, p. 119.

³⁶¹ CHIOVENDA, Giuseppe. (1903) *Preleção de Bolonha*. Tradução. [s.d.t], p. 22

sendo aplicado o processo germânico comum, com a ‘recepção’ também muito ampla de concepções de institutos romanos.”³⁶².

Theodor Muther, principal crítico de Windscheid, no ano de 1857, publica sua obra, que foi intitulada “*Sobre la Doctrina de la Actio Romana, Del Derecho de accionar actual, de la Litiscontestatio y de la Sucesione singular em lãs Obligaciones*”³⁶³, onde, ao contrário do que sustentava Bernhard Windscheid, procura demonstrar que havia coincidência entre a *actio* romana e *Klage* germânica.

Muther leciona que:

El significado verdadero y originario de la palabra agere es presentarse ante el pretor, hablar y actuar. Como en la forma procesal más antigua, la legis actio sacramento, ese agere no podía cumplirse unilateralmente, sino sólo en unión con el adversario, se decía: “agere cum aliquo”, expresión que se mantuvo aun mucho después de haber cesado de emplearse el ager cum aliquo. Actio significa, en consecuencia, el acto bilateral con el que inicia el proceso. Mas pronto el término actio no designaría esse acto, sino el ritual del mismo y especialmente la fórmula escrita del ritual. Es bien sabido que en tal sentido el ius Flavianum, y en correspondencia con este, el libro 3º. Del ius Aelianum, fue un “líber qui actiones continet. Actio es pues la fórmula de la acción, que debe observarse y cumplirse (actio ad formam redacta). Cuando mas adelante desapareció la legis actio, y con ella el apersonamiento y la actuación solemne de las partes ante el pretor, subsistieron los términos agere y actio para designar el acto por el cual el demandante iniciaba el proceso, y elegió incluso a abarcar todo el procedimiento incoativo que se desarrollaba ante el pretor. Ese procedimiento se cerraba con el conferimiento de la fórmula más antiguas, el pretor se haya atendido estrictamente a ciertos giros y expresiones del ritual escrito de la legis actio guardaban por eso cierta semejanza con las viejas acciones ad formam redactae. Por tal razón, se las llamaba incluso formulae = formae o aun acciones. Tenemos entonces que actio es también la formula de la acción, y tal es el significado que há de darse al término cuando se dice que el pretor action nem dat, tribuit, indulget, accomodat, denegat, etc.”³⁶⁴

³⁶² ALVIM, J.E. Carreira, *Teoria Geral do Processo*, p. 119.

³⁶³ Tradução do título dado para a publicação na língua espanhola do original: “*Zur Lehre von der römischen Actio, dem heutigen Klagrecht, der Litiscontestatio und der Succession in Obligationen*” in WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *Polemica Sobre La ‘Actio’*. Tradução de Tomás A Banzhaf. Buenos Aires: EJE. 1974.

³⁶⁴ MUTHER, Theodor. *Sobre la Doctrina de la Actio Romana, Del Derecho de accionar actual, de la Litiscontestatio y de la Sucesione singular em lãs Obligaciones* in WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *Polemica Sobre La ‘Actio’*. Tradução de Tomás A Banzhaf. Buenos Aires: EJE. 1974, p. 236-237. Alvin explica este trecho da seguinte forma: “O significado verdadeiro e originário da palavra *agere* significa apresentar-se diante do pretor, falar, atuar em cooperação com o adversário. A *legis actio* sacramento falava em *agere cum aliquo*. A *actio* era um ato bilateral com que se iniciava o processo, ou, mais exatamente, designava não esse ato, senão o ritual do mesmo e especialmente a fórmula escrita do ritual. *Actio* é, pois, a fórmula da ação, que deve observar-se e cumprir-se (*actio ad formam redacta*). Quando desapareceram as *legis actio*, e com elas o comparecimento e a atuação solene das partes ante o pretor, os termos *agere* e *actio* subsistiram para significar o ato pelo qual o demandante iniciava o processo, e chegou inclusive a abarcar todo o procedimento que se desenrolava ante o pretor. Esse procedimento encerrava-se com o conferimento da fórmula ao autor. A *actio* passou, então, a ser a fórmula da ação.” (ALVIM, J.E. Carreira, *Teoria Geral do Processo*, p. 121)

O sistema jurídico romano não pode, assim, ser encarado como um ordenamento de pretensões judiciais, mas sim de direitos, “e somente estes (em seu sentido subjetivo) eram susceptíveis de persecução judicial”³⁶⁵.

Há, assim, dois elementos para a ação, um de direito privado e um segundo, dirigido ao Estado (direito público), entendido como o direito à tutela jurídica, ou seja, o direito de acionar (*actio*), que está vinculado ao direito privado. Muther explica que:

*El poder y señorío primitivos perduran aún después de la lesión, pero probada su insuficiencia, debe intervenir outro poder superior para restablecer la situación jurídica lesionada. Es éste el poder del Estado, cuya misión y profesión consiste en mantener el ordenamiento jurídico. Al ciudadano individual, el Estado le impone el deber de respetar de hecho los derechos de sus conciudadanos. De no hacerlo, el Estado tiene el poder de exigir que se subsane la lesión; se trata, como se vê, del derecho que el Estado tiene frente a sus ciudadanos de lograr que se subsane la lesión jurídica. Tenemos pues dos derechos que se corresponden mutuamente, ambos de naturaleza publicística: el del lesionado frente al Estado, para que se le conceda la asistencia estatal (derecho de accionar) y el del Estado contra el lesionador para que subsane la lesión. El derecho primitivo (particular) del lesionado, sea relativo o absoluto, es decir, um señorío sobre la voluntad de todos com excepción del titular, subsiste com toda su antigua fuerza y eficacia.*³⁶⁶

A *actio*, nada mais é, portanto, do que a pretensão do titular frente ao pretor, a fim de que este lhe confira uma fórmula, para o caso de seu direito ser lesado. Porém, Muther entende que o direito material e o direito de acionar a jurisdição não são idênticos, justamente porque pode haver pretensões sem direito de acionar, a menos que se queira negar a possibilidade das *naturales obligationes*³⁶⁷.

Deve-se ressaltar que a controvérsia estabelecida entre os referidos autores trouxe grande ganho, pois o direito de ação foi dissociado do direito material e passou a ter um caráter público, como leciona Rosemiro Leal: “... significando, nessa escola, a ação como direito à jurisdição e ao procedimento, que seriam de caráter público, porque devidos pelo Estado, e autônomo, porque desvinculado de outro direito que lhe pudesse retirar a ampla liberdade do respectivo exercício.”³⁶⁸

³⁶⁵ ALVIM, J.E. Carreira, *Teoria Geral do Processo*, p. 123.

³⁶⁶ MÜTHER, Theodor, *opt. Cit.*, p. 243-244. ALVIM, leciona que: “pode ser concebido como um direito vinculado, mas não como um ‘anexo’ do outro, e sim como um direito especial, condicionado, existente junto a esse outro direito, com efeito de tutelá-lo” in *Teoria Geral do Processo*, p. 122.

³⁶⁷ MÜTHER, Theodor, *opt. Cit.*, p. 247. Alvim esclarece que: “Os distintos direitos têm sua teoria, e tem-se dito que alguém tem tal e tal direito, tem tais e tais pretensões, mas pretensões não são idênticas ao direito e à assistência estatal que se tem, se elas não são respeitadas. Quem tem, por exemplo, um direito de propriedade tem uma pretensão contra todos os demais, a que, de fato, reconheçam seu incondicionado senhorio sobre essa coisa. A isto é que se chama ordenamento jurídico. A ele se agrega o ordenamento das ações. Se essa pretensão não é respeitada, o lesado pode solicitar a assistência estatal, que será, sem embargo, distinta, segundo o modo como se haja lesado o direito. Terá a reivindicatio ou a actio negatória; a pretensão de seu direito será a mesma em ambos os casos, mas a esta única pretensão servem dois direitos de acionar diversos” in *Teoria Geral do Processo*, p. 123.

³⁶⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *opt. Cit.* 2005, p. 131

Degenkolb e Plosz, por volta de 1887, defendem o caráter abstrato da ação, dissociando-o do resultado favorável ou desfavorável³⁶⁹.

Eduardo Couture, com base em Degenkolb, leciona:

Este escritor demonstrou de que maneira a ação civil, autônoma em relação ao direito, pode carecer de fundamento. Quando o demandante promove sua demanda ante o tribunal, pode não ter razão, e, sem embargo, ninguém discutirá seu direito de dirigir-se ao tribunal, pedindo-lhe uma sentença favorável. O que o demandado poderá negar-lhe é seu direito de obter uma sentença favorável, mas nunca seu direito de comparecer ante o tribunal. Este é um direito que pertence ainda aos que não têm razão. Seria verdadeiramente milagroso, se não fosse um fato completamente familiar na vida do tribunal, que, durante o processo, ninguém tivesse razão. Só a sentença haverá de decidi-lo. O estado de incerteza é inerente a este fenômeno que denominamos processo³⁷⁰.

A escola alemã de processo, e entre eles Luhmann, parte então da teoria de Muther, mas a controvérsia em torno do direito de ação produz novas teorias, como a de Bülow que afirmava: “a ação como direito subjetivo anterior ao juízo não existe; só com a demanda judicial nasce o direito de obter uma sentença justa”³⁷¹.

Wach, discípulo de Bülow, entende a ação como direito público e concreto, ou seja, o direito a uma sentença favorável. A ação é assim um direito autônomo do direito material, ou seja, a ação é pretensão de tutela jurídica, ou melhor, é direito daquele a quem é devida a tutela jurídica, seguindo assim a colocação bülowiana de que a ação é o direito a uma sentença justa. Neste sentido Carreira Alvim leciona: “A pretensão de tutela jurídica, escreve Wach, não é uma função do direito subjetivo; a pretensão de tutela jurídica é o meio que permite fazer valer o direito, mas não é o direito mesmo.”³⁷².

E continua o processualista:

Para Wach, a pretensão de tutela jurídica (ação) é um direito público (como, já havia afirmado Muther) contra o Estado, ao qual corresponde a obrigação de prestá-la, e contra o demandado, que está obrigado a suportar os seus efeitos. É, a um só tempo, direito contra o Estado, garantidor dos direitos, e contra o réu. [...] Mas, embora distinta do direito subjetivo material, a ação pressupõe existente esse direito, e corresponde a quem tem direito a uma sentença favorável.³⁷³

³⁶⁹ “a ação é um direito abstrato de agir, desvinculado de todo fundamento positivo que legitime as pretensões dos que a exercitam, sendo este autor o primeiro a definir a ação ‘como direito subjetivo público, correspondente a todo aquele que de boa-fé creia ter razão, para ser ouvido em juízo e obrigar o adversário a apresentar-se’ (1877)” (ALVIM, J.E. Carreira, *Teoria Geral do Processo*, p. 125)

³⁷⁰ COUTURE, Eduardo. *Introducción al Estudio del Proceso Civil*, p. 12/13.

³⁷¹ Bülow *apud* ALVIM, J.E. Carreira, *Teoria Geral do Processo*, p. 123

³⁷² ALVIM, J.E. Carreira, *Teoria Geral do Processo*, p. 126

³⁷³ ALVIM, J.E. Carreira, *Teoria Geral do Processo*, p. 126

Porém, Köhler, também discípulo de Bülow, entende a ação como emanção dos direitos da personalidade, numa concepção extremamente naturalista, que liga a concepção de ação a noções de natureza da vida³⁷⁴.

Chiovenda, autor italiano e discípulo de Wach, criticando os teóricos do abstrativismo³⁷⁵, afirma em sua famosa preleção de Bolonha:

Se a doutrina de Wach contém um grande fundo de verdade, ao por em evidência a autonomia da ação, devem-se, não obstante, reconhecer como exagero inaceitável dessa idéia de autonomia da ação aquelas teorias que, de um ou outro modo, reverterem ao conceito do denominado direito abstrato de agir, conjecturado como simples possibilidade jurídica de agir em juízo, independentemente de um êxito favorável.³⁷⁶

Chiovenda, mesmo repudiando o caráter abstrativista da teoria da ação, procurou justificar o erro de seu professor, Wach, na medida em que, à sua época, era primário o desenvolvimento da teoria do direito potestativo. Desta forma, o autor italiano parte dessa percepção e confecciona a teoria da ação como direito potestativo. Distingue, assim, duas grandes categorias de direito: “direitos tendentes a um bem da vida a conseguir (direito a uma prestação) e direitos tendentes à modificação do estado jurídico existentes (direitos potestativos)”³⁷⁷.

O direito potestativo é, dessa forma, aquele pelo qual, a manifestação de vontade de alguém, faz surgir um novo estado jurídico, ou, ainda, faz cessar o existente. Contudo, esta modificação não requer a atuação da vontade daquele que será atingido pelo ato³⁷⁸.

³⁷⁴ ... a ação não é uma emanção da pretensão procedente, pois, se esta é ou não fundada, há de resolver-se na sentença. Tampouco, é a expressão de um direito público geral de acionar, é, sobretudo, emanção dos direitos da personalidade, mas só na medida em que o são os demais atos jurídicos; o acionar é um direito individual, como o de andar, de comerciar, etc. (ALVIM, J.E. Carreira, *Teoria Geral do Processo*, p. 123/124).

³⁷⁵ Calamandrei esclarece que: “Entretanto, às varias teoria que concebem a ação como direito à providência favorável em sentido concreto, encontram-se contrapostas, especialmente – a ação em sentido abstrato – na doutrina alemã, a teoria da ação em sentido abstrato, segundo a qual o direito de ação corresponderia não somente àquele que tem razão, senão a qualquer que se dirija ao juiz para obter dele uma decisão sobre sua pretensão, mesmo quando seja infundada; de maneira que a ação não seria o direito de obter uma providência que dê razão ao reclamante, senão o direito a obter uma providência que declare se o reclamante tem ou não razão; direito de ação que corresponderia, também a quem não tem razão, como direito a obter uma providência do juiz que lhe declare que não tem razão” (*Direito Processual Civil*. Trad. de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999, V. 1, p. 199-200) e continua: “Esta ação em sentido abstrato, dizem eles, é verdadeiramente um direito, porque está garantida pela responsabilidade civil e penal na qual o juiz incorreria se recusasse injustamente um ato de ofício” (opt. Cit, 1999, V. 1, p. 200).

³⁷⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, v 1, 1965, p.23

³⁷⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, p.15

³⁷⁸ Em muitos casos, a lei concede a alguém o poder de influir, com sua manifestação de vontade, sobre a condição jurídica de outro, sem concurso da vontade deste: a) ou fazendo cessar um direito ou um estado jurídico existente; b) ou produzindo um novo direito, ou estado ou efeito jurídico.[...] Esses poderes se exercitam e atuam mediante simples declaração de vontade, mas, em alguns casos, com a necessária intervenção do juiz (sentença constitutiva) [...]. (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, p.15)

Partindo do conceito de direito potestativo, Chiovenda formula o conceito de ação com uma conexão à lesão. Ou seja, na compreensão do processualista italiano, a ação é um direito que pode fluir da lesão de um direito. Assim, a vontade concreta da lei pode ser satisfeita pelo cumprimento da obrigação pelo devedor, ou pelo processo³⁷⁹.

Assim, a atuação concreta da lei no processo se funda no direito de ação, para o autor, sob a seguinte argumentação:

Observei que, se em verdade a coação é inerente à idéia do direito; se em verdade a vontade concreta da lei, quando o devedor deixa de satisfazê-la com sua prestação, tende à sua atuação por outra via, e que, mesmo, em numerosíssimos casos, há vontades concretas de lei cuja atuação só se concebe por obra dos órgãos públicos no processo; todavia, normalmente, esses órgãos só a pedido de uma parte podem prover a atuação (*nemo iudex sine actore*), de modo que, normalmente, a atuação da lei depende de uma condição, a saber, da manifestação de vontade de um indivíduo; e diz-se que esse indivíduo tem ação, querendo dizer-se que tem o poder jurídico de provocar, com seu pedido, a atuação da vontade da lei³⁸⁰.

A teoria de Chiovenda entende a ação como o direito de provocar a atividade do órgão jurisdicional contra o adversário. Esse direito de ação é autônomo, e não se vincula à existência de um direito subjetivo³⁸¹.

O autor defende a autonomia do direito de ação, mas não defende a idéia de sua abstração, até porque, para ele, somente tem ação quem tem razão. Portanto, trata-se de um autor concretista, que vincula o direito de ação ao resultado favorável do processo.

Críticas são tecidas ao autor italiano, por se relacionar com o caráter concreto da ação. Como bem analisa Rosemiro Pereira Leal:

Chiovenda exhibia, como assinala o insigne Ovídio Baptista da Silva, característica de ‘direito concreto atual, existente antes do processo e precisamente como uma potestade jurídica para obter, contra o adversário, um resultado favorável no processo. Em tendo a ação, do ponto de vista chiovendiano, o sentido de direito de movimentar a jurisdição por um querer que o Estado não poderia impedir, entende-se que, por esse ângulo, se lidas as constituições do Estado moderno, estaria

³⁷⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, p.20-21; Carreira Alvim comenta: “Para o jurista italiano, a ação é um poder que nos assiste, em face do adversário, em relação a quem se produz o efeito jurídico da atuação da lei. O adversário não está obrigado a coisa alguma frente a este poder; simplesmente lhe está sujeito. A ação se esgota com o seu exercício, sem que o adversário nada possa fazer, quer para impedi-la, quer para satisfazê-la. Tem natureza privada ou pública, conforme a vontade de lei, cuja atuação produz, seja privada ou pública. A ação não é a mesma coisa que a obrigação; não é o meio para atuar a obrigação; não é a obrigação em sua tendência à atuação; nem um efeito da obrigação; nem é ‘um elemento’; nem uma ‘função’ do direito subjetivo; senão, um direito distinto e autônomo, que nasce, e pode extinguir-se, independentemente da obrigação (a ação de condenação se extingue com a sentença definitiva, se bem que a obrigação continue existindo); direito que tende a um efeito jurídico e não a uma prestação” (ALVIM, J.E. Carreira, *Teoria Geral do Processo*, p. 126/127.)

³⁸⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, p.21

³⁸¹ “a independência e a autonomia da ação se tornam mais evidentes nos casos em que a ação tende a um bem impossível de conseguir-se por obrigação, mas que só se pode conseguir no processo; ou em que tende a um bem sem que exista, ou sem que se saiba se existe algum direito subjetivo atribuível àquele que dispõe da ação” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, p.27)

Chiovenda plenamente justificado em antever na ação um direito incondicionado à jurisdição, o que o afastaria de Wach, se não fora o caráter privatístico de um vínculo de sujeição, imposto pelo autor ao réu, que Chiovenda imaginava existir antes mesmo de se instaurar o procedimento.³⁸²

Cumpra analisar, ainda, a doutrina do direito de ação erigida por Enrico Tullio Liebman. O autor inicia seu estudo da ação a partir do princípio da iniciativa das partes, haja vista que a jurisdição é inerte e não permite ao juiz iniciar o processo, seja porque não é possível ao órgão jurisdicional conhecer de todas as lesões a direitos, seja em virtude da garantia da imparcialidade e da neutralidade do juiz frente à situação material que será objeto de decisão.

A iniciativa da parte, isto é, do autor, de iniciar a ação, pode ser analisada como direito, ou como ônus³⁸³.

Liebman sustenta a existência de um direito subjetivo, processual por excelência, que denomina direito de agir em juízo, que é garantido pela norma constitucional (art. 24 da Constituição da italiana). Assim, preleciona: “... a satisfação desses direitos, especialmente a satisfação coativa, depende da vontade dos titulares, isto é, da sua livre determinação; eis por que lhes é reconhecido esse exclusivo poder”³⁸⁴

Carreira Alvim leciona que: “a ação é o direito de provocar o exercício da função jurisdicional; direito subjetivo que consiste no poder de criar a situação a que o exercício desta função está condicionado, ou seja, direito à jurisdição.”³⁸⁵

O autor compreendia a ação como o direito a um julgamento de mérito. Note-se a diferença entre a teoria do direito de ação do autor, na medida em que se diferenciava da doutrina preponderante até então, que entendia a ação como direito abstrato, e não concreto³⁸⁶.

Apesar de a ação ser um direito subjetivo processual, esta, para Liebman, difere do direito subjetivo substancial, pois a ação se dirige ao Estado, ao órgão jurisdicional, e o

³⁸² LEAL, *Teoria Geral do Processo*. 2005, p. 131

³⁸³ “Essa iniciativa, pois, que se exerce propondo a ação em juízo pela forma adequada, representa para a parte antes de tudo um ônus, ou seja, ato necessário para que aquele que espera obter a proteção do seu direito dê início a um procedimento.[...] Mas a iniciativa do processo é, ao mesmo tempo, também um direito da parte, ou seja, o direito de provocar o exercício da jurisdição com referência a uma situação jurídica em que ele é interessado, visando a obter do juiz a proteção de um interesse próprio que se afirma insatisfeito.” (LIEBMAN, Enrico Túlio. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, v.1, 1985., p. 147)

³⁸⁴ LIEBMAN, Enrico Túlio. *Manual de direito processual civil*., v.1, 1985, p. 147

³⁸⁵ ALVIM, J.E. Carreira, *Teoria Geral do Processo*, p. 135.

³⁸⁶ “só tem direito à tutela jurisdicional aquele que tem razão, não quem ostenta um direito inexistente. Mas a única maneira de assegurar a quem tem razão a possibilidade de impor seu reconhecimento em juízo consiste em permitir que todos tragam os seus pedidos aos tribunais, aos quais incumbirá a tarefa de examiná-los e de acolhê-los ou rejeitá-los, conforme sejam procedentes ou improcedentes.” (LIEBMAN, *Manual de direito processual civil*. 1985: 147)

direito subjetivo substancial relaciona-se com o direito material, com a obrigação que decorre da lesão de um direito.

Distinguem-se: a) pelo seu objeto: o direito material tem por objeto uma prestação da parte contrária; a ação (direito processual) visa a provocar uma atividade do órgão judiciário; b) pela natureza do direito: o direito material dirige-se contra a parte contrária, podendo ser público ou privado; ação dirige-se sempre, contra o Estado, ou seja, contra o órgão judiciário, tendo, por isso, a natureza pública.³⁸⁷

O ponto nevrálgico da teoria de Liebman, que influenciou a doutrina brasileira, como justificam os autores Cintra, Grinover e Dinamarco, é “o destaque às condições da ação, colocadas como verdadeiro ponto de contato entre a ação e a situação de direito material”³⁸⁸, pois, para Liebman, a iniciativa da parte se individualiza, no caso concreto, na pessoa que pode agir em juízo (o que se define como legitimidade de agir), e na tutela de um interesse que se encontra ameaçado e necessita do processo para que seja protegido (o que se denomina interesse de agir)³⁸⁹.

Assim, a ação depende de requisitos constitutivos, chamadas de condições para existir, que são: o interesse de agir, a legitimação e a possibilidade jurídica do pedido. Essa última condição, na terceira edição de seu Manual, foi abandonada na medida em que se confunde com a matéria de mérito, ou seja, deve ser verificada na sentença.

A esta concepção de Liebman cabe a ressalva feita por Carnelutti à Chiovenda:

Dá-se que o que, repetidamente, se chama de condições da ação são condições para a atuação da lei, são, pois, condições para que o juízo aprecie a relação jurídica. À atuação, a atuabilidade da lei, se alcança por metonímia, sabido, pelo menos para Carnelutti, que a relação jurídica contém ínsita, no direito positivo, norma que regula seu objeto. Vem o conceito carneluttiano de situação jurídica lançar mais luzes no intrincado do debate, visto que chega a ser irrelevante o fato de mudar algum dos sujeitos, ou até ambos, dessa relação, pois é possível que tal ocorra sem qualquer modificação daquela³⁹⁰.

A teoria de Liebman recebeu várias críticas ao longo do tempo, que fizeram-no reformular algumas proposições, como aquela alhures mencionada, que, estabelece uma

³⁸⁷ ALVIM, J.E. Carreira, *Teoria Geral do Processo*, Nota de roda-pé, da p.135

³⁸⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 251

³⁸⁹ “... não significa que Liebman tenha sido o criador das chamadas condições da ação, pois, antes dele, Chiovenda já versara o assunto nos seus Principii, §3º, III (pp. 128/133), e nas Instituições, §3º., nº 19 e 21 (pp.66/71), conceituando-as como condições necessárias para se obter um pronunciamento favorável, assim enumeradas: 1) a existência de uma vontade da lei que assegure a alguém um bem, obrigando o réu a uma prestação; 2) a qualidade, isto é, a identidade da pessoa do autor com a pessoa favorecida pela lei e da pessoa do réu com a pessoa obrigada; 3) o interesse em conseguir o bem por obra dos órgãos públicos. Mas, enquanto, para Chiovenda, essas condições são condições de atuação da lei, necessárias para se obter uma resolução favorável, e, portanto, questões de fundo, de mérito, para Liebman, são questões que precedem o exame do mérito, necessárias apenas para que o juiz se pronuncie sobre a pretensão, favorável ou desfavorável ao autor.” (ALVIM, J.E. Carreira, *Teoria Geral do Processo*, Nota de roda-pé, da p.135)

³⁹⁰ VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *Da Ação Cível*, p. 39

relação de causalidade entre o direito de ação e o resultado final do processo, como ressalva Rosemiro Leal: “*que a vinculou a uma pretensão de direito material, retornando ao imanentismo da corrente de Savigny, deixando mesmo de reconhecer no direito-de-ação qualquer implicação constitucional de direito incondicionado de movimentar a jurisdição.*”³⁹¹

Dinamarco, nas notas inseridas na edição brasileira do Manual de direito processual civil, de Liebman, defende a filiação do autor italiano à corrente dos abstrativistas, pois sua teoria se funda na ação como direito ao provimento de mérito³⁹².

Aroldo Plínio comenta a proposição liebmaniana da seguinte forma:

A existência da ação, em Liebman, tem como requisitos duas condições: o interesse de agir e a legitimação e esses requisitos são dados na norma processual. O fato de que Liebman haja admitido que o provimento pode não ser favorável à pretensão do autor não é significativo, pois lesão e ameaça a direitos se provam no processo[...] Significativa, na verdade, é cisão feita por Liebman entre “direito de agir em juízo” e “direito de ação” delineado no art. 24 da Constituição italiana, tendo sua existência caracterizada na norma infra-constitucional em relação à situação jurídica concreta: a ação separada do poder de agir, o corte entre o genérico poder de agir como garantia constitucional e o direito de ação, a ação como direito ao processo e ao julgamento do mérito.³⁹³

Contudo, estas teorias da ação foram erigidas e estruturadas a partir do conceito de direito subjetivo, entendido como o poder de exigir uma conduta de outrem, ou seja, um vínculo de sujeição que se instaura e forma uma relação jurídica.

Dessa forma, a noção de legitimação no seu todo, é criação de Carnelutti:

... do mesmo modo que o conflito de interesses, que alhures chamaria de lide, transita, sem violência de termos, do direito substantivo para o processual, a legitimação, posição do sujeito no próprio conflito, haveria de retransmitir-se ao direito material. Aí, como no processo, quem se abalance a exercer algum direito é mister que ocupe a co-respectiva posição no conflito.³⁹⁴

Segundo ensina Rodrigues Vieira, coube a Carnelutti desvincular o problema das lindes da litescontestação, pondo fim à uma discussão estéril e redundante, qual seja: “se o direito de ação é direito à composição do litígio, ou, menos que isto, à composição do litígio formalmente deduzido, projetada (a discussão) para o instituto da coisa julgada”³⁹⁵.

³⁹¹ PEREIRA LEAL, Rosemiro. *Teoria Geral do Processo*. 2005, p. 132

³⁹² “são abstratistas todas as teorias para as quais a ação se considera existente ainda que inexistente o direito subjetivo material afirmado. [...] O que afasta nosso Mestre dos abstratistas mais extremados é a distinção, que ele faz, entre a ação como garantia constitucional (esta sim condicionada) e a ação como instituto disciplinado a nível de direito processual civil.” (LIEBMAN, Enrico Túlio. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, v.1, 1985, p. 153)

³⁹³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 1992, p.139

³⁹⁴ VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *Da Ação Cível*, p. 36

³⁹⁵ VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *Da Ação Cível*, p. 37

Volta-se então ao problema lançado por Luhmann, pois é necessário um conceito de legitimidade que não restrinja o direito ao direito processual, na medida em que a norma processual a ser aplicada independa da jurisdição para que se verifique sua componibilidade no litígio. “O direito vai ocupar-se, portanto, da lide, antes que ajuizada. E a lide não sociológica, pela razão, inclusive, de que o próprio direito é fenômeno social”³⁹⁶,

A legitimidade, como visto, foi incluída na teoria do processo, “tradicionalmente”, entre as condições da ação³⁹⁷, numa tradicionalidade irrestrita de composição do litígio. Contudo, em 1940, Calamandrei vai retomar essa discussão ampliando-a, pois no processo atual se reconhece a importância prática da colaboração da parte, apresentado, assim, o caráter empírico, que é o da bilateralidade da ação³⁹⁸.

Neste sentido o mestre italiano leciona:

parece, com efeito, que a construção do processo, feita por Carnelutti sobre o conceito de “litis”, no lugar de fazê-la sobre o de ação, vai de encontro, num certo sentido, com a realidade do processo atual no qual o juiz se encontra em contato, não com a “litis”, mas com a ação, enquanto é chamado, não a estabelecer qual é a regulação jurídica que corresponde melhor à realidade social diretamente observada, senão simplesmente a decidir se merece ser acolhida em relação a um fato específico já enquadrado pelo agente num esquema jurídico, a proposta de providência que lhe é apresentada pelo seu necessário colaborador.³⁹⁹

Calamandrei, desta forma, apresenta um gene malévolos contido na legitimidade (enquanto ação), pois a atividade destinada a apresentar ao juiz uma proposta de provimento não é somente do autor, mas também do demandado, que mesmo pedindo um provimento contrário, por exemplo pela rejeição da demanda, impõe assim um limite e uma condição à atividade do juiz.⁴⁰⁰

Esta projeção teórica, deixada como legado para a posteridade, foi muito bem aceita pelos teóricos modernos. Fazzalari, por volta dos anos setenta, propõe uma (re)formulação para o conceito de ação, repudiando tanto a formulação chiovendiana de ação como direito potestativo substancial⁴⁰¹, quanto seu caráter concreto⁴⁰². Desta forma, sustenta

³⁹⁶ VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *Da Ação Cível*, p. 40

³⁹⁷ “também chamada de pertinência subjetiva da demanda. A ação deve ser proposta pela parte que ocupe a posição típica de credor na relação jurídica de direito material, contra a pessoa que ocupa, na mesma relação, a posição de devedor [...] aquele que se diz titular do direito que quer fazer valer em juízo haja, realmente, assumido a posição correspondente na relação jurídica. O autor mais não faz em juízo do que em última análise, perseguir a aplicação da norma jurídica que crê incidente, isto é, da norma que rege a relação jurídica em que se crê integrado.” (VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *Da Ação Cível*, p. 37).

³⁹⁸ CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. Trad. de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999, V. 1, p.191.

³⁹⁹ CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*, 1999, V. 1, p.192.

⁴⁰⁰ CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*, 1999, V. 1, p.193-194.

⁴⁰¹ “*Affermatesi, poi, la separazione fra diritto fatto valere e processo, e dunque fra diritto soggettivo e azione, nonché l’ ‘autonomia’ di quest’ultima, è, però, vischiosamente residuo e giunto fino ai nostri giorni un filone*

que o direito de ação possui caráter processual e abstrato, mas não o limitando ao direito de demandar a tutela jurisdicional, como simples *proposizione della domanda*.

5.2. A TEORIA DA AÇÃO EM FAZZALARI – UMA PROPOSTA DE ADEQUABILIDADE DEMOCRÁTICA.

Vale ressaltar que Fazzalari propõe um novo conceito de ação a partir de uma reformulação do conceito de norma jurídica⁴⁰³, retirando toda a carga das tradições pandectistas deste conceito, mudando o enfoque da ação, antes relacionada ao pedido e à demanda, para outro relacionado com o provimento⁴⁰⁴.

Ação, para Fazzalari, é direito abstrato, não mais no sentido abstrativista, no qual a ação consiste e se exaure na possibilidade de colocar em movimento o processo; vai além disto pois independe da existência efetiva do direito material invocado pelas partes no processo, passando a defini-la pelo ângulo das posições subjetivas, ou seja, como situação legitimada⁴⁰⁵ (subjetiva-composta) pertencente a cada parte no processo, podendo ser classificada como seqüência de posições processuais que pertencem às partes: não mais somente o autor, a parte promovente, detém a ação⁴⁰⁶. Assim a legitimidade procedimental é

*d'idee, peraltro minoritario, che continua a considerare l'azione come un 'diritto potestativo' sostanziale, ed a predicarne la 'concretezza' (si pensi allá lezione chiovendiana, nos scevra, peraltro, di ambiguità): senza avvedersi che così s'intrude un'inesistente, e inutile, doppione della posizione soggettiva processuale consistente nella facoltà d'instaurare il processo. (FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto Processuale*. 1992, p. 424-425)*

⁴⁰² *“assunto inesorabilmente contraddetto dalla realtà, in cui la ragione o il torto non há, di per sè, incidenza sull'azione, ormai esercitata e conumata al momento in cui l'una o l'altro sono stabiliti dal giudice”. (FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto Processuale*. 1992, p. 424)*

⁴⁰³ FAZZALARI, *Istituzioni di Diritto processuale*, p. 77-79; pois, na concepção fazzalariana cada norma descreve um ato e o valora (como lícito ou devido), assim um sujeito ao qual aquele ato é imputado terá o poder, ou a faculdade, ou o dever de cumpri-lo segundo a qualificação normativa da conduta seja lícita ou devida. Abordar-se-á esse assunto em momento oportuno, quando será tratada, também, a teoria kelseniana.

⁴⁰⁴ *“Orbene, la legittimazione ad agire nel processo giurisdizionale civile si determina, allá stregua di qualsiasi processo, sul metro del provvedimento cui esso mira, cioè contemplando, 'in ipotesi e a futura memoria', quella che dovrebbe essere la 'misura giurisdizionale' (a precindere – è ovvio – da quello che sarà effettivamente l'esito del processo, dal se la 'misura' sarà emanata o meno)”. (FAZZALARI, *Istituzioni di Diritto processuale*, p. 306)*

⁴⁰⁵ *“La legittimazione ad agire va considerata – alla stregua della legittimazione in genere, quale nozione di teoria generale – da due angoli. Chiamiamo 'situazione legittimante' il punto di aggancio della legittimazione ad agire, fuor di metáfora la situazione in base allá quale si determina qual'è il soggetto che, in concreto, può e deve compiere um certo atto, e 'situazione legittimata' il potere, o la facoltà, o il dovere – o uma serie dei medesime – che, di conseguenza, viene a spettare al soggetto individuato, val dire il contenuto della legittimazione, cio in cui essa consiste”. (FAZZALARI, *Istituzioni di Diritto processuale*, p. 307.)*

⁴⁰⁶ *“Come abbiamo rilevato, la 'legittimazione ad agire' presenta due facce: quella costituita dalla 'situazione legittimante', cioè dalla situazione in presenza della quale um potere, una facoltà, um dovere sono conferiti al*

alterada para viabilizar o compartilhamento do “poder” de agir, numa noção estrutural de procedimento⁴⁰⁷.

Analisada sob esse aspecto, que compreende uma série de poderes, deveres e faculdades que a parte possui ao longo do processo, até a produção do provimento final, a ação, é entendida como uma série de posições processuais de uma parte, uma teoria que se aplica não exclusivamente ao autor, mas a todos os sujeitos do processo: réu, interveniente, denunciado, juiz, serventuário, pois todos possuem legitimação para agir no processo⁴⁰⁸.

O ato processual é previsto em lei e em sua descrição é previsto o sujeito a quem ele é imputado. Neste sentido o juiz é também sujeito do processo (capacidade advinda da investidura). A legitimidade do juiz se verifica de acordo com o tipo de jurisdição ou fase do procedimento.

O autor italiano, então, afirma que o juiz exerce uma atividade jurisdicional de natureza pública, ou seja, função e não ação, pois sua atuação compreende a realização de atos e cumprimento de deveres, não podendo se referir a faculdades e direitos⁴⁰⁹.

Nas palavras de Fazzalari:

configurata l'azione come la sequenza delle posizioni processuali spettanti all' parte, lungo il corso del processo, non à, poi, consentito ritenere che abbia azione soltanto la parte che promuove il processo (...) La verità è, invece, che ha propria azione qualsiasi altra parte (così, ancora nel processo civile, il convenuto, l'interveniente): infatti ciascuna parte ha una serie di poteri, facoltà, doveri, assegnatili proprio per realizzare, con una serie di atti, la sua partecipazione al processo, quindi il contraddittorio⁴¹⁰.

Merecem ressalva as implicações resultantes desta conclusão, pela qual têm “ação” no processo todos aqueles que realizarão atos, poderes, faculdades e deveres, principalmente, no que tange ao confronto entre as atuações do autor e do réu, pois, tanto um, quanto outro, possuem faculdades, poderes e deveres, relativos à construção do processo

soggetto; e quella della ‘situazione legittimata’, la quale consiste appunto in tale potere, facoltà, dovere. Se questo è, la serie di posizioni soggettive (poteri, facoltà, doveri) spettanti a ciascun partecipante rappresenta, da un canto, la conseguenza del di lui collegamento con la ‘situazione legittimante’ (del fatto, per es., ch’egli si asserisce ‘in limine litis’ titolare del diritto soggettivo) dall’altro costituisce la ‘situazione legittimata’ a lui spettante.” (FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto Processuale*. 1992, p. 422, nota 7)

⁴⁰⁷ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto Processuale*. 1992, p. 420

⁴⁰⁸ Fazzalari retoma, assim, a distinção feita por Carnelutti entre legitimação e capacidade e a projeta de forma diversa, como uma complementaridade, pois aquela não pode se abster dessa. *Vide Istituzioni di diritto Processuale*. 1992, p. 363-364.

⁴⁰⁹ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto Processuale*. 1992, p. 501

⁴¹⁰ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto Processuale*. 1992, p. 422, traduzido livremente como: “Configurada a ação como a sequência de posições processuais que competem à parte, ao longo do curso do processo, não está, pois consentido o entendimento de que a ação cabe somente à parte que promove o processo [...] A verdade é, ao contrário, que a própria ação pertence a qualquer outra parte (assim, agora no processo civil, o denunciado e o interveniente): de fato para cada uma há uma série de poderes, faculdade, deveres, assinalados propriamente para realizar, com uma série de atos, a sua participação no processo, por isso o contraditório”.

como procedimento em contraditório, entendido como posição de simétrica paridade entre eles.

Logo, não se pode falar em legitimação ativa do autor e legitimação passiva do réu, pois ambos são legitimados ativos do contraditório. Se há alguma legitimação passiva das partes, esta se refere à legitimação ao provimento jurisdicional, pois serão eles os afetados pela sentença.

Do mesmo modo, não se deve contrapor ação e exceção, como ressalta Fazzalari, pois exceção é uma figura muito mais limitada, já que compreende apenas a alegação de fatos extintivos, impeditivos do direito alegado pelo autor⁴¹¹. Portanto, um conceito muito mais restrito que o compreendido na posição de simétrica paridade dos interessados e contra-interessados, que gera para ambos uma série de poderes, deveres e faculdades simétricos.

O processualista italiano, contrapondo-se novamente à concepção do processo como relação jurídica, ressalta que a ação não está ligada ao êxito ou não do processo, pois a legitimação para agir se distingue da legitimação do juiz para emanar um provimento, e da legitimação das partes ao provimento.

*La spendita in concreto dell'azione, quale largita in astratto, non è mai pregiudicata, a posteriori, dall'esito del processo, nel senso che se, alla fine, la misura giurisdizionale richiesta viene rifiutata, non per questo potrà dirsi che le parti siano state private di Legittimazione ad agire: tutt'altro, proprio perché il processo si è ormai svolto; e si è svolto appunto per mettere in grado il giudice di prender partito*⁴¹².

Cabe apenas relacionar que a legitimação de agir do juiz, denominada de função, se evidencia em duas análises: a legitimação deste para emitir o provimento, em razão da competência, e sua imparcialidade⁴¹³.

Contudo, não se pode considerar a ação do ponto de vista apenas das posições subjetivas. Em abstrato e acima de qualquer posição jurídica se colocam a norma e ato que ela descreve e avalia. Assim, a posição subjetiva é alcançada pela avaliação da licitude ou obrigatoriedade e tem por objeto o ato regrado pela norma. Depois, as séries de posições

⁴¹¹ FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto Processuale*. 1992, p. 422

⁴¹² FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto Processuale*. 1992, p. 424, traduzido livremente como: “A utilização em concreto da ação, deixando-a em abstrato, não pode mais prejudicar, a posteriori, o êxito do processo, no sentido de que se, ao fim, a medida jurisdicional requerida vem refutada, nem por isto poder-se-á dizer que as partes foram privadas de Legitimação de agir: pelo contrário, mesmo porque o processo é agora diferente; e está alterado ao ponto de colocar o juiz em condição de tomar partido.”

⁴¹³ Nas palavras de Aroldo Plínio: O juiz deve controlar se pode ser sujeito do processo, se pode desenvolver suas funções de dirigir o *iter* que conduz ao ato final (...) O exame, a partir do provimento, deve dar relevo, também, ao princípio inerente à jurisdição que exige que o juiz, sendo autor do provimento seja terceiro, em relação aos efeitos que este irá produzir *in universum ius* das partes” (GONÇALVES. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 1992, p.151)

jurídicas reunidas com o nome de “ação” obviamente se traduzem, em consequência do exercício, em uma série de atos concretos. A compreensão do instituto da ação em Fazzalari passa pelo estudo da “legitimação para agir” que deve ser considerada sob dois pontos de vista: a) a “situação legitimante”; b) a “situação legitimada”.

A primeira se define como o ponto de contato da legitimação para agir. Na base da situação legitimante se individualiza quem pode estar no juízo (seus adendos são a providência e os sujeitos por ela afetados) ⁴¹⁴. No caso dos interesses difusos, há uma legitimação extraordinária em que os sujeitos do processo não são os destinatários do provimento.

A segunda se define pelo poder ou faculdade que cabem ao sujeito individualizado. A situação legitimada é o conteúdo da legitimante.

Fazzalari está, assim, a utilizar-se do conceito geral de direito de legitimação em seu duplo aspecto – situação legitimante e situação legitimada – e o conceito processual de legitimação para agir.

Se nos detivermos no conceito de situação legitimante, verificaremos que a legitimação para agir no processo se baseia no provimento jurisdicional que se originará do referido processo, e, por consequência, é com base no provimento jurisdicional que se define quem serão as partes no processo, pois são elas as responsáveis pela realização dos atos relativos à garantia do contraditório. Portanto, para se definir quem serão as partes em um processo, em concreto, deve-se analisar o provimento jurisdicional requerido e os sujeitos que serão afetados pelo respectivo provimento. Assim, o conceito de parte no processo se define a

⁴¹⁴ Neste sentido leciona Fazzalari: “L’autore dell’atto finale può essere uno dei contraddittori, ma non lo è necessariamente. Invero, che l’autore del provvedimento sai sempre, in quanto tale, fra i protagonisti dell’iter processuale, quindi, di regola, quindi lo svolgimento del contraddittorio, possa fissarne gli oggetti, ne recepisca, infine, i risultati non vuol dire che egli sai ‘parte’ della situazione che quell’atto è volto a creare: ciò accade, di regola, per gli organi pubblici in sede di amministrazione attiva; e in tale ipotesi l’autore dell’atto finale si schiererà contro uno o più soggetti (quanti altri siano ‘parti’ di quella situazione). L’autore dell’atto finale non è, invece un contraddittore quante volte sai estraneo agli interessi in contesa, cioè non sai parte di quella situazione (così, il giudice, l’arbitro) [...] il giudice deve essere ‘estraneo’ rispetto all’altra situazione sostanziale che sai per essere creata da quel provvedimento e rispetto ai titolari di essa, cioè ai destinatari degli effetti della misura giurisdizionale. Tale ‘estraneità’ (o ‘terzietà’) è la base su cui poggia la ‘imparzialità’ del giudice.” (Istituzioni di Diritto Processuale, p. 86 e 313) Traduzido livremente como: “O autor do ato final pode ser um dos contraditores, mas não o é necessariamente. Em verdade, que o autor do provimento esteja sempre, enquanto tal, entre os protagonistas do iter processual, e portanto, em regra, guie o desenvolvimento do contraditório, possa delimitar-lhe os objetos e os acolha, enfim até aos resultados, não quer dizer que ele seja ‘parte’ da situação para a qual aquele ato destina-se a criar: isso acontece, geralmente, para os órgãos públicos em sede de administração ativa, e em tal hipótese o autor do ato final se voltará contra um ou mais sujeitos (quantas outras sejam ‘partes’ daquela situação”. O autor do ato final não é, ao contrário, um contraditor, sendo estranho aos interesses em contenda, não sendo parte daquela situação (como o juiz, o árbitro) [...] o juiz deve ser estranho em relação à situação substancial que esteja para ser criada por aquele provimento e em relação aos titulares dela, isto é, aos destinatários dos efeitos da medida jurisdicional. Tal ‘estranheza’ (ou ‘terceiridade’) é a base sobre a qual se apóia a ‘imparcialidade’ do juiz”

partir dos afetados pelo provimento jurisdicional, que atuarão no processo em posição de simétrica paridade⁴¹⁵.

Ressalte-se que as partes possuem faculdades e poderes que, não exercidos, se resolvem em ônus. O juiz tem dever, porém de conteúdo discricionário.

Conclui-se, portanto, que a ação é a atuação que se evidencia a partir do provimento, e não do pedido do autor, como era anteriormente. Se a parte for afetada pelo provimento, sua posição será de simétrica paridade com o seu contraditor e, portanto, terá ação e sua posição é de direção do *iter* processual para emissão de um provimento.

Outrossim, devido à insurgência do assunto procedimento, já alardeado por Luhmann anteriormente, necessário se faz uma verificação destas teorias para o alcance da idéia de procedimento como sistema social.

⁴¹⁵ “Anote-se que a própria concepção de parte já tem seu ponto focal de definição deslocado do pedido (parte não é mais apenas ‘aquele que pede...’) para o destinatário do provimento, e, por isso, é sujeito do processo, com a garantia de participação nos atos que o preparam” (in GONÇALVES. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 1992, p.146).

6. ESCORÇO HISTÓRICO DA TEORIA DO PROCEDIMENTO – UMA REVISITAÇÃO AOS CONCEITOS CLÁSSICOS E PREGRESSOS DA NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO.

Na contemporaneidade, não há mais divergência doutrinária na verificação de que a constituição é a linha mestra do processo⁴¹⁶. As divergências existentes, hoje, partem de aspectos pontuais sobre a relação Constituição-processo. Pode-se citar, apenas com caráter elucidativo, a discussão entre Direito Processual Constitucional e Direito Constitucional Processual⁴¹⁷.

Antes dessa modificação no último quartel do século XIX e todo o século XX, o Processo durante muito tempo, foi absorvido pelo direito material, e considerando como simples meio de exercício dos direitos ou como mera sucessão de atos que compunham o rito

⁴¹⁶ Esta conotação surge após a Segunda Guerra Mundial, quando várias constituições, como as da Itália (1948), Alemanha Federal (1949), França (1952), Portugal (1976), Espanha (1978) e Brasil (1988), apenas para citar algumas, inseriram em seus respectivos textos diversos institutos processuais. Assim estabeleceram, expressa ou implicitamente, múltiplas garantias constitucionais de caráter processual. (BARACHO. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 125; e LEAL. *Opt. Cit*, 2005, p.98).

⁴¹⁷ Para Baracho, com base na obra de Fix-zamudio, o primeiro abrangeria os instrumentos de garantia processual em sentido estrito, sejam os que têm por finalidade a tutela dos direitos fundamentais da pessoa humana, consagrados sob a denominação de jurisdição constitucional da liberdade (como o hábeas corpus e o mandado de segurança), sejam os que estabelecem o limite das atribuições dos órgãos do poder. O segundo, surgido posteriormente, teria por finalidade o estudo sistemático das instituições processuais denominadas “garantias constitucionais de caráter processual” (*Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 126-129). Acatando a diferenciação, Nelson Nery Júnior acrescenta que ambos os institutos compõem “a denominada justiça constitucional” (*Princípios do processo civil na constituição federal*. 5ª. ed. São Paulo: RT,1999, p. 21). Baracho, todavia, prefere unificá-los sob a denominação de Processo Constitucional (opt. Cit. 1984, p. 126-129); Grinover, Cintra e Dinamarco deixam bem claro que a Constituição, “como equilíbrio das forças políticas existentes na sociedade em dado momento histórico”, assume caráter essencial para desvendar o processo, impondo-se como instrumento jurídico de que deve se utilizar o processualista para o completo entendimento do fenômeno processo e de seus princípios (*Teoria geral do processo*. 10ª. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 79). Rosemiro Pereira Leal, por sua vez, num renovador estudo processual, lança nova luz sobre esta questão, refutando a distinção, vinculando o “equivocadamente chamado direito processual constitucional” a “institutos que são genuinamente de direito constitucional” e afirmando serem regidos, um e outro, “pela principiologia da instituição constitucional do Processo”, que há de ser o “devido processo constitucional” (*Teoria Geral do Processo*. 5ª. ed. São Paulo: IOB Thomson. 2005, p. 104-105) Marcelo CATTONI DE OLIVEIRA se pronuncia por uma inadequabilidade dessa teoria à luz da teoria constitucionalmente adequada ao modelo constitucional do processo do Direito brasileiro: “Por um lado, se o Direito Constitucional é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, posto que estabelece os processos através dos quais todas as demais normas serão produzidas, quer da perspectiva legislativa, quer da perspectiva da aplicação, não há Direito Processual que não deva ser, nesse sentido, ‘constitucional’. Por outro lado, no Brasil, apesar de algumas vozes discordantes, o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e dos atos normativos é fundamentalmente difuso e incidental, como exigência constitucional basilar no esteio da melhor tradição democrática e constitucional brasileira” (*Direito Processual Constitucional*, p.212) vide ainda sobre essa concepção BARACHO, 1984, p. 125 et seq.

da aplicação judicial dos mesmos, ou seja: um método no sentido cartesiano, uma proposta, hoje, já não aceita⁴¹⁸.

Em 1868, Oskar Von Bülow, na sua obra “*A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais*”, racionalizou a idéia do processo como relação jurídica de direito público entre o juiz e as partes⁴¹⁹, tornando-se o primeiro jurista, na modernidade, a oferecer um conceito ordenador para a doutrina Processual, que se tornou, por sua vez, uma das teorias acerca da natureza jurídica do processo.

Para essa concepção, há uma relação jurídico-processual independentemente da existência da relação de direito material contida na lide, ou que deriva da pretensão. Não importa que o direito alegado pelo autor tenha existência real para a formação da relação jurídica que se consubstancia no Processo, pois o juiz, antes de entrar no mérito, indagará se houve ou não vício *in procedendo*. Pode, ainda o juiz declarar improcedente o pedido do autor, em nada afetando a relação jurídica processual, o que demonstra, a possibilidade de ter havido processo sem que existisse direito subjetivo de ordem substancial. Bülow realçou os dois planos de relações jurídicas: a de direito material, que se discute no processo e a de direito processual, que contém a discussão daquela.⁴²⁰

Embora, como se vê pelo título da obra referida, Bülow tenha previsto a autonomia do Processo por pressupostos que o distinguiam do direito material disputado pelas partes, ainda assim é, na concepção de alguns autores, exagerada a afirmação de que o “processo como ciência jurídica surgiu” a partir da obra de Bülow, porque o Processo não é em si mesmo, uma Ciência, mas objeto de esclarecimento pela Ciência do Processo. Bülow não desenvolveu uma atividade científica, mas uma teoria do processo⁴²¹.

O estudo das teorias que pretendem classificar a natureza normativa do ordenamento jurídico como Teoria Geral do Processo mostram que, conforme esteja o

⁴¹⁸ “Pois se há algo tal como um ‘método’ ou metódica’ próprios ao Direito, e não à Ciência do Direito e à sua ‘metodologia’, esse ‘método’ é o Processo é o meio através do qual se descobrirá a Verdade do Direito nas situações jurídicas concretas? Não. Tal idealização é incompatível não somente com o paradigma vigente de verdade (verdade intersubjetiva, consensual, datada...) mas também com a prática e com os princípios constitucionais do Estado – o Democrático de Direito – que se assume como um projeto inacabado e aberto a melhores argumentos e ao julgamento da história. O que queremos dizer com a afirmativa de que, se há uma metódica jurídica, essa é a do Direito Processual, é que o próprio Direito, aplicado a si mesmo, através da organização e estruturação de procedimentos e, especificamente, dos processos legislativo, jurisdicional e administrativo, cria e possibilita as condições para a sua produção e reprodução, e atualiza, como veremos, a pretensão de legitimidade democrática própria de todo Direito moderno.” (*in Direito Processual Constitucional*. Apresentação).

⁴¹⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*, 2005, p.92.

⁴²⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos*. 5.ed. São Paulo: IOB Thomsom, 2004. p. 81/82.

⁴²¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos*. 5.ed. São Paulo: IOB Thomsom, 2004. p. 81/82.

processualista numa ou noutra corrente de entendimento, altera-se o ponto de vista da possibilidade ou não de se ter uma Teoria Geral para todas as especialidades de procedimento. O mais representativo processualista que se filiou ao bloco daqueles que sustentavam a unidade do ordenamento jurídico foi Carnelutti⁴²² que como outros, entendia que normas processuais e materiais se integravam de modo que se tornavam complementos recíprocos⁴²³. Esta discussão será abordada de forma mais detida posteriormente. Pelo momento basta ressaltar a diferença conceptiva estabelecida com Chiovenda, que preconizou uma Teoria Dualista para o ordenamento jurídico, distinguindo norma material e norma processual como institutos autônomos, que não podem ser confundidos⁴²⁴ e que Fazzalari, em favor da tese dualista, afirma que o ordenamento jurídico contém três espécies de normas: reguladoras da atividade privada, da atividade dos órgãos públicos e da atividade jurisdicional⁴²⁵.

O que se pretende nesse ponto, é fazer uma investigação sucinta, sobre um conceito próprio de procedimento, adequado à teoria democrática contemporânea (art. 1º. da Constituição da República de 1988), levando em consideração os alertas tecidos por Fazzalari e Pereira Leal.

Fazzalari assim esclarece: “... *le realtà che noi oggi chiamiamo e intendiamo come “procedimento” e come “processo” si sono sempre svolte; e che la enucleazione dei due schemi e l’impiego appropriato dei due termini sono tardati molto*”⁴²⁶

As muitas teorias que existiram e existem sobre a natureza jurídica do processo e do procedimento revelam a visão publicista ou privatista assumida por seus formuladores. As principais, entre elas, apontam no processo diversas naturezas, como é possível perceber.

Para Paixão Jr. para se verificar de forma adequada a natureza jurídica dos institutos jurídicos, aconselha-se ao estudioso dirigir-se, a um “imaginário quadro geral no qual se consagraram, definitivamente estratificados, institutos definidos pela Teoria Geral do

⁴²² “Ora, uma vez que a produção do direito se realiza através da descoberta e formulação daquelas que são as normas jurídicas materiais e instrumentais, e uma vez que a existência de regras se traduza, como já notamos, em uma ordem dos objetos regulados, o direito resolve-se em uma ordem. Em outras palavras: o complexo dos comandos jurídicos, concretos e abstratos, não é um caos, mas sim uma ordem. Pode dizer-se, ainda, que, por sua natureza, o direito exclui a confusão. Por tal razão, direito, como complexo dos comandos concretos e abstratos vigorando conjuntamente em uma sociedade, e ordem jurídica, significam o mesmo” (CARNELUTTI, *Teoria Geral do Direito*, p.136)

⁴²³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos*. 5.ed. São Paulo: IOB Thomsom, 2004. p 83.

⁴²⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos*. 5.ed. São Paulo: IOB Thomsom, 2004. p. 83.

⁴²⁵ FAZZALARI, *opt. Cit*, p. 61-68; vide, ainda DINAMARCO, Candido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

⁴²⁶ FAZZALARI, *opt. Cit*, p. 74 tradução livre: “... a realidade que nós hoje chamamos e entendemos como ‘procedimento’ e como ‘processo’, sempre aconteceu; e que a enucleação dos dois esquemas e o emprego apropriado dos dois termos estão muito atrasados”.

Direito” (como o contrato e a relação jurídica). Depois deve tomar a figura em estudo e cotejá-la com as já bem definidas. Deste estudo comparativo e de efeito eliminatório é que sairá a classificação da natureza jurídica da figura pesquisada, tratando-se então de uma ordem dedutiva de raciocínios através da qual se viaja “ao mais profundo do ser e do paradigma”⁴²⁷.

Especificamente no que diz respeito ao processo e ao procedimento, há muito vem a doutrina procurando desvendar-lhe a natureza jurídica. Visando a alcançar tal objetivo vêm se sucedendo na história do Direito, múltiplas teorias. Para cada uma delas, observa-se, com facilidade, que a posterior se contrapõe ferrenhamente à antecedente, destacando desta apenas suas deficiências, sem levar em conta o progresso, mesmo que mínimo⁴²⁸.

Verificar-se-á que as primeiras teorias, como dito, guardam uma noção privatista herdada dos estudos romanísticos⁴²⁹, não havendo uma distinção entre os conceitos de processo e procedimento.

Couture afirma que Pothier, pelos idos de 1800, com inspiração dada por um texto de Ulpiano – *sicut stipulatione contrahitur [...] ita iudicio contrahi* – (Em juízo se contrai obrigações, assim como nos contratos), enfrentou o tema de definir natureza jurídica do Processo/procedimento e que este seria um contrato⁴³⁰.

6.1. TEORIA DO PROCESSO COMO CONTRATO

Essa teoria de origem francesa tem cunho privatístico⁴³¹ e hoje tem mero significado histórico, pois parte do pressuposto de que o processo era um contrato entre os litigantes, firmado pelo comparecimento espontâneo das partes em juízo para a solução do

⁴²⁷ PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino. *Teoria geral do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 32-33.

⁴²⁸ Isso segundo nos ensina Eduardo Couture é demasiadamente vicioso: “No ocidente [...] um homem se enamora de uma idéia e outro de outra; e ambos começam a demonstrar a sua teoria e o erro da adversa, com grande cultura e estupidez” (*Introdução ao estudo do processo civil*. 3 ed. Trad. de Mozart Victor Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 41)

⁴²⁹ Couture esclarece que tal idéia reflete duas grandes inclinações do início do século XVIII: relacionar os fenômenos modernos aos da antiguidade (e a solução de conflitos entre os romanos possuiu, por longo período, características marcadamente privatísticas) e examinar os fenômenos jurídicos debaixo do prisma dos contratos _ daí se ter concebido o matrimônio como tal, por exemplo. (*Introdução ao estudo do processo civil*, 1998, p. 39)

⁴³⁰ *Introdução ao estudo do processo civil*, 1998, p. 39.

⁴³¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*, 2005. p. 91.

conflito⁴³². Colocavam a vontade individual como única fonte de direito e dever, nada mais cabendo ao Estado senão atender aos pactos advindos dos particulares⁴³³.

O que se observa nesta teoria é um retrocesso na própria doutrina romanista, uma vez que guarda semelhança com a fase *formulista*, pois as pessoas não estão obrigadas a comparecer em juízo, mas indo à ele comprometer-se-iam por força da *litiscontestatio*⁴³⁴. Têm-se, assim, uma atuação ainda acanhada do Estado em assumir o exercício jurisdicional⁴³⁵. Mesmo que um certo número de doutrinadores franceses seja justificado pelo contratualismo de Rousseau, haja vista ter dado vida a esta construção⁴³⁶, o fato é que o processo moderno jamais poderia ser concebido nesta modalidade⁴³⁷.

As deficiências críticas apresentadas se tornaram terreno fértil para uma nova proposta, que, idealizada por Savigny e Guényval, por volta de 1850, inspirados num fragmento romano De Pecúlio – *in iudicio quase contrahimus* – (em juízo quase contraímos [contratamos]), foi denominada de teoria do processo como quase-contrato.

⁴³² CINTRA, Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 279.

⁴³³ “Essa teoria guarda semelhanças com o Direito romano da fase *formulista*, que já estudamos, porque o processo, no enfoque de seus defensores, se constituía pela contratual aceitação prévia dos contendores em acatar a decisão do juiz.” (PEREIRA LEAL, Rosemiro. *Teoria Geral do Processo*, p. 91).

⁴³⁴ “A *litiscontestatio* era, conforme ensina Tornaghi, o ato testemunhal das partes (*cum testari*) da transformação do conflito extrajudicial em lide (*litis*- litígio judicial)”. (PEREIRA LEAL, Rosemiro. *Teoria Geral do Processo*, 2005, p. 91).

⁴³⁵ PEREIRA LEAL, Rosemiro. *Teoria Geral do Processo*, 2005, p. 91.

⁴³⁶ Couture novamente nos brinda: “A outra propensão do século XVIII foi a de examinar os fenômenos jurídicos e sociais à espécie do contrato. Foram concebidos, assim, como contratos, o matrimônio, a letra de câmbio, a associação [...], e até a convivência social. Entre o pensamento de Pothier, quando fundamenta a coisa julgada e o contrato privado, e o pensamento de Rousseau, quando busca a explicação da convivência humana no contrato social, existe uma diferença de escala, mas não de essência. O pensamento de Pothier é microscópico; o de Rousseau, macroscópico”. (*Introdução ao estudo do processo civil*, 1988, p. 40). Essa definição dada pelo autor uruguaio nos será útil mais adiante, quando adentrarmos no estudo do microsistema e do sistema em si.

⁴³⁷ “Rousseau: “enquanto os cidadãos se sujeitam às condições que eles mesmos pactuaram, ou que eles poderiam ter aceito por decisão livre e racional, não obedecem a ninguém mais que à sua própria vontade”. A sujeição da vontade individual a uma vontade superior, vista em escala macroscópica, viria a dar no Estado; em escala microscópica, no processo.” CINTRA, Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 279; vide, ainda, os ensinamentos de Leal, pois pretendia-se considerá-lo como “[...] um contrato acessório ao hipotético contrato social livremente estabelecido pelos homens para convivência e solução pacífica de seus conflitos” (*Teoria Geral do Processo*, 2005, p. 250).

6.2. TEORIA DO PROCESSO COMO QUASE-CONTRATO

Teoria que insistiu em enquadrar o Processo na esfera do direito privado⁴³⁸. Seus adeptos defendiam que “não sendo o processo, como fonte de obrigações, nem um contrato, nem um delito [...] deveria ser, por eliminação, um quase-contrato”⁴³⁹. Pereira Leal explica que “a parte que ingressava em juízo consentia que a decisão lhe fosse favorável ou desfavorável, existindo um nexo entre o autor e o juiz, ainda que o réu não aderisse espontaneamente ao debate da lide”⁴⁴⁰. Mas, essa teoria como a anterior era insuficiente para o estudo da origem jurídica do processo, tendo em vista que nesta época a jurisdição já era obrigatória, e o juiz não precisava do consentimento prévio da parte autora para proferir a sentença, sendo ela desfavorável ou não⁴⁴¹.

Couture leciona: “Mas o subterfúgio era verdadeiramente débil, já que mesmo na suposição de que o processo gerasse obrigações, a fonte desta deve ser buscada na lei, justamente a outra fonte tradicional das obrigações que a doutrina se havia esquecido de levar em consideração”⁴⁴².

A teoria do quase contrato nasceu da constatação de que o processo não se enquadra nas formas usuais de criação de obrigações, pois somente considerava a oposição que nele têm as partes, mas não levava em consideração as obrigações do órgão estatal, que eram necessariamente conduzidas a esta solução por força da lei; ela foi superada pelas teorias da relação processual e da situação processual. Como dito antes, seguindo uma ordem cronológica de proposição, Luhmann as inverte por uma concepção não conhecida, mas que pode se intuir, na medida em que a primeira teve uma sobrevida maior no decorrer da história.

⁴³⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*, 2005. p. 92.

⁴³⁹ COUTURE, *Introdução ao estudo do processo civil*, 1998, p. 40.

⁴⁴⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*, 2005. p. 92.

⁴⁴¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*, 2005. p. 92.

⁴⁴² *Introdução ao estudo do processo civil*, 1998, p. 40

6.3. TEORIA DO PROCESSO COMO RELAÇÃO JURÍDICA

A teoria desenvolvida por Oskar Von Bülow em sua obra intitulada “*Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*”⁴⁴³ foi o marco da autonomia processual ante o conteúdo do direito material⁴⁴⁴, abrindo novos caminhos para que o direito processual lograsse a sua autonomia científica e, como leciona Fazzalari, “constituiu, por muitas décadas, o esquema em torno do qual se organizou o fenômeno ‘processo’.”⁴⁴⁵, vindo a ser aprimorada por grandes nomes da teoria do processo, tais como Chiovenda⁴⁴⁶, Carnlutti⁴⁴⁷, Calamandrei⁴⁴⁸ e Liebman⁴⁴⁹.

Bülow trabalhou pressupostos de existência e desenvolvimento do processo pela relação juiz, autor e réu em que, para validade e legítima constituição do processo, seriam necessários requisitos que juiz, autor e réu⁴⁵⁰, deveriam cumprir conforme disposto em lei processual, enquanto que o direito disputado e alegado pelas partes situava-se em plano posterior à formação do processo. Deu bastante realce à existência de dois planos de relações: a de direito material, que se discute no processo, e a de direito processual, que é o continente em que se coloca a discussão sobre a existência jurídico processual. Leciona Couture que o processo nesta perspectiva seria uma relação jurídica, “na qual as partes entre si e elas, com o

⁴⁴³ Traduzida por: “A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais”.

⁴⁴⁴ LEAL. *Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos*. 2005. p. 92.

⁴⁴⁵ FAZZALARI, opt. Cit., 2001, p.75, nota de roda-pé nº. 6; Carreira Alvim leciona que: “Logo no ‘prólogo’ da sua obra, observou Bülow que a ciência processual civil tinha ‘um largo caminho a percorrer para alcançar o progresso a que se havia chegado nos demais campos da ciência do direito. Para isso, era preciso, antes de tudo, o esforço de uma investigação dogmática livre.” (*Teoria Geral do Processo*, 10ª. Ed, 2006, p. 164).

⁴⁴⁶ “o processo civil é o complexo dos atos coordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei (com respeito a um bem que se pretende garantido por ela), por parte dos órgãos da jurisdição ordinária”. (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998, p. 56); Fazzalari afirma que é “*esemplare resta, in proposito, la ricostruzione di Chiovenda in principii di diritto processuale civile*”. (*Istituzioni di Diritto Processuale*, p. 75 nota de roda-pé nº. 6.)

⁴⁴⁷ “não é uma relação jurídica, mas sim que gera uma rede para não dizer um emaranhado de relações jurídicas” (CARNELUTTI, Francesco. *Direito e Processo*. Tradução de Júlia Jimenez Amador. São Paulo: Peritas, 2001, p.3.)

⁴⁴⁸ “processo é a série de atividades que devem se levar a cabo para chegar a obter a providência jurisdicional: com significado muito afim, já que não é sinônimo ao de ‘procedura’ e ao de ‘procedimento’.” (CALAMADREI, Piero. *Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 253-254).

⁴⁴⁹ Para Liebman o processo é definido por seus aspectos internos e externos, sendo aqueles os que dizem respeito à própria formação da relação processual e estes consistiriam propriamente “una serie di atti (atti processuali posti in essere sai dagli organi giurisdizionali sai dalle parti)” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Corso di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1958, p. 28.) vide também sobre isso LEAL. *Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos*. 2005. p. 92;

⁴⁵⁰ Com inspiração em textos de Búlgaro que afirmava que: *Iudicium est actus trium personarum: iudicis, actoris et rei* (Juízo é o ato de três pessoas: juiz, autor e réu).

juiz, encontram-se ligadas por uma série de vínculos, não somente por caráter material, como também por caráter pessoal”⁴⁵¹:

*El punto de que partió Bülow em su libro fue su polémica contra el concepto de las “excepciones dilatorias”. La teoría del Derecho común se basava en el hecho empírico de que, regularmente, el demandado denuncia la existencia de defectos procesales, y, consecuentemente, consideraba la alegación de estos defectos como excepciones que el demandado tenía que proponer para que se tuvieran en cuenta. Por otra parte, la denominación de las excepciones procesales como excepciones dilatorias tuvo su origen en otra idea. La institución de la excepción procesal (fori declinatoria) es de origen germano; procede del derecho que tiene el demandado a negar, en ciertos casos, la constestación a la demanda. Para esta institución se buscó un disfraz romanista, según la tendencia del renacimiento; a tal objeto se echó mano de las excepciones dilatorias. El hecho de que estas excepciones habían de proponerse antes de la Litis contestatio, y de que conducían a una absolutio ab testatio, llevaba consigo la consecuencia de subsumir bajo ellas las excepciones procesales.*⁴⁵²

O processo é formado, então, por uma relação jurídica que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo, que só se aperfeiçoa com a litiscontestatio.

Esclarece Bülow que:

Porém, nossa ciência processual tem dado demasiada transcendência a esse caráter evolutivo. Não tem se conformado em ver nele só uma qualidade importante do processo, mas tem desconsiderado precisamente outra (qualidade) não menos transcendente: a de relação jurídica mesmo. Em vez de considerar o processo como uma relação de direito público, que se desenvolve de modo progressivo, entre o tribunal e as partes, tem destacado, sempre e unicamente, aquele aspecto da noção de processo que salta à vista da maioria: sua marcha ou avanço gradual, o procedimento; unilateralidade esta que tem sua origem na jurisprudência romana da Idade Média, e sido favorecida por uma concepção germânica do direito. Lamentavelmente, tem-se feito da palavra “processo” um monumento imperecível (imortal) e um ponto de apoio muito difícil de derrubar. Quem pretenda extrair a idéia da palavra, será levado, desde o início, pela expressão “processo”, por um caminho, senão falso, bastante estreito. Os juristas romanos, contudo, não se contentaram com a idéia superficial do processo, como pura série de atos do juiz e das partes, concebendo a sua natureza como uma relação jurídica unitária (*judicium*). Poder-se-ia, seguindo a tradição, ter feito predominar o procedimento na definição

⁴⁵¹ COUTURE, *Introdução ao estudo do processo civil*, 1998, p. 41; Cumpre ressaltar que o conceito de relação jurídica processual fora notada por Hegel e afirmada por Bethmann-Holweg, conforme afirma Carreira Alvim *Teoria Geral do Processo*, 10ª. Ed, 2006, p. 164 e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5ª. Ed. São Paulo: Malheiros, v. I, 2002, p. 41.

⁴⁵² Traduzido como “O ponto do qual partiu Bülow, em seu livro, foi sua polémica contra o conceito das “exceções dilatorias”. A teoria do direito comum baseava-se no fato empírico de que regularmente, o demandado denuncia a existência de defeitos processuais e conseqüentemente considerava a alegação desses defeitos como exceções que o demandado tinha que propor para que se tivessem em conta. Por outro lado, a denominação das exceções processuais, como exceções dilatórias, teve sua origem em outra idéia. A instituição da exceção processual (*fori declinatoria*) é de origem alemã, procede do direito que tem o demandado a negar, em certos casos, a contestação à demanda. Para essa instituição buscou-se um disfarce romanista, segundo a tendência do renascimento, a tal objeto lançou-se mãos das exceções dilatorias. O fato de que essas exceções haviam de ser propostas antes da *Litis contestatio*, e de que conduziam a uma *absolutio ab testatio*, levava consigo a conseqüência de incluir nelas as exceções processuais”. (GOLDSCHMIDT, James. *Princípios generales del proceso*, Buenos Aires: Ejea, 1961, v. I, p. 16-17).

do processo, se não se tivesse descuidado de mostrar a relação processual como a outra parte da sua noção⁴⁵³

Notadamente, para a existência e validade desta relação jurídica pública é preciso saber quais são os requisitos (pressupostos) necessários para sua formação, ou seja: entre quais pessoas pode-se formá-la, determinar o objeto a que se refere, o fato ou ato pelo qual surge tal relação, e a capacidade de quem está facultado a realizar tal ato⁴⁵⁴.

Uma grande sugestão deixada por Bülow, mesmo diante da falha tentativa de demonstrá-la, é a distinção entre processo e procedimento, sendo este a manifestação fenomênica daquele⁴⁵⁵. Contudo, conforme leciona Pereira Leal:

... o que dela se conclui é uma confusão tormentosa entre processo e procedimento, porque os seus adeptos, na tentativa desesperada de distingui-los, hermetizam, ainda mais, os conceitos de Bülow, ao proclamarem que o procedimento é a manifestação fenomênica do processo ou “meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve e termina o processo”. Aqui, neste conceito, nada se explica sobre a origem desse “meio”. Agravam-se tentativas de classificação de processo e procedimento nesta escola da relação jurídica (hoje instrumentalista), quando, além de se perderem em elucubrações fenomenológicas e enigmáticas, os teóricos dessa escola conectaram o processo à jurisdição, em escopos metajurídicos, definindo o processo como se fosse uma corda a serviço da atividade jurisdicional nas mãos do juiz para puxar pela coleira mágica a Justiça Redentora para todos os homens, trazendo-lhes paz e felicidade. Falam que o processo é instrumento da jurisdição, sem observarem que a jurisdição hoje é função fundamental do Estado e este só se legitima, em sua atividade jurisdicional, pelo Processo. É, portanto, o Processo validador e disciplinador da jurisdição e não instrumento desta.⁴⁵⁶

⁴⁵³ BÜLOW, Oskar Von. *A Teoria da Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais*, p. 3-4, *apud*, e segundo a tradução de CARREIRA ALVIM, *Teoria Geral do Processo*, 10ª. Ed, 2006, p. 165-166.

⁴⁵⁴ 1) *la competencia, capacidad e insospechabilidad del tribunal; la capacidad procesal de las partes (persona legitima standi in iudicio [persona legitima para estar en juicio] y la legitimación de su representante*, 2) *las cualidades propias de una materia litigiosa civil*, 3) *la redacción y comunicación (o notificación) de la demanda y la obligación del actor por las cauciones procesales*, 4) *el orden entre varios procesos*” (BÜLOW, Oskar Von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichteschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1964, p.5) e continua: “Estas prescrições devem fixar – em clara contraposição às regras relativas à marca do procedimento – os requisitos de admissibilidade e as condições prévias para o desenvolvimento da relação processual. Elas devem precisar entre que pessoas, sobre que matéria, por meio de que atos, e em que momento se forma um processo. Um defeito em qualquer das relações indicadas impediria o surgimento do processo. Em resumo, nesses princípios estão contidos os elementos constitutivos da relação jurídica processual; idéia tão pouco considerada até hoje, que nem uma vez tem sido designada com um nome definido. Propomos, como tal, a expressão ‘pressupostos processuais’ (p. 5-6)”, ou “outra expressão que expressasse melhor o conceito a interpretar (p.302)” (BÜLOW, Oskar Von. *A Teoria da Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais*, *apud*, e segundo a tradução de CARREIRA ALVIM, *Teoria Geral do Processo*, 10ª. Ed, 2006, p. 166-167)

⁴⁵⁵ Clássico se tornou o exemplo da viagem (processo) e do itinerário (procedimento). Calamandrei leciona que: “ ‘Processo’ e ‘Procedimentos’, mesmo sendo empregado na linguagem comum como sinônimos, tem significados técnicos diferentes, enquanto o ‘Procedimento’ indica mais propriamente o aspecto exterior do fenômeno processual (no curso do mesmo processo pode, em distintas fases, mudar o procedimento) [...] a palavra ‘procedura’ não agrada aos juristas como galicismo: mas também nos títulos do novo Código (que de uma maneira mais italiana deveria se chamar Código do processo civil, ou Código processual civil) a mesma tem-se mantido por estar em uso há muito tempo. (CALAMADREI, Piero. *Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 254 nota de roda-pé nº. 2)

⁴⁵⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos*. 2005, p. 92-93.

Cumpramos ressaltar que antes desta crítica, Goldschmidt apresentou a sua, pois, segundo ele, o conceito de relação jurídica apresentado nas exceções dilatórias é o mesmo conceito arraigado no Direito Romano, que não demonstra nenhuma transcendência, tão pouco com relação a seu conteúdo, na medida em que os “pressupostos processuais” não representam pressupostos do processo, mas tão somente de uma decisão de fundo. Afinal, o Direito Público incumbiu ao juiz a obrigação de conhecer a demanda, que torna desnecessária uma relação jurídica, na medida em que é imposto ao Estado o dever de administrar a justiça, ficando a cargo, então, do juiz uma obrigação, que o coloca frente ao Estado e ao cidadão.

Neste sentido ele afirma:

“Es verdade que en el Derecho romano, y hasta las postrimerias de la Edad Media, el demandado tenía obligación de cooperar a la Litis contestatio, es decir, de manifestar su buena voluntad de iniciar la fase del procedimiento que hace posible una sentencia sobre el fondo. [...] Pero tampoco esta obligación del demandado nace de una relación jurídica procesal, sino de la relación general que liga al ciudadano con el Estado. [...] El cumplimiento de la obligación de someterse a la jurisdicción estatal no funda una nueva relación jurídica entre las partes, sino que destruye la exención que impide al Estado dirigir litigios de sus ciudadanos de una manera pacífica y racional.”⁴⁵⁷

Para Goldschmidt, no processo moderno não existe uma obrigação do demandado de se submeter a jurisdição estatal, cooperando com a *litiscontestatio*, mas tão somente um estado de sujeição à mesma. Esta obrigação foi substituída, segundo esse entendimento pelo ônus de comparecer e contestar a demanda, que se impõe à parte em seu próprio interesse.

Afirmando, então, que:

Mucho menos incumben obligaciones al demandante, sino solamente cargas, especialmente la de afirmar hechos y aportar pruebas. Por último, las partes no tienen, tampoco, deberes de omisión. El deber de no proferir a sabiendas afirmaciones falsas es moral, pero no jurídico. [...] En favor de la teoría que sostiene que el proceso es una relación jurídica, se ha alegado el argumento de que el mismo implica una cooperación de voluntades encaminadas al mismo fin, a saber, a la sentencia, y que la sentencia tiene la fuerza vinculatoria que falta al principio del proceso. Es que la sentencia y, más exactamente, o fecto, la “cosa juzgada”, es el fin del proceso; es igualmente cierto que segun algunas teorías. La sentencia tiene la eficacia de alterar las relaciones jurídicas materiales. Pero aun cuando esta teorías tuviesen fundamento, en rigor cabría atribuir a los actos procesales la calidad de negocios jurídicos, mas no la de una relación jurídica. El hecho jurídico que produce una relación jurídica no es, por esa sola circunstancia, una relacion jurídica ni siquiera latente. [...] Por otra parte, es evidente que la

⁴⁵⁷ Traduzido livremente por: “É verdade que no Direito Romano, e até o último período da Idade Média, o demandado tinha obrigação de cooperar com a *litis contestatis*, e assim, manifestar sua boa vontade de iniciar a fase do procedimento que produzirá uma possível sentença sobre o fundo. Porém tão pouco esta obrigação do demandado nasce de uma relação jurídica processual, senão da relação geral que liga o cidadão com o Estado. [...] O cumprimento da obrigação de submeter-se à jurisdição estatal não cria uma nova relação jurídica entre as partes, senão que exclui a isenção que impede o Estado de dirigir litígios de seus cidadãos de uma maneira pacífica e racional. (GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*, Buenos Aires: Ejea, 1961, v. I, p. 18-21).

*peculiaridad jurídica del fin del proceso determina la naturaleza del fecto de cada acto procesal. Pero ni uno ni outro constituyen una relación jurídica, y el objeto común a que se refieren todos los actos procesales, desde la demanda hasta la sentencia, y que en la realidad constituye la unidad del proceso, es su objeto, por lo regular, el derecho subjetivo material que el actor hace valer*⁴⁵⁸.

Como dito alhures, a teoria Bülowiana foi passível de quase unanimidade no direito ocidental moderno, daí talvez a inversão proposta por Luhmann. Merece destaque a discussão da forma pela qual se revela a relação jurídica processual. Com efeito, três teorias disputam o destaque na definição da estrutura da relação processual. Assim, Köhler via na relação processual um vínculo que unia apenas autor e réu, dando origem à Teoria Linear. Hellwig, por seu turno, via na relação processual, uma relação angular em que se estabeleciam relações entre as partes e o juiz. É a Teoria Angular. Bülow e Wach viam na relação processual uma relação entre as partes entre si e entre elas e o juiz, dando vida à Teoria Triangular. Hoje, de forma quase unânime para os seguidores desta corrente teórica, a forma triangular é a que melhor representa o conjunto de relações existentes no processo⁴⁵⁹. Este é outro ponto bastante criticado⁴⁶⁰. A partir das insuficiências verificadas, Goldschmidt formulou uma nova teoria do processo.

⁴⁵⁸ Traduzido livremente por: “Muito menos incumbem obrigações ao demandante, senão somente ônus, especialmente o de afirmar fatos e apresentar provas. Por último, as partes não têm, tão pouco, deveres de omissão. O dever de não proferir, com pleno conhecimento, afirmações falsas, é moral, e não jurídico. [...] Em favor da teoria que sustenta que o processo é uma relação jurídica, tem-se alegado o argumento de que o mesmo implica uma cooperação de vontades encaminhadas ao mesmo fim, a saber, a sentença, e que a sentença tem a força vinculatória que falta ao princípio do processo. É certo que a sentença e, mais exatamente, seu efeito, a “coisa julgada”, é o fim do processo; é igualmente certo que, segundo algumas teorias, a sentença tem a eficácia de negócio jurídico material, ou seja, altera as relações jurídicas materiais. Porém ainda quando essas teorias tivessem fundamento, em vigor, caberia atribuir aos atos processuais a qualidade de negócios jurídicos, mas não de uma relação jurídica. O fato jurídico que produz uma relação jurídica não é, só por essa circunstância, uma relação jurídica nem sequer latente. [...] Por outra parte, é evidente que a peculiaridade jurídica do fim do processo determina a natureza do efeito de cada ato processual. Porém nem um e nem outro constituem uma relação jurídica, e o objeto comum a que se referem todos os atos processuais, desde a demanda até a sentença, e que na realidade constitui a unidade do processo, é o seu objeto, normalmente, o direito subjetivo material que o agente fará valer”. (GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*, Buenos Aires: Ejea, 1961, v. I, p. 21-25).

⁴⁵⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 2005, p. 93.

⁴⁶⁰ GOLDSCHMIDT, James. *Teoria General del proceso*. Barcelona: Labor. 1936, p. 67 *apud* LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 2005, p. 93.

6.4. TEORIA DO PROCESSO COMO SITUAÇÃO JURÍDICA

Por volta de 1935, consolidou Goldshmidt esta teoria, pela obra “Princípios gerais do Processo”, na qual revisitou seu giro teórico⁴⁶¹ dado em 1925 em seu “Processo como Situação Jurídica”. Doutrinou que o juiz poderia emitir sentença sem nexo jurídico de causalidade imperativa com as situações criadas pelas partes no curso do processo⁴⁶², ou melhor dizendo, que o processo era um conjunto de situações argumentadas de maneira que a sentença apenas resolvia conflitos, não precisando estar em consonância com o processo. Formulou sua teoria do processo, assim, como uma situação jurídica, na qual as partes se colocavam.

Leciona Aroldo Plínio Gonçalves: “que a teoria da situação jurídica evolui de sua consideração como complexo de normas para uma situação constituída por fatos e atos que a lei reconhece como idôneos para sua promoção”⁴⁶³

Goldschmidt formula sua teoria, firmando-se em considerações acerca do aspecto estático e dinâmico da norma jurídica. O primeiro diz respeito à norma material, enquanto o segundo à processual⁴⁶⁴. Assim, não logrando êxito o aspecto estático, cabe a quem interessar fazê-lo atuar pelo aspecto dinâmico⁴⁶⁵. Valiosa, neste sentido, é a afirmação do autor alemão: “*Ahora bien, la parte que se encuentra en situación de proporcionarse mediante un acto una ventaja procesal, y, em definitiva una sentencia favorable, tiene una posibilidad u ocasión procesal*”⁴⁶⁶, nos moldes de realização do processo pela atividade jurisdicional, em

⁴⁶¹ Antes da publicação da obra Processo como Situação Jurídica, Goldschmidt admitia a existência da relação processual, conforme se verifica de seu “Direito Judiciário Material”.

⁴⁶² CINTRA, Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 281.

⁴⁶³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Opt. Cit., p.93

⁴⁶⁴ “*Las normas jurídicas tienen una doble naturaleza. Por un lado representan imperativos a los ciudadanos, por outro son medidas para el juicio del juez. La primera cualidad conviene a función extrajudicial. Por eso llega a ser la base de la consideración estática o material del derecho. De la Segunda ha de partir la consideración dinámica o procesal siendo necesario establecer las categorías adecuadas para comprender los nexos procesales*” (GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*, 1961, v. I, p.49.

⁴⁶⁵ Ovídio Baptista da Silva leciona que: “valendo-se do conceito de ‘situação jurídica’ devido a Köhler, procurou demonstrar Goldschmidt que a visão processual era uma forma nova e dinâmica de pensar o Direito, diversa da visão estática do fenômeno jurídico, própria do direito material.” (*Curso de Processo Civil*, 4ª. Ed. São Paulo: RT, v.1, 1998, p.19)

⁴⁶⁶ GOLDSCHMIDT, James. *Teoria general del proceso*. Barcelona: Labor, 1936, p.51. e esclarece: “*Las tres clases de derechos procesales que se han establecido corresponden a las tres especies de derechos materiales que suelen distinguirse. Las expectativas de una ventaja procesal pueden compararse con los derechos relativos, porque hay por parte del juez vinculación de satisfacerlas; las dispensas de cargas procesales se parecen a los derechos absolutos en que ponen a salvo la libertad de la parte interesada contra cualquier perjuicio; por último, las posibilidades de actuar con éxito en el proceso se corresponden totalmente con los derechos potestativos e constitutivos. Por outro lado, la necesidad de una actuación para prevenir un perjuicio*

que a sentença define simplesmente uma concorrência entre as partes, como se fosse um jogo das partes em busca de uma vitória.⁴⁶⁷

Em resumo, pode-se dizer que, onde havia o direito há agora meras possibilidades⁴⁶⁸, pois pelas condições estabelecidas pelo autor a jurisdição “[...] se halla por encima y, por lo tanto, fuera del derecho; la jurisdicción es, [...] ‘metajurídica’”⁴⁶⁹.

*La expectativa de una ventaja procesal, y, en último término, de una sentencia favorable, la dispensa de una carga procesal y la posibilidad de llegar a tal situación por la realización de un acto procesal, constituyen los derechos en el sentido procesal de la palabra. En realidad, no se trata de derechos propiamente dichos, sino de situaciones que podrían denominarse con la palabra francesa: chances.*⁴⁷⁰

Não há que se falar, então, em “relação processual”, pois o vínculo é da situação jurídica:

*Los vínculos jurídicos que nacen de aquí entre las partes no son propiamente “relaciones jurídicas” (consideración “estática” del derecho), esto es, no son facultades ni deberes en el sentido de poderes sobre imperativos o mandato, sino “situaciones jurídicas” (consideración dinámica del derecho), es decir, situaciones de expectativa, esperanzas de la conducta judicial que ha de producirse y, en último término, del fallo judicial futuro; en una palabra: expectativas, posibilidades y cargas.*⁴⁷¹

Outrossim, conforme leciona o próprio autor, não se pode confundir a situação jurídica com a relação processual:

El concepto de situación jurídica se diferencia del de relación procesal en que este no se halla en relación alguna con el derecho material que constituye el objeto del proceso, mientras que aquel designa la situación en que la parte se encuentra respecto a su derecho material, cuando lo hace valer procesalmente. Es erróneo creer, por esto, que el concepto de “situación jurídica” no es distinto del de relación procesal, y por ello es imposible admitir que ésta se desenvuelva hasta llegar a ser una “situación jurídica”; esta no es una mera situación de la relación procesal, sino del derecho material que constituye el objeto del proceso. Resulta por ello innecesario recurrir al concepto de relación procesal, para asegurar la unidad del proceso, ya que tal unidad viene predeterminada por el derecho material, objeto de referencia de las “situaciones jurídicas” que surgen en el proceso. También es equivocado discutir el valor del concepto de “situación jurídica”, ya que, gracias a él, se determina no sólo el concepto y caracteres de los derechos y cargas procesales, sino que de él emana el concepto de “actos de postulación” y la peculiaridad de su calificación como “admisibles” y “fundados”, así como la luz

procesal, y, en último término, una sentencia desfavorable, representa una carga procesal. Esta última categoría del enfoque procesal corresponde al concepto material del deber o de la obligación.” (GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso*, 1936, p.59-60).

⁴⁶⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos*. 5.ed. São Paulo: IOB Thomsom, 2005.

⁴⁶⁸ CINTRA, Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 282.

⁴⁶⁹ GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*, 1961, v. I, p. 55.

⁴⁷⁰ GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*, 1961, v. I, p. 59.

⁴⁷¹ GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso*, 1936, p. 8

que aclara los conceptos de litisconsorcio especial, de sucesión procesal, etc. Es igualmente errónea la suposición de que el concepto de situación jurídica en general, y en particular el de “expectativa” jurídicamente asegurada, sean de carácter sociológico; a decir verdad, no tiene este carácter, como tampoco participa de él el concepto de “expectativa” del Derecho civil, aunque, como esta, no es estado jurídico más que en el caso de que el beneficio que se espera este seguro en su efectividad futura, es decir, cuando el arbitrio judicial no sea libre frente a ella, sino vinculado por normas jurídicas o de la experiencia se muestra conforme con nosotros al calificar los derechos procesales como “expectativas aseguradas por el Derecho procesal.”⁴⁷²

Esta teoria, contudo, deixou claro de que não havia obrigação da pessoa física do magistrado com as partes,⁴⁷³ que este de fora do processo, pois sua atividade era metajurídica, presenciava um duelo entre as partes, ou nas palavras de Rosemiro Pereira Leal:

... como se fosse um jogo das partes em busca da vitória espetacular. Não precisava a sentença apontar fundamentos jurídicos para sua elaboração e conclusão, porque, segundo Goldschmidt, a sentença é uma resolução do conflito que não guardava ‘relação causal com o processo, não passando os ‘direito processuais’ de meros prognósticos que poderiam ou não ser aproveitados pela sentença em prol de qualquer dos contendores.⁴⁷⁴

Estas teorias, contudo, e como leciona Foschini, “estão em conflito irreconciliável e demonstram, por esse meio, a sua insuficiência”⁴⁷⁵. É obvio que para uma teoria do procedimento que gere legitimidade, como já alardeado por Fazzalari, nenhum destes conceitos básicos é suficiente.

Neste sentido Luhmann vai afirmar que todas estas concepções teóricas, exceto a apresentada por Fazzalari, pois não a conhecia, cometem um erro óbvio:

um procedimento não pode ser considerado como uma sequência fixa de ações determinadas. Uma tal opinião conceberia o procedimento como um ritual em que uma única ação estaria certa em cada caso e as ações estariam de tal forma encadeadas que, excluindo a possibilidade de escolha, uma dependeria da outra. Essas ritualizações têm uma função específica. Fixam a ação estereotipada e criam assim segurança, independentemente das conseqüências fáticas que são depois atribuídas a outras forças, que não a ação. Para esta forma de redução da complexidade existem também, nas comunidades muito civilizadas e diferenciadas e

⁴⁷² GOLDSCHMIDT, James. *Teoria general del proceso*, 1936, p. 9; e alerta aos que tentarem formular uma simbiose entre as duas teorias, como posteriormente propuseram Canelutti e Calamandrei: “*Tampoco nuestra aquiescencia a la tentativa de combinar las teorías de la relación y de la situación procesal, acudiendo a las tesis de que la relación procesal se desenvuelve en situaciones, puesto que la situación procesal no es una situación de la relación pública abstracta, sino del Derecho material o, mas precisamente, aquella situación en que las partes se encuentran con respecto a este derecho a consecuencia de que el mismo se ha hecho valer procesalmente*”. GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*, 1961, v. I, p. 68.

⁴⁷³ CINTRA, Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 282.

⁴⁷⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*, 2005, p. 94.

⁴⁷⁵ LUHMANN *Legitimidade pelo procedimento*, p. 37; primordial é a lição de Gaetano FOSCHINI, “, pôs, com toda acuidade, o problema da unificação das teorias do processo jurídico. Entretanto só conseguiu reconduzir aquele conceito básico para aspectos duma realidade única e não a um esclarecimento conceptual da unidade desta própria.” (in *Natura giuridica del processo*. Rivista di diritto processuale 3, 1948, p. 110-115 *apud* LUHMANN *Legitimidade pelo procedimento*, p. 37)

mesmo nas organizações relativamente racionais de tipo profissional, possibilidades de aplicação, sobretudo nos lugares onde se verifica uma necessidade especial de segurança. Mesmo em organizações de decisão, que não vivem, em geral, de forma muito perigosa, existe um protocolo ritual; por exemplo em situações típicas de perplexidade, como na abertura dum debate oral, onde o ritual facilita o início até a cena se desenrolar por si própria. O ritualismo impede aqui a expressão e com isso o auto-reforço dos sentimentos de medo e insegurança. Do mesmo modo pode servir para reprimir outros sentimentos, por exemplo, os de agressividade, ou de compaixão. Nos procedimentos de decisão deve, de vez em quando, haver lugar para tal – como no caso duma atmosfera densa de conflitos, que se manifesta no protocolo rigoroso do procedimento judicial, na acusação e réplica, e onde toda a agressividade se tem de diluir sob a forma de propostas. Sem dúvida, os procedimentos públicos apresentam elementos ritualistas em si.⁴⁷⁶

Assim, a premissa de que os procedimentos seriam como um rito, não atende mais os atuais sistemas de decisão. Esta concepção se mostra defeituosa, hoje, pois confunde procedimentos arcaicos de arbitragem, sem decisões obrigatórias, e rituais coatores para obtenção de decisões sobrenaturais, que se contrapõe ao das civilizações contemporâneas, que tem como traço característico o processo legal, que tende a levar em conta, como afirma Luhmann: “a incerteza do resultado e suas conseqüências e a sinceridade das alternativas de comportamento no contexto da atuação e da sua estrutura de motivações, entrem em consideração e sejam aí elaboradas”⁴⁷⁷.

Não a forma concreta já definida, ou o gesto, ou, ainda, a palavra exata, que propiciam ao procedimento sua força motriz, mas sim as decisões selecionadas pelos participantes, que eliminando alternativas, proporcionam uma redução de complexidade, absorvendo a incerteza, problematizando-a e transformando-a em algo determinável e compreensível⁴⁷⁸.

Não obstante tal afirmativa, Luhmann vai dirigir seus esforços para construção de uma teoria do procedimento cunhada no sistema social, o que nos remete à análise da proposta de Jaime Guasp, antes de entrar numa verificação mais aprofundada da proposta de Luhmann propriamente dita.

⁴⁷⁶ LUHMANN *Legitimidade pelo procedimento*, p. 37-38.

⁴⁷⁷ LUHMANN *Legitimidade pelo procedimento*, p. 38.

⁴⁷⁸ LUHMANN *Legitimidade pelo procedimento*, p. 38.

6.5. TEORIA DO PROCESSO COMO INSTITUIÇÃO – CONTRAPOSIÇÃO À ANÁLISE DO PROCESSO COMO SISTEMA SOCIAL.

Essa teoria tem como seu idealizador Jaime Guasp. Parte da premissa sociológica de que o processo representa uma escolha do grupo social. Conforme leciona Carreira Alvim, há quem diga que tal conceituação já havia sido aventada citando Juan Menendez-Pidal⁴⁷⁹. Estas escolhas de determinados valores e comportamentos, quando alcançam um grau de abrangência significativo, sejam escolhas democráticas ou não, e neste último caso são impostas por uma estrutura de poder apta a impô-las, atingem a institucionalização, passando a valerem de *per se*, ou seja, adquirem dentro de um determinado espaço de tempo, uma inquestionabilidade⁴⁸⁰.

Adotou Guasp o conceito de instituição⁴⁸¹, criado e consolidado no âmbito das ciências sociais, através dos conceitos de *folkways*⁴⁸² e *mores*⁴⁸³ transpondo-o para o campo da ciência do direito, com cunho privatístico, vale ressaltar: um conceito, então, já consolidado pelos civilistas. O processo não deixa de ser uma instituição, mas afirmar isto pouco acrescenta à tentativa de delineá-lo corretamente.

⁴⁷⁹ CARREIRA ALVIM, *Teoria Geral do Processo*, 2006, p. 155; PEREIRA LEAL leciona que tal visualização já havia sido lançada por Wach, Schonke, Hauriou e Renard. (*Teoria Geral do Processo*, 2005, p. 95.)

⁴⁸⁰ CARREIRA ALVIM, *Teoria Geral do Processo*, 10ª. Ed, 2006, p. 156.

⁴⁸¹ Leciona Carreira Alvim, que instituições para esta teoria são “formas padronizadas de comportamento relativamente a determinadas necessidades. São modos de agir, sentir e pensar do homem em sociedade, e que são tão importantes que qualquer procedimento contrário a ele resulta numa sanção específica. A instituição garante-se a si mesma, porque a própria comunidade, quando a reputa indispensável, vela pela sua estabilidade, além de ser também tutelada pela lei. Quando determinado modo de comportamento já não está sendo mais observado, significa que a instituição está envelhecendo, está deixando de ser uma instituição.” (CARREIRA ALVIM, *Teoria Geral do Processo*, 10ª. Ed, 2006, p. 157); Jacy de Assis a seu modo e interpretando Guasp afirma que instituição para esta teoria pode ser conceituada como o complexo de atividades relacionadas entre si pelo vínculo de uma idéia objetiva comum, que é o deferimento ou não da “pretensão”, ou seja, o deferimento ou não da declaração de vontade (reclamação) do cidadão que solicita uma atuação de um órgão jurisdicional. (ASSIS, Jacy de. *Couture e a teoria institucional do processo*. Revista brasileira de Direito Processual. Rio de Janeiro: Forense, v. 38, 2º. Trimestre, 1983, p.17.)

⁴⁸² Traduzido literalmente por “caminhos do povo”, leciona Carreira Alvim que os *folkways* são formas usuais de comportamento, mas sem o caráter de obrigatoriedade. “... são modos de agir, sentir e pensar no meio social, mas quem quiser pensar, sentir e agir de modo contrário aos *folkways*, que o faça; disto não resultará, contudo, nenhuma sanção” (CARREIRA ALVIM, *Teoria Geral do Processo*, 10ª. Ed, 2006, p. 156)

⁴⁸³ Também entendidos como costumes, novamente Carreira Alvim nos brinda: “Posteriormente, à medida que os grupos foram evoluindo, passaram a selecionar certos hábitos, mais favoráveis à vida grupal, procurando fazer com que todos adotassem esses modos de comportamento, através de pressões exercidas sobre seus membros, com o objetivo de obter a sua adesão. [...] Destarte, os mores revelam-se como modos de sentir, agir e pensar em sociedade, com certo caráter de obrigatoriedade. Se algum elemento do grupo adota um comportamento contrário a esses mores, será repudiado pelos demais membros do grupo.” (CARREIRA ALVIM, *Teoria Geral do Processo*, 10ª. Ed, 2006, p. 157)

A instituição, segundo Alvim, era composta por dois elementos:

... dois elementos fundamentais que são como a trama e a urdidura de um tecido: a idéia objetiva, situada fora da vontade dos sujeitos, e acima dela; e o conjunto das vontades que se vinculam a essa idéia para lograr a sua realização. Entendida desta forma, não é difícil aplicar o conceito de instituição ao processo: a idéia objetiva comum que nele aparece é a concessão ou a denegação da pretensão; as vontades que aderem a essa idéia são as dos diversos sujeitos que figuram (atuam) no processo, entre os quais a idéia comum cria uma série de vínculos de caráter jurídico.⁴⁸⁴

O cunho socializante reinava absoluto entre os anos 30 e 40⁴⁸⁵, com idéias positivistas como marco principal, e por isso não podia o espanhol Jaime Guasp se fundamentar em outros pilares, senão os sociológicos⁴⁸⁶.

Leciona Alvim que, para essa teoria:

Desde o momento em que o Estado proibiu a autotutela ou autodefesa dos próprios interesses, teria que dar algo em troca. Então, assumiu a tarefa de resolver os conflitos de interesses. A jurisdição e a ação foram as moedas com as quais o Estado comprou dos particulares a renúncia à defesa privada. Quem faz justiça pela próprias mãos, mesmo que para satisfazer pretensão legítima, pratica crime punido pelo Código Penal [...], salvo as exceções expressamente previstas em lei.⁴⁸⁷

Essa teoria foi criada, devido à necessidade de assegurar os direitos fundamentais de liberdade e dignidade dos povos, por sua autodeterminação, em estatutos jurídico-políticos votados e aprovados pelo povo, ou por seus representantes diretos:

A lei passou a juridificar (implantar) as instituições, dando-lhes os elementos de sua conceituação legal, e não mais a homologar (juridicizar) realidades históricas envelhecidas ou ineficientes ou herdadas de estruturas feudais que vão de uma imaginosa antijuridicidade concreta aos horrores do atual e sobrevivente liberalismo desbravado.⁴⁸⁸

Assim, com base na crítica tecida por Frederico Marques, pode-se afirmar que o defeito dessa teoria está na imprecisão conceitual de instituição, pois tudo, no final das contas, pode ser reduzido ao esquema institucional, não havendo então razão para substituir a teoria da relação jurídica, por esta.⁴⁸⁹

⁴⁸⁴ CARREIRA ALVIM, *Teoria Geral do Processo*, 10ª. Ed, 2006, p. 158

⁴⁸⁵ Daí, talvez, o angariamento de vários adeptos para esta teoria, neles podendo-se entre eles incluir Couture. Contudo, cumpre ressaltar que tal adesão a esta concepção teórica logo foi desfeita, haja vista as falhas que apresenta.

⁴⁸⁶ CINTRA, Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. vide também LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos*, 2005 p. 95.

⁴⁸⁷ CARREIRA ALVIM, *Teoria Geral do Processo*, 10ª. Ed, 2006, p. 158

⁴⁸⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos*. 2005, p. 96.

⁴⁸⁹ MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1958, vol II, p. 94.

Somente com o movimento constitucionalista do pós Segunda Guerra Mundial, “como arcabouço de garantias no Estado Democrático de Direito”, procurou-se estabelecer instituições jurídicas (criadas pelas normas) e não mais um direito servil, que quando muito reproduzisse a realidade sociológica ou a homologasse pelo discurso da jurisdição⁴⁹⁰.

Cumprir ressaltar que o fator preponderante nessa perspectiva teórica é a positivação do direito pela atividade jurisdicional; assim, as normas não teriam, então, muita valia, pois seriam subjugadas pela moral e pelos costumes reinantes na própria sociedade.

Notadamente, e como dito no final do capítulo anterior, propôs-se uma verificação das similitudes entre a teoria de Guasp e a de Luhmann, donde se pode concluir que há uma disparidade teórica, na medida em que a concepção proposta pelo autor alemão parte da noção de procedimento, entendendo que o mesmo “decorre como uma história da decisão, em que cada decisão parcial dum só participante se torna um fato, para que estabeleça premissas de decisão para os outros participantes e assim estrutura a situação geral, que não aciona mecanicamente”⁴⁹¹.

Segundo Luhmann, esta conexão de ações, “aberta” e “em parte auto dirigida”, propicia uma redução de complexidade que pode ser entendida como sistema social, ou seja: “os procedimentos são, de fato, sistemas sociais que desempenham uma função específica, designadamente a de aprofundar uma única decisão obrigatória e que, por esse motivo, são de antemão limitados na sua duração”⁴⁹².

O que se verifica com essa construção é a tentativa de derrubar uma oposição dominante que separa sistema e processo, ou estrutura e processo. Mas seria possível afirmar que processos são sistemas? Segundo a concepção luhmanniana uma das características primordiais da concepção de sistema é a relação com a complexidade⁴⁹³ do mundo, pois a construção de um sistema⁴⁹⁴ abrangeria apenas um aspecto do mundo, admitindo apenas um número limitado de possibilidades, levando-as à cabo.

⁴⁹⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos*. 2005, p. 96.

⁴⁹¹ LUHMANN *Legitimidade pelo procedimento*, p. 38.

⁴⁹² LUHMANN *Legitimidade pelo procedimento*, p. 38.

⁴⁹³ Complexidade aqui deve ser entendida como totalidade das possibilidades que se distinguem para a vivência real, quer seja no mundo, quer seja em um sistema. (Luhmann *Legitimidade pelo procedimento*, p. 39.)

⁴⁹⁴ Um dos problemas primordiais tratados pela teoria dos sistemas luhmanniana é a relação sistema-meio, pois o meio (ambiente) é excessivamente complexo, o que torna impossível verificar a totalidade de possibilidades, tornando-o incontrolável. O sistema assim busca a ordem, na medida em que reduz essa complexidade, haja vista que, dentre as possibilidades do ambiente, apenas alguns fatos relevantes, dentre acontecimentos e expectativas, são selecionados, por uma visão subjetiva de mundo. (LUHMANN *Legitimidade pelo procedimento*, p. 38). Ao que parece essa distinção proposta por Luhmann é uma herança da teoria weberiana da racionalidade, onde se faz uma distinção entre racionalidade formal (burocrática) e racionalidade material (empírica), pois a seleção feita pelo sistema, neste passo, se dá de forma protecionista, haja vista que a desordem perdura no meio. Assim se organiza não mais pelo modelo organicista, da parte e do todo, onde o indivíduo tinha um papel primordial de

Essa redução de complexidade é vista pelo autor como uma função essencialmente desempenhada pela criação de estruturas, buscando, assim, uma generalização das expectativas de comportamento que, de forma perene, mas objetiva, seriam válidas socialmente para uma maioria.

No entanto e nesse momento, cumpre-nos apenas delimitar o conceito de procedimento na teoria luhmanniana, que o entende como estrutura formadora de um sistema redutor de complexidade social, delineada por normas jurídicas gerais, válidas para diversos procedimentos, na medida em que possibilita a aceitabilidade de uma incerta e desconhecida decisão⁴⁹⁵. Neste sentido, o próprio autor esclarece: “a incerteza motiva a aceitação dum papel e conjuntamente também da relação desse papel que absorve gradualmente a incerteza”⁴⁹⁶.

E continua:

Esta incerteza da decisão do assunto tem de ser distinguida de anteriores formas de processo de risco, que resultam de regulamentos ritualistas do processo, formalizados sobre atuações que eram as únicas certas. Serviam como casos institucionalizados, que levam o processo a uma decisão sem demonstração objetiva.⁴⁹⁷

A função do procedimento é, portanto, “a especificação do descontentamento e o fracionamento e absorção dos protestos”, que tem por força motriz “a incerteza quanto aos resultados”⁴⁹⁸. Neste ponto, parece que Luhmann sucumbiu à teoria de Goldschmidt (situação jurídica), o que de certa forma nos leva a questionar: basta, num sistema que se quer democrático, a legitimidade gerada por um procedimento que especifica descontentamentos e absorve, fracionando, os protestos?

Assim, seguindo o posicionamento exposto por Luhmann, de que o procedimento é o aspecto geral de formação das estruturas, passa-se à análise da teoria estruturalista do processo, ou, como denominam alguns, do *processo como procedimento em contraditório*, teorizada na obra maior de Elio Fazzalari.

base interpretativa da totalidade social: aqui o sujeito faz parte do problema, pois é incrementador da complexidade. Nesse sentido o próprio Luhmann confessa que “a teoria de sistemas predominante na sociologia não é concebida funcional estruturalmente, mas sim estrutural funcionalmente. Ela analisa os sistemas apenas em relação às condições de manutenção da sua estrutura, portanto, não pode discutir a mudança estrutural, ou apenas em sistemas parciais em relação a sistemas amplos. (LUHMANN *Legitimidade pelo procedimento*, p. 38, nota de rodapé nº.8).

⁴⁹⁵ “... pois a decisão tem de ser apresentada como uma consequência dos fatos e das normas. Tem de ser organizada em conformidade com isso e os participantes têm de ser preparados para ela. [...] A decisão tem de ser tratada como algo de estabelecido mas ainda desconhecido. Aos receptores da decisão, que estão presentes, não pode ser atribuído nem abertamente, nem de forma latente, o papel daqueles que têm de legitimar a decisão. Eles serão tratados apenas como portadores de informações, ou como fontes de erros, e não como pessoas, como o outro eu, como fonte originária de sentido do direito.” (LUHMANN *Legitimidade pelo procedimento*, p. 92)

⁴⁹⁶ LUHMANN *Legitimidade pelo procedimento*, p. 46.

⁴⁹⁷ LUHMANN *Legitimidade pelo procedimento*, p. 46.

⁴⁹⁸ LUHMANN *Legitimidade pelo procedimento*, p. 97-98.

6.6. TEORIA ESTRUTURALISTA DO PROCESSO – UMA (RE)COLOCAÇÃO DEMOCRÁTICA DA TEORIA DO PROCESSO.

Evidentemente, como já alertaram Luhmann e Foschini, de nada adiantaria uma ressemantização do vocábulo processo, como fizeram as demais correntes teóricas, num afã de manter o velho como se fosse novo, pois:

*Da un canto, l'“azione” non può sussumere le caratteristiche del processo, sopra richiamate: e ciò vale non soltanto per la vecchia, ma persistente veduta secondo cui l'azione consisterebbe e si esaurirebbe nella facoltà di mettere in moto il processo, cioè andrebbe riguardata dal punto di vista di chi lo promuove e limitatamente allà di lui iniziativa (proposizione della domanda); mas anch per una più attuale configurazione dell'azione, quale serie di facoltà, poteri e doveri, quanti la legge ne assegna ad ogni parte per la sua condotta lundo tutto l'arco del processo, tale serie essendo um **posterius** e non um **prius** della categoria del “processo”, e non potendolo esaurire.⁴⁹⁹*

Contudo, Fazzalari foi além e apresentou uma (re)conceituação do Procedimento⁵⁰⁰, pois:

*Dall'altro canto, il **clichê** del “rapporto giuridico” – al quale si fece a suo tempo ricorso per collocare l'azione, intesa quale posizione giuridica soggettiva, in una struttura più articolata, il rapporto giuridico, appunto, considerato anch'esso sul piano delle posizioni soggettive – è incompatibile com il processo: il rapporto giuridico è schema semplice, che non può contenere la complessità del processo (assumere che quello processuale è rapporto giuridico complesso è pura convenzione di linguaggio, che tiene conto della realtà, ma non la spiega,*

⁴⁹⁹ FAZZALARI. *Op. Cit.*, p. 103. traduzido livremente como: “De um lado, a “ação” não pode abarcar as características do processo, acima enunciadas, e isso vale não somente para a velha, mas persistente visão segundo a qual a ação consistiria e se exauriria na faculdade de colocar em movimento o processo, isto é, segundo o ponto de vista de quem o promove e limitadamente do ponto de vista de sua iniciativa (proposição da demanda); mas também para a visão que atualmente configura a ação como série de faculdade, poderes e deveres, tantos quantos a lei assinale a cada parte guiando a sua conduta ao longo de todo o processo, já que a série de condutas é um *posterius* e não um *prius* da categoria do processo, não podendo exauri-lo.”

⁵⁰⁰ Leciona Aroldo Plínio Gonçalves que: “A contribuição definitiva para a renovação do conceito de procedimento, no Direito Processual, orgânica, sistematizada, coerente e lógica, vem de ELIO FAZZALARI, que partiu de uma bem estruturada visão do ordenamento jurídico e de um quadro conceitual muito bem definido para investigar as formas possíveis de “enucleação”, ou de conexões de normas, ou seja, de agrupamentos normativos vistos quanto à especial forma do entrelaçamento dessas normas; dos atos por elas regidos, não só na qualificação de sua juridicidade, mas na sua predicação quando tais atos são correlacionados com tais normas, para a caracterização do procedimento e do processo” (*Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001. p. 115.); Pereira Leal em sentido próximo afirma que: “Coube ao processualista italiano. Elio Fazzalari a iniciação dos estudos para ressemantizar o instituto do Processo em conceitos que o distinguissem do procedimento que é a sua estrutura técnico-jurídica, bem assim resgatá-lo de teorias que o colocavam como mero veículo, método ou meio, fenômeno ou expressão, da atividade jurisdicional para produzir provimentos (sentenças). (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos*. 2005, p. 96.)

*implicitamente rimandando ad altro); nè, quale schema statico può rappresentarne la dinamica.*⁵⁰¹

O procedimento, então, se apresenta hoje como: “uma sequência de ‘ati’, *quali previsti e valutati dalle norme*”⁵⁰²

E continua:

*Il procedimento va, infine, riguardato come una serie de “facoltà”, “poteri”, “doveri”: quante e quali sono le “posizioni soggettive” che è dato trarre dalle norme in discorso; e che risultato anch’esse, e necessariamente, colegate in modo che, ad esempio, un potere spetti ad un soggetto quando un dovere sia stato compiuto, da lui o da altri, e, a sua volta, l’esercizio di quel potere costituisca il presupposto per l’insorgere di un altro potere (o facoltà o dovere).*⁵⁰³

Aroldo Plínio Gonçalves esclarece:

O procedimento é uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma seqüência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento. O provimento é um ato do Estado, de caráter imperativo, produzido pelos seus órgãos no âmbito de sua competência, seja um ato administrativo, um ato legislativo ou um ato jurisdicional.⁵⁰⁴

Na cadeia procedimental fazzalariana, o conjunto de atos previstos em normas jurídicas e dentro de um contexto temporal compõe as denominadas posições subjetivas, compostas de faculdades, poderes e deveres, de onde se deduz que o ato é ligado a outro por uma relação de causa e consequência, sendo o ato anterior pressuposto daquele que o segue. Esta cadeia procedimental seria o campo de atuação do contraditório, que permite a participação dos interessados na preparação do provimento, conferindo-lhe legitimidade jurídica:

Ferme le tre angolazioni – norma, atto, posizione giuridica – va detto che il ‘procedimento’ è dito solito, cioè nell’uso corrente, contemplato proprio dal punto di vista degli atti. Ovviamente, ciascuno degli ‘atti’, il procedimento sta nella loro

⁵⁰¹ FAZZALARI. *Op. Cit.*, p. 104. traduzido livremente como: “Por outro lado, o clichê da ‘relação jurídica’, que foi útil à seu tempo, para entender a ação como posição jurídica subjetiva em uma estrutura mais articulada, a da relação jurídica, uma vez que ela é considerada sob o plano das posições subjetivas, é incompatível com o processo, pois a relação jurídica é um esquema simples e incapaz de conter a complexidade do processo (assumir que aquela relação processual é relação jurídica complexa é pura convenção de linguagem, que leva em conta a realidade, mas não a explica, o que somente remete novamente a uma outra convenção); e, como esquema, não pode representar-lhe a dinâmica.”

⁵⁰² “O procedimento se introduz, então, como a seqüência dos ‘atos’, os quais previstos e estimados das normas” FAZZALARI. *Op. Cit.*, p. 62

⁵⁰³ “O procedimento vai ser, finalmente, considerado como uma série de ‘faculdades’, ‘poderes’, ‘deveres’: quantas e quais são as ‘posições subjetivas’ que são dadas à tração das normas em discurso; e que resultado também deve ser, necessariamente, coligado no modo que, por exemplo, um poder é afetado por um argumento quando um dever for concluído, dele ou de outro, e, por sua vez, o exercício desse pressuposto de constituir o poder para o insurgir de um outro poder (ou a faculdade ou o dever)”. FAZZALARI. *Op. Cit.*, p. 62

⁵⁰⁴ GONÇALVES. Aroldo Plínio. *Op. Cit.*, p. 102.

*successione, nella scansione temporale per cui ogni atto nella serie segue um altro secondo l'ordine stabilito dalla legge*⁵⁰⁵

Assim, quando do procedimento participarem os interessados em contraditório, através de uma estrutura dialético-discursiva e em simetria de paridade com o outro interessado, estaremos diante do *Processo*. Distingue-se assim do procedimento pela diferença específica, o contraditório, uma propriedade que possui e possibilita a distinção entre gênero e espécie.

O processo começará a se caracterizar como uma *espécie* do *gênero* procedimento, pela participação dos interessados na atividade de preparação do provimento, juntamente com o autor do próprio provimento:

*Se, poi, al procedimento di formazione del provvedimento, alle attività preparatorie attraverso le quali si verificano i presupposti del provvedimento stesso, sono chiamati a partecipare, in una o più fasi, anche agli interessati, in contraddittorio, cogliamo l'essenz del 'processo': che è, appunto, um procedimento al quale, oltre all'autore dell'atto finale, partecipano, in contraddittorio fra loro, gl'interessati, cioè i destinatari degli effetti di tale atto*⁵⁰⁶.

Começa-se, dessa forma, a defini-lo pela participação dos interessados no provimento na fase de preparação, ou seja, no procedimento, mas esta definição se concluirá pela apreensão da específica estrutura legal que inclui esta participação, da qual se extrairá o predicado que identifica o processo e que é o ponto de sua distinção: a participação dos interessados, em contraditório entre eles:

*Se, poi, il procedimento è regolato in modo che vi partecipino anche coloro nella cui sfera giuridica l'atto finale è destinato a svolgere effetti (talché l'autore di esso debba tener conto della loro attività), e se tale partecipazione è congegnata in modo che i contrapposti interessati (quelli che aspirano all'emanazione dell'atto finale – interessati in senso stretto – e quelli che vogliono evitarla – contro-interessato) siano sul piano di simmetrica parità; allora il procedimento è consentito enucleare la species processo*⁵⁰⁷.

⁵⁰⁵ “Firmes as três angulações - norma, ação, posição legal - vai dito que 'o procedimento' é dito solido, isto é no uso corrente próprio contemplado do ponto da vista das ações. Obviamente, em qualquer uma das ações, o procedimento está em sua sucessão, na parte temporal final, pela qual cada ação na série segue uma outra segundo a ordem estabelecida pela lei” in Fazzalari. *Op. Cit.*, p. 78

⁵⁰⁶ “Se, de agora em diante, ao procedimento de formação do provimento, uma atividade preparatória através da qual se verificam os pressupostos do provimento mesmo, são chamados a participar, em uma ou mais fases, também os associados, em contraditório, colhemos a essência do ‘processo’: que é, exatamente, um procedimento ao qual, outros autores do ato final, participam em contraditório entre eles, os interessados, isto é destinatários dos efeitos de tal ato”. Tradução livre de FAZZALARI. *Op. Cit.*, p. 8

⁵⁰⁷ “Se, de agora em diante, o procedimento é regulado de um modo que aqueles que participam também em cuja esfera jurídica o ato é destinado a fazer (produzir) efeitos (tal que os autores disso devam ter ciência de toda atividade) e se tal participação é construída de modo que os interessados contrapostos (aqueles que aspiram a emanção do ato final – interessado em ‘stricto sensu’ – e aqueles que vão evitá-la – contra-interessados) estão sob o plano da simétrica paridade; agora o procedimento compreende o contraditório, se faz mais articulado e complexo, e do gênero procedimento é permitido explicar a espécie processo”. Tradução livre de FAZZALARI. *Op. Cit.*, p. 57/58.

Nesse ponto, pode surgir o questionamento de que Fazzalari, na verdade, estaria estilizando a teoria da situação jurídica de James Goldschmidt, o que não é verdade. A concepção de “jogo” neste último autor não se compatibiliza com o que Fazzalari chama de contraditório, na medida em que não se verifica a premissa do vencedor e do vencido, característica dos “jogos de soma zero”. Fazendo uma aproximação com a teoria dos jogos, a proposta de Fazzalari é revolucionária, pois acredita que o processo, se colocado como “jogo”, é um “jogo de soma não-zero”, ou seja, que dirime o risco e aumenta o ganho, pela atuação cooperativa das partes, levando-se em conta proposições e condições⁵⁰⁸. O Direito contemporâneo propicia tal fato na medida em que trabalha não na ótica do ilícito, mas ao contrário, na do lícito. Algo que se torna mais aferível ainda, quando se coloca neste plano os direitos fundamentais⁵⁰⁹.

Desse modo, não se pode admitir no processo que determinado sujeito – interessado – exija do contra-interessado o cumprimento de um dever jurídico ou de uma prestação. O que se verifica são interesses opostos manifestados em contraditório, criando, em cadeia seqüencial, ato após ato, o provimento final, o qual, por consequência, irá afetar a esfera jurídica de um dos interessados, impondo-lhe o encargo previsto na norma. Assim, a relação existente no processo não se apresenta entre sujeitos, mas sim entre normas jurídicas regentes⁵¹⁰ dos diversos atos que compõem o procedimento enquanto antecedente lógico do provimento⁵¹¹.

Quanto ao contraditório, ele se caracteriza como a real possibilidade de contradizer em simetria de paridade ao contra-interessado na obtenção do provimento. Assim é de se ressaltar que o Estado exerce função jurisdicional, sobre o mesmo fundamento que o

⁵⁰⁸ Sobre o assunto vide NASH, John. *Non-cooperative games*. 1950, 32 f. Tese de PHD em matemática – Faculty of Princeton University. Pode-se conceituar a perspectiva da teoria dos jogos da seguinte forma. Nos jogos de soma zero entre dois participantes, os interesses pessoais são totalmente opostos: para um ganhar, outro terá de perder. Os jogos de soma não-zero, permitem uma série de lances consecutivos abrem espaço à cooperação, mesmo de modo indireto; nos jogos *non-cooperatives*, o conluio inicialmente impedido, cede à disposição em cooperar sinalizada por movimentos repetidos com reciprocidade, haja vista que a disposição de interesses opostos tende a se equilibrar pela verificação dos riscos. Ou seja, possibilidade de previsibilidade do resultado.

⁵⁰⁹ Os direitos fundamentais impõem a observância, na estrutura procedimental, da poiesis (*agir como*), questionando-se, incessantemente, na ação “*como agir?*”. Sobre esse assunto vide LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da decisão jurídica*. 2002. “A teoria do processo como situação jurídica (Goldschmidt), ainda é mais aleatória e subjetivista do que a teoria da relação jurídica (instrumentalista), porque o processo é imaginado como um lugar procedimental da dinâmica das partes à procura da vitória de seus pretendidos direitos articulados perante um juiz que poderá apontar vencedores e vencidos sem qualquer vinculação a direitos fundamentais orientadores de sua decisão.” (*Teoria Processual da decisão jurídica*. 2002, p. 169.)

⁵¹⁰ LAGES, Cíntia Garanbini. *Direito-Garantia como abolição do vínculo da Relação jurídica entre os sujeitos do Processo*. In Estudos continuados de Teoria do Processo. Porto Alegre: Síntese. 2001, p.85-104.

⁵¹¹ CHAVES, Terezinha Ribeiro. *Provimento: Ato decisório ou Resultante lógica da decisão*. In Estudos continuados de Teoria do Processo. Porto Alegre: Síntese. 2001, p.107-124

legítima a exercer, no quadro de uma ordem jurídica instituída, as funções legislativa e administrativa. O poder legitimante do Estado de Direito “se exerce nos limites da lei e a função jurisdicional, que traz implícito o poder uno e indivisível do Estado, que fala pela nação, se exerce em conformidade com as normas que disciplinam a jurisdição”⁵¹².

A decisão do juiz, dessa forma, deixa de ser vinculada aos seus valores axiológicos, nos moldes propostos pela teoria instrumentalista do processo, e passa a ser vinculada ao princípio da legalidade, segundo as provas construídas nos autos, a partir das quais o magistrado proferirá sua decisão, considerando-as e fundamentando sua sentença sobre elas, “discursivamente”⁵¹³.

Neste sentido, Aroldo Plínio Gonçalves afirma: “É o direito material, construído ou reconstruído pelas partes em contraditório ao longo de todo o procedimento, que é aplicado pelo juiz ao caso concreto submetido à sua apreciação”⁵¹⁴.

A teoria fazzalariana, por sua vez, procurando ressemantizar o instituto do Processo em conceitos que o distinguíssem do procedimento, segundo as lições de Rosemiro Pereira Leal,

... explicitou que o processo não se define pela mera seqüência, direção ou finalidade dos atos praticados pelas partes ou pelo juiz, mas pela presença do atendimento do direito ao contraditório entre as partes, em simétrica paridade, no procedimento que, longe de ser uma seqüência de atos exteriorizadores do processo, equivalia a uma estrutura técnica construída pelas partes, sob o comando do modelo normativo processual⁵¹⁵.

Com efeito, o provimento é uma consequência e uma expressão jurídica racionalizada e conclusiva dos atos realizados no procedimento em contraditório entre as partes. Não é apenas um simples sentir do juiz:

Mas quando o ato do Estado se destina a provocar efeitos na esfera dos direitos dos administrados, da sociedade, dos jurisdicionados, quando é um ato dotado de natureza imperativa, um ato de poder, tem-se o provimento que, para que seja emanado, válida e eficazmente, deve ser precedido da atividade preparatória, disciplinada no ordenamento jurídico. Em razão de seu caráter imperativo, o provimento se distingue de todos os demais atos (sejam atos dos órgãos da administração, dos órgãos legislativos e dos órgãos judiciários), pois no Estado de Direito o poder se exerce nos limites da lei e o Estado cumpre suas funções dentro do quadro legal que disciplina suas atividades⁵¹⁶.

Desse modo, Fazzalari distingue processo e procedimento pelo atributo do contraditório, conferindo, portanto, ao procedimento realizado em contraditório a qualidade

⁵¹² GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*, p. 50

⁵¹³ HABERMAS, Jürgen. *Fatigada e validade*.

⁵¹⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*, p. 188, nota 269.

⁵¹⁵ PEREIRA LEAL. *Op. Cit.*, 2001, p. 92

⁵¹⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Op. Cit.*, p. 103

de processo. Contudo, não o fez, originariamente, pela reflexão constitucional do direito-garantia⁵¹⁷.

Para Fazzalari, é da essência do processo a existência de duas partes contrastantes, interessado e contra-interessado. Estas partes contrastantes são os destinatários do provimento final, pois ele, produzirá efeitos favoráveis na esfera jurídica de uma das partes, e prejudiciais em relação à outra parte. Desta forma, o contraditório seria a garantia da realização da legitimidade dentro do processo, endoprocessual, por meio da igualdade de oportunidades às partes interessadas no provimento jurisdicional final. Para Fazzalari, o contraditório é a garantia, aos destinatários, dos efeitos do ato final da participação na fase preparatória deste, na simétrica paridade de suas posições, na mútua implicação de sua atividade e na relevância desta para o autor do provimento.

6.7. TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO PROCESSO

A Teoria Constitucionalista do Processo foi desenvolvida por Fix-Zamundio, Andolina e Vignera e, principalmente no Brasil, pelos trabalhos pioneiros de Baracho, que foi responsável por afirmar a existência de um modelo geral constitucional do processo. O modelo que estava fundado na legislação infraconstitucional, agora foi constitucionalizado.⁵¹⁸

Com a preleção científica realizada por Rosemiro Pereira Leal acerca da teoria constitucionalista do processo, iniciaremos a nossa breve investigação científica sobre esta corrente procedimentalista.

O constitucionalismo, como arcabouço de garantias no Estado Democrático de Direito, é um movimento mundial (1939-1945). Procurou-se estabelecer instituições jurídicas (criadas pelas normas) e não mais um direito que reproduzisse servilmente a realidade sociológica ou a homologasse pelo discurso da jurisdição.⁵¹⁹

As modernas teorias do Processo se opõem à posição tradicional defendida pela Escola Instrumentalista do Processo. Ressalta-se, novamente, que esta Teoria do Processo surgiu após a *Segunda Guerra Mundial*, preconizando a aproximação de constituição e

⁵¹⁷ PEREIRA LEAL. *Op. Cit*, 2001, p. 92 leciona Leal que a expressão *direito-garantia* deve ser entendida como “direito garantido”.

⁵¹⁸ PEREIRA LEAL, Rosemiro. *Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos*. 5.ed. São Paulo: IOB Thomsom, 2004.

⁵¹⁹ PEREIRA LEAL. *Op. Cit*, 2001, p. 91

processo. Segundo Rosemiro Pereira Leal, com base nos estudos de Andolina, a Teoria do Processo,

... em seus novos contornos teóricos na pós-modernidade, apresenta-se como necessária instituição constitucionalizada que pela principiologia do instituto constitucional do devido processo legal que compreende os princípios da reserva legal, da ampla defesa, isonomia e contraditório, converte-se em direito-garantia impostergável e representativa de conquistas históricas da humanidade na luta secular empreendida contra a tirania, como referente constitucional lógico-jurídico, de interferência expansiva e fecunda, na regência axial das estruturas procedimentais nos seguimentos da administração, legislação e jurisdição.”⁵²⁰

Esse modelo processual visa a reger o procedimento, em conformidade com os princípios constitucionais institutivos e informativos do processo, como direito e como garantia fundamental⁵²¹. Desse modo, para Ítalo Andolina, o processo é uma necessária instituição constitucionalizada, regido pelo instituto do devido processo legal.

*Nella nuova prospettiva post-constituzionale, quindi, il problema del processo non riguarda soltanto il suo essere (id est: la sua concreta organizzazione secondo le leggi ordinarie vigenti), ma anche il suo dovere essere (id est: la conformità del suo assetto positivo alla normatività costituzionale sull' esercizio dell'attività giurisdizionale)”*⁵²²

A atuação das partes, em simétrica paridade, na construção do processo é mencionada em diversas ocasiões, na obra de Andolina e Vignera. Senão, veja-se:

*Fatta questa doverosa precisazione ad entrando nel mérito del nostro specifico argomento, si può cominciare dicendo che in virtù del canone costituzionale dell'igualanza la struttura del processo civile, la disciplina dei suoi singoli atti, la distribuzione dei poteri e doveri processuali devono esse organizzate in guisa tale da assicurare (in linea di principio e salve le eccezione e limitazione costituzionalmente consentite) ‘il perfetto equilibrio delle parti’: la possibilità, cioè, per ciascuno dei destinatari del provvedimento giurisdizionale di partecipare al relativo procedimento formativo su um piano di recíproca e simmetrica parità e com la garanzia di ‘potere fare quello che fa l'altra parte per farsi ragione’*⁵²³

⁵²⁰ PEREIRA LEAL. *Op. Cit.*, 2001, p. 97

⁵²¹ Sobre a distinção entre direito e garantia vide Brêtas Carvalho Dias, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*, p. 112, nota 102, onde afirma que: “... impõe-se distinguir direito fundamental de garantia fundamental, categorias dogmáticas diferentes, inexistindo, ao que pensamos, direito-garantia fundamental. [...] Por isso, o texto da Constituição, tecnicamente correto, menciona direitos e garantias fundamentais. Considerar que a jurisdição é a um só tempo seja direito fundamental e garantia fundamental, com todo o respeito, significa misturar conceitos e olvidar o processo constitucional como garantia fundamental das pessoas.”

⁵²² “Na nova perspectiva pós-constitucional, portanto, o problema do processo não diz respeito somente ao ser (isto é: à sua concreta organização, segundo a lei ordinária vigente), mas também ao seu dever-ser (isto é: a conformidade de seu ordenamento positivo com a normatividade constitucional sobre o exercício da atividade jurisdicional)”. Tradução livre de: ANDOLINA, Ítalo e VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale Del processo civile e italiano*. Torino: Giappichelli, 1990, p.11.

⁵²³ “Feito este delineamento necessário e entrando no mérito do nosso tema específico, pode-se começar dizendo que, em virtude da norma constitucional da igualdade na estrutura do processo civil, a disciplina dos seus atos singulares, a distribuição dos poderes e deveres processuais devem ser organizados de modo a assegurar (em termos de princípio e salvo alguma exceção e limitação constitucional permitida) ‘um perfeito equilíbrio das partes’: a possibilidade, isto é, para cada um dos destinatários do provimento de formação sob um plano de

O vínculo existente entre Constituição e Processo evidencia-se a partir do momento em que o texto constitucional traça as linhas fundamentais do sistema processual consagrado pelo Estado.

Notadamente, na fase atual, a maioria dos modernos textos constitucionais, e, dentre eles, a Constituição brasileira de 1988, acolheu o princípio do Estado Democrático de Direito⁵²⁴, ou seja, o Estado como sendo não só regido por normas (não pelo arbítrio, força, ou outro meio de coação), mas também pela noção de que tais normas devem ser elaboradas de forma legítima, ou seja, com a participação da soberania popular.

Baracho, antes mesmo da Constituição de 1988, já defendia a elevação a grau constitucional das garantias do processo, pois não se pode falar em Direito Constitucional, sem se falar nas garantias que consistem na forma encontrada para restringir o poder do Estado. Estas garantias são, portanto, instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo dos bens e vantagens.

Daí a afirmação:

processo significa o conjunto de atos, fatos ou operações que se agrupam de acordo com certa ordem, para atingir um fim, cujo objetivo fundamental é a decisão de um conflito de interesses jurídicos. Estes atos e formas, que movimentam a vida jurídica, fornecem-nos a primeira idéia de processo.”⁵²⁵

Constituição, Processo e Jurisdição⁵²⁶ têm a mesma raiz: a reverberação democrática enquanto limitação do poder.

Cattoni de Oliveira, seguindo a teoria habermasiana⁵²⁷, vai além e afirma que a estrutura jurídica, regida conforme a legislação positivada e arquitetada de forma discursiva, agora deve ser vista como integrante da Teoria Geral do Direito e assim leciona:

Procedimento, assim como processo, é categoria da Teoria Geral do Direito. Procedimento é atividade de preparação de provimentos estatais. Provimentos estatais são atos de caráter vinculante do Estado que geram efeitos sobre a esfera jurídica dos cidadãos.”⁵²⁸

recíproca e simétrica paridade e com a garantia de ‘poder fazer aquilo que a outra parte faz para obter razão, ou para se defender’.” Tradução livre. *Idem. Op.Cit.*, p.113-114.

⁵²⁴ CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey. 2004.

⁵²⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.108

⁵²⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995, p.45.

⁵²⁷ Sobre o assunto vide o pós-fácio do livro a *Inclusão do outro*.

⁵²⁸ CATTONI DE OLIVEIRA DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos. 2001, p. 193.

O processo é, portanto, a forma de representar as conquistas históricas da humanidade contra a tirania. Nesta perspectiva:

Saliente-se que, mesmo no Estado constituinte, entendemos que o Processo é cláusula inderrogável de resistência jurídica com raízes na soberania popular (única fonte legítima de poder) na construção da CONSTITUIÇÃO, porque não seguida a principiologia do PROCESSO constituinte, não se pode falar em legitimidade legislativa na geração da norma constitucional. O legislador, nas Sociedades Políticas Democráticas de Direito, uma vez eleito, submete-se aos princípios do PROCESSO, como instituição jurídica balizadora da soberania popular e da cidadania, cujos fundamentos, se não assentados juridicamente, de forma legal, preexistente e básica, como única fonte do poder constituinte, assume significações conjunturais antagônicas ao conceito moderno de Estado Democrático de Direito.⁵²⁹

A falta de compreensão do paradigma jurídico constitucional do Estado Democrático de Direito faz com que haja uma desintegração do Direito por parte da população brasileira, pois aquele não lhe é acessível, em sua realidade, principalmente pela falta de definição de que o Estado de Direito fora dotado.

Cattoni de Oliveira assim leciona:

A tensão interna, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, entre a pretensão de legitimidade e a positividade do Direito manifesta-se, no exercício da Jurisdição, como o problema de um procedimento decisório que seja a um só tempo correto e consistente. Tal tensão assume vida nova no nível pragmático do próprio processo jurisdicional, porque as exigentes formas de comunicação e do procedimento de argumentação devem harmonizar-se com as restrições impostas pelo próprio Direito, através da necessidade de fato de decisão⁵³⁰.

O Estado Democrático de Direito determina que as decisões judiciais sejam tomadas, segundo a teoria do Processo, em um espaço público, discursivo⁵³¹ por sua própria natureza, constituído entre as partes. Neste propósito, Rosemiro Pereira Leal concebe que:

A desintegração do direito nas sociedades modernas (secularizadas) ocorre pela deslustração generalizada de compreensão da democracia em meio aos arcaicos paradigmas do Estado de Direito e do Estado Social de direito diluídos nos textos constitucionais da modernidade numa polissemia que ora enfatiza a ideologia do republicanismo das maiorias autocráticas, ora se emoldura no privatismo (liberalismo) universalista das impermeáveis liberdades negativas em obliteração do entendimento do discurso democrático que pede dissenso pela teoria do processo e não pelo senso comum do intérprete axiologicamente bem intencionado e do julgador tecnicamente qualificado.⁵³²

⁵²⁹ PEREIRA LEAL. *Op. Cit.*, 2001, p. 94

⁵³⁰ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos. 2001, p. 193.

⁵³¹ HABERMAS. Jürgen. *Direito e Democracia entre Faticidade e Validade*. Trad. Flávio Beno. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro. 2003, p. 115

⁵³² PEREIRA LEAL. *Op. Cit.*, 2002, p. 29-30; Habermas da mesma forma afirma: “O Direito mais uma vez deve ser aplicado a si mesmo na forma de normas de organização, não somente para criar competências jurisdicionais, mas para estabelecer discursos jurídicos como componentes dos processos jurisdicionais. Normas e Direito

Dessa forma pode-se concluir que, no caso do Sistema Jurídico brasileiro, e dos que seguem os modernos modelos constitucionais, não há processo que não deva ser constitucional e não somente os que estruturam as chamadas garantias constitucionais-processuais, ao criar as condições institucionais para um discurso lógico-argumentativo de aplicação reconstrutiva do Direito Constitucional, é o processo que rege o exercício da jurisdição em matéria constitucional.

Não obstante, esta teoria ainda assim se apega a conceitos da teoria da relação jurídica, o que induz, por si e diante da inovação da teoria estruturalista, a uma reformulação da teoria processual (como procedimento em contraditório), agora em bases constitucionais. Analisar-se-á, assim, a teoria *neo-institucionalista do processo*, idealizada por Rosemiro Pereira Leal.

6.8. TEORIA NEO-INSTITUCIONALISTA DO PROCESSO

Segundo Rosemiro Pereira Leal, a teoria *neo-institucionalista do processo* foi idealizada na perspectiva de sanar alguns equívocos, remanescentes na teoria *Constitucionalista do Processo*, ou seja, reminiscências do paradigma do Estado Social, que interferem de maneira nefasta no Processo Constitucional e o impedem de alcançar a plenitude democrática perquirida no paradigma do Estado Democrático de Direito.

A instituição, consoante a Teoria *Neo-institucionalista do Processo*, recebe a aceção de:

... conjunto de princípios e institutos jurídicos reunidos ou aproximados pelo texto constitucional com a denominação jurídica de PROCESSO, cuja característica é assegurar, pelos princípios do contraditório, ampla defesa, isonomia, direito ao advogado e livre acesso a jurisdição, o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional e infra-constitucional por via de

Processual institucionalizam o processo de decisão judicial de tal modo que o julgamento e a sua fundamentação possam ser considerados o resultado de um jogo argumentativo governado por um programa específico. Mais uma vez, os procedimentos jurídicos entrecruzam-se com processos de argumentação, e de tal modo que o Direito Processual que institua discursos jurídicos não deva interferir na lógica argumentativa interna que caracteriza tais discursos. O direito Processual não regula os discursos jurídicos-normativos enquanto tais, mas assegura nos aspectos temporal, social e material a estrutura institucional que libera o caminho do processo de comunicação governado pela lógica dos discursos de aplicação” (HABERMAS. Jürgen. *Op. Cit.*, 2003, p.234-235)

procedimentos estabelecidos em modelos legais (devido processo legal) como instrumentalidade manejável pelos juridicamente legitimados⁵³³.

Entretanto, o que distingue a Teoria Neo-institucionalista do Processo da Teoria Constitucionalista do Processo é a proposta de uma Teoria da Constituição baseada na participação popular, onde o próprio povo é a causa principal da deliberação ou da justificação das regras de criação, alteração e aplicação de direitos.

Nesta perspectiva o *povo total* da Sociedade Política é, por auto proclamação constitucional, a justificativa das regras de criação, alteração e aplicação de direitos. Nesse intuito, Pereira Leal expõe que:

Nessa conjectura, a garantia de direitos pela instituição do PROCESSO CONSTITUCIONALIZADO não decorre mais da autoridade de um Poder Legislativo ou Judiciário comprometido com a administração pública de uma realidade econômico-social extra-ordenamental, mas de um nível histórico-jurídico de uma comunidade política que não mais permitiria retrocessos em seus fundamentos constitucionais de processualização da atividade jurídico-procedimental.⁵³⁴

O processo constitucional é, assim, pressuposto de legitimidade de toda criação, transformação, postulação e reconhecimentos de direitos pelos provimentos legiferantes, judiciais e administrativos. As decisões administrativas e os provimentos judiciais finais devem ter por fundamento de legitimidade a imparcialidade do juiz como uma tentativa de fiscalidade recíproca das partes no processo. A propósito, Rosemiro Pereira Leal discorre que:

A institucionalização constitucional do PROCESSO acarreta a impessoalização das decisões, porque estas, assim obtidas, se esvaziam de opressividade potestativa (coatividade, coercibilidade) pela deslocação de seu imperium (impositividade) do poder cogente da atividade estatal para a conexão jurídico-política da vontade popular constitucionalizada.”⁵³⁵

Assim, não bastaria afirmar, como fez Fazzalari, que o Processo é um procedimento técnico-estrutural em contraditório entre as partes, “porque o simples dizer que o processo é um procedimento em contraditório não emprestaria necessária e juridicamente ao procedimento, por garantia fundamental, o predicado principiológico, balizador e definidor do contraditório”⁵³⁶.

Pode-se concluir que o contraditório, segundo esse modelo, possui *status* de princípio constitucional, que baliza as raízes do processo, como explicitado por Fazzalari outrora e se fundamenta na soberania popular, única fonte legítima de poder, sendo, portanto,

⁵³³ PEREIRA LEAL. *Op. Cit*, 2001, p. 95

⁵³⁴ PEREIRA LEAL. *Op. Cit*, 2001, p. 96

⁵³⁵ PEREIRA LEAL. *Op. Cit*, 2001, p. 97

⁵³⁶ PEREIRA LEAL. *Op. Cit*, 2005, p. 54

cláusula inderrogável, que propicia a resistência jurídica das visões de mundo dos cidadãos ante as ações estatais, seja pelo princípio do acesso ao judiciário⁵³⁷, seja pela desobediência civil⁵³⁸, tornando-se necessário, portanto, que estejamos diante de um Estado Democrático de Direito, como pressuposto básico para que tal aconteça. É necessário que o *povo* possua uma consciência cívica de seus direitos e tenha por prática o exercício de uma completa cidadania, para que esta teoria tenha êxito social. Em um sistema de Direitos democráticos, busca-se a legitimação de uma instituição processual constitucionalizada de controle irrestrito dos procedimentos político-jurídicos, como diretriz principiológica das regras de relacionamento na elaboração e na operacionalização do Direito.

E assim afirma o autor mineiro:

Não há Processo, nos procedimentos, quando o Processo não estiver, antes, institucionalmente definido e constitucionalizado pelos fundamentos normativos do contraditório, da ampla defesa, do direito ao advogado e da isonomia, ainda que o procedimento se faça em contraditório, porque o contraditório há de ser princípio regente (direito-garantia constitucionalizado) do procedimento, e não atributo consentido por leis ordinárias processuais (codificadas ou não) ou dosado pela atuação jurisdicional em conceitos e juízos personalistas de senso comum, de conveniência ou de discricionariedade do julgador.⁵³⁹

O processo se estabelece pela conexão teórica com a cidadania (soberania popular)⁵⁴⁰, constitucionalmente assegurada, que torna o princípio da reserva legal do processo, nas democracias ativas, o eixo fundamental da previsibilidade das decisões.

A institucionalização constitucional do processo acarreta a impessoalização das decisões, porque estas se esvaziam de opressividade potestativa que é a impositividade do poder cogente da atividade estatal.

Nesse sentido afirma o autor:

... o *processo* tem, na atualidade, como lugar *devido* de sua criação a Lei Constitucional (o *devido processo constitucional* como fonte jurisdicional da judicção e direito-garantia das partes), porque não há uma vontade superposta ou alate, subjacente ou obscôndita, valorativa ou corretiva que, por reconstrução cerebrina do intérprete, se arrojasse, por personalíssimas razões de costume ou de justiça (norma fora do texto legal), a melhorar ou substituir a lei⁵⁴¹.

⁵³⁷ CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. *Op cit*, 107-118

⁵³⁸ REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Habermas e a desobediência Civil*. Belo Horizonte: Mandamentos. 2003.

⁵³⁹ PEREIRA LEAL. *Op. Cit*, 2005, p. 54.

⁵⁴⁰ Nas palavras do autor: “A *cidadania*, como direito-garantia fundamental constitucionalizada, só se encaminha pelo Processo, porque só este reúne garantias dialógicas de liberdade e de igualdade do homem ante o Estado na criação e na reconstrução permanente das instituições jurídicas, das constituições e do próprio modelo constitucional do Processo.” (PEREIRA LEAL. *Op. Cit*, 2005, p. 53)

⁵⁴¹ PEREIRA LEAL. *Teoria Geral do Processo*, 2005, p. 66

Os provimentos (decisões, sentenças decorrentes) são estruturados, conforme e a partir dos procedimentos judiciais, legiferantes e administrativos, como resultantes discursivas que reverberam na sociedade pública como se autora fosse desse próprio provimento.

O processo como instituição constitucionalizada é referente lógico-jurídico da procedimentalidade, consoante podemos aferir das lições de Rosemiro Pereira Leal⁵⁴². Esta teoria não se sustenta pela convicção única de seu teorizador, pois, na modernidade⁵⁴³, o cometimento teórico de um discurso não mais se sustenta pela autoridade de seu autor; ou seja, não há mais espaço no campo teórico-político-jurídico para a legitimidade carismática, descrita por Max Weber⁵⁴⁴.

Para o processualista mineiro, a individualidade não é mais impositiva dos conteúdos da justificação das ciências política, econômica e jurídica. O consenso, atualmente, se faz pela razão inter-relacional⁵⁴⁵ focalizada na lei democrática e não por interações sociais de condutas isoladas e individuais. O devido processo constitucional, como instituição constitucionalizada, explicita-se pelos elementos do *contraditório*, da *ampla defesa* e da *isonomia*, que configuram sua teorização.

Não se pode esquecer das conquistas histórico-jurídicas da cidadania, em um Estado Democrático de Direito, para definir o perfil das instituições democráticas, institucionalmente concretizadas. Estas conquistas permitem que o cidadão se contraponha a qualquer realidade hostil às garantias constitucionais asseguradas pelo devido processo legal e pelos princípios constitucionais institutivos e informativos do processo.

Os princípios da reserva legal, do contraditório, da ampla defesa e da isonomia garantem o exercício de direitos do cidadão brasileiro, em sua plenitude constitucional, para que possam transformar a sociedade em que vivem, em uma sociedade que prima pela

⁵⁴² PEREIRA LEAL. *Teoria Geral do Processo*, 2001

⁵⁴³ Rosemiro Pereira Leal, não se conforma com a expressão modernidade, atribuindo à ela o condão ideológico dos idos iluministas e renacentista, que não se coadunariam com a proposta democrática, razão pela qual utiliza a acepção *pós modernidade*, como forma de se enquadrar numa perspectiva revolucionária de visão de mundo. Daí seu debate com Habermas, que entende que o projeto da modernidade não pode ser abandonado, numa perspectiva de se buscar a reconstrução, ou resgate, dos lapsos democráticos ocorridos num período de grandes conquistas. Outrossim, não se pode reduzir a modernidade ao momento iluminista, com a aguerrida motivação de controle da natureza por regras rígidas, nos termos propostos por Conte.

⁵⁴⁴ *apud* CATTONI DE OLIVEIRA. *Op. Cit.*, 2002

⁵⁴⁵ Nas palavras de Habermas, por uma intersubjetividade discursiva, que entende como consenso a possibilidade de dissenso, que propicia, assim, o cruzamento de visões de mundo antes não compartilhadas, numa nova perspectiva de racionalidade, a discursiva e descentralizada do sujeito. (*Sobre o assunto vide*: HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão descentralizada*. Trad. Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2002). Notadamente a discussão entre Pereira Leal (2005) e Habermas (1997) se dá na base epistemológica do Direito, na medida em que para o processualista mineiro, que tem como marco teórico as proposições de Karl Popper, o procedimentalismo na base construtiva do Direito, não se institucionaliza sem o devido processo constitucional, porque a fixação dos critérios jurídico-constitucionais do modo de produção do Direito, é que define a qualidade democrática de uma sociedade jurídico-política.

liberdade, igualdade e legalidade democrática, onde haja a preservação dos direitos fundamentais individuais e coletivos do povo.

Nesse sentido:

Os juízos principiológicos (regentes) e os conteúdos gerais de fundamentação (eferentes), na aplicação do direito criado pela lei, não são inventados ou encontrados *fora* da lei, mas segundo o *proceder* indicado na lei e processualizado pelos *direitos fundamentais* constitucionalizados da ampla defesa, do contraditório, da isonomia, da atuação do advogado, da gratuidade postulatória, como *conquistas históricas* que, transpostas para o discurso constitucional, não mais comportam interpretações de historicidade extralegal (de fundo axiológico-deontológico supletivo da lei), porque a conquista histórica de direito se faz, no plano do *due process* democrático, pela interpretação “ao pé da letra” da *conexão normativa* determinante do espaço-tempo estrutural do procedimento desvelador dos atos-fatos de defesa e do exercício de direitos fundamentais e não *super* visão (*epoché*) transcendental e primal do juiz (*nous-arché-diké*).⁵⁴⁶

O que se vê, assim, é que o modelo constitucional adotado pelo Brasil a partir da constituinte de 1988, acatou a reviravolta imposta pela própria “crise” da razão, que culminou com a necessidade de sua reformulação teórica e implicou em sua ampliação e descentralização do “Eu”. A Teoria Processual neo-institucionalista é, nessa concepção, a que melhor garante o exercício da cidadania no panorama democrático da modernidade atual.

⁵⁴⁶ PEREIRA LEAL. *Teoria Geral do Processo*, 2005, p. 67

7. O CONCEITO DE SISTEMA E A CIÊNCIA JURÍDICA. UMA RECONSTRUÇÃO PARADIGMÁTICA.

O pensamento moderno, até meados do século XIX, estava preso às raízes da civilização greco-romana, afirmando-se a partir do Renascimento, dirigindo, então, seus esforços para a busca da razão científica, da *techné*, que, numa perspectiva epistemológica, propunha a definição de leis capazes de reger os eventos e assegurar a harmonia social, num plano de certeza.

A revolução do modelo científico clássico tornou vulnerável o suposto equilíbrio do pensamento, com o que se desfez o domínio das verdades estabelecidas, gerando uma perplexidade que conduziu à necessidade de compreensão do próprio processo de desenvolvimento do pensamento científico, ou seja, era necessária a colocação do sujeito, do *Eu*, como suposto para o pensamento racional para a (re)colação das verdades.

Contudo, a própria “verdade” se mostrou incerta e contingente, o que levou a uma reformulação dos pressupostos de sua validade.

Já dizia Popper que as definições trazidas pela ciência só são válidas até que outra a substitua. – “A ciência é hipotética e provisória, não episteme ou conhecimento definitivo, como quer o empirismo, o indutivismo”⁵⁴⁷.

Nessa busca, encerra-se o desenvolvimento como processo de continuidade. O que se apresenta resulta de rupturas impostas pela prevalência de uma dada cisão do objeto. Na disputa das teorias que buscam afirmar sua autoridade (validade social), essa postura demonstra uma concreta resistência às críticas e se sustenta no conceito de paradigma⁵⁴⁸.

O termo *paradigma* é originário do grego *paradeigma* e encontra em Platão sua concepção mais remota como idéia de modelo ou exemplo. Como noção epistemológica contemporânea, contudo, tem sua gênese na Filosofia da Ciência, de onde é colhida, a partir de escólios de Gadamer, pelo físico Kuhn, que lhe fixa o conceito e desenvolve formulações teóricas destinadas às ciências exatas, associando realizações científicas a problemas e soluções modelares⁵⁴⁹.

Nesse sentido afirma Maria Coeli Simões Pires:

⁵⁴⁷ POPPER, Karl S. *A lógica das ciências sociais*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1978.

⁵⁴⁸ KHUN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Trad. Beatriz Viana e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1994.

⁵⁴⁹ CARVALHO NETTO, Menelick de. *Controle de constitucionalidade e democracia*. In MAUES, Antonio G. Moreira (Org.) *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 218.

A teoria hermenêutica gadameriana representa o alicerce para a apropriação da noção de pré-compreensões (preconceitos) que impregnam o sujeito, já que constituem o pano de fundo que informa sua visão de mundo, enquanto Kuhn, em sua obra *A Estrutura das Revoluções Científicas*, acolhendo aquela noção, projeta a visada dos elementos estruturantes do paradigma como componentes de um corpo teórico dominante, acatados historicamente na dinâmica social e que, por isso mesmo, exercem função reguladora da ciência e determinam sua dinâmica e seu desenvolvimento.⁵⁵⁰

Menelick de Carvalho Netto, (re)forjando os passos para a conceituação do termo, noticia a incursão de Kuhn por Verdade e Método:

(Paradigma) É uma noção que vem da filosofia da ciência através de Thomas Kuhn e que, por sua vez, chega a Kuhn mediante a leitura de Gadamer em ‘Verdade e método’, um autor vinculado à hermenêutica filosófica, à reflexão do status do conhecimento no terreno das chamadas ciências do espírito, das ciências humanas, das ciências que têm por objeto precisamente a interpretação de textos ou equivalentes a textos.⁵⁵¹

A introdução e origens deste termo na discussão científica levam ao clássico escrito por Thomas Kuhn, que assim o determina: “Paradigmas são realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”.⁵⁵²

Menelick de Carvalho Netto sintetiza e esclarece a conceituação construída por Kuhn, pois “A noção de paradigma delineada por Thomas Kuhn pode ser compreendida como esquemas gerais de pré-compreensões, que limitam ou condicionam o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo”⁵⁵³.

Seguindo o entendimento de Arthur José Almeida-Diniz, entende que Kuhn rebatizou o conceito de sistema para paradigma:

A partir desse pensamento, sustentamos que paradigmas do Estado de Direito e do Estado Democrático de Direito devem ser compreendidos como sistemas jurídico-normativos consistentes, concebidos e estudados pela teoria do Estado e pela teoria constitucional, no sentido técnico de verdadeiros complexos de idéias, princípios e regras juridicamente coordenados, relacionados entre si por conexo lógico-formal, informadores da moderna concepção de Estado e reveladores das atuais tendências científicas observadas na sua caracterização e estruturação jurídico-constitucional.⁵⁵⁴

⁵⁵⁰ PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito Adquirido e a ordem pública: Segurança Jurídica e Transformação Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey. 2005. p.22

⁵⁵¹ CARVALHO NETTO. In MAUES (Org.). *Op. Cit.*, p. 220.

⁵⁵² KHUN. Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Trad. Beatriz Viana e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1994.

⁵⁵³ CARVALHO NETTO, Menelick de. *Paradigmas constitucionais, mudanças nas corrupções e práticas da relação entre o público e o período e a natureza. O marco da inserção do direito ambiental na Constituição da República de 1988*. p.4.

⁵⁵⁴ CARVALHO DIAS, *Idem. Op. Cit.*, p.101

Dworkin, analisando os enlaces da conceituação do termo paradigma, estreita a relação entre instituto e paradigma, atribuindo a este o papel de interferir em atributos conceituais daquele, pelo que traduz de verdade interpretativa, o que não significa, entretanto, a impossibilidade de contestação ou superação de dada interpretação.

Segundo ele:

O papel que esses paradigmas desempenham no raciocínio e na argumentação será ainda mais crucial do que qualquer acordo abstrato a propósito de um conceito. Pois os paradigmas serão tratados como exemplos concretos aos quais qualquer interpretação plausível deve ajustar-se, e os argumentos contra uma interpretação consistirão, sempre que possível, em demonstrar que ela é incapaz de incluir ou explicar um caso paradigmático⁵⁵⁵.

Nessa esteira, devemos citar a definição de paradigma dada por Habermas, que a ampliou e redefiniu: “Por este último, entendo as visões exemplares de uma comunidade jurídica que considera como os mesmos princípios constitucionais e sistemas de direitos podem ser realizados no contexto percebido de uma dada sociedade”.⁵⁵⁶

Cattoni de Oliveira explica as colocações habermasianas, da seguinte forma:

... as compreensões jurídicas paradigmáticas de uma época, refletidas por ordens jurídicas concretas, se referem a imagens implícitas que se tem da própria sociedade; um conhecimento de fundo, um *background*, que confere às práticas de fazer e de aplicar o Direito uma perspectiva, orientando o projeto de realização de uma comunidade jurídica.⁵⁵⁷

Wittgenstein, em suas Investigações Filosóficas, já havia levantado esse aspecto afirmando que “nosso erro é buscar uma explicação ali onde deveríamos ver os fatos como fenômenos primordiais (*Urphänomen*). Isto é, onde deveríamos dizer: joga-se esse jogo de linguagem”⁵⁵⁸

O mal uso de um paradigma se dá pelo seu uso como modelo que vale para o exame de todos os casos, como uma chave mestra capaz de abrir todas as portas, mesmo onde o exame dos fatos parece contradizê-lo, ou seja, utilizando-o não pelo que é: simples objeto de comparação. O fenômeno primordial deveria permitir reagrupar uma série de elementos de forma a vê-los de outra maneira. Como objeto de comparação, ele permite esta conversão do olhar em uma sinopse que instaura entre os fatos uma nova ordem, que poderia ter sido outra, opondo-se à visão essencialista, a qual reduz a visão a apenas um determinado ângulo.

⁵⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins fontes, 2002, p. 88.

⁵⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Dmeocracia – Entre a Faticidade e a Validade*, Trad. Flávio Beno Sieeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. vol II.

⁵⁵⁷ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. *Direito Constitucional*. 1ª. ed, Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

⁵⁵⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Trad. Marcos G. Montagnoli. Petrópolis: Vozes, 1994, §654

A tendência a tomar um modo de representação como a própria coisa parece ligar-se ao paradigma agostiniano, tão criticado ao longo de todo o trabalho das *Istigações Filosóficas*, que considera que as palavras são nomes de objetos e as frases combinações de palavras para descrever configurações de objetos.

Observar-se-á que a noção de paradigma tem um papel primordial para estabilizar a tensão existente entre idealidade e realidade, ou validade e facticidade, não se tratando apenas de um capricho conceitual, como argumentam alguns. Neste sentido Cattoni de Oliveira explica:

O uso da noção de paradigma jurídico pretende estabilizar a tensão entre realidade e idealidade, ao defender a tese, pois, de que haveria um horizonte histórico de sentido, ainda que mutável, para a prática jurídica concreta, que pressuporia uma determinada ‘percepção’ do contexto social do Direito, a fim de compreender em que perspectiva as questões jurídicas deveriam ser interpretadas para que o Direito possa cumprir seu papel nos processos de integração social. Assim, a cada geração, o certo seria que os direitos (liberdade e igualdade) não são simplesmente alargados, mas sim redefinidos a cada novo paradigma⁵⁵⁹

A evolução dos modelos estatais sempre foi objeto de estudo da ciência do Direito. Dentre estes, sempre se optou pelo estudo de um determinado ramo desta evolução, qual seja: o Estado moderno.

Ronaldo Brêtas, citando Baracho, afirma que: “a teoria do Estado moderno é fundamentalmente a de um Estado de Direito”⁵⁶⁰

E continua:

A pesquisa doutrinária sobre o assunto indica que a expressão Estado de Direito é genuína construção do idioma germânico (*Rechtsstaat*), resultante da justaposição das palavras *Recht* (Direito) e *Staat* (Estado), feita com o objetivo de revelar teoria criada e desenvolvida pelos juristas alemães sobre o Estado, na primeira metade do século XIX. A teoria do Estado de Direito surgiu em oposição à idéia do que, comumente, de forma aproximada, traduz-se por *Estado de Polícia* (*obligkeitsstaat* ou *polizeistaat*), também chamado de *Estado Iluminista* ou *Estado-providência*, cujas características gerais eram o predomínio da idéia de soberania centrada no monarca, a extensão do poder soberano ao âmbito religioso, assim exercendo autoridade eclesiástica, a assunção pelo Estado, no plano teórico, da promoção do bem-estar e da felicidade dos súditos, missão confiada ao soberano, e a configuração do Estado desvinculada do moderno constitucionalismo, designando a expressão *polícia* a administração estatal interna⁵⁶¹.

Kelsen, sustentando a inseparabilidade do Estado e do Direito, considerou pleonástica a expressão *Estado de Direito*, ao partir do entendimento de que o Estado moderno não se distingue da ordem jurídica que o organiza, porque impensável conceber-se

⁵⁵⁹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e tutela jurisdicional dos direitos fundamentais*. P.8.

⁵⁶⁰ CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. *Op. Cit*, 2004, p. 93.

⁵⁶¹ CARVALHO DIAS, *Idem. Op. Cit*, p.93-94

um Estado não submetido ao direito. Contudo, reconheceu Kelsen, que a expressão tinha o propósito de indicar aquele Estado que satisfizesse os requisitos da democracia e da segurança jurídica.⁵⁶²

Os doutrinadores, analisando por este prisma, afirmam que existem três grandes paradigmas de Estado e de Direito, que se consubstanciam respectivamente em: 1) O Estado Liberal; 2) O Estado Social e; 3) O Estado Democrático de Direito. Estes paradigmas trazem consigo um modelo implícito de sociedade, “consubstanciando respectivamente o Constitucionalismo Clássico, o Constitucionalismo Social e o moderno Constitucionalismo do Estado Democrático de Direito”.⁵⁶³

Notadamente, a nomenclatura utilizada pelos doutrinadores de forma geral e costumeira pode trazer certas contradições intrínsecas, pois, como afirmado, a idéia de Estado, na modernidade se dá como um projeto, que traz em si própria a idéia de um Estado Democrático de Direito. Com isso, torna-se claro, que a denominação classificativa utilizada é inapropriada, na medida em que, tanto o Paradigma Liberal, quanto o Social, podem ser tidos como Democráticos e de Direito.

Como se viu, e no direito não podia ser de forma diversa, o ideal de verdade também teve papel determinante a partir da modernidade; abandonou-se muito do elemento prudencial dos romanos, que tinha caráter mais retórico e assim se mostrava mais relativista⁵⁶⁴, assentando-se sobre outros paradigmas, muito mais ligados à prática profissional e à boa decisão que a ideais científicos aprioristicamente determinados.

Nesse sentido Aroldo Plínio Gonçalves leciona:

O mais alto grau de racionalidade atingido pelos ordenamentos jurídicos contemporâneos, que se seguiu à conquista das garantias constitucionais, importa na superação do critério de aplicação da justiça do tipo salomônico, inspirada apenas na sabedoria, no equilíbrio e nas qualidades individuais do julgador, ou na sensibilidade extremada do juiz, simbolizada pelo ‘fenômeno *Magnaud*’ (expressão de Gény, quando, na segunda edição do *Méthode d’Interprétation et Sources en Droit Prive Positif*, analisou os possíveis efeitos dos métodos empregados pelo Juiz Magnaud, que presidiu, de 1889 a 1904, o tribunal de primeira instância de *Château-Thierry*, cujas decisões se celebrizaram e o celebrizaram como *lê bom juge Magnaud*). Esse critério é substituído por uma técnica de aplicação do direito que se vincula a elementos não-subjetivos, a uma estrutura normativa que possibilita aos membros da sociedade, que vão a Juízo, contarem com a mesma segurança, no processo, quer estejam perante um juiz dotado de inteligência, cultura e sensibilidade invulgares,

⁵⁶² CARVALHO DIAS, *Idem. Op. Cit.*, p.97.

⁵⁶³ A. Fernandes, Bernardo Gonçalves. *A Teoria geral do processo e a teoria da constituição no Estado Democrático de Direito*. Revista de Direito do Unicentro Izabela Hendrix. Vol. 1. Belo Horizonte: 2003..

⁵⁶⁴ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz.Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, pp. 19-24 e pp. 33 -44, onde Viehweg analisa argutamente a distinção já traçada por Vico no século no século XVIII.

quer estejam diante de um juiz que não tenha sido agraciado com os mesmo predicados.⁵⁶⁵

A partir desse momento histórico, as novas concepções epistemológicas da modernidade se incorporam ao direito⁵⁶⁶, assimilando gradualmente a idéia de sistema, como característica fundamental desta nova ciência, que, como dito anteriormente, atinge todos os planos da existência humana.

Dito isso, passaremos a analisar os paradigmas do Estado moderno, alhures mencionados, buscando ao final uma nomenclatura melhor para o último deles.

7.1. PARADIGMA DO ESTADO LIBERAL

O Estado moderno tem como primeiro paradigma o Estado liberal. “É a partir das Revoluções burguesas, a Revolução norte americana de 1776 e a revolução Francesa de 1789, que foram consagrados os princípios liberais políticos e principalmente econômicos para a afirmação do Estado Liberal”.⁵⁶⁷

Os pensamentos do “*laissez-faire, laissez-passer*”, muito bem traduziram os princípios liberais, que deixavam aos cidadãos a possibilidade da livre concorrência de modo que o egoísmo de cada um ajudasse a melhoria do todo. Este posicionamento foi muito bem trabalhado nas obras de Adam Smith⁵⁶⁸.

Aos poucos, algumas correntes do pensamento jurídico terminaram por trazer os elementos do conceito de sistema para a Ciência Jurídica, tendo papel fundamental, como

⁵⁶⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Belo Horizonte: AIDE. 1996

⁵⁶⁶ Ensina Aroldo Plínio que: “O século XX rompeu com o mito do século passado de que a ciência é um conjunto de verdades e certezas, permanentes, imutáveis, definitivamente estabelecidas. Ao contrário de depor contra o conhecimento científico, essa postura anseia pelo seu progresso, por sua contínua complementação, e conduz àquela palavra de fé, de que fala Bachelard, do cientista que termina seu dia de trabalho dizendo: ‘Amanhã saberei’. E nessa profissão de fé a ciência recupera a sua dimensão humana. Todo conhecimento, em qualquer área, é fruto de muitos esforços conjugados, em que conceitos e teorias se substituem e se renovam, e, não raras vezes, a renovação se faz com esteio nas antigas concepções repudiadas ou como resposta a elas” (GONÇALVES. *Técnica Processual e Teoria do Processo*, 1996, p.13). Sobre a epistemologia da modernidade vide a análise de SOUZA SANTOS, Boaventura. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989, p. 17-30.

⁵⁶⁷ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional*. Tomo I. Belo Horizonte: Mandamentos. 2000.

⁵⁶⁸ SMITH. Adam. *A riqueza das nações*. São Paulo: Hemus.2002.

pioneiros, os jusnaturalistas Racionalistas, que realizaram grandes edificações teóricas acerca do direito, as primeiras a se auto-reclamarem verdadeiramente sistemáticas⁵⁶⁹.

A estrutura dedutiva de raciocínio dos jusnaturalistas ainda hoje determina a doutrina em face da questão da sistemática jurídica. Wiacker dá o testemunho de que a maior contribuição do pensamento jusnaturalista ao direito privado europeu é o próprio sistema⁵⁷⁰.

A legitimidade jurídica, assim, se dá pela própria razão e pela coerência quase matemática. O direito, assim, ganha um verniz metodológico totalmente novo. Ou seja: normas universalmente válidas por *leis naturais*, formulavam em relações estruturais e lógicas proposições concatenadas com caráter altamente racional e sistemático. As *leis naturais* trazem uma nova concepção, advinda de uma mudança da própria visão antropológica do homem sobre si mesmo, que agora não mais pode ser percebido *zoon politikon*⁵⁷¹, mas como um ser natural passível de viver sob suas inexoráveis ordenações racionais, segundo as concepções mecaniscistas da natureza, cujos mestres foram Espinosa e Descartes⁵⁷².

Na realidade jurídica dos jusnaturalismos, segundo Emil Lask, distinguem-se subespécies de positividade. Elas se dividem em: *formal* e *material*, que resultam em perspectivas também diversas e em diferentes construções de direito natural⁵⁷³.

Na perspectiva formal, a análise sistemática consiste numa acentuada valorização da idéia de validade (*gültigkeit*) lógico-dedutiva, ou seja, na validação racional de conseqüências graças à consonância com premissas também válidas, numa relação peculiar de coerência interna de raciocínios. A “formalidade”, neste ponto de vista, tem uma enorme importância metodológica e relaciona o direito com outras ciências normativas sistemáticas, como a própria lógica analítica enquanto “ordenação para o bem pensar”. Como informado anteriormente, esta idéia, relacional formal, está na idéia wolffiana de sistema enquanto *nexus veritatum*. No que concerne ao direito natural material, este está vinculado à questão do

⁵⁶⁹ *apud* FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 1988, p. 12

⁵⁷⁰ A ciência jurídica européia que, graças à tradição dos glosadores, era uma ciência dogmática de interpretação de textos singulares, recebe de jusnaturalistas como Thomasius, Hobbes e Pufendorf, dentre muitos outros, o caráter lógico-demonstrativo de um sistema fechado, cuja estrutura característica domina até a atualidade os códigos e as sistematizações jurídicas (*apud* FERRAZ JR. *Introdução ao estudo do direito: Técnica, Decisão, Dominação*, 1988, p. 12-13)

⁵⁷¹ Agente da política como leciona Arendt (*Entre o passado e o futuro*. trad. Mauro W. Barbosa de Almeida. São Paulo: Perspectiva, 1997, p.248)

⁵⁷² Hannah Arendt explica que a liberdade é uma qualidade dos homens que para se efetivar, para realizar sua aparição, demanda um espaço concreto que lhe dê tangibilidade. Dessa forma, todo agir é um evento inovador, inscrevendo novas histórias singulares na teia de relações humanas e, ao criar o novo, o agente rompe com os processos automáticos, transgredindo a automação do cotidiano, vitalizando as instituições políticas. (*Entre o passado e o futuro*. trad. Mauro W. Barbosa de Almeida. São Paulo: Perspectiva, 1997, p.256)

⁵⁷³ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Conceito de Sistema no Direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: Revista dos Tribunais e Universidade de São Paulo, 1976, p.13.

conteúdo da norma, que também é apresentada em caráter sistemático. A unificação dessas idéias gera a possibilidade de subsumir logicamente (através de métodos estritamente formais) idéias universalmente válidas e de totalidade sistemática construída com base em fórmulas abstratas de conteúdo axiológico (dedução material)⁵⁷⁴.

Ressalte-se que como dito alhures, Pufendorf, Kant, Grotius, Hobbes, Rousseau, Hegel e o próprio Wolff, entre outros, foram responsáveis pela construção de alguns dos elementos mais fundamentais do direito moderno, qual seja: a pretensão de conseguir compreender racionalmente toda a realidade através de um sistema, e a tentativa de uma metodologia própria da ciência dogmática são alguns deles.

O Jusnaturalismo e o Racionalismo levaram, assim, a Ciência Dogmática a ganhar forma e força, tornando possível, a partir do Pandectismo, da Jurisprudência dos Conceitos e dos normativismos do século XX, a construção do Positivismo jurídico. Esse percurso encontra momento crucial na Escola da Exegese, que significou a vitória política do Iluminismo, com a construção da Codificação e a subordinação do fenômeno vivo à lei escrita, que tudo pretendia determinar, como um instrumento jurídico-político de ação legítima, o que vai dar origem, em termos metodológicos, aos fundamentos da dogmática⁵⁷⁵. Essa historicidade-sistemática, fundando uma metodologia lógico-racional sobre instituições histórico-dogmáticas, não é puramente científica, ou seja, livre de elementos materiais ideológicos, pois a essa época, em decorrência das atrocidades que ocorreram após a queda da bastilha, cresceu a necessidade de segurança e estabilidade por parte da burguesia, que estava encabeçando um processo de rompimento com o passado e as formas tradicionais de legitimação⁵⁷⁶.

No Antigo Regime, com um sistema político essencialmente autoritário, existia um direito de grande instabilidade, em todos os sentidos, pois como a soberania e o fundamento de validade das ações do estado estavam assentados na figura do Rei, do soberano, o direito funcionava sem um caráter abstrativo, sujeito à volição impulsiva do monarca. Essa instabilidade se mostrava insustentável frente à necessidade de segurança jurídica⁵⁷⁷.

⁵⁷⁴ CANARIS. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 2002, p. 38-45.

⁵⁷⁵ LEAL, Rosemio Pereira. *Teoria Geral do Processo*, 2005, p. 26-34; vide ainda CANARIS. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 2002.

⁵⁷⁶ Sobre os problemas da legitimação do sistema tradicionalista e sobre a crise sistêmica desse princípio organizacional da sociedade, ver HABERMAS, Jürgen. *Crise de Legitimação no Capitalismo Tardio*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994, pp.32-33

⁵⁷⁷ Vide Luhmann nota de roda-pé nº. 8 deste trabalho.

Esse caráter formal do sistema jurídico, formal-dedutivo, influenciou de sobremaneira a metodologia posterior do pensamento dogmático (normativismo analítico). Por outro lado, a fundamentação do sistema jurídico recebe um conteúdo histórico a partir do século XIX: a idéia de soberania estatal e as idéias iluministas de legitimação da burguesia segundo a dominação legal-racional⁵⁷⁸. Neste ponto se vê a confluência do debate entre legitimidade democrática e pensamento sistemático, pois o direito até então não fora concebido como um sistema, mas os juristas sempre o trataram como uma realidade, utilizando, para tanto, uma “espécie” de pensamento sistemático no seu estudo e em sua aplicação.

As Revoluções⁵⁷⁹ burguesas, que varreram a Europa, primeiro a anglo-saxônica no século XVII e posteriormente a continental nos séculos XVIII e XIX, buscaram garantir a hegemonia do pensamento liberal pela estabilização do mundo jurídico com a construção de um sistema baseado na segurança⁵⁸⁰ e certeza⁵⁸¹ jurídicas. A idéia de soberania passa do monarca ao povo, que concretiza sua vontade no mundo jurídico-político pela normatividade positiva, ou seja, a norma escrita. Desta forma a norma escrita ganha lugar de destaque entre as fontes do direito e filosoficamente, formulando-se a idéia de *general will* (vontade geral), mecanismo através do qual se pode afirmar que “a legalidade é [...] a nova legitimidade que sai das mãos do direito natural para a esfera do direito positivo”⁵⁸².

Outra forma de atingir “estabilidade” é a separação do Estado em órgãos, que repartem as funções estatais de forma independente e harmônica, o que significaria a

⁵⁷⁸ Sobre o assunto vide Max Weber *Sociedade e Economia*. CHAVES, Pablo Holmes. Op. Cit.

⁵⁷⁹ Utilizado aqui no sentido utilizado por Thomas Kuhn in a *Estrutura das Revoluções científicas*. Este termo pode despertar um certo repúdio em alguns historiadores pois não acreditam que se trate de uma Revolução, mas sim, de um fenômeno que significou o processo pelo qual a burguesia imprimiu, nas super-estruturas das sociedades ocidentais, os anseios que os acontecimentos históricos infra-estruturais vinham amadurecendo desde o fim da Idade Média.

⁵⁸⁰ Segundo Canotilho o princípio da segurança jurídica é um dos subprincípios constitutivos do Estado de direito Democrático. Este princípio está relacionado com os elementos objetivos de ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito. Nestes termos: “Por um lado, o princípio da certeza do Direito requer decisões que possam ser consistentemente tomadas no quadro da ordem jurídica vigente. [...] Por outro lado, a pretensão de legitimidade da ordem jurídica requer decisões consistentes não apenas com o tratamento anterior dos casos análogos e com o sistema de regras vigentes, mas pressupõe igualmente que sejam racionalmente fundadas nos fatos da questão, de tal modo que os co-associados possam aceitá-las como decisões racionais.” (CANOTILHO, J.J. Gomes; VITAL, Moreira. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 131) vide ainda FERRAZ JÚNIOR. *Introdução ao Estudo do Direito*, 1994, p.142

⁵⁸¹ Segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr: “A certeza diz respeito à coerente e delineada apreensão das situações de fato, de modo a evitar ao máximo ambiguidades e vaguidades de sentido.” (FERRAZ JÚNIOR. *Introdução ao Estudo do Direito*, 1994, p.142)

⁵⁸² BOANVIDES, Paulo. *A despolitização da legalidade*: revista trimestral de direito público. São Paulo, nº.3, 1993, p. 24, e nas lições de Simone Goyard-fabre: “a legalidade seria assim, segundo a exigência lógica da racionalidade, o modelo moderno de legitimidade.” (opt. Cit, p. 282) (vide também ADEODATO, João Maurício. *O Problema da Legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1989, p. 53 –64.

constituição de uma ciência jurídica oficial, provocando, inclusive, aceitação da população, devido à neutralidade política do judiciário que estava impedido de exercer seu lado político, o qual só poderia ser vislumbrado no legislativo e no executivo.

Esse paradigma que se instaurará, balizou-se em dois conceitos básico e primordiais: 1) o Estado de Direito⁵⁸³; e 2) a Democracia⁵⁸⁴.

Nessa senda, o Estado de Direito (*Rule of Law*) imprimiu a idéia-mestra de submissão e controle do domínio político pelo Direito, ou como falam, a juridicidade do “poder”. Esse processo está fundado em bases tradicionalistas, tendo por suposto as relações de domínio então existentes entre governantes e governandos. Contudo, as decisões arbitrárias dos soberanos são substituídas por decisões “juridicamente controladas”⁵⁸⁵.

O que se vê aqui é a crença de uma possibilidade inabalável de “por ordem”, controlar, com uma formulação sistêmica fechada, outrora deflagrada, o que culminaria com a possibilidade de dogmatização da ciência jurídica através da burocratização da ciência pela técnica⁵⁸⁶.

As Constituições neste tipo de Estado são meramente formais. “Os direitos de liberdade e igualdade, na prática nunca foram universalizados”.⁵⁸⁷

O Direito restringe-se à lei e é garantido negativamente, o não-fazer do Estado, contra o uso abusivo da força pelo próprio Estado.

O Direito sob o paradigma liberal seria uma ordem, um sistema fechado de regras, que teria por função estabilizar expectativas de comportamento temporal, social, materialmente generalizadas, determinando os limites e ao mesmo tempo garantindo a esfera privada de cada indivíduo. Seria, através de leis gerais e abstratas, garantindo, ainda que formalmente, liberdade, igualdade e propriedade, que todos os sujeitos receberiam os mesmos direitos subjetivos.⁵⁸⁸

Ao Estado cabe garantir pura e simplesmente o livre curso da sociedade civil, pairando sobre ele a imagem de “mal necessário”, razão pela qual, deve ser mínimo e

⁵⁸³ A concepção de Estado de Direito (*Rechtsstaat*, *rule of law* ou *État Legal*) pode ser formulada, neste primeiro momento, para designar um Estado sob o império do Direito, que se oporia ao *Machtstaat* (Estado sob o regime da força - absolutismo) e ao *Polizeistaat* (Estado sob o regime de polícia- despotismo esclarecido).

⁵⁸⁴ O Termo democracia, aqui, deve ser entendido como uma palavra gorda, ou seja: que cheia de significados, que se modificam de acordo com seu uso e o momento histórico. Neste caso democracia está reduzida à intangibilidade das liberdades civis.

⁵⁸⁵ A limitação do Estado, nos dizeres de Canotilho: “ teria de estender-se ao próprio soberano: este estava também submetido ao império da lei (*herrschaft des gesetzes*), transformando-se em ‘órgão do Estado’.” (*Direito Constitucional*, op. Ci., p. 93.)

⁵⁸⁶ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: Técnica, Decisão, Dominação. São Paulo: Atlas, 1988, p. 77.

⁵⁸⁷ LOUREANO, Delze dos Santos. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional. A interpretação além do texto e do contexto*. Revista de Direito do Unicentro Izabela Hendrix. Vol. 1. Belo Horizonte: 2003.

⁵⁸⁸ CATTONI DE OLIVEIRA. *Idem opt. Cit.* 2002.

assegurar apenas que os excessos individuais não destruam a sociedade. O público é reduzido ao estatal e no campo privado impera o egoísmo de cada indivíduo.

Sob o paradigma liberal, cabe ao Estado, através do Direito Positivo, garantir certeza nas relações sociais, através da compatibilização dos interesses privados de cada um com o interesse de todos, mas deixar a felicidade ou a busca da felicidade nas mãos de cada indivíduo, ou seja, o Estado (mínimo) exerceria um ‘poder policial’, e a sociedade se regeria pelo ‘livre jogo dos interesses’ dos atores sociais individualizados.⁵⁸⁹

Para Menelick de Carvalho Netto:

A questão da atividade hermenêutica do juiz só poderia ser vista como uma atividade mecânica, resultado de uma leitura direta dos textos que deveriam ser claros e distintos, e a interpretação algo a ser evitado até mesmo pela consulta ao legislador na hipótese de dúvida do juiz diante de textos obscuros e intrincados. Ao juiz é reservado o papel de mera ‘*bouche de la loi*’.⁵⁹⁰

No mesmo sentido, leciona Rosemiro Pereira Leal: “Ao Estado Liberal burguês interessa o dogma da completude da lei como forma de o juiz garantir, em qualquer eventualidade, as liberdades negativas da intervenção do Estado na órbita indevassável dos direitos individuais”.⁵⁹¹

Habermas afirma que:

Segundo este modelo, uma sociedade econômica, institucionalizada através do direito privado (principalmente através dos direitos de propriedade e da liberdade de contratos), deveria ser desacoplada do Estado enquanto esfera de realização do bem comum e entregue à ação espontânea de mecanismos de mercado. Essa sociedade de direito privado era trabalhada conforme a autonomia dos sujeitos de direito, os quais, enquanto participantes do mercado, tentam encontrar sua felicidade através da busca possivelmente racional de interesses próprio.⁵⁹²

Na prática, é uma sociedade que se depara com o problema de determinar onde termina a liberdade do sujeito e começa a do outro.⁵⁹³

O constitucionalismo e a codificação (especialmente os códigos civis) são contemporâneos do advento do Estado Liberal e da afirmação do individualismo jurídico. Cada um cumpriu seu papel: um, o de limitar profundamente o Estado e o poder político (Constituição), o outro, o de assegurar o mais amplo espaço de autonomia aos indivíduos, nomeadamente no campo econômico (codificação).

⁵⁸⁹ ALFREDO FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *A Teoria geral do processo e a teoria da constituição no Estado Democrático de Direito*. Revista de Direito do Unicentro Izabela Hendrix. Vol. 1. Belo Horizonte: 2003.

⁵⁹⁰ CARVALHO NETTO, Menelick de. *O requisito da imparcialidade para a decisão constitucional adequada de um caso concreto no paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito*, RVPGE, 1999. p. 101-117.

⁵⁹¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

⁵⁹² HABERMAS *Direito e Dmeocracia – Entre a Faticidade e a Validade*. 1997, p. 102

⁵⁹³ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2002, p.87

Os códigos civis e as leis “processuais” tiveram como norte o cidadão dotado de patrimônio, vale dizer, o burguês livre do controle ou impedimento públicos. Neste sentido é que entenderam o homem comum, deixando a grande maioria fora de seu alcance. Para os iluministas, a plenitude da pessoa se dava com o domínio sobre as coisas, com o ser proprietário. A liberdade dos modernos, ao contrário dos antigos, é concebida como não impedimento. Livre é quem pode deter, gozar e dispor de sua propriedade sem impedimentos, salvo os ditados pela ordem pública e os bons costumes, sem interferência do Estado.⁵⁹⁴

As primeiras constituições, portanto, nada regularam sobre as relações privadas, cumprindo sua função de delimitação do Estado mínimo. Ao Estado coube apenas estabelecer as regras do jogo das liberdades privadas, no plano infraconstitucional, de sujeitos de direitos formalmente iguais, abstraídos de suas desigualdades reais. Consumou-se o darwinismo jurídico, com a hegemonia dos economicamente mais fortes, sem qualquer espaço para a justiça social. Como a dura lição da história demonstrou, a codificação liberal e a ausência da constituição econômica serviram de instrumento de exploração dos mais fracos pelos mais fortes, gerando reações e conflitos que redundaram no advento do Estado Social.⁵⁹⁵

Em verdade, houve duas etapas na evolução do movimento liberal e do Estado liberal: a primeira, a da conquista da liberdade; a segunda, a da exploração da liberdade⁵⁹⁶.

Como legado do Estado liberal, a liberdade e a igualdade jurídicas, apesar de formais, se incorporaram ao catálogo de direitos das pessoas humanas, e não apenas dos sujeitos de relações jurídicas, e nenhuma ordem jurídica democrática pode delas abrir mão. Os Códigos cristalizaram a igualdade formal de direitos subjetivos, rompendo a estrutura estamental fundada no *jus privilegium*, nos locais reservados às pessoas em razão de suas origens.

O esgotamento de tal modelo estatal se deu com o advento da Primeira Guerra Mundial e os horrores de um massacre que dizimou grande parte da população europeia no início do século XX. Preconizou-se então a necessidade de um Estado forte, diferente daquele *Estado Mínimo* que foi incapaz de assegurar os ideais de liberdade e igualdade defendidas pelos teóricos liberais burgueses.

Além disso, a ideologia liberal proporcionou uma exploração do homem pelo homem, sem precedentes na história, fortalecendo de tal sorte as lutas sociais que exigiram a

⁵⁹⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Fundamentos do Direito Privado*, trad. Vera Maria Jacob de Fradera, São Paulo, Ed. Ver. dos Tribunais, 1998, p. 253.

⁵⁹⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis, *idem opt. Cit.* 1998.

⁵⁹⁶ LOBO, Paulo Luiz Netto. *O Contrato – Exigências e Concepções Atuais*, São Paulo, Saraiva, 1986, p.11; Hannah Arendt sublinhou que o liberalismo, não obstante o nome, colaborou para a eliminação da noção de liberdade no âmbito político (*Entre o Passado e o Futuro*, São Paulo, 1979, p. 188-220).

materialização dos direitos, denominados de segunda geração, ou seja, os direitos sociais nos textos constitucionais.

Circunstanciado, de um lado, pela pressão das massas em busca do reconhecimento de novos direitos e pela presença do operariado como ator político engendrado pela Revolução Marxista, e, de outro, pela própria demanda de adoção de uma gradatividade de políticas intervencionistas voltadas para proteção do capitalismo, cabe ao Estado a responsabilidade pela ampliação da base de emprego, pelos investimentos no processo de crescimento, pela política distributiva destinada a assegurar um mínimo social de acordo com a riqueza produzida, e, ainda, pela substituição do mercado na provisão de direitos sociais em graus de universalização cada vez mais acentuados. O próprio Estado induz a lógica estrutural de apropriação da produção social pelo capitalismo e, como contraponto, proporciona o reinvestimento de lucros, com vistas ao aumento da capacidade produtiva e de financiamento do bem-estar, sustentando, também, o chamado capitalismo de Estado, nas versões do socialismo e das sociais democracias, entre outros⁵⁹⁷.

Deve-se ressaltar que esta passagem do pré-moderno para o moderno representa, paralelamente, a destruição e o renascimento triunfante do jusnaturalismo como crença ilimitada na capacidade da razão. Os sistemáticos do Jusnaturalismo não estavam presos ao texto positivado do direito previamente existente, assim, segundo nexos de coerência entre premissas e normas superiores, era creditada à força racional toda a formulação do direito, suprimindo do fenômeno a temporalidade, vendo-o como um objeto fenomenicamente perceptível.

Nas Palavras de Ferraz Jr., é a obra de Gustav Hugo, que:

estabelece as bases para a revisão do racionalismo a-histórico do Jusnaturalismo, desenvolvendo metodicamente uma nova sistemática da ciência do direito, onde a relação do direito com a sua dimensão histórica é acentuada, antecipando-se, desta forma, aos resultados obtidos pela Escola Histórica do Direito⁵⁹⁸.

O que é legal? Por que é que aquilo que é tido como legal, é legal? E como o legal se tornou legal? São as três perguntas que Gustav Hugo vê como básicas para estabelecer o direito. Estas três questões, segundo o autor, correspondem a enfoques diferentes deste “fenômeno”: a primeira diz respeito à “dogmática jurídica”, a segunda à “filosofia do direito” e a terceira à “história do direito”. Nesta esteira de pensamento, o aspecto temporal delas é

⁵⁹⁷ PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito Adquirido e a ordem pública: Segurança Jurídica e Transformação Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey. 2005. p.22

⁵⁹⁸ HUGO, Gustav *apud* FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Conceito de Sistema no Direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: Revista dos Tribunais e Universidade de São Paulo, 1976, p. 24. (sic)

importante. Assim, as duas primeiras perguntas dizem respeito ao presente, e a terceira ao passado. A primeira e a última envolvem historicidade, enquanto a segunda configura-se universalista e a-histórica. Assim a tripartição pode se transformar em bipartição. A dogmática se une à história sendo uma dogmática-histórica que, mesmo fazendo referência ao presente, tem elementos do passado, sendo “a continuação desta com outros instrumentos”⁵⁹⁹.

Essa concepção histórica sobre a sistemática jurídica, faz com que o direito perca, até certo ponto, nesse momento, seu caráter lógico dedutivo. O conceito historicista foi ainda melhor desenvolvido por Savigny, que traz para o direito um certo caráter contingente que ameaça sua estrutura sistemática⁶⁰⁰.

Com a crise de tal modelo estatal e o surgimento de um capitalismo monopolista, bem como do aumento das demandas sociais e políticas, além da Primeira Guerra Mundial, desembocou-se no que se denominou de Constitucionalismo Social e na reformulação do modelo estatal.

7.2. PARADIGMA DO ESTADO SOCIAL

Segundo Cattoni de Oliveira, a sociedade de massa conflituosa, dividida em vários grupos, classes e facções em disputa, cada qual buscando seus interesses, impôs ao Estado a proposição de um novo paradigma, diferente do Estado Liberal, neutro, distante dos conflitos sociais, mas um Estado que se assume como agente conformador da realidade social e que busca, inclusive, estabelecer formas de vida concretas, impondo pautas públicas de vida boa⁶⁰¹. O Estado Social, que surge após a Primeira Guerra Mundial e se afirma após a Segunda Guerra Mundial, intervém na economia através de ações diretas e indiretas, visando a garantir o capitalismo através de uma proposta de bem-estar que implica em uma manutenção artificial da livre concorrência e da livre iniciativa, assim como a compensação

⁵⁹⁹ *Apud* FERRAZ JR., *Conceito de Sistema no Direito*, 1976p, p.25

⁶⁰⁰ Savigny formula a teoria da substituição das leis como fontes originárias, não pela percepção intuitiva simplista da história, mas pelo *Volksgeist*, que dá sentido a uma *organização dinâmica* dos institutos do direito formulados ao longo da história. Assim, apesar de uma certa irracionalidade inicial ameaçadora do sistema, não podemos confundir a concepção definitiva de Savigny com uma concepção irracionalista. Pois que a historicidade dinâmica dos institutos se assentava numa conexão espiritual de tradição, considerando o desenvolvimento dos tais institutos não como fenômeno social propriamente dito, mas como formulação de juízes, professores e jurisconsultos. (LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2000, pp. 9-19.)

⁶⁰¹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. P. 59

das desigualdades sociais através da prestação estatal de serviços e da concessão de direitos sociais.

Houve uma ampliação e uma redefinição dos chamados direitos de primeira geração – vida, liberdade, propriedade, segurança e igualdade – fenômeno que se denominou de materialização dos direitos.

Bernardo A. Fernandes assim exemplifica:

A igualdade, por exemplo, assume uma conceituação material, não bastando que estivesse garantido apenas no sentido da igualdade de todos perante a lei (não importando quão desiguais fossem os sujeitos de direitos), mas se asseverando a antiga noção de que se devem tratar desigualmente os desiguais, na medida em que estes se desigualam. Temos, também, nesse momento, o surgimento dos chamados Direitos de Segunda Geração, (os Direitos Sociais).⁶⁰²

Dessa concepção política de Estado Social decorre a relativização da dicotomia do Direito; a divisão público-privado passa a ter cunho meramente didático: todo direito é público, oriundo de um Estado superior, conforme sustenta Hans Kelsen. Este Estado confunde-se com o público, e a ele cabe prover todas as necessidades.

Ressalte-se que, nessa concepção, não ocorre a superação do jusnaturalismo, mas uma “estilização”⁶⁰³ da idéia de sistema jusnaturalista no direito, que em nada difere da idéia jusnaturalista de outrora. O que ocorre na verdade é que há uma nova dualidade entre uma concepção orgânica (baseada nos institutos) e mecânica (numa volta ao método lógico), que termina por funcionar como a única forma de se interpretar as construções do direito positivo. Neste sentido, é sutil, mas eficaz, a observação que faz Larenz acerca da sistemática da jurisprudência dos conceitos, derivada da obra de Savigny, identificando um elemento jusnaturalista na concepção do fundamento do sistema de institutos, que se basearia numa idéia de sujeito de direito delimitada pela idéia de liberdade positiva de Kant⁶⁰⁴.

Puchta, discípulo de Savigny, realizou, como leciona Larenz, a fundação da legitimidade da dogmática, transformando o conceito de povo, com toda sua significação sócio-histórica, em um simples pressuposto epistemológico, como convicção de legitimidade, sendo legitimação e eficácia dadas pela crença na validade⁶⁰⁵. Desta forma a História destruiu a história, pois foi através das especulações deste historicismo⁶⁰⁶ que se percebeu que a própria evolução histórica do direito se fundou numa ciência dogmática. Em resumo, aquilo

⁶⁰² ALFREDO FERNANDES *Idem opt. Cit.* 2003.

⁶⁰³ Sobre essa “panacéia” vide PEREIRA LEAL, Rosemiro. *Teoria Geral do Processo*. 2005, p. 28-34

⁶⁰⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa Calouste Gulbenkian, 2000, p. 25.

⁶⁰⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa Calouste Gulbenkian, 2000, p. 74.

⁶⁰⁶ Sobre esse assunto vide ainda POPPER, Karl. *A miséria do historicismo*.

que a razão representava para os jusnaturalistas, na história passou a ser, para a dogmática, seu fundamento⁶⁰⁷.

Maria Helena Diniz entende como:

Nexo, uma reunião de coisas ou conjuntos de elementos, e método, um instrumento de análise. É o aparelho teórico mediante o qual se pode estudar a realidade. É, por outras palavras, o modo de ver de ordenar, logicamente, a realidade, que, por seus atributos (que constituem seu repertório), relacionados entre si, conforme certas regras (estrutura do sistema), que variam de concepção a concepção.⁶⁰⁸

Nesse panorama, a estrutura da Constituição passa então a ser essencialmente positiva, prescrevendo programas políticos, definindo procedimentos e estruturando competências que antes não eram de sua alçada:

Assim, todo o direito público, imposição de um Estado colocado acima de uma sociedade, de uma massa amorfa, carente de acesso à saúde ou à educação, massa pronta a ser moldada pelo Leviatã onisciente sobre o qual recai essa imensa tarefa. O Estado subsume toda dimensão do público e tem que prover os serviços inerentes aos direitos de Segunda Geração à sociedade, como saúde, educação, previdência, mediante aos quais alicia clientela.⁶⁰⁹

O Estado social, no plano do direito, é todo aquele que inclui na Constituição a regulação da ordem econômica e social. Além da limitação ao poder político, limita-se o poder econômico e se projeta para além dos indivíduos a tutela dos direitos, incluindo o direito ao trabalho, à educação, à cultura, à saúde, à seguridade social, ao meio ambiente, todos com inegáveis reflexos nas dimensões materiais do direito civil.

A ideologia do social, traduzida em valores de justiça social ou distributiva, passou a dominar o cenário constitucional do século XX. A sociedade exige o acesso aos bens e serviços produzidos pela economia. Firmou-se a *communis opinio* de que a solidez do poder residiria, substancialmente, no econômico e, relativamente, no político. Daí a inafastável atuação do Estado, para fazer prevalecer o interesse coletivo, evitar os abusos e garantir o espaço público de afirmação da dignidade humana. Nem mesmo o fenômeno do neoliberalismo e globalização, que agitou o último quarto do século, abalou os alicerces do Estado social, permanecendo cada vez mais forte a necessidade da ordem econômica e social, inclusive com o advento de direitos tutelares de novas dimensões da cidadania, a exemplo da legislação de proteção do consumidor.

⁶⁰⁷ “A Crise da razão, com a negação da racionalidade, alastrou-se pelo Ocidente, que mal percebeu que, se não deu respostas adequadas a seus problemas, o fato não poderia ser tributado à razão, mas às finalidades que foram dadas a seu uso, eleitas pelos próprios homens.” (GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Belo Horizonte: AIDE. 1996, p. 10.

⁶⁰⁸ DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. São Paulo: Ed.Sraiva.4a.ed. 2001, p.8

⁶⁰⁹ CARVALHO NETTO, Menelick de. *Requisitos Pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. Revista de Direito Comparado, v. 3. Belo Horizonte: 1999.

O Direito passa a ser interpretado como sistema de regras e princípios otimizáveis, consubstanciadores de valores fundamentais, bem como de programas realizáveis no limite do possível⁶¹⁰.

Enquanto o Estado e a Sociedade mudaram, alterando substancialmente a Constituição, os códigos civis continuaram ideologicamente ancorados no Estado liberal, persistindo na hegemonia ultrapassada dos valores patrimoniais e do individualismo jurídico.

A estrutura codificada do ordenamento jurídico, que vê a ordem jurídica como completa, não contraditória, sem lacunas ou antinomias, impõe ao juiz uma rígida submissão ao exercício jurisdicional que subsume o fato à norma. E, por conta disso, o Judiciário acaba se transformando no único órgão estatal constrangido a decidir⁶¹¹.

Por uma lado, o sistema jurídico constrange o juiz a decidir, com base em seu fechamento operacional, reforçando a imagem do Judiciário como *bouche de la loi*; de outro lado, há uma evidente maximização do dogma da completude do ordenamento, garantindo, assim, a abertura do sistema jurídico a uma infundável série de demandas do ambiente, outorgando, então, ao judiciário a tarefa de ser intérprete, criador e construtor do Direito⁶¹².

Conforme ensina Menelick de Carvalho Netto⁶¹³, o juiz, neste modelo constitucional, não pode ter a sua atividade reduzida a uma mera tarefa mecânica de aplicação da lei. A hermenêutica jurídica exige métodos mais sofisticados, capazes de desvincular o sentido da lei da vontade subjetiva do legislador. O trabalho do juiz já tem que ser visto como algo mais complexo a garantir as dinâmicas e amplas finalidades sociais que recaem sobre os ombros do Estado.

Coaduna com tal entendimento Rosemiro Pereira Leal, ao afirmar:

ao Estado Social de direito (*Welfare State*) interessam as lacunas da lei para o juiz livremente decidir habilidosamente em parâmetros de conveniência (*Common Law*) os conflitos que possam colocar em desequilíbrio o sistema social a ser mantido em suas bases de tradição e autoridade.⁶¹⁴

⁶¹⁰ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. P. 59

⁶¹¹ “Nos limites da lei e observadas as regularidades procedimentais, tanto o legislador quanto o administrador podem ou não aprovar uma lei ou optar por uma política administrativa. Diferentemente da decisão legislativa ou administrativa – que, em diversos casos, não precisa necessariamente ser tomada – a decisão judicial é uma imposição do sistema jurídico. O legislador e o administrador podem se omitir da decisão (ainda que as consequências dessa omissão sejam implacáveis). Mas o juiz não tem alternativa. Deve necessariamente decidir, por uma coação do sistema jurídico. Não há fatos ou ausência de fatos sobre os quais o juiz não possa decidir. No Judiciário, excluídos os casos de transação, não existe a ‘não-decisão’.” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad. 2002, p. 34)

⁶¹² CAMPILONGO. *Política, Sistema jurídico e decisão judicial*. 2002, p. 35

⁶¹³ CARVALHO NETTO, Menelick de. *Idem opt. Cit.* 1999.

⁶¹⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

Luhmann descreve, então, o papel assumido na atividade Jurisdicional, pelos Tribunais, como paradoxal, pois transforma a proibição da denegação de justiça em formulação de um direito, ou seja, coação em liberdade, apresentando o sistema como autopoietico, fechado em sua completude operacional e aberto a responder a todas as demandas⁶¹⁵.

No início da década de setenta, a crise do paradigma do Estado social começa a se manifestar com grande intensidade. Aquele que deveria ser o *cidadão* se tornou *cliente* do Estado. “A grande promessa era, sem dúvida, reduzir as desigualdades, gerando cidadania. A verdade é que este modelo gerou tudo, menos cidadania”.⁶¹⁶

Não fosse isso, as grandes crises econômicas colocaram em xeque a racionalidade objetivista dos tecnocratas, bem como a oposição antitética entre a política e a técnica, sendo que o Estado interventor de bem-estar se transformou em empresa acima das outras empresas. Com o advento das sociedades hiper-complexas e com a extrema fluidez das relações voltou-se a discutir a relação público/privado.

... A relação entre o público e o privado é novamente colocada em xeque. Associações da sociedade civil passam a representar o interesse público contra o Estado privatizado ou omissor. Os direitos de 1ª. Geração e 2ª. Geração ganham novo significado. Os da primeira são retomados como direitos (agora revestidos de uma conotação sobretudo processual) de participação no debate público que informa e conforma a soberania democrática de um novo paradigma, o paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito e seu Direito participativo, pluralista e aberto.⁶¹⁷

É por essas, dentre outras razões, que se desenvolveu um novo conceito que tenta conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, no qual estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social. Esta é a terceira fase do Estado moderno.

⁶¹⁵ LUHMANN, Niklas. *A posição dos tribunais nos sistema jurídico*, in Revista Ajuris, nº.49, 1990, p. 163

⁶¹⁶ A. FERNANDES. *Idem opt. Cit.* 2003.

⁶¹⁷ CARVALHO NETTO, Menelick de. *Idem opt. Cit.* 1999.

7.3. PARADIGMA DO ESTADO PROCESSUAL (DEMOCRÁTICO DE DIREITO).

Há que se deter na formulação do paradigma suposto e positivado pela Constituição de 1988, com vistas à determinação de seu verdadeiro sentido, o que só pode ser apreendido a partir da análise do elemento peculiar que dá origem à sua conformação, qual seja, a democracia. Contudo, a tematização do conceito oferece aos estudiosos muitas dificuldades, conforme revela Menelick de Carvalho Netto:

Democracia é uma dessas palavras que em nosso cotidiano consideramos óbvias e, exatamente porque óbvia, terminamos por não problematizá-la, supondo que todos atribuímos naturalmente a esse vocábulo o mesmo conteúdo semântico. Quando tematizada, no entanto, como ocorre com todos os termos pragmaticamente considerados óbvios sem que reflitamos sobre eles, ela se revela um imenso problema, uma vez que, no nível discursivo da linguagem, não há qualquer acordo acerca de sua significação, de seu conteúdo de sentido⁶¹⁸.

O problema fundamental da democracia, com a formação do Estado Moderno, sempre foi um assunto discutido pelos mais nomeados pensadores; contudo, no último *quartel* do século XX, passou a ser discutida em termos de operacionalidade. Sobre essa matéria, Carvalho Netto registra:

Carl Schmitt dizia que, na verdade, se nos voltarmos para a história, poderemos ver claramente que a democracia é um regime político e um idéia de origem grega e que, na essência, configura-se precisamente como o regime que vivencia ou a idéia que afirma a identidade entre governante e governado, aquilo que hoje denominamos democracia direta. O governo representativo, ao contrário, é uma invenção burguesa bem mais recente, que encontra suas origens nas assembleias medievais das castas, os chamados Estados Gerais. Na própria Revolução Francesa, se prestarmos atenção na luta entre os jacobinos e girondinos, veremos que, no terreno da organização política, a distância entre as duas facções podia ser medida, sobre tudo, de um lado, pela defesa intransigente da democracia por parte dos jacobinos que condenavam veementemente o governo representativo (Rousseau afirmara que, ao contrário do que acreditavam os ingleses, no dia em que um povo se dá representantes ele não é mais um povo livre) e, de outro, pela defesa inexpugnável do governo representativo por parte da gironda, a acreditar absolutamente inviável em nossa sociedade a democracia por razões estruturais⁶¹⁹.

Tem-se arraigada a idéia de que a democracia se relaciona, ou deve relacionar-se, com o vocábulo *povo*, o que, de resto, se deduz da própria etimologia da palavra e da prática democrática do poder, como bem nota Friedrich Muller:

⁶¹⁸ CARVALHO NETTO. In MAUES (Org.) *Constituição e democracia*. P. 220.

⁶¹⁹ CARVALHO NETTO. In MAUES (Org.) *Constituição e democracia*. P. 217

O termo ‘democracia’ não deriva apenas etimologicamente de ‘povo’. Estados democráticos chamam-se governos ‘do povo’ [*‘Volks’herrschaften*]; eles se justificam afirmando que em última instância o povo estaria ‘governando’ [*‘herrscht’*]. Todas as razões da crítica da democracia dependem desse ponto de partida⁶²⁰

Nesse ponto, o próprio constitucionalista alemão ressalva o conteúdo do símbolo semântico (palavra) “*povo*”, que é uma palavra manipulável, ou seja, uma palavra gorda, como alhures enunciado.

No Estado Moderno há uma tensão entre o fato de o Direito ser imposto de cima para baixo, por um aparato estatal, e a exigência de uma legitimidade fundada na autodoação do próprio direito, ou seja, é o requisito de que as pessoas se sintam co-autoras das normas que as regem. Essa tensão inafastável, inerente o Direito moderno, exige que mesmo ditaduras empreguem justificações discursivas do tipo da elaborada por Carl Schmitt. Por isso mesmo, o povo como legitimação, esse povo compacto, esse povo em bloco, pode prestar-se a usos retóricos bastante perigosos. No entanto, toda essa discussão levou mesmo, como disse Friedrich Muller, à clara noção de que povo é o resultado de todo um processo de institucionalização⁶²¹

Povo, na teoria política e constitucional, não é um conceito descritivo, mas claramente operacional. Por isto mesmo, é notável a variedade de noções desenvolvidas ao longo da história para apropriação do objeto, o que torna mais complexa a tarefa de assentamento de um conceito adequado.

... o povo não é apenas – de forma mediata – a fonte ativa da instituição de normas por meio de eleições bem como – de forma imediata – por meio de referendos legislativos; ele é de qualquer modo o destinatário das prescrições, em conexão com deveres, direitos e funções de proteção. E ele justifica esse ordenamento democrático à medida que o aceita globalmente, não se revoltando contra o mesmo⁶²².

Diante disso, Muller se propõe a estudar o conceito de *povo* sob diversos pontos de vista, em perspectiva de complementariedade de sentidos, para visualização da idéia contemporânea de democracia; assim, analisa a expressão segundo quatro vetores de pesquisa diferentes, que se relacionam, em último grau, com o problema da legitimidade.

Müller descreve as seguintes categorias: *o povo ativo*, aquele entendido como certo número de eleitores que, em determinados períodos, são chamados a “escolher” seus representantes, participando dessa classificação somente aqueles que gozam do atributo da nacionalidade; aquele que se apresenta como *instância global de atribuições de legitimidade*, que permite ao sistema jurídico-político produzir normas de observância obrigatória; o que se

⁶²⁰ MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. P. 47

⁶²¹ CARVALHO NETTO, Menelick de. In MAUES (Org.). *Constituição e democracia*. P. 218-219.

⁶²² MÜLLER. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. p.42.

apresenta como ícone, figuração que favorece a exaltação das qualidades do povo mediante processo demagógico, que reduz os argumentos verossímeis a mera retórica justificadora dos objetivos estatais e que, por isto mesmo, representa obscurecimento do problema da legitimidade; e aquele *destinatário de prestações civilizatórias do Estado*, expressão que designa todos aqueles que, localizados em determinado território, devem ter assegurados seus direitos fundamentais e humanos, independentemente de cidadania ativa ou qualquer outro requisito formal⁶²³.

Deve-se ressaltar que cada um desses grupos corresponde a determinada parcela da população estatal, conforme conclui:

O *povo icônico* refere-se a ninguém no âmbito do discurso de legitimação. [...] O *povo como instância de atribuição* está restrito aos titulares de nacionalidade, de forma mais ou menos clara nos textos constitucionais; o *povo ativo* está definido ainda mais estreitamente pelo direito positivo (textos de normas sobre o direito a eleições e votações, inclusive a possibilidade de ser eleito para diversos cargos públicos). Por fim, ninguém está legitimamente excluído do *povo-destinatário*; também não v.g. os menores, os doentes mentais ou as pessoas que perdem – temporariamente – os direitos civis⁶²⁴.

O conceito de *povo*, portanto, é algo artificial, complexo, encontrável apenas pela via do empirismo e que, às vezes, chega a ser termo prescritivo, o que não significa, na sua visão, que não deva ser levado a sério. Ao contrário:

O discurso de legitimação de uma democracia não só obriga a mesma a ser democrática no seu conteúdo – abstraindo do fato de que o significado desse adjetivo ‘democrático’ pode ser matéria de grandes controvérsias. Ele deveria sobretudo realizar também no seu próprio procedimento o que designa, deveria, portanto, ser correlativamente estruturado, i.e: não formular afirmações em bloco, que se imunizam contra a discussão, não apresentar-se qual dedução cogente, não falar por intermédio de resultados antecipados. Muito pelo contrário, a legitimidade – como também a normatividade jurídica – é um processo e não uma substância, uma essência ou mesmo uma qualidade de textos⁶²⁵.

Como consequência disso, verifica-se que o problema da democracia deve ser repensado a partir da noção de *povo*, e não apenas em termos de técnica de representação e legislação. O conceito de *povo* não pode ser compreendido como abstração útil, mas sim como figuração e fator determinante da realidade, processualmente elaborada⁶²⁶.

Confortante é a lição de Pereira Leal ao afirmar que:

Ao povo, num Estado democrático de direito, não cabe mobilizar-se para conferir maiores poderes ao Judiciário com vistas a realizar *justiça*, porque a democracia não se apóia na taumaturgia do reforço ao idealismo mítico, mas no indubitável

⁶²³ MÜLLER. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. p.42-48.

⁶²⁴ MÜLLER. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. p.79-80

⁶²⁵ MÜLLER. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. p. 107.

⁶²⁶ MÜLLER. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. p. 11-112.

asseguramento, numa proposição consitucional explícita, do *devido processo* como forma isonômica de inserção imperativa do julgador como um dos elementos figurativos procedimentais, em conjunto com as partes, na rede discursiva da normatividade procedimental, a fim de se buscar uma *decisão* preparada pelo pelo compartilhamento estrutural de todos os figurantes do processo, segundo o modelo do *due process of law* que é o instrumento de legitimidade (relativização argumentativa) dos conteúdos da *decidibilidade* no direito democrático.⁶²⁷

Assim, Müller prepara o campo para poder afirmar de forma categórica que: “Democracia significa direito positivo – o direito de cada pessoa” e a razão disso está em que ela pressupõe, além da base normativa, nexos legitimador entre a organização da liberdade e a da igualdade de cada indivíduo, de modo a garantir-lhe tratamento de membro do povo, tendo este como instância de legitimação, a justificar a concepção daquela, para além da estrutura normativa textual, como nível de exigências positivas.

A democracia moderna avançada não é simplesmente um determinado dispositivo de técnica jurídica sobre como colocar em vigor textos de normas; não é, portanto, apenas uma estrutura (legislatória) de textos, o que vale essencialmente também para o Estado de Direito. [...] A democracia avançada é assim- e nesse sentido ela vai também um bom pedaço além da estrutura de meros textos – um nível de exigências, aquém do qual não se pode ficar – e isso tendo em consideração a maneira pela qual as pessoas devem ser genericamente tratadas nesse sistema de poder-violência [Gewalt] organizado (denominado ‘Estado’): não como subpessoas [Unter-Menschen], não como súditos [Untertanen], também não no caso de grupos isolados de pessoas, mas como membros do Soberano, do ‘povo’ que legitime no sentido mais profundo a totalidade desse Estado⁶²⁸

O Direito positivado visa a assegurar aos destinatários a segurança jurídica pela previsibilidade das normas a serem aplicadas no caso concreto. Neste contexto, bem observa André Cordeiro Leal:

A legitimação, como adiante se verá, não mais passa somente pela observância formal dos procedimentos legislativos ou pela competência dos órgãos criadores dos textos legais, mas da efetiva participação democrática na elaboração desses textos e na prolatação das decisões aplicadoras dessas normas aos casos concretos.⁶²⁹

Nessa fase, o público não pode ser reduzido ao estatal e o privado como o reino do egoísmo⁶³⁰. O espaço público deve complementar o privado e vice-versa.

Segundo Lênio Streck:

... diferente dos paradigmas anteriores, o Estado Democrático de Direito carrega em si um caráter transgressor que implica agregar o feito incerto da Democracia de

⁶²⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da decisão jurídica*. 2002, p. 136.

⁶²⁸ MÜLLER. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. p.114-115.

⁶²⁹ CORDEIRO Leal, André. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 38

⁶³⁰ CARVALHO NETTO, Menelick de. *A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da constituição*. Fórum Administrativo. 2001

Direito, impondo um caráter reestruturador à sociedade e, revelando uma contradição fundamental com a juridicidade liberal a partir da reconstrução de seus primados básicos de certeza e segurança jurídicas, para adaptá-los a uma ordenação jurídica para a garantia/implementação do futuro, e não para a conservação do passado. Nesse sentido, pode-se dizer que, no Estado Democrático de Direito, há um sensível deslocamento da esfera de tensão do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário.⁶³¹

Habermas conceitua o Estado Constitucional como “uma ordem política livremente estabelecida pela vontade do povo de modo que os destinatários das normas legais podem, ao mesmo tempo, se reconhecer como os autores da lei”.⁶³²

O juiz, ao aplicar a jurisdiicionalidade, está confirmando a existência do próprio Estado, porque:

se o Estado se configura como instituição, o poder de mando em dado território não prescinde do Direito para fazer com que os demais elementos que compõem a ossatura do Estado sejam implementados. Estado e Direito, pois, passam a ser complementares e interdependentes.⁶³³

Vê-se então que a existência do próprio Estado Democrático de Direito está ligada diretamente à integridade do Direito⁶³⁴, que resulta de uma interpretação, não sistemática ou teleológica, mas sistêmica, ou seja, do sistema jurídico-legal como um todo.

Habermas adverte que:

Se sob condições de um mais ou menos estabilizado compromisso relativo ao Estado de Bem-estar Social, quer-se sustentar não somente um Estado de Direito mas também um Estado Democrático de Direito, e, assim, a idéia de auto-organização da comunidade jurídica, então não se pode manter a visão liberal de constituição como uma ordem-quadro que regule essencialmente a relação entre administração e cidadãos. O poder econômico e a pressão social necessitam ser conformados pelos meios do Estado de Direito não menos que o poder administrativo. Por outro lado, sob as condições de pluralismo societário e cultural, a constituição deve também não ser concebida como uma ordem jurídica concreta que imponha aprioristicamente uma forma de vida total à sociedade. Ao contrário, a Constituição estabelece procedimentos políticos de acordo com os quais os cidadãos possam, no exercício de seu direito de autodeterminação, com sucesso, buscar realizar o projeto cooperativo de estabelecer justas (i. e. relativamente mais justas) condições de vida. Somente as condições procedimentais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do Direito promulgado.⁶³⁵

Esse posicionamento de Habermas já sofre algumas críticas na própria Alemanha, por Apel⁶³⁶, e, no Brasil, por Pereira Leal, pois:

⁶³¹ STRECK *apud* LOUREANO, *Idem opt. Cit.* 2001.

⁶³² HABERMAS *Idem opt. Cit.* 1995.

⁶³³ STRECK *apud* LOUREANO, *Idem opt. Cit.* 2001..

⁶³⁴ DWORKIN. *Op. Cit.* 110

⁶³⁵ HABERMAS *Idem opt. Cit.* 2001.1997.

⁶³⁶ Sobre o tema vide: APEL, Karl-Otto; et al. *Com Habermas Contra Habermas*. São Paulo: Landy e BOUCHINDHOMME, Christian. *A origem da controvérsia entre Apel e Habermas: uma briga de família*. In ROCHLITZ, Rainer. *Habermas: o uso público da Razão*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro: 2005

Percebe-se que a fundamentação ética (histórica) ou a fundamentação dita racional (moral-principiológica), em HABERMAS, está a exigir suporte jurídico-normativo porque o *agir* só se legitimaria pela universalização do *modelo legal* de produção constitucional plebiscitária e da aplicação do direito e não pela visão pessoal das individualidades sobre um direito teorizado que suscitasse confirmação ou correção pela sensibilidade ou adequabilidade judicante adjacente aos conteúdos da lei. No direito democrático os princípios concorrentes de atuação do agir são conjecturáveis a partir da lei e não apesar da lei, daí a regência do *due process* no eixo construtivo da constituição formal de direitos fundamentais. Nenhum sistema jurídico, ao contrário do que imaginam DWORKIN, RAWLS E GÜNTHER, adquire integridade, equidade ou adequabilidade pelos conceitos de justiça, igualdade e imparcialidade advindos do julgador, de vez que, no Estado de Direito Democrático, é o POVO que faz e garante as suas próprias conquistas conceituais pelo *processo constitucional* legiferante do que é devido (garantido, assegurado), não o juiz que é funcionário do POVO. O juiz não é construtor do direito, mas concretizador do ato provimental de encerramento decisório do *discurso estrutural* do procedimento processualizado pelo *due process* democrático em suas incidências substancial (substantiva) de garantias implantadas constitucionalmente e procedimental (procedural) do modo adequado de aplicação constitucionalmente assegurado.⁶³⁷

Essa é a razão da inter-relação entre os ramos do Direito, seja o público interferindo no privado, seja o privado interferindo no público, mas este entendimento é novo para o Direito brasileiro, e só agora começa a ser utilizado no direito civil brasileiro. Nos países europeus, este entendimento é utilizado a mais de cinquenta anos.⁶³⁸

Ao longo de sua história no mundo romano-germânico, o direito infraconstitucional, em especial o Direito civil, sempre foi identificado como o *locus* normativo privilegiado do indivíduo. Assim sendo, nenhum ramo do direito era mais distante do Direito Constitucional do que ele. Em contraposição à constituição política, era cogitado como constituição do homem comum, máxime após o processo de codificação liberal.

Segundo Lôbo⁶³⁹, a lenta elaboração das legislações infraconstitucionais, destacando-se a Civil e a Processual, vem perpassando a história do direito romano-germânico há mais de dois mil anos, parecendo infenso às mutações sociais, políticas e econômicas. Parecia que as relações jurídicas interpessoais não seriam afetadas pelas vicissitudes históricas, permanecendo válidos os princípios e regras imemoriais, pouco importando que tipo de constituição política fosse adotada.

Os estudos mais recentes dos civilistas têm demonstrado a falácia dessa visão estática, atemporal e desideologizada do direito civil e processual civil brasileiro. Não se trata,

⁶³⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo e Hermenêutica Constitucional a partir do Estado de Direito Democrático*. Revista de Direito da Faculdade de Ciências Humanas – FUMEC, v.3. Belo Horizonte: 2001.

⁶³⁸ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. Aula ministrada no Curso de Pós-Graduação “*Lato sensu*” do Curso de Direito Processual Constitucional do Centro Universitário Izabela Hendrix. 2003.

⁶³⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. <www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em 13 de ago. 2002.

apenas, de estabelecer a necessária interlocução entre os variados saberes jurídicos, com ênfase entre o direito privado e o direito público, concebida como interdisciplinaridade interna. Pretende-se não apenas investigar a inserção do direito processual ou do direito civil na Constituição jurídico-positiva, mas os fundamentos de sua validade jurídica, que dela devem ser extraídos.⁶⁴⁰

Diz o citado autor que, na atualidade, não se cuida de buscar a demarcação dos espaços distintos e até contrapostos. Antes havia a disjunção; hoje, a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil e processual. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre).

O Direito Processual sempre serviu, desde seus primórdios, como “instrumento” da atividade Jurisdicional; no mesmo incorria o Direito Civil, que devido à sua gênese romanística, sempre forneceu as categorias, os conceitos e as classificações que serviram para a consolidação dos vários ramos do direito público, inclusive o constitucional. Agora, segue os demais, lado a lado, na mesma sujeição aos enunciados consagrados na Constituição. Daí a necessidade que sentem os civilistas e processualistas do manejo das categorias fundamentais da Constituição. Sem elas, a interpretação dos Códigos e das leis civis e processuais desvia-se de seu correto significado⁶⁴¹.

Resta claro que a questão colocada pela história é uma: como trazer validade à faticidade do “mundo vivido”, sem subjugar o imanente pela vontade solipsista dos prolores dos provimentos estatais.

Pereira Leal, com base em Fazzalari e Baracho, introduz a noção de uma estrutura técnica legal (procedimento), que deve ser subjugada a uma concepção teórica regente Constitucionalizada (Processo). Esta teoria, tratada pelo autor brasileiro, propicia como será demonstrado posteriormente, uma fiscalidade plena dos provimentos, estabilizando (pelo contraditório) e propiciando uma discursividade ampla (ampla defesa) pelos interessados em igualdade de oportunidade e armas (isonomia).

Habermas, por sua vez, se pronuncia a favor de uma estrutura previamente legalizada, irrestritamente pública, na qual os interessados possam participar discursivamente da conformação e produção daquele provimento. Isso leva a concluir, como fez Fazzalari hoje, pronunciando-se por um Paradigma Processual do Estado, paradigma este que tira a validade

⁶⁴⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis, *idem opt. Cit.* 1998.

⁶⁴¹ SEGURADO, Milton Duarte. *Direito Romano. 1ª. ed.* São Paulo: Julex, 1989.

do ato, de um ato legitimamente eficaz construído de forma precedente, encadeando uma estrutura própria, construída em contraditório, pelas partes legitimadas para ação.

O paradigma que será examinado aqui, é, a meu ver, o que deve ser acolhido. Além da vigência positiva, que nós da área não quereremos certamente negligenciar, isso devido à sua racionalidade interior (critério de preferência, credo, se o irracional for colocado sob controle). Sem negar que a história caminha, esse modelo admite os valores fundamentais do nosso ordenamento – e, com eles, a todos aqueles que deles dependem: conseqüentemente a todo o ordenamento – de evoluir, sem ser obliterado e modificado; de modificar-se, mantendo seu núcleo incorrupto, isso é ao longo de uma trajetória assinalada por nossa escolha original. Agregarei aqui, que tal paradigma, na medida em que permite aos valores positivos viver e durar, supera, no concreto, a antinomia que se insinua em todos os valores: para os quais eles são, sim, históricos e factuais, mas devem, numa sociedade dada, servir de crítica dos valores, isso é dos critérios duráveis do ordenamento do agir. Mas há uma outra característica que dota este paradigma, e o impõe: e é a processualidade, a realização do trabalho da Corte constitucional mediante processo, isso é, no contraditório dos (uma parte representada dele) interessados e contra-interessados, conseqüentemente *coram populo* e com sua participação. Ocupei-me demasiadamente, num primeiro momento, em torno da categoria do processo, porque impõe aqui outros discursos. Arriscarei sozinho, mas fora de qualquer esquematização historicista, a tarefa que a história quer – ou quer também – contínuo contraditório, conseqüentemente processo, para a convalidação dos valores: consistindo como o anteriormente colocado, na continuação da convivência.⁶⁴²

Dessa forma, acatando os ensinamentos destes juristas, verificar-se-á que o paradigma atual, deve pressupor um procedimento que se estrutura pela vontade dos interessados (partes), no qual a discursividade em contraditório propicie esgotamento argumentativo (alcançável pela razão discursiva) que traga validade ao provimento emanado do Estado (Consenso).

Cumpra salientar que esse é o paradigma constitucionalmente adotado pelo Estado democrático brasileiro, e que ele como “processo” constante, impõe e necessita de reflexão e teorização dos atos emanados do Estado sob esta nova perspectiva, propiciando uma

⁶⁴² FAZZALARI, Elio. *Conoscenza e Valori*. Saggi. 2ª. Ed. G. Giappichelli editore: Torino. 2004, p. 34 – Tradução livre do original: “Il paradigma fin qui esaminto, è, a mio avviso, da accogliere. Oltre che la vigenza positiva, che noi del mestiere non vorremo certo trascurare, esso ha dalla sua la intima razionalità (critério da preferire, credo, se l’irrazionale va tenuto sotto controllo). Senza negare che la storia cammina, quel modello consente ai valori fondamentali del nostro ordinamento – e, con essi, a tutti quelli che ne dipendono: dunque a tutto l’ordinamento – di evolversi, senza essere obliterati e stravolti; di cambiare restando incorrotti nel loro núcleo, cioè lungo una traiettoria segnata dalla nostra scelta fondante. Aggiungerei, qui, che nel paradigma, in quanto consente ai valori positivi di vivere e durare, supera, nel concreto, l’antinomia che insidia tutti i valori: per cui essi sono, sì, storici e fattuali, ma devono, nella società data, servire appunto da valori, cioè da criteri durevoli di orientamento dell’agire. Ma c’è un’altra caratteristica che dota quel paradigma, e lo impone: ed è la processualità, lo svolgersi dell’opera della Corte costituzionale mediante processo, cioè nel contraddittorio di (una parte deputata degli) interessati e controinteressati, quindi *coram populo* e con la sua partecipazione. Mi sono affacciato fin troppo, prima d’ora, intorno alla categoria del processo, perchè infligga qui altri discorsi. Azzarderei solo, ma al di fuori di qualsiasi schematizzazione storicistica, l’assunto che la storia sia – o sia anche – continuo contraddittorio, dunque processo, per la convalidazione di valori: consistendo la posta nella continuazione della convivenza.”

resistência à “falseabilidade”⁶⁴³, que se dá pela verificação da implementação de direitos fundamentais, incluindo nestes, os princípios institutivos do processo⁶⁴⁴ no provimento final, seja ele jurisdicional ou não. Esta proposição processualmente adequada de uma revisitação do funcionamento jurisdicional perpassa, como dito alhures, por um resgate da cidadania, por via das garantias constitucionais e processuais⁶⁴⁵, que lhe são inerentes.

Não obstante e diante das reformulações teóricas propostas por Gadamer, Kuhn e Popper, pode-se verificar que a atividade interpretativa, como toda atividade humana, possui uma dimensão histórica (datada, não historicista), pois os resultados alcançados são sempre contingentes e refutáveis, haja vista que os dados dos quais derivam são também contingentes, sendo obtidos por meios sujeitos a mudanças, sendo portanto qualquer discurso, inclusive o jurídico, histórico e relativo, o que, conforme leciona Fazzalari, gera a necessidade contemporânea de teorizar e sistematizar, mas não como formação de dogmas, pois a medida de qualquer estrutura atual de conhecimento, ou seja, sistema, pretende corresponder à realidade, sob pena de carência de “*validità*” teórica e operativa.

Na esteira deste pensamento, a “tradicional” distinção entre sistemas intrínsecos (próprios dos objetos ordenados) e extrínsecos (elaborados pelo observador), perde fundamento, na medida em que: “*ogni sistema è estrinseco, ma formato sulla base di caratteristiche essenziali dei suoi elementi oggettivi*”⁶⁴⁶. Na atualidade, a teoria dos sistemas, com cunho sociológico, não pode mais entender a tradição por sistema, tal como apresentado por Canaris, mas, antes, como entende Fazzalari:

*Il sistema è, insoma, una struttura razionale, usata pro tempore per conoscere e per operare, cioè per la formazione dell’esperienza (teoria e prassi, in moto circolare). La sua costituzione e il suo impiego involgono gli strumenti della ragione: la logica assiomatica (sistema assiomatico) o quella argomentativa (sistema tópico), o l’una e l’altra, in interdependenza (sistema aperto).*⁶⁴⁷

Não obstante todo o trabalho teórico realizado por grandes nomes do pensamento moderno, passado e contemporâneo, o conceito de sistema que nos interessa, pode ser descrito como um complexo de elementos ou componentes direta ou indiretamente (efeitos das

⁶⁴³ POPPER, Karl S. *A lógica das ciências sociais*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1978.

⁶⁴⁴ PEREIRA LEAL. Rosemiro. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy. 2002.

⁶⁴⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral da Cidadania: A plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva. 1995.

⁶⁴⁶ FAZZALARI. *Op. Cit.*, p. 32. Traduzido livremente como: “Todo sistema é extrínseco, mas formado sobre a base das características essenciais dos seus elementos objetivos”.

⁶⁴⁷ FAZZALARI. *Op. Cit.*, p. 32, nota de rodapé nº. 83. *traduzido livremente como*: “o sistema é, assim, uma estrutura racional, usada *pro tempore* para conhecer e para operar, isto é para a formação da experiência (teoria e prática, em modo circular). A sua constituição e o seu emprego envolvem os instrumentos da razão: a lógica assiomática (sistema assiomático) ou aquele argomentativo (sistema tópico), ou a uma e a outra, em interdependência (sistema aberto).

relações diretas) relacionados numa rede causal, de tal forma que cada componente se relaciona pelo menos com alguns outros, de modo mais ou menos estável, dentro de determinado período de tempo, e no qual todas as totalidades isomorfas pertencentes a um tipo são consideradas como um e o mesmo sistema. A série de relações entre os elementos representa a estrutura de um sistema, sendo que do ponto de vista da teoria da informação, a estrutura de um sistema é a ordenação pela qual a complexidade se transforma em ordem gerando legitimidade.

Pois, como afirma Aroldo Plínio Gonçalves:

No Direito Processual atual, concebido como sistema normativo, o processo já não pode ser reduzido a uma mera legitimação pelo procedimento, não porque se devam dispensar as formas, mas porque o processo já não é mais apenas um rito para justificar uma sentença. A estrutura jurídica que permitiu o desenvolvimento do conceito de processo construído sobre o contraditório é resultado de muitas conquistas históricas. O procedimento desenvolvido em contraditório entre os interessados na decisão final construiu-se não como uma forma de participação dos jurisdicionais para justificar um ato imperativo final do Estado, mas como garantia de participação dos detentores de interesses contrapostos, em simétrica paridade, para interferir na formação daquele ato.⁶⁴⁸

Esse conceito de sistema nos apetece, pois os componentes normativos (materiais e processuais, formais e de conteúdo), na estrutura procedimental processualizada formam um microssistema decisório, que se legitima progressivamente até a prolação da decisão discursivamente elaborada pelos sujeitos processuais, chegando-se, assim, ao conceito democrático de provimento.

Outrossim, os componentes (elementos) formadores do sistema, pelas formas de contato estabelecidas, podem ser relativamente simples e estáveis, ou complexos e mutáveis; podem variar em apenas uma ou duas propriedades ou assumir muitos estados diferentes. Isto no campo da Ciência do Direito pode ser facilmente vislumbrado pelos ensinamentos de Fredrich Muller, através da distinção das palavras gordas e magras, ou seja, significantes com muitos significados e as outras, por sua vez com significado restrito e específico. Como exemplo, pode-se citar os significantes *Povo* e *Democracia*, que, conforme os ensinamentos do constitucionalista alemão, são palavras gordas.

Não fosse essa definição de sistema, aqui adotada, a organização e formação dos mesmos é importante, haja vista a necessidade de verificação da sua interrelação com os demais elementos que não o compõe, ou seja, o meio, os demais sistemas e, ao se falar de microssistemas, com o próprio sistema.

⁶⁴⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*, p. 181

Com efeito, torna-se claro que não se pode estabelecer, nessas concepções, uma divisão nítida entre as coisas que são e as coisas que não são sistemas; assim reconhece-se, de certo modo, graus variáveis de sistematicidade⁶⁴⁹. A Teoria Geral dos Sistemas assenta-se em conceitos razoavelmente intuitivos e simples. Cada sistema é composto por subsistemas ou componentes e está integrado num macro-sistema.

O todo formado por um sistema é superior à mera soma das partes que o constituem. Chama-se a este conceito de *holismo* e resulta das sinergias que se estabelecem entre os vários subsistemas. Cada sistema transforma *inputs* em *outputs*, numa relação dinâmica com o ambiente. A permeabilidade das fronteiras determina a profundidade desta relação. Num sistema, a entropia (desordem) pode ser reduzida e mesmo transformada em neguentropia (estrutura-ordenada), quando a ordem aumenta dentro do sistema. Cada sistema aberto pode encontrar estados de equilíbrio com o respectivo ambiente. Esse equilíbrio pode resultar de um estado de máxima entropia, que significa a “morte” do sistema, ou de um equilíbrio dinâmico. Cada sistema está permanentemente a receber os resultados das suas ações. Chama-se a isso retroacção ou *feedback*, e pode ser positivo (quando está no “caminho certo”) ou negativo (quando se desvia do percurso que tinha sido traçado). Um sistema pode ter múltiplos objetivos. Cada um dos seus componentes pode ter, legitimamente, os seus interesses específicos. Por outro lado, os sistemas abertos podem obter o mesmo resultado partindo de situações iniciais distintas, ao que se dá o nome de equifinalidade⁶⁵⁰.

Essa idéia dual da concepção de sistema é transplantada para a Ciência Jurídica e influencia toda a concepção jurídico-teórica, que é perpassada desde defensores como Savigny, Kelsen e outros e se enraiza em Bobbio, Luhmann e Habermas.

Contudo, as bases normativas, então, se estabilizam no paradigma de aplicação hermenêutica. A visão de mundo, então, passa a ser imprescindível para a solução da controvérsia e para a prolação da decisão. Assim a prolação da decisão há que ser um ato

⁶⁴⁹ A projeção desses graus de sistematicidade é algo que per se gera grandes dúvidas. Pois as substâncias e as entidades estudadas pelos vários ramos científicos, tais como: partículas, átomos, moléculas, sistemas solares, comunidades, sociedades, dentre outras. Assim, continuando a pensar em termos de substâncias reais, isso não parece fazer muito sentido, pois como haverá graus de substância? Mas se as substâncias ou entidades representarem sistemas cujas características ou propriedades se devem a uma organização particular de componentes de nível inferior, e admitindo graus variáveis de organização, desaparece o mistério, pois é a organização que deixa de existir ou que se forma. Sobre tal verificação vide a obra de BUCKLEY, Walter. *Sociologia moderna e teoria dos sistemas*. Tradução de Octavio Mendes Cejado. São Paulo: Cultrix, 1971, p. 69

⁶⁵⁰ Diz-se por esse termo o fato de um mesmo sistema produzir diferentes outputs e sistemas diferentes produzirem o mesmo output. essa posição de “perspectivista”, em oposição à perspectiva reducionista da física clássica. Os desdobramentos mais recentes mostram que leis e modelos representariam somente certos “aspectos relacionais da realidade” (BERTALANFFY. *Opt. Cit.* 1975, p. 239). Átomos e partículas estão longe de ser “blocos metafísicos constitutivos” de uma suposta realidade última, seriam apenas “modelos conceituais muito complicados, inventados para explicar certos fenômenos observados” (BERTALANFFY. *Opt. cit.* p., 130). O mesmo valeria para as diferentes teorias sistêmicas.

compartilhado. Donde necessário se faz a verificação de qual é o significado que vem sendo dado à esse “ato estatal”, para contrapô-lo ao paradigma vigente, constitucionalmente declarado.

8. O CONCEITO DE PROVIMENTO E A TEORIA DOS SISTEMAS.

A palavra provimento é derivada do latim *providere*, que significa: “perceber; descobrir antes; prever, pressentir, adivinhar, precaver-se contra, acautelar-se, prover a, olhar por, atender a que..., fazer provisões”⁶⁵¹. Na língua portuguesa advém do verbo prover e significa: “ato ou efeito de prover; provisão; cuidado; cautela; prudência”⁶⁵². Etimologicamente, provimento, no Direito, advém da palavra italiana *provvedimento* e significa: “Misura di previdenza, cautela preventiva: prendere un, disciplinare, punizione; atto con cui lo Stato esplica il suo potere.”⁶⁵³.

Ressalta-se que a tradução exata do termo para a língua portuguesa é difícil, o que pode ser visto pelas traduções que lhe são dadas⁶⁵⁴, o que dificulta, também, sua utilização plena no direito brasileiro.

Segundo leciona Aroldo Plínio, no plano jurídico: “é um ato do Estado, de caráter imperativo, produzido por seus órgãos no âmbito de sua competência, seja um ato administrativo, um ato legislativo ou um ato jurisdicional”⁶⁵⁵. De forma muito próxima ao autor brasileiro, Andolina e Vignera se pronunciam como sendo: “*ogni atto emanato da organo giurisdizionale in qualsiasi fase dell’esercizio del potere giurisdizionale*”⁶⁵⁶.

Para Enrico Tullio Liebman: “provimentos são as declarações de pensamento do juiz, expressas no exercício do poder [*potestà*] jurisdicional e pela forma determinada em lei: é justamente com a emissão dos provimentos que o juiz exerce o poder de que é investido”⁶⁵⁷.

Esclarece Carnelutti nesta mesma linha que:

A figura do juiz distingue-se das outras, não tanto porque só ele esteja provido de potestades, quanto pelo caráter superior das que lhe são atribuídas; seu ofício no processo se resolve, se não exclusivamente, sim predominantemente no exercício

⁶⁵¹ QUICHERAT, L. *Novissimo Dictionario Latino-Portuguez*. 3ª. Ed. Rio de Janeiro-Paris: Garnier.s.d., p. 973.

⁶⁵² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 3ª. Edição. São Paulo: Positivo.

⁶⁵³ ZINGARELLI, Nicola. *Vocabolario della lingua italiana*. 12ª. ed. Bologna: Gráfica Editoriale. 1997, p. 774.

⁶⁵⁴ Sobre o assunto vide: *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares* de Piero Calamandrei no qual o termo *provvedimenti* foi traduzido como *procedimentos*, o que sem sobra de dúvida deixa a obra sem o menor sentido em diversas passagens; Em *Direito Processual Civil* do mesmo autor o termo é traduzido como *providência*; Nas *Instituições do Processo Civil* de Carnelutti o termo é traduzido como *providência*.

⁶⁵⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 102-103.

⁶⁵⁶ ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, p. 173. traduzido livremente como: “todo ato emanado dos órgãos jurisdicionais em qualquer fase do exercício do poder jurisdicional”

⁶⁵⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Vol. 1. Trad. Cândido Rangel Dinamarca. Rio de Janeiro: Forense. 1984, p. 238.

delas. Entre suas potestades chama particularmente a atenção aquela que corresponde à autoridade da coisa julgada e à qual convém o nome de potestade jurisdicional; mas em um estudo completo não se deve considerá-la senão como uma espécie de um gênero mais amplo, cuja classificação se deve fazer considerando todos os tipos de processo; com efeito, não existe dúvida de que compete ao juiz potestades também no processo executivo, no processo cautelar e no processo voluntário⁶⁵⁸.

O que se ressalta dessa proposição de Carnelutti é um cisma irreconciliável entre autonomia privada e autonomia pública. Assim, aos atos terminativos das ações na esfera privada denomina-se de negócio jurídico (ato jurídico, na linguagem técnico-jurídica brasileira) e aos da esfera pública é dado o nome de provimento. Este é ato privativo na esfera judicial do “Estado-juiz”, haja vista suas potestades. Propõe então o autor a distinção entre potestades finais e potestades instrumentais; as primeiras são os provimentos de caráter final (injuncionais) e as segundas são ordens (ordenatórias). Consistindo um ato imperativo no exercício de uma potestade denomina-se tal ato como providência⁶⁵⁹.

No âmbito jurisdicional, por esta concepção, há uma distinção caracterizada por tarefas, ou seja: a atividade característica das partes é demandar e a atividade característica do órgão judicial consiste em prover, sendo que as demais atividades, escutar as partes, inspecionar e apreciar as provas, interpretar, caso necessário, não são mais do que atividades preparatórias de uma atividade final, que é prover⁶⁶⁰.

Nesse sentido leciona Carnelutti:

Um provimento jurisdicional compõe o litígio de pretensão discutida (supra, nº.124). E como a discussão da pretensão dá lugar a questões (supra, nº.127), o juiz as resolve ou as decide; daí que o provimento jurisdicional seja uma decisão (supra, nº. 92). Por sua vez, como a decisão é a um tempo a exposição e a imposição da opinião do juiz acerca das questões, recebe, geralmente, o nome de sentença. Veremos, além disso, que para regular o andamento do processo o juiz pode assim mesmo resolver questões e, portanto, adotar decisões, e inclusive que tais decisões possam ter a mesma forma do provimento jurisdicional, pelo que não são equivalentes os conceitos de provimento jurisdicional, de decisão e de sentença. O provimento jurisdicional é, de fato uma decisão, mas não qualquer decisão, mas unicamente a decisão sobre as questões do litígio.⁶⁶¹

⁶⁵⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Trad. Adrián Sotero De Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 343

⁶⁵⁹ CARNELUTTI. *Instituições do Processo Civil*, 2000, p. 484.

⁶⁶⁰ Esclarece Carnelutti que: “na linguagem usual, ‘prover’ significa, exatamente, fazer o que seja necessário. Portanto, o órgão judicial provê quando faz o necessário para a composição do litígio. Mas em acepção jurídica, prover não é um fazer qualquer, mas um fazer que se concretiza no exercício do poder: por exemplo, o secretário não provê quando redige um documento do processo, tampouco o oficial de justiça quando transmite ao juiz um objeto exibido pelas partes na audiência; mas é de fato um provimento a penhora ou a emissão do credor no imóvel que tenha de ser desalojado. Se os primeiros atos não forem provimentos e os segundo forem, isso obedece a que naqueles falta e nestes interpõe-se o exercício do poder.” (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 240)

⁶⁶¹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 242.

Em acepção técnica, a legislação italiana denominou “*provvedimenti*” os atos praticados pelos órgãos jurisdicionais, sendo que tais atos podem ser de três tipos: 1) a sentença; 2) a ordenação; e 3) o decreto (Código de Processo Civil italiano arts. 132, 134 e 135)⁶⁶². No Brasil, denominou-se de “atos do juiz” (Código de Processo Civil brasileiro art. 162).

Andolina e Vignera lecionam que *sentença* é o provimento decisório; a ordenação é aquela emanada do contraditório das partes, sendo o decreto ato de influência do julgador no andamento do processo, ou sobre a posição processual de uma parte.⁶⁶³

Notadamente, e apesar desta simples distinção apresentada pelo autor italiano, qual seja, quanto à forma, outro critério pode ser utilizado para sua determinação. Calamandrei informa que: “a providência jurisdicional pode ser considerada como tomando parte daquela sucessão de atos jurídicos coordenados (atos processuais) ‘que constituem o processo’; e, por conseguinte, a classificação das providências jurisdicionais pode ser feita baseada na posição que as mesmas ocupam no curso do processo.”⁶⁶⁴

Claramente Calamandrei propõe a verificação da classificação do ato provimental pelo efeito do mesmo no direito substantivo, ou seja: classificação segundo o conteúdo. Ele se detém nesta questão por uma verificação extremamente simples, a repercussão do provimento na esfera jurídica individual dos afetados. Ela modifica a realidade.

Assim, propõe a seguinte distinção: 1) provimentos de cognição ou declaratórios em sentido *lato*; e 2) provimentos executivos ou de execução forçada.

A primeira se dá pela constatação de que o elemento primordial de qualquer decisão é a declaração de “certeza”; ela se concentra na aplicação do direito, ou segundo o autor: “da confrontação entre uma norma jurídica já existente e certos fatos já ocorridos”. Assim, parte da premissa de que certo fato específico está regulado por um certo preceito jurídico individualizado (regra jurídica) e que o papel do juiz é o de se colocar “na posição do historiador que, indagando *a posteriori*, considera e põe em claro eventos já ocorridos e, como tais, já modificáveis”⁶⁶⁵. Mas esta verificação *per se* é falha, na medida em que, nem todos os provimentos se dão para o passado, ou por uma verificação apenas do passado, eles também

⁶⁶² Carnelutti explica que: “Na ordem técnica, o problema da forma das providências do juiz coloca-se assim: são necessários quanto a elas três tipos formais que vão descendo do tipo complexo ao simples; o mais complexo (sentença) deve ser adotado para as injunções do processo de cognição (decisões; supra nº.311), contencioso e definitivo; o tipo intermediário (decreto), para as decisões, menos importantes do processo executivo; o tipo mais simples (ordenação), para as ordens (supra, nº.203) pronunciadas em qualquer tipo de processo.” (*Instituições do Processo Civil*, 2000, p. 541)

⁶⁶³ ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, p. 173.

⁶⁶⁴ CALAMANDREI, *Direito Processual Civil*, p. 171.

⁶⁶⁵ CALAMANDREI, *Direito Processual Civil*, p. 172.

se projetam no futuro para modificar o existente. Daí propõe uma divisão dentro dos provimentos de cognição: a) de declaração de mera certeza; b) constitutivas; e c) de condenação⁶⁶⁶.

Essa distinção proposta por Calamandrei não é sem propósito, pois segundo se pode verificar cada um destes três tipos de provimento de cognição consiste numa posição que cada um assume para determinação da certeza, ou seja, há uma graduação da certeza jurídica no decorrer do processo.

Nesse sentido, afirma:

Este é efeito comum a todas estas providências; mas enquanto nas providências de tipo a) a declaração de certeza é fim em si mesma, e a observância do direito está suficientemente garantida com a individualização oficial e irrevogável do preceito primário, feita pelo juiz como conclusão do seu raciocínio, nas providências do tipo b) e de tipo c) a declaração de certeza constitui somente uma premissa para chegar à formulação de um novo mandato que nas providências de tipo b) serve para restabelecer, com a mudança jurídica que em virtude delas sem mais se opera, a observância do direito, enquanto nas providências de tipo c), serve, por sua vez, para abrir caminho em direção àquela posterior fase de execução forçada que é aqui indispensável para restabelecer plenamente a observância do direito. As providências de tipo a) e de tipo b) bastam, por si sós, para levar ao cumprimento prático a garantia da observância do direito (com a mera declaração de certeza, as segundas); as providências de tipo c), pelo contrário, são por si, insuficientes para tal finalidade e têm, por conseguinte, mais que outra coisa, uma futura eficácia preparatória da execução forçada.⁶⁶⁷

Não obstante, um outro tipo de provimento importa a esta forma de classificação, qual seja: os provimentos dispositivos, um *quartum genus*, pois se trata de um fenômeno totalmente distinto, que requer uma recolocação sistemática distinta. Assim, os provimentos dispositivos são aquelas decisões que o juiz pronuncia tomando como premissa maior do seu silogismo, não a lei já formulada, mas o critério que sua consciência lhe sugere como politicamente mais adequado às circunstâncias do caso concreto.

Esclarece Calamandrei que:

Estas providências chamadas dispositivas se contrapõem, como decisões de equidade às decisões de direito (*secundum ius*), e correspondem, como já se tem visto, à contraposição entre dois diferentes sistemas de produção jurídica que se chamam respectivamente formulação judicial e formulação legislativa do direito objetivo. Esta distinção entre pronunciamentos de direito e pronunciamentos de equidade (dispositivos) não podem ser consideradas no mesmo plano em que está colocada a divisão tripartida das providências de cognição anteriormente examinadas. As providências de declaração de mera certeza, ou constitutivas ou de condena, das quais tratamos a pouco, podem ser baseadas sobre premissas de direito,

⁶⁶⁶ Necessário ressaltar que esta classificação foi empregada num primeiro momento referindo-se à sentença. Contudo, como o próprio Calamandrei informa: “nós preferimos empregar uma denominação mais genérica porque podem existir providências de cognição dadas não em forma de sentenças (por exemplo, a condena em forma de decreto de *inyunción*, art. 663)” (CALAMANDREI, *Direito Processual Civil*, p. 172)

⁶⁶⁷ CALAMANDREI, *Direito Processual Civil*, p. 174.

ou melhor, sobre premissas de equidade; como, vice-versa, as providências dispositivas podem entrar, segundo as distintas conseqüências práticas que o juiz tira de suas premissas de equidade em qualquer dos três tipos antes considerados, que não podem ser considerados num paradigma único, senão que se intercalam sobre distintos planos conceptuais.⁶⁶⁸

É certo que os provimentos de equidade atormentavam os processualistas de outrora, o que gerou uma discussão a respeito do tema. Neste sentido também lecionou Carnelutti:

Também quando o juízo for de equidade (supra, nº.25), o juiz tem de buscar uma regra. Juízo de equidade não quer dizer juízo sem regra, porque em tal caso, não seria juízo; nem tão pouco juízo de acordo com uma regra forjada pelo juiz, que tão pouco seria juiz, porque a regra tem de preexistir ao juízo; e sim, unicamente, juízo de acordo com uma regra que pode ser buscada fora do Direito, ou melhor dizendo, sobre o Direito. A célebre fórmula segundo a qual a equidade e a justiça do caso singular se traduzem na adaptação da regra ao caso tal como se pode obter, precisamente, por meio da busca livre da regra. Assim sendo, estas regras não expressas na conduta dos homens, cuja existência é um pressuposto lógico da justiça, que não é mais do que conformidade da conduta com elas, não se revelam mais a não ser mediante essa aptidão de nosso espírito que chamamos sentimento de justiça, da mesma forma que sentimos que um objeto é belo ou feio. Daí que nos inclinamos a chamar justiça, não apenas à conformidade de uma conduta com tais regras, como também ao conjunto próprio dessas regras, que apenas se manifestam através do sentimento de tal conformidade.⁶⁶⁹

O que se vê em Carnelutti é uma proposta de duplicidade, pois a “justiça” da sentença de Direito e da sentença de equidade, são diversas e inversas. A primeira sendo adequada ao Direito e a segunda ao fato, o que resultará em modificação na sua forma de preparação. Os primeiros centrados no arcabouço de cultura jurídica, o segundo exige certa dose de sensibilidade.

Quanto aos provimentos executivos ou de execução forçada, verifica Calamandrei que nestes não há mais expressão de uma vontade, ou seja, formulação de um mandato, mas “teriam sempre e somente, o uso da força física para modificar materialmente, segundo esta vontade, o mundo externo”⁶⁷⁰.

Cumprе ressaltar que, mesmo vendo o caráter distinto destas formas de provimentos, tendo como critério seu conteúdo, outra forma ocorre a Calamandrei, pois nem sempre basta o uso da força para satisfazer o conteúdo do provimento cognitivo. Assim verifica que outra distinção se mostra necessária: 1) Provimentos principais; e 2) Provimentos acautelatórios. Contudo, segundo este autor, esta forma não pode ser considerada um *tertium genus* diferente dos provimentos de cognição e de execução forçada, “porque das providências cautelares podem derivar, segundo os casos, efeitos que, aplicando os critérios

⁶⁶⁸ CALAMANDREI, *Direito Processual Civil*, p. 175-176.

⁶⁶⁹ CARNELUTTI, *Sistema de Direito Processual Civil*, 2000, p. 245.

⁶⁷⁰ CALAMANDREI, *Direito Processual Civil*, p. 176.

precedentemente desenvolvidos, levariam a considerá-las como providências de cognição ou como providências executivas”⁶⁷¹.

Apesar da distinção dos tipos de provimento proposta por Calamandrei, uma coisa é certa em sua teoria: a decisão impõe o procedimento, ou seja, a jurisdição impõe o tipo de procedimento. Assim, todo provimento jurisdicional é uma decisão, pois “decidir é julgar, ou seja, extrair, de acordo com a estrutura de cada juízo, uma conclusão de duas premissas: uma regra e um fato. Toda decisão é decomposta nestes três elementos: premissa do Direito, premissa de fato, conclusão ou disposição”⁶⁷².

Para Carnelutti, os elementos de decisão ordenam-se pela posição da regra, fixação do fato e conclusão, não necessariamente nesta ordem, pois dependendo do caso, a primeira operação poderá ser a fixação do fato, pois a sua indeterminação impossibilita a aplicação da regra. A fixação do fato consiste então na reunião e na coordenação dos resultados da inspeção, da apreciação e, caso necessário, da interpretação das provas, chegando-se a afirmar que: “opera obra construtiva que exige paciência, tato, medida, rapidez e amplitude de observação. Geralmente, trata-se de refazer peça por peça um grande ou pequeno quadro, da maneira que é feito em certos jogos pedagógicos que todos lembramos”⁶⁷³.

Nessa acepção, o trabalho do juiz é um trabalho hercúleo, descrito assim:

Não hesito em colocar neste ponto uma dificuldade maior no trabalho do juiz, para cujo bom êxito é necessário uma vasta e sólida cultura jurídica: é mister que o juiz (e o advogado, antes que ele) saiba fazer o diagnóstico da situação que se lhe apresenta, recorrendo rapidamente com o pensamento na instituição jurídica que a regule, classificando e definindo com precisão, descobrindo o extremo transcendente, com freqüência oculto sobre aparências fugazes (*prova differentia facti inducit magna differentiam iuris*), empregando metodicamente os meios da jurisprudência teórica e forense. Não se incorre em pessimismo ao afirmar que com freqüência tal diagnóstico jurídico é omitido por juizes e advogados, que quase sempre, por falta de preparação adequada, preferem proceder empiricamente, com aproximações superficiais do caso por decidir, com respeito a outros já decididos, que são rebuscados com avidez nas coleções de jurisprudência, até que se encontre ou se acredite encontrar a *máxima* útil para resolver a controvérsia: mal costume de tramitação e de decisão imitativos, contra o qual é necessário reagir quantos tenham por ofício a educação dos praticantes do Direito.⁶⁷⁴

A parte dispositiva, conclusiva, na senda do que propõe Carnelutti, é produto de uma operação lógica elementar, qual seja, silogismo, que não oferece em si nenhuma

⁶⁷¹ CALAMANDREI, *Direito Processual Civil*, p. 177.

⁶⁷² CARNELUTTI, *Sistema de Direito Processual Civil*, 2000, p. 242.

⁶⁷³ CARNELUTTI, *Sistema de Direito Processual Civil*, 2000, p. 244.

⁶⁷⁴ CARNELUTTI, *Sistema de Direito Processual Civil*, 2000, p. 244-245.

dificuldade. Um *posterius* com respeito às premissas, que não influem sobre elas, mas delas vem determinada.

A fundamentação jurídica é assim debilitada pela necessidade de decisão, na medida em que a interpretação reconstrutivamente democrática do direito só se dá na premissa de decisão. As premissas de fato e de direito são relegadas a um ato de “colocação”, ou seja, elas são apenas postas no procedimento, cabendo única e exclusivamente ao juiz sua interpretação.

Nesse ponto uma dúvida intransponível se apresenta, na medida em que, se há uma cisão irreconciliável entre a autonomia privada e a pública, como propõe Carnelutti, aceita por Calamandrei e pelos demais instrumentalistas, a elaboração do ato, no âmbito privado, impõe ao procedimento uma reconstrução hermeneuticamente estruturada no seio da esfera pública, na medida em que foi realizado em outro âmbito. Não cabe ao juiz, assim, apenas por “premonição”, realizar tal tarefa.

No âmbito público, onde se dá legitimidade à faticidade pelo Direito, a própria interpretação deve se dar de forma compartilhada. A reconstrução do significado normativo, para aplicar a “melhor” norma ao caso concreto, não pode ser realizada apenas por um “homem”, ou por um “semideus”, como quer Dworkin com seu juiz ideal, mas só tem presteza se for feita compartilhadamente, pelo entrelaçamento de mundos da vida diferentes e divergentes. Daí, como foi e será visto, a necessidade do contraditório, da isonomia, da ampla defesa e do devido processo legal (entendido aqui como instituição)⁶⁷⁵.

No Direito brasileiro, o termo provimento é utilizado de forma restrita, significando apenas o exame de mérito de recurso interposto, formalmente válido, pois como leciona Barbosa Moreira: “Ao examinar o mérito do recurso, verifica o órgão *ad quem* se a impugnação é ou não fundada (procedente) e, portanto, se lhe deve ou não dar provimento, para reformar ou anular conforme o caso, a decisão recorrida”⁶⁷⁶.

Brêtas de Carvalho Dias afirma que:

... na tradição jurídica brasileira, provimento é expressão utilizada no sistema recursal, com o sentido de acolhimento do recurso. Assim, o Tribunal, após verificar a existência dos pressupostos de admissibilidade do recurso (conhecimento do recurso), lhe dará provimento, acolhendo-o e reformando o ato jurisdicional objeto

⁶⁷⁵ Sobre o devido processo legal vide os apontamentos feitos por BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. *As Reformas do Código de Processo Civil e o Processo Constitucional*, p. 229 in BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo; NEPOMUCENO, Luciana Diniz; et al. *Processo Civil Reformado*. Belo Horizonte: Del Rey. 2007.

⁶⁷⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil brasileiro*. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: 1977, p.188. vide ainda PEREIRA LEAL, Rosemiro. *Teoria da defesa no processo civil*: Revista da Faculdade Mineira de Direito. Vol.1, 1º. Sem., 1998, p. 65.

do recurso, ou lhe negará provimento, rejeitando o recurso e mantendo a decisão jurisdicional recorrida.⁶⁷⁷

É certo que hoje, após o movimento processual-constitucionalista, a doutrina brasileira, fortemente influenciada pela italiana, vem utilizando a expressão provimento com a acepção de “decisão jurisdicional” (veja-se o Código de Processo Civil, artigos, 14, V e 273, §2º, mencionando “provimentos mandamentais”, “provimentos finais”, “provimento antecipado”), passando a ter, tal vocábulo, portanto, dois sentidos⁶⁷⁸.

Verifica-se, assim, que o conceito de provimento cunhado por Carnelutti, Calamandrei e Liebman é decorrente da posição teórica na qual sustenta sua teoria, ou seja: Processo como relação jurídica, o que, como já demonstrado, vem propiciando uma distorção real no plano jurídico, na medida em que não atende mais aos clamores e à evolução das complexas sociedades modernas. Sobre isso Rosemiro Pereira Leal se pronuncia, haja vista que: “não há mais, com efeito, lugar para os que apregoam potestatividade, faculdade, poder, arbítrio ou discricionariedade para o órgão jurisdicional, já que este tem de atuar com rigorosa vinculação à principiologia do processo”⁶⁷⁹.

As expressões “dar” ou “negar” provimento são utilizadas de forma inapropriada, na medida em que entendem o Estado-juiz, como ser-tutor, protetor do “jurisdicionado” (cidadão), ante a incerteza do direito. Visto que mesmo quando se “nega” provimento, está o judiciário, através do órgão jurisdicional, a emanar um provimento, no sentido em que o termo foi originalmente cunhado.

O que se verifica é que não há no direito processual brasileiro uma preocupação teórica com o uso das expressões, o que acarreta por vezes retrocessos lastimáveis, como, por exemplo, o uso da expressão “sentença” para designar o ato decisivo final do procedimento, ao invés de acatar os ensinamentos de Calamandrei que há muito já a substituiu por uma mais ampla, ou seja: provimento⁶⁸⁰.

Sabe-se que a palavra sentença advém etimologicamente do latim *sententia*, *sentiendo*, gerúndio do verbo *sentire*, que significa: “sentimento, parecer, opinião, modo de ver, partido, projeto, desenho, desígnio, intento, resolução, vontade, desejo, parecer, aviso, sufrágio, decreto, pensamento, idéia, phrase, bello pensamento, sentido, significação,

⁶⁷⁷ BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional, p. 85 nota 59.

⁶⁷⁸ BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional, p. 85 nota 59.

⁶⁷⁹ PEREIRA LEAL, Rosemiro. *Teoria da defesa no processo civil*: Revista da Faculdade Mineira de Direito. Vol.1, 1º. Sem., 1998, p. 65.

⁶⁸⁰ Vide nota de rodapé nº.759, CALAMANDREI, *Direito Processual Civil*, p. 172.

sabedoria, opinião”⁶⁸¹; daí os processualistas brasileiros afirmarem que: *nela o juiz declara o que sente*. Salienta Liebman que se a palavra *sententia*, em si mesma quer dizer “opinião ou parecer”, tecnicamente passou a indicar “o ato final do processo”, mediante o qual o juiz formula seu juízo. É ele, então, um ato de autoridade, dotado de eficácia vinculativa, como formulação normativa do Estado para o caso submetido a julgamento⁶⁸².

Ora, nessa concepção desgarrada de qualquer balizamento teórico, produtiva ainda é a discussão sobre ser a “*sententia*” ato de “vontade” ou de “inteligência” do juiz⁶⁸³.

A utilização de escopos metajurídicos que fundamentam tal discussão é inadmissível no atual estágio civilizatório, pois afinal:

A admissão de escopos metajurídicos da jurisdição e do processo pressupõe, necessariamente, a existência de três ordens normativas distintas: a jurídica, a social e a política. Os escopos metajurídicos só poderiam ser entendidos, portanto, como escopos pré-jurídicos. Seria possível pensar-se logicamente nessa fase pré-jurídica em relação aos momentos de transformação, que preparam o advento de uma nova ordem jurídica. No momento que antecede a cristalização dos valores que serão acolhidos pelas normas, das ideologias que constituirão o conteúdo das normas, pode-se, por certo, pensar em escopos metajurídicos que serão postos no ordenamento jurídico pela norma que funda toda sua legitimidade.⁶⁸⁴

Isso porque se faz uma distinção entre “Tutela jurisdicional” e “Jurisdição”. Neste ponto, fica claro que esta antiga distinção, na qual a jurisdição tutelaria os direitos que não agem por si só, mas a todo instante necessitam de serem tutelados (algo que advém da proposta kelseniana de que pela negação da norma atua o direito, pela formula “senão A, deve-ser B”), no atual momento civilizatório, de complexidade e pulverização das visões de mundo, torna-se inaceitável do ponto de vista prático-teórico, não passando de um remendo para uma cicatriz que não cessa de sangrar, que quando não realiza atropelamentos históricos, desemboca em atrocidades.

O Provimento estatal, nas complexas sociedades modernas, pulverizadas e descentradas, não pode ser exarado de forma monológica, ou solipsística, dependente de convicções ideológicas de um único “EU”, mas “gerado na liberdade de participação recíproca, e pelo recíproco controle dos atos do processo”⁶⁸⁵ pelas pessoas que sofrerão os efeitos de tal ato, fazendo com isso, que cada sujeito se sinta autor da normatividade vigente.

⁶⁸¹ QUICHERAT, L. *Novíssimo Dicionario Latino-Portuguez*. 3ª. Ed. Rio de Janeiro-Paris: Garnier.s.d., p. 1086.

⁶⁸² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Vol. 1. Trad. Cândido Rangel Dinamarca. Rio de Janeiro: Forense. 1984, p. 242.

⁶⁸³ CARREIRA ALVIM, *Teoria Geral do Processo*, p. 285.

⁶⁸⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*, p. 182

⁶⁸⁵ GONÇALVES, *Técnica Processual e Teoria do Processo*, p. 188.

Não fosse isso, essas posições não resistiriam, sequer, às críticas elaboradas por Dworkin, quanto ao positivismo e ao juízo de equidade, que busca fora do direito a resposta adequada. Assim, o direito perde seu caráter de integridade, pois as respostas já se encontram prontas e quando não estão prontas são construídas pela sensibilidade do juiz, caindo, assim, na armadilha do fingimento dos juizes ou na do caso limítrofe.

Contra isso, Fazzalari, assim como Dworkin, se levanta:

*La tentazione di “creare” fingendo d’“interpretare” si fa più forte nei periodi di “crisis del diritto”, [...] ma deve igualmente – o a più forte ragione – essere esorcizzata, incanalando per le vie istituzionali il bisogno di un nuovo diritto: pena il graduale, ma definitivo sovvertimento della convivenza. Né può dirsi che il giudice sia costretto ad un’attività creativa quando si tratti di colmare “lacune”. Fermo che, nella realtà, i grandi ordinamenti, se non sono, completi, tendono all’completezza, [...] cio fermo, la ipotesi di vera e propria lacuna extrasistemica non impegna, né consente di per sé all’interprete di “farsi legislatore”. Anche in tale ipotesi, o egli a tanto è abilitato dalla legge (così nell’ordinamento elvetico, il quale contiene una “norma di chiura” in tal senso); oppure non lo è, ed allora non può procedere ad alcuna integrazione.*⁶⁸⁶

Provimento, seguindo a esteira do pensamento de Calamandrei e Carnelutti, como um conceito mais amplo, teórico-científico, não técnico-distintivo, abrange qualidades outras que a mera especificação de “ação” de alguém (*in casu* o julgador). Merece, assim, acompanhar a (re)evolução da teoria do Direito e da teoria do Processo.

⁶⁸⁶ FAZZALARI, *Instituzioni*, 2001, p. 403. Traduzido livremente como: “A tentação de ‘criar’ fingindo ‘interpretar’ se faz mais forte nos períodos de ‘crise do direito’ [...] mas deve igualmente – ou com maior razão – ser exorcizada, canalizando pelas vias institucionais a necessidade de um novo direito: sob pena de gradual, porém definitiva subversão da convivência. Nem se pode dizer que o juiz seja obrigado a uma atividade criativa quando se trate de preencher ‘lacunas’. Afirmo que, na realidade, os grandes ordenamentos, se não são completos, tendem à completude [...] afirmando isso a hipótese de verdadeira e própria lacuna extra-sistemática não leva, nem permite, por si, ao interprete ‘fazer-se legislador’. Mesmo em tal hipótese, ou ele para tanto foi habilitado pela lei (assim no ordenamento helvético, o qual contém uma ‘norma específica’ nesse sentido) ou mesmo não o é, e então não pode proceder a nenhuma interpretação.

8.1. A REFORMULAÇÃO DO CONCEITO DE PROVIMENTO E SUA INCLUSÃO NA ESTRUTURA PROCEDIMENTAL.

Neste ponto, é inadmissível a proposta de Cândido Rangel Dinamarco de manter no centro do sistema jurídico a jurisdição, rejeitando a proposta de Fazzalari e de Habermas de substituí-la pelo Processo⁶⁸⁷.

Pois, se o “*giurisdicere*”, em sentido estrito, significa dar vida a uma medida jurisdicional, tais como as tipificadas pela lei, não podemos relegar a uma posição subjacente os atos que preparam o provimento e o âmbito em que estes são construídos. Nem tão pouco relegar à mediocridade os atos que constroem e precedem o provimento jurisdicional “verdadeiro e próprio”⁶⁸⁸.

Nesse sentido, leciona Aroldo Plínio Gonçalves:

16. Enquanto não se podia pensar a função jurisdicional com a participação das partes na fase de preparação da sentença, a reflexão jurídica se ateve à missão do juiz, e projetou nele a grande esperança de se retificarem as injustiças do Direito positivo. 17. Com as novas conquistas do Direito, o problema da justiça no processo foi deslocado do “papel-missão” do juiz para as garantias das partes. O grande problema da época contemporânea já não é o da convicção ideológica, das preferências pessoais, das convicções íntimas do juiz. É o de que os destinatários do provimento, do ato imperativo do Estado que, no processo jurisdicional, é manifestado pela sentença, possam participar de sua formação, com as mesmas garantias, em simétrica igualdade, podendo compreender por que, como, por que forma, em que limites o Estado atua para resguardar e tutelar direitos, para negar pretensos direito e para impor condenações.⁶⁸⁹

Aqui, a distinção incongruente entre “Tutela Jurisdicional” e “jurisdição” não tem mais serventia, na medida em que são a mesma coisa. A eficácia dos provimentos jurisdicionais não é “dada” pela normatividade positivada e esgotada em si mesma, mas pelo resultado próprio da esfera substancial desenvolvida na jurisdição⁶⁹⁰.

Fazzalari, então, diante de sua proposta teórica, inclui o provimento como ato terminativo da estrutura procedimental, fazendo dele parte integrante desta, donde se

⁶⁸⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4ª. Ed. São Paulo: Malheiros, p. 60. Neste sentido leciona Fazzalari: “*Pertanto, lo studio della giurisdizione (e, così, di quella civile) deve far peno sul processo. Il processo è la sola struttura nella quale, e in virtù della quale, i vari aspetti di quell’attività fondamentale possono essere coerenzianti ed ordinati: con un cambiamento, ma, a mio avviso, con un progresso rispetto ai precedenti sistemi, fondati sull’“azione” e sul “rapporto giuridico processuale”. Sono, questi, concetti di matrice pandettista, elaborati, e utilizzati a fini ricostruttivi sotto la suggestione delle categorie civilistiche e della ritenuta dipendenza del processo dal diritto soggettivo; ma da abbandonare, e non da oggi, perché superati e inidonei.*” (FAZZALARI, *Instituzioni*, 2001, p. 103)

⁶⁸⁸ No sentido de intersubjetivamente construído e aceito dialogicamente.

⁶⁸⁹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 195

⁶⁹⁰ FAZZALARI, *Instituzioni*, 2001, p. 118.

depreende uma distinção entre atos preparatórios e atos finais. Estes podem ser conceituados como aqueles atos que mesmo pertencendo ao processo o concluem, ou seja: quase em sua totalidade provimentos; e aqueles, como sendo os que conduzem o processo ao final, sendo representados pelas condutas dos sujeitos processuais.

Mas isso gera um influxo prático que projeta a eficácia do provimento para fora do procedimento, no patrimônio dos afetados, razão pela qual afirma Fazzalari:

*Per vero, non è fondato l'avviso che anche i provvedimenti di mérito restino nella gabbia del processo e che ocorra, quindi, un ponte per trasferire i loro effetti nel patrimonio dei litiganti; pretesa che é, a sua volta, legata all'antico, diffuso, ma errôneo assunto che la sentenza civile consista in un accertamento, e che tiri in ballo la "cosa giudicata come veicolo dell'efficacia della sentenza fuori del processo"*⁶⁹¹

Isso porque uma das características do provimento é a produção de eficácia fora do procedimento, ou seja, na esfera substancial dos participantes do processo⁶⁹².

Assim, para Fazzalari, os provimentos são emanações dos órgãos públicos e, num aspecto mais amplo ainda, pode ser entendido como “negócio jurídico”, ou seja, vontades de cunho privado, pois num viés hermenêutico a interpretação normativa aplicada ao caso é dada pelas partes.

No sentido jurisidicional, o autor italiano distingue a formulação em sentido *lato* e *stricto*, pois há os provimentos que acolhem a demanda judicial ou a rejeitam e os que consistem em comandos que o juiz dá às partes e que desenvolvem eficácia diretamente no seu patrimônio, isto é, na esfera que a lei substancial incidiu previamente, mas não chegou a ser concretizada, ou seja, este sobrevém àquele originado da lei não observada. Mas é claro que, antes de emitir o provimento jurisidicional, o juiz deve verificar a própria legitimação ao provimento, para estabelecer se subsistem, no caso concreto, os pressupostos com os quais a norma determina sua própria conduta. Esta se dá, pela regularidade da estrutura procedimental, previamente construída, pelos atos processuais, em contraditório, criados até o momento.

O que se verifica com esta proposta de Fazzalari é a aproximação da esfera da autonomia pública, daquela da autonomia privada. Mas é algo que neste autor ainda se mostra como projeto, pois se verifica na obra fazzalariana que não foi desinvolvida uma discussão mais aprofundada sobre a legitimidade democrática adequada ao paradigma processual. Tanto

⁶⁹¹ FAZZALARI, *Instituzioni*, 2001, p. 118. Traduzido livremente como: “Por certo, não tem fundamento afirmar que também os provimentos de mérito retem presos na gaiola do processo e que seja necessário portanto uma ponte para transferir os seus efeitos ao patrimônio dos litigantes; afirmação que é, por sua vez, ligada ao antigo, difundido, mas equivocado entendimento de que a sentença civil consista em uma declaração e que produza a ‘coisa julgada’ como veículo de eficácia da sentença fora do processo”.

⁶⁹² FAZZALARI, *Instituzioni*, 2001, p. 353.

é que se fala em legitimidade passiva das partes à decisão, quando na verdade são as parte que constroem e fundamentam a própria decisão.

A passividade no estado de Direito Processual, como propõe Fazzalari em sua obra, não se opera nem quando do silêncio da parte, pois o que ocorre na verdade é o exercício do direito de calar-se, como parte do exercício de ampla defesa. Isto porque a discussão e construção do provimento já se deram anteriormente, no discurso de fundamentação e no processo legislativo, que, atribuindo direitos e deveres através da norma propicia, por meio do processo, a aplicação normativa, pelo próprio silêncio, possibilitando a geração (constução, consolidação) da estrutura no *iter* procedimental.

Outro ponto impositivo do paradigma do “Estado processual” é a determinação de que qualquer intérprete, dentre eles o juiz, que exorbitando seu “dever” de apreender a norma, arrogando-se a sua formação, utilizando para interpretação elementos axiológicos e teleológicos encontrados fora do ordenamento positivado (aspectos e elementos metajurídicos), como ato que se coloca fora e contra ao sistema jurídico (ordenamento jurídico total), comete ato de afronta à constituição e à democracia.

Neste sentido Pereira Leal afirma:

Já não é mais imaginável, na contemporaneidade, falar na interpretação jurídica fora da lei, embora não se exclua pensar o direito em seus aspectos legalizados ou não legalizados. Entretanto, a hermenêutica jurídica – é bom que se esclareça – é instrumentalidade interpretativa da aplicação do direito pela lei vigente, enquanto que a hermenêutica geral é técnica de pensar por lógicas ou metodológicas (metódicas) não voltadas exclusivamente ao Direito. É óbvio que a concretização do direito não é ato maiêutico do juiz, mas hermenêutico das partes a partir da procedimentalização argumentativa em modelo (escrito ou oral) autorizado pelo Devido Processo Constitucional na *intra* e *infraconstitucionalidade*.⁶⁹³

Cobra-se, pois, do juiz, no paradigma do “Estado Processual”, extremo rigor, lógico e argumentativo, apto a, discursivamente, “convencer” qualquer um, pela força do melhor argumento, da objetividade do resultado, pois o Estado-juiz, pela *iurisdictum*, é interlocutor da lei. O “provimento” torna-se, portanto, obra coletiva porque é submetido à recepção, à convalidação, ou mesmo à recusa dos intérpretes em geral⁶⁹⁴, pois “a existência de procedimentos regidos pelo processo, em contraditório, isonomia e ampla defesa é fator irreduzível de manutenção de uma ‘comunidade de intérpretes’ do ordenamento jurídico nas bases de produção e aplicação da lei”⁶⁹⁵.

⁶⁹³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 2005, p.72.

⁶⁹⁴ FAZZALARI, *Instituzioni*, 2001, p. 483.

⁶⁹⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 2005, p.73.

8.2. A RADICALIZAÇÃO DA DEMOCRACIA E A TEORIA DA PROVIMENTALIDADE.

O que se percebe pela evolução da teoria do procedimento, com as modificações e distinções introduzidas no último quartel do século XX, é que, enquanto sistema, o direito, ao se propor a solucionar os conflitos existentes na sociedade, criou uma imposição: alguém deve decidir! Este alguém, por conseguinte, deve ser uma pessoa extremamente hábil e capaz tecnicamente, para conseguir interpretar o sistema da “melhor forma possível”, por si só. Em consonância com este pensamento existem duas formas para se chegar à “melhor decisão”. 1) No modelo adotado pelas primeiras teorias do processo (Contrato; quase-contrato; e relação jurídica), as partes se colocam fora do microssistema procedimental, local onde o julgador está postado, recebendo as informações que lhe são convenientes para “melhor julgar” e “fazer” justiça. 2) Num segundo momento, há uma inversão deste posicionamento, ou seja, as partes se colocam dentro do sistema, mas expulsam o juiz; digladiam suas razões, num jogo de vida ou morte. O procedimento é assim um “coliseo da justiça”. Esta concepção está no medievo teórico processual (Situação Jurídica; Instituição jurídica; e algumas vertentes do Processo Constitucional – que vêem o Processo como instrumento da jurisdição).

O que se verifica em ambas as colocações, insuficientes para a atual contemporaneidade, é que lhes falta a mobilidade promovida pela tensão entre liberdade-igualdade, de modo que as partes e o julgador possam mover-se dentro e fora do microssistema procedimental, prejudicando a visão do *tertium non datur*. Esta “liberdade” promovida pela interação (tensão) com a igualdade, promove a possibilidade de estruturação de microssistemas decisórios compartilhados discursivamente.

Colocar um sujeito dentro do microssistema replicante da normatividade, encarcerando-o lá, e retirar os outros, não se mostra uma solução plausível, diante do grau de complexidade social e sistêmica. O que deve ser posto dentro desse microssistema é o Provimento. Aos sujeitos se resguarda a liberdade e a igualdade, para interagir, construir e verificar, processualmente, aquilo que foi construído. Daí a pertinência da assertiva de Pereira Leal: “É por isso que é inconcebível, no Estado democrático de direito, preconizar uma

decisão como ato ou sentença final de um órgão guardião, depositário ou tutor da Constituição ou do próprio sistema”⁶⁹⁶.

Desta forma, a antiga concepção da *communis opinio*, que advém da “*praxe*”, deve ser substituída pela idéia de “*direito vivente*”⁶⁹⁷, do conhecimento da norma, no sentido de que deve ter em conta a opinião dos outros e confrontá-la com a própria, mantendo a liberdade crítica e capacidade de modificar a *communis opinio*, haja vista sua incisão.

A integridade do direito, com vistas à uma integração social (sociedade política), não pode ser garantida pelo “poder” judiciário, de forma exclusiva, mas sim o oposto, ou seja de forma inclusiva, pois caso contrário negar-se-ia:

... o princípio discursivo da isonomia em seus conteúdos isegóricos (plenários) de isotopia, isomenia e isocrítica, mediante uma interpretação reducional (solipsista) da constituição por hermeneutas éticos de última trincheira e depositários dos valores comunitaristas desvinculados das estruturas procedimentais do *devido processo constitucional*⁶⁹⁸

Mas isso com a ressalva de que:

*È ovvio che il “diritto vivente” non costituisce, in sé, “fonte di diritto”, come se la norma non esistesse e fosse soppiantata dall’opinione prevalente intorno ad essa, e come se l’interprete che sopravvenga vi fosse vincolato. Insomma, il “diritto vivente” non è – com’è, invece, la norma – punto di partenza, sibbene traguardo da raggiungere, e non mai del tutto raggiunto, l’“opinione comune” (o prevalente) essendo mutevole nel tempo.*⁶⁹⁹

A força integradora do Direito nas sociedades democráticas, como propõe Habermas, que se verifica na medida em que os destinatários das normas se reconheçam, também, como seus autores, como dito alhures, só é acolhível num “espaço-jurídico processualizado (em conotações fazzalarianas e neo-institucionalistas) em que as decisões não seriam atos jurisdicionais de algum protetor ou mero provedor de procedimentos democraticamente constitucionalizados”⁷⁰⁰, mas atos construídos num microsistema procedimental replicador e constituidor de “ordem”, cujo provimento produzido está eminentemente aberto a todos os sujeitos que participaram desta construção e aos que não participaram.

⁶⁹⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da decisão jurídica*. 2002, p.130

⁶⁹⁷ Expressão, segundo Fazzalari, tornada usual na corte Constitucional, desde de 3 de abril de 1982. (FAZZALARI, *Instituzioni*, 2001, p. 406, nota 81).

⁶⁹⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da decisão jurídica*. 2002, p.133

⁶⁹⁹ FAZZALARI, *Instituzioni*, 2001, p. 406-407. Traduzido livremente como: “É óbvio que o ‘direito vivente’ não constitui, em si, ‘fonte de direito’, como se a norma não existisse e fosse suplantada pela opinião que prevalece em torno dela, e como se o intérprete que sobrevenha lhe fosse vinculado. Em resumo, o ‘direito vivente’ não é – como ao invés é a norma – ponto de partida, apesar da meta de atingir, e nunca de todo atingida, a ‘opinião comum’ (ou prevalente), sendo esta mutante no tempo.”

⁷⁰⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da decisão jurídica*. 2002, p.131

A norma, então, não pode ser algo deduzido do texto, como se estivesse fora de si mesma, mas induzida do texto para sua aplicação. O que se vislumbra nesta senda é uma divisão entre fato e norma, própria do direito na modernidade primeva: aplica-se a norma ao fato, ou como disse Carnelutti, fixa-se o fato para aplicar-se a norma, sendo a decisão uma atividade lógico-dedutiva desta confecção.

Ora, não atentou Carnelutti, e, por conseguinte, os demais instrumentalistas, para o fato de que, ao aplicar a norma, os sujeitos processuais (partes e juiz) se postam frente a um ordenamento por demais complexo, abstrato e geral. Assim, a aplicação da norma seria dada, em sede de declaração substancial, pela articulação de constatação de possibilidade de aplicação, começando por recorrer a outra norma, numa relação conjugada entre a “fatispécie abstrata” posta pela norma e a “fatispécie concreta” previamente declarada (pelos intentores da lide), em dedução de conseqüências coligadas pela norma à “fatispécie”. Esta aplicação consiste na inclusão do fato na fatispécie da norma substancial e, por conseguinte, na inversão do método de raciocínio de dedutivo para indutivo.

É claro que, numa visão abrangente, que toma por base as sociedades contemporâneas e os sistemas jurídicos complexos da atualidade, falar em indução pode parecer, de certa forma leviano, pois todas as críticas apresentadas pelos pensadores dedutivistas a esta forma de pensamento, e dentre eles citamos Popper, merecem maiores aprofundamentos.

A indução de que se fala aqui não pode ser uma indução simples, como método que se constata pelo aferimento repetitivo de fatos, mas sim como algo também complexo, gerado, como dito, da inclusão de deduções de fatispécies de tipos distintos. Fala-se aqui de indução, em termos de *inferencialismo*, como proposto por Robert Brandom, em seu “*Making it Explicit: reasoning, representing and discursive commitment*”⁷⁰¹.

Seguindo o pensamento de Brandom, discursividade racional pode se constituir, ao produzir conteúdo para conceitos, no processo lógico epistemológico de fundamentar e justificar ações.

Brandom explica que:

The master idea that animates this enterprise is that what distinguishes specifically discursive practices from the doings of non-concept-using creatures is their inferential articulation. To talk about concepts is to talk about roles in reasoning. ... My way of working out an expressivist approach is exceptionalist, focusing on the

⁷⁰¹ Que pode ser entendido como a proposta de se repensar determinados conteúdos conceituais a partir de uma matriz de discursividade racional distinta da clássica racionalidade lógico-formal. (Neste trabalho utilizamos a tradução para a língua espanhola: *Hacerlo Explícito*. Trad. Ángela Ackermann Pilári y Joana Rosselló. Barcelona: Herder. 2005)

*differentiae distinctive of the conceptual as such. It is a rationalist pragmatism, in giving pride of place to practices of giving and asking for reasons, understanding them as conferring conceptual content on performances, expressions, and states suitably caught up in those practices. ... And it is a rationalist expressivism in that it understands expressing something, making it explicit, as putting it in a form in which it can both serve as and stand in need of reasons: a form in which it can serve as both premise and conclusion in inferences. Saying or thinking that things are thus-and-so is undertaking a distinctive kind of inferentially articulated commitment: putting it forward as a fit premise for further inferences, that is, authorizing its use as such a premise, and undertaking responsibility to entitle oneself to that commitment, to vindicate one's authority, under suitable circumstances, paradigmatically by exhibiting it as the conclusion of an inference from other such commitments to which one is or can become entitle. Grasping the concept that is applied in such a making explicit is mastering its inferential use: knowing (in the practical sense of being able to distinguish, a kind of knowing how) what else one would be committing oneself to by applying the concept, what would entitle one to do so, and what would preclude such entitlement.*⁷⁰²

O conteúdo conceitual, nessa virada, torna-se essencial, pois não há como fazer valer os direitos e participar eficazmente do processo democrático de construção do Direito sem o domínio dos mesmos.

Explica Cota Marçal que:

Este processo de oferecer, pedir e discutir razões é apresentado por Brandom como sendo uma performance de inferenciação correlacionadora de conteúdos conceituais em contraposição à concepção do conceito como elemento que representa e referencia objetos do mundo distintos do agente discursivo.⁷⁰³

O Provimento, por certo, é um conteúdo conceitual sobre o qual se deve ter domínio. Ora, como visto, o grande problema do Direito moderno é agir como se os conteúdos conceituais do Direito estivessem, *a priori*, prontos e acabados de uma vez por todas. Como afirma Antonio Cota Marçal: “decoramos, repetimos e raramente questionamos.

⁷⁰² BRANDOM, R. *Articulating Reasons: An Introduction to Inferentialism*. 2. edição. Cambridge/London: Harvard University Press, 2001, p. 10-11) traduzido livremente como: “A idéia principal que movimenta este empreendimento é o que distingue especificamente práticas discursivas dos feitos não conceituais habituais criados é sua articulação conclusiva. Falar sobre conceitos é falar sobre papéis no raciocínio. ... Minha maneira de desenvolver uma abordagem expressivista é excepcionalista, focalizando as diferenças distintivas do conceitual como tal. É um pragmatismo racionalista, que dá lugar de honra às práticas de dar e de pedir razões, compreendendo-as como um conceito conferido (no sentido de já pacífico) nas apresentações, expressões, e declarações convenientemente alcançadas naquelas práticas. ... E ele é um expressivismo racionalista no qual se entende expressar algo, tornando-o explícito, colocando-o de uma forma na qual ele tanto pode servir como quanto manter as necessidades das razões: uma forma que ambos podem servir como premissa e conclusão nas inferências. Dizer ou pensar que as coisas são “assim e pronto” é subestimar um distinto tipo de compromisso relacionadamente articulado: colocando-o adiante como uma premissa certa para outras relações, isto é, autorizando seu uso como aquela premissa, e recebendo a responsabilidade de se intitular único para aquele compromisso, justificando a autoridade de um, sob circunstâncias apropriadas, paradigmaticamente exibindo-a como a conclusão de uma inferência de outros compromissos semelhantes, para os quais é ou pode se tornar um direito. Compreender o conceito que é aplicado em tal explicitação é dominar seu uso relacionado: sabendo (no sentido prático de poder distinguir, um tipo de knowing how) a que então poderia estar comprometendo a si mesmo ao aplicar o conceito, o que autorizaria alguém a fazer daquela forma, e o que impossibilitaria (precluiria) tal direito.”

⁷⁰³ MARÇAL, Antonio Cota. *O inferencialismo de Brandom e a argumentação jurídica*. p.2. No prelo.

Institutos, princípios e regras nos são passados e ensinados assim. Somos considerados bons alunos e aprovados quando somos capazes de reproduzi-los. Nada mais distante de uma ciência social aplicada!”⁷⁰⁴

Ainda segundo Cota Marçal, o que Robert Brandom está a nos dizer é que exercitar a discursividade racional, na aprendizagem e na prática do Direito, é aplicar conceitos. E “aplicar conceitos discursivamente é conceitualizar nós mesmos a realidade, as práticas e os conteúdos vivenciais a que nossas ações dão existência e não apenas consumir conceitos produzidos por outros”⁷⁰⁵, algo que se aproxima muito ao que vem sendo defendido neste trabalho desde a apresentação da teoria do *romance em cadeia* de Dworkin, passando pela recolocação do direito no *mundo da vida* por Habermas, até a concepção de *Direito vivente* de Fazzalari.

Neste sentido afirma Brandom:

*El movimiento fundamental en el juego del dar y pedir razones consiste en hacer una afirmación, o sea, en realizar una acción que posee un contenido proposicional en la medida en que puede ofrecer una razón y que se pueden pedir razones de hacerla. Otros conceptos teóricos importantes se desprenderán del que sigue: la práctica lingüística se distingue por asignar a algunos actos de habla la significación de afirmaciones; y las frases (declarativas) se definen como expresiones cuya pronunciación, comunicación por escrito u otros casos de empleo, tienen normalmente el significado de afirmaciones. Este modelo debe afrontar el problema de explicar qué estructura há de tener un conjunto de prácticas sociales para poder entenderla propiamente como estructura que incluye actitudes prácticas que toman o tratan a determinadas actuaciones en el sentido de afirmaciones o aserciones.*⁷⁰⁶

Algo que chama a atenção em Brandom é a necessidade de explicitação do implícito, ou, melhor dizendo, de determinação daquilo que está implícito. O que, por conseguinte chama a atenção para o conceito de “imparcialidade”⁷⁰⁷, ainda muito difundido na prática e teoria do Direito brasileiro.

Nesse sentido, Lúcio Chamon Jr, com base em Habermas, afirma:

⁷⁰⁴ MARÇAL, Antonio Cota. *O inferencialismo de Brandom e a argumentação jurídica*. p.15. No prelo.

⁷⁰⁵ MARÇAL, *O inferencialismo de Brandom e a argumentação jurídica*. p.15.

⁷⁰⁶ *Hacerlo Explícito*. Trad. Ângela Ackermann Pilári y Joana Rosselló. Barcelona: Herder. 2005, p. 226. Traduzido livremente como: “O movimento fundamental no jogo de dar e pedir razões consiste fazer uma afirmação, ou seja, em realizar uma ação que passe um conteúdo proposicional na medida em que pode oferecer uma razão e que se pode pedir razões de fazê-la. Outros conceitos teóricos importantes se desprenderam do que segue: a prática lingüística se distingue por determinar a alguns atos de fala lo significado de afirmações ; e as frases (declarativas) se definem como expressões cuja pronúncia, comunicação por escrito ou outros casos de emprego, têm normalmente o significado de afirmações. Este modelo deve afrontar o problema de explicar que estrutura há de ter um conjunto de práticas sociais para poder entendê-la propriamente como estrutura que inclui atitudes práticas que tomam ou tratam a determinadas atuações no sentido de afirmações ou asserções.”

⁷⁰⁷ A imparcialidade do juiz no direito e na dogmática brasileira significa o não assumir, por parte do juiz, uma posição até a prolação da decisão.

Afinal, a postura de quem aplica o Direito, ou ao menos pretenda aplicá-lo legitimamente, há que ser a postura da imparcialidade e com isto afirmamos aqui que o aplicador do Direito há que assumir, na construção da decisão, o Direito como um sistema idealmente coerente de princípios *prima facie* aplicáveis e que devem ser interpretados à luz da melhor compreensão acerca do direito e da política na Modernidade.⁷⁰⁸

Pois, segundo leciona Cota Marçal:

Brandom lembra também que a determinação daquilo que está implícito é função da possibilidade de se fazer sua explicitação. Parece óbvio que toda explicitação se fará a partir do já explicitado. Sabe-se, porém, que o já explicitado, sob certas circunstâncias, não pode ser exatamente determinado e compreendido sem levar em conta o que ainda será explicitado, como ocorre nas ciências hipotético-dedutivas. Este aspecto do procedimento de explicitação, denominado por Brandom de expressivismo relacional, considera desempenhos lingüísticos e estados intencionais como elementos integrantes do “explicandum” e, como tais, só inteligíveis quando articulados a partir de suas inter-relações⁷⁰⁹.

O que se vê é que o provimento jurisdicional deve guardar harmonia com a situação substancial pressuposta. Assim o provimento se projeta para fora do microssistema procedimental, colocando-se como uma *quaestio* preliminar, e somente produzindo eficácia quando a regra se aplica ao caso. O implícito da imparcialidade deve se tornar explícito para gerar eficácia e ser legítima⁷¹⁰, não por preclusão, como ocorre cotidianamente na prática do Direito brasileiro, mas como decisão processualizada (provimento).

Neste sentido leciona Cota Marçal:

Na ordem da explicação o Direito não pode equacionar uma demanda pelo reconhecimento de um direito subjetivo recorrendo a uma fórmula ou equação matematicamente construída ou formalmente correta. No Direito o conteúdo conceitual é função dos indivíduos envolvidos, da cultura em que se movem os destinatários do direito, dos fatos, estados mentais, intenções, circunstâncias e conseqüências em que ocorrem as ações e escolhas dos jurisdicionados. A avaliação acerca da correção de uma ação não pode levar em conta apenas a norma positivada. Nem tão só e abstratamente os princípios do direito. A liberdade do indivíduo; a capacidade discursiva, que cria, discute e modifica o direito enquanto convenção normatizada; interesses e valores, desejos e crenças, ideologias e teorias, que se sucedem, se corrigem e freqüentemente se contradizem; necessidades, carências, patologias e distorções resultantes da condição biofisiológica do indivíduo humano ou da própria convivência social são certamente apenas alguns dos fatores que deverão ser considerados na argumentação jurídica. Em uma palavra, a argumentação jurídica é simultaneamente teórica e prática. Enquanto argumentação teórica tem que se pautar pela discursividade lógica e inferencial relativamente já bem delimitadas. Enquanto argumentação prática – aquela voltada para a ação a ser escolhida como meio adequado para se obter determinado fim ou como um fim a se

⁷⁰⁸ CHAMON JR., Lúcio Antônio. *Teoria Geral do Direito Moderno*, p. 69.

⁷⁰⁹ MARÇAL, *O inferencialismo de Brandom e a argumentação jurídica*, p.16.

⁷¹⁰ “can be understood in a pragmatist sense of turning something we can initially only do into something we can say: codifying some sort of knowing how in the form of a knowing that” (BRANDOM, R. *Articulating Reasons: An Introduction to Inferentialism*. 2. edição. Cambridge/London: Harvard University Press, 2001, p. 8) traduzido livremente como: “pode ser compreendido em um sentido do pragmatismo de tornar algo que nós inicialmente somente podemos fazer em algo que nós podemos dizer: codificando algum tipo de saber como na forma de saber que”.

realizar – a argumentação jurídica tem, sempre e a cada vez, que continuar procurando constituir-se. Primeiro porque não foi ainda suficientemente elaborada e teorizada como já o foi razoavelmente a argumentação teórica de outros segmentos científicos. Segundo porque deverá estar sempre em construção, uma vez que alguns de seus elementos constitutivos, tais como a intenção do agente, a especificidade do fato por ele produzido, as circunstâncias e as consequências individualizadoras das ações não são variáveis completamente determináveis a priori.⁷¹¹

Essa é uma proposta que se adequa à reivindicação de legitimidade dos provimentos no paradigma do Estado Processual, na medida em que propiciam o exercício da própria democracia processual, pois exige constantemente uma reiniciada construção dos conteúdos conceituais do Direito, tais como: institutos jurídicos, normas jurídicas, julgados, construções teóricas, através de um fazer lingüístico relacional exercitado a propósito da assunção e da explicitação de crenças e pretensões, que são afinal o exercício mesmo da democracia.

Neste sentido a lição do direito processual francês⁷¹² da imposição do contraditório na fundamentação é salutar e deve ser utilizada, haja vista que tal princípio, no direito brasileiro, possui força constitucional. O contraditório na acepção francesa se coloca na base da discussão teórico-prática, ou seja, caso o julgador entenda ser outra a solução do caso e se esta “solução” não estiver sobre o crivo do contraditório das partes, isto é, explícita para as partes, cabe ao magistrado colocá-la em debate⁷¹³.

É certo que o princípio do contraditório, no decorrer do processo civilizatório, já sofreu outros aprimoramentos teóricos que o colocaram na plataforma constitucional. Contudo, a norma francesa estabelece, faz algum tempo, pelo contraditório, a necessidade de explicitação da fundamentação da decisão utilizada pelo juiz, devendo a mesma ser discursivamente debatida pelas partes, antes do proferimento da decisão⁷¹⁴.

Nesse sentido Pereira Leal afirma:

⁷¹¹ MARÇAL, *O inferencialismo de Brandom e a argumentação jurídica*. p.13.

⁷¹² VICENT, Jean; GUINCHARD, Serge. *Procédure civile*. Paris: Éditions Dalloz. 1996, p. 139-189.

⁷¹³ “Article 16 - *Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.*”(Nouveau Code de Procédure Civile); traduzido livremente como: Artigo 16 - O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório. Não pode reter, na sua decisão, os meios, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes apenas se estas forem capazes de debater contraditoriamente. Não pode fundar a sua decisão sobre os meios de direito que assinalou automaticamente sem ter previamente convidado as partes a apresentar as suas observações.

⁷¹⁴ Sobre a evolução do princípio do contraditório vide BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. *As Reformas do Código de Processo Civil e o Processo Constitucional*, p. 229 in BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo; NEPOMUCENO, Luciana Diniz; et al. *Processo Civil Reformado*. Belo Horizonte: Del Rey. 2007. NUNES, Dierle José coelho. *O princípio do Contraditório*. *Boletim Técnico da Escola Superior da Advocacia da OAB-MG*. Belo Horizonte, vol. 1, janeiro a junho de 2004, p. 39-55.

Nessa conjectura, decisão justa só seria aquela decisão que se adequasse às características e objetivos da teoria democrática processualmente fundacional da normatividade. As decisões, nesta acepção, só se legitimariam pela pré-compreensão teórica do discurso democrático como base de fundamentação da decidibilidade. Uma teoria pré-compreendida, no âmbito instituinte originário e derivado do direito, antes, portanto, de a vontade legal se formar, estabelecerá, para todos, os critérios de formação dessa vontade, tornando possível distinguir o discurso jurídico do proceder, para produzir, aplicar ou extinguir normas e o direito posto segundo esse proceder.⁷¹⁵

O Processo, apesar da grandiosa contribuição de Fazzalari, dificilmente pode ser compreendido apenas como estrutura normativa construída em contraditório, uma vez que o próprio contraditório clama por respaldo sistêmico, requer complementação, como se dá na concepção *neo-institucionalista*, ao determinar a instituição constitucional do Processo como sendo a aglutinação dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e isonomia, geradores de cidadania e assim, retirando o instituto do processo da infraconstitucionalidade e remodelando-o de forma adequada à compreensão contemporânea de Estado Democrático de Direito. O processo, portanto, se coloca no centro do sistema jurídico, para controle tutelar da produção de provimentos⁷¹⁶.

Mas cabe ainda esclarecer a formação do conteúdo dos provimentos, pois enquanto decisão processualizada, necessita de esclarecimento, uma vez que não se trata de mera decisão (ato meramente impositivo da vontade de outrem), ou seja, decisão não-compartilhada, não-cooperada, mera subjetividade, bastando assim proferi-la. Tal aferimento se torna necessário na medida em que, como dito anteriormente, o procedimento processualizado não é “jogo de soma zero”, pois é impossível restaurar o passado na exata medida do ocorrido. Ele se move por direitos fundamentais com fim à efetivação de direitos fundamentais.

Considerando, então que a jurisdição, na contemporaneidade, só pode atuar mediante o devido processo constitucional (imposição constitucional de que os procedimentos sigam a principiologia do processo), a questão da fundamentação das decisões (conteúdo do provimento) se torna relevante ante a necessidade de legitimidade dos atos estatais.

Neste sentido leciona Brêtas de Carvalho Dias;

Na concretização da função jurisdicional, os pronunciamentos emanados dos órgãos jurisdicionais ou os chamados *provimentos*, sob influência da doutrina italiana, são atos estatais imperativos que refletem manifestações do poder político do Estado, poder que jamais poderá ser arbitrário, mas poder constitucionalmente

⁷¹⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da decisão jurídica*. 2002, p. 95

⁷¹⁶ “Nenhum provimento (decisão judicial legiferante ou administrativa) procedimental conclusivo pode ser exarado em desaviso aos *princípios* jurídicos que integram a instituição do Processo [...]. Desqualifica-se, assim, em seus aspectos de legalidade e legitimidade, o exercício da atividade jurisdicional que não seja regida pelo primado constitucional do Processo.” (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 2005, p.80)

organizado, delimitado, exercido e controlado conforme as diretivas do Estado Democrático de Direito⁷¹⁷.

É necessário ressaltar que, a *fundamentação das decisões*, nas lições de Michelle Taruffo, pode ser encarada sob dois aspetos, que mudam conforme a estrutura normativa, na medida em que seja previsto em nível infraconstitucional (legislação processual ordinária) ou como garantia constitucional. Naquela esfera, a motivação é tida como requisito endoprocessual de controle do fundamento da decisão e tem como destinatários as partes e o tribunal superior. Nesta última, quando o “dever de motivar” é imposto pela ordem constitucional, ou seja, como direito-garantia processual, compreende, também, a função endoprocessual, mas a supera, e a transforma, em “dever” de motivar. Assim, passa a ser uma imposição geral, ou seja, princípio jurídico aplicável a todas as decisões, mesmo as insusceptíveis de recurso e as proferidas pelos órgãos supremos de jurisdição. A fundamentação é agora um meio possibilitador de um controle externo e geral sobre o fundamento factual, lógico e jurídico da decisão, ou seja, é o que torna a decisão passível de adentrar num viés principiológico de Direito-democrático⁷¹⁸.

Seguindo essa linha de pensamento, mas restringindo a análise ao aspecto infraconstitucional e endoprocudimental, a norma impositiva da necessidade de fundamentação, por força da principiológica do processo (contraditório, isonomia, ampla defesa e devido processo), é libertada de ser meramente estrutura da sentença, possibilitando que as razões de fundamentação transitem pelo discurso do procedimento, para que as partes deliberem sobre ela antes de ser proferida como decisão.

Assim, o conteúdo provimental, além da especificação e da “exposição sucinta da acusação e da defesa, da indicação dos motivos de fato e de direito em que se funda a decisão”⁷¹⁹ e da reconstrução hermenêutica do sentido da norma e do sentido da cadeia de normas levadas pelos sujeitos na estrutura procedimental, há a necessidade, também, de uma especificação efetivadora de direitos fundamentais. Daí a necessidade de sua processualização, pelo inferencialismo e pela racionalidade discursiva, respondendo, assim, à poiesis e ao “como agir”. Então, numa metáfora explicativa, são os princípios institutivos do processo (contraditório, isonomia e ampla defesa), que constroem para caminhar, ou melhor, esclarecem para conceituar-nos a nós mesmos.

⁷¹⁷ BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. *A Garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado no Estado Democrático de Direito*. Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, nº 12, Belo Horizonte: IAMG, 2006, p. 29

⁷¹⁸ TARUFFO, Michelle. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam. 1975, p. 100-102.

⁷¹⁹ BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. *A Garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado no Estado Democrático de Direito*, 2006, p. 27

Provimento pode, agora, de forma constitucional e processualmente adequada, ser conceituado como *resultante processual-discursiva de um microssistema (procedimento) replicante de um único sistema jurídico (ordenamento) vivente, auto-conceituador de seu conteúdo, legitimante da integração social, por se colocar ante a comunio opinio, para modificá-la ou se modificar.*

9. CONCLUSÃO

Como demonstrado no presente trabalho, a idéia de legitimidade cunhada sobre a concepção de uma ordem aprioristicamente fundada e desatrelada de qualquer suposição cognitiva pós-convencional, gera a massificação do sujeito pela sociedade; perdendo ele seu referencial de intérprete do mundo, da própria sociedade, de si mesmo e de sua relação com o *alter*.

A concepção de ordem aprioristicamente dada remete-nos à idéia de sistema, que, longe da concepção grega, assume hoje a concepção de forma de pensar e de ver o mundo, construtiva e reconstrutivamente, pois o avanço civilizatório das sociedades demonstrou que as sociedades contemporâneas, desatreladas do viés religioso regulador, se voltam para uma configuração descentrada e circular, o que gerou, segundo Habermas, a necessidade de (re)pensar tais sociedades a partir de uma “teoria crítica da sociedade”, balizada por uma “teoria discursiva”.

Para essa preocupação, outro caminho não há, senão repensar os modelos teóricos do pensamento kantiano e hegeliano, num viés realista, qual seja: repensar a sociedade pela relação idealismo-realismo, gerada pelo giro lingüístico-pragmático. Assim, o direito deve também ser repensado a partir dessa concepção.

A reviravolta ocorrida no plano científico-filosófico, com a implementação da teoria dos sistemas e a consolidação do pensamento sistêmico, que demonstrou que a “ordem” absoluta era algo inalcançável, uma vez que “ordem” gera “desordem” e a “desordem” possui a capacidade de se “auto-organizar”, podendo, portanto, gerar “ordem”, abalou de forma profunda todas as estruturas do saber, incluindo nelas o Direito. Assim, o ponto de partida é o reconstrutivismo teórico, balizado pelo pensamento moderno, pela relação indissociável do idealismo-realismo, num viés lingüístico pragmático, dos pontuais arroubos democráticos de outrora, que, no decorrer do processo civilizatório, buscou rediscutir a base do pensamento ocidental, ou seja, rediscutir a racionalidade da modernidade, ampliando-a nos moldes de uma razão aberta, alargada pela insuficiência da teoria moral absoluta, que permita aos “seres de linguagem” discutir e rediscutir o mundo por meio do discurso.

Essa perspectiva alcança o direito que, até então centrado numa racionalidade instrumental, passa a ser repensado por uma racionalidade procedimental, que se mostrou ser

a única dimensão possível para assegurar ao direito positivo uma estrutura subtraída de intervenções contingentes e autocráticas, livres de coerções.

Devido às suas especificidades teóricas e à sua importância nas complexas e pulverizadas sociedades contemporâneas, A razão discursiva impõe ao Direito ser capaz de propiciar uma reconstrução de suas próprias bases argumentativas, pela ressemantização de conceitos norteadores, tais como liberdade e igualdade, balizando desta forma uma nova concepção de *Rule of Law* (Estado de Direito), qual seja o “Estado Processual de Direito”.

Nessa esteira, e seguindo o pensamento de Habermas, verifica-se que o Direito (enquanto ordenamento) não é um sistema social, como quer Luhmann, haja vista estar contido no mundo da vida e de nele atuar a racionalidade comunicativa. Isto, entretanto, não quer dizer que o direito não possua um código e uma funcionalidade próprias, uma vez que, durante sua comunicação com os demais sistemas sociais e com os outros ramos do saber, através do discurso de aplicação, o Direito (enquanto atividade jurisdicional) funciona e atua mediante um sistema (procedimento – estrutura técnica), ou seja, atua pela racionalidade instrumental, dirigida a um fim, o provimento. É certo que a racionalidade instrumental neste caso se rege pela racionalidade comunicativa, que constrói e reconstrói o próprio sistema do direito no discurso de aplicação, construindo e reconstruindo assim a própria racionalidade instrumental.

A procedimentalidade deve, enquanto aspecto técnico, ser rediscutida por um viés teórico, construtivo e reconstrutivo de si mesmo, ou seja, que mostra, mas não determina de forma absoluta o conteúdo de seus elementos, tornando-os auto-discursivos. Este viés é, sem sombra de dúvida, o da teoria neo-institucionalista do processo, pois sem o contraditório, a isonomia e a ampla defesa, o procedimento se tornaria meio inquisitório, de imposição do arbítrio do julgador, determinante *per se* da liberdade e igualdade das partes.

A “processualidade discursiva”, idealizada pela teoria neo-institucionalista, então, pauta tanto os “discursos de fundamentação” quanto os “discursos de aplicação” do direito.

Essa “discursividade” se pauta então em aspectos teóricos complementares que determinam a própria visão do direito no momento de sua aplicação de forma reconstrutiva, ou seja, os elementos que compõe o ordenamento devem ser replicados do “discurso de fundamentação” para o de “aplicação” de forma apropriada, levando-se em conta a argumentação jurídica das partes e dos sujeitos processuais, aqui entendida como explicitação e articulação das razões capazes de fundamentar decisões e justificar ações próprias do Direito.

Entendendo-se por sistema um complexo de elementos ou componentes direta ou indiretamente relacionados numa rede causal, de tal forma que cada componente se relaciona

pelo menos com alguns outros, de modo mais ou menos estável, dentro de determinado período de tempo, em que todas as totalidades isomorfas pertencentes a um tipo são consideradas com um e o mesmo sistema, movido por uma racionalidade com um fim determinado, verifica-se que o procedimento, aqui entendido como estrutura técnica, possui esse caráter; possibilitar, por força do movimento constitucionalista, as decisões estatais, ou seja, vedar e permitir, quando provocado, a intervenção do Estado no patrimônio particular, e essa intervenção se dará, tanto no discurso de aplicação como no de fundamentação.

Contudo, por força da necessidade de reconstrução da *fatispécie* no procedimento, haja vista a complexidade social e a fragmentação das visões de mundo, o procedimento se dá de forma a construir um microssistema que replica o ordenamento, rejeitando as normas que não são aplicáveis ao caso e recepcionando as normas aplicáveis, com o conteúdo normativo estabelecido pela apreciação paradigmática e principiológica, ou seja, no procedimento, reconfigurado pelo Processo (instituição jurídica constitucionalizada), o significado normativo se materializa de forma “adequada”, reconstrutivamente, através da visão constitucionalmente adequada ao paradigma processual de direito e determinada pelos princípios jurídicos, entendidos aqui como propõe o próprio Dworkin.

Assim, pode-se reconstruir, recepcionando a idéia de romance em cadeia e de integridade do Direito de Dworkin, pela argumentação das partes em contraditório, isonomia e ampla defesa, ou seja, pela regência do processo, para formação do microssistema replicante (procedimento estruturante), o próprio Direito.

A série de relações entre os elementos representa, assim, a estrutura de um sistema, sendo que, do ponto de vista da teoria da informação, a estrutura de um sistema é a ordenação pela qual a complexidade se transforma em ordem gerando legitimidade, em visão hermenêutica aberta aos intérpretes do próprio Direito, aberto por sua vez ao mundo da vida. É óbvio que a replicação ante o condão democrático deve ser “processualizada”, pois o contraditório há de permear tanto a reconstrução dos fatos quanto a escolha e interpretação da norma material “adequadamente” aplicável ao caso concreto. Evidentemente, os fatos aqui não são vistos como ingênuos, mas normatizados, donde se verifica que o discurso de aplicação jurídica da norma não pode ocorrer de forma individual, como quer a tópica, que, diante de um problema, acha no ordenamento a única norma aplicável ao caso.

Ora, em discursos de aplicação a replicação do ordenamento se dá de forma sistêmica, ou seja, o sentido da norma aplicável ao caso é construída de forma inferencialista, levando em conta as outras normas do sistema e suas relações. A validade jurídica é assim abstraída de uma validade socialmente discursiva, ou seja interna ao

“microssistema replicante” e externa ao macro sistema jurídico, denominado de ordenamento, sendo que cabe ao *Due Process of Law* (Devido Processo Legal), enquanto princípio jurídico regente da replicação normativa no caso concreto, permitir a abertura do sistema ao meio e replicar o sistema no procedimento de forma constitucionalmente adequada.

O “Processo devido” (*Due Process*), como dito, também atua no *front* do discurso de fundamentação e da relação entre Direito e sistema e entre Direito e *mundo da vida*, pois a codificação do simbolismo e da polifonia apreendidos dos sistemas sociais e do mundo da vida, ocorre através deste, mantendo o caráter deôntico-discursivo dos enunciados normativos, regras e princípios, elementos constitutivos do sistema jurídico.

Verifica-se também que o “Processo devido” promove uma desaxiologização do discurso de justificação no momento de aplicação, na medida em que o inferencialismo propicia a formação dos conteúdos dos significantes através de reconstruções e convergências de mundos da vida diversos.

Há que se ressaltar aqui que, mesmo tendo os sujeitos do processo (*in casu* o juiz), de promover a explicitação e articulação de suas razões no procedimento, ele não pode ser comparado às partes, ou ser elevado a essa concepção, pois o mesmo não é contraditor. A ele não é resguardado o direito de silêncio, ou seja, de silenciar-se no procedimento, o que, ao contrário, ocorre para as partes, na medida em que a explicitação normativa de suas razões já aconteceu quando do discurso de justificação.

Como visto, a disposição de razões e interpretações sobre fatos e direitos ocorre em momentos distintos, quais sejam: 1) justificação e 2) aplicação. Assim, o discurso de justificação, quando processualizado, garante às partes o direito de silenciar-se, pela plenitude do direito de ampla defesa (entendido como ampla argumentação), na medida em que já explicitada a impossibilidade daquela aplicação normativa para aquele determinado fato posto em debate.

Por outro lado, ao juiz não é garantido o direito ao silêncio na atividade jurisdicional, na medida em que a este é determinada a função de exarar os provimentos (termo aqui entendido em sentido *lato*, não relegado às minúcias de uma classificação analítica por categorias).

Essa constatação leva então a verificar que o Provimento não pode ser mais entendido como ato de intelligenza ou volição, advindo da sensibilidade do julgador, na medida em que a não problematização, pela famosa “*eureka*”, o descobrir pelo descobrir, não pode mais ganhar respaldo, sob pena de manter o que não pode ser mantido, colaborando

desta forma para a destruição ou autodestruição do próprio sistema jurídico e do próprio homem.

A problematização e a intersubjetividade se mostram assim inseparáveis para a aferição e reconstrução crítica da sociedade contemporânea, na medida em que as formas antes estanques, e aprioristicamente determinadas, podem ser reinterpretadas de forma adequada ao agora, com vistas ao futuro, enquanto pretensão.

Provimento é então a resultante processual-discursiva de um microsistema procedimental erigido processualmente e replicador do sistema jurídico vivente, auto-conceituador de seu conteúdo, legitimante de seu conteúdo ante a *comunio opinio*, para modificá-la ou modificar-se.

E neste momento pergutarse-ia: *e é por isso legítimo?*

Ter-se-á como resposta um sonoro não, pois legítima é a decisão advinda não de um *a priorismo* racional conceitual, mas de uma atividade contrutora que se projeta no mundo vivido (agir comunicativo) juridicamente democrático, que tem como seus autores aqueles que sofrerão sua incidência, ou seja, provimento atingido através de atividade processual.

A reconstrução do conceito de provimento se mostrou necessária, na medida em que o conceito anterior, ao invés de propiciar decisões legítimas, as impede.

Os sujeitos de direito, legisladores e jurisdicionados de si mesmos se colocam então em posição de elemento componente do mundo da vida para atuá-lo, legitimando a si mesmos por ações, ou como diz Fazzalari através de situações legitimantes e legitimadas.

A legitimidade jurídico-decisória mostra-se em dois flancos diversos, mas inter-relacionados, quais sejam, o “discurso de justificação” e o de “aplicação”, só sendo alcançável pelo “provimento” (ato processual discursivo), que ao mesmo tempo é fundante e fundamento de pretensões e argumentos.

A procedimentalidade *per se*, como quer Luhmann e os instrumentalistas do processo, não gera legitimidade e esta não pode ser compreendida como simples aceitação promovida por uma racionalização burocrática, que impede o sujeito de alcançar o centro do próprio sistema jurídico, antes visto como “jurisdição”, hoje entendido como “Processo”, pois é o processo que transforma o ato decisional em provimental, esclarecendo para conceituarmos a nós mesmos.

10. BIBLIOGRAFIA.

- ABRÃO, Bernadette Siqueira. *História da Filosofia*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Mestre Jou, 1980
- ACKOFF, Russell Lincoln. *Creating the Corporate Future: Plan or be Planned For (Hardcover)*. New York: John Willey & Sons, 1981.
- ALFREDO FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *A Teoria geral do processo e a teoria da constituição no Estado Democrático de Direito*. Revista de Direito do Unicentro Izabela Hendrix. Vol. 1. Belo Horizonte: 2003.
- ALMEIDA DINIZ, Antonio Carlos de. *Teoria Geral da Legitimidade do Direito e do Estado*. São Paulo: Landy. 2006, p. 35-36.
- ALVIM, Jose Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 10. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- ANDOLINA, Ítalo e VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale Del processo civile e italiano*. Torino: Giappichelli, 1990.
- APEL, Karl-Otto; et al. *Com Habermas Contra Habermas*. São Paulo: Landy
- ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. trad. Mauro W. Barbosa de Almeida. São Paulo: Perspectiva, 1997, p.256
- ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *O Novo Processo Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos.2003, p.29-30.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. III, 1112b, 15.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*. São Paulo: Landy: 2003
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral da Cidadania: A plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva. 1995.
- BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000
- BOBBIO, Norberto. *Teoria General Del Derecho*. Bogotá: TEMIS, 1987, p. 161.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12a.ed., São Paulo: Malheiros, 2002
- BONAVIDES, Paulo. *A despolitização da legalidade: revista trimestral de direito público*. São Paulo, nº.3, 1993, p. 24,
- BOUCHINDHOMME, Christian. *A origem da controvérsia entre Apel e Habermas: uma briga de família*. In ROCHLITZ, Rainer. *Habermas: o uso público da Razão*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005
- BRANDOM, Robert. *Hacerlo Explícito*. Trad. Ângela Ackermann Pilári y Joana Rosselló. Barcelona: Herder, 2005
- BRANDOM, R. *Articulating Reasons: An Introduction to Inferentialism*. 2. edição. Cambridge/London: Harvard University Press, 2001

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey. 2004.

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. *A Garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado no Estado Democrático de Direito*. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, nº 12, Belo Horizonte: IAMG, 2006, p. 25-44.

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo; NEPOMUCENO, Luciana Diniz; et al. *Processo Civil Reformado*. Belo Horizonte: Del Rey. 2007.

BUCKLEY, Walter. *Sociologia moderna e teoria dos sistemas*. Tradução de Octavio Mendes Cejado. São Paulo: Cultrix, 1971, p. 82

BÜLLESBACH, Alfred. *Princípios de teoria dos sistemas*, in KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do Direito e à teoria do Direito Contemporâneas*. Trad. De Antônio Manuel Hespanha. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 2002, p.431

BÜLOW, Oskar Von. *La teoria de lãs excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichteschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1964

CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. Trad. de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999, V. 1,

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad. 2002

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3ª. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2002, p. 13-55.

CANOTILHO, J.J. Gomes; VITAL, Moreira. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 131

CAPRA, Fritjof. *A Teia da Vida - Uma Nova Compreensão Científica dos Sistemas Vivos*. Trad. Newton Roberval Eichenberg. São Paulo, Cultrix/Amana-key, 1996.

CAPRA, Fritjof. *O Ponto de Mutação*. Trad. de Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 1982.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: LEJUS, 1999,

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Trad. Andrián Sotero De Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 343

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000

CARNELUTTI, Francesco. *Direito e Processo*. Tradução de Júlia Jimenez Amador. São Paulo: Peritas, 2001

CARVALHO NETTO, Menelick de; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Prefácio à obra de CHAMON JR, Lúcio Antônio. Filosofia do Direito na Alta Modernidade: Incursões Teórcas em Kelsen, Luhmann e Habermas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005,

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da constituição*. Fórum Administrativo. 2001

CARVALHO NETTO, Menelick de. *Controle de constitucionalidade e democracia*. In MAUES, Antonio G. Moreira (Org.) *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 218.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *Requisitos Pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. Revista de Direito Comparado, v. 3. Belo Horizonte: 1999.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *O requisito da imparcialidade para a decisão constitucional adequada de um caso concreto no paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito*, RVPGE, 1999. p. 101-117.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *Paradigmas constitucionais, mudanças nas corrupções e práticas da relação entre o público e o período e a natureza. O marco da inserção do direito ambiental na Constituição da República de 1988*. p.4.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos. 2001

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. 1ª. ed, Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos. 2004

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e tutela jurisdicional dos direitos fundamentais*. No prelo.

CHAVES, Terezinha Ribeiro. *Provimento: Ato decisório ou Resultante lógica da decisão*. In Estudos continuados de Teoria do Processo. Porto Alegre: Síntese. 2001, p.107-124

CHAMON JR., Lúcio Antônio. *Tertium non datur: pretensão de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito*: Jurisdição e Hermenêutica Constitucional. Coord. Marcelo de Andrade Cattoni de Oliveira. Belo Horizonte: Mandamentos. 2004. p. 81.

CHAMON JR. Lúcio. *Filosofia do Direito na Alta Modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005.

CHAMON JR, Lúcio Antônio. *Teoria Geral do Direito Moderno: Por uma Reconstrução Crítico-Discursiva na alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris. 2006, p. 47.

CHIOVENDA, Giuseppe. (1903) *Preleção de Bolonha*. Tradução. [s.d.t], p. 21

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, v 1, 1965

CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia o Direito e modernidade. Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: JM Editora. 1995. p.73

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1997

CORDEIRO LEAL, André. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 38

CORDEIRO LEAL, André. *Processo e Jurisdição no Estado Democrático de Direito: retrocessos teóricos-paradigmáticos do direito processual coletivo*. Revista do curso de Direito do Unicentro Izabela Hendrix, 2003, p.11-23.

- CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: ITESO, 1996.
- COUTURE, Eduardo. *Introducción al Estudio del Proceso Civil*, p. 12/13
- COUTURE, *Introdução ao estudo do processo civil*, 1998
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofia Del Derecho*, Tomo III. Cidade do México: UTEHA, p. 106
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5ª. Ed. São Paulo: Malheiros, v. I, 2002
- DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. São Paulo: Ed. Sraiva. 4ª. ed. 2001
- DUTRA, Delamar José Volpato *Razões e consenso em Habermas: A Teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia*. Florianópolis: Ed. UFSC. 2005
- DWORKIN, Ronald. 'Natural Law Revisited', U. Florida. Law Review, 1982. p.34: 165.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press. 1978,
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002
- DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins fontes, 1999
- FAZZALARI, Elio. *Conoscenza e Valori*. Saggi. 2ª. Ed. G. Giappichelli editore: Torino. 2004
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 1988, p. 12
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio: *O Conceito de Sistema no Direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Universidade de São Paulo, 1976, p.9
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 3ª. Edição. São Paulo: Positivo.
- FONSECA DIAS, Maria Tereza. *Direito Administrativo Pós-moderno*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003
- GOLDSCHMIDT, James. *Teoria general del proceso*, 1936
- GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*, Buenos Aires: Ejea, 1961, v. I
- GOMES, Alexandre Travassoni. *O Fundamento de Validade do Direito: Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. GOYARD-FABRE, Simone. *Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*, p. 76-77).
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992
- GUSTIN, Miracy. *Das necessidades Humanas aos Direitos*. Belo Horizonte: Del Rey. 1999,

- HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*. trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1987. Tomo I e II
- HABERMAS, Jürgen. *El discurso filosófico de la modernidad*. trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1989
- HABERMAS. *Pensamento pós-metafísico: Estudos filosóficos*. Tradução Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1990.
- HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como 'ideologia'*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1997
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Dmeocracia – Entre a Faticidade e a Validade*, Trad. Flávio Beno Sieeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, Vol 1 e 2.
- HABERMAS. Jürgen. *Agir comunicativo e razão destranscendentalizada*. Trad. Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperber e Paulo. Astor Soethe. São Paulo: Loyola. 2002
- HABERMAS, Jürgen. *A Ética da Discussão e a Questão da Verdade*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: ed. Martins Fontes. 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *O Estado Democrático de Direito é uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?*. In *Era das Transições*. Tradução Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *Era das Transições*. Tradução Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003
- HABERMAS in “Richard Rorty’s Pragmatic Turn”, *On the Pragmatics of Communication*, p. 372
- HABERMAS, Jürgen. “Problemas de legitimação no Estado moderno”, in *Para a reconstrução do materialismo histórico*, São Paulo, Brasiliense, 1983, p. 219-222.
- HART, H.L.A. *O conceito de direito*. 2 ed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994
- HEIDEGGER, Martin. *Conferências e escritos filosóficos*. Col. Os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1989.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.
- KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Trad. Antonio Manuel Hespanha. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian. 2002, p. 421
- KOZICKI, Katya. *Conflito e estabilização : comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas*. Florianópolis : UFSC : 2000. 266 p. Tese (Doutorado em Ciências Humanas - Especialidade Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, 2000. Orientador(es): ROCHA, Leonel Severo. p. 184.
- KELSEN, Hans. *Sobre a teoria da interpretação*. Trad. Raíssa R. Mendes. Cadernos da Escola do Legislativo. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa, no.5, jan/jun. 1997
- KOZICKI, Katya. *Conflito e estabilização : comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas*. Florianópolis : UFSC : 2000. 266

p. Tese (Doutorado em Ciências Humanas - Especialidade Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, 2000. Orientador(es): ROCHA, Leonel Severo. p. 184.

KHUN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Trad. Beatriz Viana e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1994.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2ª. Ed. Trad. José Lamago. Lisboa Calouste Gulbenkian, 2000

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Corso di diritto processuale civile*. Milano: Giuffré, 1958, p. 28.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Vol. 1. Trad. Cândido Rangel Dinamarca. Rio de Janeiro: Forense. 1984.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. <www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em 13 de ago. 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *O Contrato – Exigências e Concepções Atuais*, São Paulo, Saraiva, 1986

LOUREANO, Delze dos Santos. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional. A interpretação além do texto e do contexto*. Revista de Direito do Unicentro Izabela Hendrix. Vol. 1. Belo Horizonte: 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luis, *Fundamentos do Direito Privado*, trad. Vera Maria Jacob de Fradera, São Paulo, Ed. Ver. dos Tribunais, 1998

LUHMANN, Niklas. *Social Systems*. Trad, John Bednarz Jr. Califórnia: Stanford University Press. 1995, p. 18

LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: La ambicion de la teoria*. Introduccion de Ignacio Izuzquiza. Barcelona: Piados. 1997, p.34

LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: Lineamentos para uma teoria general*. Trad. Javier Torres Nafarrate. Barcelona: Anthropos. 1998, p. 27

LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. 3ª. Ed. Trad. Anabela Carvalho. Lisboa: Veja, 2001, p. 99-100.

LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. 2ª. Ed. México: Herder. 2005.

LUHMANN, Niklas. *A posição dos tribunais nos sistema jurídico*, in Revista Ajuris, nº.49, 1990, p. 163

LUHMANN, Niklas. *A Constituição como aquisição evolutiva*. Tradução para fins acadêmicos de Menelick de Carvalho Netto, s/d.

MACCARTHY, Thomas. *La teoría crítica de Jürgen Habermas*. Trad. M. Jiménez. Madri: Tecnos. 1987.

MAGALHÃES, Theresa Calvet de. *In Realism after the linguistic-pragmatic turn*. Cognition, São Paulo, vol. 4, n. 2 (2003), p. 211-226.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional*. Tomo I. Belo Horizonte: Mandamentos. 2000.

MALEMBRANCHE, Nicolas. *A Busca da Verdade*. São Paulo: Ed. Discuso. 2004

MARÇAL, Antonio Cota. *O inferencialismo de Brandom e a argumentação jurídica. No prelo*.

- MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. V.1. São Paulo: RT. 2006,
- MARIOTTI, Humberto. *Autopoiesis, Cultura y Sociedad*. Disponível em: <<http://www.geocities.com/pluriversu/autopoi.html>>. Acesso em: 15 de outubro de 2004
- MANSILLA, Darío Rodríguez. *Invitación a la sociología de Niklas Luhmann*. In LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, 2002
- MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *De máquinas e seres vivos: autopoiese – a organização do vivo*. Tradução de Juan Acuña Lorens. 3ª ed. Porto Alegre: Artes Médicas. 1997.
- REALE, Miguel: *O Direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1992, p.150.
- MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. Revista Novos Estudos CEBRAP, nº 58, nov. de 2000.
- MORIM, Edgar. *O método I: A Natureza da Natureza*. Portugal: Publicações Europa-América Ltda, 1977, p. 37-40
- NASCIMENTO FILHO. Severino Pedro do. *O jusnaturalismo na idade moderna*. Datavenia. Disponível em: <http://www.datavenia.net/artigos/Teoria_Geral/severian.html>. acesso em: 28 nov. 2006.
- NASH, John. *Non-cooperative games*. 1950, 32 f. Tese de PHD em matemática – Faculty of Princeton University.
- NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana. *A unidade do sistema jurídico em Niklas Luhmann: a assunção do modelo autopoietico*. In Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 1, n. 1, jan-jun, PucMinas, Belo Horizonte, 1998
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil*. São Paulo: 2006,
- NEVES, Marcelo. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 1-8.
- NUNES, Dierle José coelho. *O princípio do Contraditório*. Boletim Técnico da Escola Superior da Advocacia da OAB-MG. Belo Horizonte, vol. 1, janeiro a junho de 2004, p. 39-55.
- PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino. *Teoria geral do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002
- PARSONS, Talcott. *Sociedades: Perspectivas evolutivas e comparativas*. Trad. de Dante Moreira Leite. São Paulo: Livraria Pioneira. 1969, p.20-21.
- PARSONS, Talcott; SHILS Edward A., *Toward a General Theory of Action*, apud BUCKLEY, Walter. Sociologia: A Moderna Teoria dos Sistemas. São Paulo: Cultrix. 1971, p. 46)
- POPPER, Karl S. *A lógica das ciências sociais*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1978.
- PEREIRA LEAL, Rosemiro. *Teoria Geral do Processo*. 6ª.ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005
- PEREIRA LEAL, Rosemiro. *Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos*. 5.ed. São Paulo: IOB Thomsom, 2004.

- PEREIRA LEAL, Rosemiro. *Processo e Hermenêutica Constitucional a partir do Estado de Direito Democrático*. Revista de Direito da Faculdade de Ciências Humanas – FUMEC, v.3. Belo Horizonte: 2001.
- PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito Adquirido e a ordem pública: Segurança Jurídica e Transformação Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey. 2005
- PRATES, Francisco de Castilho. *Identidade Constitucional e interpretação no Estado Democrático de Direito: a assunção do risco*. In *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*, coord. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Belo Horizonte: Mandamentos. 2004.
- PRIGOGINE, Ilya. *O Fim das Certezas: tempo, caos e as leis da natureza*, trad. Roberto Leal Ferreira. Ed. Unesp, 1996
- PUGLIESE, Giovanni. Introdução in WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *Polemica Sobre La 'Actio'*. Tradução de Tomás A Banzhaf. Buenos Aires: EJE. 1974
- QUICHERAT, L. *Novíssimo Dicionário Latino-Português*. 3ª. Ed. Rio de Janeiro-Paris: Garnier.s.d.
- REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Habermas e a desobediência Civil*. Belo Horizonte: Mandamentos. 2003.
- RICHARDSON, George. P. *Feedback Thought in Social Science and System Theory*. University of Pennsylvania Press, 1991.
- ROUANET, Sérgio Paulo. *Mal-estar na modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993
- SEGURADO, Milton Duarte. *Direito Romano*. 1ª. ed. São Paulo: Julex, 1989
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, 4ª. Ed. São Paulo: RT, v.1, 1998.
- SMITH. Adam. *A riqueza das nações*. São Paulo: Hemus.2002.
- SOUZA SANTOS, Boaventura. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989.
- SOUZA SANTOS, Boaventura. *Pela Mão de Alice*. São Paulo: Cortez, 1999, p. 86.
- STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem: Uma análise da textura Aberta da Linguagem e sua Aplicação ao Direito*. Rio de Janeiro: Renovar. 2000
- TARUFFO, Michelle. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam. 1975
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz.Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979
- VICENT, Jean; GUINCHARD, Serge. *Procédure civile*. Paris: Éditions Dalloz. 1996.
- VIETO, Aurélio Agostinho Verdade. *Da Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey. 2000.
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito II. Epistemologia Jurídica da Modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, pp.149-251.
- WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Universidade de Brasília, 1991
- WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *Polemica Sobre La 'Actio'*. Tradução de Tomás A Banzhaf. Buenos Aires: EJE. 1974.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Trad. Marcos G. Montagnoli. Petrópolis: Vozes, 1994, §654

ZINGARELLI, Nicola. *Vocabolario della lingua italiana*. 12^a.ed. Bologna: Gráfica Editoriale. 1997