

Universidade Federal de Juiz de Fora  
Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais  
Doutorado em Ciências Sociais

Wagner Silveira Rezende

**As relações entre direito, política e sociedade: retórica e teoria da ação na análise da argumentação em casos difíceis no Supremo Tribunal Federal brasileiro**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Ciências Sociais, área de concentração: Cultura, Poder e Instituições, da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito para obtenção do grau de Doutor.

Orientador: Prof. Dr. Raul Francisco Magalhães

Juiz de Fora

2014

Ficha catalográfica elaborada através do Programa de geração automática da Biblioteca Universitária da UFJF, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Rezende, Wagner Silveira.

As relações entre direito, política e sociedade: : retórica e teoria da ação na análise da argumentação em casos difíceis no Supremo Tribunal Federal brasileiro. / Wagner Silveira Rezende. -- 2014.

523 p.

Orientador: Raul Francisco Magalhães

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Instituto de Ciências Humanas. Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, 2014.

1. retórica. 2. teoria social. 3. teoria dos sistemas. 4. direito, política e sociedade. I. Magalhães, Raul Francisco, orient. II. Título.

Wagner Silveira Rezende

**As relações entre direito, política e sociedade: retórica e teoria da ação na análise da argumentação em casos difíceis no Supremo Tribunal Federal brasileiro**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Área de Concentração em Cultura, Democracia e Instituições, da Faculdade de Ciências Sociais da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito para obtenção do grau de Doutor.

Aprovada em 07 de maio de 2014.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Raul Francisco Magalhães (Orientador)  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof. Dr. Rubem Barboza Filho  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof. Dr. Marcos Vinício Chein Feres  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof. Dr. Thomas da Rosa de Bustamante  
Universidade Federal de Minas Gerais

---

Prof. Dr. Fernando Perlatto Bom Jardim  
Universidade Estadual de Minas Gerais

*Ao Sô Antônio Macota, meu avó, que não pôde estudar, mas abriu o caminho  
até aqui.*

*À Dona Diva, minha vó, que, com pouco estudo, fez os deveres comigo.*

*Aos meus pais, que não me deram opção a não ser estudar.*

## AGRADECIMENTOS

O diabo está nos detalhes, e eu não quero esquecer ninguém. Tanta gente ajudou com esta tese que daria para dizer que é uma produção coletiva e não minha. Por isso, faço questão de nomear toda esta gente.

Ao senhor Armando Rezende e à senhora Edwiges Rezende, a quem também dediquei esta tese, meus diligentes pais, que dobraram o diabo para que eu estudasse e entendesse o mundo de outra forma. Eles fizeram a parte mais difícil do trabalho.

À senhora Mayara Rezende, minha devotada e tão amada esposa, por ter tanto a agradecer a ponto de não saber como fazê-lo, senão de modo holístico. Por isso, agradeço por tudo. Não há nada que eu faça na vida que não seja por ela.

À Dona Diva, senhora minha avó, que rezou tanto para que eu terminasse logo a tese e voltasse a vê-la com mais frequência. A reza adiantou, assim como as inúmeras vezes que pegou em minha mão para que eu terminasse o dever. Nem em duas vidas poderia pagar por tanto carinho e dedicação.

À senhorita Nathália Silveira Rezende, irmã natural e por escolha, a quem amo grandemente, por ter me ensinado o valor da saudade. Assim, escrevi mais e melhor.

Ao Doutor Guilherme Rezende Dias, o renascido Tiradentes, meu irmão, que, além da amizade fraternal, abriu as portas de sua casa e me acolheu. Esta tese começou lá.

Aos nobilíssimos e fieis irmãos, senhores Eduardo Magalhães, Ademir Assis, Roberto Rios, Moacyr Oliveira e Marco Antônio Fasseber, que não estão nem um pouco interessados no conteúdo desta tese, mas dizem me amar do mesmo jeito. Quando o ímpeto de escrever ameaçava arrefecer, bastou a presença de um deles para que a motivação voltasse. Com os cinco juntos, seria possível escrever outra tese.

Aos meus tios, todos eles, que garantiram o bom humor no percurso. À senhora Marisa Rezende, em especial, que me deu um fusca para que eu não perdesse as aulas noturnas.

Ao senhor Renato Ciscotto e Vânia Lúcia, meus sogros, e à toda família emprestada que ganhei, por fornecerem o reduto de paz onde mais da metade desta tese foi escrita.

Ao professor Raul Francisco Magalhães, a quem dei tanto trabalho, e que soube, mais uma vez, guiar meus passos tortos. Minha admiração profunda pelo trabalho deste professor me leva sempre a reforçar minha opção pela docência, e a reconhecer que não poderia ter sido outro o meu orientador.

Aos professores Manuel Palácios e Lina Kátia Mesquita, com os quais nunca tive aula, mas com quem aprendo cotidianamente. A eles agradeço a paciência e a confiança no meu trabalho, e a oportunidade de fazer um doutorado trabalhando. Ao professor Manuel, agradeço, ainda, as oitivas quando tagarelava a ele os argumentos centrais de minha tese, os quais foram ouvidos pacientemente, e devidamente rebatidos. À professora Lina, agradeço também o carinho maternal comigo.

Ao professor Rubem Barboza, que acolheu minha crônica inquietude em inúmeras disciplinas, e me ensinou mais do que eu poderia aprender.

Aos funcionários da Coordenação de Análises e Publicações - CAP do CAEd/UFJF, com quem trabalho, pela compreensão das dificuldades enfrentadas para que esta tese fosse escrita e finalizada. Sem o trabalho e ajuda deles, eu não teria tido o suporte necessário para terminá-la. Em especial, à Juliana Candian, por me ajudar com os quadros para os argumentos.

Aos senhores Anderson Gama, Paulo Vilar e Jonathas Son, que ainda são meus amigos depois desta tese.

## RESUMO

Direito, política e sociedade podem se relacionar de inúmeras maneiras. Esta tese se dedica à compreensão destas relações a partir da retórica e da argumentação. Tendo como base os votos que os ministros do Supremo Tribunal Federal brasileiro emitiram em casos de grande repercussão social, é possível observar como argumentos oriundos de outros campos, externos ao direito, são utilizados como elementos centrais para justificar as decisões no âmbito do direito. Diante de casos difíceis (*hard cases*), para os quais o direito, em regra, não apresenta soluções claras e absolutas, os juízes ainda se encontram obrigados, pelo próprio campo jurídico, a emitir uma decisão (princípio da proibição do *non liquet*) justificada. Para chegar a uma decisão, é preciso construir justificativas diante dos pares e da sociedade como um todo (pois, sem justificativa, não há decisão), e os juízes assim o fazem, lançando mão de uma série de argumentos externos ao campo. Reconhecer este fazer argumentativo extrajurídico levanta obstáculos a uma interpretação que o direito construiu de si próprio com base na ideia de autonomia, e não apenas científica, mas, principalmente, operacional. A Teoria dos Sistemas de Luhmann, para a qual a autonomia é elemento essencial, apresenta afinidades eletivas com a imagem que o direito já construíra de si, e passou a ser tomada, em grande medida, no próprio campo jurídico, como a melhor forma de compreender o direito. Percebendo o direito como um sistema autopoiético, baseado em um código binário de operações (lícito/ilícito), que não se relaciona diretamente com o ambiente circundante, a abordagem sistêmica apresenta muitas dificuldades em lidar com as relações e as influências entre o direito e outros campos, principalmente com a política. Em uma busca legítima para evitar os excessos e os abusos de poder no campo do direito, o que a Teoria dos Sistemas, tomada de forma radical, acaba por oferecer é uma visão polarizada e reduzida das possibilidades de relações que o direito pode estabelecer com a política e com a sociedade, levando o sistema jurídico, muitas vezes, ao insulamento. O enfoque na retórica, contudo, além de fazer ver que o direito não se reproduz apenas a partir de si próprio, permite vislumbrar formas pelas quais a política e a sociedade se relacionam com o direito, sem que isso ocorra de forma destrutiva. Para compreender estas relações através da argumentação, é preciso levar em consideração uma teoria da ação com base nos agentes, algo que a teoria sistêmica não faz. Pressionados pela necessidade prática de estabelecer e justificar uma decisão, os juízes fazem circular, no direito, argumentos extrajurídicos, sem que isso deva ser pensado como uma forma de comprometer a autonomia e a identidade do campo. Uma teoria da ação com base nos indivíduos e na retórica exige, por sua vez, o resgate de uma discussão clássica das ciências sociais, a percepção do direito como um campo onde os indivíduos agem a partir de restrições e condicionamentos impostos pela própria estrutura do campo (e não como um sistema, no sentido luhmanniano), e o reconhecimento de que as influências externas podem ser pensadas como ganhos para o campo. Isso exige, do direito, uma nova forma de encarar as relações que estabelece com a política e a sociedade.

Palavras-chave: retórica; teoria social; direito, política e sociedade.

## ABSTRACT

Law, politics and society can relate to each other in several ways. This thesis aims to understand these relationships from the rhetoric and argumentation. Analyzing the decisions of the judges of the Brazilian Supreme Court, in cases with great social repercussion, it's possible to observe as arguments from other social fields, beyond the law, are used as essential elements to justify the decisions in the legal field. For the *hard cases*, the legal field, ordinarily, have not absolute and clear solutions to solve the conflicts. Nevertheless, the judges remain bound to take a decision (because of principle of *non liquet*) for these cases. To take a decision, it's necessary to build justifications for the other judges and society in general (because there is no decision, if there is no justification), and the judges does it, using arguments that do not belong to legal field. Recognize this judges' activity creates difficulties for a strict interpretation about the legal field. This interpretation is based an idea created for the legal field itself and affirms the autonomy of law, scientifically and, mainly, operationally. The Luhmann's Systems Theory, for which the autonomy is an essential element, exhibits affinities with the image that law has built about itself. In general, this theory was accepted as the better way to understand the legal system. The Systems Theory affirms that law is an autopoietic system, based on binary code for its operations, and this system does not connect directly to the environment. Therefore, the systemic approach has problems to understand the complex relationships between the legal system and other systems, mainly the politics system. The Systems Theory intends to avoid abusive influences of politics on the law, but, if understood in a radical way, the systemic theory offers a restrictive perspective to the several and complex relationships between law, politics and society. Based on this theory, the law can be isolated. However, the rhetoric demonstrates that law and politics can relate each other in a nondestructive way and that the law is not an autopoietic system. To understand these relations based on argumentation it is necessary to consider a theory of action based on human agents, something that Systems Theory does not do. Pushed by practical need to establish and justify a decision, the judges uses, in the legal field, extra-legal arguments, but it does not mean that the autonomy and identity of field being impaired. A theory of action based on human agents and rhetoric requires the retrieval of a classic debate in the social sciences, the perception of law as a field in which the individuals act with restrictions imposed by the structure of the field (and not as a system, in Luhmann's conception), and the recognition that external influences can be thought as important contributions for the legal field. This proposal requires a different way of perceiving the relationships between law, politics and society.

Keywords: rhetoric; social theory; law, politics and society.



## SUMÁRIO

<b>Introdução</b> .....	14
<b>Capítulo 1. Um dilema fundamental da teoria sociológica: estrutura e agência</b> .....	38
1.1. O olhar através da lupa: a abordagem microsociológica .....	44
1.2. O olhar do Zeppelin – a abordagem macrosociológica .....	54
<b>Capítulo 2. A construção das pontes: como resolver a aporia?</b> .....	69
2.1. Pierre Bourdieu: ação e <i>habitus</i> .....	70
2.2. A teoria da estruturação de Anthony Giddens .....	82
<b>Capítulo 3. O conceito de campo e suas implicações para o direito e a política</b> .....	102
3.1. O exemplo de funcionamento do campo científico .....	113
3.2. A política como campo .....	119
3.3. O direito como campo .....	127
<b>Capítulo 4. A Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann e a percepção sistêmica do direito</b> .....	142
4.1. Os elementos de uma teoria geral dos sistemas em Niklas Luhmann, a crise da sociologia e a influência de Talcott Parsons .....	154
4.2. As diferentes concepções sistêmicas, sua aplicação na sociologia e a proposta do sistema como diferença .....	160
4.3. O fechamento operacional e o conceito de autopoiesis .....	170
4.4. O conceito de observador, a crise da teoria do sujeito e o rompimento com a ontologia .....	176
4.5. Tempo e sentido .....	185
4.6. O indivíduo e a sociedade: sistemas psíquicos e sociais .....	190
4.7. O conceito de acoplamento estrutural e o papel da linguagem .....	196
4.8. A comunicação como fundamento do social .....	202
4.9. O diagnóstico da complexidade e a defesa de uma racionalidade sistêmica .....	206
4.10. O direito como sistema autopoietico .....	210

<b>Capítulo 5. Desenvolvimentos da Teoria dos Sistemas, e os problemas de uma teoria sistêmica aplicada ao direito e suas consequências para a relação com a política e com a sociedade</b> .....	226
5.1. A teoria sistêmica de Gunther Teubner aplicada ao direito .....	227
5.2. Aplicação e (in)adequação da Teoria dos Sistemas no contexto brasileiro .....	236
5.3. As oposições à abordagem sistêmica a partir do próprio direito .....	251
5.4. As vicissitudes da Teoria dos Sistemas aplicada à sociologia e ao entendimento do direito e de suas relações com o mundo social .....	260
<b>Capítulo 6. A retórica e a dualidade estrutura/agência para o entendimento da decisão judicial e de suas consequências</b> .....	280
6.1. A decisão judicial e os limites do fechamento operacional diante da linguagem .....	280
6.2. A retórica: suas características e seu uso para lidar com o tema da dualidade estrutura-agência .....	305
<b>Capítulo 7. Os argumentos que sustentam as decisões do Supremo Tribunal Federal nos casos difíceis: retórica, ação, e as relações entre o direito e outros campos sociais</b> .....	324
7.1. O reconhecimento da união homoafetiva no Brasil .....	328
7.1.1. <i>Os fundamentos filosóficos e afetivos do voto do ministro Ayres Britto</i> .....	329
7.1.2. <i>A sociologia, a antropologia e a filosofia política como as fontes dos argumentos do voto do ministro Luiz Fux</i> .....	342
7.2. A interpretação de que o aborto de anencéfalos não constitui prática criminosa .....	349
7.2.1. <i>Compaixão, ciência e soberania popular como as linhas mestras da argumentação do ministro Luiz Fux</i> .....	350
7.2.2. <i>A filosofia de Kant e Padre Antônio Vieira a serviço da argumentação do ministro Marco Aurélio</i> .....	360
7.3. O questionamento da legitimidade da demarcação da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol .....	372
7.3.1. <i>Os argumentos socioantropológicos e políticos em defesa da importância das populações indígena no voto do ministro Ayres Britto</i> .....	373

7.4. Sobre o processo do mensalão .....	386
<b>Conclusão</b> .....	393
<b>Referências Bibliográficas</b> .....	413
<b>Anexos</b> .....	419
Anexo I – A racionalidade legal e as paixões inexatas: à espera da decisão jurídica com base no jurídico .....	424
Anexo II – STF brasileiro: o paladino da Justiça .....	439
Anexo III – A herança de Ulisses .....	456
Anexo IV - Em defesa da circunstancialidade .....	473
Anexo V – O STF e o velho Brasil .....	496
Anexo VI – A importância da dimensão corporal para a compreensão do conceito de <i>habitus</i> em Pierre Bourdieu .....	505
Anexo VII – A busca histórica do direito pela autonomia científica: pontos de aproximação e distanciamento em relação à abordagem sistêmica .....	511

*Um homem não pode ser inimigo de palavras<sup>1</sup>.*

---

<sup>1</sup> Adaptado de Jorge Luis Borges, *O jardim de veredas que se bifurcam*, in: Ficcões.

## Introdução

*Basta que um livro seja possível para que exista*<sup>1</sup>.

É impossível compreender a proposta desta tese sem que se faça alguma referência à minha<sup>2</sup> trajetória acadêmica até aqui. É por conta desta trajetória que o tema apareceu como objeto de interesse, influenciando também a forma como ele foi abordado ao longo das páginas seguintes. Ao apresentar este como um ponto importante para o entendimento do presente trabalho, meu objetivo é dizer que *falo algo a partir de algum lugar*. Entender o que significa esse lugar é fundamental para compreender a natureza de meus argumentos.

Formei-me em Direito<sup>3</sup>, pela Universidade Federal de Juiz de Fora, no ano de 2007. Desde o início do curso, em qualquer discussão, o direito sempre pareceu, com um orgulho científico próprio, defender sua autonomia em relação a outras áreas do conhecimento. Esse discurso, partilhado pelos professores, sejam práticos ou teóricos, rapidamente se torna parte do pensamento jurídico dos alunos. A autonomia do direito é o grande corolário de uma ciência que se pretende desvinculada, porque específica, de qualquer outra, no que diz respeito à definição de seu objeto de estudo, e mesmo à metodologia empregada para seu desenvolvimento.

A defesa da autonomia é uma característica de qualquer ciência, não se apresentando como uma especificidade do direito. No entanto, entre os juristas, ela ganha um status diferenciado, constituindo um fundamento primordial da ciência jurídica. Seu status não é ontológico, mas sim normativo. O direito, acima de tudo, *deve* ser autônomo. A história da ciência jurídica dará conta justamente de mostrar como o direito foi capaz, ao longo do tempo, de se desvincular de outras ciências, adquirindo características singulares, que o tornariam uma ciência única. A história dessa história não é assim tão remota, mesmo que as bases de muitos de nossos institutos jurídicos possam ser

---

<sup>1</sup> Jorge Luis Borges, *A biblioteca de Babel*, p. 76, in: Ficções.

<sup>2</sup> Neste primeiro momento, uso o discurso na primeira pessoa do singular, já que me refiro à minha trajetória pessoal e acadêmica. No entanto, ao longo do texto da tese, ora a segunda pessoa do plural, ora a terceira pessoa do singular, como discurso impessoal, são utilizadas para a construção da narrativa da tese.

<sup>3</sup> A palavra será grafada com letra maiúscula quando se referir ao curso superior em Direito.

encontradas no direito romano. Contudo, é já no século XX que a autonomia passou a se apresentar como uma, para usar a linguagem jurídica, *conditio sine qua non* da ciência do direito.

Os enfrentamentos pela autonomia do direito estão historicamente ligados a uma autonomia científica, com o fulcro de delimitar o objeto que singularizaria a ciência do direito. As oposições, nessa seara, eram dirigidas, essencialmente, à religião e à moral. Enquanto permanecesse vinculado a essas searas, o direito não poderia individualizar um objeto especificamente seu, diferente das abordagens jurídicas baseadas em fundamentos religiosos e filosóficos. Superando esse embate, o direito poderia, enfim, se diferenciar enquanto ciência.

O positivismo característico do século XIX, mas, principalmente, das primeiras décadas do século XX, deu ao direito os fundamentos de que necessitava para a consolidação da defesa de sua autonomia. Com enfoque em características jurídicas do fenômeno jurídico, o positivismo, para muitos, é visto como um elemento importante nesse processo de autonomização do direito. Mesmo entre os críticos, é costumeiro reconhecer sua importância nesse sentido.

Entretanto, a busca pela autonomia não se referia, apenas, à necessidade de afirmação de uma ciência em formação, diferente das demais. Autonomia significava, também, a capacidade de se fundamentar com base em si próprio, a partir de elementos próprios, se afastando das determinações do mundo ao redor. A discussão não envolvia, portanto, apenas a definição de um objeto específico, mas, fundamentalmente, a capacidade de desenvolver e reproduzir mecanismos que permitissem ao direito evitar sua instrumentalização, não apenas científica, por parte da sociedade, e, principalmente, da política. O direito deveria ser capaz de definir a si próprio (cientificamente) e de lidar, a partir de si próprio, com o mundo (operacional e pragmaticamente).

Durante todo o tempo de minha formação superior em Direito, nunca estudei a aplicação da Teoria dos Sistemas de Luhmann ao campo jurídico. Na verdade, não se trata de um tema muito abordado nas grades dos cursos de Direito no país. No entanto, hoje penso, é impressionante a afinidade que a

proposta luhmanniana para o direito enquanto sistema apresenta em relação à forma como os juristas enxergam o próprio campo, ou melhor, o sistema.

A defesa da autonomia, como já havia me referido, é compartilhada por práticos e teóricos, distinção nítida em meu período na faculdade, e magistralmente abordada pela análise de Bourdieu sobre o campo jurídico. As diferenças entre os juristas da práxis, advogados, juízes, promotores e etc, e os juristas teóricos, essencialmente, professores de carreira, eram gritantes, tanto em termos de metodologia, quanto no que dizia respeito aos conteúdos mais importantes a serem levados em consideração para o ensino do direito. Contudo, a autonomia do direito, científica e política (permito-me dizer), era terreno comum, uma ponte entre concepções diferentes dentro do mesmo campo.

Hoje consigo organizar intelectualmente as ideias acerca do que, à época como estudante de Direito, era apenas um conjunto mais ou menos articulado de impressões. Os práticos e os teóricos construíam um discurso no qual a autonomia do direito era fundada não somente na singularidade do objeto científico, mas, fundamentalmente, no *temor* da invasão do direito por elementos exógenos. A economia, a moral e a religião eram constantemente abarcadas como *aquilo que deveria ficar de fora* do direito. Porém, era a política o principal elemento ao qual fazer oposição.

Esta postura está intimamente ligada ao que Bourdieu (mais uma vez) chamou de discurso oficial do direito, estruturado em torno da defesa das ideias de neutralidade, racionalidade e objetividade. Os pilares de um direito que se pretendia legítimo e, paradoxalmente, justo, estavam assentados, justamente, no afastamento de critérios extrajurídicos para o fazer jurídico. Digo paradoxalmente porque, conforme me referi anteriormente, um dos enfrentamentos viscerais do direito moderno, em busca de sua autonomia, foi em relação à moral. Na verdade, a relação entre o direito e a moral sempre foi complexa para os juristas. Ao mesmo tempo em que o discurso oficial, de um lado, prega a necessidade de um direito despido de fundamentos valorativos que pudessem comprometer sua neutralidade e sua imparcialidade (afinal, metaforicamente, a justiça é tradicionalmente cega, ou, pelo menos, deveria ser), de outro, o discurso reconhece, principalmente quando o direito é acusado

de insensibilidade social, que é preciso estar em consonância com princípios morais.

Se a relação com a moralidade é complexa, mas, digamos, maternal, com a política o problema se torna ainda mais complexo. Não me lembro de nenhuma referência, durante o curso de Direito, positiva feita à política. Não creio, porém, que esta seja uma especificidade do direito. A política goza de má fama fora de seus próprios rincões, e, mesmo dentro deles, suas vicissitudes tendem a ser mais ressaltadas do que suas possibilidades. No entanto, a relação com a política sempre foi vista, enquanto estudante de Direito, como de enfrentamento. A política era algo que deveria ser combatido, como aquilo que não deveria integrar as discussões jurídicas, sob pena de macular os pressupostos básicos de seu discurso oficial, a neutralidade, a objetividade e a racionalidade.

Tanto que a defesa de uma divisão dos poderes, nos moldes de Montesquieu, é uma das primeiras lições recebidas pelo jovem candidato a jurista. Ao direito o que é do direito, à política o que é da política. Mesmo quando o argumento é construído em torno do necessário equilíbrio entre estas instâncias, o judiciário, representando o direito, é colocado como a pedra fundamental de controle para o executivo e para o legislativo, terrenos, por excelência, da política, e sujeitos, como mostra a história oficial brasileira, às mais destrutivas mazelas. Assim, direito autônomo, e capaz de se tornar tudo aquilo que seu discurso oficial iluminista promete, é aquele que mantém com a política uma relação de afastamento e controle.

Ao longo da faculdade de Direito, contudo, me aproximei das discussões das ciências sociais, o que me levou a fazer o curso de mestrado (2010) na área, assim como a graduação (2009). Muitos dos temas jurídicos ainda me fascinavam, mas não a prática profissional. Em contato com as discussões das ciências sociais, o direito permaneceu como um tema de estudo, mas a partir de novas possibilidades teóricas. Na dissertação de mestrado, me debrucei sobre o estudo da retórica e sua aplicação para a decisão judicial, enfrentando outro tema caro ao direito, também alvo de um discurso oficial que não se coaduna com a prática, qual seja, a ideia de que a decisão deveria ser estabelecida com base no próprio direito e garantindo, em tese, a certeza da proteção do direito. Porém, é com base na retórica que as decisões são



tomadas, em operações práticas de juízes que se veem obrigados a chegar a uma decisão. Neste trabalho, o tema desta tese veio à tona. Mais do que baseados nos entimemas da retórica, os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal (objeto de meu estudo de então), em um caso específico (o do questionamento da inconstitucionalidade da lei de Biossegurança), estavam ancorados em argumentos que eram, em essência, externos ao direito.

Minhas primeiras impressões ao fim da dissertação eram de que o direito construía um discurso enganoso sobre si próprio, usando-o como ideologia para obscurecer suas práticas reais. Contudo, essa era uma visão simplificadora em relação ao direito. Na verdade, esses argumentos extrajurídicos, inclusive de natureza moral, religiosa e política, são o que permitem com que o direito exerça, através da ação dos juízes, seu objetivo primordial, ou seja, a decisão de conflitos que lhe são levados à apreciação.

Isso me permitiu ver a relação entre o direito e a política, e entre o direito e outras searas sociais, de outra maneira. O discurso universitário ao qual eu tinha sido exposto enquanto estudante de direito construía um imaginário acusatório e sem perspectivas positivas em relação à política. No entanto, a partir da análise da argumentação dos votos dos juízes em casos de grande repercussão social no Brasil, tomando como referência o STF, penso ter encontrado um promissor canal de comunicação entre o direito, a política e outros campos, através do qual são os elementos externos que permitem com que o direito seja capaz de decidir conflitos. Nessa perspectiva, a política não é vista somente como um obstáculo, instrumentalizador e deturpador do direito, mas, muitas vezes, como aquilo que fornece ao direito os elementos para o estabelecimento de uma decisão.

Foi nas ciências sociais que encontrei os elementos necessários para tal abordagem. Sem a visão única do direito, pude olhar para o direito de outra maneira, tendo em vista outros instrumentos. A teoria da retórica e da argumentação foi o primeiro passo. Em seguida, fui encontrar em discussões clássicas das ciências sociais, como na teoria da ação e seu dilema fundamental com o conceito de estrutura, os elementos para completar o quadro teórico que agora apresento como uma possibilidade de compreensão das relações entre o direito e a política a partir de outro viés, que não apenas aquele que condena a política como contagiosa para o direito.

Referi-me anteriormente à Teoria dos Sistemas de Luhmann. Cheguei a ela também pela via das ciências sociais. No primeiro contato, já com o tema desta tese em mente, a teoria sistêmica me pareceu ser um exemplo esclarecedor de como o direito enxerga a si próprio, ou melhor, como os juristas tendem a perceber o próprio campo. A Teoria dos Sistemas passou a ser, então, uma leitura teórica, sofisticada e bem arquitetada, de como o direito me ensinou a pensar sobre o direito. Boa tarde disso se deve a problemas na interpretação da teoria sistêmica e sua aplicação para o direito. Mas aquilo que é tomado como real se torna real em seus efeitos. No entanto, mesmo se bem interpretada, o que ela oferece se afastaria, em demasia, da proposta que tenho para a compreensão das relações entre o direito e a política através da retórica.

Foi a partir destas duas formações, como cientista social e como jurista, que cheguei ao tema dessa tese e aos argumentos que mobilizei para construí-la. Evidentemente, não o fiz sozinho, e a presença, em minha trajetória acadêmica, do professor Raul Magalhães foi definitiva para o que será apresentado adiante. De todo modo, o lugar do qual eu falo é este. Uma formação jurídica que me levou a pensar a política, e sua relação com o direito, de uma maneira específica, e uma formação política, sociológica e antropológica que me ofereceu instrumentos para compreendê-la a partir de outra perspectiva.

Não me coloco, portanto, contra o direito. Ao contrário, o direito permanece como um tema fundamental de meu interesse, tanto que compõe muitos de meus trabalhos. O que procurei fazer nessa tese, seguindo um caminho já iniciado na dissertação, é utilizar as ferramentas teóricas e metodológicas que as ciências sociais me forneceram para olhar para o direito a partir de outro viés, buscando uma abordagem menos estereotípica de sua relação com a política. Para tanto, contudo, foi necessário estabelecer uma crítica severa à forma como o direito pensa a si mesmo.

### **Do que é composta esta tese**

Temas como o aborto de anencéfalos, a união homoafetiva e a pesquisa com células-tronco embrionárias, pelo ineditismo da discussão de grande

impacto no cenário político-jurídico brasileiro, e como a demarcação de terras indígenas e a condenação de políticos por corrupção, pela repercussão experimentada em amplas camadas da sociedade, temas estes reverberados, debatidos, ampliados, reforçados, contados e recontados pelos instrumentos midiáticos, encontraram, nos últimos anos, na sociedade brasileira, um espaço de deliberação e formação de opinião que apresentava, em seu cerne, dois elementos: o próprio envolvimento da sociedade, para a qual a importância desses temas não passou despercebida; e o papel desempenhado pelo judiciário brasileiro, encarnado nas figuras dos ministros do Supremo Tribunal Federal - STF, nossa corte maior, *locus* onde todos estes temas chegaram na forma de conflitos, acompanhados, mais ou menos de perto, pela população em geral.

A repercussão e a polêmica que acompanharam estes temas os fizeram ascender ao status de notícia e assunto fundamentais no cenário social brasileiro, elevando o Supremo Tribunal Federal a uma posição destacada, não somente do ponto de vista jurídico, mas também político, figurando, frente à sociedade brasileira, como o grande depositário de valores morais e éticos, em meio a uma debatida falta de crença dos brasileiros em relação a suas instituições públicas, de maneira geral. O STF passaria a figurar como a esperança de que nossas instituições públicas poderiam encontrar um caminho que criasse, entre seus usuários, a confiança que deveria ser a sólida base de uma sociedade articulada em torno da proteção de direitos individuais e coletivos, da participação cidadã nos processos decisórios e do respeito ao Estado de Direito oriundo desta mesma participação.

A centralidade do judiciário, adquirida, essencialmente, em virtude de decisões fundamentais para a sociedade, já vinha sendo percebida e aguçada desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Werneck Vianna e colaboradores diagnosticaram um processo de judicialização da política, através do qual casos decididos em outras searas sociais, essencialmente, no âmbito da política, passaram a ser levados à apreciação do judiciário. Sem dúvida, esse processo, ainda em desenvolvimento, alçou o judiciário brasileiro a um papel social central. No centro dele, o Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Se, de fato, conflitos sociais, antes vislumbrando uma solução projetada na esfera política, passaram a ser, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, solucionados no contexto jurídico, com o direito posicionado como o centro decisório de questões sociais relevantes, isso pode ser percebido através das análises das decisões que o STF tem proferido, essencialmente em casos complexos e de grande repercussão social. Um prestigiado enfoque para perceber essa centralidade pode ser encontrado na retórica, a partir da qual a cultura, a sociedade, a economia, a religião e as áreas especializadas do saber de maneira geral, influenciam o direito, em alguns casos, estruturando as decisões emitidas pela Suprema Corte.

Quando usamos o termo “influenciar”, do ponto de vista retórico, estamos nos referindo a argumentos que dão suporte às decisões, estruturando-as, e sendo o seu fundamento último. Argumentos oriundos de diferentes campos e áreas são mobilizados para sustentar decisões emitidas por um órgão jurídico, permitindo encarar as relações do direito com outros campos sociais, inclusive com a política, de maneiras diferentes. A relação com a política é dada não somente com base na transferência direta e indireta de argumentos propriamente jurídicos, mas também em virtude do envolvimento popular com os temas que são levados à apreciação da corte. A sociedade, de forma indireta, acaba por se envolver no processo decisório, influenciando, em certa medida, a forma como as decisões são tomadas (seja no que diz respeito à consideração das consequências da decisão, seja no que tange aos argumentos que os juízes mobilizarão para sustentar e justificar suas decisões).

Ao lançar mão de argumentos externos (e essa expressão, no contexto que estamos construindo nesta tese, pode ser problemática; afinal, o que significa um argumento externo ao direito?) ao próprio direito, as decisões do STF levam em conta, entre outras coisas, não somente a força do argumento, mas também a mobilização social em torno do tema que está sendo debatido. É difícil imaginar, e os últimos casos de grande repercussão que foram levados à apreciação do STF assim o mostram, que os ministros da Corte Constitucional não levem em consideração a forma como a sociedade reagirá às suas decisões, quando elas são emitidas. A sociedade brasileira, de uma forma ou de outra, tem acompanhado as decisões da Corte, principalmente nos

casos mais polêmicos do ponto de vista social. Evidentemente, esse passou a ser um fator considerado para que a decisão seja emitida.

Na verdade, se pensarmos em uma ideia ampla de sociedade, a participação social, em casos de grande repercussão no STF, pode se dar de maneira direta (quando os argumentos de outras áreas, manifestados, em regra, através de especialistas, são utilizados pelos ministros do STF) ou indireta (levando em consideração a reverberação social experimentada pelas decisões). O direito, analisado sob essa perspectiva, se abriria diante da sociedade, fazendo com que demandas de grupos sociais chegassem, com maior ou menor intensidade, ao Supremo Tribunal. Isso não significa, necessariamente, que estamos diante de um processo de democratização baseado no modelo habermasiano de esfera pública, orientado para o consenso. Contudo, argumentativamente, outros setores sociais, externos ao direito, se fazem presentes na decisão.

Vale notar que o estudo aqui levado a cabo não se debruça sobre as diferenças existentes entre os grupos mais capazes de vocalizar suas demandas, nem sobre quais argumentos seriam mais persuasivos em cada caso. Seria ingenuidade acreditar que as pessoas e os grupos têm a mesma capacidade de fazer chegar seus argumentos em instituições formalizadas e hierarquizadas, como é o caso do STF. No entanto, pretendemos chamar a atenção para o fato de que *o direito não se encontra hermeticamente isolado do mundo social*, assim como os próprios juristas, em grande parte das vezes, podem sugerir ou defender. Em verdade, a própria sociedade, de maneira geral, possui uma percepção do direito como um campo hermético, insensível a demandas sociais e a reclames da população em geral. Estamos chamando a atenção para uma possível “abertura” do direito à política, seja entendida, tal abertura, como direta, seja como indireta. O fechamento do direito, seja como crítica à insensibilidade do campo às demandas sociais, seja como defesa da autonomia e da neutralidade do direito, não pode ser observado quando a análise é feita com base na retórica.

O Supremo Tribunal Federal desempenharia, nesse cenário aqui delineado, um papel fundamental para a análise das relações entre o direito e a política (e também em relação a outros campos sociais). Através da análise de casos complexos, como os que neste trabalho serão analisados, podemos

observar de que maneira as relações entre o direito e a política adquirem grande complexidade e sofisticação. Ao serem submetidos a esses casos, e tendo em vista sua necessidade de emitir uma decisão, princípio fundamental do direito, os ministros (juízes) do STF, ao se verem diante de conflitos extremamente delicados, em regra, para esses casos, não encontram no próprio direito a solução para o caso. É preciso, diante disso, *construir* uma decisão. Como a demanda não pode ficar sem resposta, é preciso elaborar uma decisão que encerre o conflito.

A tarefa de construção da decisão (seja ou não no âmbito do direito) passa, umbilicalmente, pela retórica. Dotada de uma essencialidade para o direito, a retórica, a arte da persuasão, conforme elaborada por Aristóteles, é o recurso do qual os ministros do STF se valem para justificar suas decisões, no intuito de gerar o convencimento de si, de seus pares e da sociedade como um todo. Em outro momento, este foi exatamente o tema que nos ocupou.

Relegada a um esquecimento secular, a retórica foi rechaçada da produção do saber legítimo, sendo destinada, durante quase toda a Idade Média, aos discursos poéticos e religiosos, sem encontrar espaço, contudo, na filosofia e na ciência, principalmente por conta do impacto das ideias de Platão, Hobbes e Descartes. No entanto, para a política e para o direito, a retórica sempre foi constituinte e fundamental, mesmo que tal importância não tenha sido discursivamente reconhecida. A lógica formal ocupou, durante todo este tempo, um papel de maior destaque do que a retórica, percebida, em linhas gerais, como a arte da ilusão e do engodo.

Com a virada linguística, cuja expressão maior estava encarnada no Círculo de Viena, em fins do século XIX, a retórica passa a ganhar novamente força, que se aguça ainda mais com a crise do pensamento metafísico, conforme ressaltado por Habermas, em obra cujo título é exemplar desse fenômeno (*O pensamento pós-metafísico*). Em meados do século XX, como mostra Chaïm Perelman, a retórica já é reconhecida como um saber extremamente importante e influente, principalmente para o direito, mas cujas implicações e consequências não se resumiam, apenas, ao campo jurídico.

Exemplo disso pode ser encontrado em Stephen Toulmin, lógico inglês que buscou aproximar a lógica da retórica, e em Michel Meyer, reconhecendo o impacto da retórica na filosofia. Vem de Toulmin, inclusive, o recurso

metodológico do qual nos valem neste trabalho para analisar os votos dos ministros do STF, qual seja, a estrutura do argumento. Toulmin elaborou uma estrutura comum a todo argumento, necessária para sua força persuasiva.

A retórica é pensada por Aristóteles como a arte universal da persuasão. A retórica é a arte do possível. Arte porque pensada como técnica, que, como tal, pode ser aprendida. A persuasão, segundo o pensamento aristotélico, colocaria a retórica, não no caminho da ilusão e do convencimento sob qualquer circunstância, mas sob a égide da ética, e não como na abordagem crítica do pensamento platônico. Universal porque a retórica se aplica a qualquer tema e a qualquer circunstância, não tendo um conteúdo predefinido sobre o qual deve ser aplicada.

Uma das principais características da retórica aristotélica é a fluidez entre os argumentos dos diferentes tipos de discurso. Aristóteles descreveu três tipos de discurso, cada um deles com características próprias: o político (deliberativo), o jurídico e o epidíctico (de caráter elogioso, e, portanto, educativo). Em cada discurso, tipos de argumentos diferentes teriam efeitos e impactos persuasivos diferentes. Contudo, e esse é o ponto fundamental para esta tese, os argumentos, tradicionalmente usados no seio de cada um dos discursos, poderiam ser utilizados em qualquer outro contexto. Isso quer dizer que o argumento jurídico poderia ser utilizado em um contexto político, sendo o contrário também verdadeiro.

As decisões do Supremo Tribunal Federal, conforme dissemos, são construídas com base em argumentos capazes de dar suporte à decisão, tendo como horizonte o convencimento de seus pares na Corte e da sociedade em geral. Como ressaltado, o convencimento, para a retórica, não é desvinculado da ética, e os argumentos não são mobilizados para efeito de iludir. Não se persuade *per si*, principalmente pelo fato de que a persuasão envolve o convencimento de si mesmo. O objetivo da retórica, centrada no possível, e não no absoluto, é permitir que, em contextos onde as respostas precisam ser construídas, visto que não dadas, um caminho para uma solução seja encontrado.

No contexto do STF, principalmente no que diz respeito aos casos mais complexos, onde as respostas não estão prontas e dadas pelo ordenamento jurídico, os chamados *hard cases*, conforme expressão de Ronald Dworkin, a

necessidade de uma solução para o conflito que é apresentado à Corte não é encontrada pronta no direito positivo. Mesmo se assim fosse, a sustentação estritamente jurídica de uma decisão não é, necessariamente, a mais persuasiva. É preciso construir argumentos que legitimem e justifiquem a decisão. Para tanto, argumentos das mais variadas searas são mobilizados.

Quando uma decisão envolve questões complexas e de grande repercussão social não se pode esperar que o direito seja capaz de fornecer todos os argumentos para que a decisão seja construída e justificada. Mesmo que a resposta não esteja pronta no ordenamento jurídico, seria plausível pensar, de acordo com um viés mais formalista, que a busca pela decisão deveria ser conduzida, apenas, dentro do cenário jurídico. No entanto, o que ocorre nesses casos é o manuseio de argumentos extrajurídicos. A medicina, a antropologia, a política, a filosofia, a religião, a sociologia, a economia, entre outros campos, são mobilizados, consultados e convidados a integrar o manancial argumentativo que dará ensejo e sustentação à decisão.

Trata-se, conforme anteriormente ressaltado, de uma característica da própria retórica. Os argumentos fluem de um discurso a outro, sem que isso implique uma “contaminação” do discurso, conforme postulado por Aristóteles. Contudo, a questão se torna mais complexa se observarmos a forma como o direito se percebe. Neste ponto, é importante que tenhamos em mente a influência que a ideia de sistema tem no direito.

Em uma visão mais formalista, as respostas no direito deveriam ser buscadas ou construídas tendo em vista o próprio direito, no intuito de garantir a autonomia e a neutralidade do sistema. Esse entendimento apresenta uma grande afinidade com a concepção do direito defendida pela Teoria dos Sistemas de Luhmann.

O diagnóstico do qual Luhmann parte é o da crescente complexidade do mundo, que se tornou cada vez mais aguda com a modernidade, fazendo com que sistemas surgissem no intuito de reduzir essa complexidade. Assim, o mundo seria constituído por uma série de sistemas funcionais, fechados operacionalmente, autorreferenciados e autopoieticos, numa referência aos biólogos chilenos Maturana e Varela. Isso quer dizer que tais sistemas seriam herméticos, sem contato direto com o ambiente que os entorna, funcionando a partir de uma lógica de reprodução, e mesmo de transformação, própria, assim



como possuindo características, linguagem, regras e códigos próprios. O sistema poderia ser “irritado” pelo ambiente externo, gerando suas próprias reações e adaptações a essas transformações, mas jamais estariam “abertos” ao contato direto com o mundo.

O direito tende a ser percebido, por boa parte dos advogados, juízes, técnicos, e pela população em geral, como um sistema hermético, fechado, autopoietico, dotado de formas próprias de funcionamento e operação, evitando as indesejáveis e destrutivas influências externas. Transportando essa perspectiva autopoietica para as decisões jurídicas, por exemplo, poderia se esperar que o direito não fosse, ou não deveria ser, influenciado por pressões e argumentos externos, construindo, internamente, sua própria maneira de decidir. Assim, argumentos externos não deveriam fazer parte de uma decisão que se pretendesse jurídica, pois o próprio direito, enquanto sistema autopoietico, deveria fornecer os elementos de suporte para suas decisões. O máximo que poderia acontecer seria o ambiente externo (a política, a sociedade, os especialistas, etc) irritar o sistema jurídico, que reagiria a essa irritação construindo sua própria resposta, com seus recursos autorreferenciados.

Em termos retóricos, a partir de uma percepção do direito como sistema fechado, os argumentos políticos, ou de qualquer outra natureza, não poderiam ser o suporte para que decisões, no âmbito do direito, fossem tomadas. Um argumento político, por exemplo, precisaria, para integrar o corpo de uma decisão no direito, ser reconvertido em um argumento jurídico, para, assim, ganhar legitimidade, integrando a decisão. No entanto, como ressaltamos no início dessa introdução, através do agir prático dos juízes, não é isso que ocorre.

Os casos polêmicos levados à apreciação do STF têm demonstrado a variedade de argumentos mobilizados pela Corte, oriundos das mais diversas searas. A ideia do direito como um sistema fechado, pelo menos no que tange às decisões levadas a cabo pelo Supremo nos *hard cases*, não se sustenta quando o enfoque recai sobre a argumentação. Contudo, esse é um canal pouco explorado para abordar as relações entre o direito e a sociedade, especialmente em relação à política.

Longe de ser um demérito para o direito, recorrer a argumentos externos à seara jurídica envolve a consideração da participação da sociedade e de outras áreas (sistemas ou campos, dependendo da forma como se encara os diferentes setores da sociedade) na construção de decisões que são pautadas, essencialmente, pela retórica. Como já ressaltamos, a fluidez dos argumentos de um gênero discursivo ao outro é uma característica da própria retórica. Além disso, o direito não parece oferecer muitas escolhas aos decisores quando os casos que lhes chegam à apreciação levantam questões demasiadamente complexas para serem decididas com base em argumentos de apenas uma natureza.

Uma parte da teoria do direito passou a defender uma maior interação entre o direito e outros campos sociais, em particular a interação entre o direito e a própria sociedade, tendo como base a ideia de que o direito deveria ser mais atento e sensível às demandas do mundo (ambiente, conforme linguagem da Teoria dos Sistemas) que o circunda. Essa concepção se posiciona criticamente em relação ao formalismo excessivo do direito, que o levou a uma espécie de autismo social. A sensibilidade que o direito deve ter em relação ao mundo, às demandas sociais, aos anseios de uma sociedade heterogênea e complexa, é pressuposto para que o direito seja capaz de *dar respostas* a essa sociedade, como argumentam Nonet e Selznick, na perspectiva do direito responsivo. A responsividade seria, então, a capacidade do direito de dar respostas ao mundo a partir de sua interação com ele, sem que se tenha que pensar na interação como uma oportunidade de perda de identidade e autonomia por parte do sistema.

A teoria do direito responsivo, no entanto, não é a única abordagem que critica o formalismo excessivo do sistema do direito, se opondo, ao mesmo tempo, a um positivismo exacerbado e aos problemas oferecidos pela aplicação da Teoria dos Sistemas. O que propomos é que uma teoria da argumentação, conjugada a uma teoria da ação, é capaz de lidar com as interações entre o direito, a política e o mundo social, sem pressupor a rigidez que o modelo sistêmico exige. Como na concepção proposta pela responsividade, também uma abordagem a partir da retórica é capaz de questionar o hermetismo do direito como condição necessária de sua autonomia. Pensar no direito como centro de si pressupõe pouca

permissividade em relação à influência de outros campos sociais. A retórica permitirá, observando o agir dos juízes, encarar as influências da sociedade no direito a partir da fluidez de argumentos, que caracteriza, pragmática e efetivamente, a construção das decisões judiciais. Assim, a abertura do direito não se daria graças a um confuso mecanismo teórico que defende o fechamento operacional como condição da abertura cognitiva, mas sim, graças ao agir de indivíduos específicos, posicionados em papéis específicos, incumbidos, pelo próprio sistema, de chegarem a uma decisão justificada. Para tanto, eles lançam mão da retórica.

Podemos dizer que o direito é um campo que se pensa como sistema. Na prática, o fechamento operacional preconizado pela teoria dos sistemas, com base em Luhmann, ao qual se soma o entendimento de um positivismo jurídico arraigado e mal interpretado pelos participantes do direito, não existe na prática. O fazer jurídico é caracterizado por uma abertura a outros campos, mesmo que isso não seja reconhecido aberta e discursivamente. A análise da argumentação é o caminho para esse entendimento.

A ideia de campo, conforme postulada por Pierre Bourdieu, parece ser mais adequada ao entendimento do direito e de suas relações com a política do que a Teoria dos Sistemas. A concepção de campo envolve um contexto no qual regras e relações de poder são criadas, perpetuadas e transformadas, influenciando o comportamento de seus partícipes. O campo, portanto, se mantém aberto a influências externas, embora Bourdieu também fale em autonomia e reconversões. Uma forma de compreender essa abertura é a analogia entre os campos. De acordo com a perspectiva bourdieusiana, o capital acumulado por grupos ou indivíduos em um campo pode ser reconvertido para um capital diferente, importante em outro campo. Analogamente, podemos pensar em termos retóricos: um argumento em um campo pode ser levado a uso em outro campo, sem com isso comprometer a identidade de nenhum dos campos envolvidos nesta perspectiva.

Entretanto, a maior pertinência de Bourdieu em relação a Luhmann para o entendimento do comportamento das relações estabelecidas entre o direito e a política, se deve à abertura do francês para uma teoria da ação com base nos indivíduos e nos papéis que desempenham. Bourdieu busca, mesmo que de forma enviesada, dirão os críticos, construir uma teoria da ação, com base

no conceito de *habitus*, como veremos. A concepção sistêmica de Luhmann, ao reverso, não partilha do mesmo intuito. A Teoria dos Sistemas, e esse é um dos principais pontos de crítica, é acusada de reproduzir uma espécie de anti-humanismo, no sentido de que não concede papel algum para a ação individual. A criatividade e a transformação são depositadas sobre os ombros do sistema, o que levou Luhmann a abrir mão de uma abordagem do papel do agente humano como elemento central para o entendimento da sociedade.

Se Luhmann abre mão do embate entre a estrutura social, de um lado, e a agência humana, de outro, construindo uma teoria onde os seres humanos, enquanto unidade de análise, são dispensados, Bourdieu, ao contrário, tem um compromisso com a criação de uma ponte entre a agência e a estrutura, buscando superar as vicissitudes de uma polarização entre o objetivismo e o subjetivismo. Por este motivo, o conceito de campo parece apresentar maiores virtudes do que o de sistema para o estudo do direito. Apesar desta pertinência, no que tange à consideração da ação dos indivíduos e grupos, nosso interesse pela noção de campo não envolve, neste trabalho, o intenso enfoque nas disputas, entre os atores, por posições privilegiadas no interior do campo, como faz Bourdieu. Nosso interesse é pela abordagem, no conceito de campo, da ação com elemento importante para a análise.

Apesar de seu compromisso de síntese com essas abordagens que governaram a teoria sociológica do século XX, Bourdieu é considerado como mais generoso com a concepção objetivista do que com o subjetivismo. A própria noção de *habitus*, por exemplo, deixaria claro o pouco espaço, mesmo com ele existindo, que Bourdieu concede à ação, à liberdade e à criatividade individuais, dando peso às estruturas sociais e ao caráter reprodutivo da vida social. A teoria da estruturação de Giddens, por sua vez, abordará a ação a partir de outro enfoque, permitindo vislumbrar a importância deste elemento para a compreensão da vida social.

Também compromissado com a tentativa de uma síntese, refutando a adequação absoluta do objetivismo e do subjetivismo, tomados unilateralmente para o entendimento da sociedade, Giddens constrói uma teoria onde a ação em si é separada das consequências dessa ação, em regra, impremeditadas. A teoria da estruturação é uma tentativa de construir uma ponte entre os polos da estrutura e da ação, assim como faz Bourdieu, mas, ao tratar das

consequências da ação, ela fornece elementos mais pertinentes para uma análise do agir na decisão judicial, lidando com as críticas que tradicionalmente são dirigidas a uma teoria da ação com base nos indivíduos.

Se o direito e a política são mais bem compreendidos, em suas relações, se pensados como campos, e não como sistemas, pelo menos da maneira como a concepção autopoietica de sistema tem sido aplicada ao direito, a relação entre a forma como o campo, com suas estruturas, regras e linguagens, condiciona, limita e, ao mesmo tempo, fornece os recursos (Giddens) para a ação, e a agência dos indivíduos passa a ser uma questão fundamental para ser levada em consideração.

Questão central do pensamento social, desde suas origens, a relação entre a estrutura e a agência foi crucial para o desenvolvimento da sociologia, e das ciências sociais como um todo, durante todo o século XX, capitaneando os debates no interior do campo científico. A centralidade dos questionamentos que suscita faz com que a dualidade estrutura-agência seja um elemento fundamental para ser abordado em qualquer investigação sobre a forma como os indivíduos agem e como se relacionam com as estruturas sociais com as quais interagem.

Tendo em vista o cenário aqui delineado, como então as teorias que buscam superar as unilateralidades da dualidade estrutura-agência, as contribuições das teorias dos campos e dos sistemas, a teoria da ação e a retórica podem se conjugar para oferecer um arcabouço teórico que nos permita entender as relações entre a política e o direito, tendo como objeto de estudo as decisões do STF nos casos difíceis (*hard cases*)? Para responder a essa pergunta, arquitetemos a linha argumentativa que sustenta esta tese, seguindo o caminho contrário ao que será apresentado ao longo dos capítulos.

A análise de casos polêmicos e complexos, com grande repercussão na sociedade brasileira, nos permite observar, conforme já ressaltamos, dois fenômenos, que estão, em certa medida, articulados: o envolvimento da sociedade brasileira nesses conflitos, colocando o STF em uma posição central diante dessa mesma sociedade; e a mobilização, por parte dos ministros do STF, de argumentos extrajurídicos, para a fundamentação de suas decisões.

A análise dos argumentos foi feita, metodologicamente, através do recurso oferecido pela teoria da lógica como retórica, delineada por Stephen

Toulmin, a partir da estrutura geral do argumento. Os votos dos ministros do STF, em três casos específicos, quais sejam, a união homoafetiva, o aborto de anencéfalos e a demarcação de terras indígenas, foram coletados através da leitura dos votos de cada um deles em cada um desses casos, levados à apreciação da Corte, e posicionados na estrutura do argumento proposta por Toulmin. Através desse recurso, foi possível perceber a forma como os argumentos dos ministros do Supremo foram construídos, demonstrando que o argumento jurídico é mais um recurso retórico entre outros argumentos possíveis, oriundos de outras áreas da sociedade, como a política, por exemplo. Em outro momento, utilizamos esse mesmo recurso metodológico para sustentar que a decisão, no direito, é estabelecida com base na retórica. Agora, o que nos interessa diretamente é o conteúdo extrajurídico dos votos dos ministros do STF nos casos analisados.

A exposição dos argumentos dos ministros para cada um dos casos analisados se encontra no capítulo 7 da tese, intitulado *Os argumentos que sustentam as decisões do Supremo Tribunal Federal nos casos difíceis: retórica, ação, e as relações entre o direito e outros campos sociais*. Assim, os votos de alguns dos ministros do STF são analisados, tendo em vista a estrutura do argumento geral proposta por Toulmin, nos casos que envolveram a discussão sobre a união homoafetiva, o aborto de fetos anencefálicos e a demarcação das terras indígenas Raposa Serra do Sol. Além da exposição e da análise dos argumentos utilizados pelos ministros para sustentarem sua decisão, é abordado o tema da adequação de uma teoria da ação para o estudo da produção da decisão judicial, e as consequências dessa escolha para a compreensão das relações entre o direito e a política.

O capítulo 6, *A retórica e a dualidade estrutura/agência para o entendimento da decisão judicial e de suas consequências*, apresenta as características da decisão judicial, como o pragmatismo, a imposição, pelo próprio direito, da obrigatoriedade da decisão (princípio da proibição do *non liquet*), a necessidade de justificação e a consideração do agir dos juízes, tomados como agentes orientados a um fazer prático. Essas características são contrapostas ao modelo sistêmico do direito, e, a partir do enfoque na linguagem e na argumentação, a retórica é apresentada como adequada para o entendimento de como as decisões judiciais são estabelecidas. Além disso,

ainda no capítulo 6, são apresentadas as características da retórica que, em Aristóteles, Perelman e Meyer, nos permitem compreender sua importância e sua adequação para lidar com a dualidade estrutura/agência a partir da argumentação. A análise da retórica aplicada à decisão judicial permitirá, argumentaremos, uma melhor compreensão das relações que o direito estabelece com a política e com a sociedade, tendo em vista uma teoria da ação.

Os capítulos 4 e 5 se relacionam com a Teoria dos Sistemas. Tomada como um enfoque teórico de grande repercussão no direito, afinada com o discurso oficial do campo jurídico, a teoria sistêmica oferecerá uma explicação do direito e de suas relações com os outros sistemas que não se coaduna com a análise com base na retórica que estamos aqui propondo. Além disso, a forma como foi adotada no direito nem sempre está de acordo com as propostas que seu principal expoente, Luhmann, desenvolveu. O capítulo 4, intitulado *A Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann e a percepção sistêmica do direito*, é dedicado à análise dos pressupostos e dos objetivos da Teoria dos Sistemas de Luhmann, apresentando os conceitos fundamentais da teoria e sua proposta de refundar a sociologia, incluindo a do direito. Além disso, esse mesmo capítulo aborda a aplicação da teoria sistêmica no âmbito do direito, a partir da perspectiva do próprio Luhmann.

O capítulo 5, *Desenvolvimentos da Teoria dos Sistemas, e os problemas de uma teoria sistêmica aplicada ao direito e suas consequências para a relação com a política e com a sociedade*, por sua vez, apresenta os principais desenvolvimentos e aplicações da Teoria dos Sistemas para o direito, em autores que foram influenciados pelo pensamento de Luhmann, inclusive em sua tentativa de aplicação para a análise do contexto brasileiro. Neste capítulo, também, são levantadas as principais críticas que podem ser dirigidas à proposta sistêmica, tanto como novo paradigma teórico para a sociologia, quanto no que diz respeito ao estudo do direito e de suas relações com a sociedade.

No capítulo 3, *O conceito de campo e suas implicações para o direito e a política*, são apresentadas a concepção de campo de Pierre Bourdieu e suas características que a posicionam como uma tentativa de articular, de maneira sólida, as relações entre estrutura e agência. O conceito de campo é

apresentado a partir do exemplo do campo científico, através do qual as características gerais do que Bourdieu chama de campo podem ser melhor percebidas. Em seguida, são apresentadas e discutidas as propostas de Bourdieu para a aplicação do conceito de campo na política e no direito, searas que nos interessam diretamente. Da noção de campo, ressaltaremos a consideração da participação dos atores, capazes, mesmo que de forma incipiente, na abordagem de Bourdieu, de alterar a estrutura, como mostram os exemplos da política e do direito. Destacaremos, também, a denúncia do discurso oficial do campo do direito, com o qual a Teoria dos Sistemas terá grande afinidade.

Os capítulos 1 e 2 são destinados a apresentar o manancial teórico que envolve uma das questões centrais da teoria social clássica, qual seja, a dualidade entre a estrutura e a agência, e como algumas abordagens teóricas lidaram com essa questão. O capítulo 1, *Um dilema fundamental da teoria sociológica: estrutura e agência*, localiza a importância da discussão acerca da relação entre estrutura e agência para a teoria sociológica, e para as ciências sociais como um todo. Como tema central das ciências sociais, seu estudo ajuda a articular o campo de estudo da sociologia, e, como tal, serve ao enfrentamento de problemas sociais, como aquele que pretendemos aqui abordar. Em analogia à perspectiva de Jeffrey Alexander, sobre a importância dos clássicos, podemos falar na importância dos *temas clássicos* para a análise de problemas sociais. A dualidade estrutura-agência, contrapondo abordagens objetivistas e subjetivistas, apresentada como uma aporia que perpassa quase toda a teoria sociológica, longe de ser um tema superado, ainda levanta uma série de questionamentos para a compreensão de fenômenos sociais, fornecendo elementos adequados para a presente pesquisa.

A tentativa de sintetizar as contribuições do objetivismo e do subjetivismo, que capitanearam a produção sociológica do século XX, encontrou em dois autores, primordialmente, suas abordagens mais sofisticadas e elaboradas: a teoria da estruturação de Anthony Giddens e o estruturismo de Pierre Bourdieu. O capítulo 2, *A construção das pontes: como resolver a aporia?*, aborda, justamente, as tentativas de Bourdieu e Giddens de lidar com os excessos das abordagens centradas, essencialmente, ou na ação



individual, ou nos condicionamentos da estrutura. Ambos interessados em construir pontes entre os dois polos, objetivismo e subjetivismo, o que, em última instância, significa uma polarização entre a ação e a estrutura, Giddens e Bourdieu têm como pano de fundo a construção de uma abordagem que conceda papéis equitativos para a ação individual e para as estruturas que limitam esta ação (no caso de Giddens, e também em Bourdieu, se tivermos uma leitura mais generosa de sua proposta, as estruturas, em alguma medida, também facilitam a ação). As propostas partilham o intuito, mas não as consequências e desdobramentos. Ressaltamos a tentativa de ambos de articular as dimensões da estrutura e da ação, dando ênfase à teoria da estruturação proposta por Giddens.

De acordo com nossa compreensão, tanto estrutura quanto agência são importantes para a compreensão do mundo social. O peso dado à influência de cada uma delas depende das circunstâncias, não podendo ser definido de antemão. Isso parece fundamental para o entendimento das decisões no Supremo Tribunal Federal. Os condicionamentos que o campo jurídico oferece, pois dotado de regras, estruturas, códigos e linguagens próprias, existem e exercem efeitos sobre a atuação dos ministros do STF (que ali se encontram, também e primordialmente, imersos em papéis). Contudo, essa influência não é rígida e absoluta, pois o espaço para a ação também é dado, principalmente tendo em vista o caráter argumentativo e pragmático das decisões.

A mobilização das principais noções deste problema que estamos chamando de central para a teoria social, bem como a exposição, ao longo de dois capítulos, do tema, poderiam ser consideradas excessivas em uma tese no âmbito das ciências sociais. No entanto, conforme ressaltar no início desta introdução, escrevo a partir de um lugar específico, para o direito e para as ciências sociais. A ideia de escrever, detalhadamente, sobre cada elemento conceitual com o qual trabalhamos é destinada a cobrir o entendimento, assim esperamos, de qualquer leitor interessado no tema. Além disso, conforme pretendemos argumentar ao longo da tese, argumentar é um exercício que envolve, antes de tudo, o convencimento próprio. Escrever dessa forma foi também uma maneira de organizar meu próprio pensamento.

Uma palavra sobre os anexos que compõem a tese. Regra geral, os anexos são compostos por informações que, embora úteis para a compreensão

dos argumentos que estruturam a proposta de trabalho, não são essenciais a ponto de serem inseridas no corpo do texto, se apresentando, desta forma, como elementos secundários. No entanto, no que diz respeito a esta tese, especificamente, os anexos são fundamentais para a linha argumentativa central que dá sustentação ao trabalho. Eles não são acessórios, mas, antes, parte integrante de nossa análise e elemento fundamental para o entendimento das conclusões às quais chegamos. Os anexos, de I a V, contêm análises das consequências da decisão do processo do mensalão (Ação Penal 470) para as relações entre direito, política e sociedade. Neles, são analisados o papel do STF, dos ministros da Corte, da participação da sociedade, e a forma como a política é tratada ao longo do processo, em oposição do direito. A partir dessa análise, nosso objetivo é apresentar a retórica e a teoria da ação como instrumentos mais adequados à compreensão das relações acima aventadas do que a Teoria dos Sistemas. O conteúdo dos anexos não foi inserido no corpo do texto, como os demais capítulos, pelo fato de eles terem sido escritos na forma de ensaios, e não com a mesma estrutura argumentativa do restante da tese.

Ainda outras palavras sobre a tese. As relações entre a política e o direito, evidentemente, se dão de inúmeras maneiras e através de diversos contextos. Assim, o que pretendemos aqui investigar envolve uma faceta dessas relações, e não todo o conjunto de possibilidades oferecidas pelo estudo do direito e da política. O enfoque é argumentativo. Os argumentos de outras fontes, que não o direito somente, são arregimentados pelos ministros do STF, para que decisões em casos complexos possam ser construídas, fazendo com o direito se abra, através da retórica, para a interação com outros campos sociais. Perceber o direito como campo, no sentido de considerarmos a importância da ação de atores sociais, e não como um sistema fechado, abre espaço para pensarmos nas relações que o próprio campo estabelece com seus participantes, influenciando suas ações, mas deixando espaço para que o externo, o novo e o possível façam parte do jogo.

O estudo das decisões do STF, especificamente, se deveu ao fato de se tratar da corte maior do país, guarda da Constituição Federal e *locus* para onde são levados os conflitos de maior relevância para a sociedade brasileira. Isso não quer dizer, contudo, que os instrumentos teóricos aqui apresentados,

organizados sob a forma de uma linha argumentativa específica, que procura identificar na retórica e em uma teoria da ação em contextos decisórios o elemento chave para a compreensão de um contexto onde as relações entre o direito e a política ainda se encontram pouco exploradas analiticamente, não possam servir de auxílio para a compreensão das ações dos participantes de qualquer contexto de decidibilidade.

O direito, é claro, possui suas especificidades, como o fato de ser impossível que não haja uma decisão para um caso que lhe é levado à apreciação, por exemplo. Contudo, a perspectiva de se lançar mão de uma compreensão dual da estrutura e da agência (Giddens), dentro de um campo específico (Bourdieu), onde as condicionantes e os recursos influenciam a ação dos participantes, que manejam argumentos (retórica) de outras searas para construírem suas tomadas de decisão, parece-nos um caminho interessante para qualquer contexto onde decisões precisem ser tomadas. O estudo do STF parece ser exemplar, mas, caso esses mesmos metodologia e recursos teóricos sejam aplicados para a análise do comportamento dos decisores em outros tribunais, cremos que eles serão tão úteis nesses contextos quanto o foram para nosso estudo.

Evidentemente, outros autores e correntes teóricas poderiam ter sido utilizados. Particularmente, uma abordagem interacionista dos embates entre os ministros do STF ao decidirem poderia apontar a influência que os argumentos de um decisor exercem sobre a argumentação dos outros. Outro ponto de interesse seria levar a cabo uma investigação sobre o caminho percorrido pelos ministros até ocuparem suas cadeiras no STF, analisando se origens diferentes (e não se trata apenas de origens sociais, mas, principalmente, profissionais) geram formas diferenciadas de construção do argumento, em busca de se identificar padrões de decisão (será que ministros que foram advogados, mas nunca juízes em outras instâncias antes de assumirem sua posição no STF, recorrem mais a argumentos jurídicos do que aqueles que já passaram pela experiência da magistratura?). Outras investigações são ainda plausíveis, como a relação entre o partido do Presidente da República, quando da data de nomeação do ministro ao STF, e como os ministros arregimentam argumentos para construírem suas decisões. Esses são apenas exemplos de uma série de investigações que não puderam

ser cobertas pelo presente estudo. O interacionismo, a fenomenologia, a etnomedologia, abordagens sobre ideologia e poder, estudos sobre mídia, teorias sobre ação coletiva, entre outras contribuições, poderiam ter sido, todos eles, recursos teóricos para cobrir um espectro maior do fenômeno que aqui tentamos investigar.

Além disso, outros casos levados à apreciação do STF poderiam ter sido apreciados. Suspeitamos de que, para a maioria dos casos levados à apreciação do STF, exceção feita àqueles que dizem respeito exclusivamente a questões técnicas, internas ao direito, encontraríamos substrato suficiente para levar a cabo o mesmo tipo de estudo aqui empreendido. Nossa escolha, porém, foi pautada pela repercussão social que os casos tiveram ao serem levados à apreciação do Supremo Tribunal Federal, colocando-os sob os holofotes da mídia e da sociedade como um todo. A sociedade, a política, o direito, a ação e a retórica. Para os casos escolhidos para esta tese, essas foram as palavras-chave.

## 1. Um dilema fundamental da teoria sociológica: estrutura e agência

*Ou afastas-te e diferencias países ou aproximas-te e diferencias homens<sup>4</sup>.*

A discussão acerca das possibilidades de ação e comportamento de um indivíduo tem como ponto fundamental a investigação do entorno que envolve a vida dessa pessoa. Além disso, a investigação do passado, mais especificamente de momentos tidos como cruciais para a formação de quem a pessoa se torna, como a infância, também é uma peça chave para o esforço heurístico de apontar os elementos que fizeram com que o indivíduo se encontrasse na posição em que se encontra. Essa forma de encarar o mundo, de observar o que circunda as pessoas, de onde elas vieram, quem são seus amigos e seus parentes, de que contextos sociais participaram e participam, com quais instituições se relacionam, em que circunstâncias interagem com outros indivíduos, a que grupos pertencem, entre outros elementos de interesse, se afasta de uma visão puramente individualista, cujo desdobramento metodológico (o individualismo) aponta para o indivíduo como o cerne primordial do interesse investigativo, o que levaria a deixar em um segundo plano a investigação acerca daquilo que extrapola as características do próprio indivíduo.

A sociologia, desde suas origens, busca compreender o entorno, o contexto no qual o indivíduo se insere, em busca de explicações para seu comportamento e para o entendimento da sociedade como um todo, formada, ela mesma, por indivíduos. Boa parte da teoria sociológica gira em torno desse ponto, ou seja, de levar em consideração as condições sociais de “produção do indivíduo”, sempre negociando soluções e debates em torno do desejo de se compreender até que ponto as características individuais são, na verdade, sociais. Além de buscar entender quais são os elementos que “compõem” a formação do indivíduo, as ciências sociais como um todo, e, em particular, a sociologia, se debruçaram sobre quais “forças” influenciam o comportamento dos indivíduos, revelando até que ponto eles são limitados e condicionados, ou livres para agirem no contexto social. Em qualquer dos casos, o indivíduo estava presente como elemento central para a investigação sociológica.

---

<sup>4</sup> Autor desconhecido.

Em busca de respostas, uma miríade de perspectivas teóricas foi construída, ora pendendo para o indivíduo, ora pendendo para a sociedade (o entorno no qual esse indivíduo está inserido). Apesar das disputas pendulares entre essas perspectivas, o consenso se mantém diante do fato, até para os mais individualistas, de que o indivíduo é produto de uma negociação entre características singulares e a produção social de seu ser. Assim, dúvidas não há quando a discussão passa pelo reconhecimento de que os indivíduos são formados pelas heranças de suas origens, sendo influenciados, até certo ponto pelo menos, por forças sociais que os ultrapassam.

Se há consenso quanto a esse ponto, visto que seria mesmo difícil imaginar uma perspectiva sociológica que não levasse em consideração as condições sociais e culturais que influenciam as características e a ação individuais, os enfoques e consequências a partir das diversas abordagens sociológicas não são os mesmos, se afastando de um terreno comum. Compreender até que ponto o indivíduo *age ou é levado a agir* deu origem a uma acirrada disputa no terreno sociológico, levada a cabo por concepções teóricas distintas, centradas, enquanto unidade de análise, no indivíduo ou na sociedade.

De um lado, para aqueles cuja explicação deveria ser buscada no próprio indivíduo, na compreensão de suas ações como fundamento para o entendimento da sociedade como um todo, há o reconhecimento da ação individual como elemento chave para a explicação da sociedade. O homem é um agente capaz de transformar a realidade à sua volta, e, se quisermos entender as mudanças sociais, é preciso que nos concentremos na ação humana. Esse é o polo da agência, vinculado a uma concepção microssociológica.

De outro, para aqueles cuja explicação deveria ser buscada na sociedade e em suas instituições, organizações, grupos e nas forças que são capazes de “produzir” comportamentos, apesar da ação individual, há o reconhecimento de que a ação humana é um elemento que, ao invés de explicar a sociedade, precisa ser explicado através de uma análise social mais ampla. Os indivíduos e suas ações não explicam a sociedade como um todo.

Antes, são explicados por ela. Esse é o polo da estrutura, vinculado a uma concepção macrossociológica.

Há aqueles, ainda, como veremos mais à frente, que buscaram relacionar esses dois polos, tentando estabelecer pontes que evitassem as unilateralidades fornecidas por ambas as análises. O fato é que estrutura e agência são dois elementos sem os quais a teoria sociológica não se desenvolveria. Mesmo quando teorias não tematizam, diretamente e nesses termos, as discussões que esses dois elementos suscitam, como no caso da Teoria dos Sistemas de Luhmann, elas o fazem a partir de uma referência, mesmo que negativa, a eles. As abordagens teóricas nas ciências sociais, que, em algum momento, desejarem compreender a sociedade, suas relações e formas de organização deverão, de uma maneira ou de outra, enfrentar a dualidade estrutura-agência.

Isso porque essa dualidade é um tema fundante das ciências sociais. Durante a primeira aula da disciplina Política II, do curso de Ciências Sociais da Universidade Federal de Juiz de Fora, ministrada à época (2008) pelo professor Raul Magalhães, ora orientador desta tese, no meio de uma exposição sobre o pensamento platônico, surgiu uma discussão sobre as ciências sociais e seu objeto de estudo. O professor afirmou que as ciências sociais possuíam dois grandes temas, duas grandes discussões, tão centrais para sua existência, que perpassavam todas as disciplinas que as compõem, em maior ou menor grau. Esses dois eixos condutores e centralizadores dos horizontes das ciências sociais pertencem à sua história, remetendo-nos a suas origens e aos debates que ocupavam seus primeiros teóricos e formuladores. Esses dois grandes pontos de inflexão, elementos centrais de todo o pensamento social, ainda são cruciais para a definição do objeto de estudo das ciências sociais: a passagem para o mundo moderno, com as transformações experimentadas nesse processo; e a relação entre a estrutura social e a ação humana. É esse segundo ponto que nos interessará diretamente neste trabalho.

A percepção da importância do tema para as ciências sociais é compartilhada por diversos autores. Ao ressaltar a importância da teoria nas ciências sociais, tomando como exemplo o impacto que as ideias de Weber tiveram sobre o pensamento social do século XX (principalmente tendo em

vista a repercussão gerada pela obra *A ética protestante e o espírito do capitalismo*), Giddens acena para questões fundamentais do pensamento social, que marcam e, de alguma maneira, centralizam em torno de si, o debate na área, até os dias de hoje. Giddens trata tais questões como *dilemas teóricos fundamentais*:

Existem diversos dilemas teóricos fundamentais – questões que continuam a gerar controvérsias ou discussões – para os quais essas opiniões conflitantes **(em relação à obra de Weber, exemplo que o autor estava usando)** nos chamam atenção; alguns envolvem temas bastante gerais relacionados à forma como deveríamos interpretar as atividades humanas e as instituições sociais (GIDDENS, 2005, p. 530, acréscimo nosso, em negrito).

Giddens aborda quatro dilemas fundamentais. Tendo em vista o que nos move neste trabalho, o que nos interessa é o dilema entre estrutura e ação<sup>5</sup>. As atividades humanas e as instituições sociais são referências à agência humana e à estrutura, respectivamente. Aliás, é importante ressaltar, a dualidade estrutura-agência dá ensejo a uma série de outras dualidades, análogas a ela. A estrutura, na teoria sociológica, envolve referências como condicionamento, limitação, sistema, campo, forças sociais, instituições, objetivismo, objeto, memória, reprodução, rigidez, enfoque macrossociológico, etc. A ação, por sua vez, relaciona-se com liberdade, criatividade, atividade, individualidade, inovação, fluidez, enfoque microssociológico, etc.

Todas essas referências apenas ressaltam a complexidade que o tema envolve. Giddens reforça sua importância, como mostra a passagem acima, enfatizando as controvérsias que geraram, e ainda geram, nas ciências sociais. Sem dúvida, as opiniões sobre tais temas continuam conflitantes, mas, por ora, é importante ressaltar a centralidade dessa temática para o campo sociológico.

---

<sup>5</sup> Os outros são, apresentados nesta ordem: a relação entre o consenso e o conflito na sociedade; o problema relacionado a questões de gênero; e a formação do mundo moderno (que aborda as perspectivas heurísticas de Marx e de Weber sobre essa formação).



A relevância do tema também não escapou a Habermas, apontando as relações estabelecidas entre o indivíduo e a sociedade como uma das duas questões fundamentais da teoria social clássica:

Os itens (b) e (c) (*ao se referir ao conceito durkheimiano de identidade coletiva, acréscimo nosso*) contêm duas questões fundamentais da teoria social clássica, que podem ser formuladas da seguinte maneira: Como são possíveis a ordem social e a integração social? **De que modo o indivíduo e a sociedade se relacionam entre si?** (HABERMAS, 2012, p. 101, grifo nosso, em negrito).

José Maurício Domingues também faz eco à percepção da dualidade estrutura-agência como um eixo fundamental para a análise sociológica:

Outro eixo fundamental de análise da teoria sociológica é o que se convencionou chamar de relação entre “estrutura” e “ação”. Até certo ponto, trata-se de uma outra forma de falar das unidades de análise. Porém, não só o plano metodológico estaria implicado aqui. A teoria, a ontologia social, aquilo que tece a vida social em si, estaria diretamente em questão a partir deste ângulo. Seria o indivíduo totalmente autônomo, ou até que grau estaria determinado pela sociedade? (DOMINGUES, p. 17, 2008).

A pergunta levantada por Domingues, como já enfatizamos anteriormente, é o que moveu, e ainda move, grande parte da pesquisa social. A questão ganha uma matiz ontológica ao nos questionarmos acerca do que a sociedade é constituída. De uma soma de indivíduos que, individualmente tomados, dão vida à teia do mundo social, ou de estruturas, grupos e instituições, e de algo novo, que não corresponde à soma das peças individuais (como postulou Durkheim)?

O fato é que essa pergunta é tão fundamental para o entendimento da história das ciências sociais e para seu desenvolvimento quanto as tentativas de resposta que foram elaboradas para resolvê-la. Nas palavras de

Domingues, existem algumas “chaves interpretativas que seriam úteis para entender qualquer teoria sociológica” (2008, p. 7). Não restam dúvidas de que a dualidade estrutura-agência é uma dessas chaves.

A centralidade do que Domingues chamou de chaves interpretativas úteis para o entendimento de qualquer teoria sociológica faz com que temas importantes, como a relação entre a estrutura e a ação, sejam uma espécie de norte para o estabelecimento de debates acerca da compreensão da realidade social. É o que ressalta Domingues, ao afirmar que algumas correntes na sociologia “introduziram conceitos cruciais para nosso entendimento da realidade e a necessidade de se manter um compromisso, de algum modo exclusivo e excludente, exatamente com estes aspectos mais gerais e abstratos da teoria sociológica” (2008, p. 9).

Esse ponto nos parece particularmente interessante, se vincularmos essa centralidade, atribuída por Domingues, com a concepção que Jeffrey Alexander desenvolve acerca da importância dos clássicos<sup>6</sup> em ciências sociais (1999). De acordo com Alexander<sup>7</sup>, os clássicos, nas ciências sociais, continuam tendo uma grande importância para a teoria, a pesquisa e para a própria delimitação dos problemas que o campo constrói, identifica e busca enfrentar. Em um cenário caracterizado pela ausência de verdades absolutas, onde diferentes concepções e pontos de vista, através da argumentação, buscam adquirir legitimidade frente a concepções antagônicas, os clássicos são uma referência necessária acerca dos principais problemas com os quais o campo de estudo das ciências sociais precisa lidar.

A leitura dos autores clássicos, segundo Alexander, permitiria a delimitação dos principais problemas e objetos que o campo pretende enfrentar. Onde há, sempre, uma miríade de interpretações possíveis, os clássicos ajudam a evitar uma pluralidade de possibilidades que se afastem da centralidade do campo.

---

<sup>6</sup> Luhmann tem uma visão crítica dos clássicos, cujas proposições teóricas ele tentará superar. Segundo ele, os clássicos são aqueles cujo diagnóstico sobre o mundo já está ultrapassado: “os autores se convertem em clássicos quando se considera que o diagnóstico que fizeram sobre o tempo já está ultrapassado. Deve-se encontrar uma razão para dedicar-se a eles, e esta não pode ser senão o fato de que outros também lhes dediquem tempo” (2010, p. 342-343).

<sup>7</sup> Alexander foi muito influenciado por Parsons, um autor que buscou nos clássicos da sociologia, principalmente em Durkheim e Weber, os fundamentos de suas concepções teóricas.

A concepção de Alexander, pode assim ser interpretada, não envolve somente a importância dos autores clássicos, mas também, e principalmente, dos *temas clássicos* para as ciências sociais. Esse é o caso da dualidade estrutura-agência, problema de fundo da teoria sociológica. Sua centralidade é tão grande que as concepções sociológicas que dominaram todo o século XX, se posicionaram, ou no polo da estrutura, ou no polo da agência. As tentativas de síntese entre esses dois polos, como veremos no próximo capítulo, só ganharam força a partir da década de 1970.

A importância do tema é tão grande que, para Giddens, por exemplo, é pouco provável que um dia o dilema seja resolvido, embora, como veremos, ele próprio tenha desenvolvido uma teoria que busca contornar essa aporia. De acordo com Giddens:

É pouco provável que um dia essa controvérsia esteja totalmente resolvida, já que ela existe desde as primeiras tentativas sistemáticas dos pensadores modernos de explicar o comportamento humano. Além do mais, este é um debate que não se limita apenas à sociologia, mas que preocupa estudiosos de todos os campos das ciências sociais. (GIDDENS, 2005, p. 531).

De um lado, portanto, há uma abordagem com ênfase no indivíduo e em suas ações, ao passo que, de outro, figura uma abordagem com ênfase nas estruturas sociais. No primeiro caso, é como se estivéssemos olhando para o mundo social com a ajuda de uma lupa, acompanhando, de perto, as peças individuais do enorme quebra-cabeça social, afinal, seriam elas os elementos explicativos para a compreensão do todo. No segundo caso, é como se acompanhássemos a vida social observando-a de um dirigível, que, mesmo não fornecendo uma visão de cada parte, apresenta uma visão panorâmica do todo, interesse maior da teoria social. As ideias centrais de cada uma dessas abordagens são apresentadas nos dois tópicos que seguem.

### **1.1. O olhar através da lupa: a abordagem microssociológica**

Como ressaltamos anteriormente, há defensores de cada um dos polos, estrutura e ação, e há aqueles que buscam construir pontes para conciliá-los. A microsociologia, cujo foco é a ação, tenta entender o mundo a partir de ações individuais, que se conformam dando corpo à sociedade. Sua base são os indivíduos reais e concretos. A macrosociologia, por sua vez, explica o mundo, e a ação dos indivíduos, através de estruturas anteriores e superiores aos próprios indivíduos (cultura, instituições, sociedade, etc – como a explicação de Durkheim). A partir de outra vertente macrosociológica, como a abordagem construída por Marx, por exemplo, os indivíduos são pensados enquanto classe, de forma abstrata, como representações de grupos maiores. É fato que os dados obtidos com indivíduos reais, concretos, permitem agregá-los em grupos semelhantes, mas o tom dado pela interpretação macrosociológica envolve uma consideração secundária dos indivíduos enquanto tais, visto que seu enfoque prioritário, enquanto unidade de análise, é uma visão mais ampla da sociedade.

Falar de uma observação através da lupa, em teoria social, significa colocar o indivíduo em destaque, como unidade de análise fundamental. É a partir do indivíduo concreto e real, e de suas ações, que poderemos compreender a organização social e as relações estabelecidas no seio do mundo social. A microsociologia, o individualismo, a teoria da escolha racional, as teorias da interpretação, a fenomenologia e a etnometodologia são exemplos de abordagens sociológicas para as quais o indivíduo é um elemento fundamental de estudo, para o entendimento do mundo social. A década de 1960, nos Estados Unidos, experimentou uma série de desenvolvimentos teóricos em torno da microsociologia e de uma abordagem mais atenta ao indivíduo no seio das ciências sociais.

Se as teorias macrosociológicas, como veremos a seguir, percebem, num exagero dos críticos, o indivíduo como absolutamente determinado por estruturas e instituições sociais que lhe são anteriores, a microsociologia parte do princípio de que os indivíduos são dotados de um espaço de atuação, envolvendo raciocínio, liberdade e escolha. Essa é a perspectiva da escolha racional, por exemplo, através da qual o indivíduo é percebido como um agente capaz de instrumentalizar suas condições objetivas, não sendo absolutamente determinados por elas. Os agentes seriam, assim, capazes de entender suas

escolhas, sabendo lidar com as estruturas com as quais interagem, podendo, diante disso, instrumentalizar tais estruturas a seu favor. Jon Elster é um expoente do paradigma da escolha racional, percebendo a estrutura como uma contingência que o ator leva em conta para jogar, para agir, obtendo benefícios em seu favor. O que fica claro é o enfoque no ator, que escolhe o tempo todo.

Eis, nessa abordagem, dois pontos particularmente polêmicos e sensíveis às críticas. O primeiro deles envolve a instrumentalização das estruturas e dos elementos condicionantes da ação. É como se os indivíduos fossem capazes de, o tempo todo, manipular os aspectos objetivos da vida social a seu favor. Com isso, a real influência que as estruturas exercem sobre o comportamento e a ação dos indivíduos é colocada em segundo plano, e o indivíduo é visto como um ator capaz de escolha sempre. O segundo ponto está relacionado com a reflexividade por parte de um ator que, a partir do cálculo racional, é capaz de identificar todos os elementos que influenciam a ação, dispondo deles de forma consciente. Uma parcela considerável de nossos atos, de acordo com a oposição teórica a essa abordagem da escolha racional, é realizada de forma inconsciente e irrefletida. Sendo assim, uma abordagem microssociológica como a teoria da escolha racional acabaria por secundarizar aspectos constitutivos do ser humano real, em muitas situações, agindo de forma condicionada, irracional e inconsciente. O exagero de tal abordagem é desconsiderar os efeitos limitantes exercidos pelas estruturas sociais sobre a ação dos indivíduos, colocando os agentes como senhores absolutos, sempre, de suas ações.

Contudo, não somente a teoria da escolha racional é uma concepção que adota a perspectiva centrada no indivíduo e em suas ações, no cerne das abordagens microssociológicas. O liberalismo, seja político, seja econômico, em suas origens, no próprio nascimento do pensamento moderno, é, de acordo com o entendimento de Domingues, um exemplo de projeção do individualismo:

O pensamento moderno típico, que enquanto tal pode ser datado dos séculos XVII-XVIII, colocou em seu centro a noção de indivíduo. Para autores como Hobbes e Locke, por exemplo, o indivíduo seria a célula fundamental da sociedade. Racionais

e orientados para a preservação de si próprios e para a maximização de seus interesses, os indivíduos chegariam, em dado momento, a um acordo que fundaria a sociedade (DOMINGUES, 2008, p. 13).

Desse acordo dos indivíduos, fundamento da sociedade, surgiria o Estado, o centro garantidor da ordem social, da segurança daqueles mesmos indivíduos que o criaram, objeto maior de preocupação do contratualismo hobbesiano. A leitura do liberalismo, já nascente nesses autores e, portanto, herança de seu pensamento, é, justamente, no sentido de identificar o indivíduo como o núcleo essencial para a explicação da própria ideia de indivíduo e da ideia de sociedade (e da vida social como um todo), cujos efeitos são percebidos, por exemplo, na primeira geração de direitos a serem protegidos, os direitos individuais.

No entanto, no entendimento de Domingues, a sociologia surge, precisamente, como “alternativa crítica” (2008, p. 13) a esse entendimento sobre os fundamentos da vida social. O indivíduo continuou, por muitas concepções sociológicas, sendo pensado como o principal elemento no palco desse teatro social, a sociedade. No entanto, mesmo para essas concepções, a explicação do comportamento desse indivíduo passa por outros fatores e fenômenos sociais, além dos desejos, impulsos e necessidades desse mesmo indivíduo, ao qual, aqui, estamos nos referindo abstratamente. Assim, um objetivo basilar da sociologia é a explicação a partir dos fenômenos sociais dos quais o indivíduo participa e, em alguma medida, constrói.

É importante ressaltar esse ponto. As abordagens individualistas não pressupõem, como uma crítica radical poderia fazer supor, a inexistência das estruturas sociais e de seus efeitos sobre o comportamento dos indivíduos. As estruturas sociais existem e exercem efeitos na ação humana. O que o individualismo, em regra, assume é que tais influências são secundárias diante da capacidade racional do agente, que está apto, inclusive, a fazer um uso instrumental dessas estruturas.

Uma importante abordagem de cunho individualista é a teoria da ação de Max Weber. De acordo com Weber (2000), o indivíduo é um ator capaz de manipular um contexto, projetando algo a partir dos dados existentes, que ela

coleta de acordo com cada contexto. Assim, em Weber, há uma decisão e uma ação. De fato, para ele, o elemento social da vida social é a ação, visto que mesmo os fatos sociais podem ser decompostos em ações. As teorias da ação, como a de Weber, apresentam uma clara oposição à perspectiva funcionalista (da qual falaremos brevemente mais à frente), principalmente no que diz respeito ao que buscam explicar. Enquanto a teoria da ação se concentra nos agentes individuais, o funcionalismo tem como objeto de interesse a operação do todo social:

Considera-se aqui que o papel da sociologia é abarcar o significado da ação social e da interação, mais do que explicar quais forças externas às pessoas induzem-nas a agir da forma que agem. Se o funcionalismo e as perspectivas do conflito promovem modelos de como a sociedade como um todo opera, as teorias da ação se concentram na análise de como os agentes individuais se comportam ou se orientam com respeito a cada um e à sociedade (GIDDENS, 2005, p. 35).

Embora não tenha sido pensada de forma taxativa e acabada, Weber desenvolveu uma tipologia da ação, envolvendo quatro espécies ideais (no sentido de tipo ideal, de uma abstração que, analiticamente, ajuda o estudioso a compreender o que ocorre na realidade) de ação:

*1 – ação racional com respeito a fins* – é uma ação instrumental pura; o agente vislumbra um fim e imagina a ação dos outros atores, projetando os resultados futuros de sua ação (como a racionalidade no mercado, por exemplo); essa é uma ideia que ganhou muitos adeptos na economia<sup>8</sup>;

*2 – ação racional com respeito a valores* – o valor, elemento de natureza não racional puramente, pode impactar a ação (como, por exemplo, um velocista que deseja vencer uma prova e não faz uso de substâncias proibidas); vale notar que o valor é considerado por Weber como um elemento irracional, no sentido de não ceder a ponderações estritamente racionais. O agente racional puro é aquele que se vale de qualquer meio para atingir seu fim

---

<sup>8</sup> Na política, podemos, como exemplo, pensar no demiurgo que domina o Estado, maquinando o comportamento de seus adversários e desconsiderando qualquer tipo de moralidade.

(tudo é calculado, como no primeiro tipo de ação, acima exposto); os valores impedem que o ator seja absolutamente livre em seus projetos (livre no sentido de não se deter diante de problemas morais e estéticos); como o valor é compartilhado socialmente, há um limite social à ação;

3 – *ação tradicional* – seguir puramente a tradição, para Weber, é uma ação irracional, já que sua reflexividade não toma lugar no agir; o indivíduo simplesmente segue a tradição, sem reflexão profunda;

4 – *ação puramente afetiva* – de cunho emocional, esse tipo de ação também é irrefletido, e está relacionado com o carisma.

Weber dá centralidade, portanto, à ação individual. Sua tipologia, da forma como foi aqui apresentada, se coloca a partir de graus diferentes de racionalidade, da ação mais racional (com respeito a fins), para a ação menos racional (puramente afetiva). As ações com respeito a valores e com respeito à tradição apontam para os limites da ação humana, influenciada por outros fatores além do cálculo racional, como os valores e a tradição. Não obstante, a unidade de análise é a ação individual e como ela pode ser compreendida (Weber é um dos representantes da sociologia compreensiva).

Tendo em vista sua abordagem, Weber pode ser percebido como um dos principais expoentes<sup>9</sup> do individualismo metodológico, corrente que enfatiza o indivíduo, enquanto unidade de análise, e procura explicar seu comportamento. Para os individualistas metodológicos, enquanto uma abordagem microsociológica, tudo o que constitui a vida social deve ser pensado a partir do ponto de vista do indivíduo. Em outras palavras, toda a vida social só interessa, e, mesmo, só existe, a partir do sentido atribuído a ela pelos indivíduos, sob pena de toda e qualquer construção social não existir em si mesma, ou não ter significado algum (DOMINGUES, 2008, p. 14).

Raymond Boudon e Jon Elster temperam essa concepção de cunho weberiano, admitindo ser ela irrealizável do ponto de vista prático, mas deixando-a como horizonte objetivo de busca das ciências sociais, e acrescentando a ideia de consequências não intencionais da ação (Giddens também seguirá esse caminho, quanto a esse ponto), mesmo quando a ação é intencional. Esse ponto introduz o elemento da não previsibilidade absoluta de

---

<sup>9</sup> Principalmente, se levarmos em consideração o impacto de sua obra e a centralidade que adquiriu para o pensamento sociológico, conforme ressaltado por Jeffrey Alexander (1999).



todas as ações, mesmo aquelas que são racionalmente intencionadas, o que leva a um reconhecimento do não controle absoluto das consequências de uma ação, apesar de ela ter sido planejada. Voltaremos a esse ponto quando nos debruçarmos sobre a teoria da estruturação de Giddens, no capítulo 2.

De acordo com Domingues, a primeira categoria fundamental para a compreensão da sociologia, e de seus fundamentos e possibilidades, é a unidade de análise. A pergunta chave levantada pelo autor é: “Quais os elementos básicos de que vale o sociólogo para analisar um fenômeno qualquer?” (2008, p. 14). A unidade de análise, no caso do individualismo metodológico, é o próprio indivíduo.

Postulando uma redução (expressão utilizada por Domingues) de toda vida social aos indivíduos, o individualismo metodológico supõe, em maior ou menor grau, que uma causalidade ativa, empreendida pelos indivíduos que compõem a sociedade, é a responsável pela construção de toda a vida social. Conforme assevera Domingues:

Todavia, é quase inevitável supor um indivíduo autônomo e independente como substrato da vida social no caso desses autores **(individualistas)**; do contrário, qual o sentido de postular a redução de toda e qualquer explicação da vida social aos indivíduos, deixando de lado e negando a relevância de outros fatores? (DOMINGUES, p. 15, 2008, acréscimo nosso, em negrito).

A autonomia e a independência do indivíduo são os termos fundamentais para a percepção construída pelo individualismo metodológico. Sem dúvida, são os alicerces que dão suporte à construção teórica desses autores. Assim, busca-se construir um entendimento sobre a vida social como fruto da ação desses indivíduos, dotados de autonomia e, portanto, capazes de agir em função de seus interesses e de sua racionalidade, dando sentido a suas ações. No entanto, mesmo concedendo ao indivíduo o primado construtivo do mundo social, o individualismo metodológico não pôde, e não pode, abrir mão do reconhecimento da existência de elementos sociais que figuram como limitadores, condicionantes e estruturantes da ação individual:

É verdade, também, que eles **(os individualistas metodológicos)** com frequência introduzem, sub-repticiamente e em flagrante contradição com seus fortes postulados individualistas, estruturas sociais que determinariam com maior ou menor força os interesses dos indivíduos e, portanto, afetariam causalmente seu comportamento de forma decisiva (DOMINGUES, p. 15, 2008, acréscimo nosso, em negrito).

Com razão, a postulação, por parte dos individualistas metodológicos, ou, fugindo do rótulo, por aqueles que procuraram entender a organização do mundo social a partir de uma perspectiva generosa em relação à ação individual, da existência de estruturas sociais que afetam os indivíduos e sua ação, como condicionantes dos mesmos, em maior ou em menor grau, é bem vinda. Afinal, no contexto da sociologia, seria difícil imaginar, em algum esforço teórico, a negação da existência de constrangimentos e condicionantes da vida e da ação sociais, concedendo ao indivíduo uma liberdade absoluta do agir, conforme entendimento que já expressamos anteriormente. A questão, desse modo, como também já ressaltamos, não gira em torno da existência dos condicionantes, da estrutura social, mas sim, do grau de intensidade com que essa estrutura é capaz de exercer seus efeitos sobre a ação dos indivíduos.

Outras concepções adotaram o indivíduo como sua unidade de análise, como a fenomenologia e a etnometodologia. A fenomenologia tem como uma de suas principais influências a obra do filósofo alemão Edmund Husserl, que assentou seus pressupostos teóricos na investigação de como ocorre o processo de compreensão do mundo, por parte dos indivíduos, para, conhecendo o mundo, poderem agir nele. A fenomenologia, tendo como referência importante a Escola de Chicago, se baseava na observação e em entrevistas para saber como o agente responde acerca do que ele pensa. Seu foco é o ator consciente que concebe e entende suas ações. A partir de uma perspectiva interacionista, o pensamento fenomenológico foi influenciado, além de Husserl, por Weber e Simmel.

Husserl foi professor de Alfred Schutz, e defendia a ideia de que o processo do conhecimento envolve a suspensão da realidade, da vida

cotidiana. O conhecimento envolve abstração e afastamento do “aqui” e “agora” da existência. A operação de filosofar é colocar o mundo entre parênteses, pois o perceber, em termos de sentido, o mundo pode atrapalhar o filosofar.

Schutz, um dos principais representantes da fenomenologia, estava interessado em como as pessoas agem no mundo. É o plano da ação, e não o da abstração, seu foco de interesse. Há, em seu pensamento, uma suspensão da dúvida em relação à existência do mundo. Os indivíduos não duvidam de que o mundo exista e agem neste mundo. A abordagem de Schutz exigia uma dimensão interacionista, visto que a realidade, para ele, não poderia existir fora da interação.

A etnometodologia encontra em Harold Garfinkel (1984), aluno de Schutz, seu grande nome. De acordo com a etnometodologia, as pessoas são capazes de internalizar e subjetivar as estruturas, usando-as para seus propósitos. Toda pessoa é, de certa forma, um sociólogo, já que os conteúdos da sociologia são conhecidos por todos. O que o cientista social faz é sistematizar esse saber, fornecendo elementos para que o processo seja entendido por outro ângulo. A etnometodologia se dedicou ao estudo de como as pessoas são capazes de compreender a realidade à sua volta, construindo ricas análises sobre o mundo que as entorna e sobre as relações que estabelecem com ele.

O interesse de Garfinkel é pela vida cotidiana, pelo que há de mais comum. Ao contrário do que poderia se supor, para viver no mundo é preciso, em grande medida, compreender o mundo. Assim, Garfinkel parte do pressuposto de que os atores entendem as atividades com as quais se envolvem, mesmo que não o façam a partir de conceitos científicos. Apesar disso, eles são capazes de descrever aquilo que realizam como atividade prática (GARFINKEL, 1984). Por isso, o interesse da etnometodologia pelos relatos dos atores na vida cotidiana. De acordo com essa abordagem, há uma identidade entre relatar uma atividade e organizar a ação em torno da mesma. Para Garfinkel, portanto, seguindo a esteira de Weber e Schutz, o mundo é um fluxo contínuo de ações.

Evidentemente, no curso da vida cotidiana, nem todas as ações são relatadas. No entanto, para fins práticos, as ações são relatáveis, desde que os indivíduos sejam desafiados a assim proceder (GARFINKEL, 1984). As práticas

são tomadas como pressupostos da ação, e, portanto, como pré-reflexivas. Isso não quer dizer, contudo, que os indivíduos sejam autômatos, desconhecedores de suas ações. Eles adotam, para efeitos práticos, uma espécie de reflexividade desinteressada, mas, ainda sim, uma reflexividade. Sempre que confrontados, os indivíduos são capazes de descrever suas ações (como mostra a utilização do método clínico, através do qual as pessoas se mostram capazes de reconstruir interpretativamente aquilo que elas fizeram).

Na concepção de Garfinkel, desta forma, os indivíduos são dotados de reflexividade e capazes de compreender suas ações. Isso não significa que eles tenham controle absoluto sobre as consequências das mesmas, mas que, no agir cotidiano, há sempre uma projeção futura em relação às ações. Assim, toda ação pressupõe essa projeção sobre estados futuros, mesmo que todos os passos e consequências da ação não possam ser previstos e esmiuçados. Essa, aliás, de acordo com Garfinkel, é a operação básica do senso comum, envolvendo a projeção de ações concertadas (1984).

Assim como Weber, Garfinkel não aborda o tema da ação a partir do controle absoluto de suas consequências, como uma interpretação mais radical da teoria da escolha racional poderia fazer supor, atraindo para si uma série de críticas. Weber é probabilístico, e também o é a etnometodologia. Toda ação gera resultados possíveis e esperados, sem que haja certeza completa. Esse ponto se aproxima da noção de Giddens em relação às consequências impremeditadas da ação. O pensamento de Garfinkel é infinitamente mais rico do que essa breve exposição, mas o que nos interessa de sua abordagem aqui é justamente a valorização da cognição e da reflexividade humana como elementos que operam na vida cotidiana de forma muito mais incisiva do que a sociologia tradicional pressupunha.

Tanto a fenomenologia quanto a etnometodologia, assim como, de resto, todas as abordagens individualistas, que procuram dar enfoque à ação dos indivíduos, sofreram com uma série de críticas, dirigidas, sobretudo, ao reducionismo de suas análises, que desconsideravam o papel das estruturas sociais, reduzindo a vida social a um conjunto de ações de indivíduos, em regra, conscientes, racionais e dotados de grande espaço e capacidade de ação. Apesar disso, conforme aponta Domingues, as contribuições dessas abordagens chamaram a atenção para a ação e para a criatividade dos

indivíduos, que, se não explicam totalmente a realidade social, não podem ser desconsideradas para uma interpretação mais acurada e profunda dessa mesma realidade:

Sem dúvida, há algo de redutivo em muitas das análises originais de autores como Mead, Schutz, Blumer e Garfinkel. Mas a atenção para com a flexibilidade e fluidez do mundo social, para com a temática da ação e da criatividade são contribuições permanentes dessas escolas de pensamento sociológico, sem as quais dificilmente teorias abrangentes e precisas da vida social podem ser propostas. (DOMINGUES, 2008, p. 33).

Assim como as abordagens individualistas, que deram enfoque à ação humana, sendo taxadas como subjetivistas por conta disso, tendo virtudes e vicissitudes por conta dessa escolha de enfoque, as concepções que deram enfoque à estrutura, as abordagens objetivistas, também apresentarão pontos indispensáveis para a análise social e reducionismos no que diz respeito à forma como as relações entre os indivíduos e a sociedade se estabelecerão. É o que será abordado no tópico a seguir.

## **1.2. O olhar do Zeppelin – a abordagem macrossociológica**

As influências sociais que interferem na ação do indivíduo, e, muitas vezes, as condicionam de forma tão rígida que parecem mesmo determiná-la ao limite, como se não houvesse qualquer escapatória possível, são tratadas, no âmbito da sociologia, como aspectos heurísticos fundamentais para o entendimento de como o mundo social se organiza e de como os indivíduos se comportam nesse cenário.

Como ressaltamos anteriormente, o próprio cerne da sociologia se relaciona com a percepção de que a vida social não é apenas um conjunto aleatório de ações individuais, mas que essas ações sofrem interferências de uma série de elementos do contexto social. Viver em sociedade implica o

reconhecimento de que há fatores, não controlados absolutamente pelos indivíduos, que afetam suas ações e seus comportamentos.

A expressão “influências sociais” é demasiadamente ampla e abstrata, exigindo uma especificação maior em relação àquilo a que estamos nos referindo quando recorremos a seu emprego. De maneira geral, os indivíduos são influenciados por uma série de fatores, como outros indivíduos, grupos de outros indivíduos, contextos e cenários específicos, instituições, ideias etc. Quando estamos diante do esforço de explicar o mundo que nos rodeia, a ideia de que estamos sendo influenciados por fatores que não controlamos é algo caro às ciências sociais e, em maior ou menor medida, seu reconhecimento é compartilhado pelos mais diferentes matizes do pensamento social, mesmo para posições antagônicas (como foi aventado, quando da exposição das ideias gerais das abordagens individualistas). Assim, dificilmente encontraremos alguma teoria nas ciências sociais que não reconheça a influência de uma série de fatores na forma de pensar e agir do indivíduo. Reconhecer essas influências, no entanto, não impede que uma miríade de posicionamentos seja desenvolvida em torno da percepção acerca da intensidade e da capacidade de limitação que essas influências podem exercer.

Lidar com as ciências sociais exige do estudioso o que Giddens chama de imaginação sociológica, ou seja, a capacidade de analisar o mundo social para além de nossa vida cotidiana, para além de nossas rotinas, “a fim de que as observemos de modo renovado” (GIDDENS, 2005, p. 24). A imaginação sociológica permite que vejamos, a partir de um novo ponto de vista, fenômenos que, inicialmente, pareciam estar relacionados somente aos indivíduos, mas que, de fato, pressupõem questões muito mais amplas e complexas. Isso quer dizer que, mesmo quando estamos diante daquilo que parece mais individual, podemos observar questões de natureza social.

É como estar em um dirigível. Olhando de cima, a visão que se tem da sociedade é ampla, geral, do todo, mas não se observa as relações dos agentes, que, lá de cima, quase não são vistos. O que se vê do dirigível são estruturas sociais, a forma geral como a sociedade se organiza, sem se debruçar em minúcias e detalhes, que, de todo modo, não interferem no panorama geral que a visão, a partir do dirigível, fornece.

Em regra, quando estamos diante do debate que envolve o reconhecimento dessas influências, duas questões primordiais se levantam: a primeira delas, diz respeito ao reconhecimento de sua existência, ponto que parece não ser questionado e que, de alguma maneira, é definidor da sociologia, ou seja, a sociologia (e podemos pensar nas ciências sociais de maneira geral) exige o reconhecimento de que existem forças que influenciam o comportamento dos indivíduos; a segunda questão, fundamento das diferentes posições que se desdobram a partir do reconhecimento do primeiro ponto, se funda na percepção da intensidade através da qual tais influências são exercidas. Esse segundo ponto é o cerne do debate, no seio das ciências sociais, que envolve as relações entre a estrutura e a agência.

Ao tratarmos das influências que afetam a vida e o comportamento dos indivíduos, uma série de termos e ideias foi construída e utilizada para se referir à sua existência. Assim, a ideia central que mobiliza a percepção de que os indivíduos são influenciados por diversos fatores que eles não necessariamente controlam gira em torno da noção de estrutura. Tal posicionamento é recorrentemente chamado de objetivismo, ou de enfoque objetivo em relação à forma de encarar as relações entre a ação dos indivíduos e os fatores que a influenciam.

Assim como não existe um único individualismo, e sim abordagens individualistas, o objetivismo, ou o enfoque no estudo das estruturas sociais, não é unívoco. Há uma série de abordagens objetivistas diferentes entre si. No entanto, mesmo com as diferenças, é possível identificar um pano de fundo comum, que une e integra todos esses matizes sob o prisma do objetivismo. Esse pano de fundo é o enfoque e a importância que tais abordagens colocam sobre a influência que as estruturas sociais exercem sobre a ação dos indivíduos.

Quando da exposição das ideias que regem a perspectiva individualista, Domingues apresentou o liberalismo como terreno fértil para seu desenvolvimento. Na visão dele, a dualidade estrutura-agência pode ser reconvertida na dualidade romantismo-liberalismo, visto que os românticos apresentavam uma concepção antagônica àquela preconizada pelos liberais:

Se para os autores do liberalismo emergente o Estado se apresentava como um pacto derivado de um acordo entre os indivíduos, para os românticos, que lhes seguiram e combateram, a sociedade era entendida sobretudo como uma ordem cultural e moral que preexistia ao indivíduo, o qual era fruto dela e só tomava sentido ao ser por ela formado, cultural e moralmente. Sua unidade fundamental de análise se colocava, deste modo, como a própria sociedade, que se recusava a dividir, embora reconhecesse por vezes grupos com papéis específicos em seu funcionamento (DOMINGUES, p. 16, 2008).

A abordagem romântica, no entendimento de Domingues, se contrapondo à liberal, colocava em xeque uma concepção de entendimento da sociedade com base no indivíduo, encarando-o como uma entidade localizada em um mundo construído antes mesmo de sua existência. Mais do que isso, atribuía à sociedade, e não ao indivíduo, uma precedência ontológica, visto que esse só poderia ter sentido à luz da compreensão daquela.

Além do romantismo, uma gama de outras abordagens teóricas concedeu peso e precedência às estruturas sociais para a compreensão das relações entre os indivíduos e a sociedade. A teoria dos sistemas, por exemplo, é uma delas. A concepção sistêmica encontra em Talcott Parsons um de seus principais precursores. Parsons buscou compreender como os indivíduos se comportam, construindo uma teoria da ação, mas seu enfoque, com clareza, recai sobre os aspectos estruturais.

O impacto que a obra de Parsons teve para as teorias sociológicas no século XX, principalmente na década de 1950, foi espantoso. Parsons teve grande influência, entre outras, sobre as teorias sistêmicas, que ganharam força, principalmente, a partir da Teoria dos Sistemas<sup>10</sup> do alemão Niklas Luhmann.

Para as teorias sistêmicas, os indivíduos não são capazes de determinar suas ações no mundo, pois há uma estrutura anterior e maior que impediria um controle completo sobre a realidade. Na verdade, a Teoria dos Sistemas de

---

<sup>10</sup> A partir de agora, nos referiremos à Teoria dos Sistemas de Luhmann, grafada com letra maiúscula, para diferenciá-la de outras abordagens sistêmicas.



Luhmann não aborda a relação entre a estrutura e a agência, nos termos aqui considerados, procurando superá-la. Para a concepção sistêmica, as escolhas individuais fazem pouca diferença para a análise do mundo social, visto que as operações são construídas e dadas pelo sistema, tomado como unidade de análise. Luhmann elabora uma teoria onde os sistemas possuem estruturas e regras próprias de organização e funcionamento, operando a partir de uma autorreferência.

De acordo com a abordagem sistêmica, não faz diferença a ação do indivíduo no mundo. Influenciado pela concepção sistêmica oriunda da biologia, o espaço dado à ação dos indivíduos é irrelevante, visto que as transformações e reproduções do mundo social ocorrem no nível dos sistemas. A estrutura sistêmica, assim, se repetiria com variações pequenas, com pouca influência individual. Não faz diferença quem são os indivíduos; a questão está no procedimento da estrutura, no comportamento do sistema. E toda essa concepção levanta obstáculos para nossa subjetividade, já que nos vemos como sujeitos capazes de determinar nosso próprio caminho. A teoria dos sistemas é uma forte crítica a abordagens humanistas, visto que se apresenta como uma leitura despojada do interesse no comportamento humano. Abordaremos as características da Teoria dos Sistemas, com mais atenção, nos capítulos 4 e 5 desta tese.

Ainda uma palavra sobre Marx e Durkheim. As abordagens marxistas também se conformam em um modelo que coloca maior peso heurístico na estrutura social do que na ação do indivíduo. Em Marx, o que se observa é o enfoque dado à classe social. Os indivíduos são determinados, em interpretações mais rígidas, por sua classe social. A forma como se comportam, como trabalham e, principalmente, como enxergam e entendem o mundo é determinada pela classe social à qual pertencem. O marxismo levou isso, no caso do desdobramento levado a cabo por algumas correntes, ao limite, pensando, inclusive, em uma ciência de classe. Embora, em algum momento<sup>11</sup>, Marx conceda espaço para a ação, como no caso da figura do revolucionário, que, encarnando a dialética entre a ideologia e a consciência, é capaz de romper o véu daquela, percebendo sua posição no mundo, e, com

---

<sup>11</sup> Ver “O Dezoito Brumário de Louis Bonaparte”.

isso, rompendo com a estrutura vigente, na maior parte de sua exposição, a ideia que a concepção marxista passa é de uma enorme rigidez social, oriunda do pertencimento a classes sociais. A classe social, dada pela estrutura das relações de produção do modelo capitalista, é a estrutura que determina o comportamento dos indivíduos, e a unidade de análise fundamental do marxismo.

O entendimento de Durkheim acerca do mundo social aponta para a antecedência e prevalência da sociedade em relação aos indivíduos e a suas ações. Como dissemos anteriormente, a abordagem romântica tomava, ao contrário do liberalismo, a sociedade como fator explicativo, e mesmo ontológico, dos indivíduos. Durkheim foi influenciado, em larga medida, por Rousseau, um dos adeptos do romantismo. A ênfase de Durkheim é na estrutura, na sociedade, e não no agente. Esse último pode ser entendido através da explicação daquela. Conforme assevera Giddens:

Durkheim defendia a ideia de que a sociedade tem primazia sobre o ser individual. A sociedade é muito mais do que a soma de atos individuais; ela possui uma “firmeza” ou uma “solidez” comparável às estruturas do ambiente material (...). A estrutura social restringe nossas atividades (...), estabelecendo limites ao que podemos fazer enquanto indivíduos (...). (GIDDENS, 2005, p. 530).

Os conceitos de fato social, consciência coletiva, e de anomia e normas sociais deixam clara a prevalência do enfoque na estrutura. A anomia é um bom exemplo para reforçar essa posição de ênfase estrutural. A sociedade possui uma organização e uma ordem onde cada elemento possui uma função de manutenção. O criminoso, o comportamento anômico, ao quebrar, momentaneamente, a estrutura, de acordo com o entendimento de Durkheim, acaba por reforçar a estrutura vigente.

Influenciado por Durkheim, um de seus precursores, o funcionalismo também põe ênfase na estrutura social. De fato, e essa é a perspectiva de Domingues (2008), o funcionalismo foi uma das escolas de pensamento sociológico mais importantes e influentes no século XX, tanto que foi vista, por

seus adeptos, “como sinônimo de fato, e de direito, da teoria sociológica” (DOMINGUES, 2008, p. 37). O funcionalismo tinha em mente o entendimento da organização social em torno do problema da ordem. Como uma sociedade se mantinha integrada em funcionamento? Para responder a essa pergunta, o funcionalismo, que não pode ser pensado como uma concepção única e homogênea, recorreu ao entendimento da questão da ordem, com base na ideia de norma. Para usarmos Durkheim como exemplo, como a sociedade, depois de um processo agudo de divisão do trabalho, com interesses tão difusos e distintos entre os indivíduos que a compõem, pode se manter organizada? O funcionalismo experimentou uma série de respostas para essa pergunta, tendo em vista, em boa parte delas, o problema das normas sociais. A norma social é uma condicionante da ação, uma parte da estrutura social, que limita e define a forma como os indivíduos devem agir. Mais uma vez, o peso da análise recai sobre a estrutura social.

Além dessas, outras perspectivas objetivistas poderiam ser levantadas. Abordagens culturalistas, por exemplo, tendem a dar um enorme valor à estrutura social. A cultura é uma categoria macrossociológica, trazendo a ideia de que os indivíduos agem de acordo com um conjunto de códigos, signos, linguagens, normas e valores específicos. Agir de acordo com valores, culturalmente compartilhados, reduz a margem de atuação individual.

O romantismo, Parsons, a teoria dos sistemas, o funcionalismo, o culturalismo, Marx e Durkheim são algumas das abordagens que encontram na ênfase na estrutura os elementos para a compreensão do mundo social. O impacto que tais abordagens geraram nas ciências sociais é enorme. A ênfase na estrutura, a leitura social com base nos condicionamentos que a sociedade levanta em direção à ação dos indivíduos, angariaram, assim, muitos adeptos, possuindo uma poderosa capacidade de convencimento. Apesar de seu enfoque, esse tipo de abordagem, em maior ou menor medida, manteve os indivíduos como elementos importantes a serem considerados pela análise sociológica.

Em torno de todas essas concepções, se encontra a noção de estrutura. Termo polissêmico, definido de formas múltiplas por diferentes abordagens, estrutura se refere, regra geral, a um conjunto de regras, valores, contextos, linguagens, códigos, e tudo aquilo que, embora não dependa da vontade ou

consciência direta dos indivíduos, é capaz de influenciar, e de ser influenciado, por suas ações. Trata-se de um conceito caro às ciências sociais:

O conceito de **estrutura social** é importante na sociologia. Ele se refere ao fato de que os contextos sociais de nossas vidas não consistem apenas em conjuntos aleatórios de eventos ou ações; eles são estruturados ou *padronizados* de formas distintas. Há regularidades nos modos como nos comportamos e nos relacionamentos que temos uns com os outros. Mas a estrutura social não é como uma estrutura física, como um edifício que existe independente das ações humanas. As sociedades humanas estão sempre em processo de **estruturação**. Elas são reestruturadas a todo momento pelos próprios blocos de construção que as compõem – os seres humanos como você e eu. (GIDDENS, 2005, p. 26, grifos do autor).

Giddens, nessa passagem, aponta para dois pontos importantes da estrutura social. O primeiro deles é o que diz respeito às regularidades que as estruturas produzem, gerando modos de agir padronizados. De fato, há um terreno comum através do qual podemos perceber as semelhanças nas ações dos indivíduos, quando colocados em situações parecidas. No entanto, e esse é um segundo ponto importante (especialmente para a teoria da estruturação de Giddens), a estrutura social, que, de fato, existe e produz efeitos, não são independentes das ações humanas, precisando, a todo momento, ser atualizadas, reproduzidas, alteradas, pela ação dos homens. Essa é uma concepção de estrutura própria daqueles autores que buscam realizar uma síntese teórica entre o objetivismo e o subjetivismo, como Giddens, conforme veremos no capítulo seguinte.

A ênfase na estrutura, em muitos casos, acabou por se ver relacionada, na teoria social, com as ideias de norma, coerção e sanção, como ocorreu com o funcionalismo, por exemplo. A coercitividade, de fato, é uma característica das abordagens estruturais. A estrutura é aquilo que faz com que os indivíduos se comportem desta ou daquela maneira, impondo sanções para os

comportamentos não desejados. O caráter normativo da estrutura, a partir dessa concepção, se torna evidente:

O conceito de estrutura ou, de modo mais amplo, as diversas formulações conceituais que buscam mostrar ou mesmo salientar o peso que arranjos sociais prévios exercem sobre os atores destacam ou o aspecto coercitivo destes arranjos (por exemplo, Durkheim falava da “consciência coletiva”; Parsons, das “normas sociais”) ou, se bem que dando atenção a esse aspecto, chamam a atenção para o fato de que a “estrutura” é também capacitadora de atores (como no caso de Giddens e Bourdieu) (DOMINGUES, p. 18, 2008).

A estrutura limita, constrange, coage. Ela é percebida, principalmente por seus críticos, como uma condicionante rígida do comportamento humano. Agir conforme a estrutura é reduzir o espaço da liberdade, da criatividade e da autonomia humanas, colocando em xeque a agência humana. A percepção é de que somos, continuamente, determinados pelas regras da vida social. No entanto, conforme salienta Domingues na passagem acima, e como veremos ao analisarmos a teoria da estruturação de Giddens, a estrutura pode ser pensada, também, como um elemento capacitador da ação.

A ideia de que as estruturas sociais não são como estruturas físicas, conforme afirmado por Giddens, é importante para entendermos o que o conceito de estrutura envolve, combatendo algumas noções distorcidas sobre o termo. A estrutura, em muitos casos, é tomada como algo enrijecido, ou, numa analogia clássica, como a estrutura de um prédio, imóvel e inflexível. A imagem é de algo que não se altera. No entanto, a estrutura não implica ausência de mudança. Ela pode ser pensada, por exemplo, como fornecendo as regras da mudança, algo próximo à noção de sistema, da maneira em que foi elaborada por Luhmann. Em outro registro, a estrutura poderá ser pensada como passível de alteração pela ação dos indivíduos. Assim, ao mesmo tempo em que influencia a ação individual, é influenciada por ela.

(...) como a “estrutura” é transformada? Será simplesmente por processos da vida social, dos sistemas, das sociedades? Ou

seja, a estrutura modifica a si mesma, as memórias se autotransformam (hipótese sustentada em parte por Durkheim, por Luhmann e pelos “pós-estruturalistas”, como Derrida) com o jogo livre das estruturas? Ou dever-se-ia atribuir à ação dos indivíduos um papel crucial neste processo? Se eles aparecem aí como agentes, a que se deve isso? (DOMINGUES, p. 20, 2008).

Para os propósitos desta tese, a estrutura é encarada, respondendo aos questionamentos levantados por Domingues na passagem acima, como sendo passível de influência por parte da ação individual. Assim, se a estrutura de fato apresenta limites à ação, ela, além de fornecer os recursos para essa mesma ação, seguindo o entendimento de Giddens, pode ser alterada pela ação individual, se apresentando como um elemento passível de ser transformado. A visão de uma estrutura imóvel e inflexível é por demais rígida, e não condiz com a capacidade que os indivíduos têm de, através de sua agência, produzir alterações no mundo. Reconhecer esse ponto, contudo, não implica defender que o mundo é completamente determinado pela ação de indivíduos conscientes e volitivos.

As alterações nas estruturas sociais, contudo, não dependem somente da ação individual. Ou seja, não é qualquer ação que altera a estrutura. Mais do que isso, não se trata de um problema volitivo. A vontade de um indivíduo, por si só, em regra, também não é capaz de alterar a estrutura. É preciso que uma série de fatores seja observada para que tal mudança possa ter lugar. Qualquer alteração na estrutura depende das circunstâncias. Há casos, por exemplo, em que a estrutura é suspensa, substituída por uma antiestrutura (que, a rigor, é uma estrutura diferente, o inverso da estrutura original). A lição vem da antropologia, apontando que a estrutura não é imutável:

Em sua forma geral, a relação poderia ser colocada desta maneira: toda estrutura precisa de uma antiestrutura. Por ‘estrutura’, Turner entende, tomando emprestada uma frase de Merton, “os arranjos padronizados de conjuntos de papéis, conjuntos de *status* e sequências de *status*’ conscientemente reconhecidos e regularmente operantes em uma dada

sociedade”. Poderíamos, talvez, rephrasear isso e falar do código de comportamento de uma sociedade, no qual estão definidos os diferentes papéis e *status*, e seus direitos, deveres, poderes e vulnerabilidades (TAYLOR, 2010, p. 67, grifos do autor).

O entendimento é de Turner, citado por Charles Taylor. E continua:

A observação de Turner é a de que em muitas sociedades onde esse código é levado a sério e aplicado, até mesmo severamente na maior parte do tempo, há, não obstante, momentos ou situações em que ele é suspenso, neutralizado ou até mesmo transgredido. Sem dúvida alguma, o carnaval e os festivais da desordem constituíam tais momentos na Europa medieval (TAYLOR, 2010, p. 67).

Taylor chama isso de rituais de inversão, como podem ser encarados os ritos de passagem. No entanto, podemos pensar em rituais de inversão como previsões da própria estrutura, ou seja, como algo que faz parte, que é esperado. Isso ocorre, por exemplo, quando há troca de papéis em rituais de passagem como a transição, em algumas tribos, para vida adulta. Não obstante isto, parece-nos importante notar a abertura, dada pela noção de antiestrutura, para entendermos as estruturas sociais de uma forma menos rígida do que a crítica ao objetivismo faz supor. Sem dúvida, a estrutura exerce influência sobre a ação, como temos sistematicamente apontado até aqui, mas sua rigidez não é absoluta. A circunstancialidade é um fator importante para a compreensão de uma possível flexibilidade da estrutura. Quem dará essa flexibilidade, permitindo alterações, será a ação dos indivíduos em determinados contextos e situações. A antiestrutura, mesmo sendo prevista, com no exemplo mobilizado por Taylor, colhido junto a Turner, dá pistas dessa flexibilidade:

O fenômeno geral aqui é, assim, uma noção da necessidade de uma antiestrutura. Todos os códigos precisam ser compensados, às vezes até mesmo inundados em sua negação, sob pena de rigidez, desgaste, atrofia da coesão

social, cegueira, talvez por fim autodestruição (TAYLOR, 2010, p. 69).

De acordo com a posição de Turner, na leitura de Taylor, podemos apontar a flexibilidade da estrutura como uma necessidade ontológica da própria estrutura, como um fator necessário à sua permanência e sobrevivência. Uma estrutura que não se permite alterações, que mantém a rigidez absoluta como regra irrevogável, pode levar à sua própria destruição.

A noção de uma estrutura que pode ser alterada encontra na teoria da estruturação de Giddens uma defesa contundente. Giddens, como veremos, busca temperar estrutura e ação, elaborando uma teoria em que ambas são fundamentais para a compreensão de qualquer fenômeno social. A influência da estrutura sobre a ação é reconhecida, mas a determinação absoluta da agência diante da estrutura é rechaçada. A ação é estruturada e estruturante:

Embora sejamos influenciados pelos contextos sociais em que nos encontramos, nenhum de nós está simplesmente *determinado* em nosso comportamento por aqueles contextos. Possuímos e criamos nossa própria individualidade. É trabalho da sociologia investigar as conexões entre *o que a sociedade faz de nós e o que fazemos de nós mesmos*. Nossas atividades tanto estruturam – modelam – o mundo social ao nosso redor como, ao mesmo tempo, são estruturadas por esse mundo social (GIDDENS, 2005, p. 26, grifos do autor).

Giddens não nega, contudo, que haja uma precedência das instituições sociais em relação aos indivíduos. Não nega também as restrições que exercem sobre suas ações. O que ele procura superar é a concepção de uma determinação estrita das ações, como se fôssemos autômatos. Contrapondo Durkheim, para quem uma das características primordiais dos fatos sociais é a externalidade, Giddens defende que a sociedade não pode ser externa aos indivíduos tomados como coletividade:

As instituições sociais, de fato, precedem a existência de qualquer indivíduo, e também é evidente que elas exercem



restrições sobre nós (...). Por outro lado, é obviamente um erro supor que a sociedade seja 'externa' a nós do mesmo modo que o mundo físico, pois o mundo físico continuará a existir quer haja ou não alguma vida humana, embora evidentemente fosse absurdo chamá-lo de sociedade. Ainda que a sociedade seja externa a cada indivíduo isoladamente, por definição ela não pode ser externa a todos os indivíduos coletivamente (GIDDENS, 2005, p. 531).

De acordo com a perspectiva de Giddens, os “fatos sociais”, na expressão consagrada por Durkheim, efetivamente, podem restringir nossas ações, limitando aquilo que podemos e definindo aquilo que não podemos fazer. No entanto, essa influência, essa capacidade de restrição, obviamente, não é absoluta. Se o fosse, nós não teríamos capacidade alguma de escolha. E não é isso o que acontece: “como seres humanos, nós, de fato, fazemos escolhas, e não simplesmente respondemos passivamente aos acontecimentos à nossa volta” (2005, p. 531). O caminho que ele seguirá é o da síntese:

O caminho para preencher a lacuna entre as abordagens da “estrutura” e da “ação” é o reconhecimento de que temos um *papel ativo na construção e na reconstrução* da estrutura social no decorrer de nossas atividades cotidianas. (GIDDENS, 2005, p. 531).

No exemplo de Giddens, sobre o uso do dinheiro, ele busca deixar clara a dependência mútua entre os indivíduos e a sociedade, que, em última instância, implica a dependência entre a estrutura e a agência. A estrutura depende da ação, a fim de se manter como tal, tanto quanto a ação depende da estrutura, para Giddens, por conta da disponibilização dos recursos que a estrutura oferece ao agente:

Eu poderia optar por viver sem utilizar o dinheiro, se estivesse firmemente decidido a agir dessa forma, mesmo que o dia-a-dia se revelasse bastante difícil. (...) o fato de eu utilizar o sistema monetário contribui, de um modo menos importante,

porém necessário, para a própria existência desse sistema. Se cada pessoa, ou mesmo a maioria das pessoas<sup>12</sup>, em algum momento da vida decidisse evitar utilizar o dinheiro, o sistema monetário se dissolveria. (GIDDENS, 2005, p. 531).

Por isso, a abordagem de Giddens gira em torno da ideia de estruturação, que reconhece a existência necessária de uma relação entre a estrutura e a agência humana, tema do próximo capítulo:

As sociedades, as comunidades ou os grupos somente possuem uma “estrutura” até onde as pessoas se comportam de modo regular e até certo ponto previsível. Por outro lado, a “ação” só é possível porque cada um de nós, enquanto indivíduos, possui um enorme volume de conhecimento socialmente estruturado. (GIDDENS, 2005, p. 531).

Como vimos até aqui, objetivismo e subjetivismo apresentam propostas distintas para o entendimento dos fenômenos sociais. Suas perspectivas são antagônicas e unilaterais, tendo virtudes e vicissitudes, principalmente ao deixarem em segundo plano algum elemento fundamental da vida social, ou a força de influência das estruturas sociais, ou a capacidade de ação dos indivíduos. Uma das maneiras de tentar solucionar as parcialidades oferecidas por essas abordagens é construir pontes entre a microsociologia e a macrossociologia. Essas tentativas diante da aporia, por sua vez, embora deem mais um passo em direção a uma compreensão mais acurada do mundo social, também apresentam problemas, fazendo a balança ora pender para a estrutura, ora para a agência.

A sociologia não pode prescindir de nenhum desses elementos de análise, devendo levar em consideração os dois pontos. Dependendo dos atores envolvidos, das circunstâncias e do contexto, a força da estrutura e a

---

<sup>12</sup> Giddens, por esse excerto, não vislumbra a possibilidade de uma mudança social, em nível estrutural, ser levada a cabo por um grupo pequeno de pessoas, ou mesmo, por pessoas em específico. Uma elite institucional, por exemplo, com grande capacidade de decisão e influência dentro dessa mesma instituição, não seria capaz de alterar a estrutura institucional? A mesma interrogação pode ser dirigida no que diz respeito a indivíduos com posição decisória fundamental dentro de determinado cenário. Voltaremos a esse ponto, aplicando-o às decisões tomadas pelos ministros do STF, nas discussões do anexo deste trabalho.

liberdade do agir encontrarão, em maior ou menor grau, terreno fértil para se desenvolverem. As tentativas de síntese entre essas duas abordagens têm o mérito de levar tanto estrutura quanto agência em consideração, reconhecendo a pluralidade de instâncias do mundo social:

Não nos interessa opor holismo e individualismo, mas entender como indivíduo e sociedade se relacionam na teoria social e como a sociedade é, em sua multiplicidade de “instâncias” e coletividades, definida (DOMINGUES, p. 17, 2008).

Superar as limitações que a visão do Zeppelin fornece, com sua visceral unilateralidade, assim como as fornecidas pelo olhar pela lupa, igualmente dotado de vicissitudes, passou a ser o intuito de teorias que, identificando essas polarizações como pouco efetivas para o desenvolvimento de uma compreensão acurada acerca das relações entre a sociedade e o indivíduo, buscaram construir pontes entres esses dois lados. Assim, a síntese entre as contribuições do objetivismo e do subjetivismo, do holismo e do individualismo, dos estudos focados na estrutura e daqueles focados na agência, passou a se apresentar como uma saída para superar os problemas de visões unilaterais sobre a vida e o mundo sociais. Dois esforços teóricos, dos mais importantes, na direção de estabelecer essa síntese, serão analisados no capítulo 2, a seguir.

## 2. A construção das pontes: como resolver a aporia?

*Quando um indivíduo sente, a comunidade treme*<sup>13</sup>.

Ao descrever, em linhas gerais, as principais teorias sociológicas do século XX (expressão que dá nome a seu livro), Domingues (2008) aponta para um movimento, a partir, principalmente, da década de 1970, através do qual fica nítido o esforço para o estabelecimento de uma síntese das diversas abordagens sociológicas desenvolvidas até então. Como viemos relatando até aqui, as correntes teóricas da sociologia, em regra, construíram suas perspectivas em torno de alguns temas centrais. Um deles, importante para o presente trabalho, é a relação entre a estrutura e a agência, que pode ser entendida a partir de outros enfoques, como a relação entre o subjetivismo e o objetivismo. E a tentativa de se construir uma síntese entre esses polos passou a ser pensada como “uma questão central para a sociologia e a teoria social das últimas décadas do século XX” (DOMINGUES, 2008, p. 58).

A riqueza das correntes de pensamento em torno da dualidade estrutura-agência, como vimos, levou à construção de sofisticadas fundamentações teóricas em torno de como a sociedade e os indivíduos se relacionam. De um lado, os adeptos de uma concepção que via no indivíduo, e em sua ação, as unidades para a compreensão de como a sociedade se constituía. De outro, os defensores de uma perspectiva que concedia ao indivíduo um espaço menor na explicação da sociedade, pois seria o entendimento dos mecanismos de funcionamento desta que explicaria o comportamento daqueles.

Tais concepções se apresentaram como polos de entendimento do mundo social, postulando compreensões antagônicas, mas que pressupunham, em maior ou menor medida, um pano de fundo comum. Tais posições teóricas, que passaram a ser encaradas como unilaterais, apresentavam uma “fragmentação teórica” (DOMINGUES, 2008, p. 57) acentuada e prejudicial para um entendimento mais denso acerca da sociedade e do papel da ação dos indivíduos.

---

<sup>13</sup> Aldous Huxley, *Admirável mundo novo*, p. 153.

Esse movimento de síntese, que já encontrava raízes em Parsons (embora, como ressaltamos, esse autor colocasse mais peso no elemento estrutural do que na ação criativa dos indivíduos) e em Schutz, se baseou na tentativa de criar “pontes” entre o subjetivismo e o objetivismo, entre a ação e a estrutura, entre a liberdade dos indivíduos e o condicionamento que a sociedade oferecia a eles.

Para explicitar as características desse movimento de síntese de perspectivas díspares na sociologia, Domingues lança mão das obras de Pierre Bourdieu e Anthony Giddens<sup>14</sup>. Aqui, faremos eco a essa escolha de Domingues, visto que será justamente sobre a posição teórica desses dois autores que desenvolveremos nossa análise acerca da relação entre a estrutura e a agência.

As abordagens de Bourdieu e Giddens<sup>15</sup> se aproximam pela tentativa, levado a cabo por ambos, de conceder, tanto à ação quanto à estrutura, papéis preponderantes para a explicação de como os indivíduos agem e de como a sociedade influencia e é influenciada por essa ação. Contudo, embora partam de um mesmo ponto, e manuseiem conceitos, entendimentos e elementos teóricos comuns, suas abordagens seguem caminhos distintos, com consequências diferenciadas. Passamos a abordar, a seguir, a perspectiva de cada um deles sobre a construção das pontes entre a ação do indivíduo e as estruturas sociais.

### **2.1. Pierre Bourdieu: ação e *habitus***

O francês Pierre Bourdieu é um dos autores de maior repercussão na sociologia (mas não somente) de finais do século XX e início do XXI. Sua obra impactou, a partir do desenvolvimento de uma sofisticada (e complexa) teoria que buscou, entre outras coisas, compreender os mecanismos através dos

---

<sup>14</sup> “Concentrar-me-ei, contudo, em Bourdieu e Giddens, pois estou convencido de que suas obras são, de longe, as tentativas mais ricas e frutíferas de dar conta dos problemas que, para fazer uso da linguagem que é quase comum a ambos, o ‘objetivismo’ e o ‘subjetivismo’ conjuram” (DOMINGUES, 2008, p. 58).

<sup>15</sup> Outros autores podem ser posicionados, para efeitos de análise, ao lado de Bourdieu e Giddens, no que diz respeito ao desenvolvimento de concepções que buscaram construir pontes entre a estrutura e a agência. De acordo com Domingues, nesse mesmo movimento de síntese, se inserem Peter Berger, Thomas Luckman, David Lockwood, Margaret Archer e Roy Bhaskar.

quais a desigualdade social se reproduzia em diversas searas da sociedade, a quase totalidade dos autores que se interessaram por compreender a forma como a sociedade se constituía, organizava e estruturava.

Bourdieu, inicialmente, foi influenciado pelo estruturalismo de Lévi-Strauss, se dedicando ao estudo da antropologia. No entanto, sem dúvida, foi como sociólogo que sua obra ganhou uma enorme dimensão de importância, gerando o impacto referido anteriormente. O estruturalismo, na obra de Bourdieu, se era pensado, inicialmente, de forma mais rígida, foi perdendo essa rigidez ao longo de sua produção teórica, embora, em alguma medida, tenha se mantido, até os seus últimos escritos, como uma característica basilar de seu pensamento.

Se, de um lado, Bourdieu presta contas ao estruturalismo francês, de outro, ele se confronta com o humanismo de Sartre. A perspectiva sartreana era vista, por Bourdieu, como excessivamente individualista, algo que ele buscou atacar, assim como fez com a teoria da escolha racional, que encontrava em Elster seu mais proeminente formulador. Esse é um ponto importante para o entendimento da teoria que Bourdieu construiu ao longo de sua vida. Mesmo buscando construir pontes entre a estrutura e a agência, a concepção bourdiesiana se mostra mais afeita à capacidade heurística da estrutura do que à da agência humana. Assim, a balança se mostraria mais pendente para o objetivismo do que para o subjetivismo, tendo como centro as estruturas sociais como fator preponderante para a explicação do comportamento dos indivíduos em sociedade.

O contraste com o qual Bourdieu lutou estava, portanto, dado pela rigidez excessiva do estruturalismo francês (que ele não conseguiu superar absolutamente) e pela liberdade absoluta do agir humano, expresso, fundamentalmente, pelo humanismo de Sartre e pela teoria da escolha racional de Elster. A partir desses dois polos, escapando deles, Bourdieu se posicionou como um teórico de síntese:

A ela (**influência do estruturalismo de Lévi-Strauss**), no entanto, deve-se aduzir o confronto com a fenomenologia de Sarte, que Bourdieu identifica como seu principal alvo intelectual e como representante do individualismo (embora

ataque também a teoria da escola racional e o individualismo metodológico representados por Elster). Crítico do estruturalismo, que veio a considerar excessivamente rígido e incapaz de fazer justiça à importância dos atores, bem como da fenomenologia, que acentuaria a liberdade total, em princípio, daqueles, Bourdieu propõe-se a superar tanto o “subjativismo” quanto o “objetivismo” (DOMINGUES, 2008, p. 59, acréscimo nosso, em negrito).

A tentativa de superação é empreendida, mas, de acordo com a crítica que recebe, não, de todo, bem sucedida. Os ecos do objetivismo podem ser ouvidos durante toda a obra de Bourdieu. Tendo sua teoria sustentada por dois conceitos fundamentais, o de *habitus* e o de campo, Bourdieu manteve-se mais preso ao estruturalismo do que sua crítica a essa corrente poderia fazer supor. É em torno dessas duas noções, que se apresentaram como os principais elementos através dos quais a teoria de Bourdieu se tornaria conhecida, que sua concepção acerca do mundo social se sustenta. E esses dois conceitos prestariam mais contas ao objetivismo e ao polo da estrutura do que ao subjativismo e à ação humana. No entanto, mesmo diante desses conceitos, a figura da ação, vinculada aos indivíduos, não sairá totalmente de cena.

Bourdieu define *habitus* como uma estrutura estruturada e estruturante. A obscuridade da expressão não facilita o entendimento. Contudo, tal definição aponta para uma dualidade do *habitus*, estrutura que, ao mesmo tempo, é construída pela ação e constrói a ação. Assim, o *habitus* seria, simultaneamente, um elemento conservador e transformador, reproduzidor de estruturas e construtor de novas possibilidades:

Depositada no corpo humano (e não na “consciência do sujeito”), ela fornece *regras práticas* para sua ação, que se desenrola então em particular, reproduzindo as estruturas sociais, conquanto seja importante observar que, sem especificar exatamente como, ao lado dessa memória que se perpetua, ele coloca uma inventividade do *habitus* que, portanto, encarrega-se, não se sabe bem como, todavia, da criatividade da ação (DOMINGUES, 2008, p. 59, grifo do autor).

Diante disso, Bourdieu busca abrir espaço para a influência da estrutura e para o agir humano, pretendendo cumprir o projeto de uma síntese capaz de superar as vicissitudes do objetivismo e do subjetivismo (incompletude, fragmentação teórica e incapacidade de explicação). No entanto, a construção da ponte, em Bourdieu, parece, a princípio, tender mais a um dos lados, principalmente quando analisamos seus principais conceitos. O *habitus*, ao que parece, é instrumentalizado para explicar melhor a conservação e a reprodução (no caso, o foco de Bourdieu são os diferentes contextos através dos quais a desigualdade social se constrói, se reproduz e se manifesta) do que a ação, a liberdade e a capacidade dos indivíduos para alterar a realidade que os cerca.

O *habitus* é uma estrutura encarnada (literalmente), depositada no corpo dos indivíduos, sendo internalizada durante toda a vida das pessoas e não estando à disposição para o reconhecimento e para o controle consciente de seus efeitos, pelo menos, não absolutamente. No corpo, o *habitus* fornece os elementos para o agir humano, pautado por esse mesmo *habitus*, e, por isso mesmo, naturalizado, reproduzindo todas as características de classe e origem do indivíduo. O *habitus* é construído a partir de condições de nascimento e de pertencimento a grupos sociais, sendo, portanto, um rótulo desses mesmos grupos. O agir é definido, em cada detalhe, pela pertença ao grupo social constituinte do comportamento de seus membros.

Nesse sentido, a noção de *habitus* parece mais engessar o comportamento humano do que abrir espaço a uma atuação libertária e modificadora. De fato, o horizonte libertador em Bourdieu parece, a princípio, não ter lugar. Afinal, como imaginar as possibilidades de um indivíduo livre, cuja ação é capaz de gerar transformações no mundo que o entorna, se, na realidade, esse indivíduo é *levado* a agir por estruturas não percebidas, mas incorporadas (em corpo), naturalizadas e reproduzidas pelo corpo (tomado no sentido biológico, inclusive)?

A concepção de *habitus* de Bourdieu sofre clara influência do pensamento de Marcel Mauss, um dos autores mobilizados por ele, juntamente com Wittgenstein (no que tange à linguagem), Bakhtin (crítico do estruturalismo rígido de Saussure, que influenciou, por sua vez, Lévi-Strauss) e Marx (a ideia de capital, por exemplo, é de origem marxista), para superar as ineficazes



concepções polarizadas por objetivismo e subjetivismo. A concepção de uma estrutura que se encarna nos indivíduos, tendo o corpo como o principal depósito de ações práticas estruturantes e não percebidas, pode ser tributada a Mauss, cujo entendimento acerca do assunto foi explicitado no impactante texto *As técnicas do corpo*<sup>16</sup>.

De acordo com Mauss, o corpo não poderia ser tomado, única e exclusivamente, a partir de uma perspectiva biológica ou psicológica. O corpo humano possuiria uma dimensão tripla, indivisível, a não ser analiticamente. O comportamento humano deveria ser tomado, então, a partir de uma dimensão biopsicossocial. Nas palavras de Mauss, “é o tríplice ponto de vista, o do ‘homem total’, que é necessário” (MAUSS, 2003, p. 405). Assim, mais do que uma organização celular biologicamente estruturada, o corpo humano é depositário, em larga medida, do mundo social no qual está inserido, encontrando, na dimensão psicológica, uma espécie de filtro para as influências do ambiente externo, que é, por excelência, cultural.

Com isso, o corpo humano é percebido como uma produção, até certo ponto, do mundo social e cultural no qual está embebido. Mauss (2003), ao longo do texto, descreve como cada movimento do corpo, do andar ao dormir, é influenciado por questões culturais, fazendo com que esses movimentos, por mais simples que sejam, se apresentem como um rótulo da sociedade a qual os indivíduos pertencem. Cada detalhe corporal pode ser percebido como uma indicação de qual sociedade um determinado indivíduo é oriundo. O corpo fala, para usar uma concepção fundamental para a antropologia do corpo, e quando fala, o faz cultural e socialmente.

Para Mauss, a influência do mundo cultural é tão incisiva no corpo que ele questiona o que há de natural no homem. De acordo com sua concepção, tudo é adquirido, quando se trata do comportamento humano: “Em suma, talvez não exista ‘maneira natural’ no adulto” (MAUSS, 2003, p. 405), e em outra passagem, com mais clareza:

Tudo em nós é imposto. Estou a conferenciar convosco; vedes isso em minha postura sentada e em minha voz, e me escutais

---

<sup>16</sup> O texto é produto de uma comunicação realizada por Mauss, em 1934, para a Sociedade de Psicologia. Está publicado em *Sociologia e Antropologia*, 2003.

sentados e em silêncio. Temos um conjunto de atitudes permitidas ou não, naturais ou não. Assim, atribuiremos valores diferentes ao fato de olhar fixamente: símbolo de cortesia no exército, de descortesia na vida corrente (MAUSS, 2003, p. 408).

Esse posicionamento de Mauss frente ao corpo humano, e às formas com que a sociedade é capaz de exercer sua influência em elementos considerados naturais (o corpo, por excelência, é assim pensado), é fundamental para a ideia de *habitus* de Bourdieu. Em *As técnicas do corpo*, Mauss levanta uma série de exemplos através dos quais se faz notar a incisão social no corpo humano, gerando comportamentos naturalizados que são, de fato, sociais. A interferência do mundo social no corpo humano abre espaço para a percepção de um cenário onde cada detalhe é incutido ao indivíduo, inclusive no que diz respeito aos comportamentos mais singelos e naturais, como comer, dormir, andar, etc. Boa parte da força do *habitus* é retirada, justamente, da dimensão corporal que ele pressupõe.

O pensamento de Mauss foi fundamental para a antropologia que o seguiu, mas também para a sociologia. Bourdieu, é provável, é o melhor exemplo desse impacto. Sua noção de *habitus* é tributária da concepção levantada por Mauss na década de 1930. Até o corpo, pensado, em regra, do ponto de vista biológico, é alvo das influências sociais que nos circundam. Bourdieu se apropria dessa ideia e a desenvolve, abrindo-lhe novos caminhos de aplicação. Enquanto Mauss fala de uma maneira de ser corporal que é característica de diferentes sociedades, Bourdieu levará esse entendimento aos diversos grupos sociais, dentro de uma mesma sociedade. O corpo será percebido como um rótulo, irrevogavelmente, como um sinalizador de um julgamento estabelecido pelos indivíduos em interação. O corpo denuncia a origem social e o grupo social ao qual o indivíduo pertence, funcionando como uma leitura imediata da *posição* do indivíduo na sociedade.

Por ser tomado como natural, o corpo faz com que as diferenças que manifesta de forma sutil sejam também naturalizadas, reproduzindo desigualdades como se elas não existissem, ou fossem produtos de uma legítima diferença de *status*.

A partir da ideia de *habitus*, podemos perceber a posição privilegiada que Bourdieu concede a estruturas sociais condicionantes da ação individual, mesmo para comportamentos considerados triviais, como dançar ou se sentar à mesa para uma refeição, embora, em nenhum momento, a ação humana seja descartada do esquema interpretativo de Bourdieu. O vínculo do *habitus* com o corpo é fundamental para o entendimento da força que ele exerce sobre a ação individual. É esse vínculo que naturaliza o *habitus*, obscurecendo a percepção de sua construção social. Com isso, a ação individual parece, em grande parte, condicionada pelo *habitus*. Em *O camponês e seu corpo*<sup>17</sup>, Bourdieu desenvolve, de forma clara, as implicações que o conceito de *habitus* tem para a ação individual, tendo em vista sua dimensão corporal. Em *A distinção*, é possível encontrar uma abordagem madura e ampla do conceito de *habitus*, e de suas consequências para o entendimento do papel que Bourdieu dá à ação individual. É sobre essa obra que nos debruçaremos para a explicação das principais características do *habitus*.

*A distinção* é uma obra de fôlego, através da qual Bourdieu pretende realizar uma “crítica social do julgamento”. A ideia de *habitus* aparece como um elemento central para entender as disputas no campo do consumo estético, definindo a cultura legítima. Para tanto, Bourdieu se debruça sobre as preferências estéticas e culturais dos franceses, apontando para uma construção social do gosto.

Como já havia sido feito em outro texto (*O camponês e seu corpo*), Bourdieu se concentra em um tema eivado da naturalidade e do detalhe, de onde menos se poderia esperar que uma análise sobre a produção social do ser humano adviria: o gosto. As preferências pessoais em matérias de arte e cultura, tais como a preferência musical, o conhecimento sobre pintura, a frequência com que se visita museus, óperas e concertos, a familiaridade com esculturas, a escolha dos filmes, e até mesmo o tipo de alimentação escolhido, tudo isso, envolve o toque do *habitus*. Se, na pesquisa no Beárn, o enfoque era a dança, em “A distinção” são os gostos. O gosto é tomado como uma manifestação do discernimento e da sensibilidade, se constituindo, segundo

---

<sup>17</sup> Para mais sobre o conceito de *habitus* e seu vínculo com o corpo, ver Anexo VI.

Bourdieu, como um “dos indícios mais seguros da verdadeira nobreza” (2008, p. 17).

Assim, o que há de mais rotineiro, e, aparentemente, insignificante, torna-se um rótulo de pertencimento de classe, denunciando disputas pelo consumo cultural legítimo. Qual a maneira correta de se comer? Como se portar à mesa? Como ‘consumir’ um quadro? Que tipo de música ouvir? Como escolher um filme? Todas essas são questões que, a princípio, pensadas, única e exclusivamente, como pertencentes ao indivíduo e à sua subjetividade, na verdade são denúncias contínuas do tipo de relação que se estabelece com a arte, indicadora de pertencimento a grupos sociais.

Os gostos são considerados, de acordo com a ideologia carismática, dons da natureza. No entanto, Bourdieu quer demonstrar que essas necessidades culturais (os gostos) são produtos da educação (em sentido amplo). O gosto é produzido, mesmo que tomado como natural. Aliás, naturalizá-lo é parte de uma estratégia de distinção. Parecer desinteressado, como se o gosto não dependesse de nada além do que o próprio nascimento da pessoa, é um elemento chave para entender como operam as distinções entre classes sociais:

Contra a ideologia carismática segundo a qual os gostos, em matéria de cultura legítima, são considerados um dom da natureza, a observação científica mostra que as necessidades culturais são o produto da educação: a pesquisa estabelece que todas as práticas culturais (frequência dos museus, concertos, exposições, leituras, etc) e as preferências em matéria de literatura, pintura ou música, estão estritamente associadas ao nível de instrução (avaliado pelo diploma escolar ou pelo número de anos de estudo) e, secundariamente, à origem social (BOURDIEU, 2008, p. 9).

Se o gosto é produzido, ele o é por conta de duas fontes de produção: a educação, representada pelo acúmulo do capital escolar; e a família, origem social, representada pela capital familiar, que, em outras palavras, é o capital cultural adquirido através da família. Esses dois capitais, para a produção do gosto legítimo, se interrelacionam. Embora Bourdieu coloque mais ênfase no

capital escolar, apresentando-o como determinante para a produção do gosto, a escola é uma instituição que favorece aqueles que já tiveram acesso, desde cedo, no seio da família, à cultura legítima, através da herança do capital cultural.

Para apresentar essa relação, Bourdieu lança mão do consumo da arte, entendida como a melhor maneira de perceber a construção social do gosto. A experiência estética coloca frente a frente duas maneiras distintas de lidar com a arte, contrapondo o acúmulo do capital escolar com o acúmulo do capital cultural herdado da família. Mesmo com o capital escolar tendo a prevalência na explicação da formação do gosto, é o capital cultural experimentado, desde a mais tenra infância, no bojo familiar, que dará o elemento de distinção. É ele que trará o selo da naturalidade:

(...) a definição dominante do modo de apropriação legítima da cultura e da obra de arte favorece, inclusive, no campo escolar, aqueles que, bem cedo, tiveram acesso à cultura legítima, em uma família culta, fora das disciplinas escolares; de fato, ela desvaloriza o saber e a interpretação erudita, marcada como “escolar”, até mesmo, “pedante”, em proveito da experiência direta e do simples deleite (BOURDIEU, 2008, p. 10).

Assim, entre o que se aprende na escola e o que simplesmente é vivido existe um elemento fundamental para o estabelecimento da disputa no campo do gosto legítimo. O escolar é o aprendido, mas não o vivido, como ocorre no caso da família. De um lado, o pedante, o douto, de outro, o mundano. Entre essas duas figuras, ocorre a grande disputa de poder pelo estabelecimento do domínio do campo estético, que dirá, em última instância, qual será a cultura legítima.

A disputa entre o acúmulo de capital escolar e capital cultural via família, é preciso ressaltar, não significa uma oposição absoluta entre eles. Na verdade, o acúmulo dos dois aumenta as chances de se obter a legitimidade do gosto, no seio do campo do consumo estético e artístico. O capital familiar se apresenta, muitas vezes, como uma espécie de critério de desempate, ou peso

extra, quando estamos diante de uma disputa entre capitais escolares equivalentes.

Bourdieu constrói um esquema interpretativo onde há, inclusive, uma hierarquia no tipo de arte, da mais para a menos legítima. A música e a pintura se encontrariam no topo do esquema. A música ocupa lugar de destaque, pois se apresenta como uma arte mais espiritualista, sem a ostentação cultural proporcionada pelas outras (no caso da pintura, por exemplo, ter quadros em exposição na sala de casa). De acordo com Bourdieu, “ser insensível à música representa uma forma especialmente inconfessável de materialismo grosseiro” (2008, p. 24).

Mais do que apenas consumir determinado objeto cultural, como uma peça musical ou mesmo um determinado produto alimentício, é preciso observar a forma como tal objeto é consumido. A forma, e não o objeto, é o aspecto preponderante de um comportamento efetivamente legítimo culturalmente. A forma de consumo deixa transparecer a naturalidade, o desinteresse, a ausência de um controle contínuo sobre os seus atos. Esse é o comportamento característico do que Bourdieu chama de nobrezas culturais (2008, p. 28). Para elas, basta que sejam aquilo que já são. Elas transformam uma necessidade em virtude, pois todas as suas práticas, já habituais, são julgadas por aquilo que valem seus praticantes. Elas são a afirmação da essência:

As nobrezas são *essencialistas*: ao julgarem a existência como uma emanção da essência, deixam de considerar por eles mesmos os atos, fatos ou más ações repertoriados nos atestados de serviço e nas folhas corridas da memória burocrática; elas atribuem-lhes valor apenas na medida em que manifestam claramente, nos matizes da maneira de ser, que seu único princípio é a perpetuação e a ilustração da essência *em virtude da qual* eles são realizados (BOURDIEU, 2008, p. 28, grifos, em itálico, do autor).

O mundo da arte é um mundo com regras. As classes legítimas na definição da cultura são a própria encarnação dessas regras. Esse é o princípio

de se transformar a necessidade em virtude. Aquilo que se é passa a ser aquilo que se deve ser. As regras de consumo da arte legítima, portanto, exigem um comportamento e uma disposição por parte de seus consumidores que, a rigor, significa se comportar como se comportam as nobrezas culturais. No entanto, e esse é um dos fatores que nos interessa, o rigor do *habitus* impede que esse comportamento seja, simplesmente, adquirido ou alterado.

As classes populares, dotadas de um *habitus* diferenciado, valorizando o conteúdo, a substância, a função das coisas, em detrimento da forma, elemento, por excelência, da legitimidade do consumo artístico, se encontram presas em uma gaiola comportamental que denuncia, ao menor sinal, sua falta de encaixe no mundo da arte legítima. Essa arte, ao contrário da arte barroca<sup>18</sup>, por exemplo, não é para todos. A tentativa de se comportar de acordo com as regras impostas pelo consumo estético legítimo só faz demonstrar a inaptidão das classes populares.

E a denúncia é imediata, visto que corporal. Como ressaltamos anteriormente, o *habitus* é inscrito no corpo, assim como o é o gosto puro. Tal gosto implica a capacidade de se afastar do comum, passando a ideia de que o consumo artístico legítimo é produto de um dom, e não de uma construção social eivada de uma disputa de poder pelo comportamento cultural legítimo. Basta observar, conforme aponta Bourdieu, o gosto (bárbaro) do novo rico:

Mas também, não há dúvida de que nunca lhe foi dado tanto em retorno: o exibicionismo ingênuo do “consumo ostensivo” que procura a distinção na exibição primária de um luxo mal dominado, nada é ao lado da capacidade única do olhar puro, poder quase criador que separa do comum por uma diferença radical já que, aparentemente, está inscrita nas “pessoas” (BOURDIEU, 2008, p. 34, grifo, em itálico, do autor).

Diante disso, para as classes populares, e mesmo para aqueles, como os doutos, que estão em disputa pela legitimidade do campo artístico, o esforço para se informar, compreender, entender e aprender a forma legítima da atitude estética reveladora do gosto puro, só faz escancarar sua ausência de

---

<sup>18</sup> Para mais sobre a arte barroca, ver Argan, *Imagem e Persuasão*.

domínio em relação ao comportamento legítimo. O *habitus* é implacável. Ao sentar-se em uma mesa para uma refeição, pelo próprio comportamento corporal, o indivíduo já informa se pertence ou não àquele mundo.

O gosto puro, esteticamente legítimo, exige, então, a ausência de esforço, a naturalidade, o desinteresse, garantias de um entendimento legítimo sobre o que está sendo consumido. A nobreza cultural precisa ser apenas aquilo que ela já é. Precisa apenas seguir seu próprio *habitus*, elevado ao status de *habitus legítimo*. A tentativa de incorporá-lo, por parte de outras classes, mostra sua impossibilidade, pois, para tanto, deveria haver um controle corporal contínuo, evitando que alguma atitude do corpo denuncie a verdadeira essência do indivíduo. Com isso, julgando seus comportamentos e atitudes a partir da estética dominante, as classes populares, assim como os camponeses, no caso da dança, tendem a ter uma opinião desvalorizada de seu próprio ser.

O que chama a atenção na análise de Bourdieu sobre a construção dos gostos, e é o que nos interessa para fins deste trabalho, é que, nas escolhas mais comuns (vestuário, alimentação, mobiliário) é que o modo de apropriação da cultura é mais marcante (2008, p. 76), pois essas escolhas revelam as disposições mais profundas e antigas. O *habitus*, como já ressaltamos, é encarnado, e, portanto, se passa como um conjunto de disposições naturais. Naquilo que há de mais corriqueiro e individual, a manifestação do *habitus* se faz sentir, oferecendo as regras da conduta, como podemos observar na análise que Bourdieu faz do gosto.

A obra de arte, por exemplo, não é apenas para ser decodificada intelectualmente (como *cosa mentale*). A arte é também coisa corporal, como nos mostra a música, associada a estados de espírito que levam ao êxtase (2008, p. 77). A arte se situa aquém das palavras, nos gestos e movimentos do corpo, sendo, pois, efeito do *habitus*.

A abordagem do *habitus*, em Bourdieu, nos oferece uma complexa e sofisticada abordagem de produção da vida e das relações sociais, tentando conjugar a estrutura social e a agência dos indivíduos. A ação individual tem lugar em seu esquema interpretativo, mas é projetada por um conjunto de regras práticas encarnadas, o *habitus*, que acaba por direcionar a ação dos indivíduos. Isso pode ser percebido tanto em uma abordagem mais



antropológica do autor francês (como em *O camponês e seu corpo*, exposta no Anexo VI), quanto no projeto sociológico que dá sustentação à obra *A distinção*. Mesmo no que há de mais corriqueiro, como dançar e escolher um filme, o *habitus* se projeta. Formado, desde a infância, pelas instituições e grupos sociais onde o indivíduo é socializado (com destaque para a família e para a escola), o *habitus* representa a produção social do indivíduo. Apesar de intencionar uma teoria de síntese, capaz de construir uma ponte entre o subjetivismo (que tanto criticou em Sartre) e o objetivismo (que considerou demasiadamente rígido, tendo como base a influência de Lévi-Strauss), Bourdieu acaba por se posicionar, tendo em vista uma interpretação mais enrijecida sobre o *habitus*, mais ao lado do objetivismo. A balança pesaria, segundo os críticos, mais para o lado da estrutura do que para o da ação. A análise do *habitus*, que passa a ideia de uma espécie de lei comportamental férrea, deixa claro seu maior enfoque estrutural. A mudança de *habitus*, como mostra *A distinção*, é uma tarefa extremamente complexa, exigindo um controle contínuo, por parte dos indivíduos, de cada um de seus atos. Apesar disso, mesmo com todo o objetivismo que essa postura parece carregar consigo, a ação dos indivíduos não é retirada do esquema interpretativo de Bourdieu. Ao contrário, o conceito de *habitus* exige a consideração da ação dos sujeitos.

Menos objetivista do que o estruturismo de Bourdieu é a teoria da estruturação de Anthony Giddens. A mesma tentativa de síntese é feita, mas, ao que parece, quando contraposta ao conceito de *habitus*, com mais concessões à ação individual. A teoria da estruturação de Giddens é o tema do tópico a seguir.

## **2.2. A teoria da estruturação de Anthony Giddens**

A teoria da estruturação de Giddens pretende ser uma teoria de grande alcance, tentando dar conta do entendimento da vida social como um todo. Ele visita os clássicos, recorrendo a muitos autores para buscar uma síntese. Seu objetivo é encontrar convergências entre grandes matrizes teóricas das ciências sociais.

A análise da teoria da estruturação nos mostra um maior comprometimento de Anthony Giddens com uma teoria sintética das

concepções que povoaram o cenário da produção sociológica no século XX do que o de Bourdieu. O compromisso de Giddens com a construção de uma síntese das perspectivas sociológicas, buscando superar, como Bourdieu, as unilateralidades que o objetivismo e o subjetivismo ofereceriam, é tão grande que Domingues argumenta que a obra de Giddens é uma antonomásia do processo de síntese teórica que caracterizou a sociologia de finais dos anos 1970 (2008, p. 63). A teoria de Giddens aponta para uma mútua dependência entre ação e estrutura:

A estruturação sempre pressupõe o que o autor (*Erving Goffman, acréscimo nosso*) chama de “a dualidade da estrutura”, o que significa que toda ação social presume a existência da estrutura. Porém, ao mesmo tempo, a estrutura presume a ação, pois a “estrutura” depende de regularidades do comportamento humano (GIDDENS, 2005, p. 531).

Giddens produziu uma série de textos importantes em sua tentativa de sintetizar as grandes contribuições sociológicas do século XX, mas o principal deles, e que será alvo de nossa análise para este trabalho, é *A constituição da sociedade*, onde sua teoria da estruturação se encontra exposta de forma madura, sistematizada e articulada de forma explícita, envolvendo as discussões e ideias que já havia exposto em outras obras anteriores<sup>19</sup>. Aliás, vale notar, sua teoria da estruturação traz, no próprio nome, a tentativa de síntese que se propõe a realizar, construindo uma ponte entre a estrutura e a agência. Estruturação conjuga, etimologicamente, os dois polos que Giddens pretende superar quando isolados, a estrutura e a ação:

A teoria da estruturação tem uma clara unidade de análise: a “dualidade da estrutura”. Por seu intermédio, aqueles polos podem ser articulados, sua unilateralidade superada e uma versão da sociologia atenta ao mesmo tempo à capacidade

---

<sup>19</sup> *A constituição da sociedade* foi publicada, pela primeira vez, em 1984. Antes dela: *Novas regras do método sociológico*, de 1976, *Problemas centrais na teoria social*, de 1979, *Uma crítica contemporânea do materialismo histórico*, de 1981.

reflexiva dos atores e ao condicionamento de estruturas prévias pode ser proposta (DOMINGUES, 2008, p. 63).

O conceito de agência, em Giddens, apresenta uma distinção em relação ao subjetivismo radical e ao individualismo representado, por exemplo, pela teoria da escolha racional. Giddens diferencia a ação, em si, das consequências que podem advir dela. Para ele, os atores são sempre agentes reflexivos, podendo alterar seu comportamento a qualquer momento no decorrer do desenvolvimento da ação.

A agência é o monitoramento reflexivo da atividade humana, sendo uma característica crônica da ação cotidiana. Os indivíduos fazem isso e esperam que os outros também o façam. Tendo como base uma perspectiva de racionalização da ação, os atores mantêm um contínuo entendimento teórico das bases de sua atividade. Segundo Giddens (2009), o que se espera é que os atores sejam habitualmente capazes de explicar grande parte do que fazem, mesmo que não sejam capazes de, a todo momento, explicitar discursivamente os motivos de suas ações. Monitorar a ação é diferente de motivá-la. Os motivos só se tornam relevantes, de acordo com a proposta da teoria da estruturação, em circunstâncias incomuns (2009, p. 7), quando os indivíduos são convidados a se justificarem.

Eu distingo a monitoração reflexiva e a racionalização da ação de sua motivação. Se as razões se referem aos motivos da ação, estes, por sua vez, referem-se às necessidades que a instigam. Entretanto, a motivação não está tão diretamente vinculada à continuidade da ação quanto sua monitoração reflexiva ou racionalização. Ela refere-se mais ao potencial para a ação do que propriamente ao modo como a ação é cronicamente executada pelo agente. (...) Muito de nossa conduta cotidiana não é diretamente motivada (GIDDENS, 2009, p. 7).

Ponto importante em Giddens é a diferenciação que estabelece entre a intenção do agir e as consequências das ações. É preciso diferenciar a conduta intencional da intencionalidade das consequências, pois há consequências

impredictíveis. No exemplo de Giddens: quando fala inglês corretamente, ele o faz intencionalmente, mas sua contribuição para a reprodução da língua não é intencional (2009, p.9). A maioria dos atos intencionais gera consequências não intencionais, e até não previsíveis:

Admite-se com frequência que a agência humana só pode ser definida em termos de intenções, ou seja, para que um item do comportamento seja considerado uma ação, é preciso que o realizador tenha a intenção de o manifestar, caso contrário o comportamento em questão é apenas uma resposta reativa (GIDDENS, 2009, p. 9).

Esse é um ponto importante na teoria da estruturação. Ao se referir à agência humana, ao contrário do que supõe o subjetivismo, que vincula a ação, a intenção de agir e a consciência das consequências dessa ação, como no paradigma da teoria da escolha racional, em Giddens, esses três aspectos podem estar ligados, mas não necessariamente. A ação tem consequências que, nem sempre, podem ser previstas pelos atores, o que afasta a ideia de um controle absoluto das situações por parte dos indivíduos:

“Agência” não se refere às intenções que as pessoas têm a fazer as coisas, mas à capacidade delas para realizar essas coisas em primeiro lugar (...). “Agência” diz respeito a eventos dos quais um indivíduo é o perpetrador, no sentido de que ele poderia, em qualquer fase de uma dada sequência de conduta, ter atuado de modo diferente. O que quer que tenha acontecido não o teria se esse indivíduo não tivesse interferido. A ação é um processo contínuo, um fluxo, em que a monitoração reflexiva que o indivíduo mantém é fundamental para o controle do corpo que os atores ordinariamente sustentam até o fim de suas vidas no dia-a-dia. (GIDDENS, 2009, p. 10-11).

Portanto, a agência não se refere às intenções que as pessoas têm ao fazer as coisas, mas à capacidade delas para realizar essas coisas em primeiro lugar. Agência diz respeito a eventos que o indivíduo é perpetrador, no sentido

de que ele poderia, em qualquer fase da conduta, ter atuado de modo diferente. Esse ponto é fundamental. Agência, assim, se refere a fazer alguma coisa, que pode ser interrompida a qualquer momento pelo indivíduo que age.

A diferença entre agir e ter a clara intenção de ter gerado todas as consequências que a ação pode desencadear aparece no que Giddens (2009, p. 11 - 12) chama de efeito acordeão da ação, ou seja, no fato de um ato isolado gerar uma série de atos subsequentes não previstos. Outro efeito é o de composição, quando um resultado emerge como consequência de um agregado de atos (cada ato é intencionalmente executado, mas gera um resultado não intencional).

Agência, portanto, significa ser capaz de atuar de outro modo, ser capaz de intervir no mundo, influenciando determinado estado de coisas (2009, p. 17). Ser agente é ser capaz de exibir uma espécie de poder. Não ter escolha em ação social não é dissolução da ação; não ter escolha natural. A sociologia estrutural via não ter escolha como uma coação irresistível (2009, p.17). Ação envolve poder no sentido de capacidade transformadora. Não é poder no sentido de intenção com resultados pretendidos. Não é poder como propriedade da sociedade. A agência, é interessante notar, é definida negativamente (sem julgamento moral, contudo), por aquilo que ela não é, mas poderia ser. Agência é ser capaz de agir de maneira diferente da ação que ocorreu de fato:

Ser capaz de “atuar de outro modo” significa ser capaz de intervir no mundo, ou abster-se de tal intervenção, com efeito de influenciar um processo ou estado específico de coisas. Isso pressupõe que ser um agente é ser capaz de exibir (cronicamente, no curso da vida cotidiana) uma gama de poderes causais, incluindo o de influenciar os manifestados por outros. (...) Um agente deixa de o ser se perde a capacidade para “criar uma diferença”, isto é, para exercer alguma espécie de poder (GIDDENS, 2009, p. 17).

Aqui, a crítica ao objetivismo aparece de forma clara. Ao encarar a coerção social como uma ausência de escolha, as perspectivas objetivistas

acabam por retirar do indivíduo qualquer poder, entendido da forma como Giddens o entende. No entanto, para a teoria da estruturação, as coerções das estruturas sociais não são absolutamente irresistíveis, proporcionando ao indivíduo somente uma reação.

Mas é de primordial importância reconhecer que as circunstâncias da coerção social, em que os indivíduos não têm escolha, não podem ser comparadas com a dissolução da ação como tal. Não ter escolha não significa que a ação foi substituída por reação (como quando uma pessoa pestaneja se um movimento rápido é feito perto de seus olhos). (...) Mas algumas escolas muito proeminentes de teoria social, associadas principalmente com o objetivismo e com a sociologia estrutural, não reconheceram esta distinção. Elas partiram do pressuposto de que as coerções atuam como forças da natureza, como se não ter escolha fosse equivalente a ser irresistível e incompreensivelmente impelido por pressões mecânicas (GIDDENS, 2009, p. 17).

A ação envolve poder como capacidade transformadora. Isso significa um entendimento acerca do que seja poder diferente do que é tradicionalmente compreendido e reproduzido por concepções mais canônicas das ciências sociais, enraizadas em um dualismo entre o sujeito e o objeto. Para tais concepções, largamente difundidas, o poder está vinculado às intenções do agente, nas palavras de Giddens, o poder é definido no seio desse entendimento arraigado “como a capacidade de obter resultados desejados e pretendidos” (2009, p. 18). Segundo essa concepção, que Giddens critica, o controle absoluto das circunstâncias e consequências se encontra previsto, ao alcance dos indivíduos.

Contudo, para Giddens, o poder deve ser entendido de maneira alternativa a essa compreensão tradicional. Tendo como base a concepção de Bachrach e Baratz, mas diferenciando-se dela em seguida, no que tange ao poder, Giddens desenvolve a ideia de uma “dialética do controle” (2009, p. 19) no seio dos sistemas sociais. Segundo Bachrach e Baratz, na leitura de Giddens, o poder possuiria duas dimensões (que os autores chamam de duas

faces), pois envolve, ao mesmo tempo, a capacidade dos atores de efetivar decisões que tomaram, de acordo com as suas preferências, e a “mobilização de tendências” (idem, p. 19), que caracterizam as instituições sociais como um todo.

Na concepção de poder defendida por Giddens, ele enfatiza, no lugar das duas faces, conforme acima apresentadas, o uso, pelos agentes, dos recursos disponíveis pelos sistemas sociais. Isso evitaria uma concepção de poder a partir da configuração de um jogo de soma zero e colocaria em cena um agente cognoscitivo, capaz de lançar mão de propriedades estruturadas dos sistemas sociais que passam a ser definidas e reproduzidas pela ação desse próprio agente. O poder, portanto, seria exercido a partir da utilização rotineira desses recursos.

Procurando escapar de leituras excessivamente rígidas quanto à determinação de cada detalhe da vida dos indivíduos, como no caso da teoria foucaultiana da produção dos corpos dóceis (como exposta em *Vigiar e Punir*) por instituições sociais fechadas e totais, Giddens desenvolve uma concepção dialética de poder, através da qual atores e estruturas interagem. De acordo com ele:

O poder em sistemas sociais que desfrutam de certa continuidade no tempo e no espaço pressupõe relações regularizadas de autonomia e dependência entre atores ou coletividades em contextos de interação social. Mas todas as formas de dependência oferecem alguns recursos por meio dos quais aqueles que são subordinados podem influenciar as atividades de seus superiores (GIDDENS, 2009, p. 18 -19).

Essa passagem revela um entendimento menos reducionista de Giddens no que tange às capacidades dos atores, e, portanto, às suas capacidades de agirem no mundo, do que o de autores como Foucault, o qual, em alguns momentos de sua obra (*Vigiar e Punir* é um paradigma), parece reduzir a zero o espaço de atuação do indivíduo, aparentemente uma marionete, cujos movimentos são tecidos, nos menores detalhes, por instituições adestradoras e relações de poder, ao mesmo tempo, asfixiantes e anestésicas (a analogia da

marionete foi usada, como vimos, também por Bourdieu, no que tange ao *habitus*). No caso de Giddens, há o reconhecimento de que as estruturas da vida social possuem elementos que geram condicionantes à ação dos indivíduos. Contudo, a delimitação da ação individual, mesmo em contextos mais rígidos e controladores, não é total, pois a própria estrutura oferece os mecanismos de atuação de seus participantes.

A teoria da estruturação busca lidar, justamente, com esse processo contínuo, no seio do qual os atores são capazes de rearticular suas possibilidades como agentes. Separando a ação em si do controle de suas consequências, Giddens se apóia na distinção entre uma *consciência discursiva*, através da qual o indivíduo é percebido como capaz de explicitar os motivos que o levaram a agir, além de ser capaz de descrever, com alguma previsibilidade, as consequências de sua ação, e uma *consciência prática*, responsável pela maior parte das ações levadas a cabo pelos indivíduos na vida cotidiana, que é rotinizada. Conforme postula Domingues:

Mas ele descarta a identificação da ação com a racionalidade e a transparência do sujeito em relação a si mesmo: subdividindo a consciência em “prática” e “discursiva”, ele enfatiza que os atores são sempre hábeis na vida social, sem que isso implique, necessariamente, um conhecimento mais conceitual, e portanto mais articulável discursivamente, das regras que regem seus processos interativos, embora muitas vezes lhes seja possível traduzir suas ações em explicações bem articuladas (DOMINGUES, 2008, p. 64).

Para Giddens, o melhor exemplo da consciência prática é o uso da linguagem. Apesar de muitos falantes desconhecerem as regras gramaticais da língua que falam, pelo menos do ponto de vista discursivo, eles praticam essas regras, cotidianamente, ao se comunicarem de forma rotineira, mesmo que tais regras sejam praticadas e reproduzidas de forma um pouco diferente do que os linguistas sistematizaram. Como reforça Domingues (2008), mesmo aqueles que conhecem as regras gramaticais, dificilmente pensam nelas o tempo todo



enquanto falam. Eles simplesmente falam, reproduzindo as regras da língua sem pensar nelas, a partir da consciência prática:

Para poder existir, a linguagem precisa ser socialmente estruturada – há propriedades do uso da linguagem que devem ser observadas por cada falante. O que uma pessoa diz em determinado contexto, por exemplo, não faria sentido se não obedecesse a certas regras gramaticais. Todavia, as qualidades estruturais da linguagem existem apenas até o ponto em que os usuários individuais da língua de fato seguem essas regras na prática. A linguagem está em constante processo de estruturação (GIDDENS, 2005, p. 531).

O que a consciência prática permite é seguir as regras, e mesmo alterá-las, sem que, com isso, o indivíduo se dedique, o tempo todo, a questionar e a refletir sobre tais regras, elaborando, discursivamente, explicações sobre seu significado. Domingues (2008) aponta para uma direção interessante, ao ver uma semelhança entre a consciência prática, de Giddens, e o *habitus*, de Bourdieu. Ambos estão relacionados ao comportamento humano, constituindo-o de forma não articulada e prática. Ao falarmos, anteriormente, sobre o *habitus* bourdieusiano, ressaltamos seu caráter de regras práticas, assim como ocorre com a consciência prática em Giddens. Contudo, vale ressaltar, há diferenças entre esses dois conceitos. Parece-nos que a consciência prática de Giddens é mais generosa com a ação, liberdade e criatividade individuais do que o *habitus* em Bourdieu, mais rígido, concedendo menos espaço à transformação:

Do outro lado, encontramos a noção de estrutura, à qual Giddens atribui um caráter condicionante (*constraining*) da ação dos atores, sendo, entretanto, ao mesmo tempo capacitadora (*enabling*) de sua ação. Isso quer dizer que a estrutura é, simultaneamente, composta de “regras” e “recursos”, que definem parâmetros para a ação, fornecendo-lhes também os instrumentos, do contrário inexistentes, para agir (DOMINGUES, 2008, p. 65).

Esse é um ponto importante na teoria da estruturação de Giddens. A estrutura, a partir de um registro objetivista tradicional, e da forma como é percebida por seus críticos, é vista, em regra, como um elemento condicionador, restritivo, limitador da ação dos indivíduos. A estrutura se impõe à ação individual, definindo seu alcance e suas possibilidades. Contudo, para Giddens, ao lado do fator limitador, existe o fator capacitador da estrutura. Assim, a própria estrutura, ao contrário de apenas restringir os indivíduos, fornece os elementos para a ação (na linguagem de Giddens, os recursos), facilitando o agir individual.

Essa ideia está diretamente relacionada ao conceito de segurança ontológica, influência de Erik Erickson. A segurança ontológica é o sentimento que o indivíduo experimenta ao saber que, ao lançar mão de um recurso específico ou agir de determinada maneira, as consequências podem ser mais ou menos previstas, gerando confiança de que as coisas ocorrerão da forma como se espera que elas ocorram. Em contextos de insegurança, é importante saber que, caso se aja de determinada maneira, as coisas sairão de uma forma mais ou menos esperada.

A segurança ontológica está diretamente relacionada com a estrutura. Nesse ponto, podemos perceber como a visão que Giddens possui da estrutura é diferente das críticas tradicionais dirigidas ao objetivismo. A estrutura, para Giddens, conforme já mencionamos, não é meramente restritiva. Ela é também recursiva e capacitadora, fornecendo os elementos para que o indivíduo aja. Ter que agir de determinada maneira não é, necessariamente, um problema. O contexto e as circunstâncias é que o dirão. Agir da maneira que se quer (aspecto volitivo) pode ser uma dificuldade, pois as escolhas têm custos. Em muitas ocasiões, ter uma maneira específica de agir, oferecida pela estrutura, pode funcionar como um facilitador da ação, dando a segurança de que, agindo daquela forma, o resultado será o esperado. A previsibilidade que a estrutura pode fornecer gera o sentimento de segurança ontológica, vinculado à ideia de autonomia<sup>20</sup> e de identidade.

---

<sup>20</sup> O sentimento de autonomia está relacionado com a capacidade de fazer planos, com a previsibilidade que as rotinas comuns da vida cotidiana fornecem. Na concepção ortodoxa, essa autonomia é negligenciada. Bettelheim estudou os campos de concentração nazistas, e

De fato, a ruptura com as rotinas habituais de nossa vida, cristalizadas em nosso cotidiano, são capazes de produzir um alto grau de ansiedade, visto que eliminam respostas socializadas associadas à segurança fornecida pela previsibilidade e pelo controle das rotinas estruturadas.

A concepção de rotina, e de rotinização, é influência da fenomenologia de Schutz, para o qual a rotina seria uma espécie de decomposição da estrutura na vida social. A estrutura se decanta nos mecanismos rotineiros da vida cotidiana. De acordo com Giddens, a rotinização dá confiança e previsibilidade às pessoas, fornecendo um suporte psicológico para possibilitar a vida social (planejamentos, contratos, planos, etc). Ela gera confiança na relação com os outros. A rotina permite autoconfiança, autonomia e planejamento. Por isso, aspectos estruturais são importantes. A estrutura é um fator limitador e facilitador ao mesmo tempo. A rotina é sinônimo de segurança. A confiança, internalizada, é um elemento fundamental para a vida social, se apresentando como um pressuposto nos encontros e nas interações, e estabilizando a vida através da rotina. A confiança é psicológica, mas deve ser socialmente generalizada e materializada (ex: contratos, fazer uma compra, mercados, etc). A rotina passa a ideia de que o mundo é seguro, de que o mundo tem uma ordem. Com isso, evita-se a insegurança e o caos<sup>21</sup>.

Diante disso, podemos perceber a diferença existente entre o conceito de estrutura para o objetivismo e para a teoria da estruturação. Enquanto para os funcionalistas a estrutura é a padronização das relações sociais, sendo encarada como algo externo à ação humana, para Giddens, a estrutura consiste em regras de transformação de uma matriz. Assim, no contexto da teoria da estruturação, a estrutura não tem caráter fixo e mecânico, como na concepção ortodoxa. A seguir, as palavras de Giddens sobre a estrutura para o objetivismo:

---

um dos aspectos que mais enfocou foi a imprevisibilidade geral dos eventos, levando a rupturas bruscas de comportamento. Com o tempo, porém, novas rotinas foram sendo criadas nos campos, fazendo surgir, entre os prisioneiros mais velhos, uma identidade reconstruída. Tais prisioneiros copiavam as atividades de seus carcereiros, mas não só para agradar-lhes, como também efeito de uma introjeção de valores. Os prisioneiros mais novos perdiam o senso de tempo e a capacidade de antever as coisas (GIDDENS, 2009, p.71-3).

<sup>21</sup> A Teoria dos Sistemas de Luhmann enfrentará o problema de outra forma, como veremos no capítulo 4 desta tese.

(...) Mas não pode haver dúvida sobre o modo como “estrutura” é entendida pelos funcionalistas e, de fato, pela vasta maioria dos analistas sociais – como uma espécie de padronização das relações sociais ou dos fenômenos sociais. (...) Tais concepções estão intimamente ligadas ao dualismo de sujeito e objeto social: “estrutura” apresenta-se nesse caso como externa à ação humana, como uma fonte de restrição à livre iniciativa do sujeito independentemente constituído (GIDDENS, 2009, p. 19).

Para a teoria da estruturação, no entanto, a concepção é diferente:

Assim, a estrutura refere-se, em análise social, às propriedades de estruturação que permitem a “delimitação” de tempo-espaço em sistemas sociais, às propriedades que possibilitam a existência de práticas sociais discernivelmente semelhantes por dimensões variáveis de tempo e espaço, e lhes emprestam uma forma “sistêmica” (GIDDENS, 2009, p. 20).

Ao defender o conceito de estrutura nestes termos, o que Giddens busca é uma maneira de desfazer o consolidado entendimento de que a estrutura se refere a uma realidade de caráter fixo, estático e mecânico. A base desse entendimento é a biologia. O conceito de estrutura acaba por reificar, nas ciências sociais, o que é proposto no mundo natural. Com isso, as propriedades dos sistemas sociais são vistas como tendo a mesma fixidez pressuposta nas leis da natureza (GIDDENS, 2009, p. 212). O que ele almeja é reconhecer um caráter menos engessado do que é comumente entendido como estrutura social. Para tanto, propõe a ideia de dualidade da estrutura:

Uma das principais proposições da teoria da estruturação é que as regras e os recursos esboçados na produção e na reprodução da ação social são, ao mesmo tempo, os meios de reprodução do sistema (a dualidade da estrutura) (GIDDENS, 2009, p. 22).

Ao ressignificar o conceito de estrutura, fazendo um contraponto à rigidez da concepção objetivista acerca do termo, Giddens não pretende, contudo, eliminar todos os traços do entendimento clássico da estrutura em seu uso mais canônico nas ciências sociais. A ideia de estrutura como algo que possui um aspecto duradouro ao longo do tempo é mantida. No entanto, a concepção capacitadora da estrutura é um elemento do qual ele não pode abrir mão, já que pretende elaborar uma teoria sintética entre estrutura e ação:

“Estrutura” refere-se não só a regras envolvidas na produção e reprodução de sistemas sociais, mas também a recursos. (...) Como acontece comumente com seu uso nas ciências sociais, o termo “estrutura” tende a ser ligado com os aspectos mais duradouros dos sistemas sociais em mente, e não quero perder essa conotação. Os mais importantes aspectos da estrutura são as regras e os meios recursivamente envolvidos em instituições (GIDDENS, 2009, p. 28).

Outro elemento de diferenciação entre a perspectiva da teoria da estruturação em torno do conceito de estrutura e a concepção objetivista, principalmente tomando, nesse caso, Durkheim como contraponto, é a identificação, por parte do objetivismo, da estrutura como algo externo aos indivíduos, como a proposta de Durkheim para o estudo dos fatos sociais. A teoria da estruturação lidará com isso de maneira diferente:

A estruturação não é “externa” aos indivíduos: enquanto traços mnêmicos e exemplificada em práticas sociais, é, em certo sentido, mais “interna” do que externa às suas atividades, num sentido durkheimiano. Estrutura não deve ser equiparada a restrição, a coerção, mas é sempre, simultaneamente, restritiva e facilitadora (GIDDENS, 2009, p. 30).

Essa passagem é uma das mais interessantes da exposição de Giddens acerca da ideia de estrutura. Em primeiro lugar, ele vincula, fundamentalmente, o que chama de estrutura às práticas dos indivíduos, retirando a “externalidade” recorrentemente atribuída à concepção de estrutura, quando

confrontada com o indivíduo e com sua ação. Além disso, Giddens atribui à estrutura duas características que, aparentemente, são contraditórias, reconhecendo que, ao mesmo tempo, a estrutura (regras e recursos) restringe, em alguma medida, a ação dos indivíduos, e facilita essa mesma ação.

A estrutura não tem existência independente do conhecimento dos agentes sobre sua atividade cotidiana. Os agentes sempre sabem o que estão fazendo em algum nível da consciência discursiva, nem que seja descritivo (2009, p.31). Trata-se de uma nítida influência da fenomenologia de Schutz no pensamento de Giddens.

Um ponto que merece ser tratado, quando estamos lidando com a ideia de estrutura, é aquele relacionado às coerções. Em certas tradições da teoria social, como no funcionalismo, o conceito de sociedade está ligado de modo direto ao conceito de coerção (vide Durkheim, por exemplo). A sociologia estrutural tende a considerar a coerção como característica definidora dos fenômenos sociais. Mas, para Giddens, as propriedades estruturais dos sistemas sociais são simultaneamente coercitivas e facilitadoras, como já afirmamos. No entanto, conforme temos visto, para a teoria da estruturação, a estrutura é tanto facilitadora quanto coercitiva. Sendo assim, ela não pode ser vista, unicamente, tendo a coerção como característica fundamental.

De acordo com a teoria da estruturação, a coerção pode ser pensada em três sentidos:

1 – pode ser entendida como os limites que as capacidades físicas do corpo humano e as características do ambiente físico impõem às opções dos agentes (essas coerções, vale ressaltar, não são absolutamente dadas; observe a invenção da comunicação eletrônica, por ex); trata-se, portanto, de uma coerção de cunho material;

2 – pode ser entendida como sanção – coerção resultante das respostas primitivas por parte de alguns agentes em relação a outros; as sanções, por mais opressivas que sejam, requerem algum tipo de aquiescência por parte daqueles que são punidos (GIDDENS, 2009, p. 207);

3 – pode ser entendida como coerção estrutural – resultante da contextualidade da ação; “do caráter dado de propriedades estruturais vis-à-vis com atores situados”; essas propriedades não podem ser mudadas pelo agente individual (GIDDENS, 2009, p. 208).

De acordo com a perspectiva da teoria da estruturação, portanto, a coerção exercida pela estrutura social não pode ser tomada como um elemento de enrijecimento da ação, ou mesmo de impossibilidade da mesma. Vale notar que a natureza da coerção é historicamente variável, assim como as qualidades facilitadoras geradas pelas contextualidades da ação humana (idem, 2009, p. 211). As coerções estruturais não operam independentemente dos motivos e razões dos agentes para o que fazem. As propriedades estruturais de sistemas sociais não atuam sobre alguém como as forças da natureza, para compelir o indivíduo a se comportar de um modo particular. Esse é um dos pontos fundamentais da teoria-síntese proposta por Giddens.

Tendo em vista a definição de Giddens para ação e estrutura, podemos observar como ele pretende, a partir da redefinição desses dois conceitos, construir uma perspectiva teórica capaz de, envolvendo os dois polos da teoria sociológica, construir uma ponte entre o objetivismo e o subjetivismo, entre concepções funcionalistas e sistêmicas, e individualistas. Como, então, Giddens encara cada uma dessas abordagens teóricas? Qual seu intuito em construir pontes entre elas?

Peter Blau defende que o que dá distintividade à sociologia é sua preocupação específica, não só com a estrutura social, mas também com as formas pelas quais propriedades coercivas da estrutura se fazem sentir no tocante à conduta dos indivíduos (citado por GIDDENS, 2009, p. 247).

É correto enfatizar que a sociedade não é uma criação de autores individuais, e que as propriedades estruturais de sistemas sociais permanecem além da vida dos indivíduos. Essa é uma ideia mestra, que move a sociologia. Mas tais propriedades e estruturas só existem porque há continuidade na reprodução social no tempo e no espaço. E essa continuidade só existe através das atividades reflexivamente monitoradas de atores situados. É a isso que Giddens pretende dar ênfase.

De acordo com Giddens (2009, p. 251-252), a postura do individualismo metodológico, que, como já ressaltamos, encontra em Weber sua principal fonte, coloca todo seu esforço compreensivo sobre o indivíduo. Só existe ação humana enquanto comportamento de seres humanos individuais. Segundo Giddens, o individualismo metodológico se baseia em algumas premissas:

- 1- atomismo social truístico, postulando que “o fato dos fenômenos sociais só poderem ser explicados em termos da análise da conduta de indivíduos é evidente em si mesmo” (2009, p. 251);
- 2- só os indivíduos são reais, ou seja, propriedades relacionadas a estruturas ou sistemas sociais são apenas modelos abstratos;
- 3- não pode haver leis nas ciências sociais.

Apesar de conceder um importante papel à ação, para Giddens, essas três premissas são problemáticas. A primeira premissa não se sustenta, pois não requer explicação. Ela sequer permite uma contraposição, visto que é tautológica. A segunda também não, pois, embora não possamos “observar diretamente” propriedades estruturais, podemos observar fenômenos sociais em situações de co-presença, além de observar os efeitos que essas propriedades apresentam. Quanto ao terceiro elemento, embora não haja leis, pode haver algumas generalizações, apesar de esse não ser o objetivo da sociologia. Assim, fundado em premissas que não se sustentam, o individualismo metodológico se mostra frágil.

O objetivismo, tendo no funcionalismo e no estruturalismo dois de seus maiores representantes, também apresenta fundamentos passíveis de crítica. O funcionalismo vê na biologia um modelo para conceituar a estrutura e o funcionamento dos sistemas sociais. O estruturalismo vê a homologia entre ciência natural e ciência social como cognitiva. Ambos pensam a preeminência do todo social sobre os indivíduos:

O funcionalismo e o estruturalismo têm algumas semelhanças notáveis, apesar dos contrastes de outro modo acentuados entre eles. Ambos tendem a expressar um ponto de vista naturalístico e **se inclinam para o objetivismo**. O pensamento funcionalista, de Comte em diante, via particularmente a biologia como a ciência que fornece o modelo mais próximo e mais compatível para a ciência social. **A biologia foi considerada fornecedora de um guia para conceituar a estrutura e o funcionamento dos sistemas sociais**, assim como para analisar processos de evolução via mecanismos de adaptação (GIDDENS, 2009, p.1, grifo nosso, em negrito).



O funcionalismo não se mostra atraente, aos olhos de Giddens, muito em função de seu vínculo com a biologia. A importação do entendimento de funcionamento dos organismos sociais para compreender o mundo social, em termos de adaptação, não é uma ideia bem recebida por Giddens, que acredita se tratar de uma reificação.

O estruturalismo, por sua vez, compartilhando com o funcionalismo a precedência do todo social sobre os indivíduos, mesmo não tomando a biologia como medida, é acusado de enorme rigidez ao tratar da estrutura, abrindo pouco espaço para a ação individual. Para uma teoria como a da estruturação, que pretende construir sínteses, esse ponto reza contra o objetivismo:

O pensamento estruturalista, especialmente nos escritos de Lévi-Strauss, foi hostil ao evolucionismo e isento de analogias biológicas. Neste caso, a homologia entre ciência social e ciência natural é primordialmente cognitiva, na medida em que se supõe que cada uma expressa características similares da constituição global da mente. **O estruturalismo e o funcionalismo enfatizam fortemente a preeminência do todo social sobre suas partes individuais (isto é, seus atores constituintes, os sujeitos humanos)** (GIDDENS, 2009, p.1, grifo nosso, em negrito).

Retornando ao subjetivismo, a hermenêutica e a sociologia interpretativa, bases do humanismo, se inclinam para o enfoque no indivíduo, diagnosticando um abismo entre sujeito e objeto social. A subjetividade é encarada como centro previamente constituído da experiência de cultura e história. É concedida primazia à ação e ao significado na explicação da conduta humana:

No pensamento hermenêutico, tal como apresentado por Dilthey, o abismo entre sujeito e objeto social alcança sua amplitude máxima. A subjetividade é o centro previamente constituído da experiência de cultura e história, e como tal fornece o fundamento básico das ciências sociais ou humanas. Fora do domínio da experiência subjetiva, e alheia a ela, está o

mundo material, governado por relações de causa e efeito. (...) Nas sociologias interpretativas, é concedida primazia à ação e ao significado na explicação da conduta humana; os conceitos estruturais não são notavelmente conspícuos e não se fala muito de coerção. Para o funcionalismo e o estruturalismo, entretanto, a estrutura (nos sentidos divergentes atribuídos ao conceito) tem primazia sobre a ação e suas qualidades restritivas são fortemente acentuadas (GIDDENS, 2009, p. 2).

Para Giddens, a diferença entre esses dois enfoques é ontológica, e não somente epistemológica. O objetivo do autor é pôr fim ao império do sujeito e do objeto social. Ele pretende relacionar a subjetividade com noções de estrutura. De acordo com a teoria da estruturação, o estudo das ciências sociais deve ser sobre as práticas sociais ordenadas no espaço e no tempo.

A questão é como os conceitos de ação, significado e subjetividade devem ser especificados e como poderiam ser relacionados com as noções de estrutura e coerção. Se as sociologias interpretativas se assentam, por assim dizer, num imperialismo do sujeito, o funcionalismo e o estruturalismo, por seu lado, propõem um imperialismo do objeto social. Uma de minhas principais ambições na formulação da teoria da estruturação é pôr um fim a cada um desses esforços de estabelecimento de impérios (GIDDENS, 2009, p. 2).

Negando, de antemão, a prevalência da estrutura ou da agência humana, Giddens construiu um elaborado esquema teórico que vincula a reflexividade e o agir humanos com os condicionamentos impostos pelas estruturas sociais, considerando o efeito de ambos. Refutando uma concepção rígida de estrutura, que só é coercitiva, Giddens propõe uma ideia capacitadora de estrutura, que envolve, também, o fornecimento de recursos para a ação:

As atividades sociais humanas, à semelhança de alguns itens auto-reprodutores na natureza, são recursivas. Quer dizer, elas não são criadas por atores sociais, mas continuamente recriadas por eles através dos próprios meios pelos quais eles

se expressam *como* atores. Em suas atividades, e através destas, os agentes reproduzem as condições que tornam possíveis estas atividades (GIDDENS, 2009, p. 2-3).

Estabelecendo uma crítica a Freud, Giddens busca resgatar a condição humana enquanto uma condição que envolve escolha, em maior ou menor medida. Os indivíduos não são absolutamente condicionados pelas estruturas sociais, assim como não são governados somente por forças inconscientes da mente humana. Para a teoria da estruturação, a reflexividade pode mudar as coisas, pelo menos em alguma medida.

Diante do que foi aqui apresentado acerca da teoria da estruturação, podemos recorrer a alguns pontos levantados por Giddens para os propósitos desta tese. A ideia de estrutura como facilitadora, por exemplo, pode ser aplicada à decisão judicial. Quando o juiz já tem um caminho pronto, uma luz dada pelo direito, como a súmula vinculante, a decisão já está fechada, e a ação se realiza sem cálculos e custos. É importante ressaltar que toda escolha e toda decisão apresentam custos<sup>22</sup>. Escolher dá trabalho, envolve reflexão, tempo. Por vezes, é bom que as escolhas já tenham sido feitas, é mais prático, mais rápido. Quando não se sabe algo, por exemplo, é bom que a decisão já tenha sido tomada. Imaginemos se tivéssemos que tomar decisões a cada momento e para cada passo que damos em nossas vidas. Isso obstacularizaria a ação. A concepção de Giddens acerca da estrutura ajuda a afastar um entendimento que a coloca como algo necessariamente nocivo e pernicioso.

No entanto, ter sempre que seguir regras fechadas para o estabelecimento de uma decisão, tendo que decidir sempre da mesma maneira, faria com que não precisássemos de decisores, pois o próprio sistema, enquanto tal, aplicaria a decisão, sem necessidade de nenhuma argumentação. O que ocorre na prática, contudo, é bem diferente. As decisões precisam ser construídas, através da argumentação. Quanto mais complexo o caso, mas essa necessidade se faz sentir. As regras do campo jurídico exercem condicionamentos (e, por vezes, são recursos facilitadores) das decisões judiciais, mas o espaço para a ação, via construção argumentativa está sempre aberto. A dualidade estrutura-agência, de acordo com a

---

<sup>22</sup> Ver Amartya Sen, *Desigualdade Reexaminada*.

perspectiva oferecida pela teoria da estruturação, é um elemento importante para estabelecermos como os juízes decidem, e como a política e o direito se relacionam em torno dessas decisões.

Contudo, antes disso, é preciso situar a discussão da dualidade estrutura-agência em relação aos conceitos de campo e de sistema. O campo do direito tende a se pensar como um sistema fechado, implicando a exclusão da discussão que envolve as relações entre a estrutura e a ação. A ideia de campo de Bourdieu abre espaço para uma interpretação que busca conciliar a estrutura e a ação, denunciando a prática efetiva do campo e seu discurso oficial, principalmente no que diz respeito ao direito. Esse será o tema do capítulo seguinte.

### 3. O conceito de campo e suas implicações para o direito e a política

*Sem o poder de criar, de que vale uma memória?*<sup>23</sup>.

Como apontado no capítulo anterior, além da noção de *habitus*, é caro, a Bourdieu, o conceito de campo. A noção de campo, em Bourdieu, de acordo com Domingues (2008, p. 59), “entra em cena para fazer parte daquilo que outros autores, como Parsons, conceituaram como sistemas sociais”. Mais à frente, nesse mesmo trabalho, abordaremos, com mais densidade, a distinção entre os conceitos de sistema e campo. Por ora, vale notar que o conceito de campo, central para Bourdieu, é de influência weberiana<sup>24</sup>, quando o autor alemão aponta para o surgimento, na modernidade (por conta do processo de complexificação do mundo que ela traz a reboque), de esferas sociais e especializadas, através das quais os indivíduos podem dar sentido ao mundo. Tais esferas se diferenciam graças à crescente racionalização do mundo<sup>25</sup>, tese weberiana primordial para a compreensão da especificidade do desenvolvimento ocidental.

Em todas as áreas de conhecimento, na literatura, na história, na filosofia e na ciência, Bourdieu diagnostica a existência de um mesmo antagonismo, que opõe interpretações internas e externas para explicar cada uma destas áreas. Estas interpretações buscam dar conta de como o conhecimento é produzido em cada uma delas, tendo em vista, de um lado, sua autonomia, e, de outro, sua relação com o mundo:

Todas as produções culturais, a filosofia, a história, a ciência, a arte, a literatura, etc, são objetos de análises com pretensões científicas. Há uma história da literatura, uma história da filosofia, uma história das ciências, etc, e em todos esses campos encontra-se a mesma oposição, o mesmo

---

<sup>23</sup> Jorge Luís Borges.

<sup>24</sup> Montagner & Montagner (2010) se referem ao campo como dotado de esferas de ação particulares, assim como as esferas de sentido de Max Weber.

<sup>25</sup> Esta proposta se coaduna com a leitura da Teoria dos Sistemas, no que diz respeito ao surgimento de sistemas funcionais diferenciados em virtude do crescente aumento da complexidade do mundo. A ideia de racionalização, no entanto, adquirirá outro sentido em Luhmann.

antagonismo, frequentemente considerados como irreduzíveis – sendo o domínio da arte, certamente, um dos lugares onde essa oposição é mais forte – entre as interpretações que podem ser chamadas internalistas ou internas e aquelas que se podem chamar de externalistas ou externas (BOURDIEU, 2004, p. 19).

As interpretações internalistas, conforme aponta o nome, partem das próprias características do conhecimento que é produzido, se baseando em uma espécie de “fetichismo do texto” (2004, p. 19), acreditando, por exemplo, que para se conhecer o direito basta olhar para ele mesmo, representado nos códigos jurídicos, assim como para conhecer a filosofia basta se debruçar sobre os textos filosóficos. Na literatura, por exemplo, há, por influência da semiologia, e resgatada pelo pós-modernismo, a ideia de que basta ler os textos para compreendê-los. O mesmo valeria para a arte e para a história. No direito, este tipo de interpretação também já gozou de prestígio. Bourdieu chama a isso de fetichismo do texto, representando uma concepção que busca explicar o conhecimento e a ciência a partir de si mesmos. A história da ciência na França, por exemplo, descreve seu processo de perpetuação como partenogênese, a ciência engendrando-se a si própria<sup>26</sup>, sem a intervenção do mundo social (2004, p. 20).

Às interpretações internalistas, caracterizadas por esta espécie de fetichismo, se contrapõem as interpretações externalistas, que, em regra, por influência do marxismo, vão defender a ideia de que é preciso relacionar o texto ao contexto, vinculando a obra ao mundo social ao qual ela pertence. Entram em cena, aqui, as explicações das condições sociais e culturais de produção do conhecimento, apontando sua dependência em relação às circunstâncias externas à sua produção em si mesma.

Bourdieu estava interessado em escapar destes polos de interpretação, reconhecendo como parciais e incompletas as leituras fornecidas por cada um deles. Para entender a produção cultural, qualquer que seja ela, e a produção do conhecimento, não basta se referir, somente, ao elemento textual da

---

<sup>26</sup> A produção de si próprio, ou seja, a autorreprodução, também será um tema caro à Teoria dos Sistemas.

produção, e nem somente ao contexto social, fazendo uma relação direta entre o texto e o contexto. Essa relação direta é o que Bourdieu chama de erro de curto-circuito. Para superar esse erro, é preciso compreender as intrincadas formas de relação entre o conhecimento e as condições de sua produção.

Para superar esses dois polos, Bourdieu propõe um universo intermediário, chamado campo: universo no qual estão inseridos os agentes e as instituições que produzem, reproduzem ou difundem a arte, a literatura, a ciência, o direito, etc. Trata-se de um universo que é, em si, um mundo social, como os outros, mas com características próprias, relativamente autônomas:

Minha hipótese consiste em supor que, entre estes dois polos, muito distanciados, entre os quais se supõe, um pouco imprudentemente, que a ligação possa se fazer, existe um universo intermediário que chamo o campo literário, artístico, jurídico ou científico, isto é, o universo no qual estão inseridos os agentes e as instituições que produzem, reproduzem ou difundem a arte, a literatura ou a ciência. Esse universo é um mundo social como os outros, mas que obedeça leis sociais mais ou menos específicas (BOURDIEU, 2004, p. 20).

Vale notar que o esforço de Bourdieu, com o conceito de campo, é muito semelhante àquele que ele próprio empreendeu, com o conceito de *habitus*, na tentativa de apresentar uma contundente solução à relação entre estrutura e agência, ao combater tanto o objetivismo quanto o subjetivismo. Nos dois casos, há uma insatisfação com as explicações fornecidas por polos antagônicos de entendimento dos fenômenos sociais, o que acaba por levá-lo a uma solução alternativa e *sui generis*. Com o conceito de campo, Bourdieu busca uma terceira via, uma ponte, que equilibre a influência do mundo externo e a necessidade de desenvolver uma autonomia relativa em relação a ele.

A noção de campo aparece como um espaço relativamente autônomo, um microcosmo com leis próprias. É claro que ele também é submetido a leis sociais, do macrocosmo, que impõe, até certo ponto, suas leis ao campo. No entanto, este último é dotado de uma autonomia parcial:

A noção de campo está aí para designar esse espaço relativamente autônomo, esse microcosmo dotado de suas leis próprias. Se, como o macrocosmo, ele é submetido a leis sociais, essas não são as mesmas. Se jamais escapa às imposições do macrocosmo, ele dispõe, com relação a este, de uma autonomia parcial mais ou menos acentuada (BOURDIEU, 2004, p. 20-21).

Um problema conexo ao da autonomia dos campos é saber qual a natureza das pressões externas e quais as formas de resistência do campo, que caracterizam, desta forma, sua autonomia (quais são os mecanismos do microcosmo para se libertar das imposições do macrocosmo e se orientar por determinações geradas internamente?).

Para Bourdieu, as pressões externas, independente de sua natureza, só se exercem por intermédio do campo, ou seja, são mediadas pela lógica do campo (2004, p. 22). Uma das manifestações da autonomia do campo está, justamente, em sua capacidade de refratar as pressões externas, as retraduzindo sob uma forma específica<sup>27</sup>:

De fato, as pressões externas, sejam de que natureza forem, só se exercem por intermédio do campo, são mediatizadas pela lógica do campo. Uma das manifestações mais visíveis da autonomia do campo é sua capacidade de *refratar*, retraduzindo sob uma forma específica as pressões ou as demandas externas (BOURDIEU, 2004, p. 22, grifo do autor).

Nesse ponto, a concepção de campo parece se aproximar, em parte, da concepção de sistema proposta por Luhmann. Assim como ocorre com os sistemas, os campos fazem o papel de intermediadores, através de suas fronteiras (sua lógica, sua linguagem e seus códigos próprios), entre o mundo externo e sua composição interna. No entanto, as diferenças entre campos e sistemas são maiores do que suas semelhanças. Bourdieu não aponta o campo como um universo hermético e somente autorreferencial. Ele não é, da

---

<sup>27</sup> Assim como as irritações do meio são pensadas em relação ao sistema, que, no bojo da Teoria dos Sistemas, deve ser capaz de filtrar e reconfigurar essas influências externas.



mesma maneira, prescritivo quanto a esse hermetismo. O campo, não há dúvida, busca autonomia, mas jamais pode obtê-la em absoluto.

Quanto mais autônomo for o campo, maior seu poder de refração, e mais as pressões externas serão reconfiguradas, tornando-se, muitas vezes, irreconhecíveis. Ao afirmar a reconfiguração do que vem do exterior, fica claro que as pressões não são ignoradas, mas, antes, recodificadas. E o grau de autonomia de um campo tem por indicador principal, justamente, seu poder de refração, de retradução. A afirmação de que quanto mais autônomo for um campo, mais ele tende a escapar de pressões fortes vindas do exterior, não é tratada, por Bourdieu, como algo especificamente desejável ou indesejável. Sua teoria dos campos é descritiva e busca denunciar a forma como os campos funcionam, através da identificação das disputas internas por poder.

Ao contrário, a heteronomia do campo se manifesta pelo fato dos problemas exteriores, em especial os políticos, aí se exprimirem diretamente. Ou seja, a politização<sup>28</sup> de um campo é um indício de ausência de sua autonomia (BOURDIEU, 2004, p. 22). No entanto, Bourdieu não vê a autonomia do campo como uma necessidade para que a organização social esteja em funcionamento (a começar pela própria questão do funcionalismo). Ele aponta a autonomia como uma forma que o campo tem de lidar com pressões externas, particularmente as políticas, fornecendo, a partir de si próprio, os elementos necessários para enfrentar as questões que lhe são submetidas.

No entanto, não é somente em relação ao exterior que o campo encontra uma relação de disputa. Se, externamente, a busca do campo é pela autonomia em relação às pressões do mundo social, internamente, o campo é constituído por uma disputa contínua. Todo campo é um campo de forças e lutas para transformar ou conservar esse mesmo campo de forças. E o campo, o espaço dessas lutas, só existe pelos agentes que o criam, através das relações objetivas que estabelecem entre si <sup>29</sup>: “os agentes – por exemplo, as

---

<sup>28</sup> A política, aqui também, é percebida como algo pernicioso, na medida em que seus elementos são entendidos como formas de impedir a utilização de mecanismos próprios do campo.

<sup>29</sup> Esse é um ponto de afastamento entre a concepção de campo e a concepção de sistema. Se há aproximações em relação à ideia de autonomia, quanto aos agentes, as posições são diametralmente opostas. O conceito de campo não prescinde dos agentes humanos individuais. Na verdade, é através de sua ação que o campo se produz e se reproduz.

empresas no caso do campo econômico – criam o espaço, e o espaço só existe (de alguma maneira) pelos agentes e pelas relações objetivas entre os agentes que aí se encontram” (BOURDIEU, 2004, p. 23).

Os campos são *loci* onde disputas de poder ocorrem ininterruptamente, legitimando decisões e comportamentos de acordo com o maior ou menor grau de poder que grupos e indivíduos possuem em seu interior. Nesse sentido, outro conceito importante para Bourdieu entra em cena, a ideia de capital (de influência marxista). Quanto mais capital um grupo ou indivíduo é capaz de acumular no campo, maior seu poder e sua legitimidade, tendo em vista que o acúmulo daquele capital em específico é importante para a definição da ocupação das posições no campo.

O campo, portanto, é um contexto, composto por relações de poder, pautado por características próprias, por formas próprias de legitimidade e valorização de posturas, comportamentos, linguagens e capitais (ou reconvertidos, conforme as regras próprias a cada campo). O campo pressupõe uma perspectiva relacional, portanto, e está vinculado à ideia de poder (o que, em Bourdieu, pode significar um afastamento do entendimento da liberdade e criatividade individuais em termos de transformação):

As posições dos atores nesses campos estabelecem-se relacionalmente, de acordo com o maior ou menor poder detido por eles, poder esse que confere maior ou menor legitimidade às ideias, posturas, comportamentos, valores etc, sustentados por cada grupo dentro do campo. Com isso, o “capital” de cada setor no campo se diferencia e pode ser acumulado (DOMINGUES, 2008. p. 60).

É a estrutura das relações objetivas entre os agentes que determina o que eles podem ou não fazer, tendo em vista sua agência. As tomadas de posição, no campo, são determinadas pela posição que os agentes ocupam nessa estrutura, que, por sua vez, é determinada pela distribuição do capital característico de cada campo. Todo campo possui um capital específico que o singulariza. Os agentes, caracterizados pelo volume de seu capital,

determinam a estrutura do campo em proporção ao peso da posição que ocupam. E cada ator age sob a pressão da estrutura do campo (2004, p. 24).

Nesse sentido, o conceito de campo abarca, de um lado, tanto a noção de estrutura, quanto, de outro, a de agência. O campo é um conjunto de relações, de posições, de regras e restrições, que, a partir de características próprias, engendra uma disputa de poder por privilégios internos (e externos, muitas vezes) entre indivíduos situados em posições específicas. Estes indivíduos agem estrategicamente a partir das relações que estabelecem com outros atores, situados em posições diferenciadas no interior do campo.

Apesar disso, Domingues verá, no conceito de campo, uma tentativa falha de construção da pretendida ponte entre subjetivismo e objetivismo, já que, nitidamente, Bourdieu concede mais favores a este último do que àquele. Bourdieu não descuida de afirmar a importância dos dois polos, a estrutura e a agência, mas o cenário que desenha não é muito animador para os defensores de uma perspectiva que levaria em conta a ação dos indivíduos a partir de um registro menos determinístico (preponderantemente, em função do *habitus*). De acordo com Domingues:

Quanto ao debate sobre a relação entre “estrutura” e “ação”, ele põe peso naquele primeiro polo, mas não descarta do segundo, pois, se ele é decisivo para informar praticamente o comportamento dos atores, estes são de algum modo criativos, seja devido a pequenas e incrementais modificações no próprio *habitus*, seja pelo comportamento heterodoxo ao criar ou modificar radicalmente os sistemas sociais que Bourdieu define em termos de campo de poder e capital (2008, p. 60-61).

Na leitura de Domingues, embora Bourdieu considere e conceda alguma importância à ação e à criatividade individuais, ele dá mais ênfase ao caráter reprodutor das estruturas. A transformação do indivíduo, escapando das correntes do *habitus* que o molda e o faz agir de uma maneira específica, independente de sua consciência acerca disso, se dá apenas em momentos pontuais. A manutenção do *habitus* é a regra. Quando a mutação aparece, ela é excepcional, dada por um sujeito heterodoxo e extraordinário, capaz de

modificar radicalmente todo o campo (um gênio, um revolucionário, um outsider, um líder, mais próximo da ideia do carismático weberiano)<sup>30</sup>, ou através de pequenas mutações que o indivíduo faz em seu próprio *habitus*, em caráter mais adaptativo do que transformador<sup>31</sup>.

Independente do peso que coloca na estrutura, nas regras do campo, a ação permanece como um elemento crucial na leitura de Bourdieu. O *habitus* é ação. Mesmo sendo tratado de maneira determinística (como apontam muitos dos críticos de Bourdieu), o *habitus* é um aprendizado internalizado que faz com que o indivíduo aja. No entendimento de Giddens, este fato, inclusive, pode ser tomado a partir de uma perspectiva positiva, no sentido de se reconhecer que se está diante de um elemento facilitador da ação. O *habitus* pode ser pensado como algo que elimina escolhas, entre tantas possíveis, facilitando este mesmo ato da escolha<sup>32</sup>. Como escolher possui custos, o *habitus* pode ser encarado como um elemento não necessariamente impeditivo da ação. Além disso, a mudança do campo está visceralmente ligada à ação. E, nesse ponto, os atores têm seu papel reconhecido e valorizado. O aspecto transformador, mesmo sendo tratado como uma exceção, é atribuído à ação de indivíduos, capazes, por características próprias, de alterar as estruturas do campo. Além disso, Bourdieu não desconhece que, para que o campo

---

<sup>30</sup> Não teriam, também o excepcional e o heterodoxo, um *habitus*, criado, internalizado, inculcado, que, embora não tenha as mesmas características do *habitus* dos outros participantes do campo, seja capaz de, em maior ou menor medida, ser tomado como o característico do campo, fazendo com que um novo *habitus*, com base neste do heterodoxo, se torne, com o tempo, ortodoxo?

<sup>31</sup> Em linhas gerais, um indivíduo é capaz de alterar o próprio *habitus*? Bourdieu acena que sim, em alguns casos, mas põe em xeque esta mudança como algo de grande monta. Indivíduos podem alterar seu *habitus*, se adaptando, no intuito de conseguir escalar degraus na escada do *status* social. No entanto, como o próprio Bourdieu ressalta em *A distinção*, é extremamente complexo que o indivíduo atravesse a barreira corporal do *habitus* anterior, naturalizado e enraizado de forma profunda no indivíduo (pelo corpo, conforme ressaltamos). Para tanto, é preciso tempo e uma grande capacidade de manter o *habitus* “transformado” de forma natural, sem que pareça um comportamento artificial. No que diz respeito ao gosto, por exemplo, esse problema aparece de forma ainda mais aguda. As mudanças ficam no nível do indivíduo, o que não altera a estrutura social como um todo (no cenário pintado por Bourdieu, não se pode imaginar uma troca coletiva de *habitus*, em uma classe social como um todo, por exemplo). Em *A distinção*, por exemplo, os críticos de Bourdieu encontrarão elementos para suas críticas.

<sup>32</sup> Interessante notar a aproximação que pode ser feita entre o conceito de *habitus*, de Bourdieu, a ideia de segurança ontológica, de Giddens, e a noção de redução de complexidade da Teoria dos Sistemas. Nas três noções, está-se diante de formas redutoras de escolhas, em meio à contingência do mundo. Particularmente, em Giddens e Luhmann, isso não é algo necessariamente impeditivo.

permaneça do mesmo jeito, é preciso que os indivíduos ajam de determinadas maneiras esperadas por eles.

Na leitura de Domingues, porém, os indivíduos, mesmo quando mencionados por Bourdieu, não o são enquanto tais, mas apenas como cumpridores de papéis sociais. Embora encare o campo como dotado de um caráter relacional, na prática, Bourdieu vê as relações sendo estabelecidas em termos de posições de poder no interior do campo, e não como relações entre atores<sup>33</sup>:

Ele (**Bourdieu**), de fato, define sua sociologia como relacional. Mas mesmo nos melhores e mais inspirados momentos, a relação se dá entre *posições* (de poder) no “campo” e não entre os atores, que parecem, ao modo do estruturalismo empírico e descritivo, simplesmente preenchê-las (DOMINGUES, 2008, p. 61, acréscimo nosso, em negrito, grifo em itálico do autor).

Na interpretação de Domingues, portanto, mesmo quando está em jogo o aspecto transformador do campo, através da figura do gênio, do excepcional ou do revolucionário, por exemplo, estamos diante de papéis a serem preenchidos (do gênio, do excepcional, do revolucionário), e não de atores específicos. Isso leva à crítica do determinismo na obra de Bourdieu, que pende mais para uma espécie de estruturalismo do que para uma tentativa bem sucedida de equacionar a estrutura e a ação.

É bem verdade que, como lugares de relações de forças, os campos implicam tendências imanentes e probabilidades objetivas (BOURDIEU, 2004, p. 27). Um campo não se orienta ao acaso e nem tudo é possível ou impossível em cada momento. Este ponto ressalta a circunstancialidade. O campo, ao mesmo tempo em que possui regras e particularidades construídas historicamente, não permanece engessado ao longo do tempo. As posições que ele oferece não gozam, todo o tempo, do mesmo privilégio. É preciso observar as circunstâncias para entender o funcionamento do campo. Um

---

<sup>33</sup> Isso faz com que Domingues veja uma subutilização de Goffman na obra do francês, outra influência a qual Bourdieu recorre na tentativa de construir sua ponte.

comportamento obedecido em determinado momento pode não ser mais o adequado em outras circunstâncias. A estrutura exige e condiciona, até certo ponto, a ação, mas ela pode sofrer pequenas mudanças e diversas interpretações, sem que isso queira dizer que o campo possa ser alterado ao bel prazer dos indivíduos.

Na interpretação de Bourdieu, contra uma ilusão maquiavélica, vale notar que nada é mais difícil de manipular do que um campo (Bourdieu, conforme ressaltamos anteriormente, é visto pelos críticos como tendente ao objetivismo, mesmo tentando criar pontes entre ele e o subjetivismo de Sartre). As oportunidades que um agente tem de submeter as forças do campo à sua vontade são proporcionais à sua posição na estrutura da distribuição do capital no campo. Existem casos excepcionais, mas as estruturas do campo, em geral, não são submetidas à vontade individual.

Isso não impede, contudo, que se levante objeções a interpretações críticas em relação à importância dos indivíduos para o conceito de campo de Bourdieu. Se parece que a teoria dos campos, como na leitura de Domingues, não concede a mesma relevância explicativa do funcionamento do mundo social para os indivíduos concretos do que a que concede para as estruturas (como as posições, por exemplo), as críticas tendem a ser reducionistas, visto que o próprio Bourdieu, em diversos momentos (como veremos no caso do campo político), ressalta a importância das características individuais para a compreensão do sucesso do indivíduo no interior do campo, se relacionando com outros indivíduos e com as estruturas.

Há estruturas objetivas e lutas ao redor destas estruturas. O que chama a atenção na teoria dos campos de Bourdieu é a tentativa de não deixar a agência (humana)<sup>34</sup> fora do quadro explicativo. Ao contrário do que uma leitura radical dos campos pode sugerir, as estruturas não são percebidas como condicionantes absolutas da ação, o que faria com que os indivíduos fossem tratados como autômatos. A caracterização do campo como um espaço de lutas já coloca em cena, por si, o papel ativo desempenhado pelos indivíduos.

Diante disso, os agentes sociais não são entendidos como partículas passivamente conduzidas pelas forças do campo. Eles possuem disposições

---

<sup>34</sup> Insistimos na referência à agência humana porque, como veremos, Luhmann se valerá de um conceito de ação diferenciado na Teoria dos Sistemas.

adquiridas, maneiras permanentes e duráveis (*habitus*), que podem levá-los a resistir às forças do campo. O *habitus* do indivíduo é um fator fundamental para compreender suas chances no campo. Os que possuem *habitus* diverso ao exigido pelo campo encontram-se, em regra, defasados, deslocados (2004, p. 29), e ocuparão posições menos privilegiadas no interior do campo. Ao contrário, aqueles cujo *habitus* apresenta afinidades com aquilo que é desejado e exigido pelo campo tendem a galgar posições mais privilegiadas. Quem já nasce no jogo, e com ele tem familiaridade, carrega consigo o privilégio do inatismo, assim como ocorre na leitura que Bourdieu faz em relação ao mundo social.

Aqueles, muitas vezes beneficiados por esse mesmo inatismo, que ocupam as posições favorecidas na estrutura do campo adotam estratégias de conservação, tanto da estrutura quanto da própria posição que detêm no campo. Isso se manifesta no combate à mudança das regras e das características do campo, ou seja, no rechaço à inovação. Esta tende a ser buscada por aqueles que estão destinados às posições menos favorecidas e cujo *habitus*, a princípio, não se adequa ao exigido pelo campo. Mas eles podem lutar contra as forças do campo, resistindo e não se submetendo, tentando modificar as estruturas, de acordo com seus interesses, motivações e posições, para conformá-las às suas disposições (BOURDIEU, 2004, p. 29).

Campo e *habitus* são, assim, conceitos relacionados. As posições no campo, as regras estabelecidas pelo mesmo, a legitimidade e poder conferidos em seu bojo, são elementos que influenciam o *habitus* dos participantes do campo, seja forçando-os a uma adaptação, substituindo um *habitus* anterior, seja construindo o *habitus* adequado ao campo.

A teoria dos campos, portanto, busca conformar a estrutura e a agência a partir da configuração deste lugar *sui generis* que é o campo (mas, ainda assim, influenciado pelo mundo social que o entorna). Ela fornece uma interpretação para as relações entre o campo e o mundo que o circunda, a partir da busca da autonomia, ao passo que dá os elementos, também, para uma interpretação das relações que compõem o campo, envolvendo posições (estrutura) e indivíduos com características próprias (agência). A ciência é um bom exemplo de aplicação da teoria dos campos, e ajuda a entender como os conceitos mobilizados pela teoria podem ser aplicados.

### 3.1. O exemplo de funcionamento do campo científico

Um bom exemplo para o entendimento do conceito de campo em Bourdieu, e também para a compreensão do que é atribuído à estrutura do campo e à ação dos indivíduos, é o campo científico. Em sua análise, estão presentes todos os elementos definidores da ideia de campo. A ciência é produtora do seu próprio significado, e, conforme define Bourdieu em relação aos campos, é dotada de relativa autonomia em relação aos outros campos sociais. A própria verdade científica, desta forma, é produzida pelo campo, através dos jogos de poder que caracterizam o acúmulo de capital científico, a reconversão de outros capitais e a busca pelas posições mais privilegiadas.

Se afastando da polarização oferecida pelas interpretações internalistas e externalistas, Bourdieu busca escapar de uma concepção de ciência pura, livre da necessidade social, e, ao mesmo tempo, de uma ciência presa, sujeita apenas às demandas políticas e econômicas. Por isso, o conceito de campo é visto por ele como o instrumento teórico mais adequado para a compreensão da ciência e, como veremos, também da política e do direito.

Diante disso, a ciência, assim como nenhum outro campo, não pode ser pensada como absolutamente independente do mundo social e nem como absolutamente dependente dele. A atividade científica, por exemplo, implica custos econômicos e o grau de autonomia da ciência depende do grau de necessidade de recursos econômicos que tal ciência exige para se concretizar. Isso quer dizer que há uma comunicação entre o campo científico e o campo econômico, mas este último não controla aquele (BOURDIEU, 2004, p. 54), e o campo científico mantém sua autonomia com base nas características próprias que possui, quando comparado a outros campos. Na verdade, para Bourdieu, quanto mais o campo puder fazer valer seus próprios critérios, evitando intervenções externas, especialmente as políticas, maior será a autonomia do campo.

O campo científico é pensado como um sistema de relações objetivas entre posições. Sistema, neste caso, não tem o mesmo significado que o termo utilizado no contexto da Teoria dos Sistemas. As posições do campo



estabelecem relações entre si, que, por sua vez, compõem um conjunto complexo de relações, formando o sistema. O que, de fato, está em jogo é a autoridade científica (seu monopólio, mais precisamente), e, portanto, a legitimidade para determinar o científico, a ciência. A capacidade científica está relacionada a falar e agir com legitimidade, o que dota o indivíduo de autoridade, que, por sua vez, exige deste mesmo indivíduo uma capacidade técnica específica e concede a ele uma espécie de poder social (BOURDIEU, 1976).

A relação entre o campo científico e os demais se torna clara na afirmação de que a autoridade científica, capital científico que singulariza o campo, é, em regra, convertida em outras espécies de capital (social, cultural, político, econômico, etc, e a recíproca também é verdadeira). O capital próprio ao campo científico proporciona, além do reconhecimento da competência, autoridade para definir as regras do jogo, as regularidades, e as leis que definem sobre o que é importante ou não escrever, o que é brilhante e o que é ultrapassado (BOURDIEU, 2004, p. 27). Ao assegurar ao detentor um poder sobre os mecanismos constitutivos do campo, a autoridade científica permite a realização da conversão em outras formas de capital, ampliando o espectro de atuação de seus efeitos. Ao *habitus* primário, oriundo da educação de classe, é somado o *habitus* secundário, fornecido pela educação escolar. O sistema de ensino, por exemplo, inculca o *habitus* científico nos destinatários legítimos da ação pedagógica, fazendo com que o capital escolar seja reconvertido em autoridade científica. Desta forma, tendo como base os indivíduos e as relações que eles estabelecem no interior do campo, Bourdieu não pode abrir mão de um conceito de agência humana, que envolva indivíduos concretos.

A perspectiva relacional que caracteriza os campos pode ser observada em diferentes aspectos. Os julgamentos sobre a capacidade científica, por exemplo, são sempre influenciados pela relação entre a posição ocupada pelo julgador (normalmente, alguém já dotado de tal capacidade, possuidor de autoridade no campo), e a posição do aspirante, do novato no campo, aquele que ainda não ocupa uma posição privilegiada na hierarquia do campo. Isso significa que o reconhecimento científico, forma também de reconhecimento social, é dado pelos próprios pares.

O campo é uma forma de dotação de sentido, assim como pensava Weber em relação às esferas de sentido, e assim como também pensava Luhmann em relação aos sistemas. O campo científico, por exemplo, produz uma forma de interesse específica, que lhe é própria. Até neste ponto, a perspectiva relacional se faz presente. Os interesses em pesquisar dizem respeito a elementos intrínsecos, manifestados através da motivação e interesse pessoal do cientista, mas também estão relacionados a aspectos extrínsecos, tangentes ao despertar do interesse dos pares no campo.

A importância de se reconhecer atores (e suas relações) como elementos centrais para o entendimento do conceito de campo se faz patente na crítica que Bourdieu dirige à forma como a filosofia idealista encara a ciência, ou seja, como sendo possuidora de uma história caracterizada pelo desenvolvimento de sua lógica imanente (1976). Rechaçando esta leitura, Bourdieu definirá o campo científico como um lugar de luta política pela dominação científica. A lógica do campo é produzida a partir de condições históricas específicas, de configurações singulares do campo, tendo em vista seus componentes humanos e o valor das posições que ocupam. Diante disso, toda escolha feita no campo é vista como uma estratégia política para angariar posições de privilégio. E o lucro propriamente científico é a obtenção do reconhecimento dos pares-concorrentes (mais uma vez, característica de uma perspectiva relacional entre agentes). A noção de busca estratégica pelo reconhecimento dos pares deixa patente o papel que o ator desempenha em uma teoria como a dos campos.

Essa busca pelo reconhecimento dos pares é influenciada pelo grau de autonomia do campo. Quanto maior sua autonomia, mais os produtores do campo científico tendem a ter, como únicos clientes, seus próprios concorrentes (BOURDIEU, 1976). Só os especialistas podem avaliar o mérito do próprio campo, de fato e de direito – recorrer a uma autoridade exterior ao campo atrairia para si o descrédito<sup>3536</sup>. Esta é uma maneira de proteger a

---

<sup>35</sup> A relação entre a autonomia e o descrédito, no campo científico, pode ser percebida em relação ao *locus* da publicação de um artigo científico. A publicação que é acompanhada de publicidade (como, por exemplo, em jornais de grande circulação), fora dos meios propriamente científicos, gera descrédito para o autor, ao contrário do que ocorre com as publicações em revistas especializadas, com circulação restrita aos entendidos. Giddens é um autor que sofreu com descrédito, entre outras coisas, em função disto.

autonomia do campo científico<sup>37</sup>. Quer isto dizer que a autonomia varia, mais uma vez, de acordo com a especificação das condições históricas. Ela nunca é absoluta, mas é dilatada de acordo com condições particulares.

A autonomia do campo científico se manifesta, por exemplo, na definição do que pode ser tratado como problema, na limitação dos métodos aceitos e na aceitação das teorias tratadas como científicas. Esta autonomia de determinação do que é a ciência é também um fator estrutural interno ao campo, limitador das ações dos indivíduos que dele fazem parte. A autonomia, portanto, impõe limitações externas (à influência de outros campos) e internas (aos participantes do campo científico).

O campo científico força seus ingressantes a participarem de um jogo de poder que estabelece os pares como concorrentes. Eles são os únicos capazes de julgamento adequado em relação à produção científica e concorrem por posições distintas no interior do campo. Desta forma, em uma analogia jurídica, todo juiz, no campo científico, é juiz e parte interessada, simultaneamente. Isso faz com que os participantes se vejam obrigados não somente a superarem seus adversários, mas, sob pena de desqualificação de seu trabalho, a incorporarem sua produção em uma espécie de continuação superadora dos trabalhos daqueles com quem concorrem (BOURDIEU, 1976).

Assim como o campo do gosto<sup>38</sup>, o campo científico é caracterizado por uma contínua disputa pela legitimidade de dizer o que está em jogo na luta científica (operação dos dominantes). Em última instância, a ciência é aquilo que os dominantes, no campo científico, fazem, assim como a escola exige dos alunos, como cultura erudita, aquilo que já é cultura materna para a classe dominante<sup>39</sup>.

O campo científico é um local de lutas desiguais entre agentes com capitais desiguais. Mais uma vez, o tema da agência é trazido à tona. A luta no campo científico se dá entre dominantes e pretendentes às posições de

---

<sup>36</sup> Isto em relação à ciência. Em relação à política, principalmente, o reconhecimento, por parte de autoridades externas ao campo, pode ser um fator de prestígio. Mesmo em relação ao direito, nas posições mais expostas ao público, como é o caso atual do Supremo Tribunal Federal no Brasil, esse reconhecimento externo pode ser encarado como um benefício para aqueles que ocupam a posição.

<sup>37</sup> Esta é uma concepção que se aproxima da noção de fechamento operacional da Teoria dos Sistemas.

<sup>38</sup> Exaustivamente analisado por Bourdieu em *A distinção*.

<sup>39</sup> Ver *Escritos sobre Educação*.

prestígio e reconhecimento que caracterizam a ciência. Neste jogo, entra em cena a necessidade de se ter visibilidade, ou seja, o capital social no campo científico deve apresentar um valor diferencial, distintivo, ligado à ideia de se fazer um nome. A lógica da distinção no campo da ciência será regida, diante disso, a partir da oposição entre o obscuro e o brilhante, caracterizado como aquele que foge do comum, do ordinário (BOURDIEU, 1976).

O brilhantismo, o reconhecimento, a construção de uma reputação, de um nome, são todos elementos característicos de uma abordagem que não pode olvidar o indivíduo, e suas peculiaridades, como forma de compreensão do funcionamento do campo. A necessidade, neste caso, é de um indivíduo concreto. A genialidade não pode, absolutamente, ser herdada (pelos discípulos, por exemplo). Assim como o carisma weberiano, ela é particular, peculiar, característica. Sua transferência nunca é absoluta.

O prestígio pessoal, por sinal, é visto por Bourdieu como uma das duas formas de poder correspondentes às duas espécies de capital científico. O prestígio se relaciona diretamente com a abordagem relacional, e diz respeito ao reconhecimento pessoal dos pares, ou seja, àquela forma de reconhecimento que não está institucionalizada, mas, antes, é baseada na estima. A outra forma de capital (que Bourdieu chamou de poder temporal ou político) se relaciona com o poder institucionalizado, ligado às posições importantes nas instituições científicas. O capital científico baseado no prestígio não pode ser transferido da mesma forma que o capital político. O prestígio pessoal tem algo de carismático, difícil de ser transmitido na prática. Desta forma, para compreender a forma como este capital estrutura as relações no campo científico, não se pode abrir mão dos indivíduos concretos.

Mesmo com a consideração da importância dos indivíduos específicos, a análise de Bourdieu sobre o campo científico abre espaço para que o conceito de campo, muitas vezes, seja entendido de forma rígida e pessimista, pois as determinações que a disputa pelo poder oferece parecem impedir qualquer alteração no quadro da distribuição dos privilégios que estrutura o campo. Os indivíduos agem estrategicamente em busca de melhores posições, mas este aparenta ser um jogo perdido, com vencedores já determinados. No entanto, Bourdieu, conforme ressaltamos, ainda abre espaço para uma modificação, baseada na ação dos atores.

Se a estrutura do campo pode ser alterada, isso se dá em função de estratégias de conservação e subversão, orientadas pelas propriedades das posições que os atores ocupam no campo. É claro que as inovações são pensadas como circunscritas aos limites autorizados:

C'est le champ qui assigne à chaque agent ses stratégies, s'agirait-il de celle qui consiste à renverser l'ordre scientifique établi. Selon la position qu'ils occupent dans la structure du champ (et sans doute aussi selon des variables secondaires telles que la trajectoire sociale, qui commande l'évaluation des chances), les "nouveaux entrants" peuvent se trouver orientés vers les placements sûrs des stratégies de succession, propres à leur assurer, au terme d'une carrière prévisible, les profits promis à ceux qui réalisent l'idéal officiel de l'excellence scientifique au prix d'innovations circonscrites dans les limites autorisées, ou vers des stratégies de subversion, placements infiniment plus coûteux et plus risqués qui ne peuvent assurer les profits promis aux détenteurs du monopole de la légitimité scientifique qu'au prix d'une redéfinition complète des principes de légitimation de la domination<sup>40</sup> (...) (BOURDIEU, 1976, p. 97, grifos do autor).

Os ingressantes no campo científico terão contra si toda a lógica do sistema, caso queiram inovar. Essa lógica é uma estrutura condicionante da ação. A ação é estratégica, o que exige levar em consideração os limites oferecidos pelo próprio campo, cuja reforma só é possível se observados os limites da ordem oferecidos pela própria constituição do campo. Os inovadores, portanto, são inicialmente combatidos pela instituição, até que, eventualmente, se tornem consagrados, muitas vezes, nesse processo, levando a alterações

---

<sup>40</sup> “É o campo que atribui, a cada agente, suas estratégias, inclusive a que consiste em reverter a ordem científica estabelecida. Segundo a posição que eles ocupam na estrutura do campo (e também, sem dúvida, as variáveis secundárias, tais como a trajetória social, que comanda a avaliação das oportunidades), os novos participantes do campo podem se ver orientados para as posições seguras das estratégias de sucessão, próprias a lhes assegurar, ao fim de uma carreira previsível, os ganhos prometidos àqueles que realizam o ideal oficial de excelência científica, ao preço de inovações circunscritas aos limites autorizados, ou para as estratégias de subversão, posições infinitamente mais caras e mais arriscadas, que só podem assegurar os ganhos prometidos aos detentores do monopólio da legitimidade científico ao preço de uma redefinição completa dos princípios de legitimação e dominação”. Tradução nossa.

na estrutura do campo. No entanto, uma vez consagrados, devido à própria dinâmica das lutas, eles tendem a adotar uma posição conservadora, buscando manter o prestígio que conseguiram com a “ruptura herética” (2004, p. 40).

O exemplo da ciência mostra as implicações que o conceito de campo tem na teoria de Bourdieu. Interessado em fazer uma ciência da ciência, Bourdieu vê no conceito a chave para o entendimento deste espaço *sui generis* do mundo social. Contra um construtivismo idealista, Bourdieu aponta que, no domínio da pesquisa científica, os pesquisadores e as pesquisas dominantes definem o que é, num dado momento do tempo, o conjunto de objetos importantes. São os agentes que fazem os fatos científicos, e, em parte, o próprio campo científico, a partir de uma posição nesse campo (posição esta que não criaram, mas que contribui para definir suas possibilidades) (2004, p. 25).

Além da ciência, Bourdieu aplica o conceito de campo em outros setores do mundo social. A política e o direito também são analisados como campos sociais, dotados de autonomia relativa, capital específico, regras e linguagem próprias, e são caracterizados, igualmente, por relações de poder entre indivíduos dotados de características específicas, em busca de privilégios no interior do campo.

### **3.2. A política como campo**

A política é entendida por Bourdieu como um campo permeado pelas lutas em torno do poder, onde as características dos indivíduos são fundamentais para o seu sucesso político, e cujo acesso é extremamente restrito, dando origem a uma distinção entre os políticos profissionais e os profanos, aqueles que depositam sua fé nos agentes políticos e nos partidos, ou são caracterizados por uma espécie de apolitismo. Quanto mais os profissionais detêm o monopólio do campo, mais este apolitismo é percebido.

Como em sua explicação relativa à ciência, Bourdieu rechaça, no que tange à política, explicações que tendam, de um lado, a explicá-la, única e exclusivamente, por questões sociais e econômicas externas ao campo, e, de outro, apenas com base em suas próprias características. Reconhecendo a autonomia relativa da política, Bourdieu se valerá do conceito de campo mais

uma vez: “Seria um erro subestimar a autonomia e a eficácia específica de tudo o que acontece no campo político e reduzir a história propriamente política a uma espécie de manifestação epifenomênica das forças econômicas e sociais de que os atores políticos seriam, de certo modo, títeres” (2012, p. 175).

A crítica, sem dúvida, é dirigida a interpretações marxistas mais deterministas em relação à organização do mundo social, vendo na política (pensada como superestrutura) nada mais do que um reflexo das relações de produção (infraestrutura). No entanto, ao mesmo tempo, é preciso reconhecer que a autonomia é relativa, e que o campo político é influenciado por condicionantes externos. O objetivo é explicar o campo político como uma produção histórica e cultural, que, ao longo desta mesma história, foi capaz de conquistar uma autonomia em relação ao mundo circundante, tendo em vista suas peculiaridades. O que não pode ser feito, na visão de Bourdieu, é naturalizar a explicação da constituição do campo político:

Toda análise da luta política deve ter como fundamento as determinantes econômicas e sociais da divisão do trabalho político, para não ser levada a *naturalizar* os mecanismos sociais que produzem e reproduzem a separação entre os ‘agentes politicamente ativos’ e os ‘agentes politicamente passivos’ (BOURDIEU, 2012, p. 163, grifos do autor).

Assim como todo campo, a política é composta por instituições, por indivíduos e pelas relações entre eles (entre os indivíduos e as instituições, e entre os indivíduos entre si). O campo político é descrito por Bourdieu como um conjunto de regras e relações que exige de seus participantes determinados conhecimentos e comportamentos, já inculcados através do *habitus*, e que garantem, desta forma, as chances de sucesso dentro do campo. Bourdieu, assim, mobiliza disposições que podem ser atribuídas a grupos específicos de indivíduos, de acordo com suas características econômicas e com o acúmulo de seu capital cultural, ao passo que aponta as estruturas do campo político que aprovam ou rejeitam determinadas características, realizando uma

homologia<sup>41</sup> entre as posições galgadas pelos indivíduos em outros campos (como o jurídico e o econômico, por exemplo) e o que eles podem alcançar no interior do campo político. A homologia entre os campos aponta para a natureza relativa da autonomia de qualquer campo.

Assim, o que está em jogo na análise do campo político são as tomadas de posição, por parte dos indivíduos, que podem fazer com que eles ocupem postos mais ou menos privilegiados no campo. É preciso conhecer, portanto,

o espaço das posições objetivas no campo e das atitudes dos seus ocupantes: este 'sentido prático' das tomadas de posição possíveis e impossíveis, prováveis e improváveis para os diferentes ocupantes das diferentes posições é o que lhe permite 'escolher' as tomadas de posição convenientes e convencionadas, e evitar as tomadas de posição 'comprometedoras' que fariam com que se encontrasse com os ocupantes de posições opostas no espaço do campo político (BOURDIEU, 2012, p. 172).

O conhecimento das posições no campo, as características do *habitus*, o desenvolvimento de habilidades específicas, o acúmulo de capitais valorizados, são, todos eles, elementos necessários para o ingresso e para o sucesso no campo, fazendo com que ele seja pensado como "o lugar de uma concorrência pelo poder que se faz por intermédio de uma concorrência pelos profanos ou, melhor, pelo monopólio do direito de falar e de agir em nome de uma parte ou da totalidade dos profanos." (2012, p. 185).

Pautado pela busca pelo poder, o campo político reforça a divisão entre os profissionais e os profanos (como espécie de clientela), os autorizados a participar ativamente do campo e aqueles que são objeto de uma busca pela legitimidade da representação. Externamente, isso gera um alto nível de exigência para a entrada no campo, ao passo que, internamente, se manifesta na luta por posições que o caracteriza.

---

<sup>41</sup> Bourdieu trabalha com a ideia de uma homologia entre os diferentes campos, no que diz respeito ao uso de diferentes capitais acumulados em campos diferentes. Em outras palavras, o capital acumulado em um campo pode ser reconvertido, reapropriado e utilizado em outro campo, gerando poder e legitimidade a quem o detém.



Internamente, há uma concorrência pela distribuição das posições no campo. Há corpos de especialistas dotados de interesses específicos concorrendo pelo poder no campo político. Em seu interior, segundo Bourdieu, seguindo a perspectiva relacional que caracteriza a teoria dos campos, a força de um discurso depende mais de sua capacidade de ser reconhecido pelo grupo mais numeroso ou mais poderoso (ou os dois, quando estas características coincidem) do que, propriamente, de suas propriedades intrínsecas (2012, p. 183).

Do ponto de vista da relação com o mundo externo, fica evidente a separação entre os profissionais e os profanos. O hermetismo (de acesso, em relação ao ingresso dos participantes) do campo político é acentuado pelas exigências que faz aos pretensos ingressantes. O capital cultural, principalmente, é um fator primordial para o estabelecimento desta separação, como se observa nas exigências em relação à linguagem e comportamentos específicos. Conforme ressalta Bourdieu, há certo esoterismo na linguagem e na cultura políticas, que faz restrito o acesso ao campo para o cidadão comum. As sutilezas e os detalhes do campo são inconcebíveis para aqueles que não são iniciados, o que leva ao diagnóstico do hermetismo do campo:

A concentração do capital político nas mãos de um pequeno grupo é tanto menos contrariada e portanto mais provável, quanto mais desapossados de instrumentos materiais e culturais necessários à participação ativa na política estão os simples aderentes – sobretudo o *tempo livre* e o *capital cultural* (BOURDIEU, 2012, p. 164, grifos do autor).

As exigências, portanto, vão além da linguagem. É preciso possuir determinadas competências sociais e técnicas, bem como o acúmulo de capital em outros campos, como o econômico (associado ao gozo do tempo livre), por exemplo, para que se tenha acesso ao capital político. É a posse deste conjunto de características, distribuídas desigualmente, inculcadas e naturalizadas pelo *habitus*, que determinará a concentração do capital político na mão dos profissionais, sempre em menor número do que os simples

“participantes a distância”, como os eleitores, mas detentores do monopólio da produção da política:

Monopólio da produção entregue a um corpo de profissionais, quer dizer, a um pequeno número de unidades de produção, controladas elas mesmas pelos profissionais. (...) quanto mais desprovidos estão de competência social para a política e de instrumentos próprios de produção de discursos ou atos políticos: o mercado da política é, sem dúvida, um dos menos livres que existem (BOURDIEU, 2012, p. 166).

É preciso adquirir os saberes específicos, exigidos pelo campo, como a história e as teorias políticas, os dados econômicos que podem ser mobilizados, assim como conhecimentos dos problemas que afetam o campo, as normas jurídicas que afetam o jogo da política, etc. Ao domínio da linguagem utilizada pelo campo soma-se também o da “retórica política”, o tipo de discurso usado em relação aos profanos e aquele utilizado juntos aos profissionais do campo. Como se não bastasse, ainda é preciso passar pelos ritos de iniciação e passagem, que inculcam o “domínio prático da lógica imanente do campo político” (2012, p. 169), que exige de seus participantes tudo isso e mais - o conhecimento das regras que estruturam e orientam o agir no interior do campo, bem como da estrutura das relações e das posições que o caracterizam:

(...) só com a condição de possuírem uma competência específica podem entrar com alguma probabilidade de sucesso no jogo propriamente político. Com efeito, nada é menos natural do que o modo de pensamento e ação que é exibido pela participação no campo político: como o habitus religioso, artístico ou científico, o habitus do político supõe uma preparação especial (BOURDIEU, 2012, p. 169).

Bourdieu aponta que os agentes por excelência da luta pelo poder político são os partidos, “organizações ordenadas em vista a conduzirem esta *forma sublimada de guerra civil*” (2012, p. 174), mobilizando agentes que

compartilham visões semelhantes a respeito da organização do mundo social, atual e futura. Mas além dos partidos, é em relação aos políticos que a *fides* dos profanos será depositada, concedendo a eles (partidos e políticos) uma espécie de “crédito ilimitado” (2012, p. 167).

No campo político, as ideias sobre o mundo social se subordinam à lógica de conquista do poder, dando destaque aos profissionais que são capazes de mobilizar argumentos e grupos de pessoas, garantindo sua adesão ao programa político proposto. Isso é feito, de acordo com Bourdieu, a partir das capacidades destes indivíduos, como a “retórica do meeting” e o domínio “de todo um conjunto de técnicas da palavra (...) e de manipulação da assembleia” (2012, p. 175).

O reconhecimento do ator, do indivíduo concreto, com características específicas, passa a ser o elemento fundamental para a explicação do campo político. Em política, dizer é fazer e a força das ideias é medida menos pelo seu valor de verdade<sup>42</sup> e mais pela sua capacidade de fazer agir, de mobilizar. Entra em cena, desta forma, a capacidade dos profissionais de mobilizarem os profanos, de, ao falarem, fazerem agir. Por isso, as características individuais do político profissional são tão importantes: seu carisma, suas capacidades argumentativas, sua eloquência, seu conhecimento das propostas, sua capacidade de mobilização, entre outras. São estas características que serão capazes de gerar a confiança nos profanos, o crédito do qual desfrutará entre eles, a fé que despertará em relação a seus atos.

É por este motivo que, na política, há muita incidência de argumentos *ad hominem*, ou seja, aqueles que mobilizam a figura do autor da exposição, do discurso. Em regra, ataca-se o *ethos* do orador, sua figura pessoal, para desconstruir o argumento que apresenta:

A violência da polêmica política e o recurso constante ao pôr-em-causa ético armados frequentemente de argumentos *ad hominem*, explica-se também pelo fato de as ideias-força deverem uma parte do seu crédito ao crédito da pessoa que as

---

<sup>42</sup> As propostas políticas não são verificáveis logicamente, e não podem ser julgadas pelo binômio verdadeiro/falso. Quem enuncia as ideias e as propostas políticas é que deve ser capaz de torná-las historicamente verdadeiras.

professa e que não há somente que refutar, mas que desacreditar desacreditando seu autor (2012, p. 187).

Como trabalhar com a perspectiva da retórica, tendo como enfoque o *ethos* do orador, sem falar do ator enquanto sujeito dotado de características próprias? A consideração das características pessoais, do crédito de quem fala, do *ethos*, enfim, é um indicativo da necessária consideração dos atores concretos na explicação do campo político.

O político deve ser dotado de características pessoais próprias que o levam a gozar da confiança e fidelidade de seus eleitores, dos profanos, na terminologia usada por Bourdieu. Trata-se da crença na figura do homem político, do indivíduo que rege. A crença e a fé estão depositadas no crédito pessoal, no carisma do indivíduo, nesse “não-sei-quê” (p. 188) diferenciado, que singulariza o indivíduo e o reveste de um caráter digno de fé. Daí provêm o obediência e a confiança. O homem político irá retirar sua força política, desta forma, da confiança do grupo que nele confia. Ele adquire, assim, uma espécie de poder mágico sobre o grupo que ele representa, se tornando um mandatário de um tipo de contrato racional entre ele e seus mandantes (os eleitores). Por isso, os argumentos para desconstruírem um ponto de vista, em regra, envolvem a desqualificação do próprio *ethos* de quem fala.

Recebendo seu crédito, a maior parte dele, de seu carisma e de suas características pessoais, o homem político, exatamente por isso, está sujeito a calúnias, suspeitas e escândalos. Por isso, o trabalho constante em conservar o crédito que possui diante de seus representados, evitando a todo custo o descrédito. O cuidado se manifesta em atos da vida, pessoal e profissional, e na “preocupação constante de nada dizer ou fazer que possa ser lembrado pelos adversários, princípio impiedoso da irreversibilidade” (2012, p. 189).

O homem político é dotado de capital pessoal com base na notoriedade e na popularidade, que não podem ser transferidas absolutamente. A transferência é sempre parcial e intermediada pelo crédito do partido. Sua força de mobilização, que representa mais especificamente seu capital político, vem a título pessoal ou por delegação do partido, mas esta última nunca é total, assim como o prestígio pessoal no campo científico.

A conservação da boa reputação é um elemento crucial para o acúmulo do capital político, e para o reconhecimento do crédito por parte dos eleitores. A boa reputação, segundo Bourdieu, em regra, está relacionada com a “notoriedade acumulada em outros domínios”, acompanhada de acúmulo de capital cultural, tempo livre e domínio da eloquência, como ocorre no caso dos profissionais liberais, especialmente os advogados.

Este tipo de capital pessoal, que gera a *fides* dos eleitores, possui características próprias em seu processo de acumulação, principalmente no que diz respeito ao fator temporal. Ele só pode ser acumulado de forma “lenta e contínua” (2012, p. 191). Isso não exclui seu acúmulo com outro tipo de capital pessoal, baseado no carisma, assim como Weber o descreveu. Este pode ser oriundo de uma única ação, principalmente quando ela se revela em contextos de crise, criando um contexto de heroísmo em torno do agente.

Já o capital delegado pelo partido, diferentemente do crédito de base pessoal-carismática, este sim intransferível, pode ser transferido parcial e limitadamente, tendo como base a ação do partido político, ele mesmo dotado de capital simbólico de reconhecimento e de fidelidade. A lógica do capital delegado pelo partido ao político adquire um caráter de investidura, um “ato propriamente mágico de *instituição* pelo qual o partido *consagra* oficialmente o candidato oficial a uma eleição e que marca a transmissão de um capital político” (2012, p. 192, grifos do autor). Em regra, tal investidura é um reconhecimento pelo tempo de dedicação e devoção ao partido. Isso quer dizer que o acesso às posições mais privilegiadas no interior do campo depende de um conjunto de fatores, institucionais e pessoais, que faz com que as chances de sucesso aumentem ou diminuam.

Ao atingir determinada posição, como ocorre em qualquer campo, o agente fará de tudo para mantê-la. Há uma preocupação, entre os participantes do campo político, em defender as suas conquistas, as posições que galgaram no interior do campo. Isso implica a manutenção de um *habitus* político legitimado e favorecido pelo campo, assim como o combate a práticas heterodoxas que possam ameaçar a estrutura atual do campo.

Para evitar uma leitura reducionista do campo político, como se o mesmo fosse controlado totalmente pelos políticos mais carismáticos, vale notar que Bourdieu aponta que é a instituição que controla o acesso à

notoriedade pessoal, às posições mais em vista, aos lugares de maior publicidade, tendo como base as características pessoais dos indivíduos que participam do campo (2012, p. 193). Esta é a característica do próprio conceito de campo: abordar elementos estruturais e individuais, a partir de uma perspectiva relacional, rechaçando um condicionamento absoluto dos indivíduos, por parte da estrutura, e uma determinação absoluta da estrutura, por parte dos indivíduos. A relação entre as estruturas da instituição e as características dos indivíduos é mediada pelo *habitus*: “pode-se dizer, indiferentemente, que certos *habitus* acham as condições da sua realização, e até mesmo do seu desenvolvimento, na lógica do aparelho; ou, inversamente, que a lógica do aparelho ‘explora’ em seu proveito as tendências inscritas no *habitus*” (2012, p. 199).

O campo político, desta forma, é impossível de ser compreendido sem a consideração das características de indivíduos concretos, que, justamente por conta delas, serão capazes de desempenhar o papel de depositários da fé e da confiança dos profanos. O campo político é, por excelência, o *locus* onde a capacidade de mobilização dos indivíduos se torna uma espécie de capital. É no político mais eloquente, mais capaz de arregimentar as pessoas, que o jogo da política se vê monopolizado por uma pequena parcela de profissionais, buscando, através de um contínuo jogo de poder, a legitimidade de representar os profanos.

A relação dos políticos com o partido não é menos esclarecedora do papel dos indivíduos na teoria dos campos, particularmente quando a análise recai sobre o campo político. A missão política é quase sempre tomada como uma missão pessoal, que exige o empenho da pessoa como um todo. A narrativa é a da abdicação, do sacrifício da vida privada (como na exposição dos argumentos *ad hominem*), em prol do partido, da vida pública e do interesse de seus eleitores.

### **3.3. O direito como campo**

Bourdieu se propõe a fazer uma sociologia do campo jurídico, tomando a própria ciência jurídica como objeto de uma “ciência rigorosa do direito” (2012, p. 209). Para tanto, afirma ele, é preciso escapar de duas visões canônicas sob

as quais o direito é entendido. Tais visões são antagônicas e nenhuma delas fornece uma visão realista do direito, ou melhor, do fazer jurídico, se constituindo como leituras excessivamente restritivas da realidade. Trata-se, de um lado, do formalismo jurídico, e, de outro, do instrumentalismo.

O formalismo parte do princípio de que o direito é dotado de uma autonomia absoluta em relação ao mundo social. O direito é visto como “um sistema fechado e autônomo”<sup>43</sup> (2012, p. 209), e sua compreensão histórica só pode ocorrer tendo em vista o desenvolvimento de seus elementos internos. É dessa forma que os juristas leem a si próprios. É uma leitura do direito pelo direito. Sua história é percebida como a “história do desenvolvimento interno dos seus conceitos e métodos” (idem, p. 209). Bourdieu já havia criticado esse tipo de abordagem no que diz respeito à ciência e à política.

Através dessa concepção formalista, é atribuído ao direito um pensamento específico, livre de influências sociais e de outros setores de produção do conhecimento. A manifestação mais conhecida desta forma de encarar o direito pode ser encontrada na proposta teórica de Kelsen (2009), que buscou criar uma teoria pura do direito. A construção kelseniana buscava fundamentar o direito nele próprio, a partir de suas próprias regras, independentemente dos constrangimentos do mundo social. O pensamento de Kelsen teve importância para a construção de uma ciência jurídica que não dependesse mais, absolutamente, da teologia e da filosofia, mas sua proposta levou a entendimentos demasiadamente rigorosos em relação ao direito e à sua relação com o mundo social, no sentido de um afastamento, e mesmo de um autismo, em relação a ele.

A visão que o formalismo fornece do direito, leitura por excelência que os próprios participantes do campo fazem sobre o mesmo, leva a um isolamento do direito em relação ao mundo social e, essencialmente, em relação à política, que é, simultaneamente, produto de uma imposição de caráter lógico, portanto, científica (o direito é uma ciência própria e independente, com características que a justifiquem enquanto tal), e de caráter ético (o afastamento da política, terreno das paixões e da disputa por poder, não é mero acaso, já que o direito se apresenta, em seu discurso oficial, como

---

<sup>43</sup> Assim como o vê a Teoria dos Sistemas.

dotado, em essência, de neutralidade). Tal isolamento não é percebido como isolamento no sentido de uma espécie de autismo e indiferença em relação ao mundo social, mas, de fato, é visto como a força maior do campo jurídico, que o permite ser neutro, racional e universal.

Quando se critica o formalismo, em regra, a visão que surge é o justo oposto da apregoada independência do campo do direito, denunciando a instrumentalização do direito através das lutas de forças no mundo econômico e social. A partir do instrumentalismo, o direito é visto, como na tradição marxista, por exemplo, como um “reflexo direto das relações de força existentes, em que se exprimem as determinações econômicas e, em particular, os interesses dos dominantes, ou então, um instrumento de dominação” (2012, p. 210). Tendo em vista uma abordagem do marxismo estruturalista, o direito é visto como superestrutura, apenas uma contrapartida das relações de força que se exprimem no nível da infraestrutura.

As duas abordagens não correspondem ao que, de fato, de acordo com Bourdieu, o campo jurídico é e a como se comporta. Rechaçando o formalismo, Bourdieu, contudo, reconhecerá a autonomia relativa que o direito adquiriu ao longo do tempo, ao passo que, afastando o instrumentalismo, reconhecerá que o direito está vinculado ao mundo social, e é dele, até certo ponto, dependente, mais do que seu discurso oficial tende a reconhecer. A autonomia do campo jurídico, relativa, é produto de lutas de poder, no interior do campo e frente a outros campos sociais, para a produção de um campo próprio, com lógica de funcionamento específica, dotado de um corpo de conhecimento que independe, em certa medida, do mundo social. Situar o direito apenas em si mesmo (formalismo) ou apenas nas relações econômicas (instrumentalismo) é ignorar a especificidade da luta que se desenvolve no interior do campo do direito. Por isso, a posição de Bourdieu será a fuga destas duas concepções:

Para romper com a ideologia da independência do direito e do corpo judicial, sem se cair na visão oposta, é preciso levar em linha de conta aquilo que as duas visões antagonistas, internalista e externalista, ignoram uma e outra, quer dizer, a existência de um universo social relativamente independente em relação às pressões externas, no interior do qual se produz



e se exerce a autoridade jurídica (...) (BOURDIEU, 2012, p. 211).

As práticas, as ações e os discursos jurídicos são produtos de lutas internas de um campo complexo, dotado de divisões e estruturas próprias, e de disputas por posições privilegiadas. Estas lutas levam a uma construção, e, ao mesmo tempo, a uma delimitação dos “espaços dos possíveis” (idem, p. 211), ou seja, das soluções propriamente jurídicas.

Bourdieu, ao propor o direito como um campo social, faz incidir sobre sua análise todas as características do conceito de campo. Assim, ele o diferencia do pensamento sistêmico, expresso, fundamentalmente, através do pensamento de Niklas Luhmann, que ele (Bourdieu) considera como uma caricatura da representação formal (formalismo) e abstrata do sistema jurídico. A crítica feita ao formalismo tem lugar, portanto, em relação à Teoria dos Sistemas, que, por sua vez, só reforça a *illusio*, a ideologia característica da visão que o direito faz de si mesmo:

Seria preciso examinar aqui tudo o que separa a noção de campo jurídico como espaço social da noção de *sistema* tal como a desenvolve Luhmann, por exemplo: em nome da recusa, perfeitamente legítima, do reducionismo, a teoria dos sistemas põe ‘a auto-referência’ das ‘estruturas legais’, confundindo neste conceito as estruturas simbólicas (o direito propriamente dito) e as instituições sociais que a produzem; compreende-se que, na medida em que a teoria dos sistemas apresenta com um nome novo a velha teoria do sistema jurídico que se transforma segundo as suas próprias leis, ela forneça hoje um quadro ideal à representação formal e abstrata do sistema jurídico (BOURDIEU, 2012, p. 211).

O campo do direito, justamente por ser um campo social, na definição que Bourdieu dá a esse conceito, é um lugar de concorrência “pelo monopólio de dizer o direito” (2012, p. 212). Isso leva à exigência de determinadas características, por parte dos atores, para que a participação no campo seja possível (da mesma forma como Bourdieu havia apontado no que tange à

política). Assim, os agentes precisam de competências, técnicas e sociais (afinal, o campo não é isolado) para interpretar os textos do direito, “que consagram a visão legítima, justa, do mundo social” (idem, 212). A exigência de determinadas habilidades, sob pena de não fazer parte do campo, é o fundamento da autonomia relativa do direito (é preciso saber o direito para poder dizer o direito), ao mesmo tempo em que serve de base para a “ilusão da sua autonomia absoluta em relação às pressões externas” (idem). É isso que faz parecer que o direito é absolutamente independente das relações de força do mundo social.

A partir da divisão do trabalho social, acompanhada da especialização que a caracteriza, a imposição, e a necessidade do direito (autônomo), aparecem como, ao mesmo tempo, um desdobramento da lógica positiva da ciência, dotando o direito de uma racionalidade inerente e de um corpo de saberes e metodologia próprios, e da lógica normativa da moral, que lhe dá o caráter de necessidade e universalidade. A hermenêutica jurídica é vista como direcionada ao pragmatismo, destinada a atender a problemas práticos, não possuindo um fim em si mesmo, o que a diferenciaria da hermenêutica filosófica, por exemplo.

Tendo em vista a justificação do direito com base em uma norma fundamental (como mostra a tentativa de Kelsen) e a conseqüente aparência de existir um fundamento transcendental das normas produzidas pelo direito, tudo isso legitimado pelo corpo de intérpretes do qual o direito é composto, é difícil não convencer os juristas de que o direito tem seu fundamento em si mesmo.

Tudo no direito se direciona, então, à construção de uma imagem neutra e universal, dotada de virtude e razão, cujo fundamento teleológico e funcional é permitir a ordenação da vida social. A linguagem jurídica, atesta Bourdieu, é um dos principais elementos a favor de uma naturalização da neutralidade e da universalidade do campo: a “língua jurídica que, combinando elementos diretamente retirados da língua comum e elementos estranhos ao seu sistema, acusa todos os sinais de uma retórica da impessoalidade e da neutralidade” (2012, p. 215). Com isso, os dois grandes efeitos da utilização da linguagem jurídica são, justamente, a neutralização e a universalização. A neutralização (uso de construções passivas e frases impessoais) garante que o enunciador

da norma apareça como um sujeito universal, “ao mesmo tempo parcial e objetivo” (idem), ao passo que a universalização (uso do indicativo para enunciar normas, referência a valores transubjetivos, uso de indefinidos) garante o pouco lugar para variações individuais. O domínio da linguagem, não só a jurídica, e a demonstração da eloquência são capacidades exigidas por um *habitus* propriamente jurídico.

A disputa por posições no campo se relaciona com a diferenciação entre os teóricos e os práticos, concorrentes por privilégios, e, simultaneamente, exercendo funções complementares. Essas funções exigem características próprias, assim como dotam e são dotadas de capitais específicos, jurídicos e extrajurídicos. Ao trabalho do teórico, destinado à construção doutrinal, se opõe e se complementa a função do prático, destinada à aplicação do direito. Nessa divisão do trabalho jurídico, os teóricos tendem a se concentrar mais na sintaxe do direito, ao passo que os práticos estão mais ligados à pragmática (2012, p. 218):

(...) os juristas e outros teóricos do direito tendem a puxar o direito no sentido da teoria pura, quer dizer, ordenada em um sistema autônomo e autossuficiente, e expurgado, por uma reflexão firmada em considerações de coerência e de justiça, de todas as incertezas ou lacunas ligadas à sua gênese prática (BOURDIEU, 2012, p. 220).

O trabalho do teórico é o que mais se aproxima de um formalismo exacerbado do direito, oferecendo soluções puristas, oriundas de abstrações propriamente jurídicas. A busca pela coerência encontra fundamento em uma abstração do mundo jurídico, o que reforça a perspectiva de que se está diante de um campo autônomo por excelência. O trabalho dos juízes, no entanto, percorrerá caminho diferente, mais atento às exigências da prática:

(...) os juízes ordinários e outros práticos, mais atentos às aplicações que dele podem ser feitas em situações concretas e opõem, aos tratados teóricos do direito puro, instrumentos de trabalho adaptados às exigências e à urgência da prática,

repertórios de jurisprudência, formulários de atos, dicionários de direito (...) (BOURDIEU, 2012, p. 220).

É interessante notar essa oposição, em termos de disputa por posições no campo, entre os teóricos e os práticos. Os primeiros, em regra, tem seu trabalho vinculado à conservação e à manutenção do direito, oferecendo uma espécie de reparo abstrato às lacunas deixadas pelo direito, e evitando, a todo custo, maculá-lo com interferências exógenas. Os práticos, como os juízes, por sua vez, diante das situações concretas que lhe são apresentadas, é que farão um trabalho de adaptação mais minucioso do direito, aproximando-o da realidade e, eventualmente, transformando-o:

É claro que os magistrados, por meio da sua prática, que os põe diretamente perante a gestão dos conflitos e uma procura jurídica incessantemente renovada, tendem a assegurar a função de adaptação ao real num sistema que, entregue só a professores, correria o risco de se fechar na rigidez de um rigorismo racional: por meio da liberdade maior ou menor de apreciação que lhes é permitida na aplicação das regras, eles introduzem as mudanças e as inovações indispensáveis à sobrevivência do sistema que os teóricos deverão integrar no sistema (2012, p. 220-221).

Assim, Bourdieu atribuirá aos juízes o papel de manutenção de um sistema jurídico menos desconectado com o mundo que o circunda. Conforme ele anuncia, o direito, deixado somente aos teóricos, terminaria por se perder no labirinto rigoroso de suas próprias abstrações, afastando-se, cada vez mais, da realidade. A decisão judicial, no entanto, exige um trabalho de atenção às particularidades dos casos concretos, abrindo espaço para que o juiz realize as adaptações necessárias.

Há o reconhecimento, portanto, de um espaço dado aos juízes para julgarem. Um espaço que as normas positivadas não ocupam, pois não respondem, praticamente, às necessidades de um ator que precisa, necessariamente, tomar uma decisão (agir). Este espaço é um espaço de ação, e é fundamental que isso seja reconhecido para que uma teoria da ação

em contextos de decisão possa ter lugar. O agir do juiz é visto, na concepção de Bourdieu, como a possibilidade de mudança, a fuga do rigorismo engessado dos teóricos do direito.

Não obstante o reconhecimento desse espaço de decisão, Bourdieu parece permanecer, inicialmente, limitado ao âmbito do direito, ou seja, o espaço de decisão do juiz é dado pela própria polissemia do texto legal, ou pelos precedentes da jurisprudência. De fato, as leis permitem interpretações diversas (o que dá lugar à hermenêutica jurídica), e é nesse espaço que a ação do juiz se encontraria. Bourdieu fala em técnicas, como a analogia (no Brasil, prevista pelo próprio ordenamento jurídico) para “tirar o máximo partido da elasticidade da lei” (2012, p. 224). Desta forma, as decisões são tomadas com base na exploração das “regras possíveis”. Os elementos externos não aparecem de forma sólida, e quando isso ocorre, é visto como uma espécie de denúncia à ausência de autonomia do campo. Diante disso, a interpretação do juiz é percebida como um trabalho de “*historicização da norma*” (2012, p.223, grifos do autor), graças à “extraordinária elasticidade dos textos” (idem), dotados de lacunas e indeterminações (sintáticas e semânticas). O trabalho do juiz não é visto como uma mera execução, *ipsis litteris*, do texto legal, mas como uma busca por soluções ajustadas no interior do campo, seja na diversidade interpretativa oferecida pelo próprio texto, seja nas possibilidades consolidadas pela jurisprudência. Em ambos os casos, os limites da atuação permanecem no interior do próprio campo:

Em resumo, o juiz, ao invés de ser sempre um simples executante que deduzisse da lei as conclusões diretamente aplicáveis ao caso particular, dispõe antes de uma parte de autonomia que constitui sem dúvida a melhor medida da sua posição na estrutura da distribuição do capital específico de autoridade jurídica; os seus juízos, que se inspiram numa lógica e em valores muito próximos dos que estão nos textos submetidos à sua interpretação, têm uma verdadeira função de invenção (BOURDIEU, 2012, p. 222-223).

A decisão judicial inventa o direito. No entanto, embora Bourdieu aponte para a existência do reconhecimento de que, ao decidir, o juiz cria o próprio direito, a estrutura do campo impede esse reconhecimento, em virtude das características constituintes e legitimadoras de sua autonomia. O hermetismo do direito, que, assim como o da política, deixa de fora os profanos, ao mesmo tempo em que depende deles, enquanto clientela, para a oferta de produtos jurídicos, consequência (ou causa) de sua autonomia, acaba por exigir (e desenvolver) um *habitus* jurídico, que, pouco inclinado às “posturas proféticas” (2012, p. 219) (mais afeitas ao campo da política), incorpora as características, nas pessoas, do próprio campo: a racionalidade e a neutralidade. Por isso, o comportamento do juiz que, ao criar, efetivamente, uma lei quando decide, procura dissimular a criação. O reconhecimento da *inventio*, no ato da decisão, comprometeria a legitimidade do campo, obtida com base na neutralidade (elemento que, necessariamente, deve fazer parte do *habitus* do jurista profissional). A prática é a invenção, o discurso, a caracterização do campo como baseado em uma lógica própria, de cunho silogístico. Assim, o direito aparece, ao fim do processo, como um produto da razão, e não como um processo de invenção.

Bourdieu reconhece as modificações produzidas por um trabalho histórico que se concentrou em codificar o direito e evitar as lacunas jurídicas, mas denuncia uma espécie de exaltação, por parte dos juristas, em relação a essa atividade realizada pelo direito. A exaltação vem da maneira superestimada de ver o direito como algo *sui generis*, do ponto de vista científico e ético, dotado, até mesmo, de uma lógica própria, manifestada no “silogismo jurídico”. A *illusio* do direito deposita sua fé, entre outras coisas, na visão de que a construção do direito é (ou deve ser) pura, obedecendo a uma lógica dedutivista. Isso faz com que os juristas, buscando criar uma ciência nomológica, ainda se prendam ao aspecto teológico, na medida em que “procuram a revelação do justo na letra da lei” (2012, p. 221), a partir da lógica dedutiva, defendendo a aplicação da lei aos casos particulares.

No entanto, denuncia Bourdieu, mesmo com a expectativa de um *habitus* baseado na neutralidade e na racionalidade dos participantes, características do próprio campo, sempre há um espaço não controlado e não previsto, destinado à arbitrariedade, principalmente, em relação ao juiz:

(...) não há dúvida também de que as condutas dos agentes jurídicos podem referir-se e sujeitar-se mais ou menos estritamente às exigências da lei, ficando sempre uma parte de arbitrário, imputável a variáveis organizacionais como a composição do grupo de decisão ou os atributos dos que estão sujeitos a uma jurisdição, nas decisões judiciais (...) (BOURDIEU, 2012, p. 223).

A circunstancialidade, com base, por exemplo, nos pares em um tribunal (sua composição étnica, socioeconômica, sexual, religiosa, relacionada às linhas teóricas no direito, etc), e nas próprias características dos casos que são levados à apreciação do corpo de magistrados, tem o efeito de manter a incidência de algum nível de arbitrariedade no trabalho dos juízes, que não podem se submeter, sempre, às exigências legais. Porém, ao mesmo tempo em que esse espaço existe, o trabalho de racionalização dos juristas faz com que ele não seja reconhecido<sup>44</sup>. Segundo Bourdieu, esse é o fundamento da legitimidade de seu trabalho:

O trabalho de racionalização, ao fazer aceder ao estatuto de veredito uma decisão judicial que deve, sem dúvida, mais às atitudes éticas dos agentes do que às normas puras do direito, confere-lhe a eficácia simbólica exercida por toda a ação quando, ignorada no que têm de arbitrário, é reconhecida como legítima (BOURDIEU, 2012, p. 225).

A postura de Bourdieu quanto ao arbitrário que compõe o trabalho da decisão judicial é vista como denúncia, e faz parecer que este é um problema em si. De fato, no que diz respeito ao discurso oficial do direito, que prega a racionalização em seu grau mais elevado, a neutralidade, e a autorreferência, o espaço do arbitrário, que é a ação do juiz ao decidir, pode ser um problema.

---

<sup>44</sup> “Forma por excelência do discurso legítimo, o direito só pode exercer a sua eficácia específica na medida em que obtém o reconhecimento, quer dizer, na medida em que permanece desconhecida a parte maior ou menor de arbitrário que está na origem de seu funcionamento” (BOURDIEU, 2012, p. 243).

Bourdieu parece, contudo, ver um problema para além da ruptura do discurso jurídico oficial, na medida em que a arbitrariedade é colocada como uma espécie de espaço para a inserção de elementos pessoais e privados, próprios do indivíduo.

A decisão jurídica, espécie de produção do próprio direito, assim como o *habitus* exigido para a participação no campo e a constituição do próprio campo, extraem sua legitimidade justamente de sua apregoada neutralidade, elemento propício a separar o direito dos demais campos sociais, em específico, da política. Por isso, a defesa é sempre da aplicação da lei pela lei: “a entrada no universo jurídico, por implicar a aceitação tácita da lei fundamental do campo jurídico, tautologia constitutiva que quer que os conflitos só possam nele ser resolvidos juridicamente – quer dizer, segundo as regras e as convenções do campo jurídico” (2012, p. 229). Fundamentando-se em si próprio, o direito não pode reconhecer, sem a perda de sua legitimidade, que elementos éticos (e de outras naturezas) tenham lugar onde, na verdade, somente a norma pura deveria incidir. Por isso, a necessidade de apresentar a decisão como produto da razão na aplicação do direito, como fruto da lei ou da jurisprudência, ou seja, dentro do universo dos possíveis:

A referência a um corpus de precedentes reconhecidos, que funcionam como um espaço de possíveis em cujo interior a solução pode ser procurada, é o que fundamenta racionalmente uma decisão que pode inspirar-se, na realidade, em princípios diversos, mas que ela faz aparecer como produto de uma aplicação neutra e objetiva de uma competência especificamente jurídica (BOURDIEU, 2012, p. 231).

Pronto a rechaçar e a criticar aquilo que não é direito, o campo jurídico exige como *habitus* característico de seus indivíduos a postura virtuosa baseada na exclusão de qualquer elemento que não seja jurídico para a decisão do direito. Mais do que a utilização de uma linguagem própria [(...) como toda linguagem douta (a linguagem filosófica, por exemplo), a linguagem jurídica consiste num uso particular da linguagem vulgar”, 2012, p. 226], o



campo do direito exige de seus participantes o descompromisso com questões políticas e econômicas:

(...) as atitudes ao mesmo tempo ascéticas e aristocráticas que são a realização incorporada do dever de reserva são constantemente lembradas e reforçadas pelo grupo dos pares, sempre pronto a condenar e a censurar os que se comprometeriam de modo demasiado aberto com questões de dinheiro ou de política (BOURDIEU, 2012, p. 227).

O jurista e o campo do direito constroem de si uma imagem incorruptível<sup>45</sup>, visto que afastada da política. Neste ínterim, até a visão da instituição jurídica por excelência é alterada. O tribunal é visto como uma reconfiguração dos conflitos sociais: "(...) a representação nativa que descreve o tribunal como um espaço separado e delimitado em que o conflito se converte em diálogo de peritos e o processo, como um progresso ordenado com vista à verdade" (2012, p. 228). O conflito, ao chegar ao campo jurídico, muda de natureza, tornando-se uma busca, a partir de um procedimento racional, pela verdade.

A lisura do processo jamais pode ter sua legitimidade reconhecida sem a presença da neutralidade. Por isso, por mais que elementos externos ao direito sejam parte constituinte do próprio campo, é preciso sempre envernizar as decisões jurídicas com o próprio direito: "não é raro, decerto, que o direito, instrumento dócil, adaptável, flexível, polimorfo, seja de fato chamado a contribuir para racionalizar *ex post* decisões em que não teve qualquer participação" (2012, p. 224). Como fundamento da razão, o direito precisa ser decidido com base em si próprio, e o trabalho de racionalização posterior é necessário para que as decisões jurídicas permaneçam sendo percebidas como jurídicas, garantindo, assim, aquilo que o discurso oficial do direito promete: a independência e a autonomia diante da política.

A leitura que Bourdieu oferece acerca do campo jurídico aborda muitos pontos importantes para a compreensão das relações que o direito estabelece

---

<sup>45</sup> Manifestada, por exemplo, na exigência, no Brasil, de curso superior em direito para cargos na carreira policial. A corrupção que, historicamente, caracteriza as forças policiais busca ser combatida com a virtude do direito.

consigo mesmo, com a política e com a sociedade. A abordagem através do conceito de campo permite reconhecer a existência de estruturas próprias do direito, que lhe garantem relativa autonomia em relação a outros campos sociais, e a existência de atores com características específicas, que, através de sua ação, mantêm e alteram as mesmas estruturas que condicionam suas ações.

O discurso oficial do direito prega sua autonomia absoluta em relação ao mundo social, construindo uma imagem autorreferenciada de neutralidade, racionalidade e universalidade. Sendo assim, a decisão judicial é vista como uma aplicação do direito puro (para uma posição teórico-abstrata) ou como ação dentro do universo dos possíveis (para uma posição pragmática), mas sempre tendo como fonte o próprio campo. Assim como a escola, que defende sua neutralidade ao mesmo tempo em que realiza um processo, opaco, de reprodução das desigualdades, o direito, oficialmente, nega qualquer intervenção do mundo externo em duas decisões, especialmente em relação à política, ao passo que se vale de elementos externos (inclusive os políticos) para que a decisão seja proferida.

A leitura de Bourdieu, nesse ponto, embora seja estimulante para uma interpretação crítica em relação ao que o direito diz de si mesmo, esbarra em uma consideração da política como um problema, de fato, para o direito. Se Bourdieu reconhece que o direito é apenas parcialmente autônomo (por isso sua definição enquanto campo), ele o faz em tom de denúncia, como uma forma de apontar os equívocos de um discurso que não encontra eco na realidade. Os elementos externos que dão base às decisões judiciais, e, portanto, ao fazer do próprio direito (que, dessa maneira, não é autopoietico), não são tratados como necessários ou importantes para que uma decisão seja emitida, algo que, de outra maneira, não aconteceria, mas como uma intromissão à autonomia que o campo tanto busca e apregoa.

A crítica que Bourdieu dirige à Teoria dos Sistemas é bem colocada, na medida em que tal teoria foi apropriada pelo direito com base em um exacerbado formalismo jurídico, que faz com que o campo jurídico se jactencie com uma independência da qual, verdadeiramente, não desfruta. Além disso, é importante reconhecer, como faz Bourdieu, as diferenças existentes entre a

forma como um campo se define e como, de fato, ele se comporta. O discurso oficial do direito difere de sua prática.

Este é um ponto muito importante para o entendimento da relação que o direito estabelece com a política e com a sociedade. Atribuindo-se a si próprio a incorruptibilidade dada pela racionalidade e pela neutralidade, elementos constituintes da própria ideia de justiça, o direito vê a política como uma ameaça a seu virtuoso fazer. A autonomia em relação à política (mas também em relação a outros campos sociais) é vista como um imperativo de funcionamento do campo, e a decisão judicial se apresenta como o melhor exemplo para defendê-la. A máxima de que o direito se decide com o próprio direito exclui, oficialmente, a utilização de qualquer elemento externo ao campo para a composição da decisão. Bourdieu não trabalha com uma perspectiva retórica para a análise da decisão judicial, o que acaba por não permitir que ele encontre na argumentação um caminho para o entendimento das relações entre o direito e a política.

Mesmo assim, o conceito de campo traz elementos importantes para a discussão. A relação entre a estrutura e a agência faz com que Bourdieu não possa abrir mão dos atores para a explicação do funcionamento do campo jurídico. Sem a consideração de que as ações de indivíduos específicos são cruciais para que o campo se mantenha ou atualize, Bourdieu não poderia explicar o direito (nem a política, e nem qualquer outro campo social).

\*\*\*\*\*

Essa é uma concepção mais aberta do mundo social, quando comparada à perspectiva sistêmica, por exemplo. Bourdieu insere, na concepção de campo, a dialética estrutura-agência, reconhecendo a existência de elementos estruturais impositivos, como as referidas leis próprias do campo, mas também de atores que agem tendo em vista as estruturas do campo e do mundo social. Outro ponto de diferenciação em relação à Teoria dos Sistemas se relaciona com o reconhecimento, por parte de Bourdieu, de que elementos estruturais pertencentes a outras searas, externas ao campo, como a política, também exercem seus efeitos no interior dos campos (no caso, o direito), não a partir de uma irritação, mas como integração do próprio campo (embora isso

comprometa a autonomia e tenda a não ser reconhecido pelo discurso oficial do campo sobre si mesmo).

Ao focar as lutas que constituem o campo, a abordagem de Bourdieu escapa ao funcionalismo, na medida em que os campos, e as relações que estabelecem entre si, não são vistos como elementos que perfazem uma integração social baseada em funções próprias, que poderiam ser apenas exercidas pelos campos específicos, ao contrário da perspectiva sistêmica.

Não nos interessa, em Bourdieu, para fins deste trabalho, a concepção que envolve as formas de desigualdade que operam no campo, e as posições ocupadas por dominantes e dominados. O que nos interessa é o reconhecimento de um universo, que Bourdieu chamou de campo, que, embora em busca de autonomia em relação ao mundo externo a ele, depende deste último e vê suas influências exercerem efeitos no próprio campo, trazendo, como elementos constituintes de sua composição, agentes e estruturas, que se relacionam de formas diversas, de acordo com a posição desses mesmos agentes e com circunstâncias específicas.

A maneira de encarar o direito como campo, proposta por Bourdieu, é diversa daquela em que o direito é visto como um sistema autopoiético, como no caso da Teoria dos Sistemas de Luhmann, e essa diferença possui implicações muito significativas para a forma como o próprio direito é pensado, mas, principalmente, para a maneira como estabelece relações com a política e com a sociedade. A Teoria dos Sistemas, e os impactos que exerceu no âmbito do direito, serão os temas do próximo capítulo.

#### 4. A Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann e a percepção sistêmica do direito

*Dai a César o que é de César e a Deus o que é de Deus*<sup>46</sup>.

No presente capítulo, estão expostos os conceitos fundamentais de uma teoria geral dos sistemas, a partir do modelo luhmanniano. Cada uma das principais noções que dão sustentação à teoria é exposta, fazendo contraponto com o significado destas mesmas noções no bojo da sociologia que Luhmann chama de tradicional. A seguir, é apresentada a aplicação da Teoria dos Sistemas no âmbito do direito, ainda hoje seu principal campo de aplicação.

Parece ser uma regra começar as explicações sobre a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann falando do próprio Luhmann, de sua vida, suas características pessoais e intelectuais, de sua trajetória acadêmica, da peculiaridade de seu pensamento e de sua abordagem sociológica. A maioria das abordagens introdutórias sobre sua teoria começa com uma explicação acerca do próprio sociólogo. A ideia parece ser a de que sem compreender Luhmann não é possível entender a Teoria dos Sistemas.

Frequentemente, Luhmann é apresentado como um pensador extremamente complexo<sup>47</sup>, cuja obra reflete perfeitamente essa complexidade. Escrita em alemão e, até hoje, com muitos de seus artigos e publicações por traduzir, em especial para o português, a obra de Luhmann é extensa e, de certa forma, ainda pouco conhecida. Todos os que escrevem sobre ele reconhecem essas características, provavelmente, com o objetivo não só de ressaltar a grandeza de seu pensamento, mas, ao mesmo tempo, de rebater as críticas. Aos adeptos do pensamento sistêmico proposto por Luhmann, se contrapõem inúmeros críticos. Quando as críticas são tecidas, o argumento de que a obra é ainda pouco conhecida, e, por conta disso, não foi compreendida em sua plenitude, ou mesmo é alvo de constantes equívocos de interpretação, é o primeiro a se levantar contra seus opositores intelectuais.

---

<sup>46</sup> Evangelho de São Marcos, capítulo XII, versículos 13 a 17.

<sup>47</sup> Javier Nafarrate, no prefácio à *Introdução à Teoria dos Sistemas*, define Luhmann como um intelectual maduro (in: LUHMANN, 2010, p. 22).

De acordo com Esteves (sem data), o trabalho de Luhmann ainda é pouco conhecido por diversos fatores. Em primeiro lugar por ele ter ficado confinado, na Alemanha, em uma Universidade pouco conhecida, em Bielefeld. Além disso, o próprio pensamento do autor causou dificuldades, visto que caracterizado por uma obsessiva procura de inovação (envolvendo recursos teóricos de áreas pouco conhecidas no âmbito da sociologia) e por um quadro de referências muito extenso. Por buscar desenvolver uma perspectiva teórica global, de caráter interdisciplinar<sup>48</sup>, Luhmann faz excessivas referências ligadas a áreas extremamente diversificadas, como é o caso da biologia e da cibernética. Somado a isso, outra dificuldade: uma escrita dotada de estilo peculiar, com terminologia própria. Esta peculiaridade, aliás, faz eco ao que parece ser a história da vida de Luhmann, não raro utilizada para explicar sua proposta teórica. Um intelectual dedicado, que trabalhou em regime de isolamento durante toda sua vida, conforme aponta seu obituário, escrito por Vandenbergue (1999). Luhmann foi significativamente influenciado pela sociologia de Talcott Parsons, de quem foi aluno, mas com quem não compartilhava o otimismo, se valendo mesmo da perspectiva parsoniana como ponto de partida para o desenvolvimento de uma teoria própria para os sistemas sociais. Apesar disso, é tratado como um intelectual eminentemente autônomo. Uma vida autocentrada e autorreferida, como os sistemas que enxergava em toda a sociedade.

Vandenberghe (1999) aponta, justamente, para essas características, ao também reconhecer a peculiaridade da obra luhmanniana como um dos fatores de sua pouca difusão. Segundo ele, Luhmann tem uma obra robusta, com grande parte dela ainda não traduzida e, mesmo, negligenciada. Parte dessa negligência está relacionada à complexidade do sistema teórico desenvolvido por ele, dotado de um alto grau de abstração (1999, p.1). O que completa o quadro de complexidade é sua própria maneira de escrever, de forma não linear, e, frequentemente, confusa. Muitas vezes, estes são motivos para justificar o pouco conhecimento, e as consequentes críticas, que a obra de Luhmann ainda enfrenta.

---

<sup>48</sup> Segundo Esteves, apesar disso, as editoras, em regra, tratavam Luhmann com demasiada especialização disciplinar, algo não condizente com sua obra.

Não obstante as diversas críticas, das quais falaremos em momento oportuno, o pensamento luhmanniano ganhou a simpatia de muitos intelectuais, adquirindo adeptos em searas muito diversificadas (característica atribuída também à sua obra), da sociologia à biologia, com especial utilização no direito. A diversidade de fontes, inclusive, é um dos fatores que dá ensejo às críticas à obra do alemão, ao passo que reforçam, simultaneamente, sua autenticidade e complexidade.

Tido como um autor absolutamente original, Luhmann tem na peculiaridade de sua obra, enfatizada especialmente em relação à sua complexidade, o fundamento, ao mesmo tempo, de sua força (para os adeptos) e de sua fraqueza (para os opositores). Os conceitos que mobiliza, oriundos de áreas tão diversificadas como a cibernética, a matemática, a engenharia, a biologia, a filosofia, dão a base para que uma reformulação dos conceitos das ciências sociais seja realizada. Para os críticos, trata-se de uma tentativa frustrada, mais uma vez, de uma espécie de novo positivismo nas ciências humanas, ao passo que, para seus simpatizantes, está-se diante de um novo e necessário caminho para que a sociologia se torne mais capaz de compreender o mundo atual.

A defesa mais contundente do pensamento de Luhmann repousa na inovação por ele proposta no que diz respeito à maneira como a realidade social deve ser encarada, tendo em vista sua compreensão. Posicionando-se a favor da superação da sociologia tradicional, em especial dos conceitos e do enfoque por ela consolidados, Luhmann propõe uma nova forma de lidar com os conceitos clássicos das ciências sociais, o que foi por ele próprio definido como um Iluminismo do Iluminismo na sociologia<sup>49</sup>. Reformulando os conceitos, principalmente, de indivíduo/ator social, de estrutura social e de sistema, o que o pensamento luhmanniano advoga é uma necessidade de compreender a sociedade a partir, única e exclusivamente, de si mesma. A noção de racionalidade, com sua obra, também é alterada. Tantas modificações, evidentemente, afastaram Luhmann da tradição do pensamento sociológico e filosófico ocidental.

---

<sup>49</sup> O que não deixa de ser interessante: a crítica ao Iluminismo pretende ser tecida com base na necessidade de se fazer um novo Iluminismo na sociologia.

Habermas foi tomado como seu contraponto intelectual, já que visto como a versão contemporânea da tradição progressista do pensamento europeu. Luhmann se posiciona em confronto com essa tradição, herdeira do humanismo das Luzes. Para ele, tal tradição é desajustada à realidade complexa das sociedades desenvolvidas:

O pensamento de Habermas representou, nos anos que se seguiram até hoje, a referência negativa, por assim dizer, da teoria de Luhmann: a versão contemporânea da tradição progressista do pensamento europeu, que Luhmann desde sempre refutou, com uma crítica radical à tradição emancipatória herdeira do humanismo das Luzes, que ele considera totalmente desajustada à realidade complexa das sociedades desenvolvidas (ESTEVEZ, sem data, p. 2).

Isso faz com que os adeptos de sua teoria vejam na proposta de Luhmann uma espécie de revolução copernicana para as ciências sociais, superando, enfim, os conceitos obsoletos com os quais elas vinham tentando compreender a, cada vez mais complexa, realidade social. Ponto chave na teoria de Luhmann, a diagnosticada complexidade da sociedade contemporânea parece ser a base espelhada de sua própria teoria: conceitos complexos para uma sociedade complexa.

Interessado em excluir da análise social qualquer forma de subjetividade, manifestada no conceito, caro à sociologia e à filosofia, de agência humana, Luhmann desenvolverá uma teoria dos sistemas que será taxada, por muitos de seus críticos, como anti-humanista e pessimista, visto que, em seu esquema conceitual, somente os sistemas aparecem como elementos explicativos. A busca por uma reflexão centrada em sistemas autopoieticos, cujo fundamento Luhmann encontrará na biologia, faz com que ele rechace a explicação do mundo social considerando a ação de indivíduos específicos. E nesse registro, tendo como base o conceito de sistema, como veremos, os indivíduos e a sociedade não se encontram na mesma relação que lhes é atribuída pela sociologia tradicional. A partir da explicação social centrada na autopoiesis, desconsiderando os indivíduos como elementos



necessários para a compreensão da sociedade, na Teoria dos Sistemas, temas como a participação democrática tornam-se pouco mais do que um mero ritual, refletindo uma imagem pálida da democracia. Isso acaba fazendo com que Luhmann seja percebido como um neoconservador<sup>50</sup> (ESTEVEES, sem data, p. 6) (a defesa do funcionalismo já o qualificava a esta posição). Mais uma vez, a contraposição a Habermas se faz evidente.

Com Habermas, e essa é também a interpretação de Marcelo Neves (1996), Luhmann compartilha o diagnóstico da superação, na modernidade, de uma moral hierárquica e conservadora, responsável por dar sentido ao mundo, o que faz com que ele, muitas vezes, seja também definido como um autor pós-moderno. Contudo, segundo Esteves, o que há de comum entre sua proposta e o pós-modernismo é somente a identificação de uma tendência deslegitimadora que pode ser percebida nas sociedades mais desenvolvidas, tendo em vista a crise das metanarrativas. No entanto, o programa de Luhmann não responde, como procura fazer o pós-modernismo, aos problemas da dinâmica social, das mudanças e das tendências inovadoras, já que comprometido com um modelo de organização social baseado no funcionalismo.

Porém, a Teoria dos Sistemas não pode ser entendida apenas como uma alternativa à teoria da ação comunicativa de Habermas ou ao pós-modernismo. Para seus adeptos, ela é mais do que isso, já que sua proposta é se apresentar como uma contraposição a todo o pensamento político europeu, não somente à matriz habermasiana. A proposta luhmanniana é pelo abandono do modelo organicista, da relação parte-todo, com o indivíduo na posição central da explicação sociológica (ESTEVEES, sem data, p. 4). O homem deixa de ser considerado como parte do organismo social, e passa a ser pensado como pertencente a seu exterior. O ser humano faz parte do meio ambiente do sistema, que passa a ser o conceito central para a reflexão em torno da sociedade. Este é um dos principais pontos de dificuldade da Teoria dos Sistemas para o convencimento de sua adequação como modelo para a sociologia.

---

<sup>50</sup> Luhmann se defende afirmando que se trata de uma crítica oriunda de um grupo que se coloca como progressista, e o que não é concordância com tal grupo é rotulado com conservadorismo.

Apesar disso, Luhmann é encarado como o principal representante da sociologia alemã do século XX, e sua sociologia é vista por Vandenberghe como uma síntese da fenomenologia transcendental de Husserl e da teoria funcionalista dos sistemas: “His sociology is in fact best understood as a synthesis of husserlian transcendental phenomenology and functionalist systems theory, thus as a kind of cybernetic phenomenology in which the systems takes the place of the transcendental ego<sup>51</sup>” (VANDENBERGHE, 1999, p. 2).

Este entendimento é compartilhado por Esteves, para o qual a Teoria dos Sistemas é mais do que um virtuosismo especulativo. É um esquema teórico importante para analisar sociedades desenvolvidas, dando a Luhmann um lugar destacado no pensamento social contemporâneo. Além disso, de acordo com a visão de Esteves, Luhmann tem grande relevância para o direito e para a política, pois dá um passo decisivo para a positivação do primeiro e para a secularização da segunda, tendo em vista a obsolescência dos critérios da verdade e da justiça, característica de seu diagnóstico da modernidade:

É isso que garante a Luhmann um lugar destacado na história do pensamento social contemporâneo, com relevo particular para sua proposta de um novo critério da razão: a racionalidade sistêmica, que registra a obsolescência dos velhos critérios regulativos da ‘verdade’ e da ‘justiça’ (ou, pelo menos, a sua crise profunda) e fica, para já, a constituir um derradeiro passo decisivo no processo de secularização (do poder) e de positivação (do direito) (ESTEVES, sem data, p. 7).

Luhmann, segundo Vandenberghe, pode ser visto como uma espécie de Hegel para a teoria social. Seu objetivo, com a Teoria dos Sistemas, é abarcar tudo a partir do conceito de sistema. Portanto, uma teoria de tudo, com pretensões universais (1999, p. 3). No entanto, e este é um ponto interessante de sua proposta teórica, ao qual voltaremos mais à frente, o próprio Luhmann

---

<sup>51</sup> “Sua sociologia, na verdade, é melhor entendida como uma síntese entre a fenomenologia transcendental husserliana e a teoria sistêmica funcionalista, assim como uma espécie de fenomenologia cibernética, na qual o sistema assume o lugar do ego transcendental”. Tradução nossa.

reconhece sua teoria como mais uma entre outras formulações possíveis. Esse reconhecimento se dá diante do diagnóstico da extrema complexidade do mundo, o que faz com que sua teoria seja mais uma hipótese de entendimento da sociedade: “Analysing society as a hypercomplex conglomerate of social subsystems, Luhmann insists that modern societies are so complex that his own theory of social complexity can only offer one possible formulation of the social among others<sup>52</sup>” (VANDENBERGHE, 1999, p. 3).

O mundo, dotado de grande complexidade, é infinito em possibilidades, não se configurando como um mundo real. Para ser real, a complexidade deve ser reduzida, e uma pequena ordem deve ser instalada. Este já é um motivo de crítica na teoria de Luhmann. Sua preocupação excessiva com a ordem fará com que ele receba as muitas oposições oferecidas pelas críticas já destinadas ao funcionalismo. Essa redução da complexidade é dada pela comunicação. A sociedade emergiria, assim, da comunicação, e o que não é comunicação não pertence à sociedade, conforme a máxima luhmanniana: “What is not a communication does not belong to society but to its environment<sup>53</sup>” (VANDENBERGHE, 1999, p. 4).

Um dos principais pilares da obra luhmanniana é a comunicação, cuja compreensão integra boa parte de seus esforços teóricos. Da sociologia norte-americana, ele busca o conceito de sistema, sob a influência de Parsons. Mas, ao contrário da concepção sistêmica típica do contexto norte-americano, o aspecto principal do sistema, para Luhmann, é a diferença entre o sistema e o ambiente. Na verdade, é nessa diferença que se encontra a própria definição de sistema.

Comunicação, para ele, é um conceito despido de influências ontológicas e antropológicas, conforme a interpretação de Esteves (sem data, p.8). Ela é o fator prioritário de identificação dos sistemas sociais. Portanto, não são os indivíduos os sujeitos da comunicação, mas os próprios sistemas sociais. Ela é o dispositivo fundamental da evolução destes sistemas. A comunicação cria condições de estabilidade, se constituindo como um

---

<sup>52</sup> “Analisando a sociedade como um conglomerado hipercomplexo de subsistemas sociais, Luhmann insiste que as sociedades modernas são tão complexas que sua própria teoria da complexidade social pode oferecer somente uma possível formulação do social, entre outras”. Tradução nossa.

<sup>53</sup> “O que não é comunicação não pertence à sociedade, mas a seu meio”. Tradução nossa.

processo seletivo em três níveis: a informação, a difusão e a aceitação do conteúdo. Ela é entendida como o dispositivo cibernético para normalizar as relações entre o sistema e o meio:

Não são já, pois, os indivíduos, enquanto tais, que são considerados os sujeitos de comunicação, mas os próprios sistemas sociais; emergindo a sociedade, também considerada enquanto sistema (o sistema de todos os subsistemas sociais constituídos ou a formar), como o universo de todas as comunicações possíveis (ESTEVEES, sem data, p. 8).

Apesar de sua importância, a comunicação é vista por Luhmann como improvável. Tal improbabilidade<sup>54</sup> tem como fundamento a subjetividade das consciências individuais, que, uma vez não podendo ser acessadas, geram um grau excessivo de contingência. Por esta razão, conforme afirmamos anteriormente, os indivíduos são retirados da centralidade do modelo de explicação social da Teoria dos Sistemas. Assim, é improvável que haja compreensão (por conta do solipsismo próprio dos contextos comunicacionais, caracterizando certo isolamento dos participantes no processo de comunicação; trata-se do individualismo das consciências); é improvável que haja recepção do ato comunicativo (em função da prevalência de um pluralismo de situações e interesses); e é improvável que os resultados pretendidos no processo comunicativo sejam alcançados (gerando dificuldades para conseguir incorporar a comunicação ao nível do comportamento, adotando-a como premissa da ação) (ESTEVEES, sem data, p. 9). A distinção entre sistema e meio, fundada na caracterização dos sistemas como comunicação, faz com que os indivíduos não pertençam ao quadro explicativo da sociedade.

Diante disso, e esse é o afastamento maior de uma perspectiva tradicional da abordagem sociológica, os indivíduos não são definidos como pertencentes à sociedade, mas a seu entorno. Sem pertencer à sociedade em si, mas fazendo parte de seu ambiente, os indivíduos são pensados como incapazes de interferir no mundo social. Essa afirmação tem consequências

---

<sup>54</sup> Para mais, ver *A improbabilidade da comunicação*, do próprio Luhmann, 2001.

fundamentais para uma teoria da ação desenvolvida pela sociologia até então. Não é trivial pensar os indivíduos como não sendo os sujeitos do sistema.

Isso significa que as pessoas, sua história e suas características, não importam para o funcionamento do sistema. Essa proposta, que não é nova, faz sentido até certo ponto, quando pensamos que, mesmo que esta ou aquela pessoa não esteja mais presente, a sociedade continua existindo. Contudo, isso não quer dizer que as pessoas não interfiram no funcionamento do mundo social<sup>55</sup>, ou que não sejam importantes para sua compreensão. A ideia de que a proposta de Luhmann é anti-humanista encontra nesse argumento seu ponto de sustentação.

Diante disso, faz-se notar a importância que o conceito de sistema terá para o esquema de interpretação luhmanniano para o mundo social. O sistema é visto como um conjunto de elementos que, reunidos, se diferenciam do restante. Na verdade, o sistema poderia ser melhor definido como uma diferença, entre o próprio sistema e o ambiente que o cerca. Sendo, a princípio, menos complexo do que o meio, o sistema é um mecanismo seletivo, e, por isso, não reage a tudo. Desta forma, ele se destina à redução da complexidade do mundo: “What belongs to the environment is selectively perceived and reduced in complexity by the system which, thanks to this difference from the environment, is able to affirm its identity and enhance its internal complexity<sup>56</sup>” (VANDENBERGHE, 1999, p. 4).

O reconhecimento da (hiper)complexidade do mundo é fator preponderante para a Teoria dos Sistemas. Na verdade, argumentará Luhmann, os sistemas surgem como mecanismos para enfrentar essa complexidade. O meio (aquilo que não é sistema) é visto como uma fonte de instabilidade não neutralizável. Isso se deve, justamente, ao aumento da complexidade do mundo, que, segundo Luhmann, é vista como uma constante evolutiva absoluta. A evolução do meio e, com isso, da complexidade, é uma constante fonte de instabilidade para os sistemas, que passam a ter que desenvolver suas capacidades seletivas. Simultaneamente a esse

---

<sup>55</sup> Dificilmente, depois do julgamento do processo do mensalão, o Supremo Tribunal Federal brasileiro seria o mesmo, tendo em vista o papel desempenhado pelo ministro Joaquim Barbosa, como veremos mais à frente nessa tese.

<sup>56</sup> “O que pertence ao meio é seletivamente percebido e reduzido em complexidade pelo sistema, que, graças à diferença em relação ao meio, está apto a afirmar sua identidade e a aumentar sua complexidade interna”. Tradução nossa.

desenvolvimento, a evolução é independente das operações que o sistema empreende para resolver os problemas que lhe são apresentados pela complexidade do ambiente. De fato, a evolução do meio é ilimitada e indeterminável, indiferente à constante tarefa do sistema de tentar reduzir sua complexidade:

O aumento da complexidade ambiente apresenta-se a Luhmann como uma constante evolutiva absoluta. A evolução do meio é para o sistema uma fonte de 'problemas' constante (em termos de necessidade de desenvolver e alargar suas prestações seletivas). Mas, ao mesmo tempo, a evolução é também independente das operações que o sistema empreende para resolver os problemas, isto é, a evolução do meio possui um grau ilimitado, ou antes, impossível de determinar, de indiferença à 'redução de complexidade' (ESTEVES, sem data, p. 5).

A defesa de uma evolução da complexidade do ambiente, que, embora seja independente dos esforços dos sistemas para reduzirem a referida complexidade, acabam por levar a uma evolução dos próprios sistemas, é outro ponto questionado na Teoria dos Sistemas. O evolucionismo que ela implica, é visto como um problema para os críticos. Embora Luhmann refute, conforme atesta Teubner, uma concepção de evolução com base na ideia de progresso, ou vinculada a algum fundamento moral, essa será uma entrada para a crítica da teoria sistêmica.

Todo esse processo é visto por Luhmann, de acordo com a interpretação de Esteves, com naturalidade, mas não de um ponto de vista fatalista. Trata-se, em tese, apenas da descrição do funcionamento objetivo da sociedade. Por isso, o próprio Luhmann afirmará, sua teoria descreve a sociedade, mas não prescreve como os sistemas devem funcionar. Esse é um ponto importante na teoria sistêmica de Luhmann. Ele reforça que seu enfoque é a descrição do funcionamento da sociedade. Não se trata, portanto, de uma visão que projeta um dever-ser social. Segundo ele, o que sua teoria faz é descrever o que, de fato, acontece no mundo social.

Toda sua complexa proposta teórica é, em última instância, sustentada pela separação do sistema em relação ao meio, e pela garantia de que os sistemas possuem fechamento operacional. Essa proposta não pode ser mantida sem o conceito de autopoiesis, entendida como um mecanismo reflexivo do próprio sistema, que satisfaz as necessidades de plasticidade e estabilidade das estruturas em contextos de complexidade (ESTEVES, sem data, p. 6). Os sistemas autopoieticos são, por definição, autorreferenciados e fechados operacionalmente. Paradoxalmente, o fechamento do sistema é visto como a condição para sua abertura ao ambiente. Isso significa que o sistema só pode reagir a provocações do ambiente de acordo com sua própria maneira de operar. O ambiente não pode influenciar o sistema diretamente, apenas de forma indireta:

Paradoxically, this self-closure of the system is a precondition for its opening to the environment. Concretely, this means that as an autonomous and self-determining unity, the system can only react to the 'provocations' of the environment in accordance with its own mode of operation. The environment cannot influence the system directly but only indirectly in so far as the self-referentially closed system opens itself up to the environment and allows it from within to selectively influence the system from without<sup>57</sup> (VANDENBERGHE, 1999, p. 6).

Como os sistemas são compostos de comunicações, o enfoque recai sobre as transferências de informações de um sistema a outro, algo que, segundo a teoria de Luhmann, não pode acontecer de forma direta. As informações não podem ser transferidas diretamente de um subsistema a outro, justamente por conta de seu fechamento operacional. Elas são sempre diferentemente percebidas, e internamente reconstituídas e recodificadas. Por isso, a expressão utilizada por Luhmann é 'irritação'. Os sistemas, enquanto

---

<sup>57</sup> "Paradoxalmente, este autofechamento do sistema é a pré-condição para sua abertura ao meio. Concretamente, isso significa que, como unidade autônoma e autodeterminada, o sistema somente pode reagir às 'provocações' do meio de acordo com seu próprio modo de operação. O meio não pode influenciar o sistema diretamente, mas somente indiretamente, na medida em que o sistema fechado autorreferencialmente se abre ao meio e permite a ele, de dentro, que influencie, de fora, o sistema". Tradução nossa.

meios uns dos outros, não podem se influenciar diretamente, mas apenas irritar uns aos outros, ativando, assim, suas operações internas:

Insofar as information cannot be transferred directly from one subsystem to another but is always differentially perceived, internally reconstructed and binarily recoded by another system, any attempt by one subsystem to represent another one or to steer its operations is conceptually precluded<sup>58</sup> (VANDENBERGHE, 1999, p. 6).

Esse é um ponto polêmico na Teoria dos Sistemas. Como veremos, a defesa da abertura do sistema, evitando o autismo absoluto em relação ao meio, pressupõe seu fechamento operacional. Perspectiva controversa e difícil de ser compreendida, a proposta desse paradoxo da teoria sistêmica será alvo de muitas críticas. Nem mesmo entre os adeptos da teoria, esse ponto parece suficientemente claro. Enquanto Luhmann, e essa é também a interpretação de Vandenberghe, afirma categoricamente que os sistemas são fechados, herméticos em relação aos elementos do meio, Esteves encontra uma espécie de permeabilidade sistêmica: “o processo de comunicação deve preservar sempre um certo grau de abertura, pois só assim pode ser garantida a produção regular de informação – resultado, por conseguinte, de um determinada permeabilidade do sistema em relação ao meio exterior” (ESTEVES, sem data, p. 10).

Para que os sistemas possam ser pensados como seletivos e autopoieticos, Luhmann atribuirá a cada um deles uma operação específica, que, sendo própria e exclusiva daquele sistema, o caracterizará, diferenciando-o dos demais sistemas e permitindo que se atribua a ele uma função específica, que só ele pode desempenhar. Por isso, a proposta de Luhmann é funcionalista. Cada subsistema social desempenha uma função<sup>59</sup> singular no bojo do sistema geral, que é a sociedade. Sua seletividade implica a existência

---

<sup>58</sup> “Na medida em que a informação não pode ser diretamente transferida de um subsistema a outro, mas é sempre diferencialmente percebida, internamente reconstruída e binariamente recodificada por outro sistema, qualquer tentativa de um subsistema de representar outro, ou conduzir suas operações, é conceitualmente impedida”. Tradução nossa.

<sup>59</sup> Para mais acerca do vínculo entre a ideia de função e o sistema social, ver *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, de Luhmann, 1990.



de códigos binários, que funcionam como filtros para o sistema. O código binário definirá o que poderá ser selecionado ou não pelo sistema, a partir do binômio afirmação/negação, específico para cada sistema.

A Teoria dos Sistemas, para efetivar sua proposta de modo coerente, algo que Luhmann pretende fazer (e tem seu esforço reconhecido, inclusive, por seus opositores, como Habermas), construirá um arcabouço teórico muito mais complexo do que os conceitos de sistema, autopoiesis e códigos binários fazem parecer. Para desenvolver sua proposta teórica, Luhmann, usando uma linguagem muitas vezes autorreferida (algo que se soma às muitas críticas que recebe), precisará reformular conceitos já conhecidos da sociologia e propor novos conceitos. As ideias de observador, indivíduo, estruturas sociais, tempo, sentido, e própria noção de sociedade serão reformuladas, somando-se a elas os conceitos de acoplamento estrutural, autopoiesis e dupla contingência. Como esses conceitos são costurados na Teoria dos Sistemas de Luhmann, é o que veremos nos tópicos a seguir.

#### **4.1. Os elementos de uma teoria geral dos sistemas em Niklas Luhmann, a crise da sociologia e a influência de Talcott Parsons**

Luhmann, ao contrário de Bourdieu em relação à noção de campo, propõe e sistematiza uma teoria geral dos sistemas, esboçada, curiosamente, em uma reunião de aulas magistrais, que não se constituem enquanto uma obra propriamente dita, específica e acabada, conforme ressalta Javier Nafarrate, tradutor de Luhmann para o espanhol (in: LUHMANN, 2010, p. 11). É no bojo destas aulas<sup>60</sup>, contudo, que Luhmann buscou articular, de forma direta e consistente, todos os elementos que compõem uma Teoria dos Sistemas, reformulando os conceitos clássicos das ciências sociais, e propondo, por fim, uma forma que considerava mais adequada de se fazer sociologia no mundo contemporâneo<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> Assim como Saussure, cujo curso de linguística, oral, foi reduzido a termo para se tornar base de toda uma disciplina.

<sup>61</sup> O próprio Luhmann reconhece que a finalidade do curso sobre Teoria dos Sistemas era apontar as possibilidades do uso da teoria, explicitando as consequências de se adotar tal perspectiva teórica, apresentando uma alternativa à tradição: “a finalidade destas aulas consistia em exatamente confrontar essa tradição humanista, propondo a questão sobre a

Na introdução dessas aulas, Nafarrate afirma que, para Luhmann, a sociologia não poderia aceitar que outras ciências fundamentassem seu próprio método. A base da disciplina é a sociedade, e, como tal, ela deveria captar a si mesma como parte integrante do objeto do qual se ocupa, e não como algo descolado do mesmo (in: LUHMANN, 2010, p. 14). Essa noção terá implicações para o conceito de observador, como veremos adiante.

A alteração dos conceitos e dos pressupostos da sociologia tem como base o diagnóstico da complexidade do mundo. A complexidade é entendida como a única verdade ontológica<sup>62</sup> sobre a sociedade, e este é o paradigma que sustentará toda a proposta de Luhmann para uma teoria dos sistemas aplicada à sociologia. Esta não é uma peculiaridade do pensamento luhmanniano. Segundo Nafarrate (in: LUHMANN, 2010), o pensamento ocidental sempre enfrentou o problema da complexidade arrasadora da sociedade/realidade. Para enfrentá-lo, recorreu-se à noção de ordem e de sistema, como em Hegel, Spinoza e Leibniz, exemplos de um pensamento sistemático.

No entanto, Luhmann busca desenvolver um sistema sem pretensão metafísica (2010, p. 17). Nesse ponto, ele se aproxima de Habermas, que também busca escapar da metafísica. A sociologia não é entendida, nesse registro, como a ciência do homem, pois, para tanto, seria necessário considerar a incomensurabilidade dos indivíduos. Isso significa que Luhmann não buscará explicar a sociedade através do acordo entre os indivíduos, criticando profundamente as bases do contratualismo como explicação social.

O primeiro passo para a sociologia é determinar qual é o fundamento do social, e, de acordo com Luhmann, a resposta não deve ser procurada nos indivíduos, pois esse fundamento não é uma disposição do ser humano, como a intenção, a vontade e a racionalidade. Ele formulará a questão em outros termos: para reconhecer a importância da ação na vida humana, assim como para reconhecer a importância das estruturas, é preciso colocar a vontade

---

existência de teorias com capacidade de responsabilizar-se perante um rompimento destas dimensões” (2010, p. 340).

<sup>62</sup> Na visão de Luhmann, a ontologia é uma forma de enfrentar o mundo, absorvendo insegurança, instaurando o sólido, preferindo a ordem. Assim, trata-se da manifestação de uma preferência. No entanto, a ontologia não é vista como adequada ao enfrentamento do mundo contemporâneo. Esta é mais uma crítica de Luhmann ao pensamento tradicional europeu.

como cerne para a constituição da sociologia? No entendimento de Luhmann, a resposta afirmativa para essas questões levaria a um acentuado reducionismo do que é a sociedade.

Para encontrar o fundamento do social, é preciso dar enfoque à comunicação, pois ela se apresenta como a única operação de basear o social de maneira autônoma. Ela deve ser o ponto de partida, portanto, da reflexão da sociologia, e não os atores sociais, como havia sido proposto pela abordagem sociológica tradicional, o que a qualificava, na visão de Luhmann, como inadequada para a compreensão da sociedade.

Observando a tradição do pensamento europeu, Luhmann diagnosticava uma crise teórica na sociologia. A referência continuava sendo a literatura dos clássicos, que, segundo ele, já mostrava sinais de esgotamento (2010, p. 35). Não havia, assim, uma descrição teórica que pudesse dar conta dos problemas da sociedade contemporânea<sup>63</sup>:

A sociologia se encontra em uma crise de caráter teórico. Tanto na literatura especializada, como nas reuniões convocadas sob essa disciplina, a referência fundamental se volta para seus clássicos: Karl Marx, Max Weber, Georg Simmel, Durkheim. A impressão que resulta daí é a de que toda teia conceitual da sociologia esgotou-se com esses nomes. (...) Evidentemente, com eles, disponibilizam-se algumas teorias de médio alcance (*middle range*), principalmente no campo da pesquisa empírica, mas não existe uma descrição teórica coerente sobre a situação dos problemas da sociedade contemporânea (LUHMANN, 2010, p. 35).

Como podemos notar a partir da passagem acima, Luhmann tem um compromisso declarado com a teoria, mas não com a aplicação prática da mesma. A crítica à tradição nas ciências sociais gira em torno, justamente, do fato de que tal tradição não oferece uma teoria geral coerente sobre o mundo

---

<sup>63</sup> Nossa proposta é de, em certa medida, recolocar algumas contribuições dos clássicos como importantes para a investigação do mundo social.

social contemporâneo, só tendo alguns efeitos no campo da pesquisa empírica. Para Luhmann, o conhecimento científico não pode ser aplicado diretamente à práxis, pois cada um deles possui lógicas próprias (2010, p. 29). A teoria não precisa de aplicação para ser reconhecida. Ela deve ser aprimorada por si mesma, e não pela prática (2010, p. 31). Esta ideia é bem condizente com a concepção de sistemas autopoieticos e autorreferenciais.

Para Luhmann, os impulsos intelectuais mais interessantes para entender a sociedade estavam vindo de fora da sociologia, e a disciplina, centrada em seus próprios referenciais clássicos, e obsoletos, não estava sendo capaz de compreender o impacto de tais contribuições para uma leitura mais acurada do mundo social, aumentando a distância entre seu arcabouço teórico e sua capacidade de compreender o mundo.

Apesar disso, no âmbito da sociologia, algumas contribuições não poderiam ser desprezadas, como é o caso de Parsons (que se baseou, fundamentalmente, nos clássicos que Luhmann critica). O funcionalismo estrutural de Parsons, com influência da antropologia e da etnologia, buscava apreender as estruturas originais da sociedade, a partir de um modelo teórico extremamente profícuo e interessante, na visão de Luhmann, para a interpretação da sociedade. Embora pudesse ser alvo de críticas, e o próprio Luhmann, em alguma medida, as reconhece, Parsons é tomado como uma das principais influências para a proposta sistêmica luhmanniana.

Parsons não via na sociologia um objeto tão claro e determinado, como na física. Apesar disso, seu funcionalismo estrutural era visto por ele próprio, na interpretação de Luhmann (2010, p. 36), como uma teoria que só perdia em sofisticação para a física newtoniana, pois tomava como ponto de partida a existência de fato de determinadas estruturas nos sistemas sociais<sup>64</sup>. A abordagem funcionalista, no entanto, como vimos, enfrentou muitas críticas, já que apresentava dificuldades para integrar fenômenos desviantes. Além disso, no funcionalismo estrutural, por se aliar ao controle e à planificação, o conceito de sistema se converteu em um instrumento de racionalização e reforço das estruturas de domínio (LUHMANN, 2010, p. 39). Esta abordagem passou a ser vista como um reforço das estruturas de poder.

---

<sup>64</sup> Luhmann também pensará na existência de fato dos sistemas.

Luhmann via a rejeição do funcionalismo estrutural de Parsons como dotada de um caráter mais ideológico do que teórico, pois a teoria parsoniana partia de um pressuposto, que será caro à Teoria dos Sistemas de Luhmann, fundamental para a superação de um dos principais pontos de crítica na abordagem clássica das ciências sociais, qual seja, a noção de ação vinculada a indivíduos racionais, voluntaristas e intencionais.

Luhmann define a obra de Parsons a partir da seguinte fórmula: *action is system*<sup>65</sup>. Essa abordagem era nova, na medida em que toda a tradição opunha a teoria da ação à teoria dos sistemas. Para Parsons, ação e sistema não poderiam ser compreendidos separadamente. De fato, a ação só era possível sob a forma de sistema (tentativa de Parsons de encontrar um denominador comum entre os clássicos da sociologia):

Tentou-se conduzir esses dois preceitos teóricos a uma situação em que eles parecem irreconciliáveis, diante da encenação de um programa de oposição que, automaticamente, leva à controvérsia: como se a teoria da ação fosse algo distinto da teoria do sistema. Assim, a teoria da ação se apresenta mais orientada para o indivíduo na qualidade de sujeito e, dessa maneira, a sociologia se abre à possibilidade de integrar aspectos psíquicos e orgânicos daquele que age; em contrapartida, emprega-se a teoria do sistema para designar realidades de grande escala (macrossociais), de modo a conservar seu caráter de elevada abstração. O resultado dessa controvérsia é a convicção de estar-se diante de dois paradigmas contrários (LUHMANN, 2010, p. 42).

Parsons busca superar esta separação radical. As estruturas sociais se constroem sob a forma de sistemas e a operação que dá base a esse sistema é justamente a ação. Parsons busca aliar as concepções de Weber e Durkheim, inserindo, na teoria do primeiro, componentes sistêmicos, e na do segundo, componentes da ação. A ação, em Parsons, é um componente emergente da realidade social: para que se realize uma ação, deve haver um

---

<sup>65</sup> "Ação é sistema". Tradução nossa.

determinado número de componentes. Desta forma, a análise sociológica deveria identificar esses componentes, a fim de traçar uma teoria analítica da ação (LUHMANN, 2010, p. 42).

É isso que Parsons chama de realismo analítico. Realismo, pois há a percepção de que, através da emergência dos elementos, a ação surge. Analítico, pois os componentes da ação, individual e isoladamente, não são tomados como ação. Na concepção tradicional da teoria da ação, se não há ator, não há ação (essa última, na verdade, é vista como a exteriorização do que o ator pretende<sup>66</sup>). Em Parsons, há uma inversão nesse esquema: no momento em que o ator age, já existe um conjunto de valores coletivos presentes. Assim, o ator é somente um elemento dentro do conjunto de ação. Ele, portanto, é subordinado à ação.

Para que a ação se realize, quatro componentes devem ser observados: componentes instrumentais (meio que conduz à ação); consumatórios (satisfação adquirida e aperfeiçoamento do estado do sistema quando se age); internos (dizem respeito ao próprio sistema); e externos (dizem respeito ao meio). Para apontar a ação como um sistema, Parsons desenvolveu o esquema AGIL<sup>67</sup>, cujas combinações entre os elementos contêm todas as possibilidades de compreensão da ação. Através da adaptação, o sistema é capaz de instrumentalizar a relação exterior, com o intuito de atingir um estado no qual satisfaz suas necessidades. Para a obtenção de fins, a ação só se realiza se satisfaz necessidades no plano consumatório. A integração se refere ao atuado em relação aos atores. E, por fim, a manutenção das estruturas latentes aponta para a desnecessidade das estruturas estarem presentes para que seus efeitos sejam exercidos (assim, é possível garantir a disponibilidade das estruturas mesmo quando elas não estão presentes ou sendo utilizadas) (LUHMANN, 2010).

O sistema social é um compartimento do quadro AGIL para o sistema de ação, que é o nível mais abstrato e geral do esquema de Parsons. Para o sistema de ação, Parsons se pergunta o que garante e quais são as condições

---

<sup>66</sup> Giddens também criticará a teoria da ação com base nesses pressupostos, mas apresentará uma definição de ação diferente do modelo seguido por Parsons e por Luhmann. A leitura de Luhmann acerca do conceito de ação é reducionista nesse ponto.

<sup>67</sup> O esquema AGIL: A – *adaptation* (adaptação); G – *goal attainment* (obtenção de fins); I – *integration* (integração); L – *latent pattern-maintenance* (manutenção de estruturas latentes).

indispensáveis para que ocorra uma ação social. No esquema AGIL, cada um dos elementos é ocupado, respectivamente, no nível social, pela conduta orgânica (elementos que o organismo deve conter para que possa ser condutor de um comportamento), personalidade (funções psíquicas ou conscientes da ação), sistema social (diferentes sistemas pessoais e organismos se coordenam em conjunto de ação), e pela cultura (que tem a função de reativar os modelos de comportamento em um espaço de tempo).

O modelo de Parsons para a interpretação da ação social como um sistema é fundamental para Luhmann. É a partir dele que Luhmann irá propor uma teoria dos sistemas que não coloque os indivíduos (tomados como vontade e intenção) como centro da ação, mas que desloca esta mesma ação para os próprios sistemas. Outra contribuição de Parsons que Luhmann irá valorizar, e que acabará influenciando definitivamente, é a ideia de que cada sistema é constituído por meios simbólicos próprios, que o caracterizam como sistema dotado de função específica (o meio simbólico da política é o poder; o da economia é o dinheiro, etc). Segundo Luhmann, esse é um dos grandes desenvolvimentos da obra de Parsons, que acabou por levar ao desenvolvimento, na obra do próprio Luhmann, de uma noção equivalente, a dos códigos binários característicos de cada sistema.

A leitura que Luhmann faz de Parsons coloca esse último como um dos intérpretes mais sofisticados da sociedade atual. Sua concepção de ação, particularmente, será o ponto de partida para a teoria sistêmica que Luhmann constrói. No entanto, Luhmann precisará superar alguns pontos que vê como problemáticos em Parsons, como a concepção de função que o norte-americano propõe, para desenvolver sua Teoria dos Sistemas. A noção de sistema que ele utilizará terá suas bases em outras disciplinas, e não na sociologia, conforme veremos a seguir.

#### **4.2. As diferentes concepções sistêmicas, sua aplicação na sociologia e a proposta do sistema como diferença**

De acordo com Luhmann, embora fosse essa a intenção durante os anos 1950, não havia uma teoria geral dos sistemas. Se não havia, em termos gerais, tal esforço teórico, menos ainda na sociologia poderia ser percebido

algo nesse sentido. No entanto, isso não impediu que uma série de diferentes modelos da perspectiva sistêmica pudessem apresentar elementos importantes para se pensar a sociedade a partir de uma perspectiva diferente da tradicional. De uma maneira ou de outra, mesmo que não adotados explicitamente, estes modelos ofereciam reflexões inovadoras para o estudo da sociedade.

Um dos primeiros modelos sistêmicos<sup>68</sup> envolvia a metáfora do equilíbrio. Influenciado pelo emprego de funções matemáticas, o termo equilíbrio já era utilizado no século XVII, como *balance of trade* (com aplicações no mercado internacional), e também em referência ao desenvolvimento nivelado das forças armadas na Europa. Este modelo, e o conceito, pressupõem uma diferença entre estabilidade e perturbação. Equilíbrio se refere à estabilidade, exigindo uma reação a estados instáveis para alcançar o nivelamento do sistema, quando comparado a um estágio anterior. A metáfora pressupunha uma infraestrutura diante da qual o equilíbrio poderia ser mantido.

Um segundo modelo se baseava no desequilíbrio, tendo como enfoque os estados de fragilidade do sistema. A ênfase recaía sobre a perturbação que poderia levar ao desequilíbrio. Esse modelo era sensível às perturbações, mas seu enfoque era a busca por resultados que permitissem o sistema se manter equilibrado (LUHMANN, 2010, p. 60).

Na sociologia, esses dois modelos exerceram efeitos para o entendimento do mundo social, com nítida preferência pelos modelos baseados no equilíbrio, cujas implicações teóricas foram muito valorizadas (como mostra a adoção da perspectiva funcionalista, por exemplo). Os modelos baseados na perturbação, contudo, tradicionalmente, foram explicitamente evitados. No entanto, a metáfora do equilíbrio passou a ser, paulatinamente, colocada em xeque. Algumas abordagens passaram a ver no desequilíbrio a possibilidade de aquisição de estabilidade por parte dos sistemas. Em muitos casos, conforme assevera Luhmann (idem, p. 60 - 61), a perturbação chega a sugerir a potencialização do sistema, que pode continuar exposto a elas e ainda permanecer estável.

---

<sup>68</sup> Para mais sobre o desenvolvimento da abordagem sistêmica ao longo do tempo, ver Baeta Neves & Samios, 1997.



O terceiro modelo apresentado por Luhmann tem base na física, e tem seu fundamento na defesa do fechamento dos sistemas. A física chegou à compreensão de que o universo é um sistema fechado, não aceitando nenhum *input* de uma ordem que não esteja contida nele próprio. A entropia é vista por esse modelo como inexorável (2010, p. 61). Mas essa concepção enfrentava dificuldades de ser transposta para as ordens biológica e social. O fechamento do mundo físico não era aceito para outras ordens, portanto. Assim, os outros sistemas seriam abertos, desenvolvendo neguentropia. Enquanto aplicada somente no mundo físico, a ideia de um sistema fechado não ganhou adeptos na sociologia. No entanto, Luhmann resgatará a concepção de fechamento dos sistemas, alterando, contudo, sua concepção.

Em oposição a uma concepção de sistemas fechados, o quarto modelo apresentado por Luhmann é baseado na abertura dos sistemas, com foco nas trocas que os sistemas realizam. Abertura significa intercâmbio com o meio, tanto para a biologia quanto para os sistemas de sentido. Para os modelos orgânicos, intercâmbio de energia; para os sistemas de sentido, intercâmbio de informação. Esses sistemas interpretariam o mundo e reagiriam a esta interpretação. Os sistemas seriam abertos, portanto, realizando trocas com o meio. A teoria do encerramento operativo, que aparecerá depois, não contradiz a perspectiva da abertura dos sistemas, mas a encara de forma diversa. Luhmann também se apropriará dessa concepção de abertura dos sistemas, conjugando-a com a proposição dos sistemas fechados, o que, aparentemente, geraria um paradoxo em sua teoria, mas que ele busca rechaçar.

Essa perspectiva dos sistemas abertos baseados no intercâmbio foi significativamente influenciada pela biologia, ciência que exerceu grandes impactos também na obra de Luhmann, especialmente em função da teoria da evolução de Darwin. A questão darwinista central era compreender como foi possível que de um acontecimento único, fundador da vida, se tenha chegado a tão distintas formas orgânicas? Para Luhmann, há uma inquietação equivalente no âmbito social: como explicar diferentes culturas e linguagens a partir de um fenômeno universal de socialização através da linguagem? (2010, p. 62). Se a teoria da evolução aponta que a diversidade vem de um acontecimento único (bioquímico), Luhmann defenderá que o mesmo acontecerá no âmbito social, a partir da linguagem.

Na concepção dos sistemas abertos, portanto, os estímulos do meio são percebidos como elementos passíveis de modificarem a estrutura dos próprios sistemas, levando à seleção de novas estruturas. A proposta de Darwin mostra que os sistemas abertos se desenvolveram negando a entropia, permitindo que a evolução e os desenvolvimentos de alteração dos sistemas ocorressem, mesmo partindo de um acontecimento único.

Luhmann concede importância à proposição dos sistemas abertos para a sociologia, mas somente em parte. Esta proposição é para ele, também, alvo de críticas. Em sua interpretação, os sistemas abertos apresentam uma concepção muito genérica, pois trabalham com um conceito indeterminado de meio, não distinguindo a relação sistema/meio das relações entre sistema e outros sistemas no meio (LUHMANN, 2010, p. 63), algo que será caro para a Teoria dos Sistemas de Luhmann, como veremos adiante. Apesar disso, o modelo de sistemas abertos experimentou uma série de desenvolvimentos, se desmembrando em outros três modelos subsidiários: *input/output*, *feedback* negativo, e *feedback* positivo.

O modelo *input/output* se dirige à relação específica entre sistemas e sistemas no meio (idem, p. 63). A partir dessa perspectiva, o sistema deve desenvolver uma elevada indiferença em relação ao meio (que, em última análise, carece de significação diante do sistema). Quem decide os fatores que propiciam o intercâmbio é o sistema e não o meio. Isso significa que ao sistema é atribuída uma autonomia relativa: a partir de si próprio, ele decide o que deve ser considerado como *output*.

Esse modelo subsidiário, por sua vez, apresentará duas variantes. A primeira delas tem como base um modelo matemático ideal, através do qual se entende que o sistema transforma uma configuração de *inputs* segundo diretrizes de um padrão. A transformação é decidida estruturalmente. A ideia é de máquina, capaz de transformar *inputs* em *outputs*. O modelo formal é análogo a uma fábrica ou a uma máquina: a *inputs* com funções iguais correspondem *outputs* iguais. É um modelo orientado para a predição, ou seja, em condições determinadas, os resultados podem ser previstos. Essa proposta, evidentemente, na seara da sociologia, atraiu críticas para a teoria dos sistemas, que passou a ser vista como um modelo tecnocrático, que não dá conta da complexidade social. Um exemplo de adoção do modelo nas

ciências humanas, e que também foi alvo de inúmeras críticas, pode ser encontrado na psicologia, através da adoção de um behaviorismo radical, baseado no esquema estímulo/resposta.

Essa variante do modelo de *input/output* apresenta duas formas de lidar com os estímulos do meio: na primeira delas, o sistema pode responder a diferentes estímulos do meio com a mesma reação, oferecendo, assim, uma resposta homogênea, reduzindo a complexidade do meio; na segunda, o sistema reage de maneira diferente a situações constantes, condicionando a si mesmo, reagindo segundo condições internas, sem correlação imediata com o meio. Nesse último caso, o sistema é visto como superior ao meio, em termos de complexidade.

A segunda variante do modelo *input/output* se baseia na renúncia da simplificação matemática e dirige o olhar para a complexidade do sistema. Trata-se do modelo *black box*, oriundo da cibernética, cujas projeções são, para Luhmann, interdisciplinares, abarcando várias áreas. A partir dele, não é possível conhecer, por ser complexa, a parte interna do sistema (daí a ideia de uma caixa-preta). Só podemos analisar as regularidades de suas relações externas, por meio das quais é possível ter acesso às estruturas internas dos sistemas (2010, p. 65-66).

Modelo *black box* é afim à teoria estrutural do sistema e possui uma imagem mais rígida do que o modelo de máquina. Na política, ele pode ser percebido como a defesa do mecanismo de transformação de *inputs* em *outputs* decisivos, distribuindo os benefícios em favor do povo, como em Easton (LUHMANN, 2010, p. 66). No direito, as decisões judiciais, em teorias mais formais, são apontadas como *outputs* que têm limites claros oferecidos pelos *inputs* (as demandas que são levadas aos tribunais), devendo o juiz se ater ao que lhe foi petitionado, sem se atentar para as consequências que daí possam surgir<sup>69</sup>. Apesar disso, esse modelo não ganhou fôlego na sociologia.

Outro submodelo da proposta dos sistemas abertos tem sua origem também na cibernética, a partir do conceito de *feedback*. De acordo com

---

<sup>69</sup> Para Luhmann, no entanto, o bom jurista deve se orientar para o limite *output*, levando em conta as interpretações determinadas da lei e as consequências que elas geram (LUHMANN, 2010, p. 67). Essa concepção de Luhmann, a princípio, pode parecer contraditória com sua proposta, mas, conforme veremos, não é. O problema é como os juristas, nesse sentido, adotaram a Teoria dos Sistemas no âmbito do direito.

Luhmann, a aplicação inicial deste modelo ocorreu na década de 1940, por conta das exigências da guerra, cuja questão central era como alcançar *outputs* estáveis em meio a situações variáveis e instáveis? (LUHMANN, 2010, p. 68). O objetivo era medir a distância, ou mudança de estado no meio, para que o sistema tivesse tempo de dar uma resposta estável.

Dessa maneira, pela proposta do modelo de *feedback*, deve existir um mecanismo mediante o qual o sistema possa medir certas informações que expressam a distância constituída entre o próprio sistema e o meio. O protótipo dessa proposta teórica é o termostato (com aplicações na biologia). O sistema deve reagir para obter estabilidade. Mas, afinal quais seriam as condições necessárias para que determinados estados do sistema se mantivessem estáveis?

A resposta para isso foi encontrada na cibernética. Na antiguidade grega, a cibernética era entendida como a arte de conduzir a navegação, mantendo o barco de maneira estável, frente às situações variáveis do vento e do mar (LUHMANN, 2010, p. 69). Essa metáfora é interessante para explicitar a proposta da Teoria dos Sistemas diante da complexidade do mundo social, pois ela se ajusta perfeitamente aos objetivos de uma teoria sistêmica, nos termos que Luhmann a desenvolve. A cibernética passou a ser a arte da condução dos sistemas técnicos, sobretudo os sociais.

Dirigir um sistema significa ter a capacidade de reduzir as distâncias entre o sistema e o meio, que podem colocar em perigo a existência do próprio sistema (idem p. 70). No conceito original de cibernética, não era preciso levar em conta todos os elementos pertencentes ao sistema e ao meio, mas uma seleção determinada de variáveis, visto que o conhecimento da totalidade das contingências é impossível.

Esse modelo cibernético baseado em diminuir distâncias e minorar efeitos produzidos fora do sistema caracterizam o modelo do *feedback* negativo. Em fins dos anos 1970, houve um desenvolvimento no modelo baseado na concepção de *feedback*, aparecendo um proposição positiva. O *feedback* positivo, ao contrário do negativo, se propõe a aumentar as distâncias entre o sistema e o meio, com o intuito de mudar radicalmente seu estado inicial (LUHMANN, 2010, p. 70).

Nesse caso, já não se trata de estabilidade do sistema, mas das mudanças que um sistema pode suportar. A pergunta regente é quantas transformações um sistema pode suportar sem ficar em risco:

Nesse conjunto de pensamento, já não se trata, em primeira instância, da estabilidade do sistema, mas das mudanças que um sistema pode suportar: que quantidade de transformações é possível introduzir nele, sem colocá-lo em perigo? Ou, dito de outra forma: se realmente existem mecanismos para aumentar as distâncias, até onde se pode chegar, sem detrimento substancial do sistema? (LUHMANN, 2010, p. 71).

Esses desenvolvimentos do modelo de sistemas abertos acabaram por sofrer inúmeras críticas, que findaram por ser direcionadas à teoria dos sistemas como um todo. Para Luhmann (1020, p. 72), a natureza dessas críticas é ideológica, e elas foram direcionadas, fundamentalmente, aos elementos tecnocráticos do modelo (que desaguaram na crítica a Luhmann como anti-humanista) e à preferência do modelo pela estabilidade (que levaram Luhmann, assim como os funcionalistas, a serem taxados de conservadores). No entanto, a defesa de Luhmann em relação às críticas ao modelo dos sistemas abertos é que elas não possuem nenhum fundamento teórico.

Por isso, as críticas que o próprio Luhmann direcionará à teoria dos sistemas abertos envolvem, segundo ele próprio, elementos eminentemente teóricos. De acordo com Luhmann, o modelo dos sistemas abertos tem a vicissitude de nunca ter delimitado, na realidade, o que é um sistema. Todos esses modelos não preencheram um vazio teórico e não consolidaram a teoria sistêmica no bojo da sociologia, e esse é o verdadeiro fundamento de não terem angariado força necessária para conseguirem espaço no âmbito sociológico.

Para contornar este problema, e dar força a uma teoria sistêmica adequada para a sociologia, Luhmann procurará recuperar elementos importantes da tradição da teoria dos sistemas, conforme apresentamos anteriormente, corrigindo duas deficiências e inserindo novos instrumentos teóricos. A Teoria dos Sistemas que propõe se dedicará a abordar, de saída,

dois pontos fundamentais: passar da consideração de que o sistema é um objeto à defesa de que ele é uma diferença entre ele próprio e o meio; e investigar que tipo de operação torna possível que o sistema, ao se reproduzir, mantenha a diferença em relação ao meio (LUHMANN, 2010, p. 73).

Para dar lidar com estes questionamentos, Luhmann defende a necessidade de um fechamento operacional dos sistemas, o que leva à impressão inicial de que se está diante de um retrocesso (já que o próprio modelo dos sistemas abertos oferecia obstáculos para a consideração do modelo baseado no fechamento dos sistemas). No entanto, Luhmann argumentará, a partir de um paradoxo aparente, que o fechamento de operação e a recursividade, a autorreferência e a circularidade dos sistemas são condições de possibilidade para sua abertura.

A base para o entendimento desta proposta é partir de como o sistema constrói a diferença em relação ao meio, algo que parece, na opinião de Luhmann, não apresentar problemas quanto a seu reconhecimento. Contudo, mais complexa é a questão em torno dos limites dessa distinção, e em como ela pode operar e manter. Cada sistema precisa reconhecer que determinadas operações lhe pertencem, mas outras não. A questão, portanto, passa a ser a observação e a capacidade de observação dos sistemas. Isso implicará uma mudança quanto ao tema do observador, outro ponto que Luhmann pretende criticar em relação às abordagens tradicionais das ciências sociais. Porém, antes de entrarmos nesta seara, é preciso especificar como a diferenciação entre o sistema e o meio é construída.

Pensar o sistema como uma diferença deve ser, na acepção de Luhmann, o ponto de partida para uma teoria dos sistemas na sociologia (2010, p. 80). O tema exige a consideração dos limites do sistema, de suas fronteiras em relação ao meio. Parsons já havia dedicado estudos à necessidade de manutenção dos limites, procurando reconhecer uma identidade nos sistemas, tendo em vista a manutenção de suas estruturas. No entanto, para o sistema social, uma dificuldade relativa ao estabelecimento de seus limites aparece, pois não há, como no caso da vida, um critério de delimitação como o da morte. Assim, o desenvolvimento das sociedades implicaria diversidade de

desenvolvimentos estruturais, que conduzem ao desenvolvimento de sociedades distintas<sup>70</sup>.

Já nas décadas de 1950-1960, a definição de sistema como diferença entre sistema/meio apareceu. Isso significa que a teoria dos sistemas não estabelece sua fundamentação a partir de uma unidade, mas de uma diferença, o que não chega a ser uma novidade na tradição do pensamento ocidental. De acordo com Luhmann, desde o helenismo, podemos identificar representações com base na diferença.

Saussure, por exemplo, reconhece a diferença entre palavras e frases, apontando que a linguagem se realiza na medida em que estabelece distinções. Gabriel Tarde (2007) argumenta que o processo de socialização ocorre mediante imitação, cujo ponto de partida é a diferença, não a unidade. A condição mínima de possibilidade para a imitação é a consideração de que quem imita é distinto daquele a quem se imita. Conforme interpretação de Luhmann, ninguém pode imitar permanentemente a si mesmo (LUHMANN, 2010, p. 82).

Os exemplos se multiplicam. René Girard defende que o conflito surge no processo de imitação, já que se entra em conflito com quem se quer imitar. O interesse recai em explicar como esses conflitos se tornam uma ordem social. Gregory Bateson concebe a informação como a diferença que gera uma diferença, que, por sua vez, leva a mudar o próprio estado do sistema. Assim, a comunicação fixa uma posição no receptor, e, só de ocorrer, é capaz de transformar. Depois da informação, não se pode mais ser o mesmo. Spencer-Brown vê na matemática a diferença como elemento radical, ao passo que Nicolau de Cusa aponta a criação como um ato de distinção de Deus (LUHMANN, 2010, p. 83-86). Todos esses casos são vistos por Luhmann como exemplos de aplicação da diferença como a explicação central da ordem social.

A diferença pode ser melhor compreendida pela noção de forma<sup>71</sup>, que Luhmann busca na matemática. A forma é uma linha fronteira que marca uma diferença, o que significa dizer que indicar já é distinguir. Assim, podemos

---

<sup>70</sup> Para Luhmann, inclusive, isso mostra que Parsons não pode ser taxado como um conservador (2010, p. 81).

<sup>71</sup> "No mundo, só existem formas com dois lados" (LUHMANN, 2010, p. 163). Na concepção sistêmica, o mundo é cortado, sempre, por uma linha divisória, e somente uma: de um lado, o sistema, de outro, o meio.

pensar em duas formas de distinção: distinguir algo do resto, sem especificar o outro lado da distinção; ou distinguir algo definindo o outro lado da forma (como ocorre na oposição homem/mulher). No registro de uma teoria dos sistemas baseada na diferença, o meio está colocado fora, enquanto o sistema fica do outro lado da forma. A Teoria dos Sistemas opera em um lado da forma, o do sistema: “cabe repetir mais uma vez que a consequência para a Teoria dos Sistemas é a de que o sistema pode ser caracterizado como uma forma, com a implicação de que a mesma está composta por dois lados: sistema/meio” (LUHMANN, 2010, p. 88).

Para se distinguir do meio, se colocando de um dos lados da forma, o sistema precisa ser caracterizado a partir de uma operação interna que o diferencia, que o torna singular. A questão para a Teoria dos Sistemas é saber qual é a operação que permite dar identidade e unidade ao sistema. Vale notar que, nesse contexto, o sistema é visto como produtor de apenas um único tipo de operação, deixando de fora as demais.

Essa é a seletividade das operações, cujo princípio teórico é circular, já que a operação produz a si mesma circularmente (por isso, como veremos mais à frente, a ideia de autopoiesis será fundamental para Luhmann). Nesse ponto, mais uma vez, a influência darwinista no modelo luhmanniano se faz patente. A operação circular é vista como tendo surgido em um determinado momento da evolução (o evolucionismo também é uma característica da Teoria dos Sistemas), sem causas aparentemente definidas (desinteresse pela causalidade). A comparação é com a biologia: a operação do vivo pode reproduzir-se, a partir de um processo de diversificação múltipla, baseado em um único princípio de operação; a vida surge da vida (LUHMANN, 2010, p. 89).

Mas, afinal, qual é a operação que define o social? De acordo com a Teoria dos Sistemas, é a comunicação. O sistema social surge quando a comunicação desenvolve mais comunicação a partir da própria comunicação (LUHMANN, 2010, p. 90). A origem da comunicação, contudo, não interessa à proposição sistêmica, mas somente as operações que estabelece e é capaz de reproduzir. A partir disso, o social é explicado sob a forma de uma rede de operações, e o conceito de ação, conforme consolidado pela tradição, não é visto como adequado para definir o operador social:



Nessa perspectiva, é muito difícil que o conceito de ação seja adequado para definir o operador social, já que a ação pressupõe, ao menos no entendimento comum, um processo de atribuição que nem sempre desemboca em um acontecimento de socialização. A ação pode também ser descrita como um acontecimento solitário, individual, sem nenhum tipo de repercussão social (LUHMANN, 2010, p. 91).

A comunicação é vista por Luhmann como o único fenômeno genuinamente social, pois pressupõe o concurso de um grande número de sistemas de consciência, mas que, como unidade, não pode ser atribuída a nenhuma consciência isolada. Ela é a operação social por excelência, caracterizando o sistema social, e estabelecendo, assim, uma distinção em relação ao meio. Sob o prisma da forma, o sistema é, portanto, uma diferença que se produz constantemente, a partir de um único tipo de operação, que reproduz a diferença sistema/meio, que, no caso do sistema social, é a comunicação.

A repetição dessa operação é que permite o desenvolvimento de uma identidade do sistema. O que acontece fora do sistema só tem significado para ele no momento em que é possível conectar esses acontecimentos à comunicação. O sistema deve ser capaz de perceber o que se ajusta ou não a ele. Para isso, deve ser capaz de se auto-observar.

#### **4.3. O fechamento operacional e o conceito de autopoiesis**

Em uma teoria onde o conceito central é definido por uma diferença, é necessário entender como essa é capaz de se manter. O sistema não é visto como uma unidade, e sim como uma distinção com base em uma forma, que se singulariza a partir de um tipo único de operação. Resta saber como o sistema é capaz de manter seus limites bem delimitados em relação ao meio, permanecendo caracterizado pela reprodução de operações de um único tipo.

Para compreender a manutenção da diferença entre sistema e meio, Luhmann recorrerá à ideia de sistemas fechados, cujas características no desenvolvimento dos modelos sistêmicos vimos anteriormente, ao mesmo

tempo em que lançará mão de elementos dos modelos de sistemas abertos. No entanto, ele altera a noção de fechamento, que será a condição de sua abertura.

Fechamento operacional, ou encerramento operativo, segundo expressão do próprio Luhmann, significa que o sistema produz um tipo exclusivo de operação, que o diferencia do meio, e, assim, dos demais sistemas. O lado externo da forma, o meio, não é capaz de alterar, diretamente, as estruturas e as operações internas do sistema, que permanecem podendo ser modificadas apenas pelo próprio sistema, que, por sua vez, opera somente no lado interno da forma (LUHMANN, 2010, p. 102). Diante disso, o sistema, através de suas operações, jamais pode entrar em contato direto com o meio.

Para rechaçar a crítica direcionada aos sistemas fechados (e também aos abertos), Luhmann estabelece uma diferença entre operação e causalidade. Assim, o encerramento operativo pode ser percebido não como isolamento completo em relação ao meio, mas como um fechamento necessário para manter a identidade do sistema e de suas operações constituintes.

Como já ressaltamos anteriormente, Luhmann não se interessa por desenvolver um esquema teórico baseado em explicações causais, conforme a influência que sofreu do darwinismo. A causalidade é entendida por ele como uma relação seletiva estabelecida por um observador; um julgamento que resulta da observação. A articulação entre causas e efeitos depende, assim, dos interesses com que o observador ordena o objeto. Se a causalidade é um esquema de observação, ela sempre possuirá limites, já que é impossível levar o esquema causal ao infinito (LUHMANN, 2010, p. 104-105). Isso implica a necessidade de, para se conhecer a causalidade, observar qual o critério utilizado pelo observador para selecionar as relações causais que pretende analisar.

Para Luhmann, porém, causalidade e operação são conceitos distintos, e devem permanecer separados. Um observador pode estabelecer inter-relações causais nas operações do sistema, mas deve estar consciente de sua seletividade. Na tradição dos sistemas fechados, eles são percebidos como fechados causalmente, mas a proposta de Luhmann segue no sentido de

atribuir-lhes um fechamento operacional. Aliás, de acordo com Luhmann (2010, p. 106), essa é uma das fontes de críticas dirigidas à Teoria dos Sistemas, acusada de buscar garantir, a qualquer custo, o emprego de causalidades.

Contudo, com a noção de fechamento operativo, Luhmann pretende, mantendo a distinção entre causalidades e operações, distinguir sistemas técnicos de sistemas abertos ao sentido. Estes últimos estão referidos ao meio e podem reproduzi-lo dentro de si mesmos, a partir de suas próprias operações, sem que tenham que produzir efeitos causais. Eles permanecem abertos do ponto de vista causal, já que o meio pode (indiretamente, é importante ressaltar) produzir efeitos no sistema.

Os sistemas técnicos, por sua vez, são praticamente fechados à causalidade, e somente em determinadas circunstâncias reagem aos estímulos provenientes do meio. Sua vantagem é que eles permitem facilmente a detecção de falhas, devido justamente ao fechamento causal. Outra vantagem é que eles estão sujeitos ao planejamento. Apesar disso, eles possuem seus limites, como sua produção de efeitos colaterais e efeitos negativos (LUHMANN, 2010, p. 107).

Luhmann afirma que os sistemas técnicos e de sentido podem ser definidos como máquinas<sup>72</sup> triviais e não triviais. As máquinas triviais, para certos *inputs*, devem produzir *outputs* determinados. Mesmo quando a máquina possui a capacidade de receber *inputs* diferenciados, e alcançar para eles resultados diversificados, todos eles são previstos. Tais máquinas são caracterizadas por previsibilidade, confiança e prognóstico (idem, p. 109).

Já as máquinas não-triviais são influenciadas por circunstâncias específicas e os *inputs* que recebem têm de passar pelo que Luhmann chamou de prova do estado momentâneo. A disposição de ânimo, por exemplo, é um fator importante para definir os *outputs*, por exemplo. Isso significa que tais máquinas possuem autorreferência, já que elas próprias reforçam suas operações. O comportamento passado é levado em consideração, visto que elas se norteiam pelos êxitos anteriormente obtidos. Na definição de Luhmann,

---

<sup>72</sup> É preciso entender o sentido que Luhmann dá ao termo: “A palavra máquina é aqui considerada no sentido cibernético. Trata-se de fórmulas matemáticas, cálculos, regras de transformação, e não necessariamente de um artefato eletrônico ou mecânico” (LUHMANN, 2010, p. 109).

são máquinas recursivas, e não previsíveis, como as triviais, pois quando operam, mudam suas regras de transformação.

Os sistemas de consciência e os sociais não podem ser considerados máquinas triviais, sob pena de banalização de seu entendimento. Contudo, equivocadamente, se define o sistema social como uma máquina trivial. Um exemplo, que nos interessa, pode ser extraído do direito: o juiz, ao decidir, o faz com base na lei, e sua decisão, com isso, já se encontra determinada pelo sistema (frente a um *input*, já há um *output* previsto); preenchidos os requisitos, a lei é aplicada (nesse caso, sem a inclusão de um modo de reflexão)<sup>73</sup>. Mesmo que não chegue a ser uma banalização absoluta, ela pode ser levada ao extremo de fazer com que sistemas abertos ao sentido, como Luhmann define o direito, operem como máquinas triviais<sup>74</sup>.

Visto como fruto da evolução, o encerramento operativo dos sistemas aponta para a ausência de pontos de contato entre o sistema e o meio. O sistema depende de sua própria organização, e isso faz com que ele se torne compatível com a desordem (imensa complexidade do meio). O paradigma do fechamento operacional leva ao reconhecimento de duas características importantes para os sistemas: a auto-organização e a autopoiesis. Esses dois elementos são oriundos do reconhecimento de uma operação única, que caracteriza o sistema, mas são conceitos diferentes.

Auto-organização pressupõe a construção de estruturas próprias dentro do sistema. Os sistemas estão enclausurados em sua operação, não podem importar estruturas. Com isso, eles mesmos devem construí-las. Auto-organização é, portanto, produzir estruturas próprias, mediante operações específicas (LUHMANN, 2010, p. 112-113). Autopoiesis<sup>75</sup>, por sua vez, é a determinação do estado posterior do sistema, ou seja, seu direcionamento

<sup>73</sup> O exemplo é do próprio Luhmann (2010, p. 109).

<sup>74</sup> Vale notar que Luhmann não desconsidera a importância das máquinas triviais, reconhecendo que muitos aspectos da vida cotidiana precisam funcionar com regularidade para que dela resulte, por contraste, o inovador. Giddens defende algo semelhante, em relação às possibilidades fornecidas pelas estruturas. O enfoque é outro, mas o pano de fundo é o mesmo. No entanto, mesmo com esse reconhecimento, fica claro que o interesse de Luhmann, na Teoria dos Sistemas, é pelas máquinas não-triviais.

<sup>75</sup> Vale ressaltar que o conceito de autopoiesis, em Maturana e Luhmann, não possui pretensões causais: "Com o conceito de *autopoiesis* (Maturana) colocado no centro da teoria biológica, não se pretende explicar (no sentido causal) absolutamente nada, mas somente evidenciar que a autorreferência é uma operação com capacidade de articulações subsequentes" (LUHMANN, 2010, p. 90).

interno, que torna possível a autorreprodução. A estrutura é a limitação das relações possíveis no sistema, mas não produz a autopoiesis. Esse entendimento altera a noção de estrutura, da forma como a tradição das ciências a concebe:

Para uma teoria que se baseia em operações, as estruturas só existem e produzem efeitos no momento em que o sistema põe em funcionamento suas próprias operações. Esse entendimento do conceito de estrutura contradiz a abordagem usual, que considera a estrutura no eixo da distinção estrutura/processo, na qual a estrutura significa a estabilidade e o processo, a mudança (LUHMANN, 2010, p. 113).

As estruturas são, no entendimento de Luhmann, expectativas sobre a capacidade de conexão das operações. São expectativas (enquanto antecipação futura de sentido) generalizadas do que deve ser comum, mas não são subjetivas. Elas se realizam independentemente do que os indivíduos pensam (necessidade de rechaçar qualquer forma de subjetividade). A partir disso, Luhmann procura substituir a distinção sujeito/objeto pela distinção operação/observação. Com isso, estrutura perde sua imagem de *coisa*:

Entretanto, o mínimo que se pode pensar é que uma estrutura não se constrói à imagem de uma *coisa* composta de elementos que possam ser reunidos. A especificidade das estruturas reside, antes, no fato de que elas constituem um processo de repetição, no sentido de que uma estrutura simula situações que entende como repetição (LUHMANN, 2010, p. 117).

Com isso, os sistemas se produzem e suas próprias estruturas, graças à auto-organização e à autopoiesis. Esses elementos são responsáveis pela autonomia e pela seletividade do sistema em relação ao meio. Desta forma, o sistema não está condicionado a responder a todo dado ou estímulo proveniente do meio ambiente, mas somente àqueles que foram selecionados a partir de suas operações.

O conceito de autopoiesis é trazido da biologia, mais precisamente, da proposta do biólogo chileno Humberto Maturana<sup>76</sup>, e pode ser entendida a partir de sua diferenciação com a ideia de práxis. Na filosofia aristotélica (LUHMANN, 2010, p. 121), a práxis é entendida como a virtude de todo trabalho que não adquire sentido no efeito ou no êxito obtido, mas no simples fato de se realizar. Ou seja, ela é um fim em si mesmo. A *poiesis* (no grego clássico, o verbo equivalente significa fazer, produzir), ao contrário da práxis, é algo que se produz de fora de si mesmo, com um objetivo, um fim. Maturana, com o conceito de autopoiesis, queria indicar uma produção, um efeito expressamente perseguido. Na autopoiesis, o fim perseguido é a produção de si mesmo (idem, p. 121-122).

A autopoiesis, enquanto produção de si mesmo, não exclui, contudo, a possibilidade de um sistema produzir a si mesmo a partir de elementos externos. O enfoque é na produção, não nas fontes onde os elementos são buscados. Sendo assim, mesmo com elementos externos, o sistema pode produzir a si mesmo<sup>77</sup>. Vale notar ainda que, nesse processo de se autofazer, o sistema não possui o controle total do processo de produção. Não se trata, portanto, de uma *creatio*, de uma invenção de todos os elementos importantes para a produção, mas da produção de um contexto onde as condições elementares já estejam colocadas pelo meio (LUHMANN, 2010, p. 122). O que se faz é uma recodificação completa do que vem de fora da forma<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> Para mais acerca do conceito de autopoiesis em Maturana, ver *De máquinas y seres vivos*, 1998, escrito em parceria com outro biólogo chileno, Francisco Varela.

<sup>77</sup> Esse ponto, contudo, gerará uma série de problemas. Muitas derivações da Teoria dos Sistemas, defendendo a ideia de que o sistema deve se autoproduzir, considerarão que os elementos externos não devem fazer parte do sistema em nenhuma hipótese. O próprio Luhmann, com a ideia de fechamento operacional, abre espaço para uma interpretação mais radical de sua própria teoria, afirmando que os sistemas podem apenas ser irritados pelo meio, mas as influências externas deverão ser sempre recodificadas. Essa recodificação, quando acontece do ponto de vista argumentativo, por exemplo, implica a transformação dos elementos em outra coisa, diferente do que eram originalmente. Assim, o sistema não se vale de elementos externos, no sentido amplo da expressão, mas de seus próprios elementos internos para uma reconversão. Esse entendimento retira o foco do externo, e se concentra, exclusivamente, nas operações do sistema.

<sup>78</sup> Tem-se aqui um problema de origem, do elemento inicial, criador, que permite a separação do sistema em relação ao meio. Para que a operação que diferencia seletivamente sistema e meio possa começar a operar, ela precisa ser criada, sob pena de nos encontrarmos em um labirinto: se a operação é o que permite recodificar os elementos externos para o sistema, o que recodificou, inicialmente, a própria operação para que ela pudesse ser caracterizada pelo próprio sistema? Luhmann, cremos, responderia a esse questionamento com uma evasiva, apontando que a Teoria dos Sistemas não é uma teoria das origens.

A ideia de autopoiesis sofreu muitas críticas no bojo da sociologia, principalmente por conta de sua origem e uso na biologia. Segundo Luhmann, essas críticas não atingem seu objetivo, pois há um problema no entendimento do uso da analogia. O conceito tem origem na biologia e quando ele é levado à sociologia, acredita-se estar diante de uma analogia. Na tradição europeia antiga, toda analogia era uma analogia do ser. No mundo criado por Deus, ou pela natureza, nas distintas ordens, seria possível encontrar igualdades básicas. Assim, o que acontece na biologia, deveria acontecer também no mundo social, impreterivelmente e da mesma forma. Mas, na sociologia, para Luhmann, os argumentos seriam de outra natureza. Com isso, ele quer dizer que há estruturas gerais que se realizam tanto na ordem do orgânico como na do social, desde que se especifique o tipo de operação em questão (LUHMANN, 2010, p. 103).

Outra característica do conceito de autopoiesis é sua ausência de gradação. Um sistema é ou não autopoietico, sem meio termo. Com isso, o conceito não explica a evolução dos sistemas complexos. Quando se busca isso, chega-se a teorias do raleamento da autopoiesis: um sistema vai se tornando paulatinamente autopoietico, dependendo, inicialmente, mais do meio, para, então, adquirir autonomia. Essa é, por exemplo, a proposta teórica de Teubner para o direito, que veremos mais adiante. As estruturas estariam mais determinadas pelo meio, para, em seguida, desenvolverem suas próprias operações.

O postulado do encerramento operativo nos permite concluir que a diferença entre sistema/meio só se realiza pelo sistema. Isso quer dizer que o sistema estabelece seus próprios limites em relação ao meio, através da criação e reprodução de suas operações específicas. É justamente por isso que o sistema pode ser observado por um observador, que, no meio, é capaz de observar suas operações. A aparente tautologia destas explicações tenta ser superada por Luhmann com a explicação do conceito de observador que ele propõe, como veremos a seguir.

#### **4.4. O conceito de observador, a crise da teoria do sujeito e o rompimento com a ontologia**

Nas ciências sociais, em seu modelo tradicional, o conceito de observação envolve, mesmo que de forma subentendida, a ideia de uma observação psicológica (LUHMANN, 2010, p. 153). As perspectivas sobre a observação são variadas, mas todas elas compartilham a visão de que o acesso ao mundo das formas não pode ser realizado de qualquer modo, ou, na expressão de Luhmann, ao bel-prazer. Essa forma de encarar a posição do observador está relacionada com a tradição, de longa data, da teoria do sujeito.

O entendimento do observador enquanto sujeito também exerceu seus efeitos na teoria dos sistemas. Na década de 1960, o problema aparece de forma nítida pela teoria, exigindo soluções. Nessa época, a ciência tratava o observador como um sujeito externo, com capacidade cognitiva. De fora, o observador poderia decidir quais aspectos deveriam ser considerados e excluídos (idem, p. 74).

De acordo com Luhmann (2010), para o enfrentamento do problema da observação, duas teorias foram desenvolvidas, a analítica e a concreta:

Analítica é a teoria que delega ao observador externo a decisão do que ele denomina como sistema e como meio, e também a decisão em relação aos limites. Concreta é aquela teoria que parte do pressuposto de que, na realidade, os sistemas já estão constituídos, e que a tarefa do teórico de sistemas consistiria em tentar descobri-los tais como eles são (LUHMANN, 2010, p. 75).

A teoria analítica, que atribuía ao observador externo o papel de condutor de todo o processo de observação, definindo o próprio sistema e seus limites em relação ao meio, é afim com uma perspectiva transcendental. Através dela, os conceitos do teórico são percebidos como algo que permeia a realidade. Assim, o que se vê está determinado pela maneira de ver do observador, levando em consideração suas subjetividades, e o conceito de sistema é somente uma construção do teórico.

A abordagem concreta, por sua vez, atribui ao observador externo o papel de investigador dos sistemas, mas cuja análise não define o sistema, apenas o descobre na realidade objetiva do mundo, já que parte da



pressuposição de que aquilo que é pesquisado já está colocado na realidade. Antes e depois da pesquisa, a realidade já está lá. Apesar de diferentes, as duas variantes teóricas sobre a observação têm como ponto comum o posicionamento do observador fora do sistema.

Luhmann não se satisfaz com as soluções dadas por essas teorias e dirige a elas uma série de críticas. Ele rejeita a liberdade total para determinar o objeto, proposta pela teoria analítica, pois é preciso estabelecer contatos com a realidade para definir o campo de observação, algo que os analíticos não conseguiram efetivar. Por outro lado, a teoria concreta nunca pôde alcançar uma delimitação satisfatória em relação ao que designa como sistema, e o conceito acaba por não ter capacidades explicativas.

O observador<sup>79</sup> não pode ser pensado como externo à realidade que investiga, pressuposto compartilhado pelas duas teorias. Ele já faz parte do mundo que observa. Além disso, observação e observador já devem ser considerados, previamente, como sistemas. Para poder observar, a própria ciência necessita estar constituída como sistema (LUHMANN, 2010, p. 75-77). A partir disso, a proposta de Luhmann para o observador será um contraponto à ideia de observação externa, mas é preciso entender o que sua proposta implica. Mais uma vez, a abordagem sociológica tradicional é colocada em xeque.

Evidentemente, afirma Luhmann, somos observadores externos da sociedade, no sentido de que nos reconhecemos como parte de uma vida social já constituída. Mas a sociologia não pode se dedicar à compreensão da sociedade se posicionando fora dela. Os sistemas de consciência podem observar a sociedade de fora, mas isso não tem efeito social, quando não há comunicação:

Contudo, não podemos nos ocupar da sociedade, na qualidade de sociólogos, como se esta pudesse ser observada externamente. Os sistemas de consciência podem indubitavelmente, observar a sociedade a partir de fora; mas, socialmente, isso fica sem efeito, quando não se comunica; ou

---

<sup>79</sup> Maturana também aborda o tema da observação de maneira própria. Para mais, ver *A ontologia da realidade*, 1999.

seja, se a observação não é realizada dentro do sistema da sociedade (LUHMANN, 2010, p. 99).

Luhmann propõe, então, um conceito de observador que não tem sido trabalhado na teoria sociológica, mas que a Teoria dos Sistemas desenvolve de forma radical. A partir da concepção de observador, inclusive, a teoria sistêmica, segundo o próprio Luhmann, acaba por ser uma teoria entre outras possíveis (2010, p. 152), já que, conforme veremos, ela coloca em dúvida quase toda ontologia sobre o mundo social.

O conceito de observação lança mão de seu suporte circular, ou seja, a observação é vista como algo capaz de produzir a si mesmo. Este é o mesmo entendimento que se tem acerca dos sistemas, envolvendo suas características de autopoiesis e encerramento operativo. Isso significa que a observação é vista, por Luhmann, como um sistema.

O observador deixa de ser percebido, assim como a tradição das ciências sociais prevê, como um sujeito. Esse é o primeiro ponto. A observação é separada da ideia de sujeito. Por isso, Luhmann a trata como uma concepção radical na Teoria dos Sistemas. O observador não é um sujeito transcendental, um cérebro ou uma consciência, mas um sistema.

A observação exigirá, dessa forma, uma diferenciação inicial, como todo sistema: observar/observador. O ato de observar, enquanto operação, é diferenciado do observador, enquanto sistema, que, por sua vez, utiliza as operações da observação de maneira recursiva para obter uma diferenciação em relação ao meio. Observar é uma operação “que só se realiza como um acontecimento instantâneo, fugaz, e que carece de tempo para conectar operações de observação” (LUHMANN, 2010, p. 154).

Esse enfoque tem consequências diferenciadas em relação ao conceito tradicional de sujeito/observador. Na Teoria dos Sistemas, o observador (já que um sistema), não se coloca acima da realidade, “não paira acima das coisas e as observa, digamos, do alto” (idem, p. 154). O observador não se posiciona fora do mundo dos objetos, pois ele, observador, é parte desse mundo que observa. Isso faz com que o observador esteja inserido no próprio mundo que ele procura observar e descrever, afastando a ideia de que o observador teria acesso “a uma realidade situada no exterior” (idem, p. 159). A sociologia será

entendida, assim, como um sistema de observação das operações realizadas por outros sistemas.

Toda a operação da observação é uma diferenciação e uma indicação, baseada na ideia de forma. As distinções que podemos imaginar são operações de um observador, quando este estabelece diferenças como significante/significado, sujeito/objeto, etc. Todas estas diferenciações têm como base a diferenciação primeira, entre observador e operação.

A proposta de Luhmann é se opor, todo o tempo, à saída tradicional para o problema do observador. Por isso, a Teoria dos Sistemas busca construir o conceito de observação fora da imagem de um observador externo e de um sujeito extramundano. Pensando a observação como um sistema estruturado, o conceito pode abrir mão de uma noção baseada em uma hierarquia, uma natureza ou um cosmo ordenado. A observação, defenderá Luhmann, é possível sem nenhuma hierarquização, intenção temática, ou finalidade aparente (2010, p. 160).

No entanto, mesmo tomando a observação como um sistema, é preciso especificar o tipo de sistema de que se está tratando. O observador não deve ser pensado, estritamente, como um sistema psicológico, ou uma consciência. Caso contrário, definido desta maneira, seria um sujeito, e é justamente essa noção que Luhmann busca refutar. Os sistemas, mesmo os não psicológicos, são capazes de observação. Os sistemas sociais, por exemplo, observam os sistemas psíquicos e vice-versa, e tudo permanece no nível da relação entre os sistemas. Isso mostra, no entendimento de Luhmann, como o sujeito perde lugar no centro da explicação da vida social.

Tendo em vista a proposta oferecida pela Teoria dos Sistemas, Luhmann se pergunta o motivo de, necessariamente, o observador ser tratado como sujeito. A resposta será encontrada na longa tradição e força de uma teoria do sujeito como o centro da explicação social. O problema se relaciona, portanto, à maneira como o conceito de sujeito (e o de observador, consequentemente) foi tratado tradicionalmente.

Luhmann acredita que conceitos não podem ser tratados como ideais, no sentido de que seja possível definir qual conceito é o ideal. O importante é que se tenha clareza em seu uso. No entanto, é possível perceber discontinuidades na utilização de conceitos, alguns sendo mantidos, outros

não. No que diz respeito ao conceito de sujeito, por exemplo, Luhmann propõe uma descontinuidade<sup>80</sup>. Segundo Luhmann, a continuidade do conceito de sujeito está relacionada à autorreferência. Seguindo entendimento aristotélico, somente a consciência e a razão podem efetuar uma realização, pois têm a capacidade de se voltar sobre si mesmas. Assim, o sujeito conhece a si mesmo como sujeito e possui capacidade de reflexão. A autorreferência seria uma característica exclusiva da consciência, que, na realização da observação, tem que se voltar a objetos que não possuem consciência.

Para Luhmann, essa é a origem da distinção entre sujeito e objeto, que dá, por sua vez, origem à elaboração de uma informação. No entanto, nas ciências sociais, essa distinção entre sujeito e objeto não é suficiente, pois há fatos que não se relacionam somente a essa diferença. Nem tudo pode ser reduzido completamente à consciência individual, nem à soma das consciências de vários indivíduos (LUHMANN, 2010, p. 162).

A teoria do sujeito, desta maneira, faz com que ele deva sempre estar colocado em um lugar (transcendental) acima dos objetos do mundo, ocupando uma posição fixa e determinada. Na perspectiva sistêmica, esse sujeito transcendental ofereceria dificuldades para se posicionar em um dos lados da forma, ou no sistema, ou no meio:

O observador é um sistema, e um sistema pode ter uma capacidade de localização flexível: o sistema pode observar a si mesmo (auto-observação), e também outros sistemas (hetero-observação). Para a teoria do sujeito, em contrapartida, é muito difícil argumentar sob o emprego teórico da diferença. O sujeito sempre deve estar colocado em um lugar (transcendental) acima dos objetos do mundo (LUHMANN, 2010, p. 163).

Com o conceito de observação postulado por Luhmann, não é preciso atribuir nenhuma posição de fora ao observador, pois tudo se resolve no nível

---

<sup>80</sup> Outros conceitos, como o de democracia, embora este último não reflita precisamente a ideia de um poder do povo, em virtude da utilização e aceitação social, devem ser mantidos (continuidade), na concepção de Luhmann (2010, p. 162).

dos sistemas de observação. É isso o que a sociologia, na proposta sistêmica, deveria fazer, ou seja, descrever a auto-observação dos sistemas, sem que sujeitos sejam envolvidos no esquema de observação.

Porém, na tradição humanista, o sujeito é identificado com o indivíduo. A essa tradição, Luhmann opõe a ideia de observação oferecida pela Teoria dos Sistemas. Trata-se de uma abordagem abstrata, que faz referência às condições do pensar, mas não encontra suporte empírico nos sujeitos. Com isso, o conceito de observação se torna incompatível com o de sujeito, já que é difícil distinguir algo estando fora do mundo.

Para Luhmann, a força que a teoria do sujeito ganhou está relacionada com o contexto de sua origem, quando ainda “não era possível formular uma teoria da sociedade” (2010, p. 166), visto que o conceito de sociedade, tal qual nós o conhecemos, é um produto da modernidade. A primeira tentativa foi com a sociedade burguesa, mas não havia, de fato, uma teoria da sociedade, e, sim, um conjunto vago de diferenciações, como a estabelecida entre tradição e modernidade, ao qual se somou o anseio de emancipação, trazendo consigo a valorização do sujeito.

Mas essa teoria do sujeito não levava em consideração o problema da intersubjetividade. Como todas as coisas (a consciência, a autorreferência e a observação, por exemplo) estavam subordinadas ao sujeito, pois nele se encontrava a reflexão, se tornou difícil explicar a interação de muitos sujeitos, e o ‘inter’ da intersubjetividade se tornava difícil de ser explicado. Para Luhmann, inclusive, mesmo com os desenvolvimentos da sociologia, uma teoria da intersubjetividade satisfatória ainda não tinha sido desenvolvida.

A resposta para estas dificuldades oferecidas pela teoria do sujeito foi tentar encontrar algo social entre os sujeitos, o que acabou sendo depositado na linguagem, mas isso foi feito sem maior especificação. Por isso, a hipótese do observador defendida por Luhmann pretende se distinguir da prevalência da consciência e da teoria do sujeito.

Um conceito importante para entendermos a concepção que Luhmann tem de observador é o de observação de segunda ordem. Trata-se de uma “observação que se realiza sobre um observador” (2010, p. 168). A observação, portanto, não recai sobre a pessoa (ou sistema) enquanto tal, mas sim sobre a forma pela qual ela observa. A observação de segunda ordem é a

observação feita sobre as distinções (operações) realizadas por um observador. Ela se concentra na observação de como o outro observa o mundo, mantendo o enfoque em um ponto, podendo focalizar, dessa forma, o esquema de diferença utilizado por aquele que observa.

A observação de segunda ordem opera realizando uma grande redução da complexidade. Afinal, essa é uma das características dos sistemas (e a observação é tomada por Luhmann como um deles). Ao concentrar-se no que o outro observa, nas operações de distinção utilizadas por um observador, a observação de segunda ordem permite colocar de lado a totalidade do mundo, operando seletivamente.

O paradoxo é que ao reduzir a complexidade do mundo, focando apenas na distinção feita por um observador, a observação de segunda ordem acaba por aumentar a complexidade, se tornando uma observação de primeira ordem especializada. Isso significa que as garantias ontológicas de que uma distinção específica é a correta são solapadas, não se podendo mais apelar para formas essenciais de conteúdos do mundo.

Além disso, a observação de segunda ordem torna-se especializada em observar aquilo que o observador não pode observar, ou seja, o ponto cego de sua observação. Esse é um ponto importante para o conceito de observação que se busca construir. O reconhecimento de um ponto cego, ou seja, de que é importante operar com um ponto de invisibilidade, que garante a unidade da diferença estabelecida. Este entendimento reforça a importância de sistemas capazes de observarem uns aos outros. O ponto cego de um sistema pode ser observado pelo trabalho de observação de outro sistema, como a ciência faz em relação a outros sistemas, como a sociologia deveria fazer em relação a si mesma e ao direito e à política, por exemplo. O modo de funcionamento dos sistemas é, portanto, a observação de segunda ordem (LUHMANN, 2010, p. 173).

A política, como exemplo, realiza uma operação de segunda ordem que abdica de observar indivíduos singulares, mas se concentra em um sistema. O nível de observação da política, embora venha sendo descrito, ainda, sob termos como dominação e soberania, vem se orientando, desde o século XIX, pela observação da opinião pública:

É evidente que nenhum político poderia orientar sua atuação por aquilo que cada indivíduo pensasse ou exigisse. Isso não seria possível mesmo fazendo permanentemente pesquisas de opinião. Observar a opinião pública substitui a observação dos indivíduos particulares; embora a opinião pública esteja determinada por um princípio de aceleração intrínseco, que consiste na necessidade de já estar preparada a comunicação seguinte. A política consiste fundamentalmente em preparar o modo como determinada atuação política seria abordada pelos meios de comunicação (LUHMANN, 2010, p. 172).

A opinião pública, contudo, não é o verdadeiro poder, como se pode acreditar. Antes, na concepção de Luhmann, ela funciona como um espelho para a política, no qual ela pode ser julgada através das metas específicas que foram propostas. O político, com isso, deve permanecer em constante alerta, em relação à opinião pública, formando sua imagem em função dela<sup>81</sup>.

O modelo de observação proposto por Luhmann tem suas bases na física. Dela vem a lição de que o observador não pode ser pensado, apenas, como algo passivo, seja um instrumento, seja um sujeito. Ele produz efeitos na realidade, e a observação afeta o próprio observador. A partir do momento em que se observa um sistema, ele deixa de ser o mesmo. Quando a observação se sabe observada, as coisas mudam, pois ele se prepara para essa observação (LUHMANN, 2010, p. 191).

À crise da teoria do sujeito, diagnosticada por Luhmann, se soma à crítica à ontologia do mundo. A revolução da metafísica na sociedade moderna, na perspectiva da Teoria dos Sistemas, consiste em reconhecer, através da observação de segunda ordem, que não são mais possíveis as representações definitivas sobre o mundo. No lugar dos sujeitos, os sistemas. No lugar das verdades absolutas, a contingência<sup>82</sup>. No entanto, os sujeitos não são

---

<sup>81</sup> Na concepção da Teoria dos Sistemas, se isso se aplica à política, o mesmo não ocorre em relação ao direito. A opinião pública é observada pela política, mas não deve ser o espelho do direito. Abordaremos esse tema nos anexos desta tese.

<sup>82</sup> A contingência é o que a sociedade moderna pode oferecer. Com a contingência aumentada, a irritabilidade do meio em relação aos sistemas também aumenta, o que faz com que os sistemas tenham que aumentar sua velocidade de reação para reparar o que se decompõe, lidando sempre com o inesperado.

terminantemente eliminados pela perspectiva sistêmica. Eles são, antes, pensados como sistemas. A forma como eles se relacionam com o sistema social é o que veremos a seguir. Antes, porém, é preciso fazer referência a dois importantes conceitos para a sociologia e para a filosofia, que são reconfigurados pela Teoria dos Sistemas, quais sejam, as noções de tempo e de sentido.

#### **4.5. Tempo e sentido**

A noção de observador, conforme entendimento da Teoria dos Sistemas, é o que fará com que, segundo Luhmann, a noção de tempo se altere radicalmente. É indispensável, para entender o conceito de tempo, sua referência ao sistema. O tempo não é observado da mesma forma pelos diferentes sistemas. Isso significa que há um tempo específico para um indivíduo, para uma organização e para a sociedade como um todo, por exemplo.

Na tradição ontológica do Ocidente, a partir da metafísica, o tempo é percebido como uma categoria do ser. Tempo é aquilo que é. Ele possui características de substância, e sua existência não é colocada em dúvida. Nessa tradição, o tempo possui duas dimensões, que, antes de serem opostas, se articulam. De um lado, o tempo é percebido como movimento, como processo e fluxo. No entanto, ao mesmo tempo, ele é visto como dotado de uma propriedade de fixidez e imobilidade, sendo percebido como algo estável e duradouro, sobre o qual o movimento pode ocorrer. É sobre essa parte fixa do tempo que se pode perceber o movimento.

Essa concepção levou a uma distinção entre o antes e o depois. Em Santo Agostinho, ambas as marcações levavam ao mistério: o tempo vem do oculto (passado), para no oculto desaparecer (futuro). Essa compreensão acerca do tempo, com base na dualidade fixidez/movimento, foi a base de todo o pensamento ocidental.

No entanto, para Luhmann, as distinções histórico-culturais devem ser levadas em consideração, pela sociologia, para a compreensão da construção da ideia de tempo. Em uma história sobre o tempo, é possível perceber que várias culturas tiveram uma compreensão linear ou circular acerca do tempo,



quando não as duas, simultaneamente, como no caso dos antigos egípcios, por exemplo. Outra possibilidade seria buscar a compreensão do tempo através da linguagem, algo que Luhmann rechaça, em função de acreditar que é insuficiente buscar a consciência do tempo apenas através da língua.

Para a Teoria dos Sistemas, a ideia de tempo não deve ser entendida de acordo com essa tradição ocidental. A tese fundamental da teoria sistêmica sobre o tempo é a de que ele é uma construção do observador (LUHMANN, 2010, p. 211). O tempo é percebido como uma operação (concreta) realizada pelo observador. Não existe um tempo preexistente, como na tradição ontológica ocidental. O tempo surge, somente, quando a operação do observador é realizada. Como se trata de uma operação, o tempo opera uma distinção, e, conseqüentemente, uma indicação. De acordo com a concepção de forma, que expusemos anteriormente, a distinção efetuada pelo tempo delinea dois lados, simultâneos enquanto distinção, mas colocados em sucessão enquanto descrição. O tempo, desta forma, marca um antes e um depois. Mas qual é o tempo que caracteriza, então, a sociedade moderna?

Na modernidade, fala-se em um alargamento contínuo do presente, como se todas as coisas acontecessem simultaneamente. Para a Teoria dos Sistemas, ao contrário, o presente não tem lugar na sociedade moderna, na medida em que não é possível reter nada do que fazemos. O presente é uma espécie de ponto cego, nos colocando em contato permanente com um futuro para o qual não há possibilidade de disposição nem de planejamento (LUHMANN, 2010, p. 216).

Isso quer dizer que o presente fica reduzido ao máximo, podendo ser percebido como o “fio que origina a diferença passado/futuro” (idem, p. 220). Ele é o fragmento “no qual começa a ser possível o passado ou o futuro” (idem). Por isso, o presente é tratado como o ponto cego. Ele é o inobservável da observação. O presente é apenas a linha que evita que o passado e o futuro se misturem em um contínuo, sem que possam ser diferenciados.

Essa concepção de tempo, e de um presente reduzido, ponto do qual o observador observa, faz com que a dimensão temporal seja percebida sob um esquema funcionalista de tomar decisões. A ideia de tempo serve a essa função decisória, tendo em vista o futuro. O passado já ocorreu e não pode, a

princípio, ser totalmente alterado<sup>83</sup>, ao passo que o presente é apenas uma posição de observação (inobservável, ela mesma) e um limite entre o passado e o futuro. Este é “aberto, instável e imprevisível” (2010, p. 221). As decisões buscam dar estrutura ao futuro, que não pode ser absolutamente projetado, mas que pode contar com o planejamento de diferenças em horizontes que são abertos.

A distinção basal do tempo, antes/depois, ou seja, passado/futuro, desempenha um papel importante na modernidade, embora não possa ser pensada como uma característica somente deste período. Essa distinção coloca em evidência uma compreensão do futuro que se mostra contingente e instável. Aquilo que é invariável se reduz ao máximo, e, de acordo com Luhmann (2010, p. 219), nem o ser humano pode ser pensado como um fator de estabilidade para o futuro.

O que a dimensão do tempo traz, nesta perspectiva sistêmica, é o entendimento do tempo como uma variável dependente, tendo em vista a posição que o observador ocupa. O tempo traz a ideia de mudança e, com ela, a consciência da contingência de um futuro instável. O tema da instabilidade está relacionado ao reconhecimento da contingência, e, portanto, da complexidade do mundo, que, por sua vez, é enfrentada pelo sistema com base na ideia de sentido.

Tudo o que fazemos na sociedade é permeado pela noção de sentido. E na tradição ocidental, o sentido é pensado com referência a um sujeito. Não um sujeito formal, de acordo com a proposição da Teoria dos Sistemas, mas um sujeito pensado como indivíduo concreto. Trata-se, portanto, de uma abordagem ontológica do sentido, que remete, sempre e necessariamente, a um indivíduo em específico, a alguém. Novamente, estamos diante da teoria do sujeito.

Luhmann busca romper com essa ontologia, negando que o sentido é uma qualidade do ser. Ele propõe o reconhecimento de uma distinção entre sistemas de consciência e sistemas de comunicação, desvinculando o sentido

---

<sup>83</sup> Nesse esquema proposto pela Teoria dos Sistemas, mesmo o passado pode ser, de alguma maneira, reformulado, através da memória, cuja função principal, ao contrário do que se pensa, é esquecer, ou seja, eliminar eventos considerados irrelevantes, abrindo espaço, no sistema, para que novas operações sejam realizadas.

de sujeitos específicos. O sentido seria, assim, experimentado pelos sistemas de consciência, e reproduzido pelos sistemas de comunicação (2010, p. 231).

O sentido é sempre experimentado sob a forma de uma distinção, sendo, dessa maneira, entendido sob a perspectiva da forma. Ele cria uma distinção, focando em determinados elementos, naquilo que está dentro da forma, e deixando de fora outros elementos, que permanecem indicados marginalmente, como horizonte de possibilidades (LUHMANN, 2010, p. 236–237). Com isso, o sentido se torna uma espécie de meio através do qual a distinção entre atualidade e potencialidade é operada (distinção essa que envolve a dimensão temporal proposta pela Teoria dos Sistemas). O atual é aquilo que está dentro da forma, que é o foco da operação, aquilo no que ela se concentra. A potencialidade é o que fica de fora da forma, mas permanece como horizonte de possibilidade para o futuro. Desta forma, o sentido se articula com a observação e com o tempo.

Luhmann pensou, inicialmente, no sentido como uma forma de redução da complexidade. É através do sentido, ou melhor, daquilo que terá sentido para o sistema, enquanto foco da observação, que o sistema operará sua seletividade. No entanto, com a inserção, em sua teoria sistêmica, da noção de autopoiesis, o sentido passa a ser pensado como a própria autopoiesis. É o sentido que realizará a auto-reprodução do sistema (LUHMANN, 2010, p. 238–239). Além disso, ele é universal e inexorável, o que quer dizer que é sempre preciso empregar o sentido, mesmo diante de uma negação, ela própria dotada de sentido. A negação permanece como meio para o sentido (sistema), atuando como possibilidade para o sistema observador, e como atualidade para outros sistemas, por exemplo:

O sentido é uma representação da complexidade. Não é uma imagem ou um modelo de complexidade usado pelos sistemas de consciência, ou pelos sistemas de comunicação. É simplesmente uma nova e poderosa forma de enfrentar a complexidade, na inevitável condição de estarmos propensos a realizar permanentemente uma seleção (LUHMANN, 2010, p. 241).

O sentido se articula com a contingência pelo fato de ser tomado sempre como uma informação, ou melhor, como uma seleção de possibilidades. O sistema seleciona, através dos sentidos, as informações disponíveis no meio que são de seu interesse. A partir dessa distinção, fica de fora da forma uma série de possibilidades, como meio para o sistema. Isso mostra a contingência do mundo moderno, e sua enorme instabilidade. A distinção atualidade/potencialidade deixa clara esta característica.

De acordo com Luhmann, existem três dimensões para o sentido: a temporal, a objetiva e a social. A dimensão temporal do sentido se refere à distinção efetuada pelo conceito de tempo em relação ao antes e ao depois, ao passado e ao futuro. A partir desta dimensão, a dualidade atualidade/potencialidade tem lugar. A dimensão objetiva, por sua vez, opera a partir da distinção dentro/fora. Pode-se investigar, desta forma, os limites internos e os limites externos daquilo que está sob estudo. Por fim, a dimensão social, baseada na distinção alter/ego. No entanto, estas categorias de alter e de ego não devem ser entendidas como sujeitos, ou mesmo como papéis sociais, mas como horizontes de sentido. Sempre é preciso ter em conta de que há um observador e de que os outros são observadores daquele que observa (observação de segunda ordem).

Em contextos de sistemas que se autodescrevem, afinal, são observadores de si próprios, a distinção entre o que tem sentido e o que não tem se torna proeminente. Quanto maior for a necessidade de descrição, de legitimação e de justificação, maior será a necessidade de expor a distinção operada pelo sentido.

Ambos os conceitos, conforme apresentados por Luhmann, terão impacto na noção de estrutura, da maneira como é entendida pela abordagem clássica das ciências sociais. A palavra estrutura é carregada de significado. Sua menção já traz à tona a ideia de algo duradouro, permanente. Quando se pensa em sistema enquanto elementos e relações (e não enquanto uma diferença, conforme postula Luhmann), essa concepção de estrutura aparece. O estruturalismo (em Lévi-Strauss, por exemplo) acrescenta um elemento analítico, tratando as estruturas como condições de conhecimento, na medida em que às estruturas correspondem determinadas expectativas (2010, p. 323).

Luhmann vê problemas na vinculação entre o conceito de estrutura e o conceito de expectativa, esse último demasiadamente carregado de subjetividade. Além disso, a noção de expectativa está intimamente relacionada com a ideia de futuro, pois é para lá que a expectativa se direciona. Como apontamos anteriormente, acerca da noção de tempo, cada sistema possui sua própria noção de tempo, e, portanto, de futuro, o que compromete a utilização deste conceito na Teoria dos Sistemas.

Para o sistema só existe o presente, no momento em que as operações são efetivadas. Assim, as estruturas só são reais quando utilizadas. Na realidade, a única coisa que existe é a operação. A função da estrutura é conectar uma operação com a operação seguinte, que lhe seja compatível.

Outro ponto é o relativo à memória. As estruturas servem tanto à lembrança quanto ao esquecimento. E o recordar e o esquecer dependerão das necessidades operativas do sistema:

(...) como algo relevante pode ser extraído da memória do passado, podendo-se, assim, vislumbrar a continuidade de um futuro, sem que seja necessário reativar a totalidade concreta do passado, e sem que se possa prever a totalidade específica do futuro (LUHMANN, 2010, p. 330).

As estruturas utilizam a condensação: “conteúdos de sentido que ficam condensados, graças à sua reutilização, e elevados a formas destacadas, mas que vão paulatinamente se desprendendo do contexto e da utilização primária de onde surgiram” (2010, p. 330). A condensação exige a confirmação, ou seja, a coincidência da reutilização da estrutura em outra situação.

Tanto o conceito de tempo quanto o de sentido, alterados pela Teoria dos Sistemas em função da perspectiva de observador adotada por Luhmann, são manifestações da já ressaltada crítica que ele pretende dirigir ao uso de conceitos no âmbito da sociologia. Para Luhmann, conceitos elementares como esses são usados sem delimitação, adquirindo um significado muito abrangente, se aproximando de um entendimento de senso comum.

#### **4.6. O indivíduo e a sociedade: sistemas psíquicos e sociais**

A distinção entre sistemas psíquicos e sociais está relacionada com a temática de fundo dos clássicos das ciências sociais: a relação entre o indivíduo e a sociedade. Para Luhmann, no entanto, essa referência de fundo fica melhor entendida quando se fala em sistemas de consciência<sup>84</sup> (indivíduos) e sistemas de comunicação (sociedade).

O conceito de indivíduo, segundo Luhmann, sofreu modificações ao longo do tempo, principalmente a partir do século XVIII. Na tradição do pensamento europeu, indivíduo se relacionava com aquilo que era indivisível, ou seja, tomado de forma literal. No entanto, o conceito passou a se referir, somente, aos seres humanos. A base da individualidade se encontra na teoria do sujeito (LUHMANN, 2010, p. 251).

Tal teoria encontra suporte em duas noções, aparentemente, contraditórias: a de alienação e a de emancipação. A perda de uma unidade natural da organização social, leva à percepção de que indivíduo e sociedade são elementos separados, até certo ponto. Os indivíduos não conseguem desenvolver toda sua capacidade de constituição, visto que são impelidos pela sociedade, que os aliena. Simultaneamente, é criada a necessidade de uma emancipação do ser em relação a essa sociedade baseada em relações de domínio e privação. A sociedade deveria garantir a realização dos indivíduos, mas ela não garante. Assim, a relação entre o indivíduo e a sociedade se torna complexa e conflituosa. Há uma grande vinculação do indivíduo com a sociedade por aquilo que ela deveria garantir, e uma pequena vinculação, por aquilo que ela, efetivamente, garante (idem, p. 252).

A vertente filosófica desse entendimento, que encontra em Kant seu principal representante, definirá o sujeito de forma abstrata e autorreferencial. No entanto, Luhmann acusará um desenvolvimento histórico da noção de sujeito no sentido de uma “reantropologização” desta noção, que passa a ser vinculada ao “ser humano concreto, com hábitos específicos de consciência, e características de personalidade; ou seja, pensa-se o sujeito enquanto

---

<sup>84</sup> A noção de consciência, em termos autopoieticos, indica uma operação fechada internamente, que não pode ser transportada como operação para outra consciência. Capta-se, pelos sentidos, o que vem de fora, mas sem que exista algum ponto de sustentação neurofisiológico (LUHMANN, 2010, p. 97).

exemplar experimentável de materialização empírica” (2010, p. 252). O foco da investigação sociológica passa a ser, então, o ser humano e sua posição no mundo.

Isso gerou dificuldades à sociologia, de acordo com o entendimento de Luhmann, visto que a disciplina acabou por se ver em uma difícil posição. Tratar o ser humano concreto impelia a sociologia a não partir de bases construídas por outras disciplinas, como a biologia e a psicologia, além de ter que levar em conta que nem todo fenômeno que acontece com o indivíduo concreto diz respeito ao social<sup>85</sup>, ao passo que, por outro lado, a disciplina também não poderia desconsiderar todo o peso que possuíam essas concepções antropológicas e humanistas.

Luhmann busca romper com esta tradição sociológica, enxergando na Teoria dos Sistemas uma possibilidade de isolar o social. Segundo ele, a partir do instrumental teórico da teoria sistêmica, é possível posicionar os seres humanos em uma teoria da sociedade<sup>86</sup>, sem que se confunda sujeito com indivíduo concreto, e sem que se tenha que atribuir a ação social somente a esses indivíduos.

A categoria de ação, como vimos (no capítulo 1), é um conceito fundante da sociologia. E, como afirma Luhmann, na tradição ocidental, ao se falar de ação, o conceito de sujeito, como ser humano, é imediatamente mobilizado. Sendo assim, toda teoria da ação será uma teoria que envolve seres humanos, percebidos enquanto agentes: “com a teoria da ação, não é possível conceber um campo de reflexão no qual se possa excluir o homem” (2010. p. 253).

Ao conceito de ação, Luhmann oporá o conceito de comunicação. Esse se concentra no processo, aquele nos indivíduos concretos: “o conceito de ação se refere ao indivíduo particular, sugerindo, com um determinado grau de necessidade, que o ser humano é aquele que se encontra detrás da ação, como seu portador, seu sujeito” (2010, p. 253). Mesmo definições

---

<sup>85</sup> Concepções como a de *habitus*, de Pierre Bourdieu, e outros desenvolvimentos na antropologia do corpo, tendo como grande referência às ideias de Mauss, reduzem muito o espectro de elementos que dizem respeito somente ao indivíduo, sem considerar o social. A mente e o corpo são também produções sociais, e nenhum corpo e nenhuma mente se desenvolvem fora de uma cultura específica.

<sup>86</sup> Para mais acerca da concepção de sociedade em Luhmann, ver *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*, de Baeta Neves & Samios, 1997, e *The world society as a social system*, do próprio Luhmann, de 1981. Nesse último, Luhmann aponta para a longa duração do conceito de sociedade na tradição do pensamento ocidental, de Aristóteles ao século XIX.

intermediárias entre os indivíduos e a sociedade, como no caso do conceito de papéis sociais, a referência será sempre o conceito de ação conforme a tradição. No caso do conceito de papel, por exemplo, a referência, conforme se vê em Parsons, é o ser humano particular. O papel envolve a necessidade do preenchimento de requisitos (de ofício) por parte de indivíduos concretos. O papel pode ser desempenhado por diversos indivíduos de forma similar (seu elemento de abstração), mas sempre se refere a um indivíduo concreto que preencherá os requisitos necessários para tanto. O papel, nestes termos, se refere a expectativas de ação.

A questão para Luhmann é, sempre pensando na perspectiva sistêmica, o que fica de fora do conceito de ação? Weber pensou nos elementos indispensáveis para a ação, baseando sua concepção na distinção entre meios e fins. Ação ocorre quando o ator visualiza os fins e os meios para que aqueles sejam atendidos. Assim, na perspectiva weberiana, o tema da racionalidade (pensada como a articulação entre meios e fins) passa a figurar no próprio conceito de ação (2010, p. 255). Luhmann levanta objeções à perspectiva weberiana, questionando se a ação sem os componentes fins e meios (enquanto comportamento, por exemplo) não é uma ação. Afinal, o componente que define a ação é a racionalidade? A teoria da escolha racional segue o mesmo princípio, apresentando, portanto, os mesmos problemas.

Mas, para Luhmann, uma teoria da ação como a de Weber apresenta muitos problemas quanto à sua delimitação. Nunca se sabe, especificamente, quais são as consequências que podem ser atribuídas à ação, distinguindo quais os efeitos que lhe pertencem e quais não. A questão gira em torno de uma delimitação externa, podendo esclarecer, com firmeza, a imputação da responsabilidade do ator (2010, p. 256).

Outro problema da teoria da ação está nas delimitações internas, vinculadas à motivação. Nesse ponto, a questão se refere à intenção do ator<sup>87</sup>. Sob essa ótica, existe ação quando se pode atribuir uma intenção ao agente, através de um processo de imputação de responsabilidade. A distinção entre comportamento e ação é realizada com base no componente volitivo, na intenção de agir. Luhmann desconfia que, historicamente, a ação tenha sido

---

<sup>87</sup> Retornaremos a esse ponto no capítulo seguinte.



sempre acompanhada da intenção. De fato, ele acredita que se trata de uma característica cultural da modernidade. Quanto mais complexa a sociedade, mais o indivíduo é exposto a uma permanente necessidade de escolha (lembremo-nos da contingência), o que, inevitavelmente, o leva a ter que apresentar e justificar seus motivos e intenções (2010, p. 257). A base intencional do agir, portanto, seria um desenvolvimento cultural da sociedade moderna, não uma característica intrínseca da ação.

No bojo da Teoria dos Sistemas, a ação é vista através da perspectiva do sentido, sendo “uma síntese de uma escolha” (idem, 257). A ação é uma simplificação, uma redução, pelo sistema, da complexidade do meio. Luhmann rechaça uma explicação psicológica da ação destinada apenas a indivíduos concretos. De acordo com seu entendimento, “a situação domina a escolha realizada pela ação” (idem, 257). O conhecimento da situação, e não o da pessoa, é o que melhor elucidará a ação. Por isso, o enfoque é no sistema, não nos indivíduos:

Por consequência, a observação das ações se destina, na maioria dos casos, não ao estado mental daquele que age, mas à realização paralela da autopoiesis do sistema. No entanto, no mundo cotidiano, a ação é adjudicada ao indivíduo, sem contar o pressuposto bastante arraigado de que a ação constitui algo concreto. (LUHMANN, 2010, p. 258).

Luhmann vê, então, a teoria da ação como um grande problema para a compreensão da organização social. A ação, de acordo com a teoria sociológica tradicional, pode se situar tanto do lado da sociedade como do lado do indivíduo, sem que se possa precisar, com clareza, o que há de apenas individual e o que há de social na ação.

A ação, em Luhmann, é deslocada dos indivíduos concretos para os sistemas, a partir da reformulação dos conceitos de sujeito e de ação. A chave para o entendimento dessa perspectiva pode ser encontrada na distinção entre os sistemas de comunicação e os sistemas de consciência. Os conceitos atribuídos ao sujeito, pensado como indivíduo, podem ser deslocados para caracterizar os sistemas. Assim, autorreferência e recursividade caracterizam

também os sistemas sociais, e não somente os indivíduos, tomados como sistemas de consciência (2010, p. 259).

Tanto os sistemas de comunicação quanto os sistemas de consciência operam por meio do sentido. Como vimos, para Luhmann, não são apenas os indivíduos concretos que dão sentido ao mundo. A Teoria dos Sistemas reconfigura o conceito de sentido, afirmando que os sistemas operam seleções com base no sentido, a partir da distinção entre o atual (aquilo que se enfocou) e o possível (as possibilidades que permanecem como horizonte, no meio). Embora efetuando operações diferentes, sistemas de comunicação e sistemas de consciência se debruçam sobre um meio com excedentes de possibilidades, tendo, necessariamente, que efetuar escolhas com base no sentido, deixando de fora outras possibilidades.

Essas características dos sistemas, tanto os sociais como os psíquicos, só podem ser percebidas com base na compreensão de que o sistema não é um objeto, mas, antes, uma diferença (baseada na forma; uma distinção entre o próprio sistema e o meio). Como base da distinção, o meio não é menos importante do que o sistema. O mesmo pode ser dito acerca dos indivíduos, que são pensados como meio do sistema social. De acordo com Luhmann, trata-se de uma escolha metodológica, e não de um juízo ontológico sobre a importância dos indivíduos. Defendendo-se das críticas, Luhmann afirma que “não existe, portanto, na teoria, um juízo de valor concernentemente à posição do ser humano” (2010, p. 259).

A separação entre sistemas de comunicação e sistemas de consciência, portanto, na visão de Luhmann, não afirma o reconhecimento de uma posição ontologicamente inferior ocupada pelo indivíduo concreto. Por se tratar de uma questão metodológica, a noção de emergência explícita, de forma contundente, essa distinção entre os dois tipos de sistema. A ideia de emergência se refere à indicação de ordens “que devem estar precisamente delimitadas” (2010, p. 262). No caso da sociologia, por exemplo, ela determina a delimitação da disciplina diante da psicologia e da biologia, sendo, desta forma, um processo de redução.

Ainda um ponto. De acordo com a visão luhmanniana, os sistemas possuem capacidade de interpenetração. Para entender o conceito, Luhmann rejeita as metáforas espaciais. O termo se refere não à relação geral entre o

sistema e o meio, mas sim entre sistemas que pertencem reciprocamente um ao meio do outro. A influência precisa ser recíproca para que o termo faça sentido. Mas, afinal, como sistemas fechados operacionalmente estabelecem relações entre si? Mais especificamente, como essa relação acontece entre os sistemas de comunicação e os sistemas de consciência? A resposta dada por Luhmann é encontrada na noção de acoplamento estrutural, tema do próximo tópico.

#### **4.7. O conceito de acoplamento estrutural e o papel da linguagem**

Como vimos anteriormente, a partir da ideia de fechamento operacional, é preciso apontar a forma como sistema e meio se coordenam, ou se integram. Como os sistemas são meios para outros sistemas, a pergunta se reconfigura para se interessar por como os sistemas podem se relacionar. É justamente pelo encerramento operativo que, segundo Luhmann, os sistemas podem ser influenciados pelo meio. Isso acontece através da noção de acoplamento estrutural. Através do acoplamento estrutural, Luhmann acredita poder abordar melhor a relação indivíduo/sociedade.

Se nenhum sistema pode evoluir a partir de si, ele precisa do meio para que tal desenvolvimento ocorra. De acordo com Luhmann, os conceitos clássicos já não são suficientes para buscar respostas para a pergunta de como o meio se relaciona com o sistema. Por isso, ele irá recorrer novamente a Maturana e à ideia de acoplamento estrutural, que é o mecanismo através do qual o sistema se relaciona com o meio. Através desse conceito, estabelece-se que não pode haver nenhuma contribuição do meio capaz de manter o patrimônio de autopoiesis de um sistema. O meio só pode influenciar causalmente em um sistema no plano de sua destruição, mas não no sentido de determinação de seus estados internos (LUHMANN, 2010, p. 130). O acoplamento estrutural exclui que dados existentes no meio possam definir o que acontece no sistema.

A noção de acoplamento estrutural está diretamente relacionada com a ideia de seletividade. O que, no meio, pode ser relevante para o sistema? Todos os sistemas estão adaptados ao meio, embora o acoplamento não forneça um ajuste à totalidade do meio, e sim, somente a uma parte escolhida

de maneira seletiva. Apenas um recorte no meio está acoplado estruturalmente ao sistema, o que significa que as relações relevantes entre sistema e meio são reduzidas. O sistema, para existir e funcionar, precisa ser seletivo, evitando a sobrecarga, ao mesmo tempo em que aumenta sua própria complexidade interna. A um espectro reduzido de fora (porque selecionado) corresponde uma enorme capacidade de criação por dentro.

Conforme os conceitos de tempo e sentido nos autorizam a entender, há possibilidades armazenadas no meio, como ruídos, que podem ser transformadas pelo sistema. Pelo acoplamento estrutural, o sistema desenvolve um campo de indiferença, por um lado, e, por outro, faz com que haja uma canalização de efeitos que são aproveitados pelo sistema. Esses só se fazem sentir, contudo, de forma indireta, por conta do fechamento operacional do sistema. Apesar disso, o sistema pode reagir a irritações e a estímulos, desde que o faça de maneira seletiva:

O sistema pode reagir a irritações e estímulos (perturbações, na linguagem de Maturana), não quando tudo pode influir no sistema, mas somente quando existem padrões altamente seletivos. Ou seja, o sistema reage apenas quando pode processar informação e transformá-la em estrutura (LUHMANN, 2010, p. 132).

As irritações surgem de uma confrontação interna entre eventos do sistema e possibilidades próprias (estruturas estabilizadas). As perturbações, como o próprio termo faz notar, indicam que a influência do meio no sistema nunca é direta. Na verdade, é o sistema que seleciona, pelo seu sentido próprio, aquilo que poderá irritá-lo. Quando a irritação acontece, ela faz com que o sistema, internamente, reaja a ela, mas sempre a partir de suas próprias estruturas. A escala com a qual o sistema reage às irritações está determinada pelo tempo e pelas possibilidades de processamento de informação do próprio sistema. Perturbação<sup>88</sup>, portanto, é desenvolver o processamento de informação que só pode se realizar dentro do sistema.

---

<sup>88</sup> De acordo com Luhmann, o termo 'perturbação' gera alguns inconvenientes na tradição sociológica, visto que ele é vinculado a uma teoria dos sistemas baseada na metáfora do equilíbrio, que, como vimos, foi alvo de inúmeras críticas.

Definida a ideia de acoplamento estrutural, resta saber como consciência e comunicação, sendo dois sistemas autopoieticos, se acoplam. Segundo Luhmann, a consciência não surgiu, no processo evolutivo, sem comunicação. Do mesmo modo, não pode haver comunicação de conteúdos significativos sem consciência. Assim, o acoplamento estrutural entre esses dois sistemas só pode se dar através da linguagem (2010, p. 134).

O desmembramento em sistemas de comunicação e sistemas de consciência denuncia a visão equivocada, mas extremamente difundida na vida cotidiana, de que os indivíduos se comunicam entre si. Como sistemas fechados e autopoieticos, os indivíduos não se comunicam, visto que a comunicação é a operação dos sistemas sociais (da sociedade), e somente a comunicação é capaz de gerar a comunicação, conforme a compreensão sistêmica de Luhmann<sup>89</sup>.

Para compreender as relações entre os sistemas, particularmente entre o sistema geral de comunicação (a sociedade) e os sistemas psíquicos (indivíduos), Luhmann aponta dois conceitos: interpenetração e acoplamento estrutural. De acordo com a teoria luhmanniana, o conceito de interpenetração apresenta desvantagens, pelo fato de acabar gerando uma imagem, equivocada, de que há uma espécie de interseção ou fusão entre os sistemas, em regra, expressas através de metáforas espaciais. A reconstrução do conceito de interpenetração, na Teoria dos Sistemas, implica o reconhecimento de que “as condições de possibilidade situadas no meio não podem ser incluídas na própria operação do sistema” (2010, p. 272). Dito de outra forma, em alguns casos, há a possibilidade de o meio penetrar o sistema, mas jamais de influenciar sua operação.

O exemplo dado, e que interessa a Luhmann, é a relação estabelecida entre a comunicação e a consciência, ambas entendidas enquanto sistemas distintos. A consciência, advoga o pensador alemão, é necessária para que a comunicação ocorra. Na verdade, a comunicação pressupõe a consciência. Em determinados casos, inclusive, a comunicação pode penetrar o sistema da consciência, quando a convoca a prestar atenção ao que está sendo dito, por

---

<sup>89</sup> É por isso que, a partir da autopoiesis, argumenta Luhmann, toda a sociologia deve se obrigar a repensar seus conceitos.

exemplo. No entanto, defende Luhmann, este é um caso de exceção, e não caracteriza todo o processo comunicacional. Na verdade, para Luhmann, esta exceção mostra claramente que a operação da consciência não é afetada, mesmo com a comunicação penetrando seu sistema (2010, p. 272). Isso fica evidente quando se observa a incapacidade da consciência de resolver problemas de comunicação. Somente a comunicação, através de suas operações, pode fazê-lo.

Já o conceito de acoplamento estrutural, embora próximo à ideia de interpenetração, se situa sob a perspectiva de um observador externo. A questão, para tal observador, é como dois sistemas autopoieticos entram em relação. O acoplamento estrutural fornece a explicação do motivo pelo qual os sistemas só constroem estruturas externas compatíveis com o meio circundante (2010, p. 273). Todos os sistemas, pela noção de acoplamento, estão adaptados ao meio, sob pena de não sobreviverem. Esta concepção é oriunda da biologia e, particularmente, da teoria da evolução, que influencia enormemente a concepção sistêmica de Luhmann. Através do acoplamento estrutural, os sistemas se relacionam ao meio, mas não permitem que o mesmo determine suas estruturas e o caráter de suas operações, que permanecem internas e autorreferenciadas.

De acordo com a concepção da Teoria dos Sistemas, a ideia é a de que os sistemas de comunicação estão acoplados, única e exclusivamente, aos sistemas de consciência e a nada mais (2010, p. 274). A comunicação é independente de todo o resto<sup>90</sup>. É o acoplamento estrutural que selecionará aquilo que pode acarretar efeitos no sistema e aquilo que não convém que produza efeitos, funcionando como um filtro sistêmico.

No caso dos sistemas sociais, cuja operação é a reprodução da comunicação, esta não possui nenhuma capacidade de percepção, visto que somente a consciência a tem. Em contrapartida, a consciência não é capaz de reproduzir a comunicação, já que somente esta última é capaz de fazê-lo. O que ocorre é a formação de um paradoxo aparente: a comunicação depende completamente da consciência (tanto que, às vezes, é preciso “convocá-la”), ao passo que a exclui em absoluto, pois a consciência não é comunicação (2010,

---

<sup>90</sup> Como vimos, a não ser dos fenômenos destrutivos, como a morte, por exemplo.

p. 276). O que a consciência pode fazer (e somente ela) é irritar a comunicação, mas sem nunca produzir as operações do sistema social.

Desta forma, a Teoria dos Sistemas acaba por fornecer uma análise em cascata das dependências entre os sistemas. Assim como a comunicação depende da consciência, esta é dependente do cérebro, que, por sua vez, depende do organismo (biológico). Daí a formação do paradoxo: há sempre a dependência dos acoplamentos estruturais ao mesmo tempo em que existe uma completa autonomia operacional (2010, p. 277).

O conceito de acoplamento estrutural é importante para Luhmann, pois, através dele, a Teoria dos Sistemas encontrará um modo de substituir a teoria do sujeito, nos moldes do pensamento ocidental (filosófico e sociológico) tradicional. O acoplamento estrutural se concentra na operação, e não naquele que a realiza (que Luhmann chama de portador ou mantenedor). Abandona-se, assim, a transcendência do sujeito, enquanto consciência, e abre-se espaço para uma teoria da sociedade que enfoque, estritamente, o social:

Com a noção de sujeito, em contrapartida, pensa-se na preexistência de um sujeito transcendental, que todo mundo sabe que existe como consciência. Com o conceito de sujeito, sobrecarrega-se imediatamente o princípio de atribuição: ao se efetuar uma operação, é possível perguntar quem a realizou. Assim, a teoria se vê obrigada a responder: aquele que age é um ser humano, e o que comunica é um homem. (LUHMANN, 2010, p. 278).

A crítica a Luhmann, taxado como anti-humanista, é proveniente, em grande parte, dessa perspectiva que caracteriza a noção de acoplamento estrutural. Através dela, podemos perceber que não é o homem (indivíduo concreto, dotado de consciência) que comunica, visto que somente a comunicação é capaz de gerar comunicação (princípio da autopoiesis). Rompendo com o princípio da atribuição (qualquer ação ou fala pode ser atribuída a um agente individual pensante), Luhmann busca romper, também, com a metáfora da transferência, que encara a comunicação como a

transferência de conteúdos semânticos de um indivíduo a outro (na terminologia sistêmica, de um sistema psíquico a outro) (2010, p. 278).

Mas, como se dá, afinal, o acoplamento estrutural entre os sistemas psíquicos e os sociais? Através da linguagem. A linguagem pode ser empregada como consciência e como comunicação, e tem a virtude de manter separadas as operações que caracterizam cada um desses sistemas (2010, p. 281). De acordo com Luhmann, a linguagem é um “ruído extremamente improvável” (idem), o que faz com que se dê atenção a ela. Ela exige atenção independente do conteúdo, garantindo, a todo o tempo, a presença da consciência.

Ao contrário da tradição estruturalista de Saussure, a linguagem não é vista pela Teoria dos Sistemas como um sistema próprio. Antes, ela depende que os sistemas psíquicos, através da consciência, e os sistemas sociais, através da comunicação, permaneçam realizando suas operações de forma autopoietica. Não sendo um sistema, a linguagem não possui uma operação própria, já que aquilo que ela efetua ou é comunicação ou pensamento falado. Assim, ela também não é comunicação, pois esta última requer sempre mais de um falante para entender o que foi dito. Essa concepção da Teoria dos Sistemas busca desfazer o entendimento de que falar (o uso da linguagem) é uma ação. Na concepção luhmanniana, o puro uso da linguagem não é ação, pois, para sê-lo, seria necessário um ato de entendimento.

Nesse ponto, Luhmann se posiciona de forma diversa à teoria da ação comunicativa de Habermas. A questão central gira em torno da inclusão do ato de entender como componente da unidade da comunicação. Na teoria dos atos de fala, que percebe a fala como ação, a unidade da ação está na partilha da comunicação, ficando o ato de entender fora dessa unidade (LUHMANN, 2010, p. 286). Assim, a teoria do agir comunicativo recorre a elementos normativos e racionais para garantir a unidade da ação (HABERMAS, 2012). Segundo Luhmann, em Habermas, o entendimento se torna normativo, pois o processo de entendimento entre os interlocutores se orienta para o consenso erigido sob a égide da razão. Luhmann e a Teoria dos Sistemas, ao contrário, pensarão a comunicação como um processo autorreferencial não-normativo, na medida em que admite, indistintamente, o consenso e o dissenso.



Luhmann afirmará o caráter social da comunicação, a partir dos conceitos reformulados pela Teoria dos Sistemas. É a partir destes conceitos que Luhmann espera fundar a concepção de sociedade como um sistema autopoietico cuja operação é a reprodução da comunicação:

A abordagem leva a considerar a *comunicação* como a única operação genuinamente social, já que é a única que pressupõe que estejam presentes pelo menos dois sistemas de consciência; trazendo implicitamente a tese de que, nessa operação elementar da comunicação, já está inserida, como parte constitutiva, a sociabilidade. (LUHMANN, 2010, p. 292).

A comunicação acontece mesmo quando alguém se nega a conversar (LUHMANN, 2010, p. 147). Tendo em vista seu caráter social, a comunicação ocupará a posição central de uma teoria sociológica renovada, que se concentra, de acordo com Luhmann, naquilo que é efetivamente social. O tópico seguinte trata justamente da concepção da comunicação em Luhmann.

#### **4.8. A comunicação como fundamento do social**

O conceito de autopoiesis afirma que a operação que caracteriza o sistema (que é uma operação única, não admitindo pluralidades) é fator determinante para ele, em relação ao restante. Quando tomamos o exemplo dos sistemas sociais, é a comunicação que se apresentará como a operação característica, excluindo do sistema tudo aquilo que não é comunicação, como os sistemas psíquicos, os indivíduos concretos. A comunicação é genuinamente social (por isso, ela é a operação autopoietica dos sistemas sociais) porque exige mais de um sistema de consciência para que seja possível, garantindo, assim, o princípio da sociabilidade, além de não poder ser reduzida a nenhuma consciência (indivíduo) isolada.

Luhmann critica a metáfora da transferência como forma de explicar a comunicação, refutando a ideia de que a comunicação é algo que possa ser passado de uma consciência a outra. Não se trata, portanto, de desfazer-se de algo. O próprio Maturana já havia criticado essa ideia. Além disso, o modelo da

explicação pela transferência pressupõe o conhecimento do estado interno (psíquico) dos sistemas de consciência, para, efetivamente, saber se quem se comunica está pensando a mesma coisa. De acordo com Luhmann, quanto mais se observa a diversidade empírica dos indivíduos, menos se pode saber com certeza em relação a esses estados internos (2010, p. 294-295).

Por fim, o modelo da transferência traz a desvantagem de exigir uma simultaneidade dos atos de comunicar e entender. É como se não houvesse tempo transcorrido entre a comunicação e o entendimento. A escrita mostra justamente a emergência do contrário, da não simultaneidade, do tempo necessário entre o comunicar e o entender. Para Luhmann, este modelo explicativo é demasiadamente ontológico, algo que ele busca evitar na construção de toda a teoria.

Diante disso, Luhmann critica a concepção que trata a unidade da comunicação com base, exclusivamente, na partilha da informação. De acordo com ele, a partilha da informação é apenas a sugestão de uma seleção. O processo de comunicação só ocorre quando essa proposta de seleção é retomada por outro e o entendimento ocorre. Para a Teoria dos Sistemas, a comunicação é uma síntese de três diferentes seleções: a seleção da informação; a seleção do ato de comunicar; a seleção do ato de entender a informação e o ato de comunicar. A comunicação só existe através dessas seleções tomadas como um todo (2010, p. 297).

Luhmann rejeita, igualmente, uma concepção teleológica de comunicação. Em uma crítica à concepção habermasiana, ele defende que a comunicação não possui nenhum objetivo específico, tal como o consenso, proclamado por Habermas. A comunicação pode manifestar o dissenso. Embora reconheça que nenhuma comunicação possa ser baseada, única e exclusivamente, na divergência, Luhmann se recusa a atribuir à comunicação um fim como a busca pela aquiescência:

A teoria da racionalidade e da ação comunicacional, desenvolvida por Habermas, está construída sobre a referida premissa, mas é, de fato, empiricamente falsa. A comunicação pode ser empregada para manifestar a divergência. O conflito pode ser propositalmente perseguido, e não há nenhuma razão

para supor que a busca do consenso seja mais racional do que a do dissenso, pois isso depende inteiramente dos temas da comunicação e dos participantes. É evidente que a comunicação é impossível sem algum tipo de consenso, mas também é impossível descartar nela o dissenso. (LUHMANN, 2010, p. 303).

Na perspectiva da Teoria dos Sistemas, a busca pelo consenso é substituída por uma característica não teleológica, baseada, mais uma vez, em uma teoria da forma que cria uma distinção: a informação e o ato de comunicar podem ser aceitos ou recusados. Com isso, a comunicação funciona a partir de um código binário de sim/não. A comunicação bifurca a realidade, portanto, obrigando a uma decisão, que traz consigo, necessariamente, o risco. Em toda comunicação, há o risco de ela não ser aceita. Esta recusa ou este aceite se encontram posicionados no ato de entender, que funciona como uma espécie de síntese da comunicação. É o ato de entender que faz com que a comunicação seja vista como uma unidade, e não a simples partilha da informação (2010, p. 304).

A função da comunicação, para a Teoria dos Sistemas, é, portanto, realizar a autopoiesis do sistema social. Não está relacionada com a busca normativa por um consenso, nem com a procura por uma expansão das “capacidades cognitivas dos seres humanos” (2010, p. 306). O que se obtém com a comunicação não é o consenso, necessariamente, mas a bifurcação da realidade. A comunicação não pode descartar os ‘nãos’ de antemão, sob pena de se tornar uma técnica retórica persuasiva. Esse entendimento acerca da comunicação faz com que ela seja percebida como um mecanismo redutor de insegurança, visto que, a partir das decisões (dos ‘sins’ e dos ‘nãos’), não é preciso reconstruir todo o processo de comunicação desde o começo.

Ao criticar Habermas, contudo, Luhmann não está recusando o consenso. Ele o reconhece como possibilidade, não como fim: “aceitar uma comunicação significa apenas que esta comunicação se coloca na base de comunicações ulteriores, independentemente do que se possa depois verificar na consciência individual” (LUHMANN, 2010, p. 312). Aliás, a Teoria dos Sistemas reconhece a condição da aceitação como crucial, visto que, somente

na recusa, a comunicação seria impossível. Mas o consenso permanece como possibilidade, não como norma. Além disso, nas interações sociais, todos os que compartilham uma informação são dotados de capacidade de antecipação, antevendo a possibilidade ou não de aceitação da informação que está sendo partilhada (2010, p. 309).

A busca por maior aceitação da informação (mais 'sins' do que 'nãos') fica evidente com a retórica. As características dedicadas à persuasão, como textos mais elaborados e manifestações emotivas, são vistas por Luhmann como mecanismos para influenciar as decisões, obtendo mais aceites do que recusas. Mas a visão da retórica permanece eivada da visão canônica e pejorativa que a história do pensamento ocidental lhe concedeu:

Desde que a retórica se converteu em uma disciplina elaborada, a pergunta central consistiu em saber se o orador deveria possuir conhecimento verdadeiro, ou poderia servir-se da eloquência, valendo-se exclusivamente das aparências – inquietações que preocuparam Cícero e, posteriormente, Quintiliano. (LUHMANN, 2010, p. 310).

A centralidade do conceito de comunicação em Luhmann se liga às possibilidades que ele encontra, nesse conceito, de fundar o social, tecendo uma crítica direta ao modelo contratualista de formação da sociedade. À comunicação se associa a ideia de dupla contingência, que se apresenta como uma herança da tradição kantiana de se indagar não sobre o que é, mas sobre como é possível. Parsons buscou, a partir da ideia de dupla contingência, investigar as condições de possibilidade da ordem social a partir de seus elementos pré-contratuais. A concepção contratualista inaugurada por Hobbes explica a ordem social a partir do contrato, mas, para que um contrato tenha validade, é necessária uma ordem social anterior a ele. Esse elemento não encontra explicação na teoria hobbesiana, mas foi enfrentado por Parsons, assim como o foi por Durkheim. A tentativa parsoniana foi de fundar a ordem com base em valores e normas sociais (LUHMANN, 2010, p. 319-320).

Luhmann buscará uma explicação que não dependa de normas e valores, afinal, o conflito se desenvolve mesmo em contexto onde os valores

são amplamente compartilhados. A proposta de Luhmann é recusar uma explicação da ordem social baseada na hierarquia de valores, e, para tanto, ele se valerá da própria operação da comunicação e do elemento temporal que a caracteriza.

Diante disso, a concepção de Luhmann explica a ordem social com base no decorrer do tempo entre a proposta de uma informação, por parte do ego, iniciando o processo, e as aceitações e recusas posteriores, por parte do alter. Quanto mais o processo comunicacional se desenvolve, com recusas e aceites, mais se reduz a circularidade da dupla contingência. A insegurança em relação ao que o outro pensa e como agirá diminui na medida em que o processo comunicacional se desenrola ao longo do tempo. Desta forma, “a ordem social acontece quando alguém faz uma proposta ou efetua uma ação, que submete os outros a uma situação de reação: aceitar ou recusar a proposta” (2010, p. 320). Com isso, Luhmann pretende explicar tanto a ordem quanto o conflito, dependendo do processo de comunicação ao longo do tempo. Vale notar que tal concepção de explicação da ordem social não leva em conta a origem dos processos, algo que não interessa à Teoria dos Sistemas.

Todo o modelo luhmanniano, até aqui exposto, leva em conta a necessidade de uma reformulação conceitual por parte da sociologia tradicional. Além das noções de tempo, sentido, ação, sujeito, observador, comunicação e sistemas, todas elas alteradas, Luhmann propõe uma mudança na concepção de racionalidade, mais uma vez, fazendo um contraponto à teoria do sujeito.

#### **4.9. O diagnóstico da complexidade e a defesa de uma racionalidade sistêmica**

O problema da complexidade está relacionado com o problema da racionalidade. Inicialmente, a Teoria dos Sistemas tratava a complexidade e a racionalidade, lado a lado, como temas centrais, buscando descrever os obstáculos que poderiam impedir o sistema de efetivar um planejamento bem-sucedido (LUHMANN, 2010, p. 178).

Como vimos, um dos pontos de partida da Teoria dos Sistemas é o estabelecimento do meio como possuindo uma complexidade bem maior do que a do próprio sistema. Aliás, esse é o motivo pelo qual os sistemas teriam sido desenvolvidos, para lidar com a enorme complexidade do mundo. A afirmação mais abstrata que se pode fazer sobre os sistemas, que se aplica a todos eles, é que existe uma diferença entre o meio e o sistema, que, por sua vez, pode ser descrita como uma diferença de complexidade: o meio é sempre mais complexo do que o sistema. Isso significa reconhecer que o meio sempre apresenta mais possibilidades do que aquelas que o sistema pode aceitar e com as quais pode lidar. A complexidade, portanto, se relaciona com as possíveis relações, processos e acontecimentos que o meio pode oferecer ao sistema (2010, p. 184). É isso o que faz com que o sistema se torne seletivo, excluindo processos e estruturas que não foram selecionados. E ao selecionar algo, o sistema se torna, ele mesmo, mais complexo, se obrigando a fazer uma seleção das relações entre seus elementos.

O sistema não teria capacidade de apresentar uma “variedade suficiente” para responder, ponto a ponto, à “imensa possibilidade de estímulos provenientes do meio” (LUHMANN, 2010, p. 179). Diante disso, foi preciso que os sistemas desenvolvessem mecanismos específicos para lidar com a complexidade, selecionando-a, ignorando-a, rechaçando-a, enfim, fechando-se em si mesmo. Daí a ideia de redução de complexidade, atribuída à relação entre o sistema e o meio. Para lidar com a complexidade, é necessário lidar com uma teoria da racionalidade.

Para enfrentar o problema da complexidade, foi proposta uma teoria da generalização, refutando a ideia de que haveria necessidade de se estabelecer uma correspondência, ponto a ponto, entre o meio e o sistema. Essa teoria caracterizou os primórdios da Teoria dos Sistemas (idem, p. 180). Em seguida, foi desenvolvida uma teoria da gradação por níveis, trabalhando com o conceito de crise, que evidencia um estado excepcional do sistema. Por fim, uma teoria da racionalidade limitada do sistema passou a figurar, apontando que as condições de mudança de um sistema não poderiam, em sua totalidade, ser previstas, já que isso exigiria um conhecimento absoluto de todas as variáveis que poderiam produzir algum efeito no sistema (idem, p. 183).

O reconhecimento da complexidade do mundo leva à questão de como é possível a ordem e a racionalidade, sob condições de enorme contingência. (Luhmann, 2010, p. 192). É quando o tema da racionalidade se torna emergente. Segundo Luhmann, o século XVII marcou o que ele chamou de um *continuum* de racionalidade. A racionalidade se vinculava à ação, que, por sua vez, era concebida como ligada à natureza: o ator age de acordo com sua própria natureza, e a ação é vista também como algo natural. Isso pressupõe, evidentemente, uma concepção organizada do cosmo e da própria natureza, algo que já vinha sofrendo críticas desde o século XVI, a partir do questionamento desta estrutura cosmológica.

Descartes é um dos grandes nomes da ruptura de racionalidade cósmica e objetivada no mundo, na medida em que estabelece uma divisão. Ele reconhece a racionalidade do ser, mas não a do mundo. Um cosmo racional, hierarquicamente organizado, dá lugar a uma percepção do mundo como algo irracional. A racionalidade está no homem, mas não no mundo. Esta é uma distinção com base na forma, que estabelece dois lados; o racional e o que não é racional. O racional, até o século XVI, ficava dos dois lados da forma, pois a racionalidade estava tanto no homem quanto no mundo (LUHMANN, 2010, p. 194).

A Teoria dos Sistemas, no entanto, pretende construir uma diferente abordagem para a racionalidade. Nas condições da modernidade, a racionalidade deve ser entendida como um atributo dos sistemas de funções. Isso faz com que se perceba a existência de vários tipos de racionalidade, de acordo com o sistema. Os tipos de racionalidade também foram tema para Weber e sua tipologia da ação, como a racionalidade com respeito a fins e a racionalidade com respeito a valores. Nesta esteira, também Habermas: uma racionalidade monológica e instrumental contraposta a uma racionalidade dialógica e comunicativa. Uma tem em vista o fim, e a outra, o valor. De acordo com Luhmann, os esforços de Weber e Habermas, no que tange ao tema da racionalidade, são insuficientes, pois a racionalidade acaba por figurar nos dois lados da distinção, e não em apenas um deles.

Nas teorias mais recentes sobre a racionalidade, ainda baseadas em uma racionalidade da ação dos sujeitos, é introduzido o elemento do inesperado, ou do risco. Assim, não se trata mais do cálculo dos custos para a

realização da ação, tendo em vista os fins que pretendem ser alcançados, mas, sim, a intervenção do inesperado, que pode gerar o arrependimento de se ter tomado a decisão em momento anterior. O inesperado não pode entrar nos cálculos da ação, e se apresenta como um elemento ulterior, que incide sobre o agir. Pode-se até tentar antecipar os efeitos do risco, mas as consequências imprevistas da ação, para usar um conceito caro à Giddens, não podem ser controladas.

Embora reconheça algum nível de inovação neste tipo de abordagem, Luhmann a vê também como insuficiente, pois a unidade da racionalidade fica comprometida em virtude do elemento temporal, uma vez que o risco pressupõe uma forma de tempo futuro que não pode ser conhecido previamente. Futuramente, depois de tomada a decisão, pode aparecer o arrependimento, mesmo com os cálculos do risco tendo sido realizados. O tempo introduz o inesperado e modifica o contexto da decisão. Assim, a ação envolveria, simultaneamente, um valor calculável e um valor incalculável, já que o risco impede que a racionalidade contemple a totalidade dos fatores (LUHMANN, 2010, p. 198).

Para contornar a insegurança destes elementos contingentes, que todas as teorias da racionalidade baseadas no sujeito oferecem, a saída será, na perspectiva sistêmica, atribuir uma racionalidade ao próprio sistema. Nesse contexto, a racionalidade não significa mais uma racionalidade ontológica do mundo, mas somente a racionalidade através da qual o sistema opera. Luhmann aponta que Habermas reconhece a racionalidade sistêmica, mas não lhe concede um valor de totalidade, como ele mesmo o faz. A crítica de Luhmann é que a racionalidade do consenso, na proposta habermasiana, terá sempre que pressupor, também, áreas de consenso que não foram alcançadas, assim como sujeitos que não participaram da discussão, deixando um grande espaço social não abarcado pela análise. A Teoria dos Sistemas se apresentaria, então, como um arcabouço teórico mais bem equipado do que a teoria da ação, ou do entendimento comunicativo de Habermas, pois está melhor preparada para lidar com o transcendental, que Luhmann entende por aquilo que está além do atual (contingência temporal), característica de todos os modelos de racionalidade.



Mas, afinal, o que é especificamente a racionalidade sistêmica? No entendimento de Luhmann, é a “possibilidade de tornar reversível que aspectos do meio possam ser levados em conta pelo sistema, mediante um aumento da capacidade de irritabilidade e de ressonância que se reforça no sistema” (2010, p. 199). O sistema, como ressaltamos, opera a partir da seletividade, escolhendo elementos do meio e rechaçando os demais. A racionalidade do sistema implica que essas escolhas possam ser refeitas, de acordo com as operações do sistema, incluindo aspectos do meio que antes haviam sido ignorados. É um processo pendular de exclusão e inclusão, no e pelo sistema, de aspectos que pertencem ao meio. Ao fazer isso, o sistema amplia suas capacidades de observação.

#### **4.10. O direito como sistema autopoietico**

Todo o arcabouço teórico da Teoria dos Sistemas, como vimos, envolve a modificação de conceitos clássicos nas ciências sociais, e uma mudança de postura em relação ao objeto da sociologia. A teoria, sem dúvida, atraiu inúmeras críticas, mas angariou também adeptos. A proposta de uma teoria geral dos sistemas era vista por Luhmann do ponto de vista holístico. Como ressaltou Vandenberghe (1999), uma teoria que pretendia explicar todo e qualquer fenômeno social. Assim, a sociedade e seus subsistemas funcionais deveriam ser compreendidos com base na conceituação que expomos anteriormente: autopoiesis, sistemas como observação da observação, fechamento operacional, código binário, abertura cognitiva, seletividade, autonomia e produção da comunicação. Em nenhum sistema social, a Teoria dos Sistemas exerceu tantos efeitos quanto no direito. Embora Luhmann propusesse que a teoria fosse aplicada a todos os sistemas sociais<sup>91</sup>, foi no

---

<sup>91</sup> Assim como no caso do direito, Luhmann busca aplicar a Teoria dos Sistemas ao amor, tratando-o como um sistema (*O amor como paixão*, 1991). Em Shakespeare (2000), Romeu e Julieta mostram o conflito entre a antiga tradição das relações pessoais, baseada em famílias e clãs, e a nova configuração destas relações, baseada nos indivíduos. Este novo código do amor, baseado em indivíduos, é aprendido, de acordo com Luhmann, através da literatura. A perspectiva luhmanniana desnatura o sentimento, visto que o amor é aprendido, embora hoje nos pareça algo natural. Esta desnaturalização poderia, no entanto, ser percebida por quem viveu na transição dos dois códigos. O amor, ao ser aprendido da forma como o foi, literariamente, durante os séculos XVI, XVII e XVIII, contribuiu para o estabelecimento do conceito de indivíduo, tão característico da modernidade. Na verdade, ele se tornou o grande tema na modernidade. O cinema e a música, por exemplo, quase sempre tratam do amor, em

direito que ela ganhou mais adeptos. Boa parte dessa aceitação vem do fato de que sua proposta apresentava inúmeras afinidades com o discurso oficial do direito, que sempre buscou e defendeu sua autonomia diante dos demais sistemas sociais. O que essa autonomia significa, no entanto, varia de acordo com a perspectiva adotada.

De todo modo, os entusiastas da Teoria dos Sistemas no direito são muitos, vendo nela o arcabouço teórico mais adequado para o entendimento do mundo em que vivemos. Segundo Rocha:

A teoria dos sistemas de Luhmann tem assim proporcionado a configuração de um “novo estilo científico” mais apto à compreensão das atuais sociedades complexas em que vivemos, contrariamente ao modelo limitado de sociedade existente no normativismo, hermenêutica e pragmática jurídicas, estando assim no centro das discussões sobre o direito e a sociedade (ROCHA, 1994, p. 10).

Na esteira de Rocha, que defende uma nova forma de se fazer ciência, proposta pela Teoria dos Sistemas, Trindade ressalta o caráter inovador da teoria, permitindo superar, no direito, as teorias tradicionais sobre a forma de funcionamento do direito, já que propõe um enfoque nos sistemas funcionais da sociedade (algo que já encontra suporte em Weber, Parsons e Bourdieu, por exemplo):

A teoria desenvolvida por Niklas Luhmann possibilita uma nova postura científica para a teoria jurídica hodierna. Ao criar uma teoria que observa a sociedade como um todo e possibilita dividir os vários sistemas sociais com base nas características específicas de suas funcionalidades, Luhmann consegue superar as teorias positivista e hermenêutica no que tange à

---

alguma medida, como mostra o século XX. A música do século XVII, por exemplo, tematizava o sagrado. Como busca escapar de explicações causais, Luhmann não se interessa pelas causas do aparecimento do amor na vida das pessoas, algo extremamente variável. O foco, pela teoria sistêmica, é nas consequências. Interessante notar essa aplicação da Teoria dos Sistemas para o caso do amor. Justamente aquilo que parece ser o menos racional permite a observação sistêmica.

forma de funcionamento do sistema jurídico (TRINDADE, 2008, p. 105).

Luhmann é recebido de forma tão entusiástica no direito em função do papel que atribui ao mesmo no estudo da sociedade. Sua contribuição teórica é vista como uma espécie de virada epistemológica, rompendo com o cartesianismo<sup>92</sup> e colocando o direito em uma posição valorizada no processo de mudança da sociedade. Contra as críticas que viam no direito um elemento de conservação da ordem (pensada enquanto *status quo*), a Teoria dos Sistemas verá no direito, segundo seus intérpretes, o elemento fundamental para que a mudança social ocorra, dentro dos limites estabelecidos pela ordem normativa.

Mas, afinal, o que significa afirmar que o direito é um sistema, na esteira de Luhmann? Significa atribuir a ele todas as características que vimos, neste capítulo, serem os componentes de um sistema social funcional, baseado, primordialmente, na ideia de autopoiesis. Assim, o direito será pensado como um subsistema social que possui funções próprias, que somente por ele podem ser desempenhadas; dotado de um fechamento operacional, que o permite ter abertura em relação à sociedade; caracterizado pela produção de uma comunicação específica, baseada em um código binário que seleciona o que é de interesse e o que não interessa no meio; capaz de se organizar e se reproduzir a partir de suas próprias operações; e estabelecendo uma diferença em relação ao meio que impede que elementos externos aos sistemas interfiram diretamente em suas operações. Essa definição, extremamente genérica e abstrata, caracterizaria qualquer sistema. Vejamos o que, de fato, essas características significam em relação ao sistema jurídico.

Encarar o direito como um sistema autopoietico, nos termos de Luhmann, exige partir do diagnóstico que define o surgimento dos subsistemas sociais, tendo em vista a enorme complexidade do mundo. Como vimos, a complexidade é apontada como o motivo pelo qual os sistemas funcionais surgiram. Para lidar com essa complexidade, e, com isso, reduzi-la, os

---

<sup>92</sup> Evidentemente, e os defensores mais radicais da Teoria dos Sistemas tendem a olvidar esse fato, não foi somente a teoria sistêmica que buscou romper e superar o cartesianismo. A própria retórica (ver capítulo 6 desta tese) foi resgatada, já em fins do século XIX, em nome de uma ruptura com Descartes.

sistemas são seletivos. Assim, nem tudo o que está como possibilidade no meio será tomado como interessante para o sistema. A seleção do sistema se dá com base no sentido do sistema, e sua capacidade de ser irritado será levada a cabo com base nas operações do código binário. O tema da complexidade, contudo, envolve um paradoxo: ao reduzir a complexidade do meio, o sistema é capaz de aumentar as possibilidades de uma escolha sensata, ampliando, assim, a complexidade interna do sistema.

Ligada ao tema, emerge a ideia de risco, uma das únicas certezas em um mundo de incertezas. Assim como a complexidade, o risco é ontológico e um fator de irritação dos sistemas sociais. Estes reagem diante do risco, estabilizando estruturas de expectativas, fornecendo “variantes mais cristalinas para as decisões” (TRINDADE, 2008, p. 39). Os sistemas reduzem as escolhas plausíveis, evitando a enorme gama de seleções possíveis. Na esteira de Amartya Sen (2001), as escolhas implicam custos e é importante estabelecer mecanismos de restringir as escolhas possíveis para que a ação possa ocorrer.

A ideia de risco precisa ser levada em consideração porque um dos problemas centrais para a Teoria dos Sistemas é a ordem<sup>93</sup>, que se liga, por sua vez, à questão das expectativas. É preciso que haja expectativas compartilhadas que forneçam uma previsibilidade de condutas. Caso contrário, prevalecerá o caos, entendido, no bojo da Teoria dos Sistemas, como uma situação onde os indivíduos fazem escolhas sem coordenação social<sup>94</sup> (TRINDADE, 2008, p. 40). Através do conceito de dupla contingência, observa-se, no mundo social, a multiplicação de expectativas em torno de expectativas. Isso quer dizer que o comportamento do outro, com quem interajo, não é determinado. Nossas expectativas ficam na dependência das expectativas de outros indivíduos. A explicação do conceito de dupla contingência e seu vínculo com as expectativas é bem definida por Mathis:

---

<sup>93</sup> Segundo Mathis (sem data, p. 3), essa é mais uma influência da biologia. Manfred Eigen, biólogo, buscou explicar a transformação do caos em vida organizada, percebendo a evolução como um processo de auto-organização, mesmo registro de Maturana.

<sup>94</sup> Interessante notar que mesmo os adeptos da Teoria dos Sistemas têm grande dificuldade em se ver livres da articulação entre indivíduos e ação. O problema da ordem e da escolha, por exemplo, que fundamenta a necessidade de sistemas sociais estabilizadores, é tratada, por Trindade, com base em indivíduos agentes. Apesar disso, em passagens contraditórias, Trindade irá afirmar o paradigma sistêmico, qual seja, o de que o tema da escolha aparece, mas não relacionado a um indivíduo consciente.

(...) o problema da dupla contingência se transforma no dilema que *Ego* não sabe como *Alter* reagirá em resposta a uma dada atuação de *Ego*. *Alter* e *Ego* dispõem de várias alternativas de atuação. Um sistema social, ou um indivíduo, tende a interpretar o problema da contingência, isto é, da variedade de alternativas de atuação, como um grau de liberdade: liberdade de escolher entre várias alternativas de atuação. No papel de observador de um outro indivíduo ou sistema social, o problema da contingência se coloca totalmente diferente, a liberdade de escolha do sistema se transforma para o observador deste sistema em fonte de inseguranças e surpresas. A existência e o relacionamento das contingências dos diversos sistemas ao seu redor constitui para o sistema focal a complexidade do seu meio. Para poder enfrentar a complexidade no seu meio, o sistema é obrigado a corresponder com a elaboração de estruturas complexas, que, por sua vez, podem aumentar a contingência do sistema e assim iniciar um processo evolutivo (MATHIS, sem data, p. 6).

A ideia de dupla contingência, portanto, envolve não a percepção da escolha como um ato de liberdade, e sim, como um elemento de insegurança. Por isso, a busca de Luhmann por eliminar as subjetividades, tirando de cena os atores individuais como necessários à explicação social. Na verdade, sua inclusão na análise só serviria para gerar ainda mais contingências. Com isso, o tema central para a Teoria dos Sistemas, principalmente quando aplicada ao direito, é estabilizar as expectativas, evitando a enorme contingência (insegurança) do mundo social. Nesse ponto, entra em cena o sistema do direito.

Para lidar com a contingência, é preciso passar de expectativas a regras. A regra reduz o risco de erros na expectativa. O que diverge do previsto age erradamente, e a discrepância se origina não na expectativa errada, mas na ação equivocada, prevista pela norma (TRINDADE, 2008, p. 43). Isso porque o direito permite a diferenciação entre expectativas cognitivas e normativas. O desapontamento de uma expectativa cognitiva leva a uma

adaptação à realidade, sem que haja uma sanção específica. Já no caso das normativas, a quebra da expectativa dá ensejo a uma sanção, como no caso das normas jurídicas. Como mecanismo redutor da complexidade, o direito evita, através das normas, que as expectativas cheguem a pontos elevados e insuperáveis, estabilizando essas expectativas, mas não, absolutamente, os comportamentos.

Em ambientes muito complexos, como no caso das sociedades modernas, as normas desempenham um papel fundamental, por isso, o direito ganha centralidade como sistema funcional. No entanto, mesmo do ponto de vista das expectativas normativas, os indivíduos divergem entre si. Isso faz com que seja necessário que o direito leve em consideração a enorme contingência em torno dessas expectativas, procurando, ao máximo, antecipá-las e transformá-las em normas. Assim, o direito deve possuir uma grande capacidade de flexibilidade, para alterar suas projeções de expectativas de acordo com as mudanças na sociedade.

Para ser flexível, o direito precisa ser dotado de positividade. Como veremos, Luhmann busca afastar a ideia de positividade em termos de positivismo, corrente de pensamento que possuiu (e ainda possui) muita força no direito. A positividade do direito é justamente uma forma de lidar com a dupla contingência, se inserindo na interseção entre a expectativa de *Ego* e a expectativa de *Alter*. A ideia de positividade traz em si, na concepção de Luhmann, a noção de mutação, visto que as expectativas normativas devem ser dotadas de elasticidade, pois é impossível prever todas as expectativas fundamentais dos indivíduos. Daí a dura crítica feita ao positivismo de Kelsen (2009), visto como inflexível e descolado da realidade.

No entanto, o positivismo, enquanto proposta teórica, não difere em substância do que Luhmann chama de positividade. Se, do ponto de vista empírico, o positivismo experimentou encarnações excessivamente formalistas e rígidas, transformando, em muitos casos<sup>95</sup>, autoritarismo em autoridade reconhecida pela lei, sua proposta é, em essência, a mesma da positividade: o direito deve acompanhar as mudanças sociais, evitando seu engessamento, mas tais alterações no direito só podem ocorrer tendo em vista os mecanismos

---

<sup>95</sup> O exemplo do nazismo parece ser canônico em relação a esse ponto.

de produção do direito previstos pelo próprio direito. Em outras palavras, a norma positiva só poderia ser alterada por um novo processo legislativo. Embora o positivismo tenha experimentado diferentes matizes, em regra, sua característica central é a especificação do processo de produção e garantia de alterações controladas pelo direito. Quanto a esse ponto, ele não difere da ideia de positividade.

De todo modo, Luhmann dará centralidade, para o entendimento do sistema do direito, à ideia de positividade, fenômeno que caracterizará o direito nas sociedades modernas, algo que, segundo ele, é ignorado pelas abordagens tradicionais. Por positividade, Luhmann entende o processo legislativo que, ao longo do século XIX, trouxe o ineditismo da modificação do direito apenas pelo próprio direito (MELLO, 2006, p. 352). Ao contrário de perceber a positividade como uma espécie de ortodoxia, o processo de positividade do direito admite que o direito seja modificável em princípio. A modificação, contudo, deve obedecer a critérios determinados pelo próprio direito, e somente com base neles poderá ser processada. Diante disso, no entendimento de Luhmann, é a primeira vez na história que somente com base na legislação, podemos fundamentar objeções contra a validade das leis (MELLO, 2006, p. 352).

Luhmann entende a positividade do direito como sua capacidade de autodeterminação, manifestada através de uma autonomia operacional em relação às determinações do ambiente. O direito positivo se afirma e se reproduz através de seu código próprio: lícito/ilícito. Isso não quer dizer que o direito seja uma espécie de autarquia, privada da influência do meio (NEVES, 1996, p. 95). O direito constrói sua heterorreferência assimilando interesses. Como vimos, o discurso da Teoria dos Sistemas consiste na ideia de que o fechamento operacional é condição de abertura cognitiva.

A partir dessa ideia de positividade, e levando a cabo os conceitos caros à Teoria dos Sistemas, Luhmann critica duramente o que entende como sendo os pressupostos de uma sociologia tradicional do direito. Se, como vimos, a sociologia é digna de críticas severas por parte da Teoria dos Sistemas, o mesmo ocorrerá, especificamente, com a sociologia do direito. De acordo com Luhmann (1985), a sociologia do direito pode ser representada por três modelos:

- 1) o desvio da atenção do estudo do direito para o estudo do jurista; a concentração dessa perspectiva de estudo recai sobre o papel e o profissional do direito; nesse caso, os indivíduos entram em cena, mesmo quando se considera que eles estão imersos em papéis sociais específicos;
- 2) a dedução do direito a partir das decisões e do comportamento de determinados órgãos colegiados de juízes; através desta concepção, os estudos se dedicam, eminentemente, a compreender o comportamento dos juízes e as consequências de suas decisões; mais uma vez, o estudo pressupõe a consideração dos atores;
- 3) a restrição do estudo do direito ao conjunto das opiniões que outros grupos têm a respeito do direito; nesse caso, a perspectiva de estudo se relaciona com o aquilo que agentes externos ao direito acham acerca do mesmo, geralmente, em um aspecto crítico.

Para Luhmann, nessas três abordagens do direito, o próprio direito desaparece da sociologia. Essa concepção de Luhmann acerta por apontar que o estudo da sociologia é mais amplo do que os modelos tradicionais tendem a considerar. De fato, o direito é mais do que o jurista e seu papel, do que os tribunais e as decisões dos juízes, e do que as interpretações de seus críticos. No entanto, se é mais do que isso, o direito *é isso também*. A defesa de Luhmann de uma sociologia do direito, ao criticar a restrição imposta ao fenômeno do direito, acaba, ela mesma, por restringir o seu objeto de estudo.

Assim, a concepção de Luhmann, acerca da originalidade do direito moderno com base na positividade, se caracteriza como um reducionismo que o próprio sociólogo alemão condena. Ao criticar os modelos tradicionais de estudo da sociologia do direito, Luhmann percebe o reducionismo, em cada um desses modelos, relacionado ao que se define como direito, postulando que o direito é mais do que aquilo que os três modelos definem como tal. No entanto, ele próprio caracteriza o direito moderno de um ponto de vista reducionista, como a positividade vinculada ao estabelecimento de um processo legislativo com regras definidas. Cabe indagar a Luhmann, assim como ele fez em relação às concepções tradicionais do direito, se o direito moderno se define



apenas por sua positividade legislativa. O comportamento dos atores, nos órgãos colegiados, por exemplo, tema que interessa diretamente à tese que aqui construímos, é o mesmo em relação ao século passado? Tal comportamento também não foi alterado? Também não é uma das muitas facetas do direito? Não é, ele próprio, um fator capaz de produzir modificações no âmbito do direito? Para Luhmann, interessado em excluir, como objeto de estudo, o subjetivismo que implica dar enfoque a atores sociais, dificilmente esses pontos seriam considerados, visto que, para a teoria que desenvolve, desinteressantes de saída.

O diagnóstico da contingência é acompanhado pelo reconhecimento do risco e pelo apontamento da positividade como a característica definidora do direito moderno para lidar com a complexidade do mundo. Assim, o direito, enquanto sistema, adquire uma função específica, qual seja, a estabilização, através da norma, de expectativas sociais, garantindo a ordem e o controle da insegurança. Cada subsistema social possui um função própria, intransferível, sustentada pelo fechamento operacional, que, por sua vez, é condicionante de sua autonomia:

O sistema da sociedade moderna é diferenciado em sistemas especificados segundo a função. Cada um dos sistemas satisfaz a própria função e não pode ser substituído por outro. Daí brotam problemas relativos ao fechamento dos sistemas parciais e às prestações que eles oferecem aos outros sistemas sociais. Fechamento de um sistema significa que, aos estímulos e distúrbios que provenham do ambiente, o sistema só reage entrando em contato consigo mesmo, ativando operações internas acionadas a partir dos elementos que constituem o próprio sistema. Disto resulta a autorreferência e a autopoiesis do sistema: o sistema produz e reproduz os elementos dos quais é constituído, mediante os elementos que o constituem. (CAMPILONGO, 2000, p. 191).

E o direito é definido por Luhmann como um subsistema funcional do sistema social. Isso quer dizer que o sistema do direito é constituído tendo como base as funções que desempenha no sistema social como um todo. Para

que possa exercer suas funções, é preciso que se assegure ao direito, assim como a qualquer outro subsistema, uma autonomia funcional. Ela é necessária diante do fato de que nenhum outro subsistema desempenhará as mesmas funções que aquele. A partir desse prisma, a autonomia não é percebida como um fim em si mesmo, mas, antes, como uma necessidade fática (MELLO, 2006, p. 355). A autonomia funcional é uma necessidade tendo em vista o quadro de hipercomplexidade que caracteriza as sociedades modernas.

A autonomia do direito não abrange a capacidade do direito de criar seus próprios princípios apenas, mas também a autoconstituição de ações, a juridificação dos processos (MELLO, 2006, p. 359). Conforme ressalta Mello, essa concepção de autonomia do direito é diferente de três concepções<sup>96</sup> sociológicas de reflexão sobre a autonomia do sistema jurídico: reflexão marxista<sup>97</sup> – baseada na relação infraestrutura/superestrutura para a

---

<sup>96</sup> Essas concepções, por mais diversas que possam parecer, muitas vezes, convivem juntas. É o caso da concepção marxista e da concepção corporativista sobre a autonomia do direito. De um lado, o direito é percebido como um elemento que pode ser instrumentalizado por grupos sociais, através de um jogo de poder. De outro, o direito é percebido como um ambiente fechado, incompreensível e distante da sociedade, não podendo ser penetrado, criando uma forma de poder própria dos juristas. As duas interpretações lançam dúvidas sobre a confiança e a legitimidade do sistema legal: ou é instrumentalizado, sendo utilizado para escusos fins políticos e econômicos, ou é hermético, se fechando diante dos anseios da sociedade. Ambas as percepções são difundidas.

<sup>97</sup> Afirmar que só a norma altera o direito, e justificar, com isso, o fechamento operacional do sistema, não elimina o problema, não considerado por Luhmann, da utilização e manuseio da produção normativa de acordo com critérios externos ao direito. A norma pode ser utilizada para atender a interesses de determinados grupos sociais e, ainda sim, ser legitimada pelo procedimento. Afinal, ela pode ser produzida através dos elementos do sistema, mas os fundamentos que lhe dão origem podem estar relacionados com uma percepção de sociedade que não envolve, por exemplo, critérios de justiça e igualdade. Do ponto de vista da Teoria dos Sistemas, esse argumento seria rechaçado, tendo em vista que o cerne de sua percepção sobre o direito não seria arranhado. A norma continuaria sendo produzida pela norma, independente de qualquer outra coisa, e isso seria o suficiente para caracterizar o direito como um sistema operacionalmente fechado. Contudo, na tentativa de escapar, através dos fundamentos fornecidos pela teoria sistêmica, do autoritarismo e da insegurança gerados por um sistema legal que pode ser alterado de qualquer maneira, sem obedecer a critérios internos e específicos, e, portanto, sujeito aos abusos da política, essa perspectiva de fechamento acaba por gerar outro problema, fazendo com que questões de justiça (na visão da Teoria dos Sistemas, um elemento externo ao direito) sejam secundarizadas diante do procedimento de produção da norma, orientado segundo o código binário lícito/ilícito. De acordo com essa linha de pensamento, o direito poderia ser instrumentalizado, corrompido e manipulado por interesses setoriais. Luhmann, certamente, não é indiferente a esse problema. No entanto, ele busca escapar desse tipo de visão, que vê, conforme a tradição marxista, o direito como uma espécie de reflexo das relações desiguais baseadas no modelo capitalista de organização social. No entanto, não se trata de considerar o direito como um mero reflexo das relações sociais, mas sim de perceber os perigos que emergem de uma concepção que encara o direito apenas do ponto de vista de sua produção normativa. Ao tentar resolver os problemas de insegurança, por um lado, pode-se acabar abrindo espaço para o surgimento de outro tipo de problema. Ainda, outro problema que a concepção sistêmica de Luhmann levantaria quanto a essa interpretação estaria vinculado à ideia de instrumentalização. Com os atores sociais,

determinação do fenômeno jurídico pelos sistemas econômicos; segundo esse registro, a relativa autonomia do sistema jurídico seria determinada pelos interesses materiais em disputa pelas classes sociais, e o direito, assim, se apresentaria como um reflexo das estruturas econômicas de produção, não sendo, portanto, autônomo; sociologia tradicional – para esta concepção, o sistema jurídico, mesmo em democracias modernas, não são autônomos em relação ao conjunto das demandas socialmente construídas; nessa abordagem, a autonomia do direito também é questionada, em função das pressões que sofre por parte dos grupos de interesse; autonomia como corporativismo<sup>98</sup> – a autonomia do direito é percebida como um processo corporativista, controlado pela ação de advogados, juízes e especialistas (MELLO, 2006, p. 359).

Nenhuma dessas três abordagens em relação à autonomia do direito dá conta de entender o que, de fato, precisa ser compreendido, e defendido, por autonomia sistêmica. Para que a autonomia seja pensada, é necessário entender os sistemas a partir de seu fechamento operacional em relação ao meio. É através do encerramento que o sistema impede que elementos externos, oriundos do meio, interfiram em seu processo de reprodução. Por isso o recurso à autopoiesis, que ganhou grande aceitação no direito.

O fechamento se dá com base na alta seletividade do sistema jurídico. O filtro em relação ao meio é dado pelo código binário, permitindo estabelecer a diferenciação da comunicação produzida pelo sistema jurídico. O código binário

---

sejam eles individuais ou coletivos, sendo tratados como elementos cujo papel é irrelevante para a explicação da sociedade como um todo, essa imagem da utilização do direito por grupos sociais é rechaçada pela Teoria dos Sistemas de antemão.

<sup>98</sup> Ao mesmo tempo em que a crítica de que o direito pode ser instrumentalizado por grupos sociais pode ser tecida, há, de forma também difundida, uma interpretação contrária, também alvo de muitas críticas: o sistema legal seria hermético, extremamente corporativista, admitindo somente a influência de juristas, que, ao se valerem de uma linguagem própria, excluem de outros atores sociais a possibilidade de entendimento e compreensão do funcionamento do sistema como um todo. Mais uma vez, na perspectiva da Teoria dos Sistemas, isso seria um problema. Primeiramente, em função da ideia de atores sociais, que, como já ressaltamos, não é objeto de estudo para a concepção sistêmica, não da forma como a sociologia tradicional o coloca. Além disso, pela crítica de Luhmann ao que considera ser uma restrição de um modelo tradicional de interpretação do que deve ser o objeto de estudo da sociologia do direito, ou seja, o direito sendo tomado como o trabalho dos juristas. De todo modo, há uma impressão (e, como vimos, Luhmann desconsidera as impressões que as pessoas têm do direito como elemento do direito), de certa forma, generalizada, de que o direito é um ambiente fechado (não apenas operacionalmente), criando, pelo trabalho dos juristas e pelas normas de comportamento e participação no sistema, um *locus* corporativista, onde elementos externos não são considerados. Como uma espécie de caixa-preta, o direito geraria desconfiança na sociedade como um todo. Esse tema será retomado no capítulo 5.

duplica o mundo: tudo o que é colocado de um lado do código carrega consigo o outro lado como possibilidade, mas o mantém fora da forma. O sistema vê o mundo através da diferença específica que seu código permite ver. De acordo com Mathis, trata-se de uma visão totalitária do mundo: “o código representa uma visão totalitária do mundo, que passa a ser observado, pelo sistema funcional, somente através da diferença específica que o seu código estabelece. A visão do mundo de um sistema funcional é aquela que o seu código lhe permite ver” (MATHIS, sem data, p. 15).

A partir de seu código binário, segundo Trindade (2008, p. 82), direito/não-direito, o sistema jurídico filtra os elementos do meio que o irritarão<sup>99</sup>, desencadeando suas operações de autorreprodução. É o código binário que permitirá a construção da identidade do sistema, que, como apontam seus adeptos, não significa um autismo em relação à sociedade. Apesar das defesas em relação à autonomia como algo diferente de insulamento, a ideia é exposta de forma tão genérica, que a autonomia defendida acaba por se apresentar, em declarações contraditórias e vagas, como uma espécie de descolamento do social:

Dessa forma, o sistema jurídico prescinde de outros sistemas para lhe determinar e servir de sustentáculo científico. A validade do direito – tão questionada pelas demais matrizes – fica atrelada ao próprio direito, “não existe direito fora do direito”, deste modo, o direito utiliza-se do seu código binário para relacionar-se com os elementos e sistemas externos e adaptar-se ao meio social sem, contudo, perder sua autonomia e independência autorreferencial (TRINDADE, 2008, p. 87).

A autonomia é correlata da autopoiesis. Relacionar-se com o meio a partir de si próprio. Esse é o imperativo para o sistema jurídico. A negação da

---

<sup>99</sup> Interessante notar como a atividade é sempre atribuída ao sistema. Será ele que selecionará aquilo que poderá irritá-lo: “Quando se afirma que o ambiente irrita o sistema pode haver uma interpretação errada de que o ambiente tem o poder de irritar, tem um controle sobre ele, configurando-se como uma força externa que atua sobre o sistema, levando-o a agir. Para evitar esse engano, talvez fosse melhor dizer que o sistema irrita-se com o ambiente, deixando claro que é o sistema que seleciona, de acordo com seus critérios, as possibilidades que estão à disposição do entorno” (KUNZLER, 2004, p. 129).

autopoiesis é a alopoiesis, configurando um sistema aberto a interferências externas, como Marcelo Neves diagnostica ser o sistema jurídico no Brasil. A alopoiesis é sempre vista, no registro da Teoria dos Sistemas, como um problema. Um sistema sujeito a interferências externas é um sistema frágil em sua autonomia, refém de códigos e linguagens que lhe são estranhos. Nesse sentido, a alopoiesis é uma condição indesejada pelo sistema, comprometendo sua identidade e sua funcionalidade. No entanto, cabe questionar, toda influência externa é nociva ao sistema? Além disso, existe, de fato, algum sistema jurídico verdadeiramente autopoietico?

O direito pensado como sistema autopoietico se baseia em uma concepção reducionista do valor das influências que o direito sofre da sociedade e da política. A defesa da autonomia encontra suporte no temor de uma espécie de colonização do direito pela política, fazendo jus às críticas marxistas à instrumentalização do sistema jurídico. Assim, a autopoiesis é vista como o caminho para que tais influências (que Marcelo Neves chama de interferências) sejam evitadas. A defesa, tanto em Luhmann, quanto em Teubner e Marcelo Neves (como veremos no capítulo seguinte), será a do formalismo jurídico.

A Teoria dos Sistemas e o formalismo jurídico têm em comum a preocupação em ver o direito livre de abusos e autoritarismos, ao sabor dos conflitos políticos (e da própria política, enfim), o que geraria uma enorme insegurança social. A essa preocupação se soma o diagnóstico da complexidade moderna, corrosiva de valores morais compartilhados por todos. Para lidar com isso, e consolidar o sentimento de segurança, o direito deve ser autônomo (no sentido sistêmico), funcionando a partir de seus próprios critérios, com uma lógica própria, independente, ao máximo, de fatores externos. Não é de se estranhar que a Teoria dos Sistemas tenha ganhado a simpatia dos juristas. Para lidar com os problemas de um mundo pautado pela ausência de uma moral compartilhada, caracterizado pela insegurança, o direito surge como a possibilidade da ordem. Para tanto, contudo, seu antagonismo com outros sistemas se torna acentuado.

A Teoria dos Sistemas fala em um funcionamento harmônico dos subsistemas sociais, em especial os da política e do direito. Porém, o papel concedido ao direito, sistematicamente, entre os adeptos da teoria, coloca o

que vem de fora como um problema. Influência não é o mesmo que interferência, tomada no sentido pejorativo. A Teoria dos Sistemas corre o risco, e isso depende de sua aplicação, pelos juristas, no direito, de se tornar aquilo que diz querer evitar, provocando um autismo, este sim nocivo, do direito em relação à política e à sociedade. O próprio Luhmann dá margem a este tipo de interpretação.

Assim como os demais, a política também é sistema funcional, com características, operações e linguagem próprias. Seu código é o poder<sup>100</sup>. Ou seja, é o poder que define, de maneira seletiva, a entrada de elementos no sistema político. Como os sistemas não se comunicam, a influência da política no direito só pode ser vista como um problema:

A separação clássica entre o legislativo, o executivo e o judiciário diz respeito à diferenciação interna da administração e serve como escalonamento e filtro da influência política sobre a administração. A influência política sobre o legislativo é legítima; sobre o executivo ela é parcialmente legítima e em parte rejeitável em nome do direito; mas sobre a justiça ela sempre é ilegítima (LUHMANN, 1985, p. 45).

O que se entende por influência política, afinal? A divisão dos poderes se baseia, em tese, em uma enorme confiança na política, visto que o processo legislativo é o meio através do qual as leis são aprovadas. A Teoria dos Sistemas não se atenta a problemas de outra natureza, como a aprovação de leis ruins, por exemplo. A divisão dos poderes, em Luhmann, acaba por se tornar uma espécie de exaltação do direito, condutora de uma defesa da nomocracia. O direito é tomado como o elemento central da sociedade, e a defesa de sua neutralidade, um imperativo: “a plena neutralização da justiça evidencia-se então como a pedra angular dessa construção, como a espinha dorsal da administração frente à política, e dessa forma como uma das

---

<sup>100</sup> “O detentor do poder é o indivíduo que, em decorrência de seu poder, pode tomar as decisões sobre as mais variadas possibilidades” (TRINDADE, 2008, p. 103). Vale notar que os adeptos da Teoria dos Sistemas no direito têm muita dificuldade em lidar com a teoria sem lançar mão dos recursos conceituais que ela própria tanto critica. Essa passagem mostra o recurso à ideia de indivíduo como agente cognitivo, dotado de poder e com capacidade de agir em função dele.

condições de uma tal diferenciação funcional.” ( LUHMANN, 1985, p. 46). Bourdieu, como vimos no capítulo anterior, denuncia essa pretensa neutralidade como o discurso oficial do direito, que não encontra, contudo, suporte na prática.

Uma coisa é o que a Teoria dos Sistemas pressupõe como funcionamento do direito. Outra é como os especialistas do direito entenderam e aplicaram a teoria sistêmica para a interpretação do campo. Ao que parece, a Teoria dos Sistemas é uma versão melhorada da perspectiva do direito como um sistema hermético (mas, para a teoria sistêmica, não no sentido de corporativismo). O sistema, de fato, deve ser fechado, de modo a evitar influências arbitrárias e a manter intocado seu código definidor, mas, simultaneamente, ele precisa ser aberto do ponto de vista cognitivo, desde que obedecendo apenas a seu registro interno, sendo irritado, e, portanto, influenciado. No entanto, tais influências sempre passam pelo crivo do próprio sistema, não se configurando, dessa maneira, como interferências diretas. Isso manteria imaculada a segurança jurídica, ao passo que, dotando o direito de legitimidade (pelo processo) e de confiança, se abriria, cognitivamente, para as transformações da sociedade.

Não é surpreendente o fato de que se veja amplamente difundida uma teoria dos sistemas jurídicos autopoieticos, mas não se encontre a mesma perspectiva para os sistemas políticos. Os juristas tendem a encarar a autopoiesis como um mecanismo de afastamento de elementos políticos de seu funcionamento interno. Esse temor faz sentido até certo ponto, quando pensamos na ideia de autoritarismo. No entanto, a política não se resume somente a isso. A redução que a teoria sistêmica realiza em relação ao que é o direito pode ser encontrada no que diz respeito à política, vista, sempre, como vício. O hermetismo é dado de saída. Ao direito o que é do direito. À política o que é da política.

A Teoria dos Sistemas experimentou uma série de desenvolvimentos e formas de aplicação propostas para diferentes contextos, mas foi no direito que se viu abraçada. O capítulo a seguir trata de seus desdobramentos, para além da teoria do próprio Luhmann, no direito, e as implicações que uma teoria dos sistemas aplicada ao direito tem para o entendimento de suas relações com a política e com o mundo social. Além disso, as principais críticas que podem ser

levantadas à utilização da Teoria dos Sistemas como novo paradigma para a sociologia são esmiuçadas, com o intuito de apresentar um quadro geral dos argumentos que diagnosticam o modelo sistêmico como inadequado para a análise social.



## 5. Desenvolvimentos da Teoria dos Sistemas, e os problemas de uma teoria sistêmica aplicada ao direito e suas consequências para a relação com a política e com a sociedade

*As palavras podem ser como o raio x, se as usarmos adequadamente:  
penetram em tudo<sup>101</sup>.*

No capítulo anterior, apresentamos a proposta da Teoria dos Sistemas de Luhmann para a renovação do fazer sociológico, baseada na reconceituação de noções clássicas da sociologia tradicional, e sua aplicação no direito, campo em que experimentou enorme desenvolvimento, prestígio e adesão. A teoria luhmanniana não é a única possibilidade de entendimento da teoria sistêmica, visto que, a partir dela, outros modelos teóricos, dentro da Teoria dos Sistemas, foram desenvolvidos.

Neste capítulo, apresentaremos duas propostas teóricas decorrentes do modelo sistêmico de Luhmann. Elas mantêm, substancialmente, as ideias centrais da Teoria dos Sistemas, como a autopoiesis dos sistemas, a necessidade do fechamento operacional para possibilitar a abertura cognitiva, a defesa da autonomia do direito como elemento chave para a organização da vida social, e a visão pejorativa em relação aos elementos extrajurídicos. Porém, tais desenvolvimentos teóricos fornecem, também, acréscimos e inovações em relação ao modelo de Luhmann. Essas inovações envolvem a diferenciação do conceito de autopoiesis e a aplicação da teoria de Luhmann a contextos específicos. Ambos esses pontos são opostos à projeção que a Teoria dos Sistemas teve nas mãos de Luhmann e não são suficientes para lidar com as críticas dirigidas ao modelo luhmanniano, nem para evitar que novas críticas tenham lugar.

Além de apresentar essas duas propostas, o presente capítulo se debruça sobre as críticas<sup>102</sup> que podem ser direcionadas a esses dois modelos, bem como discute os limites e os problemas de se utilizar a Teoria dos Sistemas, e seus desdobramentos, como base para a sociologia, e, mais

---

<sup>101</sup> Aldous Huxley, *Admirável mundo novo*, p. 119.

<sup>102</sup> Embora muitos adeptos da Teoria dos Sistemas acreditem que sua proposta teórica não autoriza críticas contundentes, sendo “quase imune a refutações” (TRINDADE, 2008, p. 69).

especificamente, como uma forma de lidar adequadamente com a sociologia do direito, com o entendimento da construção da decisão judicial, e com as relações entre direito, política e sociedade, daí decorrentes. O argumento é de que a Teoria dos Sistemas não lida de forma adequada com nenhum desses pontos.

### **5.1. A teoria sistêmica de Gunther Teubner aplicada ao direito**

Marcelo Mello<sup>103</sup> busca encontrar continuidades e diferenças nos pensamentos de Luhmann e Teubner, dentro de uma perspectiva sistêmica na sociologia do direito. Ele aponta que Teubner mantém a perspectiva de análise no bojo da Teoria dos Sistemas de Luhmann, mas acrescenta uma ideia de reflexividade à sua proposta sistêmica (MELLO, 2006, p. 351).

Como vimos, Luhmann busca superar os impasses da análise parsoniana dos sistemas, e, ao mesmo tempo, refutar a crítica fenomenológica à sociologia de Parsons (baseada, tal crítica, na afirmação da importância do sujeito na vida social). Luhmann procura romper com os paradigmas sociológicos subjetivistas, deslocando o enfoque<sup>104</sup> da sociologia das interpretações e acordos entre os sujeitos para os desenvolvimentos dos códigos sistêmicos em si (idem, p. 352). Teubner, por sua vez, incorpora o conceito de reflexividade à teoria sistêmica de Luhmann, buscando explicar a configuração de fatores externos (como é o caso das pressões sociais) e internos (como no caso do formalismo jurídico), no bojo do direito contemporâneo.

Assim como Luhmann, Teubner rejeita as chamadas interpretações clássicas oferecidas pela sociologia do direito, conforme vimos no capítulo anterior. Contudo, ao contrário de Luhmann, que não apontava para a aplicação empírica da Teoria dos Sistemas, com base na ideia de que a teoria se constrói com base em si mesma, Teubner, decide por aplicá-la ao estudo empírico dos fenômenos jurídicos (MELLO, 2006, p. 352). Para Teubner, o

---

<sup>103</sup> Em excelente artigo, onde as proximidades e as diferenças entre Luhmann e Teubner são esmiuçadas, e as críticas ao pensamento sistêmico são expostas de forma clara e objetiva.

<sup>104</sup> Deslocar o enfoque da sociologia, no entanto, não necessariamente implica a desconsideração dos sujeitos. Pode-se trocar o enfoque sem que essa mudança resulte em um não reconhecimento da importância dos sujeitos para outros enfoques. Esse é o ponto que pretendemos defender nesta tese.

direito é resultado de uma interação entre fatores sistêmicos, portanto, internos ao próprio direito, e pressões políticas e sociais pela incorporação de elementos de justiça material, algo que ele entende como uma espécie de juridificação<sup>105</sup> das relações sociais nas sociedades contemporâneas. Esses últimos elementos, evidentemente, são externos ao direito. É interessante notar a diferença que, nesse ponto, se estabelece entre Teubner e Luhmann. Este último considera a existência de fatores externos ao sistema, mas os mantém, sempre, como fatores externos, entendendo a interação como uma expressão inadequada para se referir à relação que tais fatores mantêm com os fatores internos ao sistema. Luhmann se referia a essa relação a partir de uma 'irritação' dos fatores externos no sistema, sem que os mesmos nunca chegassem a interagir diretamente com este. Teubner, por sua vez, admitirá diferentes níveis de autonomia do sistema em relação aos elementos externos, criando uma tipologia, com base na autonomia, dos sistemas do direito. Além disso, ele levará em conta as pressões que *grupos sociais* exercem sobre o direito.

A unidade básica de análise, em Luhmann, são as comunicações, não os sujeitos. Estes possuem interpretações diversas e personalizadas das situações, sendo impossível enquadrá-los em padrões para a compreensão da ordem social (MELLO, 2006, p. 369). Teubner segue a perspectiva sistêmica de Luhmann, mas retorna com os sujeitos, principalmente nas figuras das classes e dos movimentos sociais, reconhecendo a influência de variáveis externas ao sistema. Por isso, Mello recorre a Teubner para reconhecer a importância da teoria sistêmica:

Teubner, embora pretenda assumir esse modelo sistêmico *luhmanniano*, insere um corpo estranho a essa teoria, que é a ideia de um desenvolvimento histórico ('progressivo') do subsistema do direito empreendido por 'sujeitos': classes sociais, corporações de juristas, movimentos sociais, etc, o que o autor chama de influência das 'variáveis externas' (MELLO, 2006, p. 369).

---

<sup>105</sup> Marcelo Neves afirmará, de acordo com o que veremos adiante, que esse fenômeno não ocorre, de fato, no Brasil.

Teubner propõe uma relativização do modelo sistêmico luhmanniano, tido como demasiado rígido. De fato, algumas passagens do pensamento de Luhmann acabam por fazer parecer que existe, nos processos de interação sistêmica, uma espécie de behaviorismo sistêmico, baseado em estímulos e respostas: o ambiente irrita (estímulo), o sistema reage (resposta), imediatamente desencadeando um processo interno de produção. Teubner acredita que o processo não se dá dessa forma, tendo em vista a própria ideia de seletividade sistêmica. Ao enfrentar o tema das influências externas no sistema jurídico, Teubner aponta que as mesmas não podem ser ignoradas, mas, ao mesmo tempo, não podem ser convertidas diretamente pelo sistema, em um esquema estímulo-resposta, gerando efeitos internos diretos<sup>106</sup>. Com isso, Teubner fará a opção por uma proposta menos rígida da Teoria dos Sistemas.

Essa proposta se relaciona diretamente com a mudança de entendimento em torno do conceito de autopoiesis. De um lado, ele busca aprofundar o conceito, ao passo que, de outro, procura incorporar variáveis históricas, sociais e políticas, para a explicação do fenômeno do direito (MELLO, 2006, p. 357). O autor confronta a proposta de Luhmann com a realidade dos sistemas jurídicos europeus no contexto do *Welfare State*. É interessante notar que essa proposta de Teubner, apesar de manter, em grande parte, o modelo luhmanniano, coloca em xeque um dos pressupostos da Teoria dos Sistemas de Luhmann. Se, para este, os sistemas têm sua existência pressuposta, e a tarefa da teoria seria descrever o que ocorre na realidade, para aquele, é preciso confrontar o modelo teórico sistêmico com os sistemas jurídicos na Europa. Teubner, portanto, não parte do pressuposto da existência dos sistemas, mas, antes, testa sua existência. Além disso, Teubner insere um modelo reflexivo de direito na teoria sistêmica (passo que é visto por Mello como a grande contribuição de Teubner à teoria dos sistemas jurídicos).

Teubner redimensiona o conceito de autopoiesis a partir de uma crítica à forma como esse conceito era trabalhado em Maturana, Varela e Luhmann.

---

<sup>106</sup> Para Marcelo Neves (1996), essa concepção de Teubner pode oferecer caminhos alternativos ao entendimento do direito como sistema, mas ainda se prende aos elementos centrais da teoria sistêmica.

Para Teubner, tais autores lançavam mão de um conceito de autopoiesis demasiadamente inflexível, rígido, e caracterizado, de acordo com a interpretação de Mello, por um esquema de tudo ou nada. No registro luhmanniano, como ele afirma categoricamente, inclusive se referindo ao próprio Teubner, não há uma estrutura gradativa no conceito. Assim, ou o direito se reproduz autopoieticamente ou não (MELLO, 2006, p. 357). De acordo com a proposta de Teubner, tanto a autonomia quanto a autopoiesis precisam ser entendidas a partir de uma estrutura de gradação.

Na esteira de Roth, Teubner afirma que um sistema se torna crescentemente autorreferencial (elemento de gradação). Quanto maior o *feedback* entre seus componentes, maior a plasticidade funcional e estrutural do sistema (idem, p. 358). Com isso, um sistema vai se tornando autônomo na medida em que consegue constituir seus elementos em ciclos autorreferenciais, só atingindo a autonomia autopoietica quando tais componentes, assim articulados, se relacionarem, por sua vez, a partir do que Teubner chamou de hiperciclos. Estes são caracterizados por relações circulares que permitem ao sistema atingir um novo tipo de autonomia, excluindo a existência de interdependências causais entre o sistema jurídico e o sistema social (MELLO, 2006, p. 358). O processo de gradação, em direção a uma maior autonomia, do hiperciclo dos sistemas, possui, de acordo com a concepção de Teubner, três fases: auto-observação, que consiste em observar seus componentes através da comunicação reflexiva; autoconstituição, que implica definir e colocar em operação, por si só, o conjunto dos componentes sistêmicos; e, por fim, a autopoiesis, referente à reprodução de si mesmo através da produção de novos elementos a partir de seus próprios elementos. No modelo proposto por Teubner, portanto, ao contrário do que pode ser observado no modelo de Luhmann, a autopoiesis não é característica necessária e inicial de todo sistema. Ela se apresenta como uma fase de desenvolvimento posterior, quando o sistema atinge seu grau máximo de autonomia.

O tema da autonomia merece uma atenção especial na teoria de Teubner. A concepção mais desenvolvida<sup>107</sup> da Teoria dos Sistemas, na visão

---

<sup>107</sup> A diferença entre a versão clássica da teoria sistêmica para a versão moderna (a de 1984, quando Teubner publicou o artigo) consistia na autopoiesis. A abordagem clássica estava

do autor, tinha grande aplicação para a compreensão do direito, justamente no que se referia ao conceito de autonomia. Para Teubner, o sistema do direito desenvolve sua autonomia com a evolução social e legal. A autonomia, de acordo com ele, deve ser entendida como uma decorrência do fechamento autorreferencial, o que levava, conseqüentemente, a uma defesa do formalismo jurídico: “As a result of socio-legal evolution, the legal system develops an autonomy which has to be understood as self-referential closure. Legal formalism is the structural counterpart of this autonomy<sup>108</sup>” (TEUBNER, 1984, p. 293). Esse conceito de autonomia não deveria ser entendido como conectado, necessariamente, a um artificialismo científico, e, com isso, não deixaria de fora do direito suas conexões com outros sistemas e com a sociedade. Por autonomia, Teubner se refere exclusivamente à organização autorreferencial e autopoiética do sistema legal. Por isso, a defesa da necessidade de um sistema operacionalmente fechado: “(...) autonomy is not necessarily connected to an artificial conceptualism of ‘legal science’ and does not exclude far-reaching interdependencies with the political system. By autonomy I mean the *self-referential and autopoietic organization of the legal system*”<sup>109</sup> (TEUBNER, 1984, p. 295, grifos do autor).

Segundo Teubner, essa concepção de autonomia como resultado da evolução legal gerava grande confusão conceitual (que caracterizava seu debate com o jurista alemão Blankenburg), a começar pela definição do que é sistema legal. Trata-se de um sistema simbólico de normas e decisões, ou de um sistema compreensivo de ações comunicativas? Para Teubner, muitos juristas (como Blankenburg) estabelecem definições muito frouxas e pouco rigorosas para compreender o sistema legal (idem, p. 293).

---

centrada nas relações internas entre os elementos do sistema (o que, no direito, significava uma busca por uma integração interna entre os elementos do sistema jurídico; para mais, ver LOSANO, 2008), ao passo que, com a ênfase na autopoiesis, o interesse passou a recair sobre a relação entre o sistema e o ambiente circundante (TEUBNER, 1984, p. 252). As questões centrais passaram a ser: como os sistemas dão conta de um ambiente supercomplexo? Por qual processo interno *inputs* são transformados em *outputs*? Como estruturas internas são derivadas de demandas externas?

<sup>108</sup> “Como resultado da evolução sócio-legal, o sistema legal desenvolve uma autonomia que tem que ser entendida como fechamento autorreferencial. O formalismo legal é a contrapartida estrutural de sua autonomia”. Tradução nossa.

<sup>109</sup> “(...) autonomia não é necessariamente conectada a um conceito artificial de ‘ciência legal’ e não exclui as extensas interdependências com o sistema político. Por autonomia, eu quero dizer a organização autorreferencial e autopoiética do sistema legal”. Tradução nossa.

Sua proposta, tendo em vista a concepção de direito reflexivo, no entanto, era baseada em uma definição rigorosa do direito, de acordo com a tradição funcionalista da Teoria dos Sistemas, incluindo o sistema simbólico de regras, mas excluindo os agentes individuais concretos: “(...) the concept of reflexive law is based on a strict definition of law in the tradition of functionalist systems theory. It includes the symbolic system of legal rules, but it excludes the concrete acting individuals<sup>110</sup>” (TEUBNER, 1984, p. 294).

É interessante notar que Teubner define o direito com base na exclusão, defendida também por Luhmann, dos agentes individuais concretos, ao passo que reconhecerá depois que o direito é alvo de pressões de agentes externos, capazes de, historicamente, influenciá-lo, conforme aponta Mello (2006). Contudo, em definição, o discurso sistêmico sobre o direito permanece sendo o das comunicações, e não o dos sujeitos. Desta maneira, as unidades básicas do sistema jurídico, seguindo o caminho aberto por Luhmann, serão pensadas como sendo as comunicações legais:

Its basic units are legal communications. The legal system is seen as a system of actions, comprising not only legal discourse about norms or organized action like court decisions and legislation, but any human communication which has reference to legal expectations<sup>111</sup> (TEUBNER, 1984, p. 294).

Com base na centralidade das comunicações como unidades constituintes dos sistemas, estes são capazes de se manter autônomos na medida em que reproduzem suas comunicações a partir de elementos estritamente internos. Por isso, a importância do fechamento operacional, que se torna ainda mais necessário no direito. No sistema jurídico, o encerramento encontra lugar na relação circular entre decisões legais e regras normativas: as decisões se referem a regras e as regras se referem a decisões, conforme a própria definição de Luhmann. As decisões só são válidas legalmente se

<sup>110</sup> “(...) o conceito de direito reflexivo é baseado em uma definição estrita de direito na tradição da teoria funcionalista dos sistemas. Ela inclui o sistema simbólico das normas legais, mas exclui os indivíduos que agem concretamente”. Tradução nossa.

<sup>111</sup> “Sua unidade básica são as comunicações legais. O sistema legal é visto como um sistema de ações, envolvendo não somente o discurso legal sobre normas ou a ação organizada, como as decisões judiciais e a legislação, mas qualquer comunicação humana que faça referência a expectativas legais”. Tradução nossa.

possuem base em normas, que, por sua vez, adquirem validade quando implementadas por decisões. Essa é a circularidade base do direito, fundadora de sua autonomia. Não se pode, desta forma, falar de autonomia do direito se conflitos são decididos no contexto geral dos processos políticos e sociais. O necessário é criar uma estrutura autopoiética que realoca referências a fatores externos, os retraduzindo para regras jurídicas:

This basal circularity of the law is the foundation for legal autonomy. One cannot speak of legal autonomy if conflicts are decided in the general context of political and social processes. (...) This self-referential structure becomes an autopoietic organization to the degree that references to external factors, e.g. politics or religion, are replaced by references to legal rules (stemming from court decisions, doctrinal inventions, or legislative acts)<sup>112</sup> (TEUBNER, 1984, p. 295).

Para Teubner, a circularidade referencial das normas e decisões é que cria a autonomia do sistema legal, mas isso não significa que o direito seja caracterizado por um isolamento. Ao contrário, a interdependência entre o direito e a sociedade aumenta. Toda essa perspectiva acerca da autonomia do direito é uma influência direta da teoria sistêmica de Luhmann, mas Teubner, além da influência, verá nela motivos para crítica, principalmente, pela percepção de que o enfoque luhmanniano é excessivamente rígido.

A rigidez do modelo de Luhmann é, assim, questionada por Teubner. Mesmo dentro do registro da Teoria dos Sistemas, a inflexibilidade da proposta de Luhmann é notada. Caso contrário, por que haveria necessidade de inserir elementos sociais para a explicação do direito? Além disso, o hiperciclo, baseado em uma concepção gradual dos conceitos de autonomia e autopoeisis, apresenta estágios de desenvolvimento do sistema. Isso significa que nem todo sistema jurídico se encontra no mesmo grau de

---

<sup>112</sup> “Esta circularidade basal do direito é o fundamento para a autonomia jurídica. Não se pode falar em autonomia legal se os conflitos são decididos no contexto geral dos processos políticos e sociais. (...) Esta estrutura autorreferencial se torna uma organização autopoiética na medida em que referências a fatores externos, como, por exemplo, política ou religião, são substituídas por referências a normas legais (decorrentes de decisões judiciais, invenções doutrinárias ou atos legislativos)”. Tradução nossa.



desenvolvimento. Nem todo sistema jurídico seria, de saída, portanto, autopoietico. Na concepção de Teubner, a autopoiesis é parte de um processo de desenvolvimento do sistema. Há sistemas jurídicos com características de desenvolvimento diferentes. Como a Teoria dos Sistemas de Luhmann se aplicaria a esses diferentes graus de autonomia, se a autopoiesis é percebida de forma não gradual? A resposta de Marcelo Neves será de que ela não se aplica a contextos em que a autonomia dos sistemas não pode ser experimentada como autopoiesis.

Apesar da concepção de Teubner ser um importante instrumento de crítica à rigidez do modelo luhmanniano, que homogeneiza os sistemas jurídicos, não dando atenção às diferenças que podem existir entre eles, ela, por sua vez, não escapa de críticas. Mesmo que a proposta de Teubner seja mais atenta às diferenças entre os sistemas do que a de Luhmann, a concepção tem como pano de fundo uma interpretação evolucionista. Os graus propostos por Teubner, em seu modelo de desenvolvimento em hiperciclos, são taxativos? Os sistemas jurídicos devem passar, sempre e necessariamente, pelos três estágios, na ordem em que são apresentados? Se a rigidez no modelo de Luhmann é rechaçada por um lado, de outro, cria-se uma nova forma de rigidez. De acordo com Mello (2006), Teubner, no entanto, buscará fugir dessa crítica afirmando que os hiperciclos não evoluem de acordo com padrões predeterminados, ou dirigidos a um fim específico.

O problema, segundo Teubner, está na interpretação do conceito de evolução. De acordo com ele, o termo evolução possui uma conotação ultrapassada, envolvendo o sentido de necessidade, unilateralidade, progresso e direcionamento. No entanto, a evolução no direito não precisa ser entendida dessa forma, que acaba fazendo jus às críticas que recebe. A evolução sócio-legal, defendida por Teubner, não deve ser entendida como o desenvolvimento universal que revela estágios cada vez mais avançados do direito e da sociedade (TEUBNER, 1984, p. 294). Teubner entende o direito como produto da interação entre um conjunto de mecanismos de variação, seleção e retenção no sistema legal, bem como o produto da interação desses mecanismos com mecanismos similares pertencentes a outros sistemas sociais (idem, p. 294).

Mesmo assim, o problema permanece. Na concepção dos hiperciclos, há, não resta dúvida, um elemento hierarquizante, trabalhado sob a égide do evolucionismo. A tentativa de rechaçar as críticas, por parte Teubner, não é bem sucedida, pois a percepção é a de que o modelo de sistema jurídico mais bem arquitetado, e que, em última instância, se apresenta como um horizonte para os demais (se não normativo, pelo menos no plano das expectativas), é aquele que apresenta o grau máximo de autopoeisis (na concepção de Luhmann, a única espécie de autopoeisis da qual é possível falar).

Seguindo a esteira de Luhmann, Teubner também busca escapar à causalidade de algumas explicações sobre o direito, como as tradicionais e as marxistas. Para ele, a ideia de autopoiesis pode sugerir uma espécie de autarquia do direito, e se o direito é dependente da economia e da política, isso não interessa em termos de causalidade. A autonomia do direito está no caráter circular de sua produção, e não na independência causal relativa ao ambiente. Por isso, Teubner recusa abordagens causais. Nesse ponto, não há diferença em relação à proposta de Luhmann. A circularidade da organização interna faz com que modelos explicativos baseados na causalidade das influências externas se tornem demasiadamente complexos. No lugar da lógica baseada no binômio causa/efeito, Teuber propõe uma lógica baseada na irritação/perturbação, deixando claro que os fatores externos são capazes de exercer influência sobre os processos circulares internos (MELLO, 2006, p. 360). Essa concepção se encontra também em Luhmann. O ambiente é capaz de influenciar o sistema, através de irritações, mas jamais pode romper os limites dados pelo próprio sistema, que, em última instância, o definem, influenciando-o de maneira direta.

A concepção de reflexividade entra em cena com a preocupação de Teubner em explicar o direito concreto. O objetivo, com essa inserção, é dar mais solidez a seu modelo explicativo. Assim, ele busca produzir uma explicação do fenômeno jurídico que escape, até certo ponto, de um lado, das teorias sociológicas sociocentradas, como aquelas encontradas em Weber e em Marx, e, de outro, das teorias como as de Selznick e Nonet (2010), a partir das quais se desenvolve uma crítica antiformalista ao direito contemporâneo, com base no conceito de responsividade, tendo em vista o diagnóstico de uma crise interna do direito.

Teubner defende que um novo tipo jurídico precisa ter lugar, a partir da ideia de reflexividade. Este novo tipo deveria ser capaz de confrontar os limites internos da racionalidade formal do direito com as exigências das sociedades pós-modernas (MELLO, 2006, p. 361). A concepção de Teubner, no entendimento de Mello, é influenciada pelo conceito de direito responsivo de Selznick e Nonet, embora Teubner afirme que esta abordagem não é capaz de diferenciar a racionalidade reflexiva da racionalidade material. Teubner propõe, então, um modelo com três tipos de direito, cada qual possuindo um tipo diferente de racionalidade: o direito formal (racionalidade interna), o direito material (racionalidade normativa) e o direito reflexivo (racionalidade sistêmica) (MELLO, 2006, p. 362).

A concepção de um direito reflexivo, na visão de Teubner, ao contrário das teorias que criticam o formalismo do direito, como as baseadas no direito responsivo, não está a serviço de um movimento de recuo no processo de legalização (positivação), que Teubner considera ingênuo, mas, ao contrário, há uma tendência a aumentar ainda mais esse processo, o que seria coerente com a concepção de um direito autônomo (TEUBNER, 1984, p. 300). Essa é a mesma saída apontada por Marcelo Neves, para a resolução do problema brasileiro.

## **5.2. Aplicação e (in)adequação da Teoria dos Sistemas no contexto brasileiro**

Um bom exemplo de aplicação da Teoria dos Sistemas para a interpretação do contexto brasileiro, mais precisamente no que diz respeito às relações entre o direito e a política, pode ser encontrado na tentativa de Marcelo Neves de diagnosticar os problemas de nossa organização social em termos democráticos. Neves busca apontar para os problemas de consolidação de um Estado Democrático de Direito entre nós, um exemplo de modernidade periférica. A partir dessa ideia, é possível analisar a adequação da Teoria dos Sistemas para entender o Brasil e as relações entre o direito e a política em nosso contexto.

Tomando os diagnósticos da modernidade de Luhmann e Habermas, que Neves entende como complementares<sup>113</sup>, o autor constrói uma tipologia da modernidade a partir das características dos sistemas, no sentido luhmanniano, de cada sociedade. As características estruturais da modernidade (o desenvolvimento de sistemas autopoieticos, a superação da moral tradicional e o desenvolvimento de uma esfera pública autônoma) são utilizadas como o elemento chave para definir o tipo de modernidade experimentado por determinada sociedade:

De acordo com o modelo luhmanniano, a sociedade moderna caracteriza-se pela hipercomplexidade, indissociavelmente vinculada à diferenciação funcional, que se realiza plenamente com a emergência de subsistemas autopoieticos. (...) Conforme o modelo habermasiano, a modernidade estaria mais diretamente relacionada à superação da moral convencional pré-moderna e ao advento de uma consciência universalista ('pós-convencional'), que importaria a construção de uma esfera pública autônoma (NEVES, 2006, p. 237).

De acordo com Neves, estes dois diagnósticos encontram "plausibilidade" no contexto dos países centrais, mas não, de forma completa, nos países periféricos. Eles se aplicam à modernidade central, tomada como parâmetro de comparação, mas não às sociedades onde a modernidade não alcançou um nível de consolidação e maturidade como nos países centrais. Na periferia, "não houve de maneira alguma a efetivação da autonomia sistêmica de acordo com o princípio da diferenciação funcional" (NEVES, 2006, p. 237). No diagnóstico do autor, o Estado Democrático de Direito não se realiza plenamente na modernidade periférica, em virtude de alguns fatores negativos,

---

<sup>113</sup> Apesar de Habermas fundamentar eticamente sua proposição e Luhmann apontar para um amoralismo, suas concepções se aproximam através do reconhecimento da superação da moral convencional (NEVES, 1996, p. 95). Há uma diferença importante, entretanto, entre as duas abordagens sobre a modernidade. Em Habermas, é diagnosticada uma diferença entre o sistema e o mundo da vida. Aquele se apresenta como um espaço caracterizado pelo agir com respeito a fins, estratégico e instrumental, ao passo que este se caracteriza pelo agir comunicativo, orientado pela busca do entendimento intersubjetivo. Isso quer dizer que Habermas, ao contrário da proposta de Luhmann, mantém sua teoria atenta à ação humana.

que colocam limites à autorreferência dos sistemas político e jurídico. Há persistência de obstáculos destrutivos generalizados “à reprodução autônoma dos sistemas jurídico e político” (NEVES, 2006, p. 236).

Tanto para Luhmann quanto para Habermas, a modernidade é caracterizada, entre outras coisas, por um direito autônomo. Essa é uma ideia indissociável da concepção de Estado de Direito (NEVES, 1996, p. 93). Para Neves, no entanto, há uma insuficiente realização do Estado de Direito na modernidade periférica, em função da ausência de autonomia do direito. Luhmann aponta, ainda, que uma das características essenciais do direito moderno é sua positividade, acompanhada, por sua vez, de sua neutralidade moral. De acordo com Luhmann, a positividade<sup>114</sup> do direito, que o caracteriza como moderno, se manifesta através da supressão da determinação imediata do direito por interesses, vontades e critérios políticos dos donos do poder, ocasionando, desta maneira, uma necessária neutralização moral do sistema jurídico (NEVES, 1996, p. 96). A neutralização moral do direito, conforme Neves aponta, não é, também, um ponto defendido em uníssono. Muito se tem discutido acerca da fundamentação ética e valorativa no direito, nem que seja a partir dos procedimentos (como vemos no exemplo da proposta habermasiana), e não dos conteúdos.

Além disso, a esfera pública pluralista, conforme modelo proposto por Habermas, baseada na igualdade e na cidadania plena, outra característica, assim como a autonomia dos sistemas funcionais em Luhmann, da modernidade, também não encontra suporte para sua efetivação. A ausência dessas duas características, autonomia sistêmica e esfera pública plural, faz

---

<sup>114</sup> A positividade, para Luhmann, é entendida de forma diversa do que ocorre em uma tradição de entendimento do positivismo jurídico como um fenômeno conservador, inflexível, corporativista, reativo a concepções valorativas no bojo do direito e pouco atento à sociedade da qual faz parte. Evitar a determinação do direito por interesses escusos e particularistas é algo, de fato, importante, e alimenta uma expectativa positiva diante de um sistema jurídico que assegura a proteção dos direitos dos indivíduos e grupos sociais de forma igualitária. No entanto, algo bem diferente dessa concepção, é um hermetismo jurídico através do qual a Teoria dos Sistemas, para o direito, tende a ser entendida e recebida, neste caso, como insulamento. De todo modo, Marcelo Neves se esforça por separar o paradigma sistêmico de orientações positivistas como a de Kelsen, por exemplo. Este não se vincularia ao paradigma autopoietico de Luhmann, como propõe Ost, pois a ideia kelseniana de autoprodução do direito permanece no nível estrutural hierárquico do ordenamento normativo. A autopoiesis se refere ao nível operacional de reprodução circular do direito. As ideias de Kelsen podem ser transportadas, abstratamente, a diferentes Estados, ao passo que as de Luhmann, para tanto, dependem da observância de condições sociais concretas (NEVES, 1996, p. 99).

com que Neves defina a modernidade periférica como uma espécie de modernidade negativa.

Esse é um ponto importante. A base para a comparação da modernidade periférica é o desenvolvimento da modernidade de acordo com as características do modelo europeu ocidental. A comparação centro-periferia já expõe a concepção hierárquica do tipo de modernidade considerado como modelo. No entanto, a definição de uma modernidade negativa, para os países periféricos, denuncia de forma plena a posição concedida ao tipo de organização social como a nossa. Tendo como base o exemplo dos países centrais, nosso modelo de organização social, julgado a partir dos critérios da modernidade europeia ocidental, só pode ser taxado como desviante, imperfeito, incompleto, destituído das características que fazem da modernidade europeia a única forma de modernidade legítima:

Na modernidade periférica, à hipercomplexidade social e à superação do moralismo fundamentador da diferenciação hierárquica, não se seguiu a construção de sistemas sociais que, embora interpenetráveis e mesmo interferentes, construam-se autonomamente em seu topos específico (NEVES, 2006, p. 238).

Esse é o motivo pelo qual Neves acredita que os problemas da modernidade periférica são mais complexos do que aqueles que caracterizam os países centrais, no que diz respeito à construção dos alicerces do mundo moderno. Em contextos periféricos, a relação entre os sistemas funcionais não ocorrem de maneira harmônica, tendo em vista o fechamento que caracteriza os sistemas, mas, antes, de forma destrutiva:

As relações entre as esferas de comunicação assumem formas autodestrutivas e heterodestrutivas, com consequências desastrosas para a integração sistêmica e a inclusão social. Nesse sentido, a modernidade não se constrói positivamente, como superação da tradição por força do surgimento de sistemas funcionais autônomos, mas antes negativamente,

como hipercomplexidade desagregadora do moralismo hierárquico tradicional (NEVES, 2006, p. 238).

O fechamento operacional incompleto dos sistemas funcionais é visto como um dos principais fatores explicativos para os problemas de organização social dos países da modernidade periférica. Por outro lado, somando à concepção luhmanniana o diagnóstico de Habermas, não há, nos países periféricos, a formação de uma moral pós-convencional, com pretensões normativas e baseada na ideia de uma cidadania plena. A negatividade de nossa modernidade, nesse sentido, tem base na ausência de uma esfera pública autônoma, desenvolvida em torno de uma consciência moral universalista, que fosse capaz de substituir a moral hierárquica, superada pela modernidade.

Ao se referir a uma consciência universalista, Neves considera “a inclusão generalizada na sociedade, e, assim, ao acesso dos diversos valores, interesses e discursos aos procedimentos do Estado Democrático de Direito” (2006, p. 238). Para tanto, segundo ele, é preciso respeitar as diferenças e características das diversas esferas autônomas de comunicação, tendo em vista “uma moral do dissenso”. A modernidade periférica carece de uma cidadania calcada na generalização institucional, e, com isso, não apresenta representações universalistas, já que os subsistemas sociais, em especial, a política e o direito, não se reproduzem segundo seus próprios códigos, visto que invadidos por referências que lhes são externas:

A partir da sociedade envolvente, os sistemas jurídico e político são bloqueados generalizadamente em sua autoprodução consistente por injunções heterônomas de outros códigos e critérios sistêmicos, assim como pelos particularismos difusos que persistem na ausência de uma esfera pública pluralista. No interior do Estado, por sua vez, verificam-se intrusões destrutivas do poder na esfera do direito. (NEVES, 2006, p. 239).

A modernidade negativa é, sobretudo, um obstáculo à realização de um Estado Democrático de Direito. O direito e a política se encontram em posições

de fragilidade enquanto sistemas apoiéticos. Quanto ao direito, Neves fala em alopoiesis social do sistema, visto que o código binário do direito, qual seja, lícito/ilícito, que o caracteriza enquanto sistema, perde a sua prevalência dentro do sistema para códigos oriundos de outros sistemas, como o da política e o da economia. O problema, nesse caso, é a ausência de fronteiras claramente definidas entre os diferentes sistemas, o que não nos permite identificar uma “esfera da juridicidade”.

A economia, enquanto sistema baseado no código ter/não ter, acaba por ver seu código se reproduzir “hipertroficadamente”, inclusive no direito, gerando privilégios e exclusões ilegais, acentuando grandes diferenças econômicas entre as diferentes camadas sociais. Além da invasão do código econômico, o sistema do direito vê os mecanismos relacionais (o que Bourdieu chamaria de capital social), baseados na família e nos laços de amizade, e o poder privatizado exercerem seus efeitos no interior do sistema, comprometendo sua autonomia. Esta percepção, em essência, não se afasta muito do diagnóstico da tradição marxista acerca dos aspectos econômicos serem os elementos condicionantes de outras estruturas sociais, como o direito e a política.

O que se percebe, nessas circunstâncias, é a invasão do direito por critérios extrajurídicos, principalmente no que diz respeito aos procedimentos estritamente jurídicos, como o jurisdicional e a execução da lei, prejudicando a consolidação do Estado Democrático de Direito. Essa invasão, na modernidade periférica, tem se mostrado incontrolável, impedindo o processamento de casos jurídicos com base em critérios jurídicos, o que caracteriza a ideia de sistema autopoiético. Quanto a esses critérios extrajurídicos, não se trata, na visão do autor, de uma abertura a interesses sociais, e sim uma corrupção destrutiva em relação ao sistema:

É ingênua a interpretação de que se trata aqui de uma ampla abertura cognitiva do direito aos interesses sociais. Do ponto de vista sistêmico, abertura cognitiva pressupõe fechamento operacional ou normativo. Portanto, antes se trata de quebra do fechamento operacional, por força da qual se diluem as fronteiras entre o ‘campo jurídico’ e outras esferas de comunicação. (NEVES, 2006, p. 240).



Enquanto é possível observar, nos países centrais, “fenômenos localizados de corrupção sistêmica” (idem p. 240), na modernidade periférica, esses fenômenos se tornam perenes, criando uma crise de identidade para o sistema do direito, ao contrário das adaptações pelas quais o direito tem que passar na modernidade central. Essa corrupção sistêmica caracteriza os países periféricos<sup>115</sup>, tendo como resultado a quebra do princípio da diferenciação funcional entre os sistemas e a alopoiesis do direito. Não se trata, portanto, para usar uma linguagem habermasiana, da colonização do mundo da vida pelo direito, mas do movimento contrário, da colonização do direito pelo mundo da vida. Como ressaltado anteriormente, Neves não vê esse processo como algo positivo, ou seja, como a abertura do direito para os interesses sociais, mas sim como a ausência de identidade do direito, o que acaba gerando sua corrosão enquanto sistema.

Do ponto de vista jurídico, os países periféricos apresentam, como característica, uma produção normativa demasiada, com a promulgação de textos constitucionais e legais, sem que esse processo de elaboração legislativa encontre eco na efetivação das leis que são aprovadas. O problema da modernidade periférica, então, não é a produção legislativa, em outras palavras, a ausência de leis, mas sim a ausência de concretização dessas leis, impedida pela incidência de códigos variantes, que não o do direito. A produção da lei é acompanhada por distorções interpretativas, baseadas em “injunções particularistas”, fazendo prevalecer, na aplicação da lei, tudo, menos o direito. O fenômeno da judicialização da política (VIANNA *et alli*, 1999), apontando para o protagonismo do direito para a resolução de conflitos sociais antes levados à seara política, é acompanhado, segundo Neves, pela desjuricização fática do direito (NEVES, 2006, p. 241).

O diagnóstico de Neves para o Brasil segue a esteira de Raymundo Faoro (1973), mas com instrumentos teóricos distintos. No entendimento deste último, o patriarcalismo, a vitória do poder privado sobre o poder público, como características centrais de nossa organização social. Em Neves, os elementos teóricos fornecidos pela Teoria dos Sistemas. Assim, reproduzimos os donos do poder, mesmo com uma legislação, aparentemente, igualitária.

---

<sup>115</sup> Para mais sobre o tema, ver os anexos desta tese.

No entanto, de acordo com Neves, não somente Têmis é violada, mas também o Leviatã<sup>116</sup>. A política vê, assim como o direito, a perda de sua autonomia sistêmica funcional, a partir de mecanismos sociais destrutivos. Também como o direito, a política é invadida pelo código econômico e pelos particularismos do acúmulo de capital social dos indivíduos e grupos sociais. Aqui, também, não se trata de, nos termos da Teoria dos Sistemas, uma abertura cognitiva da política em relação à sociedade, fazendo ecoar os interesses de uma esfera pública plural e participativa, nos termos habermasianos (algo que, no Brasil, conforme postula Marcelo Neves, não existe), mas, antes, de uma quebra do fechamento operacional da política, o que, na abordagem sistêmica, é requisito para sua abertura cognitiva. Essa falta de fechamento pode ser observada, com nitidez, nos procedimentos eleitorais e legislativos, palcos de casos generalizados de corrupção e fraude. Para Neves, por exemplo, a eleição se manifestaria como um mero ritual, onde o código do direito, que deveria funcionar como o segundo código da política, não se faz incidir. Isso leva a uma ilegitimidade do procedimento.

No entanto, por que o direito deveria ser o segundo código da política? Em sistemas caracterizados por seus códigos, como poderia haver um código sobressalente? Existindo, quais são os limites de sua atuação? Em outras palavras, quando o código da política deixaria de ser utilizado, no sistema político, para que o código do direito operasse em seu lugar? Nenhuma dessas questões é respondida, não encontrando eco na proposta teórica de Luhmann para uma teoria geral dos sistemas. Os sistemas, na concepção luhmanniana, são caracterizados por códigos próprios. Como poderiam ter um código sobressalente tendo em vista a ideia de sentido, conforme apontamos no capítulo anterior?

Neves segue seu diagnóstico afirmando que as relações entre o direito e a política, entre Têmis e Leviatã, tornam-se destrutivas, visto que o código do poder, característico da política, se sobrepõe ao código lícito/ilícito, característico do direito. Segundo Neves, o código do direito se torna frágil, já que não serve como critério para a efetivação do direito com base no direito, se submetendo ao código do poder, oriundo da política:

---

<sup>116</sup> Referência, respectivamente, ao direito e à política. A referência é utilizada por Neves para dar nome a uma de suas obras, *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*.

Daí por que a diferença entre lícito e ilícito não desempenha satisfatoriamente a função de segundo código do poder, estando ausente assim uma característica sistêmica básica do Estado Democrático de Direito. A constitucionalidade e a legalidade são postas frequentemente de lado conforme a respectiva relação concreta de poder (NEVES, 2006, p. 243).

No entanto, essa relação de sobreposição da política em relação ao direito, segundo Neves, não se revela como uma forma de demonstração da força do sistema político diante da fragilidade do sistema do direito e de seu código:

A postura subjugante de Leviatã em relação a Têmis não importa, porém, autonomia e forte identidade do sistema político. Ao contrário, exatamente enquanto se afasta de qualquer vínculo (fixado constitucionalmente) ao código lícito/ilícito, a política fica exposta diretamente a particularismos relacionais e exigências econômicas concretas, não podendo, assim, reproduzir-se autonomamente. (NEVES, 2006, p. 243).

Enquanto direito e política perdem sua identidade em uma modernidade periférica, caracterizada por uma “miscelânea social de códigos e critérios, que torna indefinidas e confusas as fronteiras do campo jurídico e da esfera estatal perante outros âmbitos do agir e vivenciar, assim como as fronteiras entre o direito e a política” (idem, p. 240), o tema da cidadania não encontra espaço para efetivação. Assim como a modernidade pode ser classificada em periférica e central, em contextos periféricos, os indivíduos terão acessos diferenciados ao direito, e, portanto, a diferentes acessos em relação à cidadania. Nesse ponto, Neves insere elementos diferentes da proposta sistêmica luhmanniana para a explicação da vida social, quais sejam, indivíduos, grupos sociais, e sua ação instrumentalizadora de estruturas sociais. Afinal, como se explicam as invasões do direito e da política por particularismos sem considerar atores sociais, sejam indivíduos ou grupos?

Em um contexto onde o direito é disponível e instrumentalizado, a esfera pública plural é inexistente, os sistemas não são autônomos e o Estado é parcial, a autonomia privada e a autonomia pública se encontram ameaçadas. A primeira, relacionada aos direitos humanos, se vê diante da inexistência da liberdade e da igualdade entre os cidadãos, com tais direitos sendo efetivados para determinados grupos, mas não para outros, criando uma divisão entre privilegiados e excluídos, abrindo espaço para o clientelismo. Em relação à autonomia pública, a soberania popular não encontra lugar, e a formação da vontade não se dá de forma imparcial, levando em conta a esfera pública. O resultado é uma espécie de privatização do Estado, que se torna um “palco em que interesses particularistas conflitantes procuram impor-se à margem dos procedimentos constitucionais” (NEVES, 2006, p. 247).

De acordo com Neves, o quadro que descreve não é uma característica do Brasil apenas, associada a uma espécie de antropologia da nação. Antes, trata-se de um fenômeno estrutural, definidor de toda modernidade periférica, onde quer que tenha lugar. Em contextos de modernidade negativa, como é o caso brasileiro, o que se percebe são formas subordinadas de integração social, tendo como base a relação dos diferentes grupos sociais com o direito. A cidadania, entre nós, não é experimentada a partir da integração igualitária dos indivíduos, mas através de distintas maneiras de relação com o direito e com o Estado.

Assim, Neves vê a formação de dois grandes grupos sociais, a partir de sua integração jurídico-política, os subintegrados e os sobreintegrados, ou seja, os subcidadãos e os sobrecidadãos. Nenhum destes grupos pode ser tratado a partir da perspectiva isolada da inclusão ou da exclusão. De fato, ambos são incluídos e excluídos, mas tendo em vista aspectos diferentes<sup>117</sup>. Os subcidadãos são excluídos a partir da dimensão do acesso aos benefícios do sistema jurídico, sendo destituídos de direitos, prerrogativas e poderes, mas são incluídos, “por baixo” (na expressão de Neves), já que dependem das prescrições impositivas do Estado. Esses subcidadãos figuram, normalmente,

---

<sup>117</sup> “A subintegração das massas é inseparável da sobreintegração dos grupos privilegiados, que, principalmente com apoio da burocracia estatal, desenvolvem suas ações bloqueantes da reprodução do direito” (NEVES, 1996, p. 102). Essa passagem poderia, perfeitamente, ser atribuída a Bourdieu, tal a semelhança dos argumentos mobilizados por Neves. A explicação envolve atores e instrumentalização do direito, tudo aquilo que Luhmann condena.

como devedores, réus e condenados, e sua integração no sistema jurídico se dá pelo polo dos deveres que têm diante do Estado. Por outro lado, os sobrecidadãos têm sua integração “por cima”, sendo incluídos através do reconhecimento de seus direitos e de seus poderes. No entanto, são excluídos pelo polo dos deveres, justamente por onde os subcidadãos são integrados, o que pode ser observado através de sua não subordinação, em regra, à atividade punitiva do Estado.

É interessante notar que Neves, mesmo partindo de uma perspectiva sistêmica, traz para o palco da análise social que pretende realizar o tema da ação e do reconhecimento dos atores sociais. Ao se referir aos subcidadãos e aos sobrecidadãos, Neves define estes últimos como “grupos privilegiados que, principalmente com o apoio da burocracia estatal, desenvolvem suas ações bloqueantes da reprodução do direito” (2006, p. 250). Diante disso, ele reconhece a ação instrumental<sup>118</sup> desses grupos como um elemento importante para o entendimento da organização social da modernidade periférica:

Sua postura em relação à ordem jurídica é eminentemente instrumental: usam, desusam ou abusam-na conforme as constelações concretas e particularistas dos seus interesses. Nesse contexto, o direito não se apresenta como horizonte do agir e vivenciar político-jurídico do sobrecidadão, mas antes como um meio de consecução de seus objetivos econômicos, políticos e relacionais. (NEVES, 2006, p. 250).

A explicação de Marcelo Neves sobre a modernidade periférica repousa sobre elementos estruturais, de um lado, e sobre elementos relacionados à ação humana (seja individual ou de grupo), de outro. A integração distinta entre os diversos setores sociais se deve ao contexto estrutural da modernidade periférica, que, como falamos, caracteriza-se pela ausência de fechamento operacional dos subsistemas sociais e de uma esfera pública plural, e também à instrumentalização, por parte de determinados grupos sociais, da burocracia

---

<sup>118</sup> “A tendência é a instrumentalização política do direito, seja por meio da mutação casuística das estruturas normativas, principalmente durante períodos autoritários, ou através do jogo de interesses particularistas bloqueadores do processo de concretização normativa” (NEVES, 1996, p. 100).

estatal, impedindo o direito de se reproduzir autonomamente, a partir de seus critérios.

Ao se referir à integração “por cima” dos sobrecidadãos, Neves aponta, conforme suas próprias palavras, para a relação instrumental desses indivíduos com a ordem jurídica, usando e abusando dela, de acordo com seus interesses particulares. O direito é visto, segundo Neves, por esses grupos, como “um meio para a consecução de seus objetivos econômicos, políticos e relacionais”. De acordo com a perspectiva de Luhmann, os agentes não devem ser o objeto da investigação social, e a ação, quando abordada, deve o ser tendo em vista a ideia de sistema. Instrumentalizar a burocracia estatal, de acordo com a abordagem que Neves constrói, está relacionado com a percepção de agentes que fazem uso das estruturas tendo em vista fins próprios. Não há nada mais característico de uma abordagem sociológica que envolve a díade estruturação, que Luhmann busca solapar através da Teoria dos Sistemas.

Para contornar os problemas que diagnostica, se valendo, inicialmente, da Teoria dos Sistemas, para, em seguida, recorrer aos conceitos clássicos das ciências sociais, Neves volta novamente à defesa sistêmica com base na autopoeisis. Para lidar com os dilemas da modernidade periférica, Neves realiza uma defesa do legalismo. No entanto, ele defende que o legalismo não deve ser entendido como “autismo jurídico”, mas sim como “autonomia operacional do sistema jurídico como condição de sua abertura para a diversidade de expectativas e interesses presentes na sociedade” (NEVES, 2006, p. 254). Ele defende um direito responsivo, nos termos de Nonet e Selznick (2010), atento às consequências das decisões jurídicas, mesmo sem negar a diferenciação funcional do direito. Mas não é isso o que ocorre no Brasil. Aqui, existiria um “fetichismo da lei”, baseado em sua aplicação rigorosa, mas somente para os subintegrados, sendo, desta maneira, unilateralista e discriminatória. A defesa deste “legalismo” brasileiro se direciona àqueles que não exercem seus direitos, devendo ser a lei inflexível a eles, ao passo que a impunidade caracteriza o mundo dos privilégios dos sobreintegrados juridicamente, que conduzem “suas ações contando com a grande probabilidade de que não serão punidos em caso de transgressões à ordem jurídica” (2006, p. 255).

Sendo assim, ao contrário do fetichismo da lei no Brasil, Neves propõe uma defesa rígida do princípio da legalidade, entendido como fechamento operacional do direito, condição de sua abertura à sociedade. Não se trata de uma defesa de um direito rígido, baseado no excesso de legalidade, como em alguns contextos europeus, onde a defesa de um pluralismo alternativo do direito tem se tornado cada vez mais contundente. A alternativa brasileira, para Neves, é o legalismo, pois, na modernidade periférica, as fronteiras do campo jurídico são indefinidas, com a predominância da cultura da ilegalidade.

Neves afirma, por fim, que, tendo em vista as características estruturantes da modernidade periférica, o modelo da Teoria dos Sistemas proposto por Luhmann não se aplica à realidade jurídica brasileira, visto que nossa abertura sistêmica cognitiva se dá de maneira destrutiva, sem que haja o fechamento operacional necessário para que os sistemas funcionais possam se relacionar harmonicamente:

Em estudo anterior, já observei que é intransponível o modelo luhmanniano da autopoiesis à realidade jurídica da modernidade periférica, destacadamente no Brasil. As sobreposições particularistas dos códigos político e econômico às questões jurídicas impossibilitam a construção da identidade do sistema jurídico. Em vez de autopoiesis, caberia falar em alopoiesis do direito (NEVES, 1996, p. 99).

A abordagem de Marcelo Neves em relação à interpretação do Brasil nos mostra os problemas da aplicação da Teoria dos Sistemas entre nós. O próprio autor reconhece essa não aplicação, mas não da mesma maneira que pretendemos apontar. Neves aponta que o problema não é a potencialidade explicativa da teoria, mas sim as características de nossa sociedade. Como não possuímos o fechamento operacional necessário para a construção de sistemas funcionais identitários, além da inexistência da esfera pública plural e participativa, o modelo luhmanniano não se ajusta à nossa realidade. Cabe questionar, então, por que usar a Teoria dos Sistemas? Como dever-ser? Como horizonte a ser perseguido? Se respondermos afirmativamente a essas questões, estaremos indo de encontro à proposição de Luhmann para a teoria

sistêmica, vista como uma descrição da realidade, mas não como o apontamento moral de um dever-ser, de como a sociedade deveria se organizar. Se, observando nossa realidade, a Teoria dos Sistemas não encontra o que descrever, sua utilização só pode ser pensada como um horizonte a ser perseguido, uma sociedade na qual os sistemas sociais fossem autopoieticos, e, portanto, permitindo, conforme argumento de Neves, uma integração social que não dividisse os grupos sociais de acordo com acessos diferenciados ao direito e à cidadania.

Outro ponto controverso na abordagem de Neves é o que diz respeito à ação envolvendo atores humanos. Luhmann altera o conceito de ação, conforme vimos no capítulo anterior, da tradição das ciências sociais, deslocando-o dos indivíduos para os sistemas. A ação existe, mas não do ponto de vista da subjetividade de indivíduos específicos, que instrumentalizam estruturas sociais para agir seguindo interesses próprios. No entanto, Neves lança mão justamente dessa concepção para explicar os problemas de acesso à cidadania no Brasil. Porém, como somos periféricos, resta saber se a ação humana e os atores, conceitos centrais para a explicação de Neves sobre o Brasil, só se tornam temas importantes em contextos como o nosso, ou seja, na modernidade periférica? Somente quando os sistemas não se mostram operativamente fechados é que a análise da agência humana se torna importante? Se sim, a Teoria dos Sistemas só tem aplicação em países centrais, conforme o próprio autor reconhece.

Essa concepção de Neves foge do paradigma sistêmico de Luhmann, uma vez que traz ao palco do cenário social grupos de interesses e atores sociais. Neves se refere às ações dos grupos sociais privilegiados, que levam a uma ausência de autonomia do direito. A instrumentalização do direito por grupos sociais, portanto, traz à cena o tema da agência, e de uma racionalidade instrumental de atores sociais coletivos.

O Brasil é, no entendimento de Neves, um exemplo de sociedade periférica, portanto, dotado de uma modernidade negativa. Esse diagnóstico, seguindo a proposta da Teoria dos Sistemas, é dado com base no diagnóstico da autonomia dos sistemas. A concepção de Luhmann, de sistemas sociais autônomos, não se aplicaria ao Brasil pelo fato de, entre nós, o sistema jurídico ser alopoiético, aberto em demasia, e, com isso, sujeito a todo tipo de



influência externa, o que retira dele a identidade. O sistema jurídico brasileiro seria caracterizado por sobreposições particularistas dos códigos político e econômico às questões jurídicas, impossibilitando a construção da identidade do sistema do direito. Aqui, o problema não é a abertura cognitiva, mas a completa ausência de fechamento operacional. Se, eventualmente, podemos encontrar uma identidade na estrutura dos textos normativos, ela é destruída, gradativamente, nos processos de concretização do direito. Neves denuncia a ruptura entre a aprovação de leis que compõem uma legislação com identidade e a deturpada efetivação dos direitos previstos no conjunto de normas do sistema. Essa ruptura é fonte de uma insegurança destrutiva.

A não aplicação de Luhmann para o contexto jurídico brasileiro, no argumento de Neves, ocorre pelo fato de sermos caracterizados por uma modernidade periférica, e, portanto, incompleta. Isso coloca a teoria como correta e nosso contexto como algo inadequado para a teoria. Essa é uma inversão absurda. Não é o contexto que deve se adaptar à teoria, mas, antes, o contrário. Além disso, reconhecendo o contexto brasileiro como um problema para a teoria sistêmica de Luhmann, a teoria acaba por receber um caráter normativo, o que contradiz o próprio Luhmann, que afirma ser sua teoria descritiva. A não utilização do modelo luhmanniano para a interpretação do cenário jurídico-político brasileiro se deve à sua inadequação para a compreensão de nossa realidade, principalmente tendo em vista a relação entre o direito e a política, pelos próprios elementos da teoria, e não por sermos taxados de modernidade periférica.

Além disso, a política sempre é tratada, pelos olhos do direito, como um problema. Em contextos como o nosso, de instrumentalização do sistema jurídico, os direitos humanos e a soberania popular não são capazes de serem desenvolvidos. Neves segue a preocupação de Luhmann, nesse ponto. O temor é a existência de um direito à mercê dos interesses (escusos) da política. Fugindo da interpretação da tradição marxista sobre o direito (que, em última instância, Neves reproduz), que o vê como instrumento na mão das classes dominantes, Luhmann buscou construir uma ideia de direito que reconhecesse sua autonomia diante de particularismos e autoritarismos. Tanto em Luhmann como em Neves, a influência da política, e de outros sistemas, sobre o direito é vista de forma pejorativa, sempre. Toda vez que a temática das relações entre

o direito e a política aparece, a política é desenhada como uma ameaça a ser evitada a todo custo. Nada de produtivo parece emanar da política. Com isso, a defesa de um sistema autopoietico parece encerrar sentido, pois evita as arbitrariedades indesejadas, mantendo a autonomia do sistema jurídico.

Segundo o modelo proposto pela Teoria dos Sistemas, o que parece é que toda influência ao sistema do direito, principalmente quando oriunda da política, é vista como uma ameaça à autonomia e à identidade do direito. Influenciar, se não passar pelos filtros que funcionam de modo hermético e perfeito no direito, é confundido com instrumentalizar. Não há dúvidas que o direito possa ser, eventualmente, instrumentalizado por grupos de interesses, como o próprio Neves reconhece (a despeito da proposta de Luhmann para o entendimento do direito), mas toda influência deve ser tomada como perniciosa?

A partir da leitura de dois desenvolvimentos da Teoria dos Sistemas de Luhmann, em Teubner e Neves, aplicados em contextos diferentes, podemos observar que, mesmo entre aqueles que adotam a proposta sistêmica como mecanismo de compreensão do social, pairam dúvidas sobre sua aplicação e surgem controvérsias em relação à própria teoria de Luhmann. As críticas ao modelo luhmanniano se dirigem a inúmeros elementos de sua teoria, levantando obstáculos para sua utilização para a compreensão do direito e de suas relações com a política. A teoria sistêmica, com isso, pode ser criticada não somente com base em suas dificuldades de aplicação ao contexto brasileiro, mas, antes, em seus próprios termos.

### **5.3. As oposições à abordagem sistêmica a partir do próprio direito**

Conforme temos visto, a abordagem sistêmica oferece uma teoria geral sobre os sistemas sociais, mas é no direito que, particularmente, ela ganhou muitos adeptos, se apresentando como uma concepção afinada com aquilo que o direito sempre achou de si mesmo. Solidária a uma visão oficial do direito, construída a partir dele mesmo, a Teoria dos Sistemas encontrou seus principais desenvolvimentos justamente nesta área, como vimos nos exemplos de Teubner e Marcelo Neves. No entanto, no próprio direito, a teoria encontrou resistência, apesar de gozar de enorme prestígio entre os juristas. Em sua

detalhada abordagem sobre as virtudes e vicissitudes da Teoria dos Sistemas aplicada à sociologia do direito, Marcelo Mello (2006) ressalta as críticas que, no próprio direito, foram tecidas em relação ao modelo sistêmico.

Lawrence Friedman e Richard Lempert tecem importantes críticas à Teoria dos Sistemas e à abordagem do direito feita por Luhmann. Friedman é representante da escola sociológica do direito, que aponta a autonomia do sistema jurídico como um problema clássico. Para ele, é preciso buscar uma concepção intermediária do direito, no que tange ao problema da autonomia, entre as interpretações que colocam ênfase no poder irresistível das pressões externas sobre o sistema legal, e as teorias sistêmicas, que assumem que o sistema legal é autônomo, no sentido de que possui uma lógica e um conteúdo próprios e independentes de influências externas (MELLO, 2006, p. 363).

Contra a concepção de autonomia do sistema jurídico, Friedman aponta que o insulamento em relação ao mundo externo (ao ambiente, na expressão sistêmica) pode trazer, na prática, o conservadorismo e um comportamento resistente a mudanças demandadas pelos grupos sociais, seus interesses e seus valores. Por um lado, esse insulamento seria um grande inconveniente, afastando o direito da sociedade, além de criar uma antagonização entre o direito e a política. No entanto, ao mesmo tempo, ele pode ser pensado como uma forma de oferecer maiores garantias em relação aos direitos humanos, das minorias e dos cidadãos, diante do Estado (*idem*, p. 363). Esse é um tema caro ao liberalismo, e à primeira geração de direitos, garantidos justamente em virtude da preocupação com abusos por parte do Estado. Em vez de autonomia, Friedman fala de independência de alguns setores do direito, como o poder judiciário, em relação a pressões externas:

Friedman argumenta que o 'insulamento' contra o mundo externo pode trazer, em termos práticos, uma série de inconveniências, como o conservadorismo e resistências cegas a qualquer tipo de mudanças demandadas por grupos sociais, seus interesses legítimos e seus valores. Ainda que, em contrapartida, em seu aspecto positivo, o 'insulamento' do sistema legal possa oferecer maiores garantias com respeito

aos direitos humanos, das minorias e dos cidadão contra o Estado (MELLO, 2006, p. 363).

No entendimento de Mello, a posição de Friedman está alinhada com um argumento clássico da ciência política, qual seja, o de que as sociedades, em regimes democráticos, são abertas a influências de setores do governo e de grupos de interesses. A crítica de Friedman à Teoria dos Sistemas se dirige, justamente, sobre esse ponto. A teoria sistêmica, em sua versão luhmanniana, parece desconsiderar essa abertura social para a qual Friedman chama atenção. No entanto, o próprio Friedman parece compactuar com uma visão problemática da influência da política, e da sociedade como um todo, no direito, particularmente, no contexto das decisões do judiciário. O jurista americano propõe uma independência do judiciário em relação a pressões externas. Independência, nesse caso, significaria o quê, especificamente?

Essa defesa da independência do judiciário é mais uma herança da preocupação com abusos de autoridade do que uma defesa contundente do argumento em si mesmo. O judiciário deve ser independente de pressões sociais para evitar julgamentos movidos, apenas, pela comoção popular. A emoção social, aqui, é vista como um problema, que pode levar a decisões injustas e em desacordo com o direito. Além disso, a autonomia do judiciário se refere também à necessidade de emitir decisões livres da pressão do mundo político, regido por interesses de grupos sociais. Para a defesa da segurança jurídica, é necessário que o direito seja capaz de decidir de acordo com o que está previsto em lei, assegurando a garantia dos direitos dos indivíduos, principalmente, como preocupação histórica, frente ao Estado. A defesa de Friedman não é isolada e encontra eco em uma série de autores que se dedicaram à compreensão do direito. Contudo, essa concepção traz, como pano de fundo, uma leitura restritiva e desprestigiada da política, da sociedade, e dos elementos que podem fornecer ao direito para o auxílio no estabelecimento de uma decisão.

A política e a sociedade (aqui, se inserem os demais campos ou sistemas sociais) são vistos como fontes de pressões externas ao direito, que prejudicam uma análise estritamente jurídica dos casos que são levados ao judiciário. Baseada em uma preocupação com a flexibilidade excessiva do

direito, ao sabor das concepções políticas vigentes, de um lado, e com a irracionalidade das paixões sociais, principalmente nos casos de maior comoção social, a defesa da autonomia do judiciário pode levar a um entendimento formalista do direito, no que diz respeito às decisões judiciais. Centrado em si mesmo, o direito evitaria as arbitrariedades, do mundo político em especial, das quais protegeria os direitos dos indivíduos. Ambas, sociedade e política, são vistas como instâncias que nada têm a acrescentar ao mundo do direito<sup>119</sup>, a não ser pressões que o impedem de exercer suas funções sociais.

No entanto, e este é um importante argumento para a tese aqui defendida, esta restrição da importância da política e da sociedade no direito ignora o que de importante estas duas instâncias da vida social podem fornecer ao direito. É legítima, tendo em vista exemplos históricos, a preocupação com o abuso do Estado sobre a sociedade, dos dirigentes políticos sobre o povo, da política sobre o direito. Assim, a defesa da autonomia do judiciário encontra escopo para se justificar. Porém, é preciso, para que não se confunda com uma concepção radical acerca da independência do direito, que pode desaguar em um insulamento social do âmbito jurídico, que tal autonomia seja bem definida. Por autonomia do direito (necessária, não resta dúvida) não se quer dizer o isolamento do mundo social, e, em consequência, também da política. Sociedade e política não são apenas fontes de problemas para o direito, através das pressões sociais e políticas que preocupam os estudiosos mais formalistas do direito. Elas, em muitos casos, fornecerão os instrumentos necessários para que uma decisão, no âmbito do direito, possa ser estabelecida. Além do mais, pressões sociais, por si só, não se constituem como um problema incontornável para o direito. O envolvimento da sociedade, em alguns casos, especialmente os que chegam ao judiciário, podem exercer uma influência importante para que a decisão leve em consideração os anseios sociais. Isso não significa que os juízes devem decidir de determinada maneira, única e exclusivamente, porque a sociedade assim o deseja. No entanto, não resta dúvida, a opinião da sociedade é um elemento importante a ser considerado pelos juízes nas decisões<sup>120</sup>, se não de forma direta e consciente, de maneira indireta.

---

<sup>119</sup> Para mais, ver anexos desta tese.

<sup>120</sup> Ver anexos.

A concepção de um direito autônomo repousa, na verdade, em um argumento essencialmente político, qual seja, o princípio da divisão dos poderes. Em um cenário organizado política e juridicamente em torno deste princípio basilar da modernidade, a política e o direito funcionariam como instâncias concatenadas, mas com atribuições próprias, regidas por um equilíbrio não só de funções, mas, essencialmente, de poder. Assim, em um modelo funcional de democracia, especificamente, a política, exercida por representantes do povo soberano, através de um processo legislativo que dá legitimidade a suas decisões, estabelece o corpo de valores que serão protegidos, garantidos e efetivados. Uma vez realizado este processo de positivação (que, para Luhmann, como vimos, é a característica definidora do direito moderno), o direito, em sua faceta judicial, é responsável por dirimir os conflitos sociais que encontrem respaldo para serem decididos através da lei.

Num modelo, em tese, perfeito de funcionamento, com base na clássica divisão dos poderes, proposta por Montesquieu (1982), o judiciário não criaria as leis, apenas decidiria os conflitos que surgem em torno delas, ou as tendo como suporte, ao passo que a política, em sua versão mais difundida, como macropolítica e condutora do processo legislativo, não decidiria os conflitos sociais que são levados ao judiciário, que, em última instância, no conhecido modelo de pesos e contrapesos, regula e é regulado, até certo ponto, pela política.

Assim, tendo em vista essa perspectiva, torna-se clara a defesa de uma autonomia do judiciário. Criadas as leis, sua proteção passa pela independência da atividade judicial em relação à política. O direito garante aquilo que foi, soberanamente, decidido em outra instância. Decidindo através da lei, no modelo de repartição dos poderes, o que o judiciário faz é respeitar os limites que o separam da política, em benefício da vida social.

Contudo, na prática, esse modelo não se organiza de modo tão hermético, e as funções legislativas e judiciais não obedecem a fronteiras tão claras. Há muita discussão sobre a decisão judicial, principalmente no que tange à inovação que traz ao ordenamento jurídico. Como questão central desse debate, investiga-se se a decisão judicial inova o ordenamento, criando norma nova, ou se apenas decide acerca de uma lei que já existe. Independente dos rumos desse debate, o fato é que ele mantém a necessidade

de o direito se decidir com base no direito, seja criando-o enquanto a decisão é construída e emitida, seja confirmando um direito já existente. O que é externo permanece sem valor.

Outro crítico da abordagem sistêmica é Richard Lempert. Ele critica a abordagem sociológica da Teoria dos Sistemas, tendo em vista os conceitos de autonomia e de evolução. A noção de autopoiesis é confrontada com a ideia de autonomia legal. Lempert diferencia a visão angloamericana da continental europeia (conhecida distinção no âmbito do direito), em relação à autonomia do direito. Na perspectiva angloamericana, influenciada pelo empirismo, o poder é visto como articulado com fontes de poder na sociedade, ao passo que, na visão continental, a autonomia é vista como uma abstração (segundo Mello, como uma abstração da abstração, 2006, p. 364).

Lempert fala de uma máscara evolucionista através da ideia de adaptação sistêmica. No entanto, parece mais adequado reconhecer que o evolucionismo, na teoria luhmanniana, não vem expresso de forma obscura, atrás de uma máscara. Em vários momentos, Luhmann aponta, de forma direta, para a ideia de evolução dos sistemas.

De acordo com Lempert, falar que o sistema é cognitivamente aberto e normativamente (ou operacionalmente) fechado é uma formulação demasiadamente genérica, não respondendo a uma questão fundamental da sociologia do direito, qual seja, as maneiras pelas quais as mudanças normativas no sistema legal estão associadas às pressões sociais (MELLO, 2006, p. 364). Lempert fala em autonomia relativa do sistema legal, no lugar de usar o conceito de autopoiesis. De acordo com o autor, a relatividade da autonomia é mais bem ilustrada na aplicação da lei e no processo judicial do que na criação da lei, através do processo legislativo.

Essa concepção crítica de Lempert traz alguns pontos importantes para esta tese. O primeiro deles está relacionado à formulação luhmanniana em relação ao fechamento do sistema. Como vimos, a ideia de sistema fechado se relaciona com as operações sistêmicas, mas a abertura cognitiva para o ambiente permanece. De fato, dizer que o sistema é fechado enquanto produção de normas e aberto cognitivamente é algo extremamente vago. Lempert tem razão em afirmar que tal arranjo, na Teoria dos Sistemas, é excessivamente abstrato e genérico. Ter um procedimento interno ao direito,

destinado à criação de suas próprias normas, não responde a questão de como o direito se relaciona com as pressões sociais, ou, em outras palavras, na expressão sistêmica, com o ambiente. As normas podem ser produzidas por procedimentos internos ao sistema legal, mas sua produção está associada a fatores ligados a outros sistemas, como o político, por exemplo. Resta saber se produzir suas próprias normas faz do direito um sistema fechado e autônomo.

Outro ponto importante diz respeito à autonomia relativa. O fechamento operacional proposto por Luhmann pressupõe que a relação entre os sistemas e seus ambientes jamais é direta, ou seja, o ambiente não é capaz de interferir diretamente nas operações internas do sistema. O que o ambiente pode fazer é irritar o sistema, através de suas fronteiras, e, a partir disso, as operações internas ao sistema reagem a essa irritação, através de seus próprios critérios e códigos. Luhmann trabalha com a ideia de uma autonomia operacional absoluta. Lempert chama a atenção para a autonomia relativa do direito, uma posição mais adequada para compreendê-lo. O direito pode até produzir suas normas a partir de critérios internos, mas não é nada claro que o faça apenas através de irritações do ambiente circundante. Lempert aponta que o processo legislativo não é o melhor exemplo para demonstrar a autonomia relativa do direito, que pode melhor ser percebida através do processo judicial e da aplicação da lei.

Nesse ponto, Lempert reproduz a ideia de que a decisão judicial é o instrumento jurídico que mais goza de autonomia. Ele tem razão em apontar que o processo legislativo é um exemplo de como o direito é influenciado por outros sistemas sociais (para manter a expressão da Teoria dos Sistemas), mas não estende esta interpretação ao processo judicial, que aparece como um exemplo de autonomia do direito. No entanto, a autonomia relativa do direito pode ser percebida nos dois processos. A produção das leis obedece a critérios jurídicos, como aqueles que regem as formas de produção das normas (regras do processo legislativo ligados à aprovação da lei por maioria, por exemplo) e às restrições de conteúdo (o que pode ser legislado e por quem), mas envolve, não resta dúvida, critérios relacionados à conveniência de produção de uma lei. A conveniência, como aponta Aristóteles, é um registro típico da política, não do direito. Porém, isso não impede, ainda no bojo do pensamento aristotélico, que estes registros, na forma de argumentos, sejam



utilizados em diferentes campos (uso a expressão para não imputar a Aristóteles o uso do conceito de sistema), como veremos mais à frente.

Já no processo judicial, tem-se a impressão de que os elementos jurídicos imperam frente a elementos oriundos de outros sistemas, fazendo com que, na esteira de Lempert, a decisão judicial seja uma mostra clara da autonomia do direito. Mesmo aqui, contudo, Lempert chama a atenção para a relatividade. A decisão judicial, assim como o processo legislativo, esse é o nosso entendimento, é constituída por aspectos jurídicos e extrajurídicos. Se, no processo legislativo, a influência da política se torna mais evidente, no processo judicial, parece que tal influência se retrai. Entretanto, tanto em um como em outro, a influência, e não só da política, está presente. No âmbito da decisão judicial, elementos extrajurídicos aparecem, exemplarmente, através das pressões sociais para que uma decisão seja tomada de uma forma específica. Essa opinião pública a respeito do caso que está sendo decidido aparece também através da figura institucionalizada do *amicus curiae*<sup>121</sup>, mecanismo através do qual setores sociais (e pessoas especializadas) são convidados a discorrem sobre o assunto envolvido na decisão. Contudo, é através dos argumentos dos quais os juízes se valem para construir uma decisão que as influências de elementos externos ao direito podem ser melhor percebidas.

Tanto Friedman quanto Lempert, conforme exposição de Mello (2006), tecem críticas à ambiguidade da Teoria dos Sistemas<sup>122</sup>. Além de ambígua, a teoria sistêmica se mostra incapaz de ser testada empiricamente, afirmando o que já se sabe, em alguma medida, sobre o sistema jurídico, mas usando uma linguagem necessariamente complexa. Esse último ponto, aliás, é apontado como uma das principais críticas à Teoria dos Sistemas.

---

<sup>121</sup> Literalmente, 'amigos do tribunal'. Trata-se de uma intervenção provocada pelo magistrado, para que, no bojo do processo, as decisões possam ser aprimoradas. No caso do STF, o objetivo é que os ministros tenham "pleno conhecimento de todas as implicações ou repercussões dos seus julgamentos" (DIDIER JR, 2010). Em regra, são especialistas ou pessoas que podem auxiliar na decisão dos juízes. Sua função não é de prova, mas sim, de ajuda com a interpretação do que está sob julgamento.

<sup>122</sup> "Ambos, curiosamente, Friedman e Lempert, reagem, por caminhos diferentes, da mesma forma à teoria sistêmica, quando a acusam de ser muito ambígua, incapaz de ser testada empiricamente e, na verdade, só estar afirmando o que já se sabe sobre o sistema jurídico, porém utilizando uma linguagem desnecessariamente complicada" (MELLO, 2006, p. 365).

As críticas de Friedman e Lempert se dirigiam também ao caráter evolucionista da Teoria dos Sistemas (tanto em Luhmann quanto em Teubner). O evolucionismo é percebido, por exemplo, na concepção sistêmica de adaptação do sistema e seus mecanismos ao ambiente. O sistema se adaptaria às mudanças do ambiente, sempre em contínuo aumento de complexidade, e, através de seus próprios mecanismos, seria capaz e reduzir essa complexidade do mundo. Em Teubner, conforme ressalta Mello, o elemento evolucionista se torna mais evidente, o que faria com que as críticas ao evolucionismo do modelo se aplicassem melhor a Teubner do que a Luhmann (MELLO, 2006, p. 365). Por mais que busque contornar essa crítica, a teoria dos hiperciclos de Teubner possui uma ideia de gradação da autonomia do sistema jurídico, de uma forma de autonomia ainda moderada até chegar à autopoiesis. O pano de fundo do desenvolvimento dos hiperciclos seria a evolução dos sistemas jurídicos, sempre em direção a uma autonomia mais bem elaborada.

De acordo como o entendimento de Mello (2006), a proposta de Teubner reforça as críticas ao evolucionismo na Teoria dos Sistemas, devido à postulação de um processo progressivo de desenvolvimento do sistema jurídico (com enfoque em sua autonomia). Na leitura de Mello, por trás desta concepção, que vê a autopoiesis como a autonomia plena de desenvolvimento do sistema jurídico, estágio máximo a ser alcançado pelo direito, há uma ideia de classificação das sociedades em simples e complexas, tendo como critério a densidade da especialização funcional do sistema (idem, p. 366). Assim, Teubner apontaria para configurações e evolução na estrutura do direito, do direito arcaico ao direito positivo. No entanto, essa crítica não se limita apenas a Teubner. A leitura da posição de Luhmann acerca do direito moderno autoriza a imputação dessa visão progressiva à sua teoria sistêmica, assim como pode ser feito com Teubner. A caracterização do direito moderno com base no positivismo também possui uma conotação progressiva, onde a positivação é percebida como um grau mais evoluído de desenvolvimento do sistema do direito. Aliás, a própria noção de sistema, em Luhmann, está diretamente ligada à complexidade do mundo moderno. Os sistemas se desenvolvem a partir de um mundo cada vez mais complexo, o que aumenta a insegurança e a circunstancialidade sociais. Para reduzi-las, os sistemas

funcionais. A própria ideia de sistema envolve, portanto, um entendimento evolutivo da sociedade, em direção ao aumento de sua complexidade. Se, de acordo com Teubner, Luhmann recusava alguns elementos do evolucionismo clássico, tais como a linearidade e o progresso, o próprio Teubner acaba por se valer de uma abordagem evolucionista em sua teoria sistêmica.

Embora as críticas tecidas por Lempert e Friedman sejam importantes para questionar a aplicação da Teoria dos Sistemas para uma sociologia do direito preocupada em compreender a autonomia jurídica a partir de uma perspectiva crítica, elas também não avançam o suficiente para compreender a relação entre o direito e a política (e outros setores sociais) a partir de uma visão não deturpada dos elementos extrajurídicos. Além disso, os obstáculos à teoria sistêmica não podem ser encontrados somente na crítica que os juristas fazem ao modelo. Os próprios elementos da Teoria dos Sistemas, na forma como foram concebidos, darão ensejo para oposições contundentes à proposta sistêmica.

#### **5.4. As vicissitudes da Teoria dos Sistemas aplicada à sociologia e ao entendimento do direito e de suas relações com o mundo social**

O pensamento parsoniano, como anteriormente ressaltado, teve um impacto portentoso para toda a sociologia do século XX, deixando adeptos e críticos, ambos ferrenhos. Quanto às críticas, elas tiveram lugar, em grande parte, em virtude da ausência, em sua teoria, de um papel dedicado aos atores e à agência humana. Em sua obra, de acordo com os críticos, a agência humana chega mesmo a desaparecer do horizonte, criando uma imagem desumanizada de uma sociedade automática. Depois de sua morte, as críticas à sua obra e ao funcionalismo se mostraram ainda mais severas:

(...) o funcionalismo se viu sob o fogo cerrado de outras correntes que criticavam suas preocupações com a estática social, em detrimento da mudança, acarretando o automatismo do funcionamento dos sistemas sociais, e a secundarização dos atores em seus modelos explicativos ou a sua transformação em “dopados culturais” (segundo Garfinkel),

bem como seus compromissos conservadores com a ordem social (DOMINGUES, 2008, p. 48).

As severas críticas ao modelo parsoniano, contudo, não impediram o desenvolvimento de perspectivas teóricas baseadas em seu funcionalismo. Como vimos, esse é o caso da Teoria dos Sistemas de Luhmann. Mesmo tentando renovar a proposta funcionalista, recorrendo a elementos teóricos de diversas áreas do pensamento, assim como Parsons, Luhmann rapidamente colecionou adeptos e críticos. As oposições enfrentadas por Parsons foram, assim, deslocadas para a proposta sistêmica luhmanniana, principalmente no que tange ao evolucionismo e ao descolamento da teoria com a realidade social.

Parsons desenvolveu a ideia da “falácia da falsa concretude” para se referir ao problema, segundo ele, cada vez mais recorrente nas ciências sociais, de se tomar o abstrato como se concreto fosse. Com isso, Parsons chamava a atenção para o perigo de se atribuir existência real a um instrumento abstrato, analítico. De acordo com Domingues (2008), em vários momentos de sua obra, o próprio Parsons caiu na referida falácia (como na tentativa de aplicar indiscriminadamente seu esquema analítico AGIL a qualquer fenômeno social). Também Luhmann, de acordo com as críticas que recebeu, foi vítima da falácia da falsa concretude, conforme formulada por Parsons. Luhmann desenvolve um complexo esquema analítico, com base no conceito de sistema, para tentar compreender o mundo social, mas acaba por tomar esse esquema como real, como algo que existe de fato:

(...) Ele (**Luhmann**) termina com os sistemas em si como sua unidade de análise, entendidos concretamente (e ontologicamente de fato), uma vez que é sobre o conjunto de operações sobre seus elementos que o estudo sociológico deve incidir (DOMINGUES, 2008, p. 52, acréscimo nosso, em negrito).

Luhmann tentou passar ao largo do debate entre a estrutura e a agência, apontado aqui como um dos principais elementos de debate da teoria

sociológica, desde suas origens. O enfoque de Luhmann, nitidamente, retirava do palco os atores sociais, pelo menos do ponto de vista psíquico. Não há humanismo na concepção sistêmica de Luhmann, principalmente a partir da virada de seu pensamento, sob a influência de Maturana e Varela. A partir do funcionamento autopoietico dos sistemas sociais, necessário para lidar com a complexidade experimentada de forma profunda desde a modernidade, a ação não tem espaço, não tem papel algum a desempenhar. Em Parsons, a relação entre a estrutura e agência aparecia de maneira substancial, mesmo que o autor tenha concedido à agência humana um espaço pouco confortável de atuação (como alegado por seus críticos, como vimos anteriormente, Parsons acabou por desenvolver uma teoria de autômatos, mais focada na manutenção do que na mudança social). Em Luhmann, esse ponto é colocado de lado, em virtude de uma concepção teórica fundada no funcionamento de sistemas que possuíam referência em si próprios. Luhmann tratava, no nível dos sistemas, da relação entre a criação da memória (e a importância de sua preservação para os sistemas) e a criatividade, mas nunca no nível dos indivíduos.

Como ressalta Mello (2006), é difícil discordar de algumas críticas tecidas à teoria sistêmica de Luhmann. Influenciado por Parsons, o pensador alemão finda por ficar sujeito às críticas que já haviam sido dirigidas ao modelo parsoniano. Além disso, no que tange ao conceito de sistema, Luhmann é ainda mais radical do que Parsons, tomando como unidade sociológica básica as comunicações, ao passo que o norte-americano mantinha as ações nessa posição. Esse é um ponto importante. Apesar de receber muitas críticas em relação a seu modelo de entendimento da sociedade, Parsons mantinha a ação como elemento fundamental para a compreensão da vida social. Luhmann, como vimos, parte do contrário: é justamente deixando a ação humana em segundo plano, como um objeto que não interessa diretamente à sociologia, que ele construirá as bases de sua teoria dos sistemas. Com isso, Luhmann se distancia das perspectivas fenomenológicas e da sociologia compreensiva de Max Weber (como vimos, perspectivas que dão ênfase à ação humana), ao passo que Parsons buscou se aproximar da teoria da ação weberiana.

Evidentemente, as críticas direcionadas a Parsons não são as únicas que podem ser direcionadas à proposta sistêmica de Luhmann e de seus adeptos. As críticas direcionadas à Teoria dos Sistemas, tanto na versão de

Luhmann, quanto nos desenvolvimentos que experimentou, como em Teubner e Marcelo Neves, encontram sustentação em uma série de elementos, além da crítica ao evolucionismo e ao funcionalismo. A proposta sistêmica pode ser criticada tendo em vista, genericamente, sua visão em relação ao mundo social, e sua concepção metodológica e conceitual para a sociologia, assim como em relação a seu entendimento sobre o direito enquanto sistema e as relações que estabelece com outros sistemas, particularmente a política, e com a sociedade como um todo. As oposições que a teoria sistêmica enfrenta, desta forma, são oriundas de diferentes fontes, inclusive dentro da própria tradição da Teoria dos Sistemas. O próprio Teubner é um crítico de Luhmann. Marcelo Mello, embora acentue algumas das qualidades que a teoria pode oferecer, não deixa de reconhecer suas fragilidades. No direito, onde a Teoria dos Sistemas experimentou grande aceitação e simpatia, juristas como Lempert e Friedman, como vimos, são críticos contumazes em relação à proposta sistêmica (embora possam, eles mesmos, ser alvos de críticas). Bourdieu, do ponto de vista do fazer sociológico, criticou (vide capítulo 4 desta tese) a leitura sistêmica de Luhmann para o entendimento do direito.

Diante disso, a modificação do conceito de ação, a concepção de fechamento operacional e seu vínculo com a noção de autonomia, o entendimento do sistema como caixa-preta (Teubner), a seletividade sistêmica, a crítica à ontologia, o papel dos sujeitos, a produção circular do direito, a aplicação da teoria ao contexto brasileiro, e a transferência do conceito de autopoiesis, da biologia à sociologia, serão alvos de poderosas críticas à adequação da Teoria dos Sistemas ao fazer sociológico.

Começemos pelas críticas que Maturana, de quem Luhmann buscou o conceito de autopoiesis, tece em relação ao transporte do conceito para o mundo social. O próprio Luhmann reconhece que Maturana resiste em aplicar o conceito de autopoiesis à comunicação (2010, p. 123). Para ele, a comunicação, para ser aplicada, precisa do ser humano:

O próprio Maturana resiste a aplicar o conceito de *autopoiesis* à comunicação, já que o conceito teria de mostrar que a comunicação só é possível como tal na rede de produção da comunicação. Não se pode pensar a comunicação,

inicialmente, como um ato único, à semelhança de artefato químico, tendo, portanto, efeitos comunicacionais. Maturana entende, assim, que a comunicação necessita do ser humano, para que possa ser explicada (LUHMANN, 2010, p. 123, grifo do autor).

Luhmann generaliza o conceito de autopoiesis. Para ele, os sistemas autopoieticos são autorreferenciais, e todos os sistemas referenciais são autopoieticos. Na Teoria dos Sistemas, autorreferência é autopoiesis (autoprodução e automanutenção do sistema, mediante a permanente reprodução de seus componentes). Maturana discorda desta perspectiva, tendo em vista a análise que faz dos sistemas neuronais, que seriam autorreferentes, mas não autopoieticos. Além disso, no que tange à posição dos sujeitos para a explicação do mundo social, Maturana não concorda com a visão de Luhmann de que os seres humanos não fazem parte do sistema social, mas somente as comunicações:

Certamente, pode-se fazer o que Luhmann faz ao distinguir um sistema fechado definitivamente autopoietico no espaço das comunicações, que ele chama de sistema social. O que eu me pergunto é se a referida noção do social surge no âmbito do cotidiano e se aplica adequadamente a esse sistema: ou seja, eu me questiono se o sistema que Luhmann distingue como sistema social gera os fenômenos e experiências que nós conotamos na vida cotidiana, ao falar do social. Eu penso que não, que não o faz, e que, portanto, a noção do social está mal aplicada ao tipo de sistemas que Luhmann chama de 'sistemas sociais'. E penso assim porque, como já disse, o que eu quero explicar são as experiências cotidianas que as palavras conotam, já que também penso que os âmbitos técnicos são adornos, borbulhas, expansões experienciais da vida cotidiana, que estão fundados nela, e cujo valor remete a ela. O social não pertence à sociologia, mas à vida cotidiana; e a sociologia só faz sentido como tentativa de explicação da vida cotidiana, pois, do contrário, é apenas literatura. Tudo o que Luhmann parece querer explicar com sua Teoria dos Sistemas sociais,

separando o humano, e deixando-o como parte integrante do meio; como também tudo o mais que ele não consegue explicar, como a origem da linguagem, ou a origem do humano, pode ser explicado sem esse argumento. Se o humano fosse periférico ao social, não caberia a reflexão libertadora como um ato reflexivo pessoal que extrai o viver humano do viver humano que alcança ao devolver ao indivíduo a sua liberdade (MATURANA<sup>123</sup>, In: LUHMANN, 2010, p. 124).

Para Maturana, a Teoria dos Sistemas autopoieticos é um retorno radical à concepção de sistemas fechados, o que é um grande problema para o desenvolvimento da teoria sistêmica, principalmente quando aplicada ao âmbito social. Contudo, não é só isso. Conforme afirma Maturana, a aplicação de um conceito de social que retira do quadro o indivíduo humano, acaba por eliminar qualquer interesse sobre a dimensão libertária do ser. Liberdade, de fato, não é um tema para Luhmann. Além disso, a Teoria dos Sistemas sociais acaba por não perceber que a explicação da vida social, embora não esteja vinculada somente à ação de indivíduos específicos, passa também pela consideração dessas ações, cujos atores encarnam elementos estruturais<sup>124</sup>.

Mello também reconhecerá os problemas que a ausência do papel dos sujeitos trará para a Teoria dos Sistemas. A partir da análise do pensamento de Teubner e Luhmann, ele busca reintroduzir, na perspectiva sistêmica, questões associadas à cognição e à interpretação subjetivas, reconhecendo que esse é um ponto não abordado por Luhmann. E é justamente em Maturana, uma das principais referências para a teoria sistêmica luhmanniana, que Mello encontrará os fundamentos para tecer uma crítica à ausência de elementos ligados à subjetividade na Teoria dos Sistemas.

O tema dos sujeitos conduz à concepção de ação adotada pela abordagem sistêmica. A única maneira de conceder importância à ação do indivíduo é a partir do enfoque de sua vontade, do controle das consequências

---

<sup>123</sup> Comentário manuscrito (não publicado) de Humberto Maturana Romecín, para o livro *Sociedad y Teoría dos Sistemas*, de Darío Rodríguez Mansilla e Marcelo Arnold. Santiago do Chile, 1991. Esse fragmento está em nota de rodapé, na página 124 do livro *Introdução à Teoria dos Sistemas*, de Niklas Luhmann, para a edição brasileira, editora Vozes, 2010.

<sup>124</sup> Ver anexos desta tese, em especial a discussão sobre o papel de Joaquim Barbosa no caso do mensalão.



de seus atos, e de sua racionalidade cartesiana? A crítica, por parte de Luhmann, à forma como a ação é tradicionalmente abordada nas ciências sociais, se dirige, fundamentalmente, a essas características atribuídas à ação humana. Por isso, em seu obituário sobre Luhmann, Vandenberghe (1999) fala em um pessimismo da vontade. No entanto, a ação não precisa ser definida com base no controle, por parte dos indivíduos, em relação às suas consequências.

Em relação aos problemas levantados por Luhmann, a respeito das delimitações internas e externas do conceito de ação na tradição sociológica, Giddens, por exemplo, busca contorná-los a partir da ideia de consequências impremeditadas da ação, conforme vimos no capítulo 2 desta tese. Assim, no que tange à delimitação externa, não é preciso pensar a ação a partir do alcance intencional de suas consequências. Giddens, de certa forma, objetiva a intencionalidade da ação, reduzindo-a ao ato de agir, e não a expandindo ao controle total (previsto) das consequências que aquele ato pode, eventualmente, gerar. Apesar dessa falta de controle em relação às consequências da ação, o agir permanece situado no âmbito dos atores, sejam individuais ou coletivos, e o elemento da intencionalidade é mantido, sem que, com isso, se reconheça o controle dos indivíduos sobre a sociedade ou as estruturas sociais.

Embora busque romper com a concepção de ação centrada em atores sociais humanos, a Teoria dos Sistemas, principalmente em relação aos desenvolvimentos que experimentou, como vimos em Teubner e Neves, apresenta enorme dificuldade de lidar com a análise do mundo social sem recorrer à dinâmica da estrutura e da ação, envolvendo aquilo que ela pretende criticar, ou seja, os atores. Sua abordagem, em muitos pontos, de aproxima das análises que outros autores, não partidários da teoria sistêmica, fizeram em relação à sociedade.

Quando analisamos a interpretação de Teubner, por exemplo, para a Teoria dos Sistemas de Luhmann, baseada, como vimos, em uma forma temperada de compreender as relações entre o ambiente e o sistema, e reconhecendo a importância dos sujeitos para o entendimento do mundo social, o que há de novo e diferente em relação a explicações fornecidas por teóricos da sociologia que, como Bourdieu e Giddens (para ficar nos exemplos

que mobilizamos na construção desta tese), tentaram captar as influências mútuas entre a ação dos indivíduos e as estruturas sociais? Tanto para o primeiro quanto para os últimos, a realidade social é produzida, sem que se possa estabelecer causalidades (como defendido por Luhmann e pelo próprio Teubner), pelas ações dos indivíduos, que não podem ser desprezadas, e pelos sistemas (estruturas), que condicionam (e também facilitam, na visão de Giddens) essas mesmas ações.

Na interpretação de Mello sobre Luhmann, esse mesmo ponto de vista pode ser encontrado. A explicação repousa sobre o sistema, de um lado, e as ações dos indivíduos, do outro. Luhmann entende que, para participar do sistema legal, por exemplo, é preciso lançar mão de seus referenciais, fazendo uso de sua linguagem específica, para dar sentido a suas demandas. As pessoas (na abordagem sistêmica, deveríamos falar em sistemas) precisam operar dentro do sistema, concebendo o problema de maneira estritamente jurídica, com linguagem própria, e se comprometendo com os procedimentos previstos pelo sistema:

O mesmo diz Luhmann a respeito da auto-reprodução do direito quando afirma que as pessoas, para serem clientes do sistema legal, precisam operar dentro dele, o que vale dizer que precisam conceber o problema de uma maneira jurídica, definir sua situação de acordo com a linguagem jurídica e se comprometer com os procedimentos e as formalidades próprias do métier. Para participar do sistema legal é preciso usar seu sistema referencial para dar sentido às suas demandas (MELLO, 2006, p. 368).

Se substituirmos o termo 'sistema' por 'campo', estaremos diante de uma descrição que poderia, perfeitamente, ser atribuída à teoria dos campos de Pierre Bourdieu. Sem dúvida, o direito exige, como qualquer outro sistema (ou campo, dependendo da orientação teórica que serve de norte), determinados requisitos para que se opere em suas entranhas. Conhecer os procedimentos internos e a linguagem, por exemplo, é crucial. Contudo, isso não significa que elementos externos ao campo (ou sistema) não sejam

manuseados pelos atores (ponto com o qual Luhmann teria dificuldade em lidar) em sua atuação. O direito não é um sistema perfeito de códigos e procedimentos, que funcionam de forma completa e hermética, sem imperfeições, selecionando e prevendo tudo que o integrará e fará parte de seu funcionamento. As circunstâncias fazem com que o direito seja menos previsível do que supõe a visão sistêmica e a autoimagem que o direito tem de si mesmo (conforme deixa claro seu discurso oficial). Além do mais, procedimentos e linguagem próprios fazem com que os especialistas do direito tenham um papel essencial para a forma como o sistema (campo) se comporta.

Esse mesmo entendimento pode ser percebido nos elogios que Mello faz aos méritos que a Teoria dos Sistemas traz para a sociologia do direito. Na visão do autor (2006), fica claro que não é somente a realidade social de atores que produz o direito, pois o inverso também ocorre. O direito também cria a realidade social, na medida em que o código jurídico (lícito/ilícito) faz com que os atores sociais reordenem suas ações e expectativas conforme a lógica jurídica:

(...) podemos chegar à concepção de que não é apenas a realidade social dos atores que produz o direito, mas o inverso também procede: o direito cria realidade social, no sentido de que o código lícito/ilícito enseja que os atores sociais reordenem suas ações e expectativas conforme a lógica jurídica subjacente às interações (MELLO, 2006, p. 368).

A interpretação de Mello acerca da Teoria dos Sistemas, particularmente no que diz respeito ao direito, nas versões de Luhmann e Teubner, chama a atenção, sem descuidar das críticas, para a capacidade que a teoria tem de apontar que o direito não é meramente uma produção dos atores sociais, mas, também, um fator condicionante das ações individuais. No entanto, vale notar que o fator elogioso da teoria não é uma singularidade da teoria sistêmica. Uma das principais questões que envolvem as ciências sociais, desde sua origem, gira em torno, como vimos, justamente, das relações entre as ações dos indivíduos e as estruturas que se consolidam ao longo do tempo. A produção da vida social é justamente atribuída às relações entre as ações

individuais e os condicionamentos objetivos das estruturas. Não é necessário recorrer à Teoria dos Sistemas para chegarmos a essas conclusões.

Assim sendo, se levarmos ao limite esse ponto de vista, a Teoria dos Sistemas se apresentaria como mais uma versão, com suas peculiaridades, evidentemente, de como lidar com esse problema visceral das ciências sociais. Para que a realidade social, e também o direito, não sejam percebidos, meramente, como produto do conjunto de ações dos indivíduos, não é necessária a proposta sistêmica de eliminar o interesse pela ação humana como fundamento da explicação social. Essa já era uma questão fundamental antes do surgimento de tal perspectiva teórica. A Teoria dos Sistemas pode evidenciar o dilema estrutura-agência no seio da sociologia do direito, apontando as influências mútuas entre as ações dos indivíduos e o próprio direito como sistema, mas ela não é a precursora dessa leitura da sociedade, e não inova em sua proposta. Na verdade, a leitura de Mello, com a qual compartilhamos, no que diz respeito ao diagnóstico social baseado na estrutura-agência, dificilmente seria aceita, *ipsis litteris*, no bojo da teoria sistêmica, principalmente em sua versão luhmanniana. A perspectiva de Luhmann exige justamente o contrário, ou seja, o afastamento dos indivíduos e de suas ações como elementos centrais para a compreensão da sociedade.

A crítica luhmanniana à sociologia tradicional envolvia a denúncia de uma espécie de mística do sujeito (MELLO, 2006, p. 353). Segundo Mello, Luhmann não desconsidera a existência da ação, embora, o próprio Mello reconhece, seus escritos permitam interpretações contrárias a esse entendimento (com Luhmann sendo taxado de anti-humanista). De acordo com Mello, a questão central para Luhmann, no que diz respeito à ação, é se a ação pode, de fato, ser atribuída a um ser humano ou se pode ser atribuída a uma situação específica, já que toda ação, em última instância, tem lugar em um contexto determinado (e não controlado pelos agentes).

Essa forma de colocar a questão, embora com pretensões, do ponto de vista luhmanniano, de desmontar o esquema estrutura-ação, no qual boa parte da sociologia que Luhmann denomina tradicional está sedimentada, acaba por reproduzir, exatamente, o dilema da estrutura-ação, pelo menos da forma como foi colocada. Discutir se o indivíduo age, com sua ação podendo ser atribuída a ele mesmo, ou se a ação é atribuída à situação em si, e não ao indivíduo, é

justamente o ponto levantado pelo dilema da estrutura-ação. Colocar a questão dessa forma não desconstrói uma das características centrais da sociologia tradicional. Antes, a recoloca novamente, sob outras vestes. Em suas versões mais radicais, as teorias objetivistas atribuem à situação (às estruturas) as condições de ação do indivíduo.

Sem dúvida, buscar novas hipóteses explicativas para o complexo mundo social no qual vivemos é uma tarefa necessária e instigante. No entanto, é preciso reconhecer que a Teoria dos Sistemas, conforme o próprio Luhmann declarou, embora isso possa ser questionado por outras de suas declarações, é mais uma opção teórica entre outras, e sua força está na sua capacidade de convencimento enquanto teoria e no sucesso de suas elucidações para o entendimento do objeto de estudo sobre o qual se debruça. Entender a teoria sistêmica como mais uma entre outras propostas teóricas possíveis nos leva ao tema da ontologia e à forma como é encarada pela perspectiva sistêmica.

Luhmann partirá, de saída, para a construção da Teoria dos Sistemas, de uma severa crítica a qualquer entendimento ontológico do mundo. Ele afirma que não possui nenhuma representação de como uma sociedade poderia ser boa ou melhor. Esse não é um ponto de interesse para a Teoria dos Sistemas (LUHMANN, 2010, p. 31). Assim, sua proposta seria apenas descritiva, e não normativa. Ou seja, a Teoria dos Sistemas é uma forma, entre tantas outras, de descrever a realidade, mas não tem pretensões normativas, afirmando como a sociedade deveria ser.

A princípio, isso faz com que Luhmann, com a proposta da Teoria dos Sistemas, se insira no âmbito da retórica, como qualquer outro teórico no âmbito das ciências sociais. Sua pretensão é o convencimento, portanto. Ele afirma que a leitura da sociedade com base na Teoria dos Sistemas é mais uma entre outras, embora afirme, em seguida, que se trata de um ponto de vista mais avançado sobre o mundo social.

Se, a princípio, não existe uma leitura que possa ser tratada como melhor para o entendimento do mundo social, a própria ontologia não poderia ser, de antemão, descartada como forma de compreensão da realidade. Há sempre formas possíveis de entender a realidade, inclusive de descrevê-la. Afirmar que a Teoria dos Sistemas descreve a realidade é fazer uma afirmação

ontológica sobre a descrição. Descrever algo é construir uma narrativa sobre como se percebe e se experiencia um fenômeno. Há um fundo ontológico na descrição quando se afirma que ela descreve a realidade. É como se dissesse que não há nenhum julgamento no que se diz, mas que se trata, apenas, da descrição daquilo que se percebe, tal como é. Descrever algo é afirmar alguma coisa sobre a existência do fenômeno. Dizer que o enfoque é apenas descritivo, não elimina o aspecto ontológico da descrição, que é sempre a descrição de alguma coisa. Quando se descreve, afirma-se a existência do que está sendo descrito.

Luhmann buscará contornar esse problema dizendo que a Teoria dos Sistemas realiza uma observação de uma observação (como vimos no capítulo anterior). No entanto, entra em contradição com sua proposta inicial, de que a teoria sistêmica é apenas mais uma entre teorias possíveis. Ele afirma que, na sociedade moderna, a percepção mais avançada sobre a realidade do mundo passou da consciência da realidade à observação da observação. Para Luhmann, essa forma de percepção, que se concentra naquilo que os outros dizem ou percebem, é a forma mais adequada de apreensão do mundo (2010, p. 150).

Essa passagem deixa entrever a posição que Luhmann concede à própria teoria. “A percepção mais avançada sobre a realidade do mundo” é a expressão utilizada por Luhmann. Há, portanto, uma realidade para ser percebida, o que não descarta, de antemão, a validade do pensamento ontológico. Além disso, não há nada mais ontológico do que qualificar uma percepção de “mais avançada” do que outras. A observação da observação é uma forma mais avançada, segundo Luhmann, de perceber o mundo do que a consciência da realidade. Mais avançada em que sentido? No sentido de que se pode compreender a realidade de forma mais clara e apurada? Se sim, então, o fundo continua ontológico, pois pressupõe que há uma forma mais adequada de compreensão.

Além disso, não é somente no que diz respeito à descrição que a abordagem de Luhmann concede graças à ontologia. A própria existência dos sistemas, como vimos na crítica de Domingues, é tomada como fato<sup>125</sup>. Este é

---

<sup>125</sup> Assim também é o entendimento de Trindade (2008, p. 17).

o mesmo entendimento de Mello. A existência dos sistemas é assumida como factual e autorreferencial. Esse é um ponto importante para compreendermos a proposta teórica do alemão. Luhmann parte da premissa de que os sistemas existem, cabendo à teoria descrevê-los. O próprio Luhmann, como vimos, define sua teoria dos sistemas como descritiva, e não como uma teoria que constrói elementos para o entendimento da realidade. Ele apenas descreve a realidade percebida. Os sistemas não são, para essa proposta teórica, um instrumento analítico, criado pelo autor, para a compreensão da realidade social. Eles existem de fato. Se a Teoria dos Sistemas é uma descrição do que existe de fato, ela só pode ter lugar em contextos onde os sistemas existem. Esse seria o problema, na visão de Marcelo Neves, de aplicar a teoria no contexto brasileiro, onde os sistemas não existem em suas características definidoras. Como descrever o que não há? Ainda retornaremos a este ponto, quando tratarmos do tema da autonomia.

Antes, no entanto, vale a pena levantar as críticas que podem ser direcionadas à Teoria dos Sistemas a partir da defesa do fechamento operacional, que leva, conseqüentemente, à defesa da autonomia sistêmica e, no caso do direito, da reprodução circular do direito.

Criar um sistema do direito, autopoietico e dotado de fechamento operacional, não é, em si mesmo, uma garantia da autonomia do direito, nem de seu funcionamento perfeito e da possibilidade de lidar com desigualdades sociais (como mostra a preocupação de Marcelo Neves). Podemos imaginar que o sistema do direito seja autônomo, independente operacionalmente da política e do restante da sociedade, mas tal sistema pode ter como base injustiças sociais arraigadas. Uma vez criado, esse sistema só pode ser modificado autopoieticamente, a partir de suas próprias operações. No entanto, essas operações podem ser direcionadas, por exemplo, à manutenção de desigualdades, algo que não é função do direito combater, não da maneira como Luhmann o projeta. Assim, a autonomia do direito poderia se apresentar como um perigo para a sociedade, que teria que lidar com um direito, de saída, injusto e não desejado, mas que só poderia ser alterado a partir de si próprio. Luhmann, pretensamente, descreve como o direito se comporta (como sistema), mas não discute a forma como pode ser fundamentado. Como o

sistema jurídico é construído não é tão importante, na Teoria dos Sistemas, como a descrição de um sistema já constituído.

Essa imagem de um direito distante e desarticulado com a sociedade, ganha força com a concepção, defendida por Teubner, do sistema jurídico como uma espécie de caixa preta, algo necessário para garantir sua autonomia. Os subsistemas sociais seriam mutuamente inacessíveis, ou pelo menos deveriam ser (voltamos ao ponto de uma concepção normativa), sendo entendidos como uma espécie de caixa preta. Eles conheceriam apenas os *inputs* e os *outputs* uns dos outros, mas não seus processos internos, que, de fato, para a teoria sistêmica, não precisam ser conhecidos. Quando as ações dessas caixas pretas estão coordenadas, cada sistema se foca não nos processos internos desconhecidos, mas nas interrelações entre os sistemas. A ideia, conforme assinala Teubner, é que cada sistema seja capaz de perceber as regularidades oriundas dessas relações externas:

Self-referential systems – social systems like law, politics, and regulated subsystems – are ‘black boxes’ in the sense of mutual inaccessibility. Each knows the input and the output of the other, but the internal processes that convert inputs to outputs remain obscure<sup>126</sup> (TEUBNER, 1984, p. 300).

A concepção da teoria sistêmica é baseada, essencialmente, no controle da insegurança social, tendo em vista a diagnosticada complexidade da modernidade. Porém, não conhecer o funcionamento interno de cada um dos sistemas pode ser uma maneira de aumentar a insegurança social, além de poder se transformar em característica de uma forma de autismo da sociedade em relação a ela mesma, algo do que a Teoria dos Sistemas busca se defender todo o tempo. Neves fala em ações coordenadas de cada um dos sistemas, mas não explica como essa coordenação pode ser efetuada. A proposta, característica do funcionalismo, pressupõe que, com cada sistema agindo da forma como se espera que aja, seguindo seus próprios princípios e

---

<sup>126</sup> “Sistemas autorreferenciais – sistemas sociais como o direito, a política e os subsistemas regulados – são ‘caixas pretas’, no sentido da inacessibilidade mútua. Cada um deles conhece os *inputs* e os *outputs* dos outros, mas o processo interno que converte *inputs* em *outputs* permanece obscuro”. Tradução nossa.



códigos, as relações entre os sistemas se tornam ajustadas, e o funcionamento social, e dos sistemas, segue um fluxo perfeito. No entanto, nada é dito acerca de como essas funções são determinadas, criadas, organizadas e efetivadas. Só se vê as peças do jogo se movimentarem, mas não o que faz o jogo ser criado e se movimentar. Assim como a mão invisível, de Smith, organizaria o mercado de modo quase 'natural', os sistemas se coordenariam 'naturalmente', à medida que sejam autônomos uns em relação aos outros, seguindo seu código próprio. Essa proposta parece artificial e gera mais perguntas do que respostas para a compreensão da dinâmica da vida social. Se a Teoria dos Sistemas é, na proposta de Luhmann, descritiva, e não normativa, em qual contexto os sistemas funcionais e autopoieticos funcionaram de maneira assim tão perfeita para serem descritos nesses termos, dotados de tamanha autonomia?

Sobre a autonomia, é interessante notar como os adeptos da Teoria dos Sistemas, como Marcelo Neves, sempre afirmam a autonomia sistêmica, principalmente os teóricos dedicados ao direito, acompanhada de uma defesa de que tal autonomia não significa isolamento e exclusão de influências externas. O acompanhamento, quase certo, dessas duas ideias, mostra a força da crítica que, como diagnosticou Bourdieu, aponta os perigos de uma autonomia efetivada como isolamento. Assim, os autores influenciados pela teoria, ou são acossados pelos críticos, que, entre outras coisas, vão se concentrar, justamente, sobre a questão da autonomia transformada em insulamento, ou vão perceber, a partir da própria construção teórica, que o hermetismo se apresenta como um grande e difícil problema a ser contornado.

Sempre que a autonomia sistêmica é defendida, igualmente, a Teoria dos Sistemas reforça que o fechamento ocorre do ponto de vista operacional, o que permite, paradoxalmente, sua abertura cognitiva. No entanto, a forma como essa conexão entre o fechamento operacional e a abertura cognitiva ocorre não fica bem delineada pela abordagem sistêmica. O conceito de irritação, por exemplo, estabelece que o meio é capaz de, indiretamente, influenciar o sistema, que reage a essas irritações a partir de si próprio, de suas próprias características e elementos. Mas é sempre o sistema no controle das influências, realizando conversões internas. O meio continua como meio. De forma provocativa, poderíamos dizer que a Teoria dos Sistemas, que foge

de conceitos como os de ação instrumental, termina por apontar que o sistema instrumentaliza o meio. Como garantir esse controle absoluto sobre as influências externas? O sistema é capaz de prever, e, portanto, reagir, a toda complexidade do meio, reconhecida pela própria teoria sistêmica?

Em outras palavras, o fechamento operacional, por si só, garante autonomia do direito? Se o direito se reproduz a partir de seus próprios critérios, isso garante o quê, especificamente? O que se busca com esse fechamento? Garantir que critérios políticos e econômicos não influenciem a reprodução do direito? Só se fechar operativamente não garantiria isso. Ainda sim, o direito estaria sujeito a influências, pois aberto cognitivamente. Como garantir que a abertura cognitiva não vá alterar a estrutura do sistema, independente do fechamento operacional? Além disso, o instrumental operativo do direito pode ser criado a partir de um enfoque que privilegia determinados interesses e isso geraria, desde o início, mesmo assegurada uma reprodução autônoma, problemas de influência no sistema. Como a teoria sistêmica permanece em um nível muito alto de abstração, ela só lida com essas questões de forma também abstrata. Ao ser aplicada, a teoria começa a mostrar sua vicissitudes.

Será, portanto, que o sistema funciona de maneira hermética e eficaz? A seleção dos fatores influentes é feita de maneira perfeita e completa? Parece mais persuasivo crer que fatores, a princípio, não selecionados pelo sistema, por força de circunstâncias específicas e variadas, por conta da contingência que caracteriza o mundo, como o próprio Luhmann reconhece, passam a influenciar e, mesmo, a integrar os sistemas, sem que estes últimos tenham total controle sobre as forças que os influenciam. Não é diferente com o sistema jurídico. Os sistemas, conforme lição da teoria sistêmica, são criados para enfrentar a grande complexidade do mundo, característica da modernidade, buscando reduzi-la. Porém, mesmo com seu surgimento, não há garantias de que a contingência seja absolutamente contornada. Há fatores do ambiente que adentram o sistema sem que tenham sido selecionados previamente para tanto. Descrever o funcionamento dos sistemas, como Luhmann faz, se aproxima mais de uma interpretação de como os sistemas deveriam se comportar do que de como, de fato, eles se comportam, algo que o próprio Luhmann explicitamente rejeita. Com isso, a explicação torna-se

pouco convincente e tautológica, visto que a teoria é capaz de explicar tudo e qualquer coisa a partir da mesma receita: “se o fator X influenciou o sistema é porque o sistema o havia selecionado anteriormente”. Assim, explica-se qualquer fenômeno de maneira circular.

A circularidade, inclusive, é o elemento chave para a definição de como o direito se reproduz, segundo a proposta sistêmica de Teubner. Esse é um ponto complexo do argumento de Teubner, e também o mais frágil. A circularidade, de fato, não existe nos termos propostos (normas fundamentam decisões, que dão sustentação às normas, em um processo circular). Nem todas as decisões podem ser reconduzidas a regras previstas pelo direito. Isso, na verdade, impossibilitaria que as decisões, em muitos casos, fossem tomadas. Nem sempre é possível encontrar na lei os fundamentos de uma decisão. Além disso, a decisão não pode esperar, ou não ser emitida. A decisão não pode aguardar indefinidamente por uma resposta e o ordenamento jurídico, ele próprio, não pode criar leis *post factum*. Os chamados casos difíceis (*hard cases*) nos dão um bom exemplo. Acreditar que sempre há uma resposta dentro do direito, bastando encontrá-la, é um argumento ingênuo. Além disso, mesmo quando, reconhecendo a ausência de fundamentos no próprio direito, fundamentos para a decisão são buscados externamente, nem todos esses fundamentos são passíveis de recondução para argumentos jurídicos. Quando não são, eles serão inutilizados e descartados? Não parece ser o caso, quando observamos o comportamento da Suprema Corte brasileira. A questão da seletividade, pelo sistema, em relação aos elementos externos, pertencentes ao meio, é um ponto mal enfrentado pela Teoria dos Sistemas.

De um ponto de vista funcional e segmentado da sociedade, a solução jurídica dos conflitos faz com que o direito se veja como um mundo à parte entre outros mundos (sistemas) que, como ele, são seletivos em relação à realidade. Alguns elementos do mundo interessam e outros não. Por isso, o sistema jurídico negligencia inúmeros elementos que são percebidos como pertinentes e relevantes para as esferas da vida política, social, cultural e econômica (MELLO, 2006, p. 368).

Negligenciar alguns elementos da vida social, de maneira seletiva e em função de códigos estruturantes, para benefício de outros elementos de interesse, se baseia em uma operação construída, cuja escolha é, portanto,

arbitrária (no sentido de que poderia ser de outra forma), e não funciona de maneira perfeita, como a Teoria dos Sistemas faz crer. Em alguns casos, os elementos que integram uma decisão judicial, como temos afirmado, por diversos fatores integrantes da contingência e circunstância que cercam tal decisão, não se encontram, de antemão, previstos como selecionados pelo sistema. Falar, *post factum*, que tais elementos, por terem sido utilizados para compor a decisão, na verdade, já estavam selecionados nos leva a uma explicação tautológica do processo seletivo do sistema. O elemento estava selecionado porque foi selecionado, e foi selecionado porque estava selecionado. Esse é um exercício sem valor explicativo. As circunstâncias fazem, muitas vezes, com que elementos não previstos e não selecionados integrem o sistema (caso exista, de antemão, uma seleção do que integrará ou não o sistema; afinal, esse ponto também apresenta problemas). Em muitos casos, o que fará da parte da decisão não pode ser absolutamente predito. A Teoria dos Sistemas parte da enorme e incontrolável contingência do mundo moderno, atribuindo-lhe mesmo um valor explicativo para o surgimento de sistemas funcionais. Contudo, depois de reconhecer esse fato (na Teoria dos Sistemas, trata-se de uma ontologia), ela atribui um valor considerável à capacidade dos sistemas em lidarem de maneira perfeita com tal contingência.

Mesmo que exista uma pré-seleção do que integrará ou não o sistema, ainda no exemplo das decisões judiciais, se essa seleção é feita no momento em que a decisão está sendo construída, o problema do sujeito reaparece. A escolha, podemos imaginar, é feita pelos especialistas que fazem parte do sistema, no caso das decisões, os juízes. Mesmo que seja realizada com base em elementos fornecidos pelo próprio sistema, são os juízes que, em última instância, estão incumbidos de proferir a decisão. Isso coloca em cena os atores e o problema da subjetividade, mais uma vez, dois pontos que Luhmann prefere afastar para construir uma interpretação mais objetiva da realidade social, a partir dos próprios sistemas. Sendo assim, como os juízes selecionarão os elementos que poderão integrar a decisão que está sendo construída? Eles possuem, não há dúvida, limites oferecidos pelo sistema, mas, a partir de sua própria percepção de mundo, construirão seus argumentos com base em elementos diferentes, nem sempre ligados, diretamente, ao

sistema jurídico. E esse ponto é tomado como base para realizar um diagnóstico do tipo de sociedade com o qual lidamos

Uma vez reconhecida a importância desses fatores externos ao sistema, estaríamos diante, conforme parece indicar o entendimento de Marcelo Neves, de um quadro característico de uma modernidade periférica? A ideia que parece se cristalizar a partir dessa interpretação é a de que, caso os sistemas funcionem da maneira como Luhmann sugere, a modernidade se vê em sua plenitude de desenvolvimento. Caso contrário, com os sistemas sendo influenciados por fatores alienígenas a suas estruturas, estamos diante de uma modernidade incompleta, mal formada, periférica. O julgamento da modernidade, no bojo dessa forma de entendimento, possui matizes morais. Há uma modernidade madura, moralmente superior e que deve ser almejada, ao passo que existe, por outro lado, uma espécie de modernidade caduca e incompleta. O cunho evolucionista que esse tipo de entendimento em relação à modernidade pode autorizar é acompanhado pela definição da existência e do funcionamento perfeito dos sistemas, de acordo com a descrição luhmanniana, como critério definidor de qual modernidade estamos falando. O funcionamento adequado dos sistemas, segundo a receita da teoria sistêmica é o elemento definidor, por excelência, do tipo de modernidade ao qual pertencemos.

A Teoria dos Sistemas não oferece elementos adequados para lidar com a decisão judicial. Levar em consideração que o sistema jurídico é uma diferenciação produtora de uma comunicação que separa o direito do não-direito, não responde a como uma decisão judicial é produzida, que tipo de elementos, de fato, mobiliza, e sua capacidade de integrar agentes e estruturas, que, por sua vez, poderão alterar as características do próprio sistema. Além disso, a partir da perspectiva sistêmica, as relações estabelecidas entre o direito e outros sistemas sociais não ficam claramente especificadas, ainda mais em contextos como o brasileiro, onde o fechamento operacional dos sistemas jurídico e político, conforme advogado pela teoria, parece não existir. A retórica, contudo, é capaz de oferecer um melhor enquadramento desse tema, permitindo articular a ação dos indivíduos (sejam tomados individualmente ou no exercício de seus papéis), e os limites oferecidos pelo próprio sistema, esclarecendo como as relações entre o direito e a política são percebidas, e como, de fato, podem ocorrer. A Teoria dos

Sistemas também confere um papel importante à linguagem, afinal, os sistemas sociais são feitos de comunicações, mas não permite, como a retórica, o entendimento da dinâmica da produção de contextos de decidibilidade, como no caso das decisões judiciais. A retórica, por sua vez, reconhece que as palavras são capazes de penetrar em tudo, independente de pretensos encerramentos operacionais. É o que veremos no capítulo seguinte.

## **6. A retórica e a dualidade estrutura/agência para o entendimento da decisão judicial e de suas consequências**

*(...) um pouco na poeira das estantes, que as estantes veneráveis não devem ser luzidias<sup>127</sup>.*

Esse capítulo versa sobre dois temas fundamentais para a tese, a decisão judicial e a retórica. Mais precisamente, ele envolve a aplicação da retórica para o estudo da decisão judicial e de suas consequências para a relação que o direito estabelece com outros campos sociais. Assim, inicialmente, é apresentada a forma como a Teoria dos Sistemas lida com a decisão judicial, seguida das críticas que podem ser tecidas em relação a esse enfoque. A decisão, argumentamos, é um mecanismo cujo estudo nos permite questionar a ideia de fechamento operacional, conforme defendida pela abordagem sistêmica. Em seguida, abordamos a decisão através de um viés pragmático e linguístico, o que nos leva à retórica. Apresentadas as características da retórica aristotélica e sua aplicação para a decisão judicial, defendemos a retórica como dotada de um arcabouço teórico adequado para tratar do tema da decisão no âmbito do direito, lidando diretamente com o tema da dualidade estrutura/agência.

### **6.1. A decisão judicial e os limites do fechamento operacional diante da linguagem**

Como vimos nos capítulos anteriores, a Teoria dos Sistemas propõe uma concepção do direito como diferença, a partir de seu código binário próprio, o direito e o não-direito (lícito/ilícito). Os conceitos fundamentais da teoria sistêmica, como a autopoiesis, o fechamento operacional e a dotação de sentido pelo próprio sistema, são tomados como elementos centrais para a defesa de um direito autônomo, que verá na política, essencialmente, o

---

<sup>127</sup> Carlos Drummond de Andrade, *Fala, amendoeira*.

principal fator de interferência para seu pleno e independente funcionamento. A perspectiva de Luhmann envolvia, ainda, a definição do direito a partir de sua positividade, fator primordial para a segurança jurídica, e, ao mesmo tempo, aquilo que permite ao direito se transformar a partir de si mesmo, evitando interferências externas e fazendo da norma seu elemento central.

No bojo da Teoria dos Sistemas, como poderia ser pensada a decisão judicial? O sistema jurídico, orientado a produzir a comunicação que distingue o direito do não-direito, verá a decisão jurídica como aquela que faz, justamente, referência a essa diferença. Isso altera a concepção tradicional de decisão judicial, que, definida do ponto de vista institucional, é tomada como aquela decisão proferida pelos tribunais, instâncias jurídicas por excelência. Para a Teoria dos Sistemas, contudo, as decisões jurídicas são produzidas em todos os contextos da sociedade e não apenas nos tribunais, pois o enfoque é na comunicação produzida, e não na instância produtora. Diante disso, qualquer decisão que utilizar o direito como sistema de referência já é uma decisão jurídica, mesmo fora do âmbito das instituições jurídicas tradicionais:

Uma decisão, portanto, é toda decisão que faz referência à diferença entre direito e não-direito. Nessa perspectiva da teoria dos sistemas, torna-se possível observar a produção de decisões jurídicas em todos os contextos da sociedade e não apenas nos tribunais. Qualquer decisão que utiliza o direito como sistema de referência já é uma decisão jurídica, ainda que decidida no âmbito de sistemas de organização que não fazem parte das instituições jurídicas tradicionais, como o Estado ou mais especificamente os tribunais (SIMIONI & BAHIA, 2012, p. 7).

Essa perspectiva abre espaço para se pensar que o contrário é verdadeiro, ou seja, que tribunais e instituições jurídicas tradicionais podem tomar decisões não-jurídicas. Como vimos, no contexto da Teoria dos Sistemas, Luhmann propõe não estudar o direito com base em suas instituições, como os tribunais, mas sim, tendo em vista a produção de uma comunicação específica. Assim, não há problema em reconhecer que o direito se faz além das cortes. Na concepção de direito da teoria sistêmica, é possível



que uma decisão emitida por um tribunal, não baseada em elementos jurídicos exclusivamente, seja tratada como uma decisão não-jurídica.

Essa concepção da teoria sistêmica é dotada de acertos e equívocos. Que o direito não seja um tema somente vinculado aos tribunais é um ponto interessante a se considerar. De fato, como apontamos nos capítulos anteriores, o direito não precisa ser reduzido somente aos órgãos decisórios, visto que ele é mais amplo do que isso. Por outro lado, os adeptos da Teoria dos Sistemas no direito, ao estabelecerem que a decisão é jurídica toda vez que for tomada com base no binômio direito/não-direito, acabam por não diferenciar uma decisão tomada no âmbito de um tribunal de uma decisão que envolve o direito na vida cotidiana. Essa não nos parece uma interpretação acertada no que diz respeito à decisão judicial. Nossa crítica a Luhmann se dirige, entre outras coisas, à sua desconsideração pelo estudo das instituições jurídicas para a compreensão do direito, como os tribunais. Essas instâncias, no entanto, são fundamentais para um entendimento mais acurado do direito e de suas relações com a política e com a sociedade. Deste modo, não podemos nos filiar à compreensão de que as decisões jurídicas são aquelas baseadas, única e exclusivamente, na comunicação que mobilizam. Decisão judicial não é o mesmo que decisão jurídica. Se esta tem lugar toda vez que a comunicação jurídica é mobilizada, independente do âmbito, aquela se define com base na instância que a emite.

Outra característica da decisão judicial com base na Teoria dos Sistemas é sua impossibilidade. Como em outros pontos da teoria, a proposta é feita com base em um paradoxo. A decisão judicial é vista como algo impossível, e, exatamente por isso, é preciso que seja tomada, tornando-se, desta maneira, possível:

A decisão jurídica é impossível de ser decidida e, paradoxalmente, exatamente por ser impossível, é que ela exige uma decisão. Se não fosse impossível, não exigiria uma decisão, exigiria apenas uma operação de reprodução de decisões anteriores, sem nenhum conteúdo inovador, sem nenhuma exigência de argumentação da escolha decidida e

sem nenhuma produção de diferença no âmbito do sistema jurídico (SIMIONI & BAHIA, 2012, p. 8).

A concepção de impossibilidade da decisão, exigindo, assim, sua possibilidade, faz com que a argumentação seja vista como um elemento necessário à produção da decisão. Se fosse exigida, apenas, a reprodução de decisões anteriores, sem reflexão ou inovação, sem necessidade de argumentar em torno da escolha e sem produzir uma diferença no âmbito do sistema, a decisão não seria uma decisão, e não teria lugar. Há casos de decisões que só reproduzem o passado, decisões pretéritas, gerando apenas redundância. Para ser decisão é preciso ser criada e justificada. A princípio, essa parece ser uma concessão da Teoria dos Sistemas, até então fonte de interpretações tão restritivas, reconhecendo que uma decisão precisa ser criada. Mas criada com base em quê, especificamente? Seguindo os preceitos da teoria, com base no direito, particularmente, na norma, ou em elementos que o próprio direito oferece (conforme faz notar a proposta da circularidade do direito de Teubner). E é justamente nesse ponto que a teoria sistêmica volta a se apresentar como hermética. Além disso, essa concepção acerca da decisão apresenta divergências entre os próprios adeptos da Teoria dos Sistemas no direito.

Há razão para críticas a decisões programadas, repetidas, que não inovam, reproduzindo justificativas construídas em outras ocasiões. Isso levaria a uma espécie de empobrecimento do trabalho decisório, tornado maquinal, o que, por um lado, facilitaria a decisão, já pronta. Isso poderia ser visto, criticamente, como um relaxamento institucional. Apesar disso, não se quer dizer que as portas para decisões anteriores devam ser fechadas. Afinal, argumentativamente, tais decisões são dotadas de força persuasiva e de convencimento. Esse é o elemento a ser ressaltado. Decisões já tomadas em determinado sentido (jurisprudência) são argumentos poderosos para produzir convencimento diante de casos semelhantes, podendo ser utilizadas pelos juízes para produzir uma nova decisão (o direito tem buscado maneiras, como as súmulas vinculantes, de fazer das decisões anteriores mais do que suporte para as novas decisões). Contudo, seu uso não pode ser imperativo, transformado em regra. A decisão sobre o uso de decisões anteriores deve

ficar a critério dos juízes, que mobilizam os argumentos que acharem mais convincentes, e que estejam dentro dos limites oferecidos pelo sistema, para construir sua decisão. Eles não devem ser obrigados nem proibidos de lançar mão dessas decisões. Isso fica claro no caso dos *hard cases*, para os quais os precedentes decisórios não se apresentam como vinculantes, mas, antes, como instrumentos argumentativos à disposição dos juízes. Como veremos mais à frente, a retórica abre espaço para esse entendimento.

Diante disso, a autêntica decisão jurídica produziria variação, e não apenas redundância no sistema. Nesse ponto, há o reconhecimento, pelo menos por parte de Simioni & Bahia (2012), de que o sistema poderia, a princípio, sofrer alterações em virtude da decisão. No entanto, como os próprios autores apontarão, não há inovação nas possibilidades do sistema, todas elas já previstas. A variação provocada pela decisão pode gerar transformações estruturais no sistema, caso tal variação seja tolerada e aceita pelo mesmo, através de suas estruturas, e estabilizadas através de assimilação. Isso quer dizer que o sistema autoriza suas próprias alterações. A decisão só passa a ser referência se houver tolerância do sistema à inovação que ela traz. Isso significa que o sistema já carrega consigo as decisões que tolera, visto que elas são pré-projetadas. Assim, mesmo que a decisão inove em relação às decisões anteriores, isso não significa que ela inove o sistema, que já possui suas potencialidades projetadas:

Por isso que, por mais inovadora que seja uma decisão jurídica, ela só passa a constituir-se como referência para novas operações jurídicas se o próprio sistema do direito a tolerar dentro de suas estruturas. A decisão inovadora, portanto, sempre será uma decisão já esperada pelo sistema, tolerada pelo sistema e estruturalmente compatível com o estado imediatamente anterior da rede de operações do sistema. Ela inova em relação às operações anteriores, mas não inova em relação às potencialidades desde já sempre projetadas pelo sistema (SIMIONI & BAHIA, 2012, p. 9).

Porém, vale questionar, o sistema é mesmo capaz de prever e projetar tudo? Mais uma vez, a Teoria dos Sistemas conduz a uma interpretação do

sistema como 1) algo que funciona perfeitamente, sem falhas, e 2) um conjunto de operações dotado de previsibilidade absoluta. O argumento para a explicação do comportamento do sistema é sempre *post factum*. Depois que o sistema se comporta de determinada maneira, tal comportamento é pensado como algo previsto pelo sistema. Não estamos diante de uma explicação convincente, portanto. Esse é um ponto extremamente frágil na Teoria dos Sistemas, como já fizemos notar em outros momentos. Se um sistema assimila uma informação é porque ela já estava prevista por ele, através de suas potencialidades. Se não assimila, é porque a inovação não estava prevista. Esse tipo de abordagem, além de ser inócuo heurísticamente, pode ser lido como uma profecia autocumprida. Se afirmarmos que o sistema assimilará algo porque já estava previsto, ele acaba por, de fato, assimilar.

Simoni & Bahia definem a decisão judicial como algo criado, mas com base no próprio sistema, e não na arbitrariedade do juiz, como o decisionismo oriundo do positivismo pode fazer sugerir. A crítica ao positivismo se manifesta diante da proposição de reduzir a aplicação do direito à mera subsunção à norma positivada. A partir do positivismo, se buscava, no direito, a norma verdadeira, ou melhor, o verdadeiro sentido de uma norma, para a aplicação em cada caso. Essa procura era pautada pela descoberta da intenção, ou vontade, do legislador, ou da própria lei. Como o intento se mostrou irrealizável, os positivistas acabaram por adotar uma concepção decisionista:

A percepção de que tal intento não era realizável se tornou mais evidente quando o Direito passou a regular profundamente novos temas (economia, contratos, trabalho, previdência e mesmo família). Isso levou autores como Kelsen e Hart a proporem que, caso o juiz tivesse diante de si um caso sobre o qual não houvesse clareza quanto à norma aplicável ou o sentido dessa norma (ou, de qualquer modo, não houvesse norma), estaria o juiz 'autorizado' a dar a solução que entendesse melhor (SIMIONI & BAHIA, 2012, p. 5).

Kelsen e Hart pensam que se o juiz está diante de um caso sobre o qual não há clareza quanto à norma aplicável, ou quando não há norma,

reconhecidamente, ele está autorizado a dar a solução que achar melhor para o caso que se apresenta a ele, visto que não decidir não é uma solução. Esse tipo de pensamento caracteriza o decisionismo jurídico. Não nos filiamos diretamente a esta causa, embora reconheçamos que ela tenha elementos interessantes a serem considerados. O primeiro deles diz respeito ao entendimento de que nem sempre o direito será capaz de oferecer o suporte normativo necessário para que uma decisão seja tomada. De fato, em muitos casos, o direito não fornecerá o caminho para que a decisão seja estabelecida. Outro ponto importante é o reconhecimento de que uma decisão não pode deixar de ser emitida, independente da consideração do primeiro ponto, que acaba de ser aventado. Isso é previsto, como já ressaltamos anteriormente, pelo próprio direito. O terceiro ponto é a importância atribuída ao juiz, enquanto ator, para o estabelecimento da decisão. A proposta do decisionismo vê o juiz como um agente central do processo de estabelecimento da decisão, atribuindo a ele, inclusive, o arbitrário de, nos casos especificados (quando o direito não oferece o suporte), emitir a decisão da maneira que lhe convier.

Esse terceiro ponto é importante pelo reconhecimento do papel do juiz, mas se excede pela consequência. O juiz não pode (não deve) decidir da maneira que lhe apeteer. Sua decisão possui limites e possibilidades, e cabe aos juízes saberem lidar com isso. A dualidade estrutura-ação, aliada à retórica, nesse ponto, se apresenta como um mecanismo teórico mais eficaz do que a Teoria dos Sistemas para compreender o papel desempenhado por um juiz em uma decisão judicial que não encontra no direito os fundamentos necessários para sua justificação. O direito possui elementos estruturais, que não dependem exclusivamente da vontade e da ação dos indivíduos, não podendo ser arbitrariamente afastados pelos agentes. No entanto, ao mesmo tempo, há espaço para que a ação tenha lugar, operando nos limites dados pelas estruturas, já que estamos diante de um fazer prático, que precisa ser levado a termo. Tais limites, em muitos casos, são claros e determinados, ao passo que, em outros, ainda não foram testados. Assim, os juízes, ao decidirem, lidam com as pressões e os limites realizados pela estrutura do sistema em que estão inseridos, ao passo que, simultaneamente, possuem liberdade de ação (principalmente argumentativa). É como pensar na decisão judicial dentro da moldura de um quadro. Os limites existem, mas, dentro deles,

há liberdade de ação. Mais do que isso, em alguns lados da moldura, os limites se encontram claramente determinados, ao passo que, em outros, estes limites ainda não foram devidamente experimentados.

A visão de Simioni & Bahia (2012), sobre a decisão judicial, leva a cabo a crítica ao reducionismo do positivismo, mas busca evitar os excessos do decisionismo. Sua posição também é pela criação da decisão, mas com base sempre nos elementos do sistema. Como a Teoria dos Sistemas busca sustentar suas explicações sem recorrer aos sujeitos, a criação da decisão não pode ser atribuída ao juiz, como no caso do decisionismo. Contudo, é importante ressaltar, nem mesmo dentro da Teoria dos Sistemas no direito a ideia de criação da decisão judicial é consenso. Trindade (2008), por exemplo, aponta que a decisão jurídica não pode ser criada, visto que deve ser encontrada no próprio sistema do direito, em seus elementos específicos. O ato decisório do juiz, segundo Trindade, não é visto por Luhmann como uma fonte criadora do direito, mas sim um filtro processual, uma “seletividade contingente” (TRINDADE, 2008, p. 61). A vigência do direito é atribuída à decisão judicial, mas não como criação.

Independente das controvérsias acerca da criação da decisão judicial no bojo da Teoria dos Sistemas, qualquer concepção que se adote aponta para o mesmo caminho, qual seja, o de que o direito se decide com base no próprio direito, paradigma que sustenta o princípio da autopoiesis. A procura dos fundamentos da decisão recai sempre sobre o próprio direito, conforme assevera Trindade:

Portanto, o direito estabelece expectativa condicional, o que faz com que haja incerteza contingencial, ou seja, espero que o juiz aja de acordo com o direito e ele, assim, de mim também espera. **Ele procurará na norma as condições de (in)satisfação do direito e aplicará (ou não) a sanção** (TRINDADE, 2008, p. 64, grifo nosso, em negrito).

Isso nos leva à relação da decisão judicial com os elementos externos ao direito, envolvendo a temática, cara à Teoria dos Sistemas, da autonomia. Como vimos nos capítulos anteriores, a interação do sistema com o meio é

dada através da forma rígida do fechamento operacional do sistema, o que geraria sua abertura cognitiva. Isso significa que o sistema precisa do meio para se alimentar, mesmo sendo capaz de autorreprodução e auto-organização. A metáfora é biofísica, com base na noção de transferência de energia:

Por isso, a auto-organização – por ser dependente da energia exterior – não pode manter uma relação de autismo com esse exterior. (...) Sendo assim, os sistemas autopoieticos possuem uma autonomia limitada às características determinantes de seus elementos definidores, mantendo, todavia, uma necessária dependência do meio externo no que se refere à energia (comunicações) que garantem o aumento de sua entropia (TRINDADE, 2008, p. 76).

Assim como os demais sistemas, o sistema do direito é visto como, simultaneamente, aberto e fechado. Um sistema aberto, na definição de Morin, é aquele:

(...) que está aberto energética e, às vezes, **informacionalmente** para o universo externo, ou seja, que pode alimentar-se de matéria/energia e até de informação. Ora, todo sistema que trabalha tende, em virtude do segundo princípio da termodinâmica, a dissipar sua energia, degradar seus constituintes, desintegrar sua organização e, portanto, desintegrar-se. É, portanto, necessário à sua existência – e, quando se trata de ser vivo, à sua vida – que ele possa alimentar-se, isso é, regenerar-se, extraindo do externo a matéria/energia de que precisa (MORIN, 1996, p. 281, grifo nosso, em negrito).

A ideia de autonomia, na Teoria dos Sistemas, de acordo com o que vimos nos capítulos anteriores, é concebida a partir do aparente paradoxo do fechamento operacional como necessário para a abertura cognitiva. É de abertura que Morin fala ao se referir à necessidade dos sistemas de buscarem no meio 'energia' para sua manutenção, sob pena de definhamento. No

entanto, a abertura não é completa, na medida em que é seletiva a partir do código binário.

Como aplicar essas noções à decisão judicial? Do ponto de vista argumentativo, isso implica que a decisão só pode recorrer aos elementos do próprio sistema e aos elementos que o sistema filtrou e reconverteu segundo seu próprio código? Mais uma vez, a proposta de Luhmann e a interpretação dada pelos adeptos da teoria sistêmica são divergentes. Se levarmos a cabo a concepção de funcionamento dos sistemas que Luhmann apresenta na *Introdução*<sup>128</sup>, a decisão judicial deve operar de acordo com o próprio direito. Inicialmente, deve procurar na norma o seu fundamento decisório (Teubner explicitou melhor esse ponto). Não o encontrando, deve buscar, ainda dentro do próprio sistema jurídico, os fundamentos que lhe darão sustentação. Luhmann não aborda o tema pelo viés da argumentação, mas deixa claro que os elementos externos, do meio, são fontes de irritação para o sistema, que, por sua vez, através de suas operações, os reconfigura, nunca permitindo, desta forma, uma interferência ou influência direta. Isso significa que, do ponto de vista da argumentação (como veremos, a decisão judicial é inseparável deste processo argumentativo), os argumentos externos ao direito, para poderem ser utilizados na decisão judicial, devem ser reconvertidos em argumentos jurídicos.

No entanto, quando observamos algumas vezes que, no direito, fazem eco à Teoria dos Sistemas, e algumas passagens do próprio Luhmann, os elementos externos aparecem como fonte de suporte para a decisão judicial, mesmo que se advogue que eles tenham que passar, necessariamente, por um processo de conversão. Essa é a posição de Simioni & Bahia, por exemplo.

O próprio direito permite que elementos externos possam ser utilizados como fundamento para a decisão judicial. Em muitos casos (reforçamos, principalmente, nos *hard cases*), o direito não oferece respostas claras para a decisão (ou mesmo não oferece resposta alguma), mas, mesmo assim, o juiz não pode declinar do seu dever de decidir. A não decisão nunca é uma opção para o magistrado. Esse é o princípio da proibição do *non liquet*<sup>129</sup>:

---

<sup>128</sup> A obra *Introdução à Teoria dos Sistemas*.

<sup>129</sup> A expressão vem do latim, e significa 'não é claro', 'não está claro'. No direito romano, era permitido que os juízes se abstivessem de decidir, caso a questão que lhes era submetida não



A decisão jurídica decide sempre em condições de incerteza e, ao mesmo tempo, pressionada pela regra do *non liquet*. Isso faz com que a decisão jurídica tenha que decidir inclusive quando não pode decidir. Como então a decisão torna possível sua própria impossibilidade? A resposta que Luhmann coloca a esse paradoxo é a metáfora do décimo segundo camelo, quer dizer, a introdução de uma referência externa para completar a ausência de possibilidade da decisão (...). Para isso servem os recursos argumentativos a valores exteriores ao sistema de referência (SIMIONI & BAHIA, 2012, p. 9 - 10).

Quanto ao princípio da proibição do *non liquet*, não há problema. Concordamos que tal princípio é basilar para entendermos a possibilidade da decisão judicial recorrer a elementos externos para se justificar. Esse princípio atesta que o próprio direito reconhece que não é possível, sempre, decidir com base somente em si mesmo<sup>130</sup>, abrindo espaço para os elementos externos. Porém, o que efetivamente são esses elementos, e como eles são tratados no âmbito do direito, não fica claro, especialmente se lançarmos mão da Teoria dos Sistemas para tentar compreender o fenômeno da decisão judicial.

Simioni & Bahia (2012) apontam que o próprio Luhmann reconhece que é preciso introduzir um elemento externo (a metáfora do décimo segundo camelo), uma referência externa, para que a decisão se torne possível. Embora isso seja questionável diante da proposta do próprio Luhmann para uma teoria geral dos sistemas, mesmo que se admita essa concessão a Luhmann, os problemas não são absolutamente solucionados.

---

apresentasse uma solução clara. Sem uma resposta jurídica para dar fim ao julgamento, o juiz poderia deixar de julgar. Diante da incerteza, por não encontrar no direito nada que permitisse o juiz decidir, a decisão poderia não acontecer. Essa não é mais uma opção para o juiz no direito brasileiro moderno. Nosso ordenamento jurídico assegurou, através de inúmeros dispositivos, o princípio da proibição do *non liquet*: art. 126 do Código de Processo Civil, que assevera que o juiz não pode deixar de dar a sentença alegando lacuna ou obscuridade na lei; art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil, que aponta a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito como mecanismos supridores de omissão da lei; e o inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que assegura o direito de invocar a atividade jurisdicional, obtendo, em qualquer caso, a apreciação do pedido levado ao judiciário.

<sup>130</sup> Principalmente com o diagnóstico da judicialização da política, que aponta temas cada vez mais estranhos, historicamente, ao direito sendo levados à apreciação judicial.

De acordo com os autores, é para permitir a decisão que servem os recursos argumentativos a valores externos ao sistema jurídico, chamados de suplementos (adição exterior), no lugar de complementos. Na ausência de um fundamento jurídico unívoco, as decisões jurídicas recorrem a valores lógicos exteriores, completando a falta de justificação. Na prática, isso ocorre quando a decisão recorre a argumentos e princípios estranhos (no sentido de não pertencerem) ao direito:

Nós encontramos 'suplementos' em todas as decisões jurídicas que recorrem a valores lógicos exteriores ao sistema jurídico para suplementar a ausência de um fundamento jurídico unívoco na decisão, para tornar 'presente' o fundamento 'ausente', para completar a falta de justificação com um suplemento argumentativo. Esses suplementos, na prática das decisões judiciais, podem ser observados quando a decisão recorre a princípios morais, valores éticos ou religiosos etc. E também podem ser observados quando a decisão recorre àquilo que se convencionou chamar de 'orientação às consequências', isto é, o uso do recurso à previsão dos prováveis efeitos colaterais ou impactos da decisão jurídica na economia, na ciência, na política, na educação etc (SIMIONI & BAHIA, 2012, p. 10).

Essa perspectiva é cara à Teoria dos Sistemas. Não cremos que a proposta de Luhmann para o sistema, quando observamos todo o rearranjo conceitual que propõe (vide capítulo 4 desta tese), autoriza esse tipo de entendimento. Justificar uma decisão a partir de valores oriundos de outros sistemas parece ferir a definição de sistema como dotado de um sentido próprio, dado a partir de si. Assim, o reconhecimento, por parte de Simioni & Bahia, de que elementos externos, como valores éticos, morais ou religiosos sirvam de fundamento para a decisão, quando o direito não apresenta respostas, é diverso da perspectiva adotada pela Teoria dos Sistemas. Mais condizente com a perspectiva de Luhmann é dizer que os valores<sup>131</sup>

---

<sup>131</sup> Simioni & Bahia se referem a valores lógicos externos ao direito. A necessidade de enfatizar que, apesar de externos, os valores são lógicos, condiz com o diagnóstico de Bourdieu acerca

precisariam ser reconduzidos pelo direito, em linguagem e código próprios, para darem sustentação a uma decisão jurídica. Se pensarmos o direito, a partir do paradigma sistêmico, como uma comunicação que diferencia, teríamos que reconhecer que a decisão de um tribunal não é jurídica, mas apresenta partes em que o direito aparece, o que não condiz com nossa proposta de análise.

Outro ponto controverso diz respeito às circunstâncias nas quais os elementos externos estão autorizados a fazer parte da decisão. Somente quando o direito não possui respostas claras é que argumentos externos ao sistema poderão ser mobilizados? Desta forma, o recurso a uma argumentação mais ampla aparece apenas como recurso secundário, residual, diante de uma argumentação puramente orientada a partir de elementos jurídicos. Há uma regra, preestabelecida, para o uso dos argumentos?

Resta saber se há uma determinação sobre quais argumentos poderão ser usados e em que circunstâncias. Se não há uma determinação normativa em relação a isso, por que lançar mão de argumentos externos ao direito somente na ausência daqueles próprios ao sistema? Uma pretensa hierarquia do argumento utilizado não pode ser determinada de antemão. O argumento deve ser convincente e é construído com base nos limites do sistema (entendido, nessa passagem, de forma genérica, no lugar de estrutura ou campo). No entanto, como afirmamos, tais limites não são absolutamente claros. Do ponto de vista da retórica, por exemplo, os argumentos são julgados de acordo com seu poder de persuasão. Esse julgamento acerca do convencimento depende do contexto, dos interlocutores, do que está em jogo na decisão, do *ethos* do orador, entre outros elementos. Com isso, não parece ser o caso considerar que os argumentos externos ao direito *devam* sempre ser utilizados de maneira residual, diante da ausência de fundamentos oferecidos pelo próprio sistema (essa é a perspectiva que as normas positivadas em relação ao princípio da proibição do *non liquet* garantem, ou seja, o externo como residual).

---

do campo do direito, como vimos no capítulo 3. O discurso oficial do campo é a defesa da razão. Assim, mesmo quando recorre a elementos que não lhe pertencem, o direito precisa afirmar que está a serviço da lógica, o que mantém a aparência de sua neutralidade.

O recurso a esses suplementos argumentativos, conforme definidos por Simioni & Bahia, colide com uma série de princípios da Teoria dos Sistemas de Luhmann, e, além disso, podem ser criticados em seus próprios termos. A controvérsia aumenta em função dos autores considerarem que não há nenhum tipo de controle, por parte do sistema, em relação ao uso legítimo dos elementos externos na decisão judicial:

Um dos aspectos mais interessantes dessa operação é que sobre esse uso de suplementos argumentativos não há nenhum tipo de controle. Não há nenhuma regra ou princípio positivo que permita controlar, nem mesmo há um procedimento que permita monitorar o uso legítimo desses suplementos argumentativos na práxis das decisões jurídicas (SIMIONI & BAHIA, 2012, p. 10).

Isso é tudo aquilo que a Teoria dos Sistemas de Luhmann rejeita. O sistema do direito, nesses termos, seria completamente aberto, sem seletividade ou filtro (pensando nos termos do sistema). A não ser que se considere que são os próprios indivíduos, os juízes, que efetivam a utilização destes elementos externos, sem que exista um controle sobre eles. Essa perspectiva também não se coaduna com a proposta luhmanniana, que busca retirar os sujeitos do centro da análise social. Além disso, trata-se de uma perspectiva equivocada. Os elementos externos fazem parte da decisão judicial, e com isso concordamos. No entanto, eles são alvo de controle. A própria retórica serve de controle, assim como as estruturas do sistema jurídico. Por isso, o recurso à teoria clássica das ciências sociais, com o acréscimo da perspectiva oferecida pela retórica, se adequa melhor a esse tipo de análise. Não estamos defendendo que a argumentação, nas decisões judiciais, não possui nenhum controle. O que está em dúvida é a adequação da Teoria dos Sistemas para lidar com essa análise. É claro que há controle, e ele pode ser percebido na dialética entre a estrutura e a agência, guiada, nesse caso, através da retórica. Um exemplo pode ser dado justamente no que diz respeito ao argumento religioso, que os autores acreditam poder dar sustentação à decisão judicial no direito.

Um argumento abertamente religioso, do tipo “essa lei é inconstitucional porque fere o direito à vida e a vida é sagrada, como creem os católicos; como sou católico, defendo este direito”, não é capaz de se sustentar no bojo da decisão. Ele faria com que a justificativa da decisão não fosse aceita como legítima. O próprio direito assegura mecanismos para garantir o questionamento em relação a um comportamento como esse. Não se trata, apenas, de discordar do conteúdo, mas de um argumento externo (a vida é sagrada na tradição católica) que não será aceito para legitimar a decisão. As regras são dadas, portanto, pela estrutura do campo. A ação dos juízes existe, mas possui limites para efetivação. Retomaremos essa discussão mais à frente, ao tratarmos da retórica.

A questão que envolve o recurso aos elementos externos no direito, conforme mobilizada por adeptos da Teoria dos Sistemas, levanta objeções quanto (1) à correta interpretação dos autores em relação à proposta de Luhmann, e/ou (2) quanto à capacidade explicativa da Teoria dos Sistemas em relação ao tema da decisão judicial. Até então, o sistema vinha sendo pensado como uma engrenagem hermética, de funcionamento perfeito, e surpreende o argumento de que não haja controle para o uso de argumentos externos. Essa postura não parece se alinhar a nenhuma das passagens de Luhmann, quando de sua explicitação de uma teoria geral dos sistemas.

E se pensarmos que a inserção de outros elementos é o que mantém o sistema enquanto tal? Uma linha de argumentação poderia ser construída desta forma. No caso do sistema jurídico, por exemplo, podemos defender que a manutenção de um princípio basilar do sistema, o de que nenhuma decisão pode ficar sem resposta (proibição do *non liquet*), somado a outro princípio fundamental, qual seja, as decisões jurídicas precisam ser fundamentadas<sup>132</sup>, sob pena de serem nulas de pleno direito, só pode ser efetivada, em muitos casos, quando elementos externos são arregimentados para o sistema. Nesse caso, estamos nos referindo a argumentos, que, nem sempre, são reconvertidos a argumentos jurídicos. Assim, é o externo o fator de manutenção do interno, sem que reconversões sejam imperativas.

---

<sup>132</sup> Sobre a necessidade de fundamentação das decisões, ver CINTRA, GRINOVER & DINAMARCO, 2004.

Isso nos leva à crítica do fechamento operacional do sistema do direito. Afinal, o que significa falar em encerramento no direito? Caso, de fato, as operações sejam próprias de um sistema, o que isso quer dizer? Afinal, que as operações sejam próprias, isso não significa, por si só, que outros sistemas não influenciem diretamente o direito, ou mesmo indiretamente, visto que, para a Teoria dos Sistemas, a ideia de influência indireta também é problemática, já que o sistema reage às irritações do ambiente, mas este último não é capaz de influenciar aquele. A Teoria dos Sistemas estabelece limites entre o sistema e o ambiente, definindo aquele em função da diferença em relação a esse, mas não especifica como estes limites são construídos e mantidos. Não há, na teoria sistêmica, clareza quanto aos limites da influência, mesmo do ponto de vista teórico e abstrato. Diante disso, onde, por exemplo, termina o direito e começa a política, ou, na terminologia sistêmica, onde termina o sistema jurídico e onde começa o sistema político? Quando estamos diante do estudo da decisão judicial e de suas consequências, esses limites aparecem de forma ainda menos nítida, tendo em vista, justamente, o papel da argumentação.

Mas, se, como defendemos, o sistema do direito é aberto, e não fechado hermeticamente como propõe a Teoria dos Sistemas, poderíamos receber a contracritica de que o direito não desenvolveria nenhum tipo de identidade em relação aos demais sistemas, não tendo motivo para se falar em um conjunto de operações diferenciadas ao qual damos o nome de direito. Desta forma, a decisão judicial seria composta por qualquer tipo de elemento, mesmo que não fosse jurídico. E, assim, sobraria, na decisão no direito, pouco espaço para o próprio direito. A própria compreensão do papel da argumentação no âmbito da decisão judicial, contudo, é capaz de contornar os problemas levantados por esse tipo de crítica.

Para Nascimento (2006), na esteira da aplicação da Teoria dos Sistemas no direito, o sistema é pensado como um todo, não como as partes isoladas. A natureza do todo é sempre diferente da mera soma das partes. Esse posicionamento da Teoria dos Sistemas, que faz eco ao pensamento durkheimiano, explica a forma como a teoria sistêmica tende a desconsiderar elementos importantes para o entendimento do que chama de sistema. Considerar o todo como uma realidade que não pode ser meramente confundida com a soma das partes que o compõem não significa que as partes

devam ser desconsideradas para o entendimento do todo. Ao encarar o direito como um sistema, a teoria sistêmica corre o risco de descartar alguns componentes importantes para sua compreensão (exercendo o reducionismo que ela mesma crítica). É o caso, por exemplo, da decisão judicial. Tomando como enfoque o código binário que caracteriza o direito (lícito/ilícito), a abordagem dos sistemas percebe a decisão judicial como um mero instrumento através do qual esse código é efetivado e reproduzido. Com isso, a Teoria dos Sistemas, a partir de sua interpretação mais difundida, entende a decisão judicial a partir de seu *comando final*, constituído a partir do código interno, mas ignora aquilo que não é o comando, como os argumentos que dão suporte a este último. Para a linha de argumentação que norteia a presente tese, essa exclusão não pode ser efetuada sem prejuízo de entendimento do que, de fato, é feito o direito e de qual a natureza das relações que estabelece com outros sistemas a partir da decisão judicial.

A decisão não é meramente o comando final, ou seja, se uma lei é inconstitucional ou não, se um réu será condenado ou não, etc. Esse conteúdo, evidentemente, é parte essencial da decisão, mas não é a única. Justamente porque a decisão precisa, inarredavelmente, ser justificada, aquilo que dá suporte justificatório ao comando final tem que ser considerado como parte integrante da decisão. Se justificar o que está sendo decidido é tão importante quanto a decisão em si, não podemos reduzir a decisão judicial à mera aplicação do código binário do direito. E é precisamente quando ampliamos o entendimento do que compõe a decisão judicial que o fechamento operacional do direito, na forma como proposta pela Teoria dos Sistemas, se apresenta como uma proposta frágil. Tal encerramento não ocorre na prática, para ser descrito, como espera a abordagem sistêmica, o que faz com que ele só possa ser pensado em termos normativos, como propõe Marcelo Neves, algo que, de saída, Luhmann rejeita, pelo menos no discurso oficial da Teoria dos Sistemas.

A defesa de um fechamento operacional para o direito, rechaçando a influência direta de elementos externos, tendo em vista que o sistema somente se deixa irritar, mas nunca ser influenciado efetivamente, só encontra lugar se não levarmos em consideração o tema da linguagem. Na verdade, a linguagem é fundamental para a proposta sistêmica de Luhmann, figurando como o acoplamento estrutural entre os sistemas de consciência e os sistemas de

comunicação. No entanto, Luhmann não aborda a linguagem sob a égide da argumentação e da retórica. E é justamente pela linguagem, tomada do ponto de vista argumentativo, que a ideia de um fechamento do direito não se sustenta.

Os adeptos da abordagem sistêmica são unânimes em reconhecer que o sistema necessita do meio para se alimentar, conforme vimos na proposta de Morin, por exemplo. No direito, a analogia energética com o mundo biológico é mantida. A defesa é de que o direito é um sistema fechado e inviolável, mas retira seus substratos de outras ordens, com as quais mantém relações. Sem isso, o direito não poderia jamais se desenvolver enquanto sistema, e ‘morreria de inanição’:

Existiria, a princípio, um sistema de ideias que poderia definir-se como direito em seu feudo específico, isto porque o direito tem, como se analisará neste texto, um *fechamento operacional*, ou seja, ele conta com *função e estrutura* peculiares. Por outro lado, ainda se supõe que este nunca poderia ser concebido a partir de si mesmo, mas sempre a partir das relações que estabelece com outras ordens, pois nelas tira seus substratos, isto porque o direito é também um sistema linguístico e só pode ser pensado segundo os jogos pragmáticos que o constroem, que o (re)alimentam e o redefinem a todo tempo (GONTIJO, 2008, p. 77).

No argumento de Gontijo, o que alimenta o direito, permitindo com que o sistema seja capaz de se desenvolver, é a linguagem. Antes de tudo, o direito, como qualquer outro sistema, depende da linguagem para exercer suas funções sociais. Luhmann reconhece a importância da linguagem, conforme ressaltamos, já que afirma que o que os sistemas produzem é comunicação, mas não leva à frente as consequências de se considerar o direito como um sistema que produz um tipo específico de comunicação. Mesmo considerando que o direito é um sistema orientado a produzir informações com base em um código binário, ele, o direito, não é capaz de *criar* uma linguagem absolutamente nova. O sistema lança mão, então, da linguagem comum, que compartilha com todos os outros sistemas. Mesmo se valendo de usos



específicos para os termos, estes são possuem significados determinados em outros contextos, e o direito, ou qualquer outro sistema, não é capaz de eliminar toda a carga de significado que os termos trazem consigo.

Esse é um ponto interessante. Muito se fala em uma linguagem própria do direito (tanto para criticar quanto para defender), mas sua base é a linguagem comum. Ele compartilha boa parte de seu conteúdo linguístico com outras áreas. Além disso, há uma série de expressões que o direito utiliza cujo sentido é dado por outros contextos, como o político, por exemplo. Essa concepção, de saída, rompe com uma visão fechada do direito. A linguagem dá o fundamento para compreender as relações que o direito estabelece com outras áreas (na visão de Luhmann, outros sistemas). Ao se valer de uma linguagem comum, evidentemente, o direito acaba por recorrer a elementos que não dizem respeito, única e exclusivamente, a ele. Não há uma linguagem exclusivamente jurídica. Por mais que termos sejam específicos, a linguagem, em grande parte, é comum. Mesmo que se proponha a reconversão dos argumentos, ela nunca é completa, não podendo atingir todos os termos, e nem todos os significados que um mesmo termo pode ter.

Do ponto de vista da retórica, esse reconhecimento não surpreende. A linguagem do direito, mesmo sendo específica em alguma medida, é formada por um pano de fundo comum. Mesmo entre os diferentes tipos de discursos, conforme apontado e reconhecido por Aristóteles, os argumentos circulam, fornecendo a base para a persuasão. Na retórica aristotélica, os gêneros discursivos, embora possuam características próprias que permitem sua diferenciação, não possuem limites claros. Até suas singularidades não são suficientes para mapear, com clareza, onde começa um discurso judicial e onde se inicia um epidíctico ou político, conforme veremos mais à frente.

Assim, na visão de Gontijo (2008), o sistema linguístico<sup>133</sup> permite, constantemente, que recriações terminológicas contextualizadas tenham lugar. Isso abre uma ponte linguística entre o direito e outras áreas, cujo controle absoluto não se encontra nas mãos de nenhum sistema. Mesmo com toda a tentativa de manter o controle sobre as relações que estabelece com outros

---

<sup>133</sup> Vale notar que Luhmann rechaça, criticando Saussure, que a linguagem seja um sistema. De acordo com o que já expusemos, a linguagem é vista como o acoplamento estrutural entre dois sistemas.

sistemas, a linguagem faz com que novos elementos sejam parte de uma realidade que, anteriormente, não os previu. Essa forma de entendimento faz eco ao que Aristóteles havia previsto em relação ao fluxo de argumentos entre os diversos gêneros textuais. A retórica, portanto, sempre lidou com essa fluidez linguística, em que argumentos diversos passam a integrar contextos que, de antemão, não os tratavam como seus. A Teoria dos Sistemas, porém, abordará o tema a partir de reconversões necessárias, por parte do sistema, mas não pela fluidez argumentativa.

Se a linguagem constrói diferentes sentidos pragmaticamente, o sistema autorreferencial do direito nunca se fecha completamente, apenas parcialmente, pois comunga com o mundo externo a formação dos signos e da linguagem. Esse é um caminho de entendimento mais generoso com o reconhecimento das influências externas ao sistema jurídico do que aquele que pode ser encontrado na proposta original de Luhmann. Ele compartilha com a retórica a ideia de que, linguisticamente, embora existam características próprias a cada um deles, os diferentes setores sociais (os diferentes sistemas) não possuem limites claros e simples de serem estabelecidos. Mesmo criando uma linguagem própria, assim como estruturas e códigos próprios, o direito não atinge, como pressupõe Luhmann, um fechamento operacional completo, um hermetismo absoluto e controlado. O próprio Gontijo (2008), embora lance mão da Teoria dos Sistemas para compreender o direito, compartilha esse entendimento. Para lidar com as vicissitudes da teoria sistêmica, Gontijo se valerá da linguagem e da filosofia pragmática, criticando a rigidez excessiva do modelo luhmanniano. Ele fará a inserção, assim, do papel do indivíduo para explicar como as mudanças de linguagem no sistema jurídico têm lugar. Assim, os agentes práticos, como os juizes, serão percebidos como aqueles que, permanentemente, em função de sua atividade profissional cotidiana, exercerão as transformações de sentido no interior do sistema do direito.

Vale notar que, assim como defende Gontijo, a interseção entre os sistemas não é meramente de termos, mas semântica, de sentido. Como as linguagens de todos os sistemas possuem um pano de fundo comum, que as perpassa, é óbvio que haverá compartilhamento de termos e expressões entre os sistemas. No entanto, o compartilhamento linguístico não se dá meramente no nível das palavras, mas, fundamentalmente, no nível dos sentidos. O direito

não recebe apenas a influência de palavras comungadas, mas de argumentos mobilizados por outros atores em outros contextos. Do ponto de vista pragmático, o direito precisa se abastecer destes argumentos externos para responder às demandas que lhe são apresentadas. E é justamente por conta desse fazer prático que os atores não podem ser olvidados para a compreensão da decisão judicial e das consequências advindas dela.

A predeterminação de sentido, absolutamente fechado, pode gerar impotência no direito, uma incapacidade de dar respostas às demandas sociais que lhe são destinadas. Quando pensamos no fenômeno da judicialização da política, esse temor se amplia. É preciso pensar, segundo Gontijo, em uma interpretação mais ampla e aberta da lei. O pragmatismo, através da linguagem, pode oferecer um viés alopoiético<sup>134</sup> ao direito, mais atento à realidade que o cerca (2008, p. 94). A defesa de Gontijo vai de encontro a dois pontos importantes para a Teoria dos Sistemas, a abertura, inclusive de sentido, para outros sistemas e o reconhecimento da importância dos sujeitos. Esse último ponto não é bem desenvolvido por Gontijo, mas o autor aponta a necessidade de reconhecer que o direito é formado por atores, por operadores, cuja atividade prática exige operações linguísticas constantes. É através deles que a linguagem circula, inclusive semanticamente. A análise através da retórica permite justamente costurar esses elementos, o pragmatismo, a ação e a linguagem.

Se a construção do sentido se dá através da linguagem, e o direito compartilha a linguagem com outros sistemas, como o cultural e o político, por exemplo, o sentido do direito, ou de qualquer outro sistema, não pode ser dado a partir, somente, de si próprio, mas constituído, sempre, a partir das influências linguísticas de outros sistemas. É através dessas influências que o direito se reconstrói. Essa é uma característica da linguagem, inescapável, uma contingência com a qual o direito, assim como qualquer outro sistema, deve lidar.

É precisamente nesse sentido que pensamos o papel da retórica. A linguagem circula através de palavras carregadas de sentido, sem dúvida, mas também através de blocos de argumentos oriundos de outras áreas, outros

---

<sup>134</sup> Como vimos, Marcelo Neves, também jurista e adepto da abordagem sistêmica, vê a alopoiesis como um problema para a autonomia e identidade do sistema.

setores, outros campos e sistemas, outros atores sociais. Se termos carregados de sentido circulam, estruturas argumentativas inteiras também o fazem, principalmente no âmbito das decisões judiciais, e, essencialmente, nos *hard cases*, nos casos jurídicos onde a decisão não encontra fundamentos prontos no interior do próprio sistema, e onde há grande repercussão social. Assim, a partir desse enfoque no aspecto linguístico, os sistemas moral, cultural e político penetram, semanticamente, no sistema jurídico. A relação entre os sistemas, portanto, não pode ser explicada somente por processos de irritação entre eles. A retórica foi o caminho que escolhemos para explicar parte dessas relações. No entanto, antes de passarmos a ela, é importante apontar como a argumentação é vista, pela abordagem sistêmica, no âmbito do direito e no da política.

O tema da abertura a elementos externos, no caso da decisão judicial, através da linguagem e tendo em vista a argumentação, leva a dois questionamentos sobre a adequação da interpretação oferecida pela Teoria dos Sistemas: a perda da identidade, em função desses elementos, e o valor da argumentação no direito, comparado com esse mesmo valor na política. Vejamos, primeiramente, a questão que envolve a autonomia/identidade.

Imaginar que um sistema perde sua identidade, ou sua autonomia, porque é influenciado por outro sistema, ou por elementos pertencentes a outros sistemas, é depositar pouca convicção na força identitária que um sistema pode desenvolver. A própria ideia de identidade envolve o reconhecimento de características que são mantidas ao longo do tempo, com força suficiente para manter sua influência em curso, mesmo diante das modificações que fazem parte de qualquer sistema. Somente porque o direito é influenciado pela política, por exemplo, não significa que ele seja menos autônomo, ou perca sua identidade em função disto. Esse entendimento depende, sempre, do que se considera como política e do valor dado a essa influência. Peguemos o processo reverso. É interessante notar que a influência do direito na política não é vista como uma perda da autonomia do sistema político, ou como um caminho para que a política perca de vez sua identidade. Esse temor parece afetar, única e exclusivamente, o direito, mas não a política. Se uma decisão política é fundamentada com base no direito, será difícil imaginar que objeções sejam levantadas, afirmando que o código da política

(poder/não-poder) não é o mesmo que o do direito, e que a política se orienta a partir de outros princípios, devendo, desta maneira, rejeitar elementos que pertençam a outros sistemas, entre eles, o do direito. Mesmo que a política possua outros elementos, outro código, outra função (para usar a terminologia funcionalista adotada pela Teoria dos Sistemas), que possam ser importantes para a construção de sua identidade, isso não significa que ela deva recorrer *somente* a esses elementos, código e linguagem. Tais elementos e estruturas fazem parte da política, mas ela pode lançar mão de outros recursos, diante da circunstancialidade. No entanto, esse raciocínio não encontrará recepção na teoria sistêmica, e não gozará de prestígio entre a maioria dos atores envolvidos com o sistema jurídico.

O sistema político é aberto para que os mais diferentes temas sejam debatidos, através de argumentos oriundos das mais diferentes áreas. Nem por isso, ele deixa de ser pensado como possuidor de limites e de ter sua identidade, a ponto de podermos nos referir a ele como sistema político. Qual a razão para atribuímos ao direito uma interpretação diferente? O direito se debruça, também, sobre os mais variados temas, então, por que haveria de desconsiderar elementos (como argumentos, por exemplo) oriundos dessas áreas? Ao serem normatizados, ou seja, serem convertidos em normas, os temas passam a ser somente jurídicos? Essa lógica opera a partir de um formalismo excessivo. O direito não pode se interessar somente por normas, sob pena de não se realizar em instâncias decisórias.

Não surpreende, portanto, que, conforme já ressaltamos em capítulos anteriores, a Teoria dos Sistemas tenha encontrado no direito seu principal nicho de reprodução. O discurso oficial do direito, conforme denunciado por Bourdieu, apresenta incríveis afinidades com a proposta sistêmica. A ideia de um direito que se reproduz a partir de si mesmo condiz, perfeitamente, com o discurso baseado na neutralidade do direito, pilar da forma como ele mesmo se encara. Contudo, não se vê uma defesa sistêmica da política, como devendo ser reproduzida a partir de sua própria linguagem e código binário. A abertura na política se apresenta de forma diferente do que ocorre no direito. Lá, a abertura não apresenta tantos limites. Aqui, o enfoque é no fechamento, para depois, como consequência, a abertura ser tematizada, ainda sim, de forma cautelosa e obscura. Por isso, não se vê estudiosos da política levantando a

bandeira de uma Teoria dos Sistemas aplicada a ela, sob pena de perda da autonomia e identidade do sistema/campo.

Observar as diferenças entre a proposta sistêmica para o direito e para a política nos leva ao próprio papel da argumentação. A abertura da política, muito mais generosa do que a proposta para o direito, pode ser imputada ao reconhecimento de que, na política, a argumentação pode, de fato, ser ' Descarregada'. No direito, a argumentação é reconhecida como importante, mas de maneira mais comedida, e sempre ressaltando que, mesmo diante do argumento, a referência deve ser encontrada no próprio direito.

Simioni & Bahia (2012), por exemplo, reconhecerão, recorrendo também a Habermas, que, sendo a decisão judicial a reconstrução do caso concreto, o magistrado deve mostrar como seu convencimento foi obtido. Por isso, diante da necessidade de produzir uma justificativa, a argumentação ganha importância para a decisão. Contudo, o peso da argumentação será deslocado para a arena política, e não para o direito. Segundo eles, o processo legislativo democrático cria uma arena institucional onde tem lugar uma série de temas fundados nos mais diversos tipos de argumentos. Depois de discutidos, tais temas podem se tornar normas, momento no qual, parece, a argumentação perde ímpeto e força:

Através da institucionalização de um processo legislativo democrático, cria-se uma arena institucional para onde temas fundados nos mais diversos tipos de argumentos (éticos, morais, econômicos, pragmáticos, etc), têm a possibilidade de adentrar e, após discussão, virem a ser transformados em normas (e, a partir daí, serem regidos pelo código próprio do direito) (SIMIONI & BAHIA, 2012, p. 5).

Somente no processo legislativo (política) os argumentos éticos, morais e pragmáticos terão lugar? Depois de discutidos, na visão de Simioni & Bahia, tais temas viram normas e, então, o que se vê é a regência do código do direito. Como o código binário, a argumentação se torna bastante restrita, e sua importância mingua. Trindade (2008) também segue esse entendimento,

definindo que é a política o *locus* onde o 'peso da argumentação será descarregado':

O direito positivo é escolhido via estatal. Seu destino está entrelaçado com o sistema político da sociedade. Assim, haverá variabilidade do direito controlado por critérios de seleção da própria sociedade. Mas não há sistema político hierarquicamente superior e que trata o direito positivo como algo disponível. Há sistemas funcionalmente diferenciados (política e administração) que se comunicam. Assim, o fato é que o direito não pode se opor a mudanças. Decorre disso que a primeira seleção prévia de possibilidades é feita na política, que é **onde o peso da argumentação será descarregado**. Logo, canaliza-se a inovação e a alteração do direito positivo no encaminhamento político, fortalecendo-se a seletividade dos sistemas sociais (TRINDADE, 2008, p. 65, grifo nosso, em negrito).

A proposta de Gontijo (2008), mesmo com problemas, no entanto, permite vislumbrar outros caminhos para a compreensão do direito. Gontijo é jurista e simpático à Teoria dos Sistemas, mas não deixou de perceber as incongruências que a rigidez do modelo luhmanniano oferece. A linguagem e o pragmatismo podem servir de caminho para compreender a decisão judicial sob outro enfoque, retirando de cena as inadequações que um conceito como o de fechamento operacional pode oferecer. A relação entre os sistemas, sendo linguística, abre pontes para que termos fluam de um sistema a outro. A transferência não é somente de palavras, mas de sentidos. Isso se deve à linguagem comum que envolve todos os sistemas. Se a influência não é somente terminológica, mas também semântica, os sistemas não são capazes de controlar absolutamente o sentido que os termos possuem. Ao tema da linguagem, soma-se o pragmatismo. A decisão é um fazer prático de atores que, no caso do direito, não podem abrir mão de decidir. A busca por uma necessária saída para o conflito apresentado leva à consideração, também necessária, do papel dos atores. Eles serão responsáveis pela utilização dos termos e argumentos de outros sistemas no âmbito do direito. Fazendo isso,

tais atores representam, através de sua ação, um canal através do qual os sistemas podem se comunicar. A linguagem, o pragmatismo e a ação são elementos cruciais para o entendimento da decisão judicial, e, em última instância, também do direito. A Teoria dos Sistemas não oferece interpretações adequadas para lidar com esse tema, mas a teoria clássica das ciências sociais, baseada na dualidade da estrutura/agência, somada à retórica, oferece. Nesses termos, não há motivo para entendermos o direito como um sistema, no sentido luhmanniano.

## **6.2. A retórica: suas características e seu uso para lidar com o tema da dualidade estrutura-agência**

Em outro momento (REZENDE, 2010), o tema da retórica aplicado ao direito já nos ocupou. Então, numa espécie de esforço na seara da sociologia da ciência, o objetivo era identificar a retórica como o mecanismo chave para a compreensão de como o direito operava no âmbito das decisões judiciais. E foi justamente através da retórica que pôde ser percebido como os argumentos que os juízes lançam mão para sustentar suas decisões são oriundos de outros campos, que não o direito. Ao estudarmos um caso em específico, notamos que argumentos políticos, econômicos, sociológicos, literários, religiosos e culturais deram os alicerces para que uma decisão pudesse ser estabelecida no âmbito do direito.

A retórica se apresentou, desta forma, como uma característica central para o direito, quando tomamos como objeto de estudo a forma como as decisões judiciais são construídas. Ao contrário de uma racionalidade perfeita, encarnada pela lógica formal, o que ficou constatado é que a retórica é que ocupava esse lugar, e não a lógica. A decisão, poderíamos dizer, não é menos racional por ser baseada na retórica e não na lógica. No entanto, trata-se de um tipo diferente de racionalidade, aberta às possibilidades, e não às certezas. Coube, diante disso, uma explicação acerca das características históricas da retórica, que, desde Aristóteles, sofreu com as críticas tecidas a partir da defesa da metafísica platônica.

Desde Platão, a retórica foi vista como uma forma de ilusão, de engodo, de afastar o raciocínio pleno do caminho da verdade. Associada,



platonicamente, aos sofistas, ao raciocínio falso, mas com aparência de ser verdadeiro, nada poderia a retórica fornecer se não a enganação, a persuasão a qualquer custo. Isso foi fundamental para a condenação que a retórica experimentou na história:

Ele (**Platão**) foi sempre infatigável em opor a retórica – falso saber, ou sofística – à filosofia, que se recusa a sujeitar-se às aparências de verdade para dizer tudo e também seu contrário, o que é condenável, mesmo que rentável (MEYER, 2007, p. 19, acréscimo nosso, em negrito).

Apesar disso, a retórica sobreviveu, pelo projeto aristotélico e por sua utilização, embora já com modificações entre os romanos. No entanto, outras duas críticas, essencialmente, garantiram à retórica um papel de saber sujeito<sup>135</sup> (o termo é tomado de Foucault, 2005) ao longo da história (REZENDE, 2010), sempre à margem da verdadeira produção de conhecimento.

Uma delas vem de Hobbes (2004), defensor do nominalismo e, como relata Latour (1994), arquiteto de uma teoria do Estado que se baseava, essencialmente, em uma analogia com a geometria. Para que um contrato entre os indivíduos pudesse dar ensejo ao pacto social fundado em torno do Estado/Leviatã, a precisão dos termos deveria ser absoluta, evitando enganos oriundos da polissemia dos termos, como no caso das metáforas (um recurso retórico). A linguagem, de saída, se apresentava como um problema a ser contornado. Além dele, Descartes (2008) também foi um crítico contumaz do que a retórica significa e o que ela teria para oferecer para um pensamento tomado como científico. O racionalismo cartesiano pressupõe a existência de uma verdade unívoca, que poderia ser alcançada. Sua defesa girava em torno da evidência, único mecanismo a pautar o fazer científico. Diante disso, ele rechaçará o provável, pois onde há apenas a possibilidade, há dúvida, e isso não é suficiente para o alcance da verdade. A retórica é, na definição de Aristóteles, justamente o que toca ao possível. Conforme ressalta Meyer (2007), ela é aquilo que é, mas que poderia não ser.

---

<sup>135</sup> Para mais sobre o tratamento da retórica como um saber sujeito, ver Rezende (2012).

Os pensamentos de Hobbes e Descartes impactaram profundamente o Ocidente. A tamanha repercussão de suas ideias só fez com que a retórica fosse, ainda mais, alijada dos processos de constituição do saber legítimo, terminando por ficar relegada à literatura e à religião. A metafísica exigia da retórica aquilo que ela não poderia dar, e foi justamente por conta de sua crise que a retórica passou por um processo de recuperação, já em fins do século XIX, com a virada linguística. Quando o tema se volta para a linguagem, a retórica ressurgiu, e experimentará, já no século XX, um reconhecimento em relação às suas possibilidades explicativas em vários campos, entre eles, o direito. O resgate terá como base a retórica aristotélica e atingirá, conforme mostra Toulmin (2006), inclusive a lógica. Esses resgate e valorização estão diretamente ligados com a crise do pensamento metafísico, de acordo com o diagnóstico de Habermas (1990), que possui em Platão e Descartes seus grandes representantes.

Assim, valorizada em diferentes contextos (até mesmo no âmbito das ciências exatas, segundo a concepção de revolução científica de Kuhn, 1996), a retórica ganhará especial destaque em estudos sobre argumentação, o que nos leva diretamente ao direito e à decisão judicial. Conforme ressaltamos (REZENDE, 2010), a retórica é o que permite que decisões judiciais, principalmente quando a análise recai sobre os casos mais complexos, sejam estabelecidas, mesmo (ou, especialmente?) quando o direito não é capaz de oferecer, a partir de si mesmo, as respostas necessárias para sua justificação. Mais do que isso, argumentaremos que a retórica será capaz de dar respostas mais convincentes do que a Teoria dos Sistemas para lidar com o tema da decisão judicial e suas consequências para a relação do direito com outros campos sociais, em especial, a política. Aliada à discussão levantada pela dualidade estrutura/agência, a retórica permitirá compreender a decisão judicial de uma maneira mais completa. Mas, afinal, quais são as características da retórica que a fazem tão cara aos contextos de decisão? Para tanto, é necessário recorrer ao projeto aristotélico.

Destacando, simultaneamente, a oposição e a aproximação identitária com a dialética (a ideia é a de que a retórica é antiestrofe da dialética), Aristóteles (1999) afirmará, desde o início de seu projeto retórico, uma das características centrais da retórica, que nos interessa diretamente. Apesar de

possuir fins diferentes dos da dialética, ambas são consideradas como *universais*, no sentido de que dizem respeito a conhecimentos comuns a todos e que não pertencem a nenhuma ciência específica:

La retórica es una antístrofa de la dialética, ya que ambas tratan de aquellas cuestiones que **permiten tener conocimientos en cierto modo comunes a todos y que no pertenecen a ninguna ciencia determinada**. Por ello, todos participan en alguna forma de ambas, puesto que, hasta un cierto límite, todos se esfuerzan en descubrir e sostener un argumento e, igualmente, em defenderse y acusar (ARISTÓTELES, 1999, p. 161-162, grifo nosso, em negrito)<sup>136</sup>.

Interessada em estabelecer o convincente em qualquer caso que lhe seja apresentado, a retórica se destina à busca da persuasão. É justamente por este motivo que a retórica é considerada como um saber universal, e não uma técnica que deve ser aplicada em algum contexto específico<sup>137</sup>. Isso significa que a retórica não é uma especificidade do contexto político ou jurídico, quando se toma como base os três gêneros discursivos propostos por Aristóteles. Em qualquer situação onde o convencimento seja buscado, a retórica terá lugar.

Outro ponto importante para entendermos a importância da retórica aplicada às decisões judiciais está relacionado com a própria definição que Aristóteles dá em relação a ela. A retórica é vista como uma *arte* (1999, p. 162). Entender a retórica como arte significa reconhecer sua aplicação prática, tendo em vista questões pragmáticas. A retórica não é destinada à contemplação metafísica em relação ao mundo. Seu objetivo é fazer parte da

<sup>136</sup> “A retórica é uma antiestrofe da dialética, já que ambas tratam daquelas questões que permitem ter conhecimentos, de certo modo, comuns a todos e que não pertencem a nenhuma ciência determinada. Por isso, todos participam, de alguma forma, de ambas, posto que, até certo limite, todos se esforçam em encontrar e sustentar um argumento e, igualmente, em defender-se e acusar”. Tradução nossa.

<sup>137</sup> “La retórica, sin embargo, parece que puede establecer teóricamente lo que es convincente en – por así decirlo – cualquier caso que se proponga, razón por la cual afirmamos que lo que a ella concierne como arte no se aplica sobre ningún género específico” (Aristóteles, 1999, p.174). “A retórica, entretanto, parece que pode estabelecer teoricamente o que é conveniente em – por assim dizê-lo – qualquer caso que se proponha, razão pela qual afirmamos que o que a ela concerne, como arte, não se aplica sobre nenhum gênero específico”. Tradução nossa.

resolução de problemas que este próprio mundo lhe oferece. A retórica é para ser usada na prática, portanto. Com isso, ela traz em si, a ideia de ação. Segundo Aristóteles, inclusive, o fato de tratar a retórica como arte implica em não considerar somente se o objetivo (convencer) foi atingido, mas sim a correta aplicação dos métodos, o que ajuda a entender que, ao contrário do que afirma a crítica platônica, a persuasão não deve vir a qualquer custo.

A terceira característica da retórica que nos interessa está relacionada com as duas anteriores. Por ser universal, e não específica à determinada forma de saber, e por ser uma arte, no sentido de que deve ser orientada para a aplicação prática, a retórica se afasta de qualquer especificação de uso, tanto dos conceitos que mobiliza, quanto das pessoas que o fazem. A retórica, portanto, é uma *atividade do cotidiano*, que tem lugar toda vez que uma situação exige convencimento. Assim, ela se afasta de uma noção ligada à evidência (cartesiana), e ao modelo de ciência que foi adotado no século XIX. Evidentemente, Aristóteles não tinha em mente o modelo de ciência que experimentamos nos últimos duzentos anos. Mesmo assim, ele afirmava que a retórica não poderia se valer, somente, de noções científicas para persuadir. O cotidiano exige bem mais do que isso. Desta forma, o que ele chamou de provas de persuasão lançava mão de noções comuns para obter o convencimento. Se a ciência pode fornecer certezas, não o pode a vida cotidiana. Onde quer que haja discurso, então, haverá retórica:

Da política ao direito e a suas argumentações contraditórias, do discurso literário ao da vida cotidiana, o discurso e a comunicação são indissociáveis da retórica. Se esta tem suas armadilhas, também oferece a possibilidade da decodificação e da desmistificação. Dessa forma, o melhor antídoto à retórica continua sendo a própria retórica (MEYER, 2007, p. 20).

Isso nos leva à quarta característica de interesse sobre a retórica. Por se afastar da ideia de evidência, sendo dedicada a qualquer tipo de convencimento, em qualquer contexto e diante de qualquer pessoa, a retórica se apresenta como fundamental em contextos onde não há uma verdade absoluta sobre as coisas. No cotidiano, não é possível esperar por certezas

para agir. A maioria das decisões é tomada sem que haja uma evidência: “estamos firmemente convencidos de que as crenças mais sólidas são as que não só são admitidas sem prova, mas também, muito amiúde, nem sequer são explicitadas” (PERELMAN & OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 8). Conforme assevera Meyer, a retórica é “um processo racional de decisão em situação de incerteza, de verossimilhança, de probabilidade” (1994, p. 31). O terreno da retórica não é a certeza. Antes, ela tem lugar onde há a incerteza. Por isso, a retórica se debruça sobre o *possível* e o *plausível*, mas não sobre o certo.

Essa característica é absolutamente essencial para entender a importância da retórica para o tipo de investigação que aqui está sendo levada a cabo. A decisão judicial é justamente um contexto onde prevalece a incerteza. Muito tentou se fazer acreditar no contrário, principalmente, entre os adeptos de concepções mais formalistas em relação ao direito. A ideia era a de que a decisão judicial poderia ser pensada como uma operação lógica, baseada na estrutura *se, logo*. Com isso, se a situação apresentada ao juiz se ‘encaixasse’ na previsão legal, a decisão ocorreria conforme o previsto pelo direito. Evidentemente, os problemas de uma estrutura decisória como essa rapidamente apareceram. Mais uma vez, vale ressaltar, com o diagnóstico de um processo de judicialização da política, e a consequente diversificação dos temas que passaram a figurar no âmbito do judiciário, esse modelo decisório, que nunca foi unânime entre os juristas, passou a contar com ainda menos defensores. Quando observamos a complexidade dos *hard cases*, conforme veremos no capítulo seguinte, a retórica se apresenta como o mecanismo, por excelência, para que decisões possam ser estabelecidas em contextos onde as respostas nunca aparecem de forma clara aos juízes.

Outra característica da retórica, que rebate as críticas que Platão dirigiu aos sofistas e também a ela, diz respeito ao fato de que Aristóteles *submetia a persuasão a elementos éticos*. O projeto aristotélico buscou afastar a defesa de um convencimento a qualquer custo, o que jogaria, de fato, a retórica no plano do engodo e da ilusão, exatamente como criticava Platão. Ao apontar que a retórica tem lugar no terreno do possível, Aristóteles afirma que a disposição para discorrer sobre o possível é a mesma de quem busca a verdade, e não a ilusão (essa concepção, conforme afirmamos, será invertida em Descartes). Apesar do que o termo, carregado historicamente pela sujeição da arte, pode

fazer sugerir, a retórica não é o convencimento sob qualquer circunstância. Até porque os indivíduos buscam convencer não somente os outros, mas também a si mesmos, conforme aponta Magalhães (2003), seguindo Raymond Boudon, defendendo que o raciocínio opera com base na retórica. Se a retórica é utilizada para o engodo, isso não diz respeito à arte, mas ao uso que lhe é dado pelos indivíduos, o que os leva a outra característica da retórica, fundamental para nossos propósitos.

A proposta retórica aristotélica envolve, visceralmente, a consideração acerca dos *sujeitos*. Como vimos, tratar a retórica como arte a coloca no plano da ação. E ação, nesse caso, é a de sujeitos. Isso pode ser observado em todos os detalhes do projeto retórico de Aristóteles, como pode ser observado nas provas de persuasão que elenca e na consideração dos três componentes fundamentais do discurso.

Quanto às provas de persuasão, Aristóteles afirma que são três: as que residem no talante (tratemos como o caráter) do orador, as que predispoem o ouvinte de alguma maneira, e as que residem no próprio discurso e no que ele demonstra. Cada uma delas se liga a um dos componentes do discurso, como veremos a seguir. No que tange ao talante do orador, estamos diante da influência exercida por quem faz o discurso, a partir de suas características, pessoais ou profissionais, que o dotam de autoridade. No entanto, vale notar, não se trata, simplesmente, em Aristóteles, do argumento de autoridade, como na tradição da *auctoritas* latina. A autoridade do orador deve ser acompanhada pelo discurso, e não deve se exercer independente dele (1999, p.176, nota 34). Mesmo assim, estamos diante da consideração do sujeito como aquele que argumenta, e cujas características pessoais afetam a força de seu argumento. Quanto à segunda prova que pode ser obtida através do discurso, ela se refere ao auditório, e à capacidade do orador de, por meio de sua autoridade e de seu discurso, despertar paixões em seus ouvintes, gerando, assim, o convencimento. Mais uma vez, se leva em conta os indivíduos e suas características, agora como ouvintes. O auditório é suscetível de ser influenciado, e é preciso saber *com quem* se fala para mensurar a força do argumento que está sendo manuseado. Por fim, o convencimento pode ser obtido através do próprio discurso, da força do argumento em si. Cada uma

dessas provas não pode ser pensada de forma estanque, ou excludente, visto que elas podem ser acumuladas, a fim de gerar o convencimento.

A partir das provas de persuasão, podemos observar que o discurso possui três grandes componentes: quem fala, o que se fala, e a quem se fala. Respectivamente, estamos diante do orador, do discurso e do auditório. No que diz respeito ao orador, é preciso levar em conta o *ethos*, assim como também no caso do auditório. O discurso é, por excelência, o terreno do *logos*, ao passo que o *pathos* deve ser levado em consideração pelo orador, para que seja capaz de convencer o auditório através, também, das paixões.

O *ethos* é, por excelência, a consideração da importância dos sujeitos no bojo da retórica. De acordo com Aristóteles (1999), o *ethos* se relaciona com a atitude moral do indivíduo, cuja natureza ética pode ser percebida através do discurso. Conforme lição de Meyer, ele está vinculado ao orador, à sua imagem, personalidade e caráter: “o *ethos* é o orador como princípio de autoridade” (2007, p. 35). Tal autoridade é fundada em uma série de elementos, das características pessoais do indivíduo até o conhecimento que possui acerca do tema que está em discussão. Como o objetivo da retórica é formar um juízo, o crédito do orador é fator essencial para que o mesmo seja atingido. O próprio Aristóteles enumera as características que fazem com que um orador seja mais digno de crédito diante do auditório que busca convencer. De acordo com ele, as principais fontes de credibilidade do orador são: a sensatez, a virtude e a benevolência (1999, p. 309). Isso mostra que é preciso levar em consideração as características individuais do orador para entender como o convencimento é obtido.

Além disso, essa consideração das capacidades individuais como elementos importantes para a retórica pode ser reconhecida através da ênfase que Aristóteles dá para a forma como o discurso é expresso. Para ele, a expressão do discurso é tão importante quanto seu conteúdo. Mais uma vez, entram em cena as características e capacidades do orador. A expressão do discurso diz respeito aos recursos linguísticos e estilísticos empregados pelo orador, fazendo com que o discurso seja mais convincente, tais como o uso correto das palavras, a ênfase dada aos termos mais importantes, o uso da repetição como reforço de uma ideia, a capacidade de conceder carga emocional ao que está sendo dito, e a clareza e a adequação do discurso.

Esses elementos estão relacionados ao *logos*, evidentemente, mas também às capacidades do orador.

Em Aristóteles, o *logos* adquire um valor diferenciado em relação ao *ethos* e ao *pathos*. Quanto ao *ethos*, como vimos, ele submete a autoridade do orador ao discurso que profere. Quanto ao *pathos*, inicialmente, Aristóteles rejeita que as paixões devam fazer parte do discurso, buscando fugir da crítica platônica, mas, em seguida, no livro II da *Retórica*, as paixões têm sua importância ressaltada para a obtenção do convencimento. Perelman (2005), ao tratar a retórica como argumentação, tomando como enfoque o direito, também colocará ênfase no *logos*. Meyer, contudo, afirmará que os três componentes do discurso devem ser tratados em pé de igualdade, e não de forma hierárquica, já que todos eles são essenciais à retórica:

De tudo o que foi dito, decorre que o *ethos*, o *pathos* e o *logos* devem ser postos em pé de igualdade, se não quisermos cair em uma concepção que exclua as dimensões constitutivas da relação retórica. O orador, o auditório e a linguagem são igualmente essenciais (MEYER, 2007, p. 25).

A importância que Meyer dá aos três elementos, e não somente ao *logos*, se manifesta nos conceitos de *ethos* e *pathos* projetivos<sup>138</sup>. Assim, de um lado, o auditório espera determinados argumentos e comportamentos por parte do orador (*ethos* projetivo), ao passo que, do outro, o próprio orador espera determinados comportamentos e reações por parte do auditório (*pathos* projetivo). Evidentemente, essas projeções, muitas vezes, não coincidem com o *ethos* e com o *pathos* projetivos. Assim, para evitar problemas em relação à reação do auditório diante de seus argumentos, tendo em vista a não coincidência entre o *ethos* projetivo e o *ethos* efetivo, o orador se coloca em uma posição de controle de seus atos e argumentos. De acordo com Meyer (2007), esse comportamento por parte do orador caracteriza a *phronesis* (prudência).

Passando do reconhecimento da importância dos sujeitos para o discurso, outra característica fundamental da retórica, e também para nosso

---

<sup>138</sup> O *pathos* projetivo é o que Perelman (2005) chamou de auditório universal.



argumento, está relacionada com os três gêneros discursivos reconhecidos por Aristóteles. A lição do filósofo sobre os gêneros do discurso nos levará ao entendimento de que, mesmo com características e contextos próprios de aplicação, os argumentos fluem de um gênero discursivo a outro, sem fronteiras aparentes entre eles. Na prática, essa *fluidez argumentativa* significa que argumentos oriundos de determinado contexto podem ser utilizados em outros contextos. O critério para essa utilização é dado a partir do orador. Ou seja, é o orador quem deverá reconhecer quais argumentos são mais persuasivos em cada contexto, diante de auditórios diferentes. Desde já, fica clara uma característica que nos interessará de perto. O controle do uso do argumento não está nas mãos somente do orador, baseado em sua própria vontade. O próprio contexto, envolvendo o tipo de auditório e o conteúdo que está sendo tratado, deve ser levado em consideração, se apresentando como um elemento, ao mesmo tempo, limitador e condicionador para o discurso do orador. No entanto, de saída, não há nenhum impedimento para que um argumento de determinado gênero discursivo possa ser utilizado no bojo de outro gênero.

De acordo com Aristóteles, três são os gêneros do discurso<sup>139</sup>: o deliberativo (político), o judicial e o epidíctico (ou elogioso). Em outro momento (REZENDE, 2010), nos debruçamos mais especificamente sobre as características de cada um desses gêneros<sup>140</sup>. Para os propósitos deste trabalho, no entanto, nos atentaremos somente ao fato de que cada um dos gêneros discursivos propostos por Aristóteles possui características e fins próprios, o que os singulariza. A deliberação política<sup>141</sup> é baseada no conselho e na dissuasão, e, voltada para o futuro, busca apontar o que é conveniente. O discurso judicial se baseia na acusação e na defesa, e, tendo em vista o

---

<sup>139</sup> Magalhães (2003) reconhece um quarto gênero discursivo, o analítico, destinado a construir, em regra, explicações causais acerca da realidade.

<sup>140</sup> Meyer (1994), por exemplo, qualifica esses três gêneros segundo seu grau de problematidade.

<sup>141</sup> Interessante notar que Aristóteles (1999) considera o discurso político menos propenso a ser enganoso do que o discurso judicial. Por se tratar de temas que dizem respeito à comunidade como um todo, a deliberação tem menos chance de envolver assuntos alheios, sendo desviada segundo o interesse do próprio orador. Para o filósofo, no discurso judicial, o juiz pode acabar julgando tendo em vista seus próprios interesses. Como veremos nos anexos desta tese, há uma inversão, ao longo da história, em relação a essa qualificação de Aristóteles. A política passou a ser vista como o terreno do engano, e o direito, segundo o discurso que construiu para si mesmo, como o da reta razão.

passado (fatos que já ocorreram), diferencia, através da argumentação, o justo do injusto. O discurso epidíctico, por sua vez, é baseado no elogio e na censura, e, com referência no presente, busca diferenciar o belo do vergonhoso.

Se cada discurso possui suas características, isso não impede, contudo, que recursos próprios de um discurso sejam utilizados por outro gênero. Aristóteles nos dá o exemplo do encômio. O elogio é um recurso típico do discurso epidíctico, mas pode ser usado no deliberativo. Quando isso ocorre no contexto político, o elogio à obra de alguém pode estimular o povo a se comportar de determinada maneira. Esse recurso pode também ser utilizado no gênero judicial, quando, por exemplo, se busca inocentar alguém através dos elogios feitos a essa pessoa. O mesmo ocorre em relação à amplificação, um tipo de argumento próprio do discurso epidíctico, mas que pode ser usado em qualquer discurso.

Há, na retórica aristotélica, argumentos próprios a cada um dos gêneros, mas não há nenhuma forma de impedimento, a princípio, de utilização de argumentos de gêneros diferentes em outros contextos. Aristóteles fala de argumentos mais adequados a cada um dos tipos de discurso, mas reconhece que os elementos externos compõem cada tipo discursivo. Na verdade, argumentos dos três gêneros, na prática, estão presentes, não raramente, no mesmo discurso.

Meyer também reconhece essa fluidez argumentativa de que falamos. Segundo ele (1994, p. 48), as linhas de demarcação entre os três gêneros discursivos estão em sobreposição e possuem limites pouco nítidos. Com isso, o justo e o verossímil, o honroso e o útil podem ser encontrados em gêneros oratórios diferentes daqueles que eles caracterizam (como postulou Aristóteles). De fato, a divisão proposta por Aristóteles possui fins analíticos, e, didaticamente, nos auxilia a identificar as características de cada um dos gêneros do discurso. São como tipos ideais weberianos. Na prática, é muito difícil encontrar um discurso que não lance mão de argumentos de outra natureza.

Essa característica da retórica, a fluidez argumentativa, é essencial para a proposta dessa tese. Ela enfrenta a questão, que a Teoria dos Sistemas aplicada ao direito não consegue resolver adequadamente, dos elementos

externos que compõem a decisão judicial. Através da retórica, os argumentos que não pertencem ao sistema do direito passam a integrar as decisões porque está é uma característica da retórica. Como a retórica, conforme vimos em outro trabalho (REZENDE, 2010), é o mecanismo, por excelência, que dá sustentação às decisões, os argumentos no âmbito do direito são caracterizados por esta mesma fluidez argumentativa típica da retórica. Assim, ao contrário de pensar em um sistema que controla, a partir de processos de reconversão pelo código binário, a utilização, no interior do sistema, de argumentos oriundos de outras searas, a retórica aponta que, onde quer que ela, retórica, tenha lugar, os argumentos, das mais variadas naturezas, são mobilizados para persuadir (lembrando, mais uma vez, que a persuasão não deve ser buscada a qualquer custo, como engodo ou ilusão, até porque, conforme lição de Magalhães, na esteira do pensamento de Raymond Boudon, todo processo de raciocínio é uma forma de convencimento de si mesmo). Isso não quer dizer que não haja controle. No entanto, ele não é dado somente pelo código binário do sistema, e sim, realizado a partir de uma perspectiva pragmática, que envolve a ação daquele que decide, tendo em vista os limites colocados pela estrutura do sistema/campo. Voltaremos a esse ponto a seguir, mas, antes, é preciso abordar a última característica da retórica que nos interessa, os *entimemas*.

Ainda em sua caracterização dos gêneros, Aristóteles aponta que, enquanto a amplificação é considerada mais apropriada ao discurso epidíctico e os exemplos mais adequados ao discurso deliberativo, o entimema é visto como o recurso argumentativo mais apropriado aos discursos judiciais. Apesar da divisão, vale notar mais uma vez, Aristóteles afirma que o entimema é um recurso comum aos três gêneros. O filósofo fala em adequação, não em uso restrito.

Aristóteles define os entimemas como o corpo da persuasão. Chamados, por uma analogia com a dialética, de silogismos retóricos, os entimemas são uma espécie de demonstração retórica, mas, ao contrário do que ocorre na lógica, eles são baseados em probabilidades, e não em certezas. Não se trata de um silogismo incompleto, contudo, mas sim de um silogismo disfarçado, que já contém, implicitamente, suas premissas ou sua conclusão.

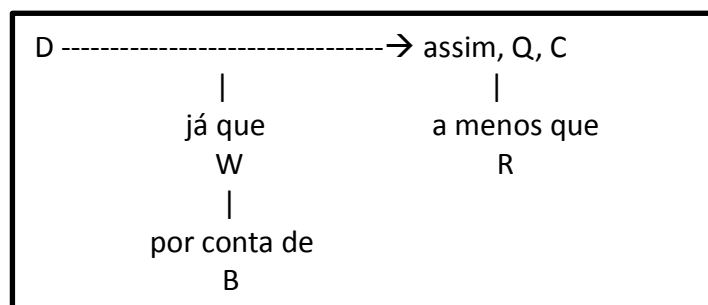
Magalhães (2006) reforça a importância dos entimemas para a retórica. A forma de argumentação entimêmica, baseada em premissas apenas prováveis, ou aparentemente frágeis, é compensada, de alguma maneira, pela aparência lógica que o argumento adquire. O que o entimema faz é justamente propiciar ao argumento esta aparência próxima da lógica:

(...) uma característica clara dos entimemas, (é) a sua possibilidade de saltar de um campo de significados a outro, num jogo de premissa e conclusão, onde, frequentemente, ou a premissa, ou a conclusão não são explicitadas e tiram sua força persuasiva de permanecerem ocultas (MAGALHÃES & SOUZA, 2006, p. 152).

A adesão dos agentes a um determinado tipo de discurso, conforme já ressaltamos anteriormente, não ocorre somente diante de certezas e de demonstrações lógicas. No entanto, a aparência lógica de um argumento faz com que ele seja mais capaz de convencimento. É nesse ponto que a importância dos entimemas para a retórica pode ser percebida. O entimema aumenta a adesão em relação aos argumentos, objetivo da retórica. É em função dos entimemas que Meyer define a retórica como uma “argumentação condensada” (2007, p. 69). Através da retórica, não é necessário que uma certeza esteja presente para que uma afirmação, uma recusa ou uma ideia sejam explicitadas e capazes de convencer. A argumentação é condensada porque, através da retórica, não é necessário explicitar todo o raciocínio.

Até mesmo entre os lógicos, a retórica passou a desfrutar de algum reconhecimento. Sua capacidade de operar através de saltos argumentativos, com premissas prováveis, se adequa mais ao cotidiano, e aos contextos de decidibilidade, como uma corte, por exemplo, do que a lógica formal. Stephen Toulmin, lógico inglês, compartilha desse entendimento. Sua proposta para a argumentação não é baseada na lógica, mas em uma estrutura argumentativa baseada em garantias, e não em certezas. É à sua proposta de um padrão de argumento que, mais uma vez, recorreremos para analisar os argumentos mobilizados pelos ministros do STF, tema do capítulo seguinte.

A proposta de Toulmin consiste em estabelecer um padrão geral do argumento, baseado em alguns elementos: os dados (D)<sup>142</sup>, que são fatos utilizados para fundamentar a conclusão (de acordo com Toulmin, todo argumento deve apresentar algum tipo de dado, que serve de apoio ao argumento, evitando conclusões puras); a conclusão (ou alegação) (C), que é aquilo sobre o que se busca convencer; as garantias do argumento (W), que dão força de sustentação às conclusões que buscam justificar; o qualificador (Q), que, por sua vez, dá suporte à garantia utilizada (aqui há o uso dos termos modais, como ‘quase certo que’, ‘possivelmente’, ‘presumivelmente’); as condições de exceção ou de refutação (R), que demonstram as situações nas quais as garantias (W) não são aplicadas; e, finalmente, os apoios das garantias (B), que são fatos ou afirmações categóricas (2006, p. 139-147). Diante disso, o modelo padrão de argumento proposto por Toulmin tem a seguinte estrutura (2006, p. 150):



Mesmo com o estabelecimento desse layout do argumento, Toulmin afirma que a fórmula mínima para exposição de um argumento válido é: “D, W, logo C” (2006, p. 177). Isso ocorre porque, como já referido acima, não há possibilidade de um argumento ser baseado somente em uma conclusão, sem algum tipo de dado. Além disso, segundo Toulmin, não se pode “ir de qualquer conjunto de dados para uma conclusão, sem alguma garantia” (2006, p. 183). Tendo em vista essa estrutura mínima do argumento, podemos perceber a importância da retórica. Na proposta de Toulmin, podemos partir de um dado e chegar a uma conclusão, levando em consideração apenas uma garantia de que tal conclusão pode ser admitida tendo em vista o dado que foi

<sup>142</sup> Mantém-se, aqui, a mesma simbologia utilizada por Toulmin em inglês, e mantida pela tradução em português (2006).

apresentado. Essa estrutura argumentativa pode ser observada em qualquer tipo de argumento, do cotidiano à ciência.

Em outro trabalho (REZENDE, 2010), o layout argumentativo de Toulmin foi utilizado para mostrar que os votos dos ministros do STF, na decisão acerca da constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias no Brasil, eram construídos a partir da retórica, apontando os saltos lógicos operados para o estabelecimento de uma decisão. Para os fins deste trabalho, no entanto, o uso do modelo de Toulmin terá, além de apontar que os votos são construídos a partir da retórica, outra função. Os argumentos dos ministros do STF serão expostos através do modelo argumentativo de Toulmin para fins didáticos, com o intuito de percebermos que os argumentos mobilizados pelos ministros não são, em sua totalidade, jurídicos. Esse tema já havia aparecido anteriormente<sup>143</sup>, mas não foi desenvolvido a fundo, visto que o objetivo, então, era outro.

Antes de passarmos ao capítulo seguinte, que envolve a análise das decisões do STF em casos de grande repercussão no Brasil, é necessário apresentar a retórica como um manancial teórico que fornece elementos adequados para o estudo da decisão judicial e de suas consequências para a relação entre o direito e outros setores sociais, em especial, a política. Articulada ao tema da dualidade estrutura/agência, a retórica fornece uma leitura precisa do tipo de relação que o direito e outros campos sociais estabelecem a partir da argumentação.

A retórica está fundamentalmente ligada à ação, como vimos na exposição das principais características da retórica aristotélica. Magalhães & Souza (2006) entendem a retórica como um campo da teoria política e da teoria da ação, como se pode notar a partir dos conceitos de entimema e persuasão:

A recuperação dos conceitos da retórica, em especial o conceito de persuasão e sua implicação lógica, o conceito de entimema, permite-nos um duplo movimento, indo muito além do projeto de um horizonte normativo da comunicabilidade nos termos de Habermas. Primeiramente, a retórica se afirma como

---

<sup>143</sup> Mais uma vez, REZENDE, 2010.

uma possibilidade de se pensar a racionalidade instrumental dentro da linguagem, e não tomar esta última como o espaço de limite da instrumentalidade da ação racional. (MAGALHÃES & SOUZA, 2006, p. 140 - 1).

O conceito de persuasão, por sua vez, envolve, visceralmente, a consideração dos sujeitos como agentes: “(...) a persuasão é definida como a adesão de agentes a conjuntos de noções articuladas discursivamente que possibilitam processos operatórios organizadores das perspectivas de opinião e **ação** desses agentes, sempre em relação a um campo empírico específico” (MAGALHÃES & SOUZA, 2006, p. 142-3, grifo nosso, em negrito).

Tendo em vista as características que atribuímos à retórica, tomando como base o projeto aristotélico e seus desenvolvimentos posteriores, ela, a retórica pode ser pensada como uma ponte entre a estrutura e a agência. Em contextos de decidibilidade, como no caso da decisão judicial, ela permite compreender como indivíduos buscam, argumentativamente e enquanto fazer prático, construir uma decisão levando em conta os limites oferecidos pelo contexto no qual se encontram inseridos. A ação e a estrutura se encontram presentes, e, através do argumento, elas se articulam.

Outros elementos se somam para construir o quadro explicativo. A obrigação de decidir, imposição do campo do direito, faz com que os juízes, pragmática e necessariamente, tenham que agir, obtendo uma decisão. Essa decisão, conforme vimos, será construída com base na retórica, visto que as certezas não se apresentam para sustentá-la. Ela terá que ser construída através do argumento. Esse argumento, por sua vez, não poderá ser encontrado, em muitos casos, somente no direito, tendo que ser buscado, para que a justificativa seja efetivada (justificar a decisão também é uma imposição da estrutura do campo do direito), em outros campos. A utilização de tal ou qual argumento é feita pelo agente, o juiz, que, agindo, busca justificar a decisão para seus pares, para a sociedade em geral, e também para si mesmo. Isso não significa que a decisão é fruto apenas de sua ação, com ênfase no aspecto volitivo e no controle das consequências. No entanto, o juiz age, mas não sem controle. A construção dos argumentos que darão suporte à decisão se baseia em sua ação, enquanto articulador do argumento, mas também nos

limites que o argumento enfrenta, fornecidos, entre outras coisas, pelo próprio campo. A própria retórica, na verdade, impõe seus limites. Não é qualquer tipo de argumento que pode ser mobilizado, à escolha do ator, capaz de instrumentalizar, absolutamente, o campo para interesse próprio. É o contexto e a circunstancialidade dos casos, da disposição da sociedade e dos pares em um tribunal (auditório, na terminologia retórica), do conteúdo de cada debate levado à corte, que farão com que os limites da argumentação sejam dados. O agente é que perceberá esses limites em cada caso, levando em consideração, também, os limites que já são conhecidos por ele, como um sujeito imerso no campo. Assim, não é qualquer argumento que será aceito e mobilizado no contexto de uma decisão judicial. Isso não quer dizer, contudo, que os argumentos devam ser exclusivamente jurídicos. Se um argumento abertamente religioso dificilmente será aceito como justificativa para o estabelecimento de uma decisão no âmbito do direito, argumentos políticos, sociológicos, econômicos, culturais e etc são manuseados pelos juízes, como seu fazer prático, para que a decisão possa ter lugar. Sem eles, muitas vezes, não haveria a possibilidade de justificar a decisão, ou mesmo chegar a ela. É tendo em vista, simultaneamente, a ação dos juízes, do ponto de vista argumentativo, e os limites oferecidos pelo campo, que a decisão judicial pode ser melhor entendida.

Esse entendimento abre espaço para lidarmos com a relação entre o direito e outros campos sociais a partir de um enfoque diferente e pouco usual. As relações entre o direito e a política, por exemplo, tendem a ser encaradas a partir do ponto de vista do poder e das disputas entre suas principais instituições. Essa é uma maneira de enfrentar o problema, mas não a única. Através da retórica, podemos buscar compreender as relações entre o direito e a política sob outro viés, o da argumentação. Assim, veríamos que, além das oposições entre direito e política, e da instrumentalização de um campo pelo outro, poderíamos perceber que a política e o direito, além de apresentarem ranhuras, contribuem para que o outro campo possa se desenvolver. Como o exemplo mobilizado nesta tese<sup>144</sup>, sem argumentos tomados da política, dificilmente, algumas decisões poderiam ser tomadas pela Corte Suprema.

---

<sup>144</sup> Ver, especialmente, os anexos.



Contudo, esse tipo de relação tende a ser obscurecido, visto que a retórica não é tomada como foco. Voltaremos a este ponto na conclusão da tese. Antes, uma breve referência a como a proposta sistêmica lida com esse ponto.

Como vimos, a Teoria dos Sistemas propõe a não sobreposição dos códigos dos diferentes sistemas. Cada sistema possui seu código e opera em função dele. Códigos são operados através da linguagem, e não orientam somente processos no interior do sistema, mas, principalmente, são elementos que direcionam os discursos e os argumentos que operam no seio do sistema. Tomando como ponto de partida a tradição da retórica aristotélica, para a qual, argumentos diversos, pertencentes a diferentes gêneros discursivos, podem fluir através deles, é possível compreender os códigos binários dos sistemas de uma forma menos restrita. Linguisticamente, por exemplo, os códigos apontam para o tipo de conclusão ao qual o argumento tem que se direcionar. No caso do sistema jurídico, por exemplo, os argumentos devem ter em vista o código lícito/ilícito, que caracteriza o direito. No entanto, os códigos não podem controlar, absolutamente, a maneira pela qual os argumentos são construídos, nem que tipo de argumento é mobilizado. Eles podem influenciar a seleção dos argumentos, mas isso variará de acordo com o contexto, tendo em vista a contingência. Os agentes não podem ser desconsiderados. Em contextos de decidibilidade, como no caso da decisão judicial, tendo em vista sua justificação, a orientação pelo código binário lícito/ilícito pode ser infrutífera, não fornecendo um suporte argumentativo suficiente para que uma decisão seja tomada. Outros argumentos serão, desta forma, mobilizados. Mesmo na presença de argumentos tipicamente jurídicos, outros argumentos, externos ao sistema, como argumentos políticos, poderão ser arregimentados, por serem considerados mais persuasivos.

Poderíamos ser questionados acerca da utilização de princípios teóricos desenvolvidos em outros contextos espaço-temporais, que poderiam mesmo ser pensados como desconectados de nossa realidade. Essa é a proposta, aliás, da Teoria dos Sistemas, qual seja, reconceituar os clássicos (e, eventualmente, abandoná-los à história das ideias) e apresentar novos conceitos para enfrentar a singularidade da complexidade do mundo moderno. A retórica aristotélica e os conceitos clássicos das ciências sociais podem ser pensados como instrumentos teóricos obsoletos para compreender a dinâmica

e complexa relação entre o direito e a política, por exemplo. Contudo, ao contrário do que pensa Luhmann em relação aos clássicos, suas ideias não são estudadas apenas porque outros especialistas as leem, como elementos datados no tempo. Sua leitura permite, antes, que novas aplicações sejam percebidas, ampliando o leque inicial de aplicação. Seguindo a lição de Drummond, o que há de mais venerável pode ser encontrado nas estantes com poeira, e não apenas nas luzidias.

## 7. Os argumentos que sustentam as decisões do Supremo Tribunal Federal nos casos difíceis: retórica, ação, e as relações entre o direito e outros campos sociais

*In claris cessat interpretatio*<sup>145</sup>.

Quando, em outro momento, nos debruçamos sobre a relevância do papel da retórica para a compreensão do fazer judicial, escolhemos o Supremo Tribunal Federal como objeto de estudo (REZENDE, 2010). A escolha da Suprema Corte se deveu a vários fatores, entre eles o fato de que ao STF são levados os casos de maior repercussão social, cujas respostas não podem, sempre, ser encontradas no direito. O processo de judicialização da política, conforme apontado por Vianna *et alli*, se não é exclusivo da Suprema Corte, visto que atinge o judiciário como um todo, encontrará justamente nela terreno fértil para se desenvolver. Além disso, e por conta disso, o STF tem se tornado, o que pareceria inicialmente paradoxal, a face do judiciário mais próxima da população, não no sentido do acesso, mas no que diz respeito à repercussão de suas decisões e à aprovação popular. Quando envolvido com uma decisão difícil, de grande repercussão pública, o STF tem encarnado, junto com a figura de seus ministros, a própria ideia de justiça, confundida, nesse caso, com o direito.

Esse foi outro motivo pelo qual as decisões da Suprema Corte foram escolhidas para estudo. Se será raro encontrar alguém que conhece os juízes do tribunal de sua própria comarca, o mesmo não se pode dizer dos ministros do STF. Desde há algum tempo, os ministros da corte se tornaram conhecidos de boa parte da população, justamente em virtude da repercussão de suas decisões. Esse fenômeno, raro no direito, só se fez aguçar nos últimos anos, na medida em que mais decisões difíceis e de grande repercussão foram tomadas pela corte.

Em outro momento (REZENDE, 2010), nos ocupamos, primordialmente, da forma como os ministros do STF construíram seus votos tendo em vista um caso em específico, a ADI 3510, envolvendo a alegação da inconstitucionalidade da lei de Biossegurança, que autorizava a pesquisa com

---

<sup>145</sup> “Quando a lei é clara, não há interpretação”, brocardo jurídico.

células-tronco embrionárias no país. O tema envolveu uma série de polêmicas e debates, e mobilizou boa parte da sociedade em torno da decisão, dividindo opiniões. No contexto daquele estudo, nosso objetivo era apresentar a retórica como o mecanismo através do qual as decisões eram tomadas no âmbito da referida ADI, analisando cada um dos votos dos ministros disponíveis à época. A partir disso, concluímos que a estrutura dos votos, com base na proposta de padrão geral do argumento de Toulmin, que vimos no capítulo anterior desta tese, era, em todos os casos, baseada em entimemas, ou seja, em argumentos que operavam na base do possível, com saltos lógicos, e não com base em certezas. Isso reforçava a importância da retórica em contextos de decidibilidade. Onde não havia respostas claras e prontas, como no caso da ADI 3510, havia a possibilidade de se construir uma através da retórica.

Embora nosso enfoque no referido trabalho (2010) não fosse esse, foi possível perceber que os argumentos dos ministros, além de se apresentarem como entimemas, não possuíam base apenas no direito. Esse tema não foi desenvolvido de forma profunda naquele momento, visto que o objetivo era outro. No entanto, abriu caminho para que a pesquisa sobre ele pudesse ser realizada. Em outro trabalho (REZENDE, 2010 a), analisamos, com mais detalhe, o conteúdo do voto do ministro Marco Aurélio na ADI 3510, cujo principal argumento para sustentar sua decisão era um argumento político, no qual o ministro apela à soberania popular, com base em Rousseau. O elemento chave de seu voto, portanto, foi um argumento político, não jurídico. A política, não o direito, embora, a partir de uma perspectiva não centrada na argumentação, essa relação passe despercebida.

Mais uma vez, nos debruçamos sobre as decisões proferidas pelo STF. Como antes, a escolha dos casos para análise se baseou na repercussão social que eles promoveram. Se, primeiramente, nosso estudo foi destinado à decisão sobre a inconstitucionalidade da lei que autorizava as pesquisas com células-tronco no Brasil, agora, nossa escolha recaiu sobre quatro casos: a união homoafetiva, o aborto de anencéfalos, a demarcação das terras indígenas Raposa Serra do Sol e o mensalão. Todos eles com decisões relativamente recentes, em especial, o processo do mensalão. Os três primeiros, conforme veremos a seguir, foram analisados tendo em vista a mesma proposta metodológica de outrora, levando em consideração o estudo

dos votos dos ministros com base na estrutura argumentativa proposta por Toulmin. No entanto, a análise agora se dirige não somente à estrutura entimêmica do argumento, mas, antes, ao conteúdo extrajurídico que lhe dá sustentação. Quanto ao caso do mensalão, sua análise foi diferenciada. Em uma decisão considerada como a mais importante da história do judiciário brasileiro, com suas mais de 8.500 páginas, a análise não recaiu sobre o conteúdo dos votos dos ministros em si, mas, antes, sobre as consequências que a decisão trouxe para as relações entre o direito e a política, e entre o direito e a sociedade. Mais à frente, retomaremos o processo do mensalão, explicando melhor como sua análise foi feita para os propósitos desta tese.

De comum entre esses quatro casos levados à apreciação do STF, a enorme repercussão que eles tiveram e a definição de todos eles enquanto *hard cases* (casos difíceis). Segundo Dworkin, os casos difíceis têm lugar “quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição” (2002, p.127). Nossa ideia, no entanto, amplia esse conceito. Os casos difíceis não devem ser definidos, apenas, quando se está diante da ausência de uma regra clara do direito, o que faria com que qualquer argumentação extrajurídica só tivesse lugar diante da inexistência de um argumento jurídico. Isso colocaria os argumentos extrajurídicos como secundários, dotados de uma importância menor, ocupando posição hierarquicamente inferior. Os *hard cases*, de fato, são casos onde o direito, em regra, não apresenta respostas claras, mas são também aqueles em que, mesmo diante de uma regra do direito, a repercussão social e as consequências da decisão são tão grandes e importantes que a justificativa, tendo em vista a persuasão, não se sustenta apenas com base em argumentos jurídicos. E, do ponto de vista da persuasão, não se pode estabelecer de antemão quais serão os argumentos mais persuasivos.

Quanto à repercussão dos casos, todos eles são vistos, pelos próprios juízes, como polêmicos, difíceis, com consequências que mexem com a sociedade como um todo. Tudo isso faz com que os ministros, ao reconhecerem a relevância dos casos, reconheçam também o papel fundamental desempenhado pelo STF, e por sua própria ação, em julgamentos que entrarão para a história. As consequências de suas ações, e do próprio julgamento, não são capazes de serem, todas elas, previstas. Mas,

independente de quais sejam, os ministros atentam para a posição histórica que o STF tem diante desses casos, como mostra a opinião do ministro Luiz Fux, no caso da união homoafetiva:

Independentemente do resultado deste julgamento, a sua repercussão social será imensa e são, em boa parte, imprevisíveis as suas consequências. Mas assim será toda vez que as liberdades essenciais dos indivíduos – em especial aquelas ligadas à sua identidade – forem alvo de ameaças do Estado ou dos particulares e o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, for convocado a assegurar a proteção dos direitos fundamentais. (...) Canetas de magistrados não são capazes de extinguir o preconceito, mas, num Estado Democrático de Direito, detêm o poder de determinar ao aparato estatal a atuação positiva na garantia da igualdade material entre os indivíduos e no combate ostensivo às discriminações odiosas. Esta Corte pode, aqui e agora, firmar posição histórica e tornar público e cogente que o Estado não será indiferente à discriminação em virtude da orientação sexual de cada um; ao revés, será o primeiro e maior opositor do preconceito aos homossexuais em qualquer de suas formas (p. 10 do voto do ministro Luiz Fux).

Esse entendimento de Fux poderia ser estendido a todos os casos escolhidos aqui para apreciação. Além da repercussão, da importância atribuída ao STF e ao papel dos ministros, em todos esses casos, as justificativas centrais dos votos dos ministros, como veremos, são formadas por argumentos extrajurídicos. Evidentemente, em todos eles, o direito vê argumentos próprios sendo mobilizados. No entanto, eles nunca estão sozinhos. Há sempre uma gama de argumentos sociológicos, psicológicos, médicos, antropológicos, econômicos, filosóficos, literários, biológicos e políticos, que acabam se apresentando como o núcleo central da decisão em questão. Isso não quer dizer que a decisão não seja jurídica, ou que estejamos diante de uma invasão do direito, sem identidade e dominado por forças externas. É preciso compreender que a decisão judicial é mais do que o

comando jurídico que emite. Tendo em vista, como vimos no capítulo anterior, a necessidade de ser justificada, ela não pode impedir, absolutamente, que argumentos com maior força persuasiva, mesmo que oriundos de âmbitos externos ao direito, sejam mobilizados. Seus limites e possibilidades serão encontrados na relação entre a estrutura do campo e ação dos juízes, envolvidos no fazer prático de decidir.

### **7.1. O reconhecimento da união homoafetiva no Brasil**

O objeto da ação direta de inconstitucionalidade<sup>146</sup> (ADI) 4277 foi a submissão do art. 1723 do Código Civil brasileiro à técnica da interpretação conforme a Constituição Federal. Esse objeto se encontra reprisado na ADI 4277, visto que já dava vida à ADPF<sup>147</sup> 123-RJ. Por isso, a referida ADPF foi preterida em função da ADI. O artigo em questão é:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

É possível conhecer uma ADPF como uma ADI, quando alguns requisitos são preenchidos, evitando, assim, que um novo processo seja iniciado, movimentando, desnecessariamente, todo o maquinário público em torno de um processo. Se os elementos da ADPF se encaixam nos moldes de uma ADI, e quando fica demonstrado que a relevância e seriedade exigida por uma ação direta de inconstitucionalidade estão presentes, a ação declaratória

---

<sup>146</sup> Em estudo anterior (REZENDE, 2010), já nos ocupamos desse instrumento. Assim o definimos: "(...) a ADI é uma ação que visa, por parte de seus autores, a declaração da inconstitucionalidade de determinada lei pertencente ao ordenamento jurídico brasileiro, com o fulcro de eliminar seus efeitos. A competência para declarar tal inconstitucionalidade é exclusiva do STF, e a competência para propor a ação (o que os juristas denominam legitimidade ativa), também é restrita, sendo atribuída pela própria Constituição Federal" (REZENDE, 2010, p. 128).

<sup>147</sup> Trata-se de um instrumento no plano da jurisdição constitucional, criado pela Constituição Federal de 1988. A arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF (prevista no art. 102, parágrafo 1º da CF/88) é proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e, de acordo com Medina (2005), é uma modalidade especial de ação direta de inconstitucionalidade, "de objeto mais restrito e cabimento excepcional" (MEDINA, 2005, p. 37). Seu objeto pressupõe o desajuste entre a lei ou ato administrativo e algum preceito fundamental da Carta Constitucional.

de descumprimento fundamental pode ser aproveitada. Assim, verificando que a ADI é meio mais eficaz e reconhecendo que a ADPF seria impossível de ser conhecida enquanto ação adequada para determinado caso, o aproveitamento é realizado. Esse é caso da ADPF nº 132-RJ, cujos elementos foram incorporados à ADI 4277. Com base em precedentes da própria corte, o ministro Ayres Britto decidiu pelo aproveitamento da discussão levantada pela ADPF no seio da ADI.

Nesse caso, a união entre pessoas do mesmo sexo é o tema em questão. De acordo com o pedido inicial dos autores da ação, a união homoafetiva deve ser respeitada e assegurada pelo Estado, com base no argumento de que garantir a união estável entre homem e mulher, e excluir outros arranjos familiares contrariaria os preceitos constitucionais fundamentais, como os princípios da igualdade, da intimidade, da vedação de tratamento discriminatório e da liberdade.

A complexidade do tema, reconhecida pelo relator (ministro Carlos Ayres Britto), que o tratou como sendo um tema de “relevância incomum” (p. 8 do relatório), gerou a aceitação de 14 *amici curiae*, a maioria reforçando a defesa do autor, ou seja, em defesa do reconhecimento jurídico da união homoafetiva no Brasil, argumentando que a discriminação gera ódio, que, por sua vez, acaba se materializando “em violência física, psicológica e moral contra os que preferem a homoafetividade como forma de contato corporal, ou mesmo acasalamento” (p. 8 do relatório). A essência dos argumentos levantados pelos *amici curiae*, conforme apontado pelo ministro Ayres Britto, não está relacionada com elementos jurídicos apenas. A seguir, analisaremos os argumentos dos quais se valeram os ministros Ayres Britto, relator do caso, e Luiz Fux. Como veremos, os votos envolvem, evidentemente, o tratamento jurídico da questão, mas são construídos com base em argumentos extrajurídicos, que, na verdade, se apresentam como os principais pontos de sustentação da argumentação dos ministros.

#### **7.1.1. Os fundamentos filosóficos e afetivos do voto do ministro Ayres Britto**



O voto do ministro Ayres Britto, relator da ADI 4277, começa especificando as razões que o levaram a aceitar o peticionário proposto na ADPF nº 132-RJ no bojo da ADI, expandindo a discussão para a seara constitucional, não envolvendo apenas a demanda específica relacionada à legislação do estado do Rio de Janeiro. No entanto, já no início de seu voto, o ministro parece apontar para o conteúdo e o teor do mesmo, tratando as questões em torno da homossexualidade como elementos históricos, padecendo nas mãos do “padrão social da heterossexualidade”:

Pela primeira vez no curso de sua longa história, apreciar o mérito dessa tão recorrente quanto intrinsecamente relevante controvérsia em torno da união estável entre pessoas do mesmo sexo, com todos os seus consectários jurídicos (...) lidar com o dissenso judicial que reflete o fato histórico de que nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade (p. 3 do voto).

Ayres Britto estabelece, já de saída, que se trata de um assunto de grande amplitude social, cuja solução passará por questões que extrapolam o direito. Afinal, o padrão social da heterossexualidade, apontado como o elemento chave para a resistência ao reconhecimento da união homoafetiva, foi construído do ponto de vista histórico, cultural, social e também jurídico. No entanto, não é em virtude exclusivamente do direito que as pessoas se comportam, do ponto de vista sexual, desta ou daquela maneira. Social e culturalmente, os comportamentos sexuais se apresentam como questões extremamente complexas. Outras questões, além do direito, serão mobilizadas.

A resistência ao reconhecimento, no Brasil, da união homoafetiva, tem suas raízes, de acordo com o ministro, no conservadorismo, amarrado a questões afetivas, e não construído com base na razão: “É a velha postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração” (p. 3).

Logo no início de seu voto, quando começa a tratar do conteúdo, depois de ter abordado todas as questões preliminares (em geral, envolvidas com

elementos processuais, como o reconhecimento da adequação do pedido ao procedimento de uma ADI), o ministro Ayres Britto reconhece que o pedido do autor merece “guarida” (p. 5 do voto). Analisando questões etimológicas, o ministro aponta para o fato de que a palavra homoafetividade não existia nos dicionários de língua portuguesa, tendo sido cunhada pela jurista Maria Berenice Dias. É preferível à palavra homossexualismo, cujo prefixo ‘-ismo’ indica doença, ao passo que homossexualidade representa uma forma de se comportar, um jeito de ser.

Em seguida, popularizado o termo, homoafetividade, já com lugar no dicionário, é abordado, enquanto conceito, por Ayres Britto, a partir da ideia de amor. O ministro reconhece que o verbete que utilizará, durante o decorrer do voto, encontra abrigo no Dicionário Aurélio. Como já havia indicado, de saída, que seu voto seria favorável ao pedido do autor da ação, reconhecendo, portanto, os efeitos (sociais e jurídicos) da união homoafetiva no Brasil, Ayres Britto vincula a ideia da união homoafetiva à ideia de amor, na tentativa de mostrar que não importa que o amor em questão seja entre pessoas do mesmo sexo, ou, como afirma, “entre iguais” (p. 6 do voto). O tema da igualdade é um tema caro ao direito e à política, e aqui é utilizado como forma de reforçar seu argumento. Ao contrário da razão, reta, livre de engodos, e celebrada como o guia certo para um direito que construa, no Brasil, uma confiança que nunca tivemos em nossas famigeradas instituições<sup>148</sup>, é o afeto, na visão do ministro Ayres Britto, que dará o caminho para o pronunciamento da decisão, bem como para seu entendimento e acatamento. Citando Platão (sem amor, não há filosofia) e Scheler (o ser humano é, antes de pensante, um ser amante), é com base no amor e na afetividade que uma decisão como a que ele estava começando a construir poderia ser efetivada.

Ao discorrer, antropologicamente, inclusive, sobre as diferenciações sexuais entre o homem e a mulher, o ministro aponta que a Constituição Federal veda qualquer tratamento discriminatório em função do sexo, equiparando a discriminação imposta aos homoafetivos com aquelas sofridas por outros seguimentos sociais que também padecem do mesmo problema discriminatório, como os negros, os índios, as mulheres e os portadores de

---

<sup>148</sup> Para mais sobre esta discussão, ver ensaios em anexo.

deficiências. Segundo o ministro, o sexo é como a cor da pele e a posição geográfica de nascimento da pessoa, e não deve servir como critério discriminatório. Neste ponto, o recurso utilizado pelo ministro é a mobilização da compaixão, gerando, naqueles que discordam com a discriminação contra esses outros grupos, o mesmo sentimento em relação à discriminação homoafetiva. Ayres Britto funda seu argumento no reconhecimento da necessidade do estabelecimento de uma igualdade moral e civil, com vistas à aceitação de um “pluralismo sócio-político-cultural” (p. 8 do voto), fundamento mesmo de uma democracia material que “substancializa a respeitosa convivência dos contrários” (idem). Aqui, Ayres Britto lança mão de John Rawls e do princípio da diferença de Francesco Viola.

O ministro acusa o preconceito que nos caracteriza, funcionando como “trave no olho da razão e até do sentimento” (p. 9). Embora seja um empecilho para a “harmonia social” e para a “verdade objetiva das coisas”, o preconceito, que não é autorizado pela realidade, mas, antes, imposto a ela, é um elemento cultural largamente compartilhado. Nesse ponto, Britto defende uma postura empirista e afastada da abstração exacerbada. A verdade das coisas (e ela existe) não pode ser obscurecida, e o exemplo (estratégia retórica por excelência) é dado por Descartes, que refuta o argumento fundamentado, exclusivamente, na autoridade, em benefício da autoridade do argumento. Ainda como uma ode em defesa da verdade, o ministro recorre a uma citação de Fernando Pessoa.

Advogando que a preferência sexual não está atrelada a nenhum julgamento acerca da dignidade das pessoas, ou seja, que não se pode considerar alguém mais ou menos digno em função de sua orientação sexual, o ministro Britto aponta que a Constituição Federal brasileira silencia quanto ao uso empírico do aparelho sexual das pessoas. Assim, não há nenhuma obrigação, atribuída do ponto de vista constitucional, para que as pessoas se valham de seu aparelho sexual desta ou daquela maneira. Nesse ponto, Ayres Britto recorre a Kelsen e à ideia de norma geral negativa, manifestada no princípio de que o que não está juridicamente proibido está juridicamente permitido. Tal princípio encontra proteção constitucional no inciso II do art. 5º de nossa Carta Magna (p. 10 do voto). Proteger a pessoa humana, de acordo com o argumento que está sendo construído pelo ministro, é proteger sua

liberdade sexual, visto que esses elementos são indivisíveis: “o sexo das pessoas é um todo pró-indiviso, por alcançar o ser e o respectivo aparelho genital. Sem a menor possibilidade de dissociação entre o órgão e a pessoa natural em que sediado” (p. 12).

Seguindo seu voto, o ministro defende a liberdade dos indivíduos se tornarem aquilo que de fato são. A citação abaixo é uma defesa filosófica e inspirada acerca da liberdade de desenvolvimento da própria personalidade, a partir da autenticidade de se ser quem se é:

Um tipo de liberdade que é, em si e por si, um autêntico bem de personalidade. Um dado elementar da criatura humana em sua intrínseca dignidade de universo à parte. Algo já transposto ou catapultado para a inviolável esfera de autonomia de vontade do indivíduo, na medida em que sentido e praticado como elemento da compostura anímica e psicofísica (volta-se a dizer) do ser humano em busca de sua plenitude existencial. Que termina sendo uma busca de si mesmo, na luminosa trilha do “Torna-te quem és”, tão bem teoricamente explorada por Friedrich Nietzsche. Uma busca da irrepetível identidade individual que, transposta para o plano da aventura humana como um todo, levou Hegel a sentenciar que *a evolução do espírito do tempo se define como um caminhar na direção do aperfeiçoamento de si mesmo* (cito de memória). Afinal, a sexualidade, no seu notório transitar de prazer puramente físico para os colmos olímpicos da extasia amorosa, se põe como um *plus* ou superávit de vida. Não enquanto *minus* ou déficit existencial. Corresponde a um ganho, um bônus, um regalo da natureza, e não a uma subtração, um ônus, um peso ou estorvo, menos ainda a uma reprimenda dos deuses em estado de fúria ou de alucinada retaliação perante o gênero humano (p. 12-13 do voto, grifo, em itálico, do próprio autor).

Essa passagem é uma das mais inspiradas no voto de Ayres Britto. Dificilmente, se essa passagem fosse retirada do contexto do voto e apresentada a qualquer leitor, ela seria tratada como pertencente ao sistema

do direito. Mesmo a linguagem, embora rebuscada, não se enquadra no que tem sido criticado como uma espécie de hermetismo linguístico no âmbito do direito. Os argumentos, de sua parte, também não são meramente jurídicos. Embora a liberdade seja um direito fundamental, assegurado do ponto de vista constitucional, aqui ela é tratada sob um viés filosófico e antropológico. O ministro recorre a Nietzsche e a Hegel para estabelecer uma defesa da plenitude do ser humano a partir da busca de si mesmo, do aperfeiçoamento de si. A liberdade sexual é pensada como um bem inviolável da personalidade, e, como tal, pertencente ao âmbito da autonomia da vontade do indivíduo. É através dela que o indivíduo busca sua plenitude existencial, buscando tornar-se aquilo que é, num aperfeiçoamento de si, conforme Nietzsche e Hegel. E a sexualidade é uma parte dessa busca.

Toda a passagem citada é um dos argumentos centrais do ministro Ayres, e está, no texto oficial do voto, destacada em negrito. Os argumentos são organizados de forma a reforçar a defesa do ministro em torno da sexualidade como um elemento além da mera opção sexual, alçando-a ao cerne da liberdade. Além disso, a erudição do ministro, citando dois filósofos importantes para o pensamento ocidental, é reforçada por ele próprio, como forma de dar ênfase ao *ethos* de quem argumenta, ao citar uma passagem de Hegel e anotar que a citação foi feita de memória, ou seja, por quem conhece aquilo que está falando.

Diante disso, considerando a sexualidade como parte da personalidade do indivíduo, a discriminação com base nela só pode ser considerada como um “derramamento de bÍlis que só faz embarçar nossos neurônios”, refletindo uma “pequenez mental dos homens” (p. 13 do voto). Citando Jung, o ministro ataca diretamente um dos pilares da defesa contra a homossexualidade, qual seja, a consideração da homoafetividade como patologia: “a homossexualidade, porém, é entendida não como anomalia patológica, mas como identidade psíquica, e, portanto, como equilíbrio específico que o sujeito encontra no seu processo de individuação” (p. 13).

Ayres Britto chama a atenção para o fato de que, no terreno da sexualidade, estamos diante dos instintos e sentimentos, o que faz com que o direito deva ser cuidadoso para não regulamentar o que é “factual e axiologicamente irregulamentável” (p. 13). A sexualidade está abarcada pelo

princípio da dignidade da pessoa humana, um corolário jurídico que tem se tornado o respaldo da proteção de quase tudo no âmbito do direito. A preferência sexual passa a ser vista, diante disso, como uma forma de afirmação e elevação pessoal, gerando autoestima. Nesse momento, o voto do ministro segue um caminho em defesa da felicidade humana. Como entre os gregos antigos, a *eudaimonia* surge como fim último da vida, individual e coletiva. A autoestima aplaina “o mais abrangente caminho da felicidade” (p. 14): “afinal, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente” (idem).

A defesa da felicidade como justificativa para a assegução de um direito não se apresenta como um argumento jurídico em si. Se tomarmos a tradição do pensamento ocidental, em Hobbes, com a concepção do Estado protetor e defensor da segurança dos indivíduos, a felicidade não mais figura como um bem social a ser perseguido coletivamente, visto que transferida para a esfera individual. No entanto, é justamente sobre a felicidade que o voto do ministro Ayres Britto se constrói. A proteção da felicidade, em si, não encontra especificação no ordenamento jurídico brasileiro, fato que leva o ministro a se valer do exemplo da primeira declaração norte-americana de direitos humanos.

A sequência do argumento é uma defesa da afetividade diante da biologicidade. Daí a utilização do termo homoafetivo, e não mais homossexual, visto que o primeiro repousa sua definição justamente sobre o aspecto afetivo, e não biológico, da sexualidade.

(...) o século XX já se marca pela preponderância da afetividade sobre a biologicidade. Do afeto sobre o biológico, este último como realidade tão-somente mecânica ou automática, porque independente da vontade daquele que é posto no mundo como consequência da fecundação de um individualizado óvulo por um também individualizado espermatozoide (p. 14)

Mais uma vez, o tema da vontade é explicitado. A proteção da vontade individual, como recurso à realização de si, conforme lição nietzscheana,

considerada inspiradora por Ayres Britto. A sexualidade, biologicamente, é um dado. Do ponto de vista afetivo, é um aspecto volitivo. A afetividade prevalece sobre o biológico e a proteção do direito recai, justamente, sobre o afeto.

Até aqui, o argumento de Ayres Britto se relacionou com elementos filosóficos e antropológicos, essencialmente. Na sequência, ele lança mão de uma justificativa jurídica, apontando que a preferência sexual faz parte da “autonomia de vontade das pessoas naturais, constituindo-se em direito subjetivo ou situação jurídica ativa” (p. 14-15). Ela é equiparada às clássicas liberdades individuais, como a liberdade intelectual, de locomoção, etc. Ayres Britto se concentra no silêncio constitucional em relação ao tema, implicando um “livre uso da sexualidade nos escaninhos jurídico-fundamentais da intimidade e da privacidade das pessoas naturais” (p. 15). De acordo com o ministro, não há nada mais privado e mais íntimo para os indivíduos do que sua própria sexualidade e a Constituição Federal nada afirma sobre a disposição, por parte dos indivíduos, de utilização da mesma. O que não é proibido, é permitido. As normas que garantem a proteção de direitos fundamentais, como a intimidade e a privacidade são de aplicação imediata. Portanto, a vontade dos indivíduos em relação à sua sexualidade deve ser garantida e preservada.

Entre as páginas 16 e 19 de seu voto, Ayres Britto faz uma síntese de seus argumentos até então. A síntese dos argumentos é um instrumento retórico poderoso, principalmente quando se discursa, ou se argumenta, sobre temas espinhosos, exigindo o manuseio de grande quantidade de ideias. Isso faz com que os interlocutores relembrem os argumentos que foram mobilizados até então, o que concede a quem argumenta, também, a autoridade de quem domina o tema que está em discussão, aproximando os argumentos que, até então, estavam separados no texto ou no discurso.

No entanto, nessa síntese, apesar do que o voto do ministro mostrou até então, a concentração de Ayres Britto é nos elementos jurídico-constitucionais da decisão que está construindo. Ele segue a linha argumentativa que construiu até esse momento do voto, mas despindo-a dos argumentos filosóficos e antropológicos que lhe deram sustentação. Nesse momento de rememoração, apenas os argumentos jurídicos se fazem presentes. Isso pode ser pensado como uma estratégia do ministro para reforçar que a decisão se debruça apenas sobre o direito, sobre os elementos jurídicos que envolvem o

conflito em questão, evitando que qualquer dúvida sobre a legitimidade e imparcialidade do voto seja levantada.

Ayres Britto aponta para o fato de que a proteção jurídico-constitucional em torno da família tem como foco o ambiente familiar em si, e não distinções entre a homoafetividade e a heteroafetividade. Quando diferencia homens e mulheres, a Constituição não o faz em função de suas orientações sexuais. O ministro realiza, então, uma defesa da família que extrapola o direito, e a reconhece como estrutura social fundamental. A definição não é jurídica e esse é o núcleo do argumento do ministro:

Deveras, mais que um singelo instituto de Direito em sentido objetivo, a família é uma complexa instituição social em sentido subjetivo. Logo, um aparelho, uma entidade, um organismo, uma estrutura das mais permanentes relações intersubjetivas, um aparato de poder, enfim. Poder doméstico, por evidente, mas no sentido de centro subjetivado da mais próxima, íntima, natural, imediata, carinhosa, confiável e prolongada forma de agregação humana. Tão insimilar a qualquer outra forma de agrupamento humano quanto a pessoa natural perante outra, na sua elementar função de primeiro e insubstituível elo entre o indivíduo e a sociedade. Ambiente primaz, acresça-se, de uma convivência empiricamente instaurada por iniciativa das pessoas que se veem tomadas da mais qualificada das empatias, porque envolta numa atmosfera de afetividade, aconchego habitacional, concreta admiração ético-espiritual e propósito de felicidade tão emparceiramente experimentada quanto distendida no tempo e à vista de todos (p. 21-22).

E a defesa do ministro quanto à família não para por aí. De acordo com seu argumento, a família é “vocacionalmente amorosa e protetora” (p. 22), “espaço das relações humanas mais duradouras”, base, enfim, da sociedade, que também se deseja assim, afetuosa, estável, “espiritualmente estruturada” (idem). É na família que as virtudes subjetivas são desenvolvidas, e, aqui, a referência de Ayres Britto é de caráter religioso, tendo em vistas as virtudes cristãs (ou melhor, as do próprio Cristo): a tolerância, o sacrifício e a renúncia.



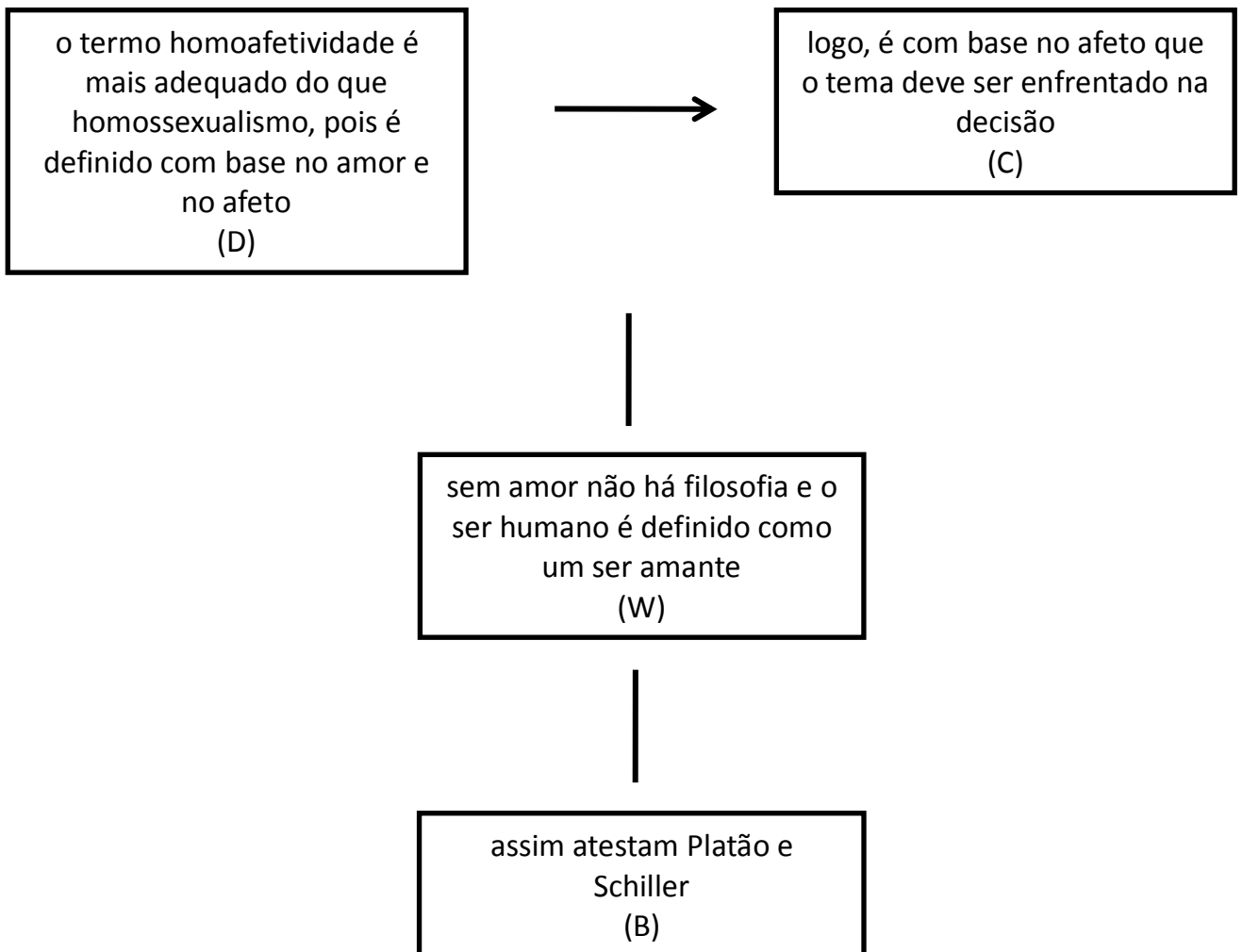
A família, enfim, é o núcleo da compreensão, por isso a referência do ministro à Espinosa: “nas coisas ditas humanas, não há o que crucificar, ou ridicularizar. Há só o que compreender” (p. 23).

De acordo com Ayres Britto, é nesses termos, de cunho social e cultural, que o art. 226 da Constituição Federal deve ser entendido, dispositivo que assegura a família como base da sociedade. O reconhecimento da proteção da família, nesse sentido social do termo, não passa, portanto, pela determinação da família como, necessariamente, heterossexual. Essa restrição não se coaduna com o conceito social de família, e não foi com base em tal restrição que a Constituição protegeu essa entidade. O entendimento do que seja família não vem do direito, mas do próprio mundo, e, socialmente, o conceito de família, como apontam a sociologia e a antropologia, não pode ser entendido de modo restritivo e reducionista. É sobre esse conceito não-reducionista de família que Ayres Britto construiu seu voto.

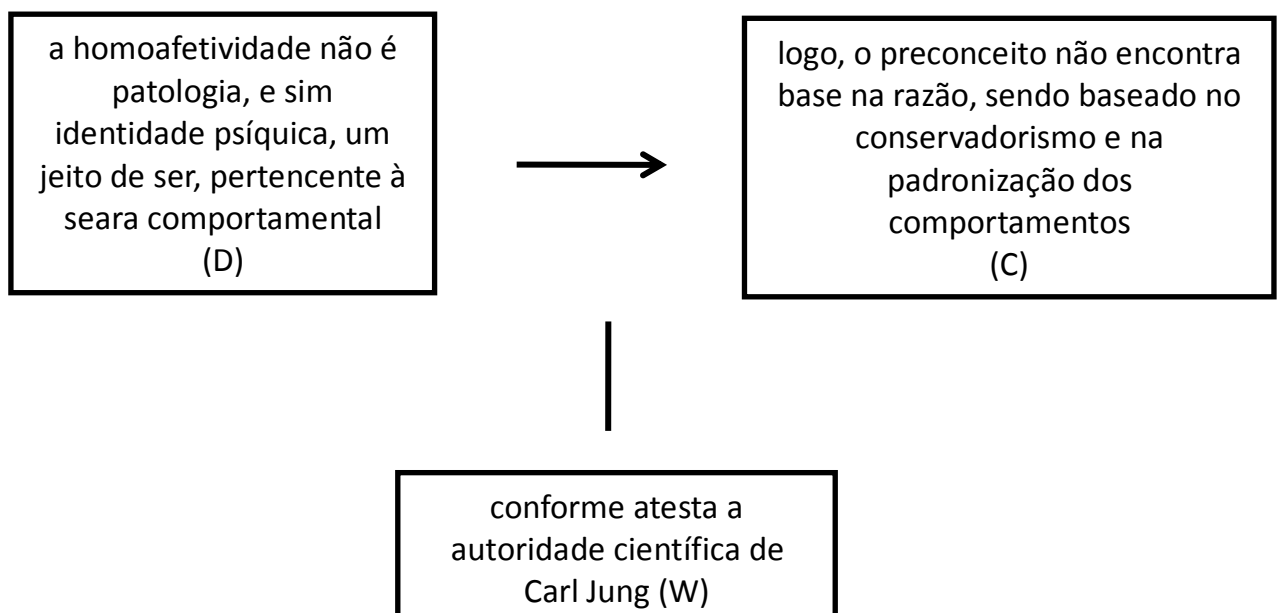
Caso seja entendido de forma diferente, em sua versão reducionista, por exemplo, o conceito de família pode levar a uma previsão homofóbica da própria Constituição, algo que Ayres Britto rejeita, concedendo apenas parcialmente uma liberdade aos homoafetivos. Citando Chico Xavier, Ayres Britto aponta que a Constituição não garante uma liberdade “mais ou menos”, assim como não prevê a existência de uma família “mais ou menos”.

Baseado em uma concepção ampla de família, rechaçando um sentido jurídico restritivo do termo, o ministro Ayres Britto votou no sentido de dar interpretação conforme a Constituição ao artigo 1723 do Código Civil, reconhecendo a proteção jurídica à união homoafetiva no Brasil. A seguir, a organização dos argumentos do ministro em seu voto.

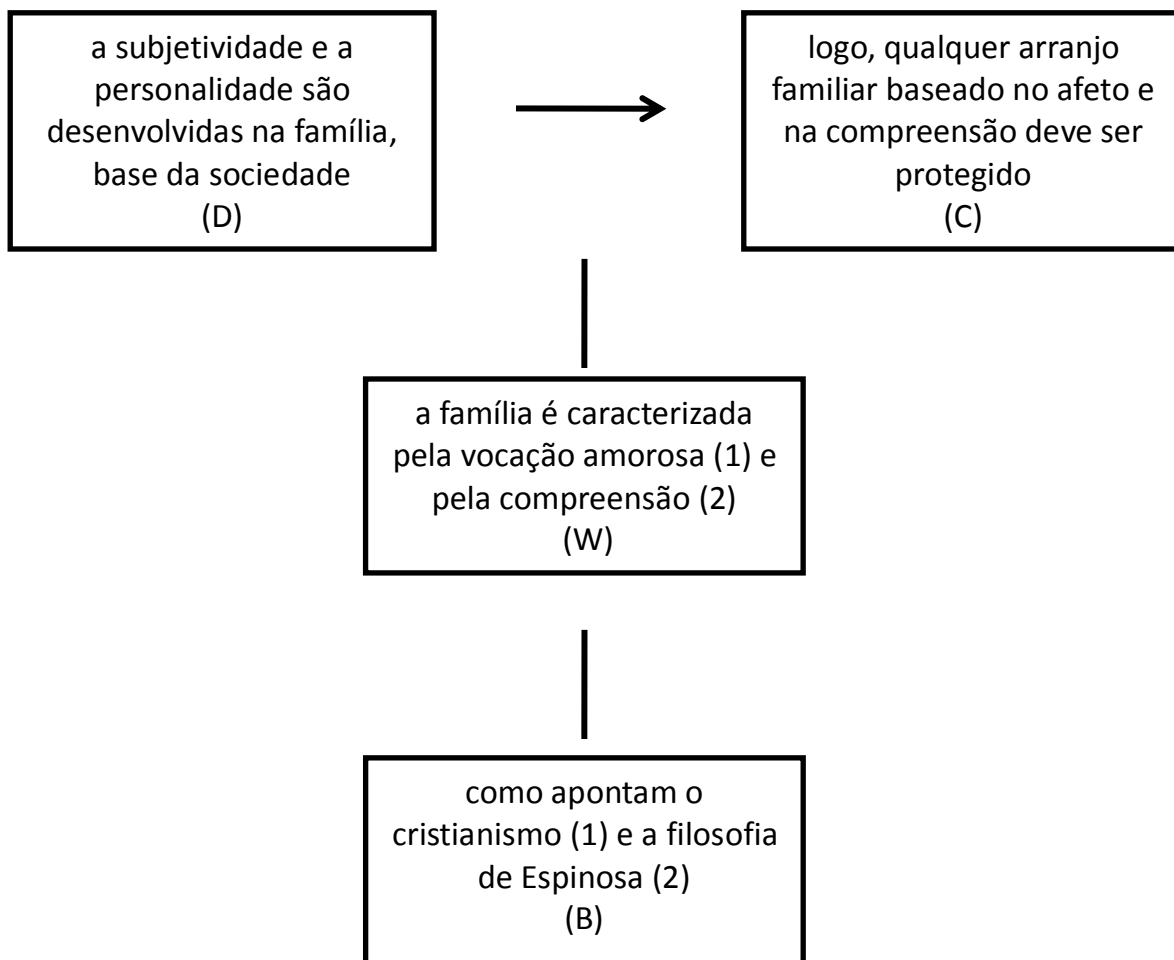
Argumento acerca de se enfrentar o tema da união com base no afeto e no amor:



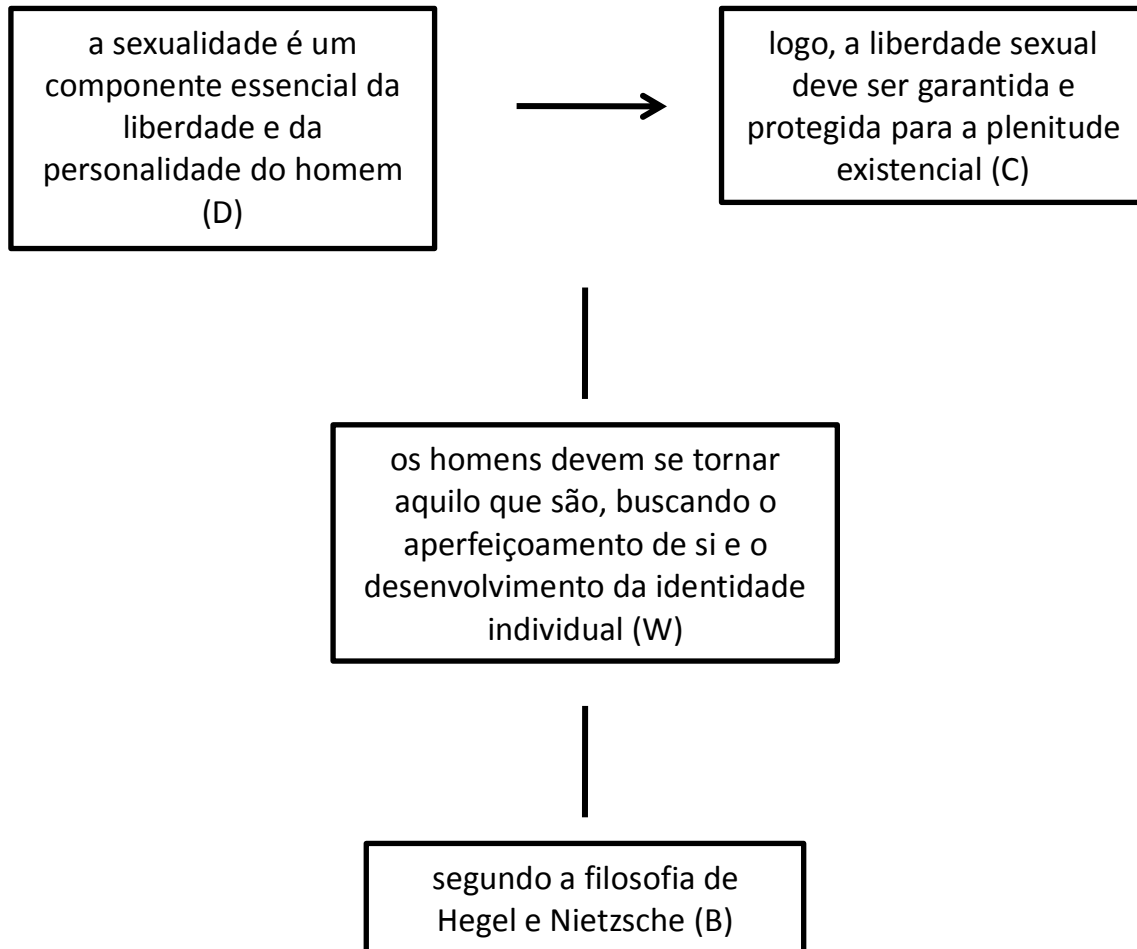
Argumento acerca da irracionalidade da discriminação de cunho sexual e afetivo:



Argumento quanto à proteção de qualquer arranjo familiar baseado na compreensão e no afeto:



Argumento sobre a busca do aperfeiçoamento de si através da liberdade sexual:



É interessante notar como a argumentação de Ayres Britto, no caso da união homoafetiva, se concentra, eminentemente, em argumentos de natureza filosófica e afetiva. É lançando mão de Platão, Schiller, Hegel, Nietzsche, Espinosa, Jung e da filosofia cristã que o ministro estruturará sua decisão, a favor do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo e dos efeitos jurídicos e sociais decorrentes desse reconhecimento. Os argumentos jurídicos também se fazem presentes, mas, se fossem suficientes para o convencimento, certamente, o ministro teria se valido apenas deles. Contudo, tendo em vista que a decisão judicial é formada a partir de um processo de convencimento de si próprio, dos pares e da sociedade como um todo (estamos diante de um caso de enorme repercussão social), o recurso a argumentos externos ao direito é que permitirá que a decisão se construa da forma como foi feita por Ayres Britto.

### 7.1.2. A sociologia, a antropologia e a filosofia política como as fontes dos argumentos do voto do ministro Luiz Fux

O ministro Luiz Fux começa seu voto por justificar, exaustivamente, a adequação da temática para o recebimento da ação no seio do Supremo Tribunal Federal. Depois de apontada a pertinência, discussão processual, Fux passa a analisar o mérito da ação, deixando claro, desde o início, que seu voto será a favor do pedido dos autores, ou seja, do reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares, estendendo a elas todos os direitos e deveres relacionados à união estável entre heterossexuais.

Luiz Fux começa por afirmar que é necessário reconhecer cinco premissas fundamentais sobre a homossexualidade, sobre as quais seu voto será construído. Das cinco, quatro delas não têm origem no direito, mas fora dele. A primeira premissa diz respeito ao reconhecimento de a homossexualidade ser um fato da vida (p. 8), conforme demonstração feita na corte, por parte dos *amici curiae*<sup>149</sup>. Ela existe, independente de qualquer coisa. Pessoas de mesmo sexo estabelecem relações afetivas entre si, realizam projetos de vida conjuntos, e mantêm um convívio duradouro.

A segunda premissa estabelece que a homossexualidade é uma orientação, não um opção. Colocar em termos de opção pressuporia uma escolha, o que não ocorre. Trata-se de uma característica da personalidade, não de uma doença, desvio ou distúrbio mental. Esse entendimento, segundo Fux, é corrente na “comunidade científica” (p. 8) (que, no voto, ele não especifica) e foi aventado pelos *amici curiae*. Sendo assim, as pessoas não escolheriam, como opção, viver de acordo com um comportamento sexual e afetivo que é alvo de preconceitos e violências na sociedade. A terceira premissa aparece como um desdobramento da anterior, reconhecendo que a homossexualidade não é uma opção ideológica ou uma crença, conforme entendimento da antropologia, da sociologia e da psicologia.

---

<sup>149</sup> Como partes interessadas no processo: ABGLT (Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros), Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), Associação Eduardo Banks, Conectas Direitos Humanos, Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB).

A quarta premissa é de cunho sociológico e empírico, reconhecendo que, na prática da vida social, os homossexuais estabelecem “entre si relações contínuas e duradouras de afeto e assistência recíprocos, com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida” (p. 9). Com base em dados do Censo 2010 do IBGE, o ministro afirma que mais de 60.000 uniões homoafetivas foram declaradas no Brasil, o que nos permite imaginar que o número, de fato, é bem maior, tendo em vista o receio de muitos casais em tornar pública sua união. Segundo Fux, isso “simplesmente ocorre, como sempre ocorreu” (p. 9).

A quinta e última premissa “não é fática, mas jurídica”, visto que o ordenamento brasileiro não prevê nenhum tipo de vedação às uniões homoafetivas, não decorrendo delas nenhuma ilegalidade ou inconstitucionalidade. Diante dessas cinco premissas, a questão, para Luiz Fux, não é se a união homoafetiva tem proteção constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, mas sim qual é o tratamento que será dispensado a ela.

Depois de reconhecer a repercussão que um processo como esse tem para o cenário social brasileiro, afirmando o papel histórico da Suprema Corte em julgá-lo, o ministro passa para um dos argumentos centrais de seu voto. De acordo com ele, os conceitos de família e reconhecimento desempenham papéis cruciais para que uma decisão sobre a legitimidade jurídica das uniões homoafetivas seja proferida. A definição desses dois conceitos não será dada, na forma como o ministro constrói seu argumento, pelo direito.

Fux começa por registrar as mudanças no tratamento do direito em relação à família, principalmente a partir da Constituição Federal de 1988. A família é encarada como ambiente de desenvolvimento dos direitos fundamentais e da garantia da livre e autônoma existência de seus membros, mas não mais a partir de um aspecto eminentemente patrimonial e materialista. Além disso, a proteção à família não se restringe ao modelo biparental. Se é assim, não pode se restringir às orientações sexuais de seus membros.

Partindo do reconhecimento dessas mudanças, Fux definirá a família tendo como base uma tríade de componentes: o amor, a comunhão e a identidade. O amor é entendido não como “a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro **amor familiar**, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo” (grifo, em negrito, do ministro, p. 12-13). A comunhão é “a existência de um projeto coletivo,

permanente e duradouro de vida em comum” (p. 13). E a identidade se relaciona com a “certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade” (p. 13). A definição de família<sup>150</sup>, conforme própria expressão de Fux, é ontológica<sup>151</sup>, e se vale de conceitos que não pertencem ao direito, não estando previstos no ordenamento enquanto tais. É com base em argumentos sociológicos e antropológicos que o ministro definirá a família.

Com base nesse conceito de família que construiu (assim como o fez o ministro Ayres Britto em seu voto), Fux assevera que, do ponto de vista ontológico, não há diferença, presentes os três elementos constituintes, entre uniões heteroafetivas, que gozam da proteção jurídica por parte do Estado brasileiro, e as uniões homoafetivas, que, até o momento da decisão, não gozavam de tal proteção. O raciocínio do ministro segue da seguinte forma: se não há diferenças ontológicas entre essas entidades familiares, não deve haver, por seu turno, diferenças jurídicas em termos de reconhecimento. Ambas as formas de união são entidades familiares e se encaixam no conceito de família. Tratá-las de forma diferente é uma quebra da igualdade, do tratamento isonômico, algo que não pode ser tolerado pelo ordenamento jurídico. A homossexualidade pertence à autonomia privada dos indivíduos e, como tal, não pode dar ensejo a tratamentos não pautados pela isonomia. Nesse ponto, Fux recorre a Kant (p. 15).

No entanto, para o ministro, não basta reconhecer, através do conceito de família, a necessária isonomia protetiva para as uniões homoafetivas em relação à união estável heterossexual. É preciso que se lance mão da ideia de

---

<sup>150</sup> Segue a passagem completa, em que o ministro aborda a comunhão e a identidade, depois de se referir ao amor familiar: “O que faz uma família é a **comunhão**, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a **identidade**, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional” (p. 13 do voto).

<sup>151</sup> “O que, então, caracteriza, **do ponto de vista ontológico**, uma **família**? Certamente não são os laços sanguíneos, pois os cônjuges ou companheiros não os têm entre si e, mesmo sem filhos, podem ser uma família; entre pais e filhos adotivos também não os haverá. De igual modo, a coabitação não será necessariamente um requisito – uma família se desintegra se, por exemplo, um filho vai estudar no exterior? É claro que não. O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro **amor familiar**, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo” (p. 12-13 do voto).

reconhecimento<sup>152</sup>, que Fux vai encontrar em Nancy Fraser. A partir da concepção de política de reconhecimento da filósofa feminista norte-americana, o ministro busca criticar a ideia de que basta a igualdade formal para que minorias sociais, como os homossexuais, tenham uma proteção efetiva. Isso, por sua vez, leva à concepção de que o silêncio legal, por exemplo, seria suficiente para assegurar um tratamento justo e igualitário na prática. Faltaria, no entanto, a igualdade material, elemento fundamental para uma teoria da justiça:

Um tão-só argumento de igualdade poderia gerar a falsa conclusão de que a mera ausência de vedações legais seria suficiente para assegurar o tratamento justo e materialmente igualitário. No entanto, a igualdade material não se realiza, pois aos homossexuais não vem sendo concedida a possibilidade de concretizar o projeto de vida familiar que se coaduna com um elemento fundamental de sua personalidade. O silêncio normativo catalisa a clandestinidade das relações homoafetivas, na aparente ignorância de sua existência; a ausência de acolhida normativa, na verdade, significa rejeição. Enquanto isso, sem a proteção do direito, resta ao homossexual estabelecer, no máximo, famílias de conveniência, de fachada, ou renunciar a componente tão fundamental de uma vida (p. 18 do voto).

Para Fux, é imperativo aplicar a política de reconhecimento de Fraser à questão da união homoafetiva, admitindo a diferença de maneira não meramente formal. O reconhecimento gera previsibilidade em relação às garantias e aos direitos, fazendo com que um sentimento de segurança seja

---

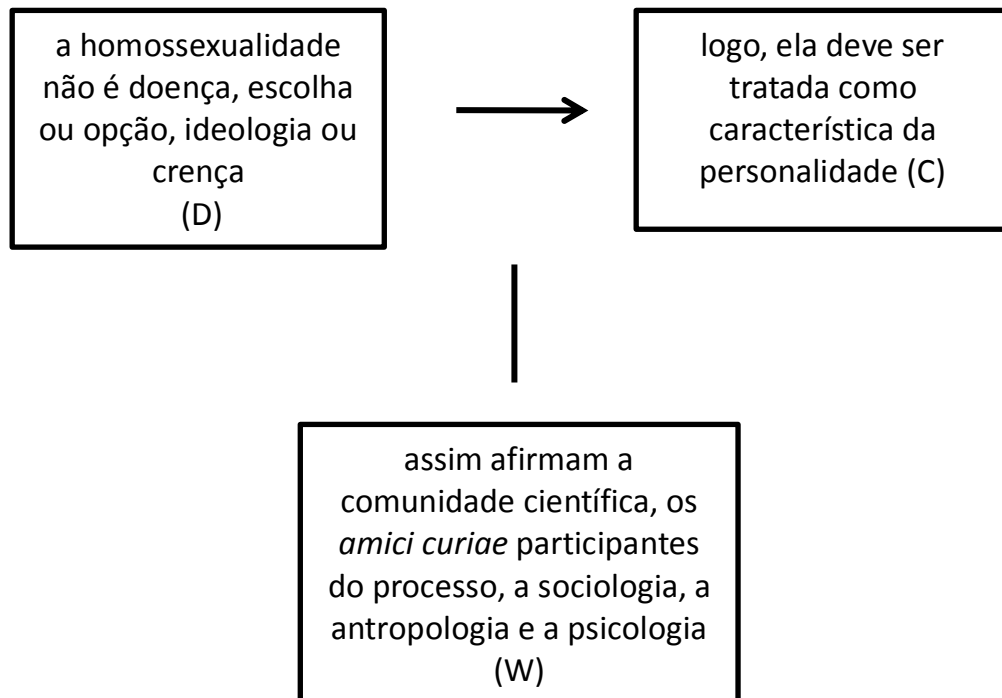
<sup>152</sup> “A aplicação da *política de reconhecimento* dos direitos dos parceiros homoafetivos é imperiosa, por **admitir a diferença entre os indivíduos e trazer para a luz relações pessoais básicas de um segmento da sociedade que vive parte importantíssima de sua vida na sombra**. Ao invés de forçar os homossexuais a viver de modo incompatível com sua personalidade, há que se acolher a **existência ordinária de orientações sexuais diversas** e acolher uma **pretensão legítima** de que suas relações familiares mereçam o tratamento que o ordenamento jurídico confere aos atos da vida civil praticados de boa-fé, voluntariamente e sem qualquer potencial de causar dano às partes envolvidas ou a terceiros” (p.18-19 do voto, grifos do ministro, em negrito).



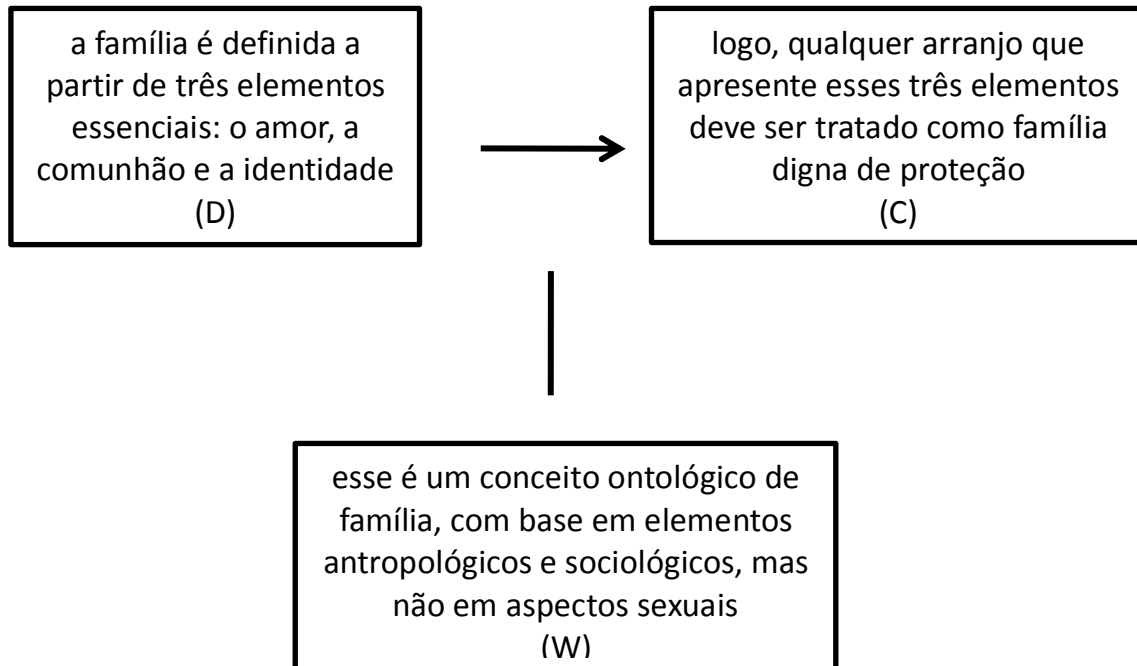
experimentado. Não só o sentimento de segurança, mas a percepção objetiva da segurança jurídica.

O ministro encerra seu voto apontando que a decisão (histórica) do STF sobre o assunto não é o ponto de partida dessa discussão, mas um ponto de convergência resultante de outros fatores que já vinham tendo lugar na sociedade brasileira. A estrutura argumentativa do voto de Luiz Fux pode ser organizada da seguinte maneira.

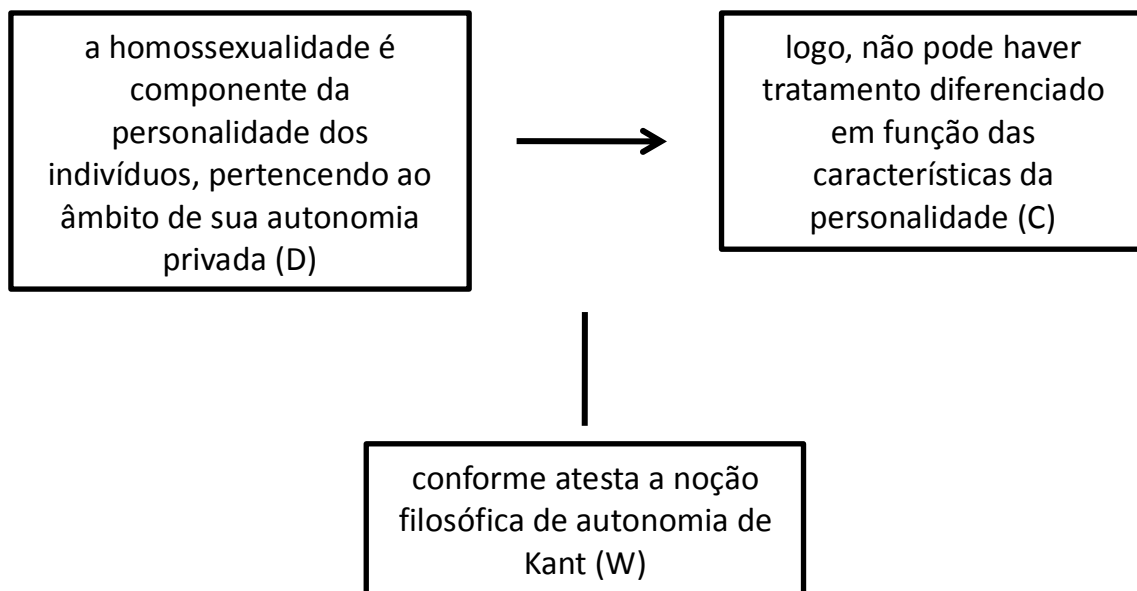
Argumento acerca da homossexualidade como fato da vida (argumento semelhante ao mobilizado por Ayres Britto sobre o caso):



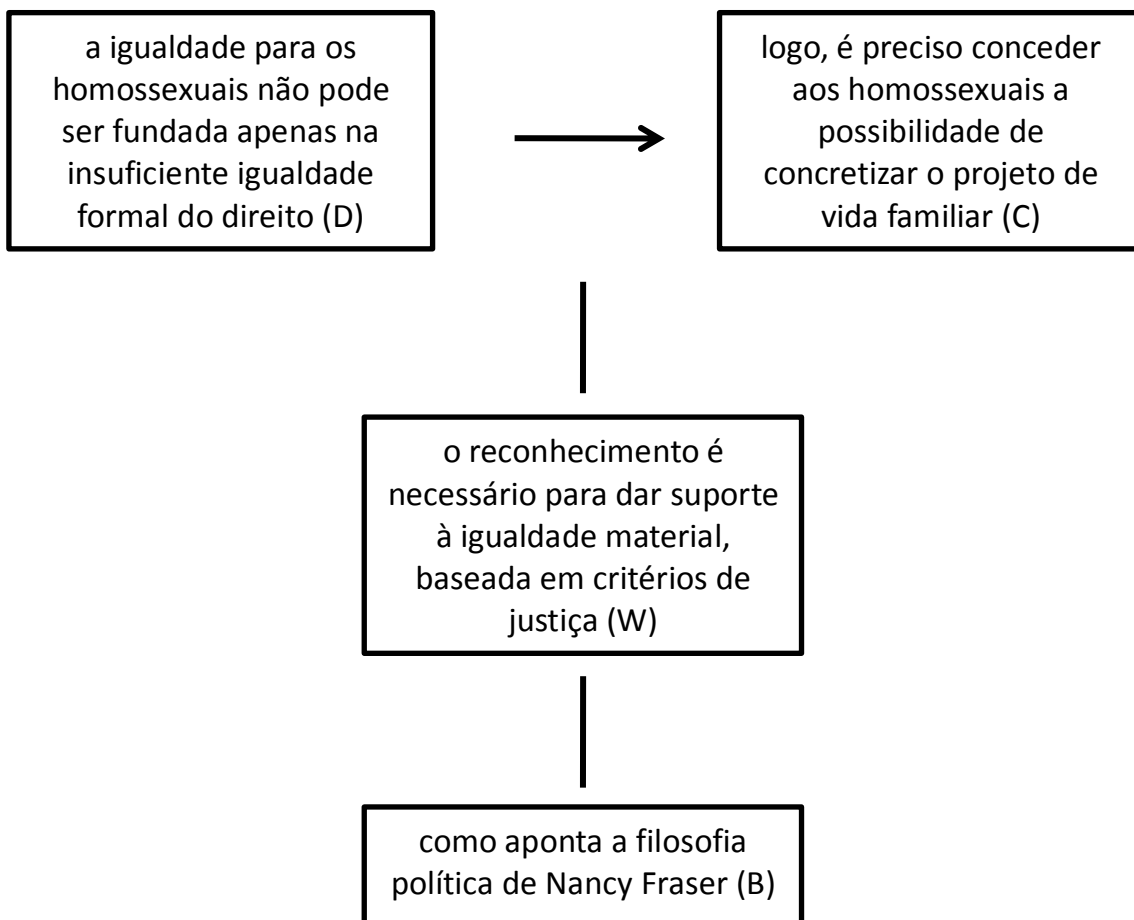
Argumento acerca da definição ontológica de família:



Argumento que rejeita o tratamento desigual com base na autonomia privada dos indivíduos:



Argumento acerca da necessidade do reconhecimento como critério de igualdade material:



Da antropologia, da sociologia e da psicologia, representadas no processo através da autoridade científica dos *amici curiae*, vem o argumento de que a homossexualidade não é doença, mas sim um traço componente da personalidade, pertencendo, desta forma, à autonomia privada dos indivíduos, cujo reforço é buscado na filosofia kantiana. Da antropologia e da sociologia, novamente, Fux recolhe os elementos que, segundo ele, definem família, afastando a defesa de um tipo de família específico, que excluiria o arranjo oferecido pela união homoafetiva. Da filosofia política, a defesa de uma igualdade que não se funde somente na igualdade formal do direito, mas sim em critérios de justiça, que permitam a efetivação de uma igualdade material. Mais uma vez, os argumentos jurídicos também se fazem presentes no voto. Contudo, é justamente em elementos externos ao direito que o núcleo da

argumentação poderá ser encontrado, estabelecendo a ligação, através da retórica, entre o direito e outros ambientes sociais.

## **7.2. A interpretação de que o aborto de anencéfalos não constitui prática criminosa**

Trata-se de uma ADPF, de nº 54, do Distrito Federal, impetrada perante o Supremo Tribunal Federal, em nome da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS, requerendo que a corte autorizasse, em todo o território nacional, a prática do aborto em casos de nascituros portadores de anencefalia, em qualquer idade gestacional. A ADPF 54 buscava conferir interpretação conforme à Constituição Federal aos artigos<sup>153</sup> 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal, de modo a pronunciar a inconstitucionalidade da incidência dos tipos penais incriminadores descritos à hipótese que denomina como “antecipação terapêutica do parto em caso de feto anencefálico”, apontando como preceitos constitucionais afrontados os artigos 1º, IV, 5º, II, 6º, *caput*, e 196 da Carta Magna.

Como o STF não tem autoridade para derrogar leis, o pedido da ação era para que o Supremo interpretasse que a antecipação do parto de uma gestação de feto anencefálico não fosse considerada como prática abortiva. Os argumentos contrários a essa interpretação, que se levantaram em todo o Brasil, inclusive entre muitos juristas, se baseavam no receio de que a decisão do STF, caso fosse, como foi, favorável ao pedido dos autores, findasse por abrir precedente para a completa legalização do aborto no país.

Como veremos a seguir, através dos votos dos ministros Luiz Fux e Marco Aurélio, a polêmica do tema, que ambos reconhecem, faz com que os juízes da corte tenham que justificar seus votos perante a sociedade como um todo, e não somente diante de seus pares. Eles encontrarão argumentos no

---

<sup>153</sup> Seguem os artigos: **Art. 124.** Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque. Pena – detenção, de um a três anos. (...) **Art. 126.** Provocar aborto com o consentimento da gestante. Pena – reclusão de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. (...) **Art. 128.** Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

próprio direito para chegarem a uma decisão, mas seus argumentos centrais, com maior força e peso persuasivo, serão angariados fora do direito.

### **7.2.1. Compaixão, ciência e soberania popular como as linhas mestras da argumentação do ministro Luiz Fux**

O voto do ministro Fux se inicia com um apelo à compaixão dos interlocutores. O tema, o aborto, ainda eivado de uma série de polêmicas entre nós, é tratado, imediatamente, no voto, a partir de sua dimensão social e passional. O apelo é à compreensão:

Primavera de 1980. Jovens casais aguardam na fila do Hospital São José, Rio de Janeiro, o momento sublime do parto. Ali, sonhos se multiplicam na imaginação das mulheres que estão prestes a dar à luz. A figura do filho amado crescendo, se desenvolvendo e preenchendo a vida daqueles que o esperam é o que certamente ocorre àquelas gestantes. Em contraste, chamava a atenção de todos uma jovem moça, que também aguardava na mesma fila, em copioso pranto, juntamente com o seu marido. A comoção se justificava: no lugar de sonhos cultivados, esta gestante assistiu durante nove meses ao funeral de seu filho. O pequeno caixão branco por ela encomendado era o símbolo de um ritual tão triste quanto severo com uma mulher que, em verdade, jamais conseguirá ser mãe do filho que gestava (p. 1 do voto).

A leitura desse trecho, a partir de uma visão mais estrita do direito, e mesmo da decisão judicial, dificilmente levaria à identificação de um voto proferido no âmbito jurídico. O clamor do voto, o exemplo que recorre à compaixão do interlocutor, a exposição do sofrimento da mulher em uma situação tão difícil. O ministro Fux constrói uma imagem emotiva para tratar o aborto. Ao falar do “momento sublime do parto”, à expectativa de pais felizes e ansiosos pelo nascimento do filho é contraposta a imagem da perda, da ruptura dos “sonhos cultivados”. O voto do ministro começa justamente por expor o direcionamento que seus argumentos irão tomar ao longo de sua justificativa e

já indica que Fux votará a favor da ADPF, no sentido de descriminalizar o aborto de anencéfalos.

A figura da mãe que sofre pela perda do filho será uma imagem continuamente revivida pelo ministro ao longo de seu voto. A compaixão que esse argumento desperta é nítida. Ao tratar da figura materna, pelo âmbito do sofrimento, o ministro pretende estabelecer uma ligação direta entre o sentimento de seus interlocutores e o argumento que estabelecerá a seguir. A ideia é reforçar a imagem de sofrimento da mãe, rechaçando a imagem de criminosa. Esse primeiro argumento, tão caro à sequência argumentativa apresentada por Fux, não é um argumento jurídico. Ele apela a um sentimento antropologicamente compartilhado em nossa sociedade, qual seja, o apelo do sofrimento de uma mãe.

Aliás, o apelo ao *pathos* permanece durante todo o voto, como em passagens: “Deste modo, insta ressaltar a *via crucis* pela qual passa uma mulher que carrega em seu ventre um filho já fadado a não resistir à doença que lhe acomete” (p. 4). Nesse ponto, a mulher, a mãe sofredora, tem seu sofrimento comparado ao de Jesus Cristo. A comparação não é gratuita, e possui uma grande força argumentativa no contexto em que foi usada. Uma das principais críticas ao aborto anencefálico, e a todo e qualquer tipo de aborto, é tecida pela Igreja Católica, que rejeita a prática abortiva se apoiando em uma defesa do direito à vida (a Igreja já havia se manifestado, no mesmo sentido, na discussão que girou em torno da legalidade da pesquisa com células-tronco embrionárias no Brasil, REZENDE, 2010).

Os casos de gravidez anencefálica são recorrentes na realidade brasileira, conforme afirma o ministro. Sendo o Brasil um dos países que mais registra casos de fetos anencefálicos, o judiciário deve atuar. No entanto, conforme assinala Fux, dentro de limites. O ministro reconhece a importância do tema como uma consequência do crescente pluralismo de nossa sociedade, mas aponta que, por versar sobre questões morais, em essência, o judiciário deve enfrentá-lo com “passividade virtuosa” (p. 4), evitando legislar sobre matéria tão complexa, e fazendo a intervenção somente quando estritamente necessária, sem extrapolar seus poderes. Trata-se de uma postura minimalista, que se faz ainda mais nítida (e necessária, na visão de Fux) quando os temas a serem enfrentados pela decisão são demasiadamente complexos

(complexidade entendida como a ausência de informações suficientes, a mudança das circunstâncias que regem o caso e a incerteza moral).

O argumento, nesse ponto, segue a linha de uma defesa da separação entre o direito e a moral, delimitando a atuação do judiciário a intervenções mínimas, ou, nas palavras do ministro, passivamente virtuosas, para evitar consequências desastrosas para o judiciário e para a própria sociedade. Essa separação, aqui defendida, será, mais à frente, negada, exigindo que ao direito seja dada uma interpretação moral, principalmente quando se está diante dos casos difíceis, como é o caso da descriminalização do aborto de anencéfalos: “Destarte, diante desses denominados ‘hard cases’, quando em jogo bens jurídicos humanos de inegável eminência, impõe-se uma leitura moral da Constituição, tal como propugnada por Ronald Dworkin” (p. 14).

Pela polêmica e complexidade que o caso apresenta, o ministro Fux quase não recorrerá ao direito em toda sua exposição argumentativa, a não ser nos momentos em que lança mão do princípio da proporcionalidade e do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>154</sup>, lugares comuns para a sustentação de tese no direito. Contudo, é recorrendo a Paul Ricouer que o ministro reforça o vínculo da proteção ao feto anencefálico e à dignidade da pessoa humana, princípio caro ao direito, mas de origem filosófica e antropológica. No entanto, o que salta aos olhos é a utilização constante de argumentos oriundos de outras áreas do conhecimento, em especial, da biologia e da medicina. Esses são os verdadeiros fundamentos do voto que o ministro Fux construiu.

O ministro reconhece a necessidade de recorrer à bioética para o enfrentamento da questão. A anencefalia é definida se recorrendo à neurologia e a exposição do conceito no corpo do voto exerce um forte efeito para o interlocutor. A anencefalia<sup>155</sup> é retratada a partir de sua definição

---

<sup>154</sup> Sobre um possível estudo da utilização desses argumentos pelo direito, ver Anexo.

<sup>155</sup> A anencefalia é definida como “um defeito na fechadura do tubo neural durante o desenvolvimento fetal. O tubo neural é um estreito canal que se forma e fecha entre a 3ª e 4ª semanas de gravidez para formar o cérebro e a medula do embrião. A anencefalia ocorre quando o tubo neural falha ao se formar, resultando na ausência de grande parte do cérebro, crânio e couro cabeludo. Crianças com esta disfunção nascem sem a porção anterior do cérebro, sem a área responsável pelo pensamento e pela coordenação. A parte remanescente do cérebro é frequentemente exposta – não coberta por ossos ou pele. Um bebê anencéfalo é geralmente cego, surdo, inconsciente, e incapaz de sentir dor. Apesar de alguns indivíduos com anencefalia poderem vir a nascer com um tronco cerebral rudimentar, a falta de um *cerebrum* em funcionamento permanente descarta a possibilidade de qualquer ganho de

neurobiológica, como um problema no desenvolvimento do tubo neural, mas, principalmente, a partir de suas consequências para o feto. Mais uma vez, o apelo é à compaixão do interlocutor. A descrição do anencéfalo elimina quase todas as características que o tornam humano, na medida em que nossas principais singularidades não se encontram presentes. Além de cego e surdo, o anencéfalo, e esse é o ponto crucial da exposição do conceito, por parte do ministro Fux, é inconsciente e incapaz de sentir dor. Assim, atingindo o que define o homem, tanto para o racionalismo como para o romantismo, o argumento do ministro segue o sentido de descaracterizar a humanidade do feto anencefálico. Esse posicionamento faz com que a visão do aborto perca força, e o ato de abortar despenaliza a mãe, visto que tomado em função de um sofrimento materno que não encontra vítimas. Afinal, crime contra quem? Ao se descartar a chance, por parte do recém-nascido, de qualquer ganho de consciência, a figura do humano é retirada de cena (pelo menos, essa é a tentativa).

Autores como Duworkin e Habermas se debruçaram sobre o tema do aborto, posicionando a discussão em torno de dois polos: aqueles que se posicionam a favor da vida e aqueles que se posicionam a favor da escolha. Além de posições ideológicas, esses polos representam, acima de tudo, trajetórias argumentativas. No Brasil, no caso em questão, podemos posicionar os principais envolvidos com o tema nesses dois polos. A favor da descriminalização do aborto anencefálico, os argumentos, na maioria dos casos, se construirão em torno da escolha da gestante, em defesa de sua possibilidade e capacidade decisória. Por outro lado, no polo da defesa da manutenção da prática abortiva como crime, os argumentos serão erguidos com base na proteção do direito à vida. A proposta de Fux, segundo o próprio, é um posicionamento de mediação entre esses dois extremos, reconhecendo o direito de escolha sem negar a proteção ao direito à vida.

Como forma de dar suporte ao sofrimento da figura materna, o ministro Fux recorre, incessantemente, a argumentos médicos e biológicos, e à força da

---

consciência. Ações reflexas, como a respiração, respostas a sons ou tato podem ocorrer. (...) O prognóstico para bebês que nascem com anencefalia é extremamente ruim. Se o infante não é natimorto, geralmente vem a falecer em algumas horas ou dias após o nascimento” (p. 2 do voto).



autoridade científica para afirmar e justificar sua posição. Ele lança mão da medicina e da biologia para definir os principais conceitos que manuseia e cita inúmeras pesquisas sobre o tema. É com base na ciência que ele afirma que a média de vida de um recém-nascido anencefálico é de apenas 51 minutos (p. 5). Ele argumenta, “com base em estudos recentes sobre o tema”, que os métodos disponíveis atualmente para a identificação da doença são eficazes, propiciando um diagnóstico desde o início da gestação. “Todos os estudos médicos” (p. 7) apontam para o fato de a anencefalia ser fatal. Os exemplos se repetem.

Um dos principais argumentos do ministro é baseado no que dizem os médicos, ou melhor, como acentua o próprio Fux, “nos dados colhidos de fontes seguras na literatura médica” atualmente, sobre a anencefalia:

Com base nos dados colhidos de fontes seguras da literatura médica contemporânea, é possível estabelecer três conclusões acerca do que se expôs até aqui: (i) a expectativa de vida do anencéfalo fora do útero é absolutamente efêmera; (ii) o diagnóstico de anencefalia pode ser feito com um razoável índice de precisão, a partir das técnicas hodiernamente disponíveis aos profissionais da saúde; (iii) as perspectivas de cura desta deficiência na formação do tubo neural são inexistentes nos dias atuais, por isso que o neonato anencefálico tem uma expectativa de vida reduzidíssima (p. 7 do voto).

Essas três conclusões médicas sobre a anencefalia são a estrutura do argumento “científico” de Fux. É a partir do reconhecimento de que a expectativa de vida recém-nascida é extremamente reduzida, de que o diagnóstico do problema é preciso, e de que as expectativas de cura são inexistentes, que o ministro votará pela procedência da ADPF. Os três pontos de suporte para a decisão são argumentos extrajurídicos. Seu argumento segue a mesma linha, no que tange às consequências do aborto anencefálico para as gestantes:

Em pesquisa avaliada e aprovada pela Comissão de Ética em Pesquisa do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (CAPPesq), com base em análises, feitas por profissionais especializados, de gestantes com diagnóstico de malformação fetal letal, constatou-se que a maioria das mulheres (60%) afirmou que certo tempo após a interrupção não se importava em falar da gravidez, do bebê o do procedimento realizado, bem como que aconselhariam outras gestantes na mesma situação a interromper a gravidez. No que atine à culpa pelo ato realizado, a pesquisa demonstrou que 91,4% das mulheres relataram que interromperiam novamente a gestação acaso se defrontassem com situação idêntica no futuro (p. 8 do voto).

Assim, pelas próprias gestantes, o tema deixa de ser um problema, um tabu, percebido como algo nefasto ou criminoso. As pesquisas científicas, fundamentais para o argumento do ministro, no entanto, não fazem mais do que mostrar aquilo que a razão já seria capaz de apontar, segundo o próprio Fux: “É um truísmo dizer que quanto maior o calvário, maior a dor. A pesquisa científica supranarrada apenas demonstra o que a razão já conseguiria explicar (...)” (p. 8).

O que a ciência médica faz é comprovar aquilo que a racionalidade seria capaz de mostrar por si própria. O argumento do ministro busca adquirir justamente o tom de truísmo que ele propõe ao ditado acima. A obviedade do argumento salta aos olhos, visto que qualquer um pode perceber que a continuação da gravidez anencefálica causa “chagas eternas” (p. 8). As pesquisas, todas elas, conduzem a uma mesma conclusão (“Tais informações são equivalentes às encontradas em outras pesquisas”, p. 9), e “a literatura médica” aponta que a continuação da gravidez, neste caso, aumenta os riscos à saúde física da mulher. O foco, mais uma vez, recai sobre a figura da mãe.

O argumento de Fux compara o impedimento de interrupção de gravidez de feto anencefálico à tortura. A interrupção da gravidez, por sua vez, seria uma forma de eliminar o sofrimento psicológico da futura mãe. Todas essas conclusões, de acordo com o ministro, são apoiadas por “dados científicos”. A

preocupação é com o sofrimento da mãe, com seu estado físico, mas, principalmente, psicológico.

Decidindo a favor do reconhecimento do aborto de anencéfalos como uma conduta não criminosa, Fux aponta que o direito penal deve ser mínimo, ou seja, sua intervenção deve se dar somente quando for imprescindível, assim como a ação dos tribunais em casos complexos, como ele havia defendido inicialmente. Diante da lacuna normativa, no entanto, como neste caso, Fux defende que a omissão legislativa deve ser preenchida pelo julgador, tendo como base a ideia de equidade integrativa, “para permitir o preenchimento da omissão legislativa com aquilo que teria dito o legislador se tivesse conhecido o caso em questão” (p. 15). Essa discussão não é nova no direito. Contudo, o que chama a atenção é que tal possibilidade de preenchimento judicial, no voto do ministro Fux, vai buscar referência em Aristóteles, mais precisamente na *Ética a Nicômaco*, e não em autores propriamente jurídicos.

A conduta abortiva, nestes casos, portanto, não somente não configura crime, mas mantém a integridade, física e psicológica da mãe, e deve ser tratada como um tema da assistência social e não do direito penal. O foco deveria ser, diante disso, políticas públicas destinadas a auxiliar o sofrimento dessas mães, e a criminalização da conduta e seu combate com penas restritivas de liberdade.

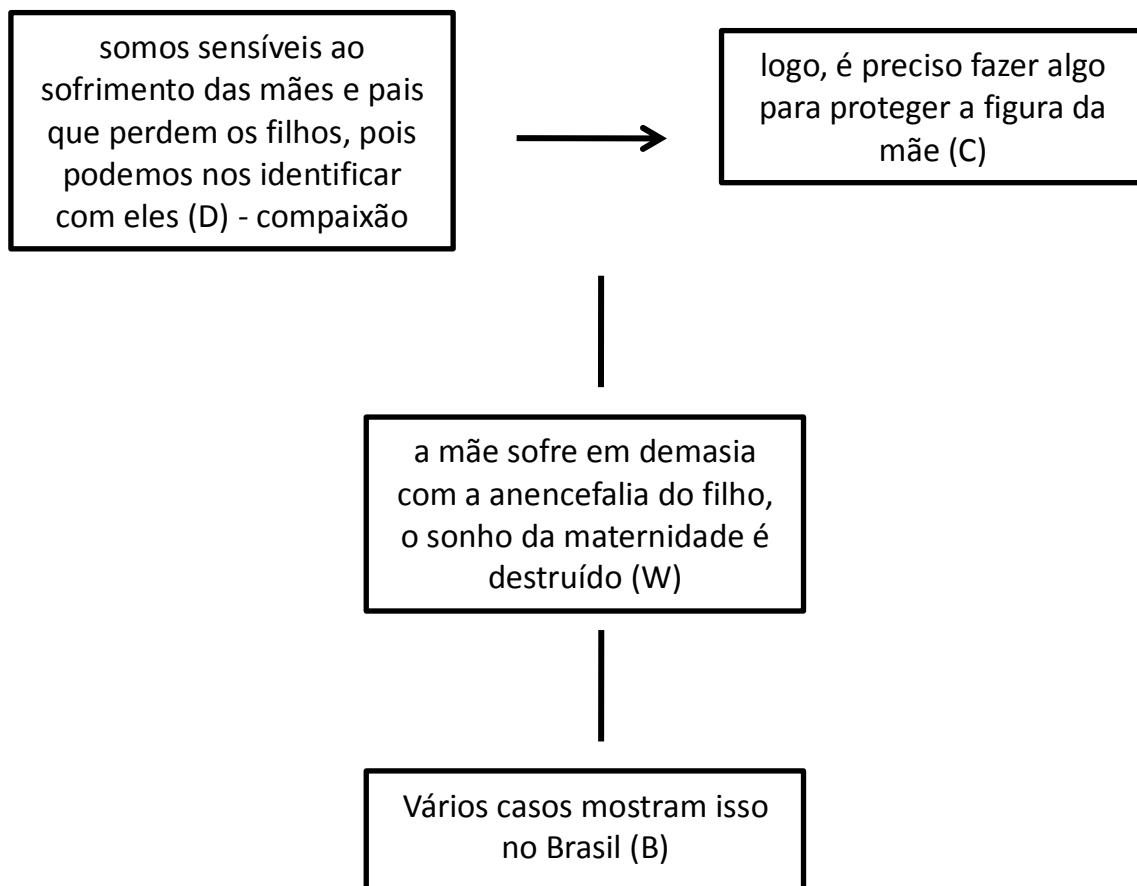
Por fim, o ministro encerra seu voto com um argumento que envolve uma perspectiva rousseauiana em relação à organização social, e, portanto, ao direito, entrelaçada a uma concepção de direito natural. O contratualismo de Rousseau é articulado ao jusnaturalismo de Cícero, fornecendo a Fux um argumento político que amarra seus argumentos passionais e científicos anteriores.

De acordo com o ministro, rousseauianamente, o direito penal deve refletir a vontade do povo, através do exercício de sua soberania. E a vontade do povo, neste caso, se coloca ao lado da mãe sofredora, e não da criminalização da conduta abortiva. O que a vontade popular mostra, de acordo com o ministro, é “o repúdio social à penalização da mulher vitimada por uma gravidez de risco que a impõe manter no seu ventre materno nascituro com morte anunciada, dor moral maior no arrebate da maternidade desejada” (p. 19).

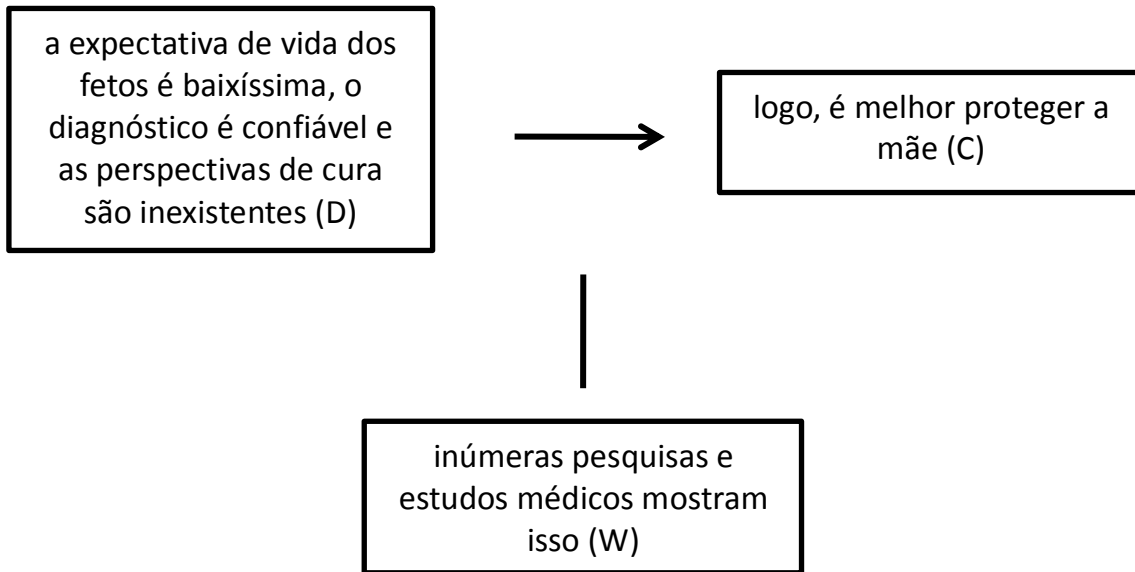
Contra as críticas que a perspectiva rousseuniana poderia receber, Fux impõe a incidência do jusnaturalismo de Cícero, reconhecendo que, além de soberana, a vontade popular está caracterizada, neste caso, pela identificação de uma lei própria ao ser humano, “anterior aos legistas”, visto que o povo age “em consonância com a lei sagrada, que nasceu com o homem, lei anterior aos legistas, à tradição e aos livros, gravada no Código Imortal da Natureza, lei menos estudada que sentida” (p. 19).

Alguns dos principais argumentos do ministro Fux podem ser representados pelos layouts a seguir.

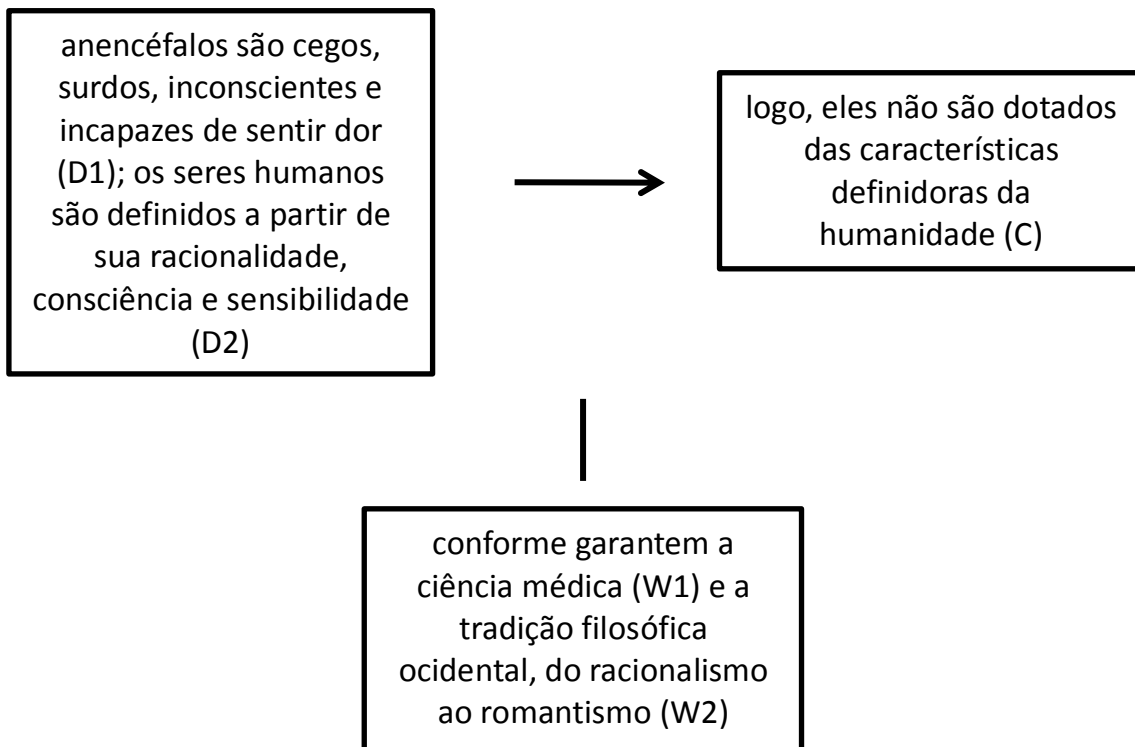
Argumento passional - apelo à compaixão:



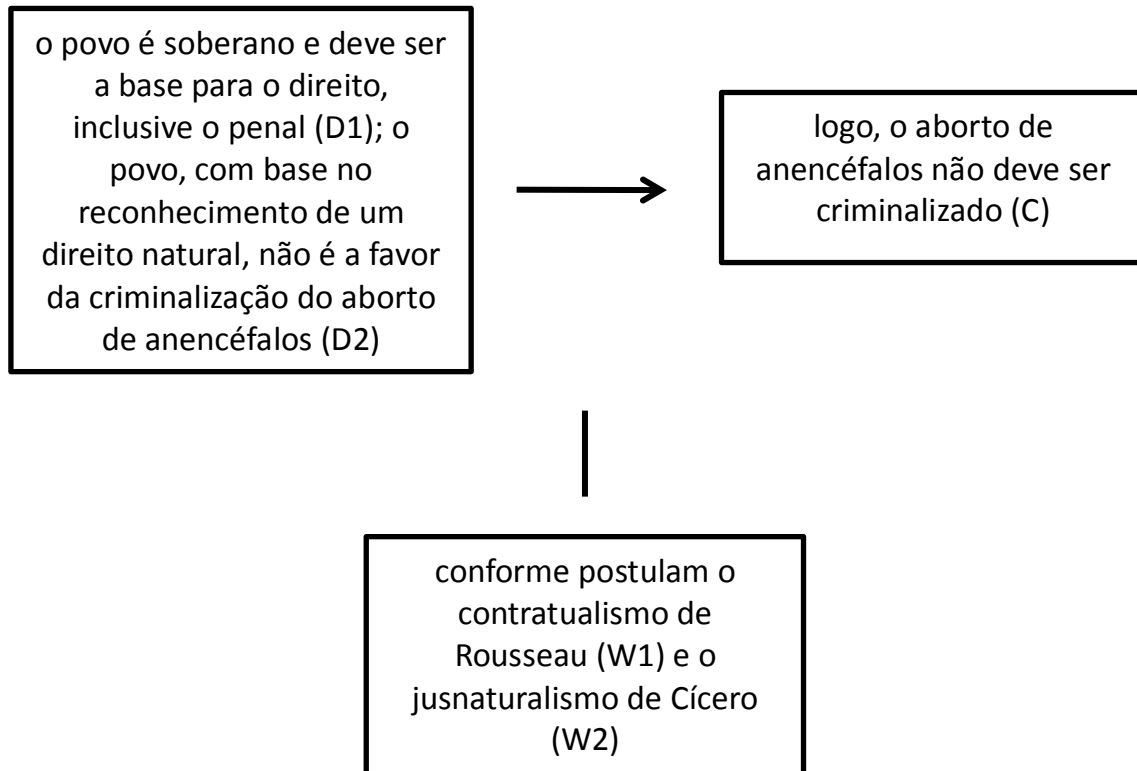
## Argumento científico 1 - a proteção da mãe:



## Argumento científico 2 - da humanidade do feto anencefálico:



Argumento político - soberania popular e direito natural:



Como se vê, o voto do ministro Luiz Fux, para o caso do aborto de anencéfalos, é construído em torno de argumentos essencialmente extrajurídicos. Podemos pensar no voto como constituído de três grandes linhas argumentativas, que se somam umas às outras, no intuito de fortalecer a decisão que o ministro tomou. A primeira linha argumentativa é destinada à produção de um sentimento de compaixão, a partir da exposição do sofrimento da mãe que enfrenta uma situação como a de gestar um filho anencefálico. O argumento, aqui, apela para o *pathos* do interlocutor. A figura da mãe sofredora é, a todo tempo, ressaltada e reforçada, sua integridade física e psicológica é apresentada como ameaçada, e, desta forma, devendo ser protegida. Essa linha de argumento é fortalecida por uma série de argumentos científicos, oriundos da medicina e da biologia, apelando para a autoridade de quem fala (o *ethos*). Um conjunto de pesquisas e estudos é descrito, apontando as virtudes de se reconhecer o aborto de anencéfalos como uma prática importante para a proteção da mãe. A própria definição de anencefalia corrobora essa visão, visto que não concede ao feto anencefálico as principais

características utilizadas para se definir o próprio ser humano. Por fim, o argumento político apela para a soberania popular<sup>156</sup>, que, devendo servir como base maior e fundamento último do direito (penal, neste caso), não compartilha a visão de que o aborto de anencéfalos constitui crime, mas, antes, está afinado com o direito natural, reconhecido por esse mesmo povo.

### **7.2.2. A filosofia de Kant e Padre Antônio Vieira a serviço da argumentação do ministro Marco Aurélio**

Reconhecendo a importância e a complexidade do tema, o ministro Marco Aurélio aponta para a repercussão que o mesmo passou a ter, não somente na seara jurídica, mas em relação à sociedade como um todo. Nesses casos, os debates tendem a se intensificar, assim como a “elevada intensidade argumentativa” (p. 1). O reconhecimento do processo como um caso complexo, um *hard case*, na expressão que temos adotado, oriunda de Dworkin, intensifica, na visão do ministro, a necessidade da argumentação. Talvez seja por isso que o Marco Aurélio tenha iniciado seu voto com uma citação do Padre Antônio Vieira:

E como o tempo não tem, nem pode ter consistência alguma, e todas as coisas desde o seu princípio nasceram juntas com o tempo, por isso nem ele, nem elas podem parar um momento, mas com perpétuo moto, e resolução insuperável passar, e ir passando sempre – Sermão da Primeira Domingo do Advento. (p. 1 do voto).

A passagem acima se relaciona com um dos principais argumentos do ministro para sustentar seu voto, qual seja, o argumento de que é preciso reconhecer os avanços e as transformações sociais, agindo de acordo com seu tempo específico e com as características sociais do mundo em que vivemos. Sem isso, enfrentaríamos grande estagnação:

---

<sup>156</sup> O ministro Marco Aurélio, no voto sobre a legalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias no Brasil, ADI 3510, também recorre ao mesmo argumento em relação à soberania popular.

No ponto, são extremamente pertinentes as palavras de Padre Antônio Vieira com as quais iniciei este voto. O tempo e as coisas não param. Os avanços alcançados pela sociedade são progressivos. Inconcebível, no campo do pensar, é a estagnação. Inconcebível é o misoneísmo, ou seja, a aversão, sem justificativa, ao que é novo (p. 33 do voto).

O novo e as transformações aos quais o ministro se refere estão relacionados com os avanços da medicina, em particular, da possibilidade atual de se diagnosticar, com precisão e certeza, já no início da gestação, a anencefalia. Esse será outro ponto fundamental de seu argumento. Recorrendo a inúmeros argumentos médicos, o ministro Marco Aurélio buscará fundar na autoridade científica sua justificativa.

Assim como o ministro Luiz Fux, Marco Aurélio se concentrará em argumentos científicos e em argumentos que buscam despertar a compaixão nos interlocutores. O sofrimento da mãe também é largamente abordado, através do uso de exemplos.

Desde o início, Marco Aurélio deixa claro o teor de seu voto. Ele é a favor do pedido do requerente, ou seja, vota pela procedência da ação, reconhecendo que a lei penal não deve ser interpretada no sentido de entender o aborto anencefálico como crime. Boa parte de sua argumentação inicial se destinou a construir o cenário sobre o qual o ministro pensou o debate se instaurar, a separação entre a religião e a política, ou, mais precisamente, entre a Igreja e o Estado.

A Confederação Nacional dos Bispos do Brasil participou da audiência pública realizada no bojo do processo e se pronunciou contra a autorização do aborto anencefálico, defendendo a proteção do direito à vida<sup>157</sup> (como vimos no voto do ministro Luiz Fux, se posicionando no polo pró-vida). É conhecida a posição da Igreja Católica em casos como este. Nesse sentido, o esforço inicial do ministro, reconhecendo, não há dúvida, os argumentos religiosos como os principais opositores a seu posicionamento durante o voto, a favor do

---

<sup>157</sup> Essa posição já havia sido adotada pela Igreja, manuseando os mesmos argumentos, em outros casos, em especial, na ADI 3510, versando sobre a pesquisa com células-tronco embrionárias no Brasil (ver REZENDE, 2010).



reconhecimento do aborto anencefálico como conduta não criminosa, é o de fazer uma defesa do Estado laico.

Fazendo um relato histórico da separação entre a Igreja e o Estado no Brasil, Marco Aurélio aponta que o Estado brasileiro, há muito, é laico (o debate sobre a laicidade do Estado é iniciado com uma citação do evangelho de São Marcos), protetor do direito dos cultos religiosos, todos eles, sem distinção ou privilégio para alguns, mas, fundamentalmente, independente de toda e qualquer religião. Essa separação entre as religiões e o Estado deve ser sempre mantida e preservada, mas isso não impede que elas (as religiões), através de seus órgãos e representantes, sejam ouvidas na Justiça, como foi o caso do processo em torno do aborto de anencéfalos. A partir disso, o ministro já deixa claro que os argumentos unicamente religiosos não serão tolerados na decisão:

(...) numa democracia, não é legítimo excluir qualquer ator da arena de definição do sentido da Constituição. Contudo, para tornarem-se aceitáveis no debate jurídico, os argumentos provenientes dos grupos religiosos devem ser devidamente 'traduzidos' em termos de razões públicas, ou seja, os argumentos devem ser expostos em termos cuja adesão independa dessa ou daquela crença (p. 15 – 16 do voto).

A postura do ministro, neste caso, se aproxima da posição que expusemos anteriormente como característica da influência da Teoria dos Sistemas no direito. A exposição argumentativa pode, e, do ponto de vista democrático, deve ser garantida, mesmo às religiões, mas é preciso haver uma transmutação, uma tradução (a palavra é a mesma utilizada por muitos adeptos da Teoria dos Sistemas), dos argumentos para argumentos jurídicos (Marco Aurélio fala em termos de razões públicas; neste ponto, parece ser mais adequado ao que estamos propondo nesta tese, e se afasta, especificamente no que tange a isso, da abordagem sistêmica).

Feita essa exposição, o ministro se lança em uma argumentação que, na tradição do pensamento ocidental, tem o condão de se apresentar como uma antítese do argumento religioso, qual seja, o argumento científico. A partir de então, Marco Aurélio recorrerá, incessantemente, aos argumentos médicos e

biológicos que constituem o debate sobre a anencefalia. O caminho escolhido é parecido com o do ministro Luiz Fux, inclusive com a utilização de argumentos idênticos, retirados das mesmas fontes, mas Marco Aurélio organiza seu voto em torno de um número ainda maior de argumentos oriundos das autoridades médicas, biológicas, psicológicas e até sociológicas.

Toda a argumentação de base científica do ministro é feita seguindo três eixos: a despersonalização do feto anencefálico (que consiste, em última instância, em uma desumanização), o sofrimento físico e moral da mãe (aqui, com um forte apelo passional, em torno da compaixão) e a segurança do diagnóstico preciso em relação à enfermidade (com o reforço do argumento do Padre Antônio Vieira). A própria ideia de aborto busca ser desconstruída, já que Marco Aurélio prefere o termo “antecipação terapêutica do parto” (p. 2).

Assim como no voto de Fux, ao feto é negada não somente a condição de pessoa (no sentido jurídico), mas também a de humano. Marco Aurélio aponta que, mesmo sendo vivo, não chega a ser sujeito de direitos, visto que, para tanto, seria preciso que houvesse a expectativa da continuidade de vida após o nascimento, algo que não ocorre. Recorrendo aos argumentos médicos, principalmente aos que foram apresentados pelos especialistas na audiência pública, Marco Aurélio busca retirar o caráter de humanidade do feto, na medida em que o mesmo não é dotado daquilo que nos define enquanto seres humanos:

O feto anencéfalo mostra-se gravemente deficiente no plano neurológico. Faltam-lhe as funções que dependem do córtex e dos hemisférios cerebrais. Faltam, portanto, não somente os fenômenos da vida psíquica, mas também a sensibilidade, a mobilidade, a integração de quase todas as funções corpóreas. O feto anencefálico não desfruta de nenhuma função superior do sistema nervoso central *‘responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade’* (p. 17 do voto, grifo nosso).

As deficiências físicas e neurológicas são ressaltadas, mas o ponto chave para a argumentação que o ministro pretende construir é o enfoque nas

consequências sociais que os problemas físicos geram. A desumanização do feto anencefálico vem através do diagnóstico de sua incapacidade de desenvolver características que o definem como ser humano, e não apenas como ser vivo: a consciência, a cognição, a vida relacional, a comunicação, a afetividade e a emotividade. Não se trata apenas de uma morte física anunciada, mas de uma morte social.

Segundo “especialistas”, argumenta o ministro, o “anencéfalo é um morto cerebral, que tem batimento cardíaco e respiração” (p. 17). A má-formação é letal, conforme “explicação de especialistas que participaram da audiência pública” (p. 18), o que faz com que a morte seja certa. Os argumentos se multiplicam: “inexiste presunção de vida extrauterina” (p. 18), “um feto anencéfalo não tem cérebro, não tem potencialidade de vida” (p. 18). Sendo assim, não pode ser pessoa e, desta forma, não é nem dotado das características de humanidade e nem de proteção pelo direito (de uma vida que será certa de não existir). Anencefalia e vida são tratadas como termos antitéticos:

O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. O fato de respirar e ter batimento cardíaco não altera essa conclusão, até porque, como acentuado pelo Dr. Thomaz Rafael Gollop, a respiração e o batimento cardíaco não excluem o diagnóstico de morte cerebral. (p. 20-21 do voto).

No único caso em que o feto sobreviveu por mais tempo, o diagnóstico havia sido feito de maneira equivocada, não se tratando de anencefalia (p. 21). Mas, conforme “parcela significativa de renomados especialistas” (p. 26), o diagnóstico da anencefalia é dotado de certeza e a doença pode ser identificada desde o início da gravidez.

Marco Aurélio, apoiado nos argumentos médicos, busca fugir das acusações de que o aborto anencefálico seria uma espécie de eugenia, se aproximando de práticas nazistas. Ao contrário, o ministro afasta a interpretação da anencefalia como uma deficiência, como outras, refutando a ideia de se tratar, o aborto nestes casos, de uma prática de discriminação e de

desrespeito ao direito à vida. Afinal, não há vida e ser humano dos quais se falar.

Do ponto de vista da ciência médica, portanto, o feto anencefálico não é ser humano no sentido pleno da palavra, pois lhe faltam as capacidades para o desenvolvimento de tudo aquilo que caracteriza o ser humano. Além disso, a morte do feto, logo após o nascimento, é certa, e, por isso, não há que se falar em respeito ao direito à vida.

Sendo assim, o ministro parte para a defesa da proteção da mãe. Neste ponto, aos argumentos científicos, que o ministro busca na medicina, na psicologia e na sociologia, são somados argumentos que buscam despertar a compaixão nos interlocutores, através da exposição do sofrimento da mãe durante a gravidez anencefálica.

O primeiro ponto levantado por Marco Aurélio é a refutação do argumento daqueles que são contrários ao aborto, acusando a mãe de falta de solidariedade, visto que a continuidade da gravidez poderia permitir a doação de órgãos do feto para outras crianças. Neste ponto, argumentos filosóficos e antropológicos são levantados para rechaçar esse posicionamento. O ministro critica a posição utilitarista que essa proposta engendra, “coisificando a mulher”. Esse é um dos principais argumentos do ministro a favor do aborto. Além, como afirmam os médicos, de ser impossível o aproveitamento dos órgãos do feto anencefálico, mesmo que fosse possível, a prática deveria ser condenada, pois instrumentaliza a mulher como meio para determinado fim. E por mais solidário que pareça esse fim, tal prática feriria a dignidade da mulher.

Do ponto de vista jurídico, mais uma vez, o princípio da dignidade da pessoa humana é mobilizado, mas seu fundamento não é buscado, pelo ministro, no direito, mas na filosofia kantiana. Recorrendo, explicitamente, à *Fundamentação à metafísica dos costumes*, Marco Aurélio afirma que o homem, e todo ser racional, é um fim em si mesmo, e não um instrumento para a obtenção de outros fins. Diante disso, a mulher “deve ser tratada como um fim em si mesmo, e não, sob uma perspectiva utilitarista, como instrumento para geração de órgãos e posterior doação” (p. 27).

Ao argumento kantiano se junta o argumento da antropóloga Débora Diniz, que alega que toda doação deve ser feita de maneira voluntária, e não de forma impositiva, sob pena mesmo de se descaracterizar o instituto da

doação. Se imposta, a doação, nesses termos, se configuraria como uma lesão à autonomia da mulher, bem como uma afronta à sua integridade física e à sua dignidade (p. 30).

O ministro, como vimos, refuta a ideia de que o feto anencefálico é sujeito de direitos, visto que ele não pode ser tratado como pessoa (e nem tem possibilidade de vir a sê-lo), e, sendo assim, não há que se falar em desrespeito ao direito à vida. No entanto, segundo Marco Aurélio, mesmo se admitindo a tese de que haveria incidência de tal direito no caso dos anencefálicos, ele cederia diante do direito da mãe. É interessante notar a concessão que o ministro faz neste ponto. Ele, primeiramente, refuta o argumento, por inexistência, sobre o direito à vida do feto anencefálico, para, em seguida, refutá-lo mesmo aceitando sua existência: “apenas por amor ao debate e em respeito às opiniões divergentes presentes na sociedade e externadas em audiência pública (...)” (p. 35), o ministro busca refutar o argumento contrário em seus próprios termos.

O direito à vida, e esse é um argumento propriamente jurídico, não é um direito absoluto, já que contempla gradações. É o que o ministro vê acontecer neste caso. A vida da mãe, que também se encontra ameaçada pela gravidez anencefálica, não pode ser colocada em posição hierarquicamente inferior à do feto. Nem mesmo a integridade física e psíquica da gestante, segundo Marco Aurélio, poderia ser colocada em tal posição. O sofrimento da mãe, mais psicológico do que físico, é evocado, de modo a mostrar os problemas que uma gravidez como esta pode gerar na mulher, se levada a cabo até o fim:

Enquanto, numa gestação normal, são nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, com a predominância do amor, em que a alteração estética é suplantada pela alegre expectativa do nascimento da criança; na gestação do feto anencéfalo, no mais das vezes, reinam *sentimentos mórbidos, de dor, de angústia, de impotência, de tristeza, de luto, de desespero*, dada a certeza do óbito (p. 41 do voto, grifo nosso).

À gravidez normal é oposta a gravidez anencefálica, apontando os inúmeros problemas, principalmente os psíquicos, pelos quais a mãe passa, ressaltando seu desespero e sofrimento. Recorrendo a uma série de diagnósticos psiquiátricos sobre o caso (p. 40- 42), o ministro relata o sofrimento de uma mãe (o caso de Gabriela Oliveira Cordeiro), tomada como exemplo para o caso. A utilização de tal depoimento humaniza a figura da mãe (e não de uma criminosa), e busca a compaixão dos interlocutores:

(...) Um dia eu não aguentei. Eu chorava muito, não conseguia parar de chorar. O meu marido me pedia para parar, mas eu não conseguia. Eu saí na rua correndo, chorando, e ele atrás de mim. Estava chovendo, era meia-noite. Eu estava pensando no bebê. Foi na semana anterior ao parto. Eu comecei a sonhar. O meu marido também. Eu sonhava com ela (referindo-se à filha que gerava) no caixão. Eu acordava gritando, soluçando. O meu marido tinha outro sonho. Ele sonhava que o bebê ia nascer com cabeça de monstro. Ele havia lido sobre anencefalia na internet. Se você vai buscar informações é aterrorizante. Ele sonhava que ela (novamente, referindo-se à filha) tinha cabeça de dinossauro. Quando chegou perto do nascimento, os sonhos pioraram. Eu queria ter tirado uma foto dela (da filha) ao nascer, mas os médicos não deixaram. Eu não quis velório. Deixei o bebê na funerária a noite inteira e no outro dia enterramos. Como não fizeram o teste do pezinho na maternidade, foi difícil conseguir o atestado de óbito para enterrar (p. 40-41).

Contra o argumento da CNBB, de que o gesto (o aborto) não reduz a dor da mãe, que sofreria de qualquer forma, Marco Aurélio aponta que todo o sofrimento que narrou pode ser evitado. A manutenção da gravidez é vista como um ato, inclusive, de tortura, conforme relatam sociólogos, médicos e o próprio Comitê de Direitos Humanos da ONU (p. 42).

O ministro busca, assim, apagar a imagem de criminosa da mãe que aborta nestes casos, reforçando a imagem de seu sofrimento, a partir da defesa de sua dignidade em si. A decisão do ministro é por respeitar a vontade

e a autonomia da mulher para decidir nestes casos, votando a favor da procedência da ação.

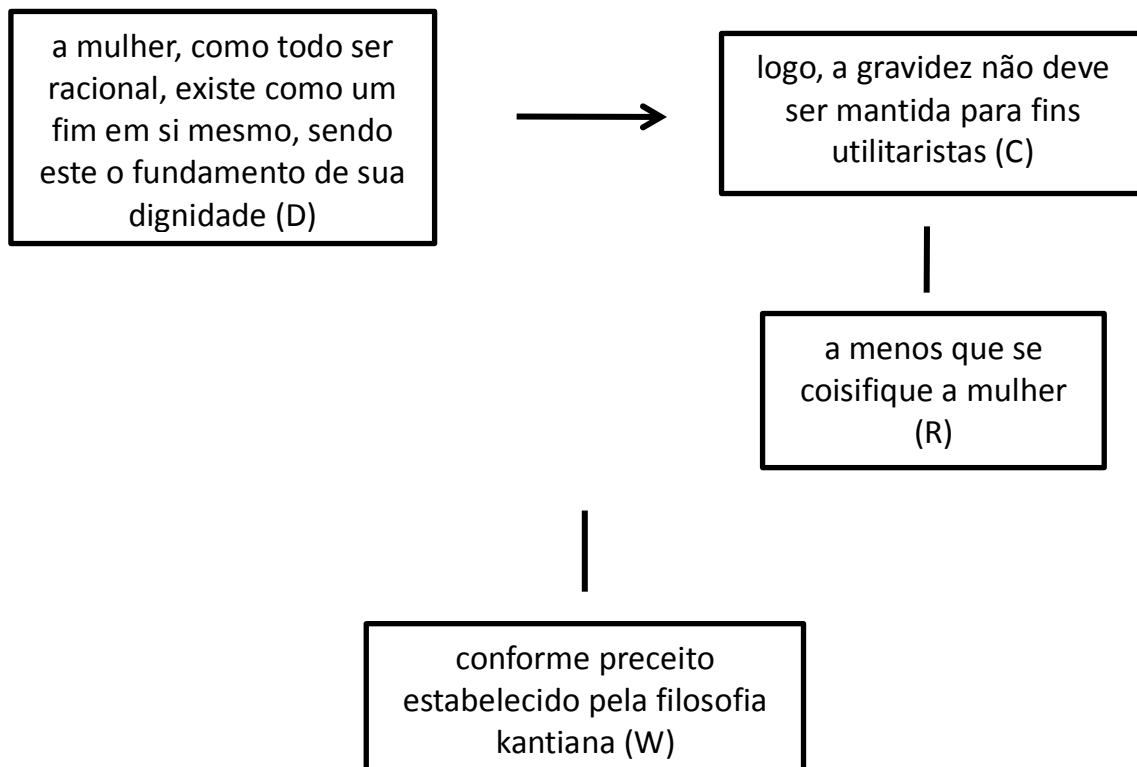
Em seu voto, como vimos, o ministro recorre a argumentos médicos para rechaçar a ideia de que o feto anencefálico é um ser humano. Assim como no voto de Fux, a definição de ser humano é feita com base na tradição filosófica ocidental, a partir da posse da consciência, da cognição, da comunicação e da capacidade de sentimento. Afastada a humanidade do feto, o argumento se dirige à necessidade do reconhecimento de proteção à mãe. Aqui, a posição do ministro se baseia na exposição do sofrimento da mulher, a partir de argumentos que buscam despertar a compaixão, e do reconhecimento, a partir de Kant, de que a mulher é um valor em si mesmo, refutando qualquer argumento utilitário em favor da manutenção da gravidez. Para reforçar seu argumento, inúmeros pontos de vista sociológicos, antropológicos, psicológicos e médicos são mobilizados para atestar o enorme sofrimento enfrentado pela mãe.

A seguir, os principais argumentos<sup>158</sup> do ministro Marco Aurélio, organizados no modelo proposto por Toulmin:

---

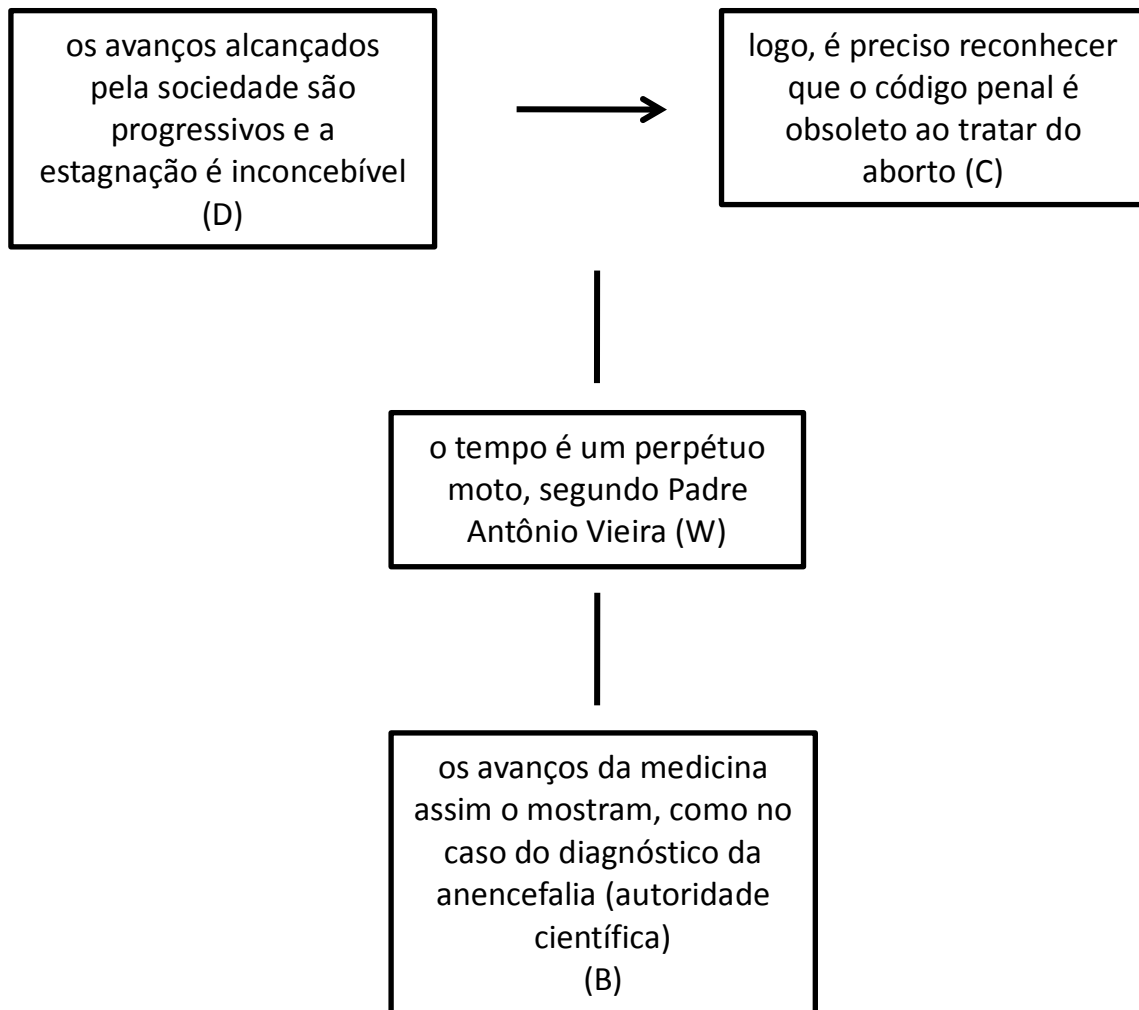
<sup>158</sup> O argumento científico que envolve a proteção da gestante, e a o argumento que despersonaliza o feto anencefálico podem ser encaixados nos mesmos layouts através dos quais estes argumentos foram apresentados na análise do voto do ministro Luiz Fux.

Argumento filosófico – crítica ao utilitarismo com base em Kant:

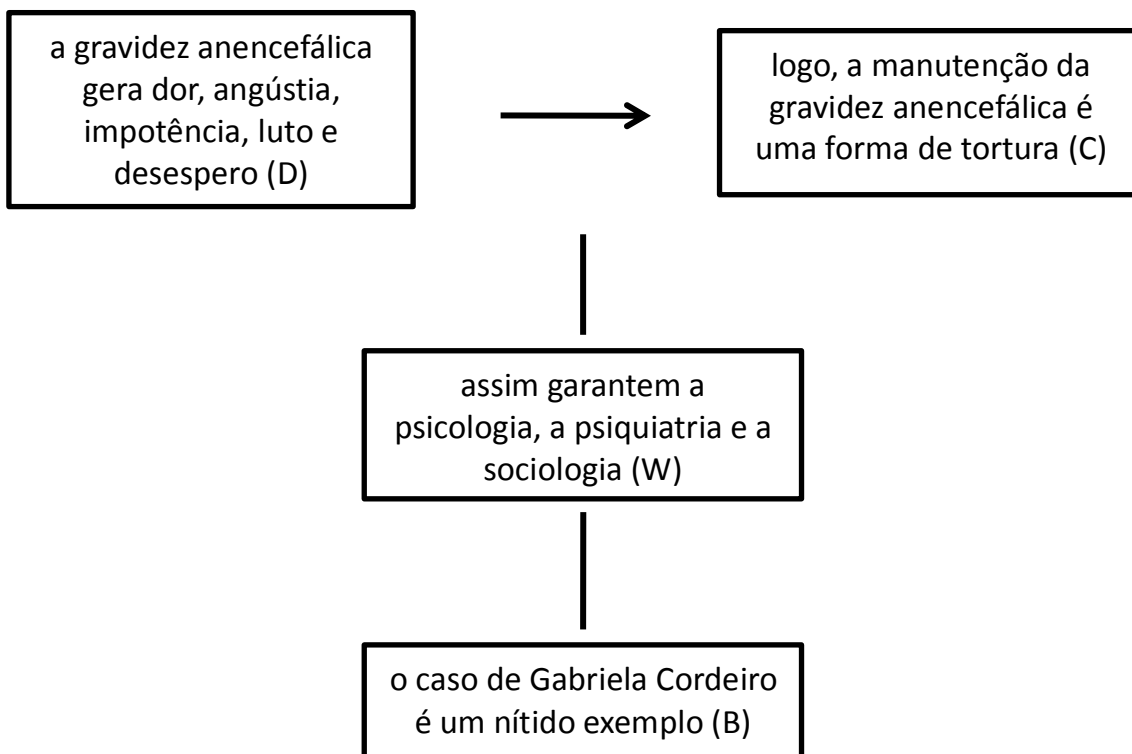




Argumento filosófico – reconhecimento das mudanças sociais ao longo do tempo, com base em Padre Antônio Vieira:



Argumento científico/passional – reconhecimento do sofrimento materno e combate à tortura:



O ministro Marco Aurélio, com base na filosofia de Kant, rejeita a coisificação da mulher, para fins utilitaristas, defendendo que ela é um fim em si mesmo. Com isso, a gravidez de feto anencéfalo não pode ser mantida. Essa concepção o leva ao argumento de que a gravidez, nestes casos, pode ser comparada a uma forma de tortura, como atestam sociólogos e psicólogos. Nesse ponto, o ministro apela à compaixão dos interlocutores (auditório), com o uso do exemplo de um caso em específico, cujo final foi devastador para a mãe. Com base em Antônio Vieira, o ministro questiona a adequação das normas que o direito oferece atualmente para o enfrentamento do caso, apontando, a partir do argumento médico, que o diagnóstico da anencefalia é seguro e eficaz. Outra vez, os argumentos jurídicos se veem combinados com argumentos de outra natureza. Por si só, o direito poderia oferecer uma resposta, sem que, contudo, ela pudesse ser persuasiva o suficiente para lidar com um caso de tamanha repercussão social. Os argumentos extrajurídicos, desta maneira, ocuparam a posição central da linha argumentativa desenvolvida pelo ministro Marco Aurélio.

### **7.3. O questionamento da legitimidade da demarcação da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol**

O caso envolve uma ação popular<sup>159</sup> contra a União, datada de 2005. O processo buscava impugnar o modelo contínuo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, situada no estado de Roraima, e é de autoria do Senador Augusto Affonso Botelho Neto, assistido pelo também senador Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti. O pedido é para suspender os efeitos da Portaria nº 534/2005, do ministro de Estado de Justiça, bem como do decreto homologatório do Presidente da República. A petição alegava que a demarcação tinha vícios, visto que não foram ouvidas todas as pessoas e entidades envolvidas e afetadas pela controvérsia. Além disso, questionava que o laudo antropológico sobre a área em questão foi assinado por apenas um profissional da área de antropologia, o que demonstraria a parcialidade da demarcação. A ação questionava ainda que a demarcação, da forma como foi realizada, traria consequências desastrosas para o estado de Roraima, do ponto de vista comercial, econômico e social. Os 'legítimos' interesses dos não-índios na região restariam prejudicados, e até mesmo a segurança nacional, visto se tratar de zona fronteira, ficaria ameaçada em função da demarcação. Tudo isso terminaria por configurar um desequilíbrio no pacto federativo, com prejuízo para o estado e benefício para a União, e privilegiaria a população indígena frente à população não-indígena.

O voto do ministro Ayres Britto, relator do caso, é paradigmático para o entendimento da proposta que aqui estamos defendendo, no que diz respeito ao recurso a argumentos externos ao direito para a sustentação de uma decisão judicial. Refutando os argumentos levantados pelos autores da ação, o ministro construirá seu voto sobre dois grandes fundamentos: a afirmação contínua de que a resposta para a decisão deve ser encontrada na Constituição Federal, e, portanto, no próprio direito, ao passo que constrói, na

---

<sup>159</sup> A ação popular é considerada por Medina um "importante instrumento de participação política do cidadão, para a defesa do patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural" (2005, p. 119). Ela encontra guarida na própria Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. LXXIII. A legitimidade para a propositura da ação é do cidadão.

prática, uma linha argumentativa sustentada por elementos externos ao direito, principalmente com base na sociologia, na antropologia, na história e na política.

### **7.3.1. Os argumentos socioantropológicos e políticos em defesa da importância das populações indígena no voto do ministro Ayres Britto**

O ministro Ayres Britto deixará claro, desde o início de seu voto, a decisão que proferirá ao final dele. Ele começa por levantar, ponto por ponto, os argumentos que a ação oferece para questionar a demarcação das terras indígenas Raposa Serra do Sol. Em seguida, ele desenvolverá seus próprios argumentos no sentido de desmontar, um a um, os pontos questionados no bojo da ação. Sua decisão será por negar o pedido dos autores, mantendo a demarcação das terras indígenas da maneira como foi feita, negando a ela qualquer tipo de vício.

O ministro ressaltará, em todo momento, que seu voto está fundamentado nos preceitos que a própria Constituição Federal oferece para solucionar o caso. Divididos em tópicos, os argumentos do ministro serão reconduzidos, sistematicamente, aos argumentos constitucionais que envolvem a questão indígena no Brasil. Em várias passagens, Ayres Britto ressalta, inclusive, que nosso ordenamento jurídico é vanguardista no tratamento dos direitos dos índios no mundo. No entanto, evidentemente, não é somente de elementos jurídicos que o voto do ministro será composto. Se a decisão se pauta, efetivamente, pelos fundamentos contidos na própria Constituição, o núcleo fundamental do argumento de Ayres Britto será externo ao direito. É com base em uma concepção sócio-antropológica da importância do índio para a composição de nossas “características culturais”, que o ministro faz questão de exaltar, que sua justificativa será construída, recorrendo à história, e não ao direito. Enquanto os fundamentos jurídico-constitucionais da proteção da terra indígena são evocados, paralela e conjuntamente, o argumento mais poderoso do ministro é traçado com base em argumentos sociológicos, políticos, históricos e culturais. Ao direito são somados fundamentos outros, que dão sustentação mais efetiva do voto do ministro Ayres Britto.

O ministro reconhece, de imediato, a “incomum relevância político-social da causa” (tópico 36<sup>160</sup> do voto), o que faz com que questões teóricas e pragmáticas das mais diversas naturezas integrem o bojo do processo. Esse é um procedimento comum em casos como o da demarcação de terras indígenas, ou seja, no que estamos chamando de *hard cases*. Os ministros, muitos deles pelo menos, começam por reconhecer e enfatizar que o caso que está sob apreciação envolve grande complexidade, não apenas jurídica, mas, primordialmente, política e social, somada ao interesse da população em relação às consequências da decisão. A dificuldade que o caso apresenta, segundo Ayres Britto, pode ser percebida através da enorme divergência entre “cientistas políticos, antropólogos, sociólogos, juristas, indigenistas, oficiais das Forças Armadas, ministros de Estado, pessoas federadas, ONG’s e Igrejas” (tópico 47 do voto). É por esse motivo que o ministro defende que a resposta para o caso deve ser buscada na Constituição Federal, “com o máximo de objetividade que nos for possível” (*idem*). Esse é um ponto interessante. O reconhecimento da complexidade da decisão, que envolve inúmeras perspectivas diferentes, a maioria delas externa ao direito, é acompanhado da conclusão de que, justamente por isso, o direito (constitucional, no caso) deve decidir sobre o caso, sempre com vistas à objetividade. Como vimos em Bourdieu, este discurso é o que o francês chamou de discurso oficial do direito (baseado na racionalidade e neutralidade, características da objetividade). Ao mesmo tempo em que o direito defende sua neutralidade e capacidade de decidir os conflitos apenas juridicamente, ele decide com base em outros critérios. Bourdieu vê isso como um problema, mas não nós.

Depois de apontar o tratamento que a Constituição deu ao índio, Ayres Britto reconhece que é preciso dar uma interpretação contextual à Carta Magna. Reconhecendo a importância das diferentes etnias, e não da ideia de uma única classificação como índio, o ministro estruturará seu voto em torno da defesa de que os índios são parte essencial da realidade política e cultural brasileira:

---

<sup>160</sup> Referimo-nos aos pontos, ou tópicos, através dos quais o voto do ministro é organizado, e não ao número das páginas, pois os votos podem ser obtidos de diversas fontes, cuja paginação nem sempre coincide. Os tópicos, contudo, são os mesmos, independente da fonte onde o voto é buscado.

Dando-se que todos esses grandes conjuntos ou grupos humanos maiores (*afrodescendentes e europeus*) **são formadores de uma só realidade política e cultural: a realidade da nação brasileira.** Entendida por nação brasileira essa espécie de linha imaginária que ata o presente, o passado e o futuro do nosso povo. É dizer, povo brasileiro como um só continente humano de hoje, de ontem e de amanhã, **a abarcar principalmente os três elementares grupos étnicos dos indígenas, do colonizador branco e da população negra** (tópico 53 do voto, *acréscimo nosso*, em itálico, e grifo do autor, em negrito).

Esse será o fio condutor de toda a argumentação de Ayres Britto. O tratamento jurídico será levado a cabo diante da recusa das nulidades alegadas na petição inicial da ação. Contudo, é na defesa de uma nação brasileira e nas contribuições dos índios para sua composição que o argumento central do ministro será ancorado.

A União será tratada como a condutora do processo para assegurar o equilíbrio entre os direitos dos índios e o desenvolvimento do estado de Roraima e das populações não-indígenas que aí vivem. O argumento, neste ponto, é, ao mesmo tempo, jurídico e político. Cabe à União este papel, primeiramente, porque está previsto na Constituição Federal que assim seja. Além disso, é preciso, politicamente (e não no sentido pejorativo que o termo pode suscitar), gerenciar interesses diversos, que são originalmente conflituosos, e transformá-los em interesses, ao menos em parte, convergentes. Ayres Britto, nitidamente, busca escapar de ser acusado de estar sendo parcial em favor dos índios. Assim, procura, constantemente ao longo do voto, reconhecer a importância dos interesses do estado, enquanto ente federado, e das populações que nele vivem, sejam indígenas ou não. No entanto, mesmo quando assim argumenta, a decisão se baseia na importância das populações indígenas. Por isso, se preciso, a União deve agir contra os entes federados, em caso de descumprimento de direitos. Ao reconhecer isso, o ministro cita um depoimento do pesquisador do INPA, a respeito da área da Raposa Serra do Sol, afirmando que o Estado é "personificado por grupos de poder oligárquicos anti-indígenas" (tópico 62 do voto).

A seguir, Ayres Britto, recorrendo ao conceito de território no direito, o diferenciara da ideia de terras indígenas, cuja definição não será encontrada no direito, mas, antes, na antropologia e na sociologia. Enquanto o termo território, assim reconhecido pelo direito, se refere a relações de natureza política, entre governantes e governados, a expressão terras indígenas será definido do ponto de vista sociocultural, sem a carga jurídico-política do termo território. Com isso, a concepção que se dá a terras indígenas é diferente da noção jurídica de território.

Nesse momento, o voto de Ayres Britto se destina à defesa da fraternidade como o fundamento para o tratamento diante dos indígenas. Segundo ele, a Constituição deve ser entendida, no tratamento que dispensou à questão indígena, de maneira fraternal, buscando compensar as desvantagens históricas experimentadas pelos índios no Brasil. O objetivo é, através da solidariedade, fazer com que alcancemos um “superior estágio da integração comunitária de todo o povo brasileiro” (tópico 74 do voto). De acordo com o ministro, assim como a cultura não-indígena influenciou os índios, devemos permitir também que a cultura indígena ‘nos catequize um pouco’ (tópico 75 do voto). A abordagem, neste ponto, é nitidamente social e antropológica. A defesa de Ayres Britto gira em torno do reconhecimento da originalidade da cultura indígena brasileira, motivo pelo qual suas terras devem ser preservadas, e com a qual devemos trocar não somente conhecimentos, mas afetos:

No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural, razão de ser de sua incomparável originalidade. Depois disso, e tão persuasiva quanto progressivamente, experimentarem coma sociedade dita civilizada um tipo de interação que tanto signifique uma troca de atenções e afetos quanto um receber e transmitir os mais valiosos conhecimentos e posturas de vida (tópico 75 do voto).

Recorrendo ao filósofo italiano Antonio Maria Baggio, Ayres Britto aponta que a filosofia política se esqueceu de uma das principais heranças da Revolução Francesa, e que agora deve ser resgata para o tratamento da questão do índio no Brasil, qual seja, a fraternidade como princípio fundador e organizador da vida social. A fraternidade, argumenta o ministro, na esteira do italiano, é um elemento básico e propiciador da igualdade e da liberdade, princípios esses que não foram esquecidos. Indo além, a fraternidade é vista como o elemento que possibilita a efetivação do projeto da modernidade.

Lançando mão de argumentos da sociologia, da antropologia e da ciência política, Ayres Britto aponta que, tendo em vista a importância das populações indígenas para nossa cultura nacional e o princípio da fraternidade como o parâmetro para o enfrentamento dos problemas relacionados aos índios, não podemos falar em antagonismo entre a proteção dos direitos dos índios, manifestada na demarcação das terras da Raposa Serra do Sol, e o desenvolvimento do país, tendo em vista aspectos financeiros, comerciais e mesmo políticos.

Esse é, na verdade, o grande tema da ação popular que questiona a demarcação das terras indígenas em Roraima. O problema suscitado pelos senadores que impetraram a ação é justamente centrado no atraso que a demarcação representa para o estado. Por conta disso, o argumento de Ayres Britto será o de rechaçar que há esse conflito direto de interesses, buscando ressaltar que 1) a proteção dos indígenas e de suas culturas não é contrária ao desenvolvimento de Roraima, e, 2) na verdade, o desenvolvimento só pode ser efetivamente pensado se os indígenas são protegidos.

Para tanto, de acordo com Ayres Britto, a relação entre indígenas e não-indígenas pode ser benéfica para os dois lados. Assim como os índios podem buscar, através do “fenômeno da aculturação” (tópico 78 do voto), “agregar valor à sua subjetividade” (idem), “as populações ditas civilizadas também têm a ganhar com sua aproximação com os índios” (idem). Sendo assim, é preciso, mais uma vez, recorrer à solidariedade, como princípio basilar de compreensão do outro (um argumento, ao mesmo tempo, político e antropológico), e à humildade para reconhecer que “esse convívio é uma verdadeira estrada de mão dupla, porquanto reciprocamente benfazejo” (tópico 78 do voto).



Neste ponto, Ayres Britto atinge o auge de seu argumento. Ao propor um aprendizado com os índios, fundamental para a construção de uma nação solidária, o ministro atribui aos indígenas características fundamentais do povo brasileiro, uma herança que deveria nos orgulhar, e não ser alvo de preconceito ou discriminação. Dos índios, vêm nossa insubmissão à ortodoxia e nossa criatividade<sup>161</sup>:

(...) como se eles não fossem os primeiros habitantes de uma *Terra Brasilis* cuja integridade física tão bem souberam defender no curso da nossa história de emancipação política, **de parelha com uma libertária visão de mundo que talvez seja o mais forte componente do nosso visceral repúdio a toda forma de autocracia, ao lado da nossa conhecida insubmissão a fórmulas ortodoxas de pensar, fazer e criar.** Essa libertária visão de mundo que se inicia com a própria noção de deslimite geográfico deste nosso País-continente e que tanto plasma a santa rebeldia cívica de um Tiradentes quanto o mais refinado engenho tecnológico de um Santos Dumont, em par com a mais desconcertante ousadia estética de um Tom Jobim, um Garrincha, um Manoel de Barros, um Oscar Niemayer, uma Daiane dos Santos. Onde o padre Antônio Vieira falar que ‘seria mais fácil evangelizar um chinês ou um indiano do que o selvagem brasileiro’ (...) (tópico 78 do voto, grifos do autor, em negrito).

Ponto interessante a ser ressaltado é a valorização, por parte de Ayres Britto, de um elemento caro à história brasileira. Características que uma sociologia oficial de nosso país vincularia a nosso visceral atraso, e à falta de maturidade institucional e incompetência para efetivar a modernidade em nossas terras. A insubmissão, no argumento elogioso de Ayres, poderia ser muito bem tratada, como já o foi, como um dos fatores de nosso

---

<sup>161</sup> Sobre a identidade criativa que os índios nos legaram, Ayres Britto cita Tostão: “Essa identidade que nos torna sobremodo criativos e que o cronista Eduardo Gonçalves de Andrade (o ‘Tostão’ da memorável Copa do Mundo de 1970) assim magistralmente sintetiza: ‘o futebol e a vida continuam prazerosos e bonitos, porque, mesmo em situações previsíveis, comuns e repetitivas, haverá sempre o acaso e um artista, um craque, para transgredir e reinventar a história” (tópico 80 – II do voto).

hobbesianismo social, mas aqui ganha tons menos pejorativos e é apontada como um elemento fundamental de nossa criatividade, encarnada nos mais diferentes personagens de nossa sociedade, como a insubmissão de Tiradentes, por exemplo. Mais ainda, conforme a passagem explícita, é preciso reconhecer a importância dos índios na defesa de nossas fronteiras, ponto tradicionalmente olvidado e característico de uma injustiça histórica contra os indígenas. Ayres recorre a Eduardo Viveiros de Castro para afirmar que os índios são “a muralha dos sertões” (tópico 78 do voto).

E não é só. Até nosso mito oficial, encarnado na figura de Macunaíma, de Mário de Andrade, é de origem indígena, justamente de duas etnias com terras contempladas pela demarcação na Raposa Serra do Sol, os Macuxi e os Wapichana. Segundo Ayres Britto, citando Viveiros de Castro, portanto, os índios são “co-autores da ideologia nacional” (tópico 78 do voto).

Todo o voto é uma desconstrução da imagem do índio como um fator de atraso e empecilho para o desenvolvimento social e econômico do Brasil, e, em específico, do estado de Roraima. Se a ação foi movida inicialmente levando em conta esse raciocínio, Ayres Britto fez justamente atacar os argumentos dos autores da ação, ressaltando a importância histórica, política e cultural das populações indígenas para o Brasil. Ainda baseado na ideia de que os índios são os grandes produtores históricos de nossa criatividade, o ministro defende que ao Poder Público cabe proteger a culturalidade intraétnica dos indígenas para a reinvenção de sua própria cultura, e, desta forma, do próprio Brasil. Com isso, o que Ayres Britto propõe é a quebra de uma visão maniqueísta, através da qual o índio é visto como um problema e um elemento de atraso, que nos levou a “uma insensatez histórica somente comparada à ignomínia da escravidão de nossos irmãos de pele negra” (tópico 79 do voto).

O voto segue, na defesa da importância dos índios, traçando o *status* que a terra adquire diante das populações indígenas. Mais uma vez, o reforço argumentativo vem da antropologia, não do direito. A Constituição Federal se refere à proteção de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, mas não oferece elementos para compreendermos a relação que o índio tem com a terra:

As terras, então, a assumir o *status* de algo mais que útil para ser um ente. A encarnação de um espírito protetor. Um bem sentidamente congênito, porque expressivo da mais natural e sagrada continuidade etnográfica, marcada pelo fato de cada geração aborígine transmitir a outra, informalmente ousem a menor precisão de registro oficial, todo o espaço físico de que se valeu para produzir economicamente, procriar e construir as bases da sua comunicação linguística e social genérica (tópico 80 do voto).

A terra, conforme aponta a antropologia, para o índio, não é um direito, mas um ente, não um objeto comercial e fundiário, mas um elemento dotado de ancestralidade, e, por isso, é tão importante defender a proteção das terras indígenas. Ayres Britto se refere à necessidade de uma “hermenêutica diatópica” (tópico 80 – III do voto), expressão que recolhe de Boaventura de Souza Santos, para definir as terras indígenas não de acordo com o direito, mas, antes, levanto em conta os usos, os costumes e as tradições dos índios. E é justamente por ter levado em conta critérios antropológicos para a demarcação das terras da Raposa Serra do Sol que a Portaria que a determinou não sofre de vícios, conforme alegaram os senadores, autores da ação. Ayres Britto defende a autoridade<sup>162</sup> dos antropólogos que assinaram o laudo que orientou a demarcação das terras indígenas, apontando que “é mesmo o profissional da antropologia que incumbe assinalar os limites geográficos de concreção dos comandos constitucionais em tema de área indígena” (tópico 111 do voto).

O raciocínio de Ayres Britto se articula da seguinte forma: se os índios foram historicamente injustiçados, quando, de fato, são parte crucial da formação de nossa nação, importantes pelo legado que nos deixaram em relação à nossa criatividade e à nossa insubmissão à ortodoxia, já é tempo de se fazer justiça reconhecendo sua relevância para o Brasil; se, para eles, a

---

<sup>162</sup> Num exercício típico da retórica, reforçando a autoridade do argumento pela autoridade do orador: “(...) os antropólogos Maria Guiomar Melo e Paulo Brando Santilli. Este último indicado e permanentemente prestigiado pela Associação Brasileira de Antropologia, de cujos quadros societários faz parte como acatado cientista. Ele foi responsável pela confecção do parecer antropológico que, a partir dos estudos e levantamentos feitos pela Dra. Maria Guiomar (ela também um destacado membro da Associação Brasileira de Antropologia) (...)” (tópico 111 do voto).

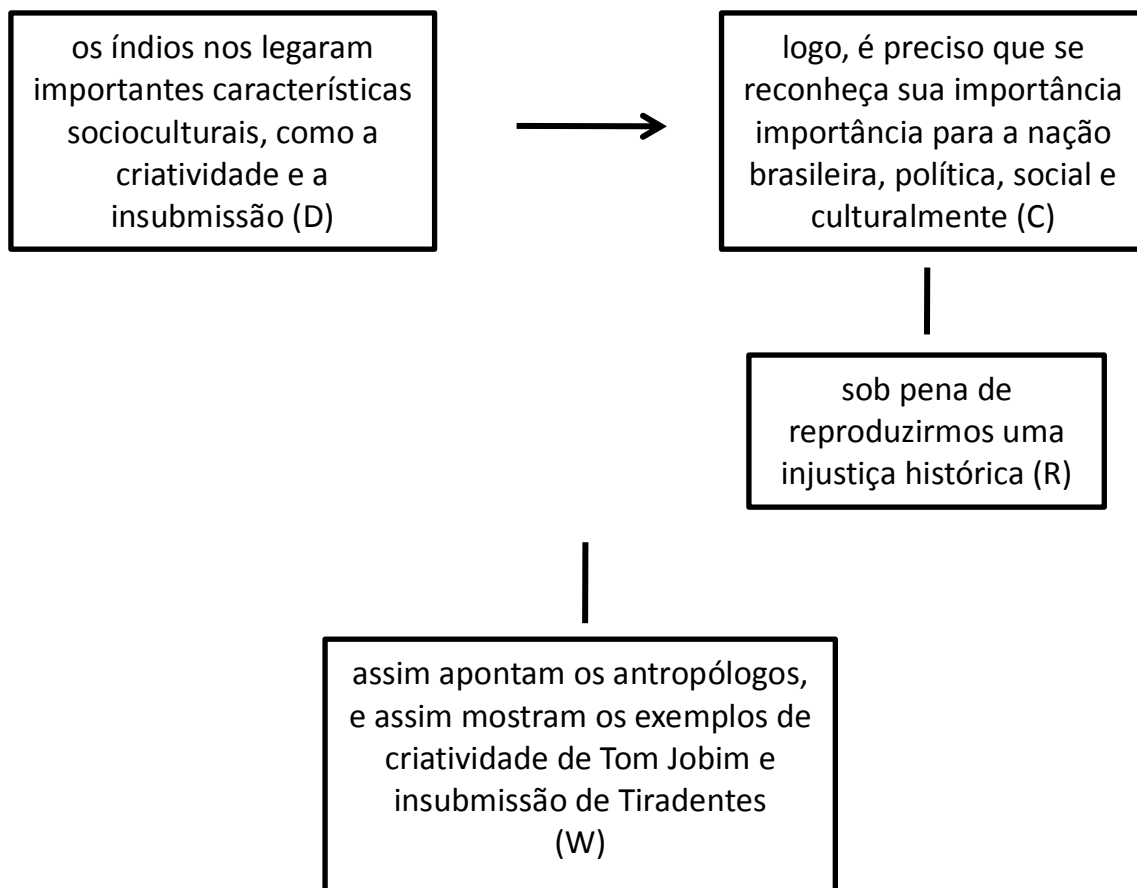
terra é mais do que um bem, mas, antes um ente, uma forma de valorizá-los é justamente a preservação de seu espaço físico e cultural; e é exatamente isso o que a demarcação das terras da Raposa Serra do Sol faz.

No entanto, o argumento prossegue não se detendo apenas no legado histórico que as populações indígenas nos deixaram, mas também tendo em vista as lições que ainda nos fornecem, como no caso das relações harmoniosas que os índios estabelecem com o meio ambiente. Neste ponto, Ayres toca em um elemento fundamental da sociedade moderna, qual seja, a preservação do meio ambiente. Nesse contexto, ele ressaltará que os índios são o exemplo de uma relação de compatibilidade com o meio ambiente e sua preservação, uma lição com a qual devemos aprender. Uma vez mais, o ministro recorre ao “abalizado testemunho intelectual” (tópico 87 do voto) de Viveiros de Castro, buscando a autoridade antropológica para reforçar a ideia de que os índios preservam o meio ambiente.

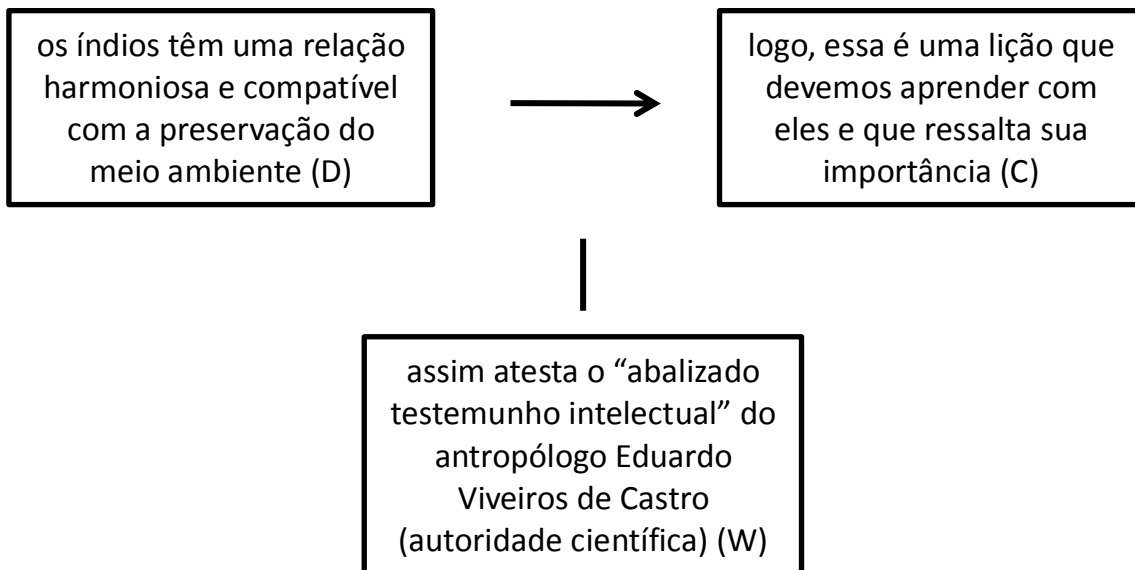
Por fim, Ayres Britto retoma a defesa de que a demarcação das terras indígenas não prejudica a manutenção e a proteção de nossas fronteiras. Na verdade, e ele recorrerá mais uma vez a exemplos históricos, as populações indígenas sempre tiveram atuação decisiva na preservação do território brasileiro: “pois os nossos aborígenes, amantes e profundos conhecedores da nossa geografia, sempre souberam se opor com toda eficiência e bravura às tentativas de invasões estrangeiras em nosso País” (tópico 102 do voto). Os índios, assim, ao contrário de impedirem a proteção adequada das fronteiras brasileiras, sempre a permitiram, quando em parceria com as forças armadas, ou a efetivaram, quando a exerceram por sua própria ação, conforme depoimento de Marina Silva, a quem o ministro define como uma “grande conhecedora da região norte desta nossa Terra de Santa Cruz” (tópico 103 do voto), dando ênfase à autoridade de quem fala.

Diante de todos esses argumentos, que levam em conta a importância da contribuição histórica dos índios para nossa composição sociocultural (herança de criatividade e insubmissão), e da atual (relação com o meio ambiente), o ministro Ayres Britto nega o pedido feito pelos senadores na ação popular e mantém a demarcação das terras indígenas da Raposa Serra do Sol. A seguir, seguem os layouts dos principais argumentos levantados pelo ministro.

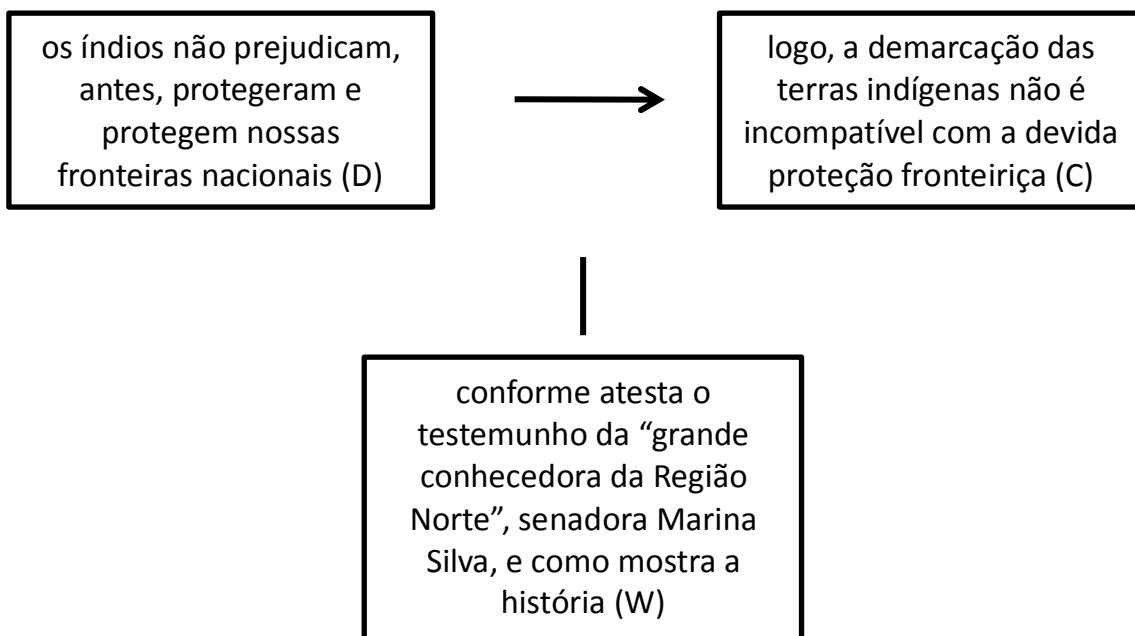
Argumento acerca da importância das populações indígenas para a nação brasileira – a herança da criatividade e da insubmissão:



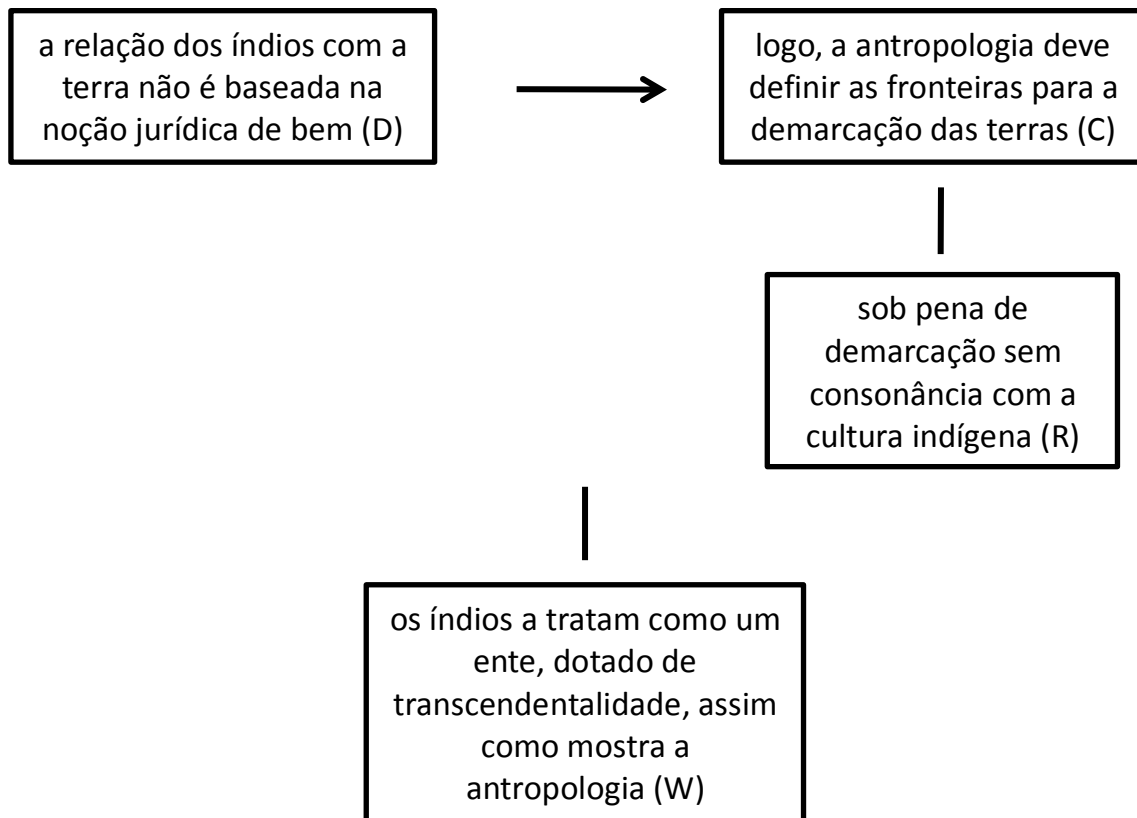
Argumento referente à lição que os índios podem nos dar, tendo em vista sua relação com o meio ambiente:



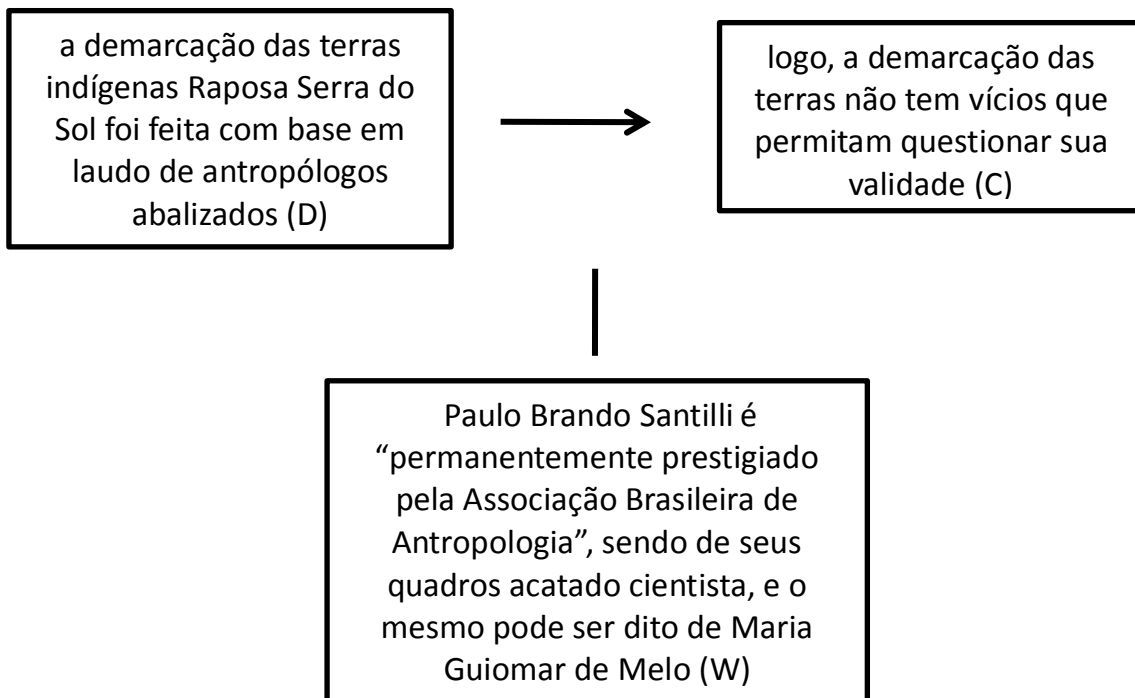
Argumento relativo à ausência de incompatibilidade entre a demarcação das terras indígenas e a proteção das fronteiras nacionais:



Argumento acerca do conceito de terra para os índios e da autoridade da antropologia para demarcação das terras:



Argumento acerca da ausência de vícios na demarcação das terras, em virtude da autoridade dos antropólogos:



O principal argumento mobilizado por Ayres Britto em seu voto é a defesa da importância das populações indígenas para a nação brasileira. A partir desse argumento central, construído com base na antropologia, na sociologia, na história e na política, todos os outros argumentos do ministro são organizados. O discurso do ministro, no próprio voto, é de que a Constituição fornecerá todos os elementos necessários para que o caso seja enfrentado. Porém, no pragmatismo exigido pela retórica, a decisão será sustentada por argumentos de outra natureza. O enfoque é o reconhecimento da herança fornecida pelos índios para a composição de nossa nação. A criatividade e a insubmissão dos índios são tomadas como duas características primordiais para a definição de quem somos. Os argumentos, nesse ponto, são históricos, sociológicos e antropológicos. A essa valorização são somados outros argumentos: o reconhecimento (socioantropológico) de que os índios têm muito a nos ensinar no que diz respeito à relação com o meio ambiente, e a defesa de que, politicamente, eles são aliados, e não obstáculos, para a manutenção e proteção de nossas fronteiras. A demarcação das terras da Raposa Serra do



Sol é defendida em torno do reconhecimento dessa importância dos índios, e não em virtude, apenas, de algum elemento normativo.

#### 7.4. Sobre o processo do mensalão

O processo do mensalão não foi alvo, por parte deste estudo, da mesma análise empreendida para os demais casos, até aqui analisados. Nossa concentração, em relação ao mensalão, foi sobre as consequências que a decisão teve para a relação entre o direito e a política, e entre o direito e a sociedade. Assim, não analisamos, a partir do padrão argumentativo proposto por Toulmin, o conteúdo de cada um dos votos dos ministros no caso. O que fizemos foi estudar, a partir da forma como a grande mídia abordou o tema, como a sociedade reagiu diante do caso e que implicações ele teve para a relação estabelecida entre o direito e a política.

A partir desse tipo de enfoque, a análise do mensalão nos forneceu material para ressaltar a importância de uma teoria da ação para a compreensão das relações que o direito estabelece com a política e com a sociedade. No caso do mensalão, mais do que em qualquer outro que tenha sido levado à apreciação do STF, o papel da corte e dos seus ministros esteve em tamanha evidência que a própria ideia de justiça foi encarnada no tribunal constitucional e na figura de ministros como Joaquim Barbosa. O direito se tornou justiça, nas mãos dos votos dos ministros do STF. Corte e juízes fizeram com que, diante da população e conforme ressalta a abordagem da grande mídia, o direito se apresentasse como o pedagogo social de uma nação que não pôde confiar historicamente em sua política. Apesar das consequências positivas que podem ser percebidas a partir da decisão do processo do mensalão, é preciso observar outro tipo de consequência, que gera uma espécie de *cibernofobia*<sup>163</sup> e de demofobia, em benefício de uma exaltação do

---

<sup>163</sup> Neologismo criado a partir do grego clássico, querendo significar a ojeriza e o horror à política. Luhmann, na *Introdução à Teoria dos Sistemas*, como vimos no capítulo 4, se refere ao termo 'cibernética' como significando, originalmente, em referência ao grego, a condução do navio. No entanto, os significados do termo são mais amplos. Como substantivo, (ἡ) κυβερνήσις pode significar: 1. condução do navio; pilotagem; 2. governo (de cidade); administração; 3. bíbl. orientação inteligente; sabedoria. Como verbo, Κυβερνώω admite as seguintes traduções: 1. governar com o timão; pilotar; 2. dirigir; conduzir; . dirigir; governar (MALHADAS, Daisi *et al.* *Dicionário Grego-Português*. 5 volumes. São Paulo: UNESP, 2007. p. 99, v. 3). Nesse sentido, ao utilizarmos o termo *cibernofobia*, estamos nos referindo ao horror

direito, gerando a defesa de uma *nomocracia*. Em geral, esta consequência foi olvidada pela abordagem que se faz do processo do mensalão, tanto por críticos quanto por entusiastas. A relação que daí resulta, pensamos, não pode ser separada da consideração do papel que atores específicos desempenharam neste processo. Por isso, a defesa de uma teoria da ação.

Toda a análise que daí resulta está reunida em um conjunto de ensaios sobre o mensalão, que ocupam os anexos, de I a V, desta tese. Conforme ressaltamos na Introdução, os anexos não devem ser tratados como uma exposição de ideias assessórias ou secundárias, que ajudam a compreender o corpo argumentativo central, exposto no texto principal. Na verdade, no que diz respeito a este trabalho especificamente, os anexos são parte integrante do argumento central que pretendemos construir. Seu posicionamento nos anexos não se deve à condição de argumentos assessórios, mas, antes, à diferença de construção do argumento, visto que estão dispostos sob a forma de ensaios, o que os diferencia do restante do texto, principalmente do ponto de vista linguístico. Contudo, sua importância para a tese é tão grande quanto a do restante do trabalho.

\*\*\*\*\*

Os argumentos que aqui analisamos, em três diferentes e recentes casos levados à apreciação do STF, mostram que os argumentos centrais utilizados pelos ministros para a construção e justificação de seus votos são extrajurídicos. Os argumentos jurídicos também são mobilizados, não há dúvida, principalmente, em relação ao comando final da decisão, onde o código binário proposto pela Teoria dos Sistemas se faz presente. No entanto, conforme argumentamos, a decisão não é composta somente disso.

Do que, afinal, é feito o voto de um ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro em um caso como o da definição do reconhecimento da união homoafetiva, da autorização do aborto de feto anencefálico e da demarcação de terras indígenas? Ele é composto, essencialmente, do quê? O

---

ao governo e à condução da sociedade, não somente do atual governo, querendo se referir a quem está no poder no momento em que a análise é feita, mas, antes, ao próprio ato de governar. Por isso, a cibernofobia é um sentimento de ojeriza à própria política.

voto, e, portanto, a decisão que o acompanha, são compostos única e exclusivamente de seu comando, ou seja, se uma lei é ou não inconstitucional, tomando como exemplo o caso específico de uma ADI? Ou ele é feito de algo mais? Se partirmos do princípio de que os discursos pronunciados em contextos de decidibilidade são apenas formados pelo comando final que emitem, qual é a real necessidade de todo o argumento construído em torno dessa decisão final, que, em última instância, lhe dá suporte?

De acordo com uma perspectiva influenciada pela Teoria dos Sistemas, poderíamos dizer que, no caso do direito, as decisões são tomadas em função do código interno do sistema do direito, a partir do binômio lícito/ilícito. Assim, adaptando o código para a seara constitucional, no caso de uma ADI, por exemplo, o binômio seria constitucional/inconstitucional. A decisão definiria se a lei, ou um dispositivo de lei, está em conformidade com a Constituição Federal ou não, e seria justamente isso o que faria com que tal decisão fosse tratada como uma decisão jurídica. Essa abordagem teria como enfoque o comando final da decisão, mas não sua fundamentação, que seria, no máximo, vista como acessória.

A decisão, contudo, deve ser fundamentada. Para tanto, é preciso arregimentar argumentos que sejam capazes de dar sustentação ao comando final, convencendo os pares (no caso do STF), e a sociedade como um todo, de que a decisão tem elementos que lhe dão o suporte necessário. Convencer e persuadir são temas chaves para a retórica. O discurso que dá sustentação a um voto na seara do direito é tão importante quanto o seu comando. O comando de uma decisão, conforme normas criadas pelo próprio direito, não pode vir desacompanhado de uma justificativa, sob pena de não ser aceita.

O objetivo dos argumentos que compõem a decisão é justificá-la, mas também persuadir os interlocutores. Os argumentos de uma decisão no âmbito do direito, por exemplo, não podem ser pensados, única e exclusivamente, sob um viés estético ou protocolar. Não se argumenta, e se esforça em obter argumentos mais robustos, apenas para ornar a decisão, dando-lhe um verniz erudito. Assim, o recurso à antropologia, à sociologia, à política, à biologia, à medicina, à filosofia, como vimos nos votos anteriormente analisados, não se refere apenas a uma demonstração vazia de erudição, não desempenhado mais do que um papel estético na decisão. Argumentar envolve, antes de tudo,

o convencimento de si próprio, visto que o próprio raciocínio é uma forma retórica de lidar consigo mesmo.

Do mesmo modo, a argumentação não se encontra ali somente para cumprir uma regra proposta pelo direito, respeitando o protocolo previsto. O esforço argumentativo, que se vê em cada voto proferido pelo STF, principalmente nos casos em que há grande repercussão social, como aqueles que aqui escolhemos para análise, nos autoriza a compreender que a decisão é mais do que seu comando final. Os argumentos que a compõem são suas partes integrantes, e não podem ser desprezados.

Mesmo que uma abordagem sistêmica, em relação à qual nos opomos durante toda a tese, fosse mantida, seria difícil negar que os argumentos que dão suporte à decisão no direito, em regra, encontram seus fundamentos fora do direito. A teoria sistêmica equacionaria esse problema através do enfoque no comando final da decisão, como ressaltamos, reconhecendo o código que opera no interior do sistema, mas não prestaria a devida atenção aos argumentos que foram arregimentados para que tal comando fosse proferido. Tanto como este, os argumentos são parte fundamental da decisão.

De acordo com a linguagem da Teoria dos Sistemas, podemos imaginar que os argumentos externos ao direito irritam o sistema, fazendo com que, dentro do próprio direito, o código jurídico reaja a essas irritações, produzindo uma resposta interna e própria do sistema. Com isso, as bases da teoria sistêmica seriam mantidas, permanecendo sem danos os alicerces que sustentam a teoria. Isso nos obrigaria a reconhecer que, no que diz respeito às decisões jurídicas, apenas o comando da decisão faz parte do sistema do direito, mas não os argumentos que a construíram. Estaríamos diante, assim, de uma redução, ou segmentação, da decisão judicial. O comando final mostra que a decisão é jurídica, pois respeita o código e a produção da comunicação própria, ao passo que a construção argumentativa que o suporta, composta por elementos extrajurídicos, não seria considerada como parte do sistema do direito, visto que baseada em outros códigos, sendo parte da produção de comunicações de outros sistemas.

Outra abordagem possível diria respeito a considerar que os argumentos externos ao direito passariam a fazer parte do sistema na medida em que pudessem ser reconvertidos em argumentos jurídicos. Diante disso, qualquer

argumento poderia compor a decisão jurídica, desde que o direito pudesse, através de seu código e linguagem próprios, reconvertê-lo. No entanto, o poder explicativo dessa perspectiva é bastante reduzido. Ela sempre oferece uma explicação posterior e tautológica à reconversão dos argumentos: os argumentos passam a ser jurídicos porque o sistema jurídico os converteu. Além disso, como vimos, os argumentos dos ministros não são reconvertidos, pelo menos não todos, para argumentos jurídicos. Através de nossa análise, não fica difícil perceber que os argumentos que compõem as decisões judiciais, inclusive desempenhando um papel central, são extrajurídicos, sem que haja reconversões.

É neste ponto que uma teoria da ação exerce importância crucial. Os votos dos ministros da Suprema Corte que aqui analisamos representam uma necessidade do sistema (do campo ou da estrutura) de emitir, em qualquer circunstância, uma decisão, pressionado por uma regra do próprio ordenamento jurídico. Isso leva ao pragmatismo do agir dos juízes. O sistema precisa decidir e quem exerce essa ação são pessoas específicas, ocupando um papel específico. A Teoria dos Sistemas abordaria o tema, como vimos, sob outra perspectiva, excluindo os atores humanos. No entanto, a decisão é um fazer prático, e depende que atores ajam. A construção de uma decisão é feita com base em um conjunto de ações, onde agentes lançam mão de argumentos específicos em busca do convencimento (conforme defendemos, de si, dos pares e da sociedade como um todo). Esse agir é, ao mesmo tempo, possibilitado e limitado pelas estruturas do campo (ou sistema) e pela ação dos indivíduos. A princípio, poderíamos atribuir esse agir ao papel, e não ao indivíduo que o ocupa. Essa solução, de todo modo, não satisfaria à proposta da Teoria dos Sistemas. Contudo, defendemos, a ação é a de *um indivíduo em um papel*, sem que precisemos, *a priori*, abrir mão de qualquer um desses elementos para que a análise seja levada a cabo. Essa ação, porém, não necessariamente tem que se abordar a partir de um viés voluntarista, através do qual o indivíduo tem controle total sobre as consequências de sua ação. Reconhecer que não há controle absoluto das consequências não nos leva, contudo, a desconsiderar a importância da ação para a análise. A ação dos indivíduos pode alterar determinadas estruturas do campo, mesmo que eles

não tenham controle total sobre isso. E a consideração dessa ação é fundamental em contextos de decidibilidade.

A análise dos votos, que aqui empreendemos, mostra que a decisão passa pela retórica. Isso, por si só, conforme vimos no capítulo anterior, implica o reconhecimento de indivíduos atuantes. Quem decide é o ministro, e, com isso, será ele, enquanto ator, que escolherá os argumentos dos quais se valerá para que a decisão seja construída. A ação é dele, com base, como já reforçamos, nos limites do sistema/campo (que, muitas vezes, são desconhecidos ainda), e *não do próprio sistema*. Por isso, argumentos políticos, sociológicos, médicos, etc, podem ser mobilizados, sem que saibamos, de antemão, quais serão os mais ou menos persuasivos em cada caso. Argumentativamente, o direito e outros campos sociais, como a política, se relacionam a partir da retórica. Esse enfoque da relação entre os campos sociais, com base nos argumentos, pode ser evidenciado justamente por uma teoria da ação. Os atores (juízes) fazem circular, com base em sua ação, em seu fazer prático, através do qual, necessariamente, uma decisão precisa ser produzida, argumentos das mais diferentes naturezas. A relação entre o direito e a política pode ser percebida, assim, também sob o aspecto argumentativo, a partir do qual a política mostra ter muito a oferecer para o direito.

O direito, contudo, conforme vimos, tem muita dificuldade em lidar com esse tipo de raciocínio. Há uma espécie de concorrência de discursos no campo do direito, inúmeras vezes contraditórios, mas utilizados como complementares. O discurso oficial do campo é o da neutralidade, o que coloca qualquer influência externa, inclusive argumentativa, sob suspeita. No entanto, quando acusado dos perigos de seu autismo social, o direito reage, imediatamente, como um instrumento que deve estar atento a critérios de moralidade, principalmente, os vinculados à noção movediça de justiça. Uma passagem do voto do ministro Marco Aurélio, na ADI 4277, sobre a união homoafetiva, ilustra bem este ponto:

Já se concluiu que o Direito sem a moral pode legitimar atrocidades impronunciáveis, como comprovam as Leis de Nuremberg, capitaneadas pelo Partido Nazista, que resultaram na exclusão dos judeus da vida alemã. A ciência do Direito

moralmente asséptica almejada por Hans Kelsen – a denominada teoria pura do Direito – desaguou na obediência cega à lei injusta, e a história já revelou o risco de tal enfoque. O Direito, por ser fruto da cultura humana, não pode buscar a pureza das ciências naturais, embora caiba perseguir a objetividade e a racionalidade possíveis. (...) Por outro lado, o Direito absolutamente submetido à moral prestou serviços à perseguição e à injustiça, como demonstram episódios da Idade Média, quando uma religião específica capturou o discurso jurídico para se manter hegemônica. Como se sabe, as condenações dos Tribunais da Santa Inquisição eram cumpridas por agentes do próprio Estado – que também condenava os homossexuais, acusados de praticar a sodomia ou o “pecado nefando” que resultou, para alguns, na destruição divina da cidade de Sodoma, conforme é interpretada a narrativa bíblica (p. 5 – 6 do voto, na ADI 4277).

O receio da sociedade é de que o direito se feche, hermeticamente, a demandas sociais e a critérios de justiça social, permanecendo atento apenas a si mesmo. O receio dos juristas é que o direito seja, como já o foi, instrumentalizado pela política e pela moral (principalmente, quando utilizada para fins políticos), perdendo sua identidade própria, e olvidando as reais necessidades sociais. Assim, não cremos que os exemplos dados por Marco Aurélio sejam contrários, mas, antes, complementares. O receio é, sempre, o de que o direito não seja capaz de estar atento à sociedade que o entorna. Ele não pode ser instrumentalizado pela política, mas, igualmente, não pode ignorar suas contribuições. O estudo da decisão judicial nos *hard cases*, com base na retórica e em uma teoria da ação em contextos de decidibilidade, parece-nos um caminho pertinente para que as contribuições entre o direito e a política, e entre o direito e a sociedade possam ser pensadas de forma não reducionista.

## Conclusão

Os argumentos centrais que dão sustentação aos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal nos casos difíceis são extrajurídicos. Essa primeira conclusão coloca em perspectiva a forma como o direito se relaciona com outros campos sociais, em especial, com a política e com a sociedade. A análise dos votos mostra que a decisão judicial, nestes casos, é construída através da argumentação dos juízes, através de entimemas, cujo conteúdo não se restringe somente ao direito.

De saída, esse ponto já poderia ser alvo de objeções. Uma delas se relacionaria ao fato do que pode ser considerado como extrajurídico e como pertencente ao direito. Por isso, recorreremos à análise da Teoria dos Sistemas como afinada com o discurso oficial do direito sobre si próprio. A teoria sistêmica, não só na proposta de Luhmann, mas também a partir de seus desdobramentos, propõe o direito como um sistema que produz, a partir de sua operação interna, uma comunicação específica, baseada em um código binário, lícito/ilícito. O que não é produzido como comunicação tendo em vista esse código é estranho ao sistema, pertencendo ao meio. Assim, o argumento jurídico seria aquele que faz referência ao código característico do sistema.

Uma segunda objeção se direcionaria à centralidade desses argumentos para a decisão. Mesmo que se supere a objeção anterior, ainda restaria justificar os argumentos chamados de extrajurídicos como fundamentais para a decisão, e não somente como elementos secundários, como adornos de demonstração de erudição por parte dos ministros, com o intuito de reforçar o convencimento do auditório (dos pares e da sociedade), que, de qualquer maneira, seria obtida com o núcleo meramente jurídico da decisão.

Outra objeção, ainda com base na afirmação que abre esta conclusão, poderia ser dirigida à escolha da argumentação como um enfoque adequado para o estudo das relações entre o direito e a política. Tal abordagem poderia ser considerada reducionista em relação às diversas formas através das quais o direito e a política se relacionariam. Ainda, nessa esteira, sob a acusação de reducionismo, poderia ser questionada a escolha do Supremo Tribunal Federal, cujas decisões foram objeto de estudo. Evidentemente, o direito não se relaciona com a política somente a partir dos argumentos que os ministros do



STF mobilizam para suas decisões. O mesmo pode ser dito em relação à representação do STF para o direito. Este último não pode ser pensado, apenas, como a atuação daquele.

Ainda uma última objeção quanto à primeira afirmação que aqui fizemos. A escolha dos casos difíceis, como objetos de análise, poderia levantar questões acerca do que estamos chamando de casos difíceis, e, mesmo que aceita a definição que oferecemos, poderíamos ser objetados quanto ao fato de eles se apresentarem como exceções, não correspondendo ao trabalho cotidiano da corte, relacionado a tantos outros casos que, levados à apreciação do STF, não são tomados como *hard cases*.

A conclusão de que os argumentos extrajurídicos dão sustentação às decisões do STF nos casos difíceis foi estabelecida a partir da análise dos votos dos ministros nos três casos que aqui escolhemos para estudo: o reconhecimento da união homoafetiva, a desconsideração do aborto de anencéfalos como prática criminosa e o questionamento da demarcação das terras indígenas Raposa Serra do Sol. No entanto, se é conclusão para o estudo empírico que fizemos, exposto no capítulo 7 da tese, ela se apresenta, ao mesmo tempo, como o ponto de partida para a investigação teórica, destinada a compreender como essa conclusão nos permite dar outro enfoque às relações entre o direito, a política e a sociedade.

Quando escolhemos a argumentação como o enfoque para o estudo dessas relações, não pretendemos afirmar que o direito e a política se relacionam, *exclusivamente*, ou mesmo, *principalmente*, através de argumentos mobilizados por juízes do Supremo Tribunal em decisões específicas. De fato, se assim procedermos, teríamos que dar razão à crítica ao reducionismo dessa proposta, que forneceria uma visão pálida do grande espectro dessas relações. Contudo, ao mesmo tempo, não podemos deixar de reconhecer que este é um dos canais através dos quais o direito e a política podem se comunicar, produzindo, inclusive, alterações significativas nas relações que estabelecem entre si, e também em relação à sociedade. Se as relações entre o direito e política não são apenas argumentativas, no bojo de decisões judiciais, por maior que seja sua repercussão social, *elas são isso também*. A escolha da argumentação como enfoque se deveu ao reconhecimento, em trabalhos anteriores, de que a retórica era o mecanismo pelo qual os ministros do STF

estabeleciam suas decisões. A organização dos argumentos, seguindo a estrutura do argumento proposta por Toulmin, como vimos no capítulo 6, mostra que os argumentos têm caráter entimêmico, operando a partir de saltos lógicos e com base em premissas somente possíveis, mas não absolutamente dotadas de certeza.

Uma vez reconhecido que os votos são construídos do ponto de vista retórico, as principais características da retórica foram mobilizadas para explicá-los. Mesmo não sendo objeto de interesse direto desta tese, como foi em outro momento, é interessante reforçar a importância da retórica, arte, como vimos, tão questionada em suas possibilidades ao longo de toda a história do pensamento ocidental. Apesar das severas críticas que recebeu e do recrudescimento que experimentou, a retórica, resgatada, passou a ser reconhecida como um instrumental teórico fundamental em uma série de contextos. Sem dúvida alguma, o direito, e mais especificamente, a decisão judicial, é um palco privilegiado para sua aplicação.

Mas, mesmo reconhecendo a retórica como um instrumental adequado para o estudo da decisão judicial, isso não implica, necessariamente, que estamos diante de um canal de comunicação entre a política, o direito e a sociedade. Afinal, as decisões podem ser tomadas do ponto de vista da retórica, mas mantendo-se com base apenas no direito. A política e a sociedade não fariam parte desse jogo apenas por conta da decisão ser formulada retoricamente. De fato, é possível que se esteja no âmbito da retórica e que, ao mesmo tempo, as decisões sejam tomadas apenas com base em uma argumentação estritamente jurídica. No entanto, será com base em características próprias da retórica que outros campos sociais poderão fazer com que seus argumentos constituam, como parte fundamental, a estrutura das decisões.

Como vimos no capítulo 6, a retórica é a arte da persuasão. Seu objetivo primordial de produzir convencimento, mesmo quando as premissas não são dotadas de certeza, contudo, não é desprovido de elementos éticos. Não se trata do convencimento a qualquer custo, o que legitimaria as críticas que recebeu, desde Platão, como a arte do engodo e da ilusão. Para que o convencimento seja produzido, é preciso levar em consideração, entre outras coisas, as características do auditório (dos interlocutores). Sendo assim, a

escolha dos argumentos que serão mobilizados é circunstancial, dependendo do tipo de discurso que está sendo produzido e do contexto em que está sendo desenvolvido. Ponto fundamental da retórica aristotélica é a caracterização de diferentes gêneros de discurso. Conforme ressaltamos, esses diferentes tipos discursivos são dotados de características próprias, que os individualizam. Os conteúdos, os lugares próprios de cada gênero, os fins buscados, o tempo próprio de cada um deles, são características que possibilitam a diferenciação, em Aristóteles, do discurso judicial, do deliberativo (político) e do epidíctico.

Embora cada um deles tenha suas próprias singularidades, Aristóteles afirma que uma das principais características dos gêneros discursivos é a fluidez de argumentos entre eles. Ou seja, argumentos políticos integram discursos jurídicos, assim como a recíproca é verdadeira. Isso faz parte da retórica. Onde ela está presente, os argumentos são mobilizados, dependendo, como já afirmamos, das circunstâncias de produção do discurso. Michel Meyer, na linha de Aristóteles, afirma que as linhas que demarcam os limites entre os gêneros discursivos são essencialmente tênues. Os argumentos circulam sem que haja um controle absoluto, mesmo que se tente, sobre eles.

Com base nessa caracterização aristotélica dos diferentes tipos de discurso e da fluidez argumentativa que os permeia, é possível entrever o canal de comunicação que se forma entre o direito, a política e a sociedade. Se reconhecemos que os votos dos ministros do STF são produzidos retoricamente, é preciso reconhecer também que a fluidez argumentativa está presente. Assim, argumentos políticos, e de outros setores sociais, são mobilizados para compor o discurso jurídico de uma corte. Uma decisão no âmbito do direito, se produzida retoricamente, dificilmente, será fundada apenas em argumentos estritamente jurídicos. O recurso a elementos externos tendem a aumentar quanto mais complexo for o caso apresentado à apreciação da corte. No cerne dessa discussão, a persuasão. Como o objetivo último da retórica é a produção do convencimento, não é possível estabelecer, de antemão, que o argumento jurídico, em determinados casos, será mais persuasivo do que um argumento oriundo da política, por exemplo. Além disso, nem sempre haverá um argumento jurídico claro e disponível para sustentar uma decisão.

Desta forma, a política e a sociedade passam a integrar as decisões judiciais, na medida em que, a fim de produzir justificação e convencimento, os argumentos oferecidos pelo direito podem não se apresentar como os mais persuasivos. A utilização de argumentos externos ao direito, vale ressaltar, não é, contudo, obrigatória. Os argumentos externos serão utilizados de acordo com as circunstâncias. Ao juiz, em seu fazer prático, caberá produzir o convencimento de si, dos pares e da sociedade, e, para tanto, mobilizará os argumentos que julgar mais persuasivos, desde que possíveis, tendo em vista os limites oferecidos pelo próprio campo. Nem sempre, eles serão encontrados no próprio direito.

Nesse ponto, é importante ressaltar, mais uma vez, que não estamos diante, quando lançamos mão da retórica, de uma persuasão a qualquer custo. Aristóteles falava de uma submissão do convencimento a elementos éticos, à busca legítima acerca da verdade. Segundo ele, quem persuade com base no possível o faz tendo em mente a busca da verdade. Raul Magalhães, com base em Boudon, afirma que o convencimento não se dirige apenas aos interlocutores, mas, fundamentalmente, a si próprio, já que todo raciocínio é uma forma de persuasão. Essa é uma ideia poderosa para afastar a crítica platônica, e as dela derivadas, em relação à ilusão sofista que poderia ser produzida a partir da retórica. A persuasão de si é um elemento que submete a retórica a limites.

Como afirmamos anteriormente, esse não é o único canal de comunicação entre o direito, a política e a sociedade, mas, sem dúvida, é um que não pode ser desprezado. Via argumentação, política e sociedade podem produzir influências no direito, alterando o próprio campo e a forma como é percebido socialmente. Uma palavra sobre sociedade. Quando nos referimos a ela, do ponto de vista da argumentação, queremos dizer os demais campos sociais, como a sociologia, a medicina, a economia, etc, assim como os grupos e atores sociais que, ligados ou não a esses campos, são capazes de vocalizar argumentos que influenciam as decisões. Ainda, sociedade se refere também ao conjunto da população em geral, manifestada na opinião pública, capaz, igualmente, de influenciar as decisões, principalmente, tendo em vista suas consequências.

Isso nos leva a enfrentar a última objeção que expusemos anteriormente, qual seja, o motivo da escolha, para estudo, do STF e dos *hard cases*. O Supremo Tribunal, de fato, não é o direito. Contudo, ele *faz parte* do direito, e seu papel não pode ser desprezado para a compreensão do direito como um todo. O reducionismo de tratar o STF como o próprio direito é tão nocivo quanto o reducionismo de desconsiderar a importância da corte para o estudo do direito. O fenômeno da judicialização da política, mesmo que não direcionado, única e exclusivamente, para a Suprema Corte, permite perceber a importância que ela adquiriu nos últimos anos. Os chamados *hard cases* ressaltam ainda mais esse destaque. Entendemos os casos difíceis como aqueles para os quais o direito não apresenta uma resposta clara e pronta, conforme definição de Dworkin, mas também aqueles nos quais, mesmo com uma resposta dada pelo direito, ela é percebida como insuficiente para produzir o convencimento necessário para dar suporte a uma decisão.

Os casos difíceis, além de o serem do ponto de vista argumentativo, oferecendo obstáculos para o estabelecimento de uma decisão, o são também em virtude da repercussão social que produzem. Essa característica está amarrada com a anterior. A repercussão social envolve a opinião pública, portanto, a sociedade. As consequências da decisão passam a pesar tanto quanto a disponibilidade ou não de argumentos jurídicos que deem sustentação à decisão. Mesmo com o direito apresentando argumentos suficientes para o desfecho do caso, suas consequências fazem com que os juízes necessitem de argumentos mais persuasivos, que não convençam apenas seus pares na corte, mas também a sociedade como um todo.

A repercussão social, evidentemente, não tem lugar em virtude de discussões meramente técnicas e jurídicas. Ela envolve temas de interesse geral, que mobilizam a sociedade, pelo menos boa parte dela. Esses temas extrapolam, não somente em relação às consequências, mas também em virtude dos conteúdos que envolvem, o âmbito estritamente jurídico. A judicialização da política aponta para o deslocamento do centro decisório para o direito, no que diz respeito a temas sociais que antes eram resolvidos no plano da política. Como resolver temas de diferenciadas naturezas com base apenas em argumentos jurídicos?

O estudo dos *hard cases*, portanto, coloca em cena temas polêmicos e controversos, que, por envolverem grande interesse social e elementos de diversas naturezas, evidencia a utilização dos argumentos extrajurídicos, por parte dos juízes, para a construção das decisões. Isso não quer dizer que, em casos de menor repercussão, que não foram aqui analisados, o recurso a argumentos extrajurídicos não ocorra. No entanto, quanto maior deva ser a força persuasiva dos argumentos, maior a chance de eles serem buscados fora do direito.

Como o STF tem se apresentado como o principal tribunal ao qual são expostos os *hard cases*, é evidente que a escolha para análise tenha recaído sobre a corte. Assim, como no argumento anterior, não quer dizer que em outros tribunais o recurso a argumentos externos ao direito não seja uma prática. Contudo, a evidência que o STF adquiriu o coloca como a principal instituição, na sociedade brasileira contemporânea, representativa do direito. Para muitos, o STF é a nova cara do direito. Diante disso, seu estudo ganha caráter central.

Até aqui, construímos uma linha argumentativa que defende a escolha da argumentação como um enfoque importante para a compreensão das relações entre sociedade, política e direito, o que nos leva aos instrumentos teóricos e metodológicos oferecidos pela retórica, assim como justificamos a escolha, como objeto de estudo, dos casos difíceis levados à apreciação do STF, com base em sua repercussão social, no envolvimento de temas complexos e na centralidade que a corte tem para o direito brasileiro. No entanto, é preciso ainda enfrentar as duas primeiras objeções que levantamos anteriormente, que dizem respeito, respectivamente, ao caráter extrajurídico dos argumentos mobilizados pelos ministros e sua centralidade para a decisão estabelecida.

Para diferenciar argumentos jurídicos de extrajurídicos podemos lançar mão do discurso do próprio direito em relação a esse ponto. Se tomássemos como ponto de partida uma visão derivada de um positivismo radical, o argumento jurídico seria aquele que faz referência a alguma norma positivada, que poderia ser encontrada no ordenamento jurídico. Do ponto de vista da Teoria dos Sistemas, conforme apresentamos nos capítulos 4 e 5 desta tese, a perspectiva de um sistema jurídico autopoiético põe ênfase no código binário

que caracteriza o direito, o lícito/ilícito (que Luhmann, na verdade, se refere como direito/não direito). Como todo sistema funcional é uma diferença em relação ao meio que o entorna, realizando uma operação interna destinada a manter essa diferença, o código binário é o responsável por produzir a comunicação específica do sistema. No caso do direito, o argumento jurídico é aquele que estabelece uma comunicação com base no código lícito/ilícito. Isso amplia, de fato, a compreensão do que é um argumento jurídico, visto que ele pode ser estabelecido em qualquer lugar, e não apenas nas instituições propriamente jurídicas, como nos tribunais, por exemplo. Assim, onde haja a produção de uma comunicação com base nesse código, estaremos diante do sistema do direito.

Observando por esse viés, as decisões judiciais que analisamos seriam, simultaneamente, jurídicas e não jurídicas. Os argumentos jurídicos estariam presentes, juntamente com argumentos oriundos de outras fontes externas ao direito. Poderíamos considerar que, uma vez utilizado pelo direito, no âmbito de uma instituição jurídica, como o STF, o argumento passaria, por conta disso, a ser jurídico. Essa é uma abordagem, pensamos, sem valor explicativo. Seria direito, do ponto de vista argumentativo, para análise da decisão judicial, tudo aquilo do que o direito se vale para argumentar. Assim, um argumento político, uma vez usado no âmbito da decisão judicial, passaria a ser jurídico.

Outra abordagem para o entendimento dessa questão poderia ser extraída de um ponto comum entre Dworkin e a Teoria dos Sistemas de Luhmann. Dworkin fala da necessidade de se converter argumentos de política em argumentos de princípio, permitindo seu uso no direito. Para Luhmann, elementos externos ao sistema poderiam ser captados por ele (segundo a apropriação de Luhmann no direito, é o próprio sistema que age, buscando se irritar com o meio), irritando-o, o que levaria o sistema, internamente e a partir de si mesmo, a reagir a essa irritação. Contudo, nenhuma interferência direta no sistema poderia ser admitida neste registro. Levando essa proposta à argumentação, todo argumento externo ao direito, para ser utilizado no sistema, precisaria ser reconvertido em um argumento jurídico. Embora esse não seja um ponto claro na proposta de Luhmann, visto que sua abordagem não tem enfoque no papel da argumentação, poderíamos pensar que essa reconversão diga respeito à utilização do código binário do direito.

A Teoria dos Sistemas angariou inúmeros adeptos no direito. Sua proposta de sistemas sociais autônomos, funcionais, autorreferenciados e autopoiéticos apresenta, aos olhos dos juristas, uma afinidade enorme com o discurso oficial do direito e com a trajetória de descolamento, científico e político, do direito em relação a outras áreas do conhecimento. Boa parte dos pressupostos da Teoria dos Sistemas foi assimilada pelo direito, tanto do ponto de vista da teoria, quanto em relação à prática dos agentes envolvidos com o direito. Por isso, ela foi tomada como contraponto para a perspectiva que pretendemos construir nesta tese.

Voltando ao ponto que nos propomos a enfrentar. Os argumentos que o direito toma como seus, referidos a normas, valores ou princípios, independente de qual seja a orientação adotada, compartilham com uma visão próxima ao positivismo a ideia de que o direito deve se decidir com base no próprio direito. Com isso, argumentos que não podem ser reconvertidos em argumentos jurídicos, ou que não encontram no ordenamento jurídico previsão para utilização, não seriam argumentos propriamente jurídicos, e deveriam, para a manutenção da autonomia do sistema, não ser utilizados em contextos decisórios. A forma de lidar com a ideia de autonomia também será cara ao direito, e, mais uma vez, a Teoria dos Sistemas será apropriada pelo campo para enfrentar essa questão. No entanto, antes de nos envolvermos com essa discussão, é preciso ainda encarar o segundo obstáculo que levantamos nessa conclusão, que diz respeito à centralidade dos argumentos que chamamos de extrajurídicos para a decisão.

Na suposição de que se reconheça que, de fato, as decisões dos ministros do STF, nos casos difíceis aqui analisados, são formadas a partir de argumentos que não pertencem, originalmente, ao direito, e que não foram reconvertidos em argumentos jurídicos, ainda resta a questão de saber se esses argumentos são fundamentais para o estabelecimento da decisão, ou se são apenas secundários, ornamentos para o que está sendo decidido. De acordo com a análise que vimos no capítulo 7, os argumentos extrajurídicos são tomados como centrais para a construção e justificação da decisão. A centralidade vem do fato de que tais argumentos é que estruturam a linha mestra de raciocínio dos ministros. Já fizemos notar que os argumentos jurídicos também estão presentes. No entanto, os argumentos mais



persuasivos, com mais peso, e com os quais se gasta mais tempo na justificação, são justamente aqueles que não dizem respeito, diretamente, ao código binário do sistema jurídico, para fazer remissão à interpretação sistêmica.

Para compreendermos melhor a importância desses argumentos, apresentamos, no capítulo 6 da tese, a forma como entendemos a decisão judicial. Se a observarmos a partir de seu comando final, veremos nela apenas o código binário do direito, ou uma derivação dele (lícito/ilícito; constitucional/inconstitucional). Pelo comando final, ou seja, por aquilo que a decisão diz sobre o caso, veríamos apenas o sistema jurídico operando, se adotássemos a teoria sistêmica para compreender o direito. Contudo, a decisão não é formada apenas pelo seu comando final. O corpo de argumentos que dá sustentação à decisão final é tão parte da decisão quanto seu comando. O próprio direito prevê que toda decisão emitida em seu âmbito deve ser justificada. Já vimos que, ao fazerem isso, os juízes lançam mão da retórica, que traz consigo a característica da fluidez argumentativa. E é justamente no intuito de justificar a decisão ao qual chegaram que os juízes buscam convencer. Para tanto, como vimos, argumentos das mais diversas naturezas são mobilizados.

Esses argumentos não podem ser tomados como acessórios, secundários ou ornamentais. A *justificativa é também decisão*, visto que, em sua ausência, não há que se falar em decisão, ou, pelo menos, em decisão legítima, como prevê o próprio direito. Se o comando final é eminentemente jurídico, não o é o corpo argumentativo que lhe dá sustentação. Poderíamos pensar que se trata, tendo em vista uma espécie de sociologia das instituições e dos papéis, de uma demonstração de erudição, por parte dos ministros, em relação a seus pares, numa disputa, na esteira de Bourdieu, pela autoridade legítima no campo. A própria retórica apresenta a figura do argumento de autoridade, com base no *ethos* do orador. Porém, como vimos, em Aristóteles, a autoridade do orador é submetida ao conteúdo de seus argumentos. Considerar o recurso a argumentos externos como um mero argumento de autoridade, cuja essencialidade não existe, mas são utilizados apenas para dar um viés erudito ao que já seria decidido de outra maneira, é relegar a retórica à crítica de Platão.

Como vimos nas propostas de Magalhães e Boudon, a persuasão começa com o convencimento de si. No caso dos ministros do STF, ela envolve também os pares no tribunal e a sociedade como um todo, principalmente quando estamos diante dos casos difíceis. Sendo assim, os argumentos externos ao direito, utilizados pelos ministros nos casos que analisamos, não ornavam o argumento jurídico central, que daria suporte à decisão. Eles se apresentavam, antes, como os argumentos centrais para a justificativa decisória.

O direito, porém, tem muita dificuldade em lidar com o reconhecimento de influências externas em seu bojo, e não só do ponto de vista argumentativo. O positivismo, o formalismo e a Teoria dos Sistemas compartilham essa dificuldade. Adeptos da teoria sistêmica no direito, por exemplo, usam o termo 'interferências', que traz consigo uma conotação pejorativa, para se referirem a influências exógenas. Esse não reconhecimento, pensamos, se relaciona com a defesa da autonomia, científica e política, afinada com o que Bourdieu chamou de discurso oficial do direito, baseado em uma concepção do campo jurídico caracterizado pela neutralidade, racionalidade e objetividade.

Historicamente, no intuito de buscar se livrar das determinações, inicialmente, da moral e da religião, e, em seguida, da política, o direito se viu imerso em uma busca pela autonomização científica do campo, a partir da definição de um objeto próprio, que lhe permitisse falar em uma ciência do direito. A autonomia científica, uma vez atingida, derivou para a busca de uma autonomia política, buscando defender a ideia de que o direito deveria se produzir, e decidir, com base no próprio direito, evitando sua instrumentalização, como denunciava o marxismo, por grupos sociais que buscavam garantir seus interesses políticos, econômicos, culturais e sociais.

No entanto, a busca pela autonomia, que, em si, não é necessariamente condenável, acabou por descambar, em alguns casos, em uma espécie de autismo social do direito, tão digno de crítica quanto sua instrumentalização pela política. Muitos críticos do formalismo jurídico, dentro do próprio direito, viram no insulamento jurídico um dos grandes problemas da relação entre a política, a sociedade e o direito. A defesa, como no caso dos adeptos da responsividade, passou a ser no sentido de um direito mais atento às

demandas sociais, e não imerso em seus próprios procedimentos. Assim, a abertura do direito, questionada por um lado, passou a ser defendida por outro.

A Teoria dos Sistemas tentou lidar com o dilema do fechamento e da abertura com base em outros termos. Como mostramos nos capítulos 4 e 5, Luhmann propunha uma teoria dos sistemas fechados, baseada na autorreprodução e na autorreferência dos sistemas. O fechamento operacional, no sentido de que nenhuma interferência do meio poderia impactar diretamente o sistema, seria a garantia de uma abertura cognitiva do direito em relação ao mundo. Assim, o direito poderia manter sua autonomia e, ao mesmo tempo, evitar a insensibilidade diante das demandas sociais. No modelo proposto por Luhmann, desta forma, cada subsistema social, como o direito e a política, exerceria suas funções específicas, para as quais foram criados, sem que interferissem no funcionamento uns dos outros. Do ponto de vista da decisão judicial, por exemplo, se a decisão é jurídica, ela deve pautar-se por elementos próprios do sistema do direito, sob pena de não ser jurídica.

O sofisticado modelo de Luhmann, aplicado ao direito, levanta uma série de questionamentos. Juristas que, como Marcelo Neves, tentaram aplicá-lo ao Brasil, enfrentaram essas dificuldades. Luhmann afirma que sua teoria sistêmica é descritiva, sem que nenhuma proposta normativa seja oferecida para definir qual é o melhor arranjo para a sociedade. Embora afirme isso explicitamente, a própria teoria de Luhmann deixa espaço para uma interpretação diferente, na qual a teoria dos sistemas se apresenta como um instrumental teórico mais adequado para uma ciência da sociedade (mesmo que ele afirme que se trata de mais uma visão entre outras possíveis), e através da qual a sociedade mais organizada é aquela na qual os sistemas funcionam autopoieticamente, caracterizados pelo fechamento operacional.

Quando Marcelo Neves busca interpretar os problemas da sociedade brasileira com base no modelo luhmanniano aparecem mais dúvidas do que respostas. Neves diagnostica que, entre nós, os subsistemas sociais, em particular o direito e a política, não são dotados de encerramento operacional, mantendo-se abertos a interferências perniciosas de outros sistemas. Assim, o direito, por exemplo, sem autonomia e identidade, passa a ser comandado por códigos característicos de outros sistemas, em especial os da política e da economia. Neves afirma que não se trata de uma abertura do direito às

demandas sociais, como poderia fazer parecer uma interpretação com base no direito responsivo, por exemplo. Antes, estaríamos diante de uma falta de autonomia do sistema do direito, o que traria consequências perniciosas para a proteção dos direitos e a efetivação de princípios de igualdade entre nós.

A partir desse diagnóstico, Neves cria uma tipologia da modernidade com base no fechamento dos sistemas e na existência de uma esfera pública participativa (que toma de Habermas). Enquanto nos países centrais existe uma modernidade madura, fruto do fechamento operacional dos subsistemas sociais, entre nós, países periféricos, onde tal encerramento não caracteriza nossos sistemas funcionais, a modernidade seria também periférica e mal formada. O modelo passa a não ser mais, diante disso, descritivo, mas, antes, normativo. Há uma proposta do que seria a melhor organização social e ela passa pela existência de sistemas fechados operacionalmente, como na proposta de Luhmann.

Com isso, se não temos entre nós sistemas fechados operacionalmente, por que lançar mão da teoria descritiva dos sistemas de Luhmann para interpretar o Brasil? A descrição, aqui, não encontraria suporte na Teoria dos Sistemas, a não ser que a proposta seja normativa, e não descritiva. Desta maneira, fazendo eco ao evolucionismo dos sistemas, nossa modernidade deveria perseguir os parâmetros alcançados pela modernidade central, modelo de sociedade, o que escapa da proposta luhmanniana.

Não é somente por esse motivo, contudo, que a Teoria dos Sistemas não apresenta os instrumentos que julgamos adequados para a compreensão do fenômeno que aqui buscamos analisar. Voltando ao tema da autonomia, a aplicação da Teoria dos Sistemas para o direito, entre nossos juristas, acaba por se apresentar como um mecanismo que, invariavelmente, reduz as relações entre o direito e a política a relações instrumentais, perniciosas e destrutivas. Conforme já anotamos anteriormente, toda relação direta com o meio é vista como uma interferência. No entanto, cabe questionar, toda vez que o direito e a política se relacionam, tal relação é destrutiva? Tomando o exemplo da interpretação de Marcelo Neves para o Brasil, essa relação é sempre prejudicial para a autonomia e a identidade do direito? Embora esse argumento possa parecer convincente quando analisamos historicamente a macropolítica, as eleições e as disputas pelo poder, as relações entre o direito

e a política têm muito mais a oferecer do que essa interpretação destrutiva e reducionista.

Nesse ponto, voltamos à argumentação. Quando observamos argumentos de política e de outros campos sociais dando suporte e sustentação a decisões no âmbito do direito, como no caso do STF, isso é algo necessariamente pernicioso? Em outras palavras, o direito está sendo colonizado ou instrumentalizado pela política e pela sociedade quando isso acontece? Não nos parece que seja assim. Na verdade, poderíamos construir um argumento diametralmente oposto a esse. Em muitos casos, serão a política e a sociedade que darão os fundamentos necessários para que uma decisão seja estabelecida no bojo do direito. Evidentemente, para que esse entendimento possa ser assim formulado, é necessário ter mente um conceito não reducionista do que são as relações entre o direito e a política, e do que são os próprios direito e política. Por isso, a defesa, como fizemos no início desta conclusão, de que a argumentação pode ser um enfoque que nos permite observar essas relações a partir de uma outra perspectiva.

Outro ponto de crítica em relação à Teoria dos Sistemas aplicada ao estudo das relações entre direito, política e sociedade, através da argumentação, diz respeito a não considerar a ação dos indivíduos como elemento explicativo da sociedade. Se, de fato, a sociedade não pode ser explicada pela ação isolada de seus indivíduos, e a defesa dessa ideia não é uma peculiaridade da teoria sistêmica, uma teoria da ação humana não pode ser desprezada para a explicação do fenômeno que aqui queremos investigar.

Quando falamos em relações entre o direito, a política e a sociedade através da argumentação, lançamos mão da retórica para explicar como as decisões são construídas, fazendo com que argumentos de outras naturezas sejam mobilizados, dando suporte e fundamentação às decisões. O papel social desempenhado atualmente pelo STF e a análise dos casos difíceis reforçam esse entendimento. Contudo, ainda falta um elemento nesse esquema interpretativo, e ele será encontrado em uma teoria da ação.

Luhmann propôs uma teoria sistêmica em que os indivíduos estivessem fora da sociedade, no sentido de pertencerem a seu meio, enquanto sistemas psíquicos que são. Sua crítica à sociologia tradicional se dirigia ao fato de se fundar em conceitos como o de ação individual humana, baseada na

instrumentalização de estruturas e na vontade. Contudo, a crítica ao elemento volitivo da ação e à instrumentalização absoluta das estruturas por parte do agente não precisam desaguar, necessariamente, em uma teoria social que retire de cena os atores humanos.

A decisão judicial é fruto de um conjunto de ações humanas, realizadas por indivíduos específicos, em posições específicas, no interior de um contexto igualmente específico. Pragmaticamente, a decisão judicial não é do sistema, mas de indivíduos que precisam construí-la sob a força das circunstâncias. Entre essas circunstâncias, está o tempo. A decisão judicial não pode se prolongar indefinidamente, até que uma resposta clara e límpida, que possa ser reconduzida ao próprio ordenamento jurídico, de preferência, apareça. Além disso, o juiz não pode abrir mão de decidir, tendo como base o argumento de que não há uma decisão clara que possa ser tomada. O próprio campo do direito impõe essa regra, através do princípio da proibição do *non liquet*.

Pressionados para que uma resposta seja dada e justificada, dentro de um tempo específico, os juízes se veem, pragmaticamente, orientados a construir uma decisão, e o fazem com base na retórica. Diante desses elementos, uma teoria da ação em contextos de decidibilidade não pode ser ignorada. A retórica exige a consideração dos indivíduos como atores. Como vimos no capítulo 6, a capacidade de persuadir passa pela ação do orador, levando em conta suas características pessoais, sua capacidade argumentativa, o conhecimento do auditório. Argumentar é agir. E não podemos imputar essa ação apenas ao papel ocupado pelos atores, como no caso dos ministros do STF, seu papel na corte, mas à própria ação individual.

A partir da necessidade pragmática de decidir, os juízes mobilizam argumentos, sejam jurídicos ou extrajurídicos, para produzir seu próprio convencimento, de seus pares e da sociedade, como já nos referimos antes. Isso não quer dizer que os atores sejam capazes de controlar absolutamente as consequências de suas ações. Um juiz, por exemplo, desconhece, mesmo podendo fazer previsões sobre, todas as consequências da decisão que irá tomar em um caso polêmico e complexo, assim como não sabe quais serão todas as implicações de determinados argumentos que utilizou para a sustentação de sua decisão. Isso não significa que ele não aja e que suas características pessoais não influenciem a decisão que está sendo tomada.

Desta forma, uma teoria da ação não envolve a necessidade de conceder aos indivíduos o controle absoluto das consequências de suas ações. A proposta da teoria da estruturação de Giddens é justamente uma tentativa de manter a importância de uma teoria da ação para o entendimento da vida social sem que esse controle absoluto seja previsto. Isso quer dizer que os indivíduos agem, mesmo que isso não signifique a instrumentalização do mundo a partir de sua vontade. Essa é uma ideia crucial para o tipo de análise que aqui levamos a cabo.

Para que a importância do ator seja mantida no quadro interpretativo que estamos construindo, a Teoria dos Sistemas não pode ser tomada como o pano de fundo teórico. O direito visto como sistema não abriria espaço para o estudo de como a ação dos juizes faz com que argumentos de outros campos sociais justifiquem decisões jurídicas, formando, assim, um canal através do qual direito, política e sociedade se comunicam. A noção de campo, de Bourdieu, apesar de trazer consigo o enfoque nas relações de poder pelo domínio de posições de autoridade específicas, tem a vantagem, diante da ideia de sistema, de abrir espaço para que uma dualidade entre a ação dos indivíduos e os elementos condicionantes da ação, dados pelo próprio campo, seja pensada, conforme apresentamos no capítulo 3.

Tomando o direito como um campo, sem se dedicar, contudo, para os fins deste trabalho, às dinâmicas de disputa de poder entre os atores, uma dinâmica entre ação e condicionantes da ação pode ser abordada para a compreensão da decisão judicial com base na retórica. Por isso, a abordagem, no capítulo 2, das tentativas de construir pontes entre a estrutura e a agência, nas obras de Bourdieu e Giddens, e a necessidade de apresentar essa dualidade como um tema central para as ciências sociais.

Do ponto de vista argumentativo, reconhecer a importância dessa dualidade significa atribuir importância à ação dos juizes e aos limites que essa ação enfrenta tendo em vista as estruturas do campo. Assim, não é qualquer argumento que pode ser mobilizado para a justificativa da decisão. O próprio campo tem suas regras, que, na esteira de Giddens, podem ser pensadas, também, como facilitadoras da ação, em alguns casos. Conforme aventamos ao longo da tese, dificilmente um argumento explicitamente religioso, como o que expressa a fé pessoal de um ministro do STF, seria aceito como base de

justificação de sua decisão. No entanto, se alguns limites são claros, outros são continuamente reconstruídos. Não é possível dizer, de antemão, que um argumento baseado na definição socioantropológica da família a partir do amor poderá ser questionado ou aceito como justificativa de uma decisão sobre o reconhecimento da união homoafetiva no Brasil. Os ministros recorrem aos argumentos, sejam eles de quais naturezas forem, para convencer de sua decisão. Os limites desse convencimento vão sendo testados pela ação dos juízes, tendo em vista regras já estabelecidas pelo campo.

Seria ingenuidade em excesso acreditar que essa ação dos juízes do STF é capaz de, sozinha, responder pelas alterações de todo o campo do direito. Contudo, ao decidirem, os ministros, através de seu agir prático, são capazes de provocar alterações no campo. Nos anexos, de I a V, nos dedicamos à importância dessa ação para entendermos possíveis mudanças no campo e nas relações que são estabelecidas com outros campos. A análise da decisão do processo do mensalão (Ação Penal 470), por parte do STF, é um ótimo exemplo para compreender o que estamos propondo.

Depois do mensalão, muitos alegam, o STF não será mais o mesmo, assim como não serão seus ministros, a visão que a sociedade construiu a respeito deles e da corte, e a visão que se tem do direito e da política no país. A ampla cobertura do caso por parte da grande mídia, a repercussão social que movimentou, as consequências da decisão e a complexidade do tema autorizam a definição do mensalão como um *hard case*, da forma como aqui o definimos. Se o processo é tomado como um marco da história política e jurídica no país, com significativas consequências para as relações entre o direito, a política e a sociedade, isso se deve, em grande parte, ao papel desempenhado pela corte e pelos ministros, em específico, Joaquim Barbosa.

A condenação dos réus, no processo do mensalão, foi vista como um marco no combate à nossa visceral corrupção política, rompendo com uma tradição política nefasta, ao mesmo tempo em que redimiou o direito, apontado, em regra, como insensível em relação às demandas sociais e perdido em seus procedimentos e hermetismos. O direito passou a ser visto como uma espécie de pedagogo social, fazendo eco àquilo que seu discurso oficial já falava de si próprio. Operando através da neutralidade, imparcialidade e objetividade, o direito protegeu, no mensalão, a sociedade brasileira de si própria e da política.



Nessa visão, direito e política são colocados em lados opostos: a virtude e o vício, a racionalidade e a irracionalidade. A condenação dos políticos, a partir da argumentação construída em torno dos resultados e consequências do processo para a sociedade brasileira, foi a condenação da própria política, vista como o terreno do engano, das paixões inexatas, da corrupção e do descontrole.

Embora fundada em inúmeros exemplos históricos, essa forma de encarar a relação entre o direito e a política é perniciosa e reducionista, como se a política, conforme já ressaltamos em relação à maneira como as interferências externas são vistas pelo direito, fosse um eterno problema para que a justiça trazida pelo direito pudesse, enfim, ter lugar. Quando os argumentos políticos possibilitam a tomada de decisões no âmbito do direito, esse viés não é lembrado. Mais uma vez, por isso, ressaltamos a ideia de que a compreensão das relações entre o direito e a política a partir da argumentação e da retórica pode fornecer novas perspectivas para o estudo desse tema.

Desta forma, embora não estejamos discutindo a importância e a pertinência de se condenar políticos pelos crimes que cometeram, a forma como o caso foi tratado pela mídia, e a repercussão que esse tratamento teve diante da sociedade como um todo, opõe direito e política como duas instâncias antagônicas. O resultado disso é a defesa de uma *nomocracia*, através da qual o direito, racional, reto, justo e objetivo, atua como pedagogo social e corretor da política. Como consequência desse enfoque, temos o desenvolvimento de uma espécie *cibernofobia* e o aguçamento da *demofobia*.

A ojeriza à política, a *cibernofobia*, em termos de enfrentamento, é acompanhada de uma posição de proteção e distância, por parte do direito, em relação à sociedade. O envolvimento dela no processo do mensalão foi celebrado, mas, ao mesmo tempo, visto como um elemento a ser controlado. Como terreno das paixões, o povo se move por vingança, e não pela reta razão, encontrada nos rincões do direito. Assim, o povo precisa de proteção em relação a si mesmo, cabendo ao direito este papel, combatente da política e protetor do povo.

Essa forma de interpretar as consequências de um *hard case*, como o mensalão, passa, como salientamos, pelo entendimento dos papéis do STF e

de seus ministros. Se o direito encarnou a razão, o STF encarnou o direito, e o mesmo pode ser dito dos ministros, alçados a figuras nacionalmente conhecidas, e a paladinos em defesa da razão e da justiça. Neste contexto, a consideração das características individuais dos ministros e de suas ações ao longo do processo passa a ser fundamental para o entendimento das consequências da decisão, tanto para o direito, quanto para a política e para a sociedade.

O exemplo do ministro Joaquim Barbosa ilustra essa perspectiva melhor do que qualquer outro. Poderíamos argumentar que qualquer um que estivesse na posição dele, e que condenasse os réus nesse caso, seria reconhecido nacionalmente, como Barbosa foi. No entanto, suas características pessoais foram elementos cruciais para que ele fosse alçado ao status de herói nacional. A infância pobre e o fato de ser negro fizeram com que Joaquim fosse percebido como uma espécie de salvador da pátria, da República e da democracia, mostrando que o direito poderia ter outra cara. A sociedade celebrou a atuação de Barbosa no processo, e ele passou a ser percebido como uma figura central para a compreensão de como as relações entre o direito e a política foram alteradas depois do processo.

Nessas circunstâncias de exaltação, a atuação de Barbosa, e também a dos outros ministros, alteraram, até certo ponto, a forma como o campo do direito se comporta e é percebido. Os argumentos mobilizados pelos ministros nessa decisão, jurídicos e extrajurídicos, permitiram que alterações fossem promovidas no interior do campo, como celebram alguns juristas e condenam outros. O agir dos atores, nesse caso, foi capaz de alterar algumas estruturas do campo e de suas relações com outros campos. As consequências dessa mudança propiciaram alterações nas relações entre a sociedade e o direito, e entre a sociedade e a política, podendo ser percebidas como motivo de comemoração (políticos são punidos no país), por um lado, e de preocupação (a política precisava ser condenada como o *locus* da corrupção?), por outro.

Assim, as circunstâncias, somadas ao agir de indivíduos específicos, podem alterar a estrutura do campo, e a forma como ele se relaciona com outros campos. Em todos os casos aqui analisados, incluindo o do mensalão, uma teoria da ação se mostrou importante para abrir espaço para o estudo das

relações estabelecidas entre diferentes campos, a partir de um enfoque argumentativo.

A proposta que aqui oferecemos não é, seguindo Luhmann, a única maneira de analisar o direito e suas relações com a política e a sociedade. Contudo, dada a centralidade que o STF e os *hard cases* têm apresentado no seio da sociedade brasileira nos últimos anos, não podemos deixar de dar ênfase à importância da decisão judicial nesse processo. Quando nos debruçamos sobre a decisão, são a retórica e o pragmatismo que encontramos, o que nos leva, por sua vez, à defesa de uma teoria da ação em contextos de decidibilidade.

## Referências Bibliográficas

- ANDRADE, Carlos Drummond de. **Fala, amendoeira**. Rio de Janeiro: Record, 2007.
- ALEXANDER, Jeffrey C. **A importância dos clássicos**. In: GIDDENS, Anthony & TURNER, Jonathan. *Teoria social hoje*. São Paulo: Unesp, 1999.
- ARGAN, Giulio Carlo. **Imagem e persuasão – Ensaio sobre o Barroco**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Retórica**. Madrid: Editorial Gredos, 1999.
- BAETA NEVES, Clarissa E. & SAMIOS, Eva M. B. **Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Editora da Universidade, 1997.
- BORGES, Jorge Luís. **Ficções**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- BOUDON, Raymond. **Tratado de sociologia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.
- BOURDIEU, Pierre. **A distinção**. São Paulo: Edusp, 2003.
- \_\_\_\_\_. **A economia das trocas simbólicas**. São Paulo: Perspectiva, 2011.
- \_\_\_\_\_. **A miséria do mundo**. Petrópolis: Vozes, 2003 a.
- \_\_\_\_\_. **Escritos de educação**. Organização: Maria Alice Nogueira & Afrânio Catani. Petrópolis: Vozes, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Le champ scientifique**. In: Actes de la recherche en sciences sociales. Vol. 2, nº2-3, junho de 1976.
- \_\_\_\_\_. **O camponês e seu corpo**. Curitiba: Revista de Sociologia e Política, nº 26, JUN – 2006.
- \_\_\_\_\_. **O poder simbólico**. 16ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.
- \_\_\_\_\_. **Os usos sociais da ciência – por uma sociologia clínica do campo científico**. São Paulo: Editora Unesp, 2004.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- CARVALHO, José Murilo de. **O STF e o velho Brasil**. Jornal O Globo, edição virtual, publicado em 30 de setembro de 2013. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/opiniao/o-stf-o-velho-brasil-10184025>.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini & DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

DESCARTES, René. **Discurso sobre o método**. Petrópolis: Editora Vozes, 2008.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil. Teoria Geral do processo e processo de conhecimento**. Vol. I, 12ª edição. Salvador: Editora JusPodium, 2010.

DOMINGUES, José Maurício. **Do ocidente à modernidade – intelectuais e mudança social**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

\_\_\_\_\_. **Teorias sociológicas no século XX**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

DURKHEIM, Émile. **As formas elementares da vida religiosa – o sistema totêmico na Austrália**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ESTEVES, João Pissarra. **Niklas Luhmann – uma apresentação**. Lisboa: UBI, sem data. Disponível em <http://www.bocc.ubi.pt/pag/esteves-pissarra-luhmann.pdf>.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder – formação do patronato político brasileiro**. 10ª ed. São Paulo: Globo, 1973.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes, 1997.

\_\_\_\_\_. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GANFINKEL, Harold. **Studies in ethnomethodology**. Cambridge: Polity Press, 1984.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls – Um breve manual de filosofia política**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GIDDENS, Anthony. **A constituição da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. **Sociologia**. Porto Alegre: Artmed, 2005.

GONTIJO, Lucas de Alvarenga. **Direito, teoria dos sistemas e pragmatismo: ensaio sobre os usos da teoria dos sistemas a partir do confronto entre NiklasLuhmann e a filosofia pragmática**. Belo Horizonte: Revista da Faculdade de Direito Milton Campos, nº 16, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia. Vol I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito e democracia. Vol II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. **Pensamento pós-metafísico**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

\_\_\_\_\_. **Teoria do agir comunicativo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

- HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- HUXLEY, Aldous. **Admirável mundo novo**. São Paulo: Globo de bolso, 2013.
- KAZANTZAKS, Nikos. **Zorba, o grego**. São Paulo: Círculo do Livro, sem data.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1996.
- KUNZLER, Carolina de Moraes. **A Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann**. Estudos de sociologia – Araraquara, 16, 123-126, 2004.
- LATOUR, Bruno. **Jamais fomos modernos. Ensaio de antropologia simétrica**. Rio de Janeiro: Editora 34, 1994.
- LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. Seleção e apresentação de João Pissara. Lisboa: Vega Passagens, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis: Editora Vozes, 2010.
- \_\_\_\_\_. **O amor como paixão. Para a codificação da intimidade**. Lisboa: Difel; Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991.
- \_\_\_\_\_. **Sociedad y sistema: la ambición de la teoría**. Barcelona: Paidós, 1990.
- \_\_\_\_\_. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- \_\_\_\_\_. **Sociologia do direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- \_\_\_\_\_. **The world society as a social system**. Int. S. General Systems, vol. 8, pp. 131-138: Londres, 1982.
- MAGALHÃES, R. F. **Racionalidade e Retórica – teoria da ação da ação discursiva**. Juiz de Fora: Clio Edições Eletrônicas, 2003.
- MAGALHÃES, R. F. & SOUZA, D. T. **A democracia como topos: reflexões sobre persuasão e entimemas em debates de laboratório**. In: Teoria e Cultura, Revista do mestrado em Ciências Sociais da UFJF. Juiz de Fora: Editora UFJF, 2006.
- MALHADAS, Daisi *et alli*. **Dicionário Grego-Português**. 5 volumes. São Paulo: UNESP, 2007.

MARX, Karl. **O Dezoito Brumário de Louis Bonaparte**. São Paulo: Centauro, 2006.

MATHIS, Armin. **A sociedade na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Sem data. Disponível em: [http://www.infoamerica.org/documentos\\_pdf/luhmann\\_05.pdf](http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/luhmann_05.pdf).

MATURANA, Humberto. **A ontologia da realidade**. Belo Horizonte: UFMG, 1999.

MATURANA, Humberto & VARELA, Francisco J. **De máquinas y seres vivos. Autopoiesis: la organización de lo vivo**. Santiago: Editorial Universitaria, 1998.

MAUSS, Marcel. **Sociologia e Antropologia**. São Paulo: Cosac Naify, 2003.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito processual constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

MELLO, Marcelo Pereira de. **A perspectiva sistêmica na sociologia do direito** – Luhmann e Teubner. Tempo Social – revista de sociologia da USP, v. 18, nº 1, São Paulo, junho de 2006.

MEYER, Michel. **A retórica**. São Paulo: Editora Ática, 2007.

\_\_\_\_\_. **As bases da retórica**. In: CARRILHO, Manuel Maria (organizador). Retórica e comunicação. Coimbra: Edições Asa, 1994.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 2ª edição. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.

MONTAGNER, Miguel Ângelo & MONTAGNER, Maria Inez. **A teoria geral dos campos de Pierre Bourdieu: uma leitura**. Revista Tempus Actas de Saúde Coletiva, 2010.

MONTESQUIEU, C. L. S. **O espírito das leis**. Brasília: UnB, 1982.

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1996.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **A Teoria dos Sistemas e a hermenêutica: ponderações introdutórias a respeito do papel do direito enquanto práxis social efetiva**. Santa Maria: Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, volume 1, nº 2, julho de 2006.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **Luhmann, Habermas e o Estado de Direito**. São Paulo: Lua Nova, nº 37, 1996.

NONET, Philippe & SELZNICK, Philip. **Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

PLATÃO. **Cratilo o de la exactitud de los nombres**. Santiago do Chile: Edição eletrônica da Escuela de Filosofía Universidad ARCIS, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.philosophia.cl/biblioteca/platon/Cratilo.pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2012.

PERELMAN, Chäim. **Retóricas**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PERELMAN, Chäim & OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado de Argumentação: A nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

REZENDE, W. S. **A retórica e o Supremo Tribunal Federal: o papel da argumentação na corte brasileira**. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Universidade Federal de Juiz de Fora, 2010.

\_\_\_\_\_. **A retórica como saber sujeitoado**. In: Plural, Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP, vol. 18.2, pp. 53-81: São Paulo, 2012.

\_\_\_\_\_. **O STF como elite política a partir das práticas decisórias: o papel da argumentação**. In: Revista Eletrônica de Ciência Política da UFPR, vol. 1, n. 2: Curitiba, 2010 (a).

ROCHA, Leonel Severo. **Direito, complexidade e risco**. In: Revista Sequência. Ano 15, nº 28. Florianópolis: CPGD-UFSC, julho de 1994.

RORTY, Richard. **Filosofia como política cultural**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. **Pragmatismo e política**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social ou princípios do direito político**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SHAKESPEARE, William. **Romeu e Julieta**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto & BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **A decisão judicial em Jurgen Habermas e Niklas Luhmann: proximidades e divergências**. 2012. Disponível em: <http://pt.slideshare.net/alexprocesso/a-decisaojuridicaemjurgenhabermaseniklasluhmannproximidadesedivergencias>.

SEN, Amartya. **Desigualdade reexaminada**. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Record, 2001.

TARDE, Gabriel. **Monadologia e sociologia – e outros ensaios**. São Paulo: Cosac Naify, 2007.

TAYLOR, Charles. **Uma era secular**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010.

TEUBNER, Gunther. **Autopoiesis in law and society: a rejoinder to Blankenburg**. Law & Society Review, volume 18, nº 2, 1984.

TOULMIN, Stephen E. **Os usos do argumento**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.



TRINDADE, André. **Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VANDENBERGHE, Frédéric. **Optimism of the Intellect, Pessimism of the Will**. Obituary, Niklas Luhmann (1927-1998). Londres: Radical Philosophy, 94, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; CUNHA MELO, Manuel Palácios; BURGOS, Marcelo Baumman. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

\_\_\_\_\_. **Economia e sociedade. Vol. I**. Brasília: Editora UNB, 2000 - 2009 (reimpressão).

\_\_\_\_\_. **Economia e sociedade. Vol. II**. Brasília: Editora UNB, 1999 - 2009 (reimpressão).

## ANEXOS

Este conjunto de anexos se destina, essencialmente, a analisar as consequências do julgamento da Ação Penal 470, o processo do mensalão, para as relações estabelecidas entre o direito e a política (anexos de I a V). Parece-nos ser um caso com características especiais para que uma análise como essa possa ser levada a cabo. Nele, o direito e a política se relacionam de saída: ao Supremo Tribunal Federal caberia a decisão sobre o julgamento dos acusados do que tem sido considerado um dos maiores escândalos de corrupção em nossa história política. Somando-se a esse fato, e não menos importante do que ele, o envolvimento da população também tem sido reconhecido como inédito no país, fazendo incidir o peso da opinião pública sobre o julgamento, elemento que não pode ser desprezado. O discurso geral é o de que as relações entre o mundo do direito e o da política, entre nós, não mais serão as mesmas.

Para compreender como esse cenário é construído e como tais relações passam a ser costuradas, estes anexos abordam o tema a partir do reconhecimento da importância de alguns conceitos basilares da tradição das ciências sociais para a compreensão do mundo social. A partir de um evento, o julgamento do mensalão, toda uma estrutura, não apenas tomada no sentido institucional, mas também no que tange às relações estabelecidas entre indivíduos, instituições e campos sociais, é alterada. As consequências dessa alteração ainda dividem opiniões, embora o clima geral seja de otimismo, mas a certeza de que as modificações ocorreram é compartilhada por gregos e troianos.

É preciso ressaltar que os objetivos dos textos a seguir não estão relacionados ao entendimento de que as relações entre o direito e a política devam ser apreendidas a partir, apenas, de um julgamento, por mais histórico e impactante que ele possa parecer, como é o caso do mensalão. Na verdade, esse julgamento está sendo aqui tomado como um exemplo adequado para a aplicação do arcabouço teórico característico da tradição das ciências sociais, para a compreensão das relações entre a política e o direito, e que tem consequências marcantes, agora sim devido à sua especificidade, para as mesmas.

Assim, o direito e a política poderiam ser abordados sobre outros enfoques, mas, recaindo o interesse sobre as relações que esses dois campos estabelecem a partir da argumentação, um julgamento como o do mensalão se apresenta como um objeto de estudo por excelência. Como afirmamos no decorrer desta tese, outros casos também permitem a análise das relações entre o direito e a política, assim como entre o direito e a sociedade como um todo, mas o julgamento do mensalão produziu um nível de interesse social, manifestado na proliferação de inúmeros discursos, opiniões, reportagens, coberturas, entrevistas, artigos, estudos e publicações sobre o tema, que dificilmente foi experimentado por outra decisão na história do Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Ao analisar o trabalho de um tribunal, o estudo, também ele, poderia recair sobre diferentes aspectos. Contudo, a adoção de uma perspectiva a partir da retórica faz com que nos concentremos, essencialmente, nos argumentos que são mobilizados neste contexto (e nas características de quem os constrói), e em como sua análise permite compreender as relações entre o direito e a política a partir das decisões da corte. Se este recorte do mundo social não permite compreender toda a complexidade dessas relações, ele se apresenta, em um cenário onde o judiciário é, cada vez mais, chamado a decidir sobre questões que, antes, eram destinadas à política, como um objeto de estudo importante para seu entendimento.

O estudo do processo do mensalão exigiu atenção especial aos papéis desempenhados pelo Supremo Tribunal Federal, pelos ministros que compõem a corte (como ministros e como indivíduos dotados de características pessoais), pela participação da população e pelo próprio caso. Ao focar em cada um desses aspectos, a mesma oposição entre o direito e a política se manifestou. O direito, a partir do caso, é visto como o *locus* da racionalidade ilibada, seara, por excelência, da ética e da virtude, eivado de neutralidade e universalidade, sendo capaz de recuperar a confiança da população na República e na democracia, ao preço de ter que se afastar dessa mesma população (ansiosa por vingança/justiça). A política, por sua vez, operando no outro lado da oposição, é percebida como o terreno da corrupção, do engodo, do atraso, do vício e da irracionalidade. A relação que emerge dessa polarização é, portanto, moral, e o direito encarna o papel de pedagogo da

política (visceralmente corrupta) e da sociedade (essencialmente ingênua e passiva), ambas no polo da irracionalidade.

Por sua vez, a instituição (o STF) e os ministros (papéis sociais de juízes e pessoas com histórias de vida específicas) encarnam a figura desse direito pedagogo, próximo à sociedade, ao mesmo tempo em que, necessária e paradoxalmente, se afasta dela. Uma espécie de nomocracia se ergue como a consequência lógica do embate entre o direito e a política, ao passo que reforça a demofobia (por um povo que não sabe votar e que decide com base em paixões, como a vingança, e não na reta razão) e a ojeriza à política (cibernofobia). Enquanto a sociedade, calejada historicamente, reitera sua aversão à política, o direito se opõe às duas, protegido pelo discurso de que sua racionalidade é o instrumento capaz de salvar a República. Todo esse esquema interpretativo é completado magistralmente por um caso (o processo do mensalão) que opõe o direito e a política nos tribunais.

Diante disso, para compreender as consequências da Ação Penal 470 para a forma como o direito e a política são encarados, não se pode abrir mão de uma análise que leve em consideração as instituições (como estruturas sociais) e os indivíduos (imersos em seus papéis e como agentes peculiares). Como encarnações do direito, o STF e o ministro Joaquim Barbosa, para usar o exemplo mais destacado no processo, devem fazer parte do cenário explicativo, que, certamente, altera o próprio direito e a própria política. Isso não significa aceitar uma perspectiva voluntarista, ou conduzida pela razão instrumental, pura e simplesmente, para o entendimento da ação. No entanto, os juízes têm a obrigação (imposta, enquanto estrutura, pelo campo) de decidir, agindo, mesmo sem o controle absoluto e o conhecimento completo das consequências, a partir da construção de seus argumentos. Essa ação é capaz de alterar, em última instância, o próprio campo do direito.

Nesse sentido, o recurso a conceitos clássicos das ciências sociais, como a dualidade estrutura/agência, mesmo que dotados de vicissitudes, embora adaptados e alterados ao longo do tempo (como mostram as tentativas de Giddens e Bourdieu), somados a uma perspectiva de ação que leve em conta o registro da retórica, se mostra mais adequado à compreensão de um contexto de decidibilidade, como é o caso do Supremo, do que uma proposta teórica que, mesmo em toda sua sofisticação, exige o abandono dessa

abordagem para a compreensão do mundo social, a exemplo da Teoria dos Sistemas.

Estes anexos poderiam ser considerados, desta forma, como contraposições a algumas das premissas centrais da teoria sistêmica de Luhmann. Eles se dedicam a, reconhecendo a polarização entre o direito e a política, percebida no processo do mensalão, tomado como paradigma para a análise, defender a relevância das instituições sociais, dos agentes individuais, dos papéis sociais desempenhados por eles, e do próprio evento (no caso, o próprio processo), para o entendimento das alterações que são capazes de realizar no mundo social.

Escritos de forma ensaística, estes textos partem de uma série de reportagens e artigos publicados na grande mídia sobre o processo do mensalão, e que, embora não representem a unanimidade das opiniões sobre o caso, dão um panorama geral fidedigno de como especialistas e não-especialistas (em regra, compartilhando opiniões) reagiram diante do desenrolar do processo. A leitura e interpretação desse material nos permite identificar os fenômenos dos quais havíamos chamado atenção: a antagonização moral entre o direito e a política, em favor do primeiro, e a importância de se observar e compreender o papel das instituições e dos indivíduos para que tal polarização possa ser diagnosticada.

Ainda um ponto importante. As reportagens e artigos aqui utilizados como base para o estudo não representam nossa opinião sobre o caso, assim como também não se constituem enquanto antagonizações absolutas de nossa leitura sobre o conteúdo do processo. Do mesmo modo, não é nosso interesse defender ou criticar o processo do mensalão em si. Não há nenhuma intenção partidária envolvida nos ensaios que se seguem. Com estes anexos, não pretendemos defender ou criticar, do ponto de vista das acusações realizadas no bojo do processo, algum dos acusados. O mesmo se aplica a advogados e ministros envolvidos. Além disso, não é nosso objetivo criticar a aplicação (ou não) do direito, bem como não é nossa intenção questionar a utilização de algum recurso específico durante o processo.

Reconhecemos, contudo, a importância do processo para a história brasileira, como um evento que gerou, e ainda gerará, significativas consequências para o direito e para a política. Não nos dedicamos, porém, à

análise de todas as consequências que podem advir de um processo como esse, até porque não seríamos capazes de prevêê-las. Nosso enfoque se destina a uma espécie de consequência em específico, qual seja, a polarização entre o direito e a política, com modificações nas relações entre esses campos e entre eles e a sociedade. Se isso será positivo ou negativo para o desenvolvimento de nossa democracia e para a consolidação de nossa República, teremos que aguardar os desdobramentos futuros.

Por fim, os anexos VI e VII, não se dedicam ao mesmo tema que seus predecessores. Eles se apresentam mais como anexos tradicionais do que como o conjunto de ensaios que compõem os anexos de I a V. O anexo VI aborda o conceito de *habitus* em Bourdieu e sua relação com o corpo. No capítulo 2, trabalhamos com a exposição do conceito de *habitus*, essencialmente, tendo em vista a abordagem de Bourdieu em *A distinção*. Naquele momento, nos referimos a uma importante dimensão do *habitus*, qual seja, sua encarnação, no sentido de compor aquilo que é tomado, em nós, como o que há de mais natural, o corpo. No entanto, não desenvolvemos, no corpo do texto, essa relação de forma mais detida. Por isso, o anexo VI traz essa relação de forma mais clara, tomando como base o texto *O Camponês e seu corpo*. Parece-nos que se trata, embora seja um texto curto, de um estudo exemplar do funcionamento corporal do *habitus*.

O anexo VII, por sua vez, aborda o tema da autonomia do direito, algo que perpassou a tese como um todo, mas a partir de um viés científico. A autonomia jurídica, conforme proposta pela Teoria dos Sistemas, envolvia a dimensão operacional e de sentido. Apesar de terem seguido caminhos próprios, a autonomia científica do direito e a autonomia sistêmica apresentam uma série de afinidades. Isso faz com que as críticas sejam também próximas. Se a autonomia de qualquer campo pode ser defendida, tanto a científica quanto a operacional, é preciso que os limites sejam claramente estabelecidos, bem como as dificuldades em lidar com eles e as relações com outros campos da sociedade. Quanto a isso, o direito, especificamente, ainda não encontrou uma forma de lidar com esses pontos de forma bem sucedida.

## ANEXO I

### **A racionalidade legal e as paixões inexatas: à espera da decisão jurídica com base no jurídico**

*Cupio, ergo sum*<sup>164</sup>.

A reportagem de Diego Escosteguy, para a Revista Época<sup>165</sup>, de 23 de setembro de 2013, é um exemplo claro do que uma linha específica de pensamento espera de uma corte como o Supremo Tribunal Federal brasileiro. Em evidência já há alguns anos, inegavelmente após a Constituição Federal de 1988, mas com aguda atenção na última década, a corte suprema do judiciário brasileiro é analisada, pelo que mostra essa reportagem, através de um enfoque legalista do direito e também de suas funções. Em quatro páginas (44 - 47), o apelo a um tribunal racional, afastado das paixões do povo e de seus juízes, encontra-se retratado em uma série de expectativas formalistas em torno do papel da corte, afastando-a, justamente, daquilo que a colocou em evidência nestes últimos 20 anos.

A reportagem já deixa claro, desde o início, o tipo de abordagem que faz e divide os lados, maniqueistamente, que servem de pano de fundo para a defesa do que se espera de um tribunal. Sob o título de “O clamor da lei”, em uma seção denominada de “Teatro da política” (p. 44), fica evidente quais são os polos da discussão que se seguirá. De um lado, a lei, o direito estabelecido, e a racionalidade que os dá suporte, encarnada na figura do ministro Celso de Mello, que ganhou uma página (45) com sua fotografia, em simpática pose. Ao ministro, como mostra a legenda da foto, é atribuído um “legado” de “respeitabilidade do Supremo”. A corte é vista como tendo sua respeitabilidade em xeque no julgamento do mensalão petista, ainda em aberto, para julgamento de embargos infringentes interpelados pela defesa de alguns dos réus.

Do outro lado, a opinião pública, as paixões às quais é submetida, a irracionalidade da política (vista, pejorativamente, como um teatro, palco do

---

<sup>164</sup> “Desejo, logo, existo”. Corruptela da famosa expressão de Descartes, *Cogito, ergo sum*, (Penso, logo, existo), tomada como um paradigma do pensamento racional da modernidade.

<sup>165</sup> Edição especial nº 800.

engodo e da ilusão), às quais fazem coro os ministros do STF que, como Joaquim Barbosa<sup>166</sup>, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, votaram contra a aceitação dos embargos infringentes. Estes, representantes do “país das paixões inexatas”, são as ameaças da racionalidade demonstrada pelo decano Celso de Mello. Inclusive, a designação de decano ajuda a fugir do imediato vínculo com a política causado pela expressão ‘ministro’. A opinião pública e a política de maneira geral, ameaças à respeitabilidade da Suprema Corte, representam aquilo que precisa ser combatido para manter a racionalidade do direito, que, no palco desenhado pela reportagem, se mostra contrário às paixões desta mesma opinião pública, frustrando-a.

De um lado a política, de outro o direito. As paixões, que afastam o bom juízo, e a razão, que aponta para o reto caminho. No entanto, vale notar, todo o texto da reportagem faz, justamente, aquilo que define como um problema a ser sanado. As paixões, que tanto atrapalham a opinião pública, são o alvo do texto, que busca, a todo momento, despertá-las no público leitor. A não ser que o público para o qual era endereçada a reportagem seja diferente da ‘opinião pública’, o que a reportagem faz é exatamente o que condena: o apelo às paixões. Salvo contrário, não construiria todo o seu argumento na tentativa de despertar no leitor o sentimento de que a racionalidade nos levará às decisões corretas (e é na lei o seu refúgio), ao passo que as paixões nos levarão, assim como a política (seu *locus*, em essência), à inexatidão.

A oposição entre razão e paixão, tão cara à tradição ocidental, pela poderosa influência do pensamento platônico, tem em Descartes um de seus grandes representantes. A racionalidade seria o instrumento essencial para que a correção e a retidão comandassem nossos pensamentos e ações, evitando os despautérios de julgamentos, quaisquer quem sejam eles, pautados pelas emoções. Contudo, longe de Descartes, a defesa da racionalidade que a reportagem pretende conduzir, acaba por levar ao reforço de que as paixões são parte fundamental da construção de um argumento, em qualquer seara, seja em um tribunal, seja em uma reportagem. A retórica está presente, todo o tempo, ressaltando mais Aristóteles do que Platão.

---

<sup>166</sup> No entanto, em regra, Joaquim Barbosa será alçado ao posto de herói, como se verá no Anexo III desta tese.



A visão que se constrói sobre a decisão jurídica é, seguindo o que foi discutido neste trabalho, uma visão formalista, com o respaldo da teoria sistêmica de Luhmann, de acordo com as interpretações mais rasas sobre sua obra. O direito decide com base no direito. Assim, o que lhe é externo lhe é estranho. Segundo a reportagem, os votos de Gilmar Mendes e Marco Aurélio, contra a aceitação dos embargos infringentes, serviram para atrasar a votação dos demais ministros, fazendo com que o voto do (decano) Celso de Mello terminasse por ser adiado, ao fim da sessão, para a semana seguinte. Além disso, tais votos foram construídos com base em “poucos substantivos sobre os aspectos jurídicos da discussão, mas muitos adjetivos sobre as consequências políticas para o Supremo, caso os recursos fossem admitidos como válidos” (p. 44).

Os aspectos jurídicos são os essenciais a serem levados em conta em uma decisão judicial, afinal, seguindo a máxima de que o direito gera o direito, o Supremo deveria se valer apenas de argumentos jurídicos (e, portanto, racionais?) para que uma decisão seja estabelecida. Argumentos externos ao direito são vistos como manobras (políticas) para evitar que o assunto essencial, de fato, seja discutido, adiando a decisão com ornamentos protelatórios.

Aliás, vale reparar na estrutura argumentativa desta passagem: “poucos substantivos sobre os assuntos jurídicos” e “muitos adjetivos sobre as consequências políticas” da decisão do Supremo. A oposição entre substantivos e adjetivos fica evidente. Classes de palavras às quais podem ser atribuídas, respectivamente, funções essenciais e secundárias na estrutura da frase. Os substantivos são o cerne da frase, o aspecto fundamental, sem o qual, muitas vezes, as frases tornam-se sem sentido. Os adjetivos são os ornamentos, mas não a essência. Como tais, podem ser dispensados. O direito é o substantivo do qual a política, ou melhor, o político, é o adjetivo (pejorativo).

O atraso, de cunho político, atrapalharia a reta decisão, jurídica, de Celso de Mello, que, todos sabiam, seria pelo voto a favor do acatamento dos infringentes. De acordo com a reportagem, o adiamento serviu para que “a pressão pública pesasse, por dias intermináveis, somente nos ombros do decano” (p. 44). A pressão pública, correlata da opinião pública, atrapalharia o julgamento, a serviço da razão, e contra a paixão (inexata), do decano. Celso

de Mello estava escalado para desempatar a votação (nesse momento, 5 votos a favor do recebimento dos infringentes e 5 votos contra) e a pressão pública (passional) faria com que ele cedesse, com uma semana para refletir (razão), “aos apelos da paixão” (p. 45), mudando seu voto?

Não foi o que aconteceu e, de acordo com o argumento levantado pela reportagem, quem “convive com ele e conhece sua índole, a chance de coisa semelhante acontecer era matematicamente desprezível” (p. 46). Pelo *ethos*, a reportagem direciona o leitor à decisão correta: juridicamente, os infringentes deveriam ser aceitos. Irretocavelmente, foi o que Celso de Mello, o decano, fez, enterrando de vez a ameaça de a paixão (política) prejudicar o cenário de racionalidade do qual o direito deve se servir.

Em sequência, a celebração da índole do ministro Celso de Mello é acompanhada por um argumento que apela à solidariedade (*pathos*) do leitor, em uma comparação entre o estado de saúde do adversário do decano Celso de Mello (no caso dos infringentes do mensalão), o ministro Joaquim Barbosa, que sofre com problemas de saúde, e o do próprio decano. Assim como Joaquim, de acordo com a reportagem, Celso de Mello “sofre com dores crônicas nas costas e, não reconhecesse a relevância histórica do julgamento do mensalão tanto para corte quanto para o país, provavelmente já teria se aposentado” (p. 46). Interessante notar que, em algumas linhas anteriores, as consequências do julgamento para a corte foram condenadas, como políticas (adjetivas, portanto, acessórias, e passionais e irracionais), e, agora, são utilizadas para reforçar o irretocável *ethos* de Celso de Mello.

A paixão no leitor, pelo menos é o que se tenta com o argumento, é despertada na compaixão com Celso de Mello. Assim como Joaquim Barbosa, que goza da simpatia do público em geral (em função de uma série de fatores, entre eles, sua origem social, seu percurso até o Supremo e a posição que tomou em relação ao processo do mensalão, em especial<sup>167</sup>), Celso de Mello também “sacrifica a saúde para que o julgamento chegue ao fim em bons termos” (p. 46). Através dessa estratégia, o texto da reportagem força o público a igualar seus sentimentos em relação aos dois ministros: se Joaquim Barbosa sofre para levar a cabo um dos mais importantes julgamentos da história do

---

<sup>167</sup> Idem à nota anterior.

Supremo Tribunal Federal, o mesmo faz Celso de Mello, sendo merecedor, portanto, do mesmo reconhecimento oferecido àquele. Para um discurso que até então condenava a paixão da opinião pública, o recurso a um argumento que busca, justamente, despertar a paixão desta mesma opinião não deixa de chamar a atenção.

A tentativa de reforçar o *ethos* de Celso de Mello segue também um caminho de inconsistências com o que havia sido exposto anteriormente, no texto da reportagem. A “experiência” do decano (argumento de autoridade, ligado ao *ethos* do ministro) é ressaltada, apontando-o como um agente fundamental para que este julgamento “marque uma inflexão na curva ascendente da impunidade do Brasil” (p. 46). Para isso, o decano assegura o “consagrado” direito ao recurso, mantendo o equilíbrio entre a “justa acusação aos réus e o justo direito de ampla defesa” (idem). Muitos adjetivos, morais e políticos, para um texto construído em torno da defesa dos substantivos. Assim, o Supremo fará “plena Justiça”. Justiça, vale lembrar, elemento que, embora associado, não pertence ao ‘sistema jurídico’, tomado no sentido luhmanniano. Para um pensamento legalista, estrito e formalista, justiça é elemento externo ao direito, assim como a política.

O argumento que perpassa toda a reportagem é estruturado em torno dos problemas que a opinião pública, e sua intrínseca irracionalidade, podem gerar, caso seja atendida. A decisão mais correta exige a fuga das paixões e a atenção à reta razão, fazendo eco a um acentuado platonismo. No entanto, a decisão de Celso de Mello, por conhecer os infringentes, segundo a reportagem, evitará “questionamentos jurídicos, políticos e históricos sobre a legitimidade do julgamento” (p. 46). Se, para uma decisão racional, de acordo com a lei, a opinião pública pode ser frustrada, como neste caso dos infringentes no bojo do processo do mensalão, não é condizente a preocupação com as consequências (já condenadas anteriormente) do julgamento. A racionalidade não exigiria a desconsideração das consequências (aliás, um típico argumento apontado pela retórica aristotélica é discorrer acerca das consequências de determinado ato), ainda mais as políticas?

Para evitar tais consequências é que Celso de Mello teria se esmerado (p.46) na defesa das garantias constitucionais dos réus e “na necessidade de os juízes não se submeterem ao clamor das ruas” (p. 46). O clamor das ruas,

oriunda da condenável e frívola opinião pública, tão dada às paixões, não deveria ser influência para o voto do decano, mas, como afirma a reportagem, ele sabia que o país havia parado para acompanhar suas palavras. Assim, “como mestre da retórica”, Celso de Mello “escandia as sílabas, num tom acima” e erguia, “com a mão direita, quando a força do argumento exigia, a inseparável caneta marca-texto laranja” (p. 46). A retórica aristotélica aponta para a importância, para a persuasão, dos elementos formais, e não apenas dos de conteúdo, como no caso do *ethos* do orador e das paixões que seu discurso é capaz de despertar nos interlocutores e ouvintes. Além disso, o próprio *logos* não é feito apenas da força de seu conteúdo, mas também da forma como ele é exposto. Assim, o tom de voz e o comportamento gestual, como o que fez Celso de Mello, quando da exposição de seu voto, de acordo com a narrativa que foi construída ao longo da reportagem, são elementos importantes para gerar convencimento. Todos esses aspectos fazem parte da retórica, mas não, como algo específico e exclusivo, do direito. A retórica, para Aristóteles, é, justamente, caracterizada pela universalidade, e, com isso, pela ausência de um conteúdo próprio. Se, como o texto da reportagem procurou deixar claro desde o início, a racionalidade do voto do decano Celso de Mello está na concentração ao aspecto jurídico da questão, não faz sentido concentrar-se nos aspectos extrajurídicos, tais como a eficácia de seu tom de voz e dos gestos que realizava.

A sequência do argumento reproduz a polarização, estabelecida desde o início, entre aqueles que eram a favor da recepção dos embargos infringentes e aqueles que eram contra, divisão esta correlata da oposição entre racionalidade e irracionalidade, argumentos jurídicos e argumentos extrajurídicos, respectivamente. Enquanto o decano Celso de Mello proferia seu voto, garantia do império da reta razão, as ameaças, no STF, à racionalidade têm seu comportamento narrado, uma a uma (como inadequado, evidentemente): Gilmar Mendes lia blogs e consultava processos, Luiz Fux cochichava com Cármen Lúcia, Marco Aurélio tomava cafezinho, e “Joaquim concentrava suas atenções no ato de não prestar atenção” (p. 46).

Criado o ambiente de oposição entre esses dois lados, a reportagem prossegue com uma justificativa, no intuito de reduzir o ímpeto dos leitores que, eventualmente, poderiam estar desejosos de ver os condenados no processo

do mensalão cumprirem suas penas, das consequências, para os réus, da aceitação dos infringentes. O texto deixa claro que a condenação não mudaria e que os condenados como corruptos “permanecerão corruptos” (p. 47). O que mudaria seria apenas a forma como alguns deles teriam que cumprir suas penas.

Os embargos infringentes são vistos, por muitos juristas, inclusive por ministros do STF, como Joaquim Barbosa, que já se pronunciou publicamente sobre o assunto, como excessivamente protelatórios, eternizando processos, a fim de consagrar “o direito dos poderosos à impunidade” (p. 47), conforme a reportagem declara. No entanto, ainda seguindo o texto da reportagem, eles estão presentes em nosso ordenamento jurídico e, portanto, não cabe aos ministros do Supremo discutir, na seara de um processo, sobre sua legitimidade. Reproduzindo um dos elementos mais célebres da ciência política moderna, qual seja, o princípio da divisão dos poderes, a reportagem postula que cabe ao Congresso, e não aos ministros do STF, fazer as leis do país (p. 47). Os ministros da corte, “numa verdadeira república constitucional, apenas decidem como a lei tem de ser cumprida, quando há conflitos – por mais que possam discordar dela” (p. 47). Depois de estipular o comportamento virtuoso que deve ser seguido por um ministro da Suprema Corte, a reportagem atribui exatamente esse perfil a Celso de Mello, que, “ao encerrar seu voto, alertou para isso” (p. 47): “o Poder Público não pode processar criminosos de modo cego e instintivo, levado por paixões” (idem). Mais uma vez, as paixões surgem como o exemplo contrafático do que deve ser feito.

A última parte da reportagem é a consagração do princípio da racionalidade, lançando mão de Aristóteles. A paixão<sup>168</sup>, citando uma passagem da *Política* de Aristóteles, leva os homens à irracionalidade. Ela cega e compromete a integridade. “A lei é o espírito desembaraçado de qualquer paixão” (p. 47) (esta passagem, inclusive, compõe um dos ‘olhos’ que a reportagem possui, na página 46), anuncia o texto da reportagem. A lei é a seara da racionalidade, de onde as paixões devem, necessariamente, ser excluídas. O argumento segue na esteira de defender o valor intrínseco das leis e da igualdade em Aristóteles.

---

<sup>168</sup> Como vimos, na *Retórica*, as paixões adquirirão outra leitura em Aristóteles, sendo tomadas como um dos elementos constituintes da persuasão.

Por fim, a reportagem se encerra com uma estrutura argumentativa que gera confusão no leitor mais atento. Ela aponta que a racionalidade está do lado também da opinião pública, “que se cansou de ver os poderosos ser(em)<sup>169</sup> tratados como pessoas diferentes”. Essa afirmação é diametralmente oposta a todo o argumento construído, até então, pelo texto da reportagem, cujo subtítulo fala na racionalidade que frustrou a opinião pública. Além disso, as paixões (inexatas), associadas à opinião pública, são condenadas a todo momento, devendo ser preteridas em prol da racionalidade, encarnada no voto do decano Celso de Mello, por conta dos embargos infringentes no processo do mensalão. Segundo a reportagem, seguindo essa virada final, inesperada, “é justo que a população espere punições para poderosos que transgrediram a lei”. Tal modificação no argumento pode configurar a tentativa de não parecer aos leitores que o autor da reportagem estava do lado dos condenados, defendendo-os. Quanto a isso, o texto não deixa dúvidas, visto que não é disso que a reportagem busca tratar. No entanto, não deixa de chamar atenção a mudança de imputação feita à opinião pública, entre essa parte final e o restante do texto.

Interessante notar que Aristóteles tem suas ideias manuseadas em torno da racionalidade, que, no texto, aparece de modo empobrecido, apenas em um registro metafísico, sendo colocada em oposição às paixões. Quando a retórica aparece no texto (na verdade, todo o texto é construído retoricamente, como não poderia deixar de sê-lo), de modo explícito, nenhuma referência ao pensamento aristotélico é feita. Ele é mobilizado para se referir a uma racionalidade pura, para condenar as paixões. O recurso a Aristóteles, nesses termos, mostra pouco manejo do responsável pela reportagem com a obra do autor. No intuito de reforçar seu argumento com a autoridade de um dos principais representantes de nosso pensamento, o autor da reportagem acaba por fazer um uso parcial do pensamento aristotélico em torno das paixões. Na *Retórica*, por exemplo, as paixões aparecem, relativas ao mesmo tema, com dois registros diferentes. Inicialmente, elas são vistas como um obstáculo, para em seguida, serem pensadas como um elemento fundamental para a persuasão. Para compreender essa mudança de concepção, é preciso ter em

---

<sup>169</sup> O acréscimo, em itálico, é nosso. No texto, a passagem é: “que se cansou de ver os poderosos ser tratados como pessoas diferentes”.

mente que a obra não foi escrita por Aristóteles de forma contínua, e em um mesmo período de tempo. Sua concepção foi sendo realizada ao longo da vida de Aristóteles. E um pensador complexo como ele, alterou suas percepções ao longo da vida.

O que a decisão do processo do mensalão mostrará, segundo a reportagem, é a racionalidade ou não dos ministros, de acordo com as consequências que trará (algo que a própria reportagem condenou, visto que, segundo o texto, um julgamento deve ser realizado com base nos argumentos jurídicos, e não em suas consequências). Os ministros do STF “responderão se a racionalidade de suas decisões é inteira, mantendo as condenações – ou se serve apenas à impunidade” (p. 47). Caso as condenações sejam mantidas, a decisão é racional (inteiramente). Caso contrário, a decisão não é plenamente racional.

A reportagem aqui analisada é sintomática daquilo que, em muitos casos, se espera do Supremo Tribunal Federal, de um tribunal, do judiciário e mesmo do direito como um todo. Trata-se de uma concepção formalista e legalista, em um sentido menos científico e acadêmico (conforme o uso que as expressões formalismo e legalismo podem receber), mais difundido e compartilhado pelas pessoas, e menos simples de ser transformado em um discurso concatenado e coerente, a ponto de poder ser chamado de teoria.

Formalista e legalista, pois essa concepção difundida acerca do que se espera que o direito faça, principalmente no âmbito das decisões judiciais, se atém ao fato de que o direito precisa decidir de acordo com o próprio direito. Em uma visão mais profunda (e ingênua, ou mesmo utópica), isso implica reconhecer a lei como o produto de um consenso em torno de valores que foram assegurados através de um processo democrático de consolidação, e que, por isso, está eivado de legitimidade. A teoria da divisão dos poderes encontraria, assim, efetivação no mundo material, não apenas no plano discursivo. A forma de produção do direito, portanto, garantiria sua legitimidade e sua representação maior seria a lei.

Sendo assim, para evitar os abusos e os autoritarismos do poder político, algo que parece, segundo a interpretação mais canônica<sup>170</sup>, ser um

---

<sup>170</sup> Há outras formas de se interpretar o Brasil e os processos políticos que caracterizaram nossa história, sem que o poder público, na figura do Estado, e o povo sejam vistos como os

grande problema na história brasileira, a lei deve ser a base de organização social e a fonte maior para a decisão dos conflitos. Por fonte maior, devemos entender a única. Para assegurar que nenhum abuso seja cometido, os conflitos submetidos ao direito devem ser decididos com base no próprio direito, e não em elementos externos a ele, sob pena da criação de um sentimento de desconfiança e insegurança generalizadas.

Nesse ponto, seguindo a cartilha do Iluminismo, o direito seria a representação maior da razão, uma razão legal, despersonalizada. Através dele, as decisões são tomadas de modo imparcial, sem que preferências pessoais e beneficiamentos tenham lugar. O espaço das paixões, em resgate ao pensamento platônico, tem que ser reduzido, para evitarmos a injustiça (elemento extrajurídico, se formos levar o formalismo a seu limite). Quase em repetição a Platão e a Descartes, as paixões são vistas como um enorme problema, ao passo que a lei incorpora a racionalidade e a neutralidade.

Não há espanto, portanto, ao nos depararmos com o texto que dá suporte à reportagem anteriormente analisada. A lei, a racionalidade, os argumentos jurídicos, os especialistas, a serviço da reta razão. A política, as paixões, os argumentos outros, a opinião pública, a serviço da irracionalidade e da inexatidão. A polarização reverbera em outras dicotomias, todas criando a defesa de que o direito se produz com o próprio direito e que esse é o fundamento de sua legitimidade.

A opinião pública aparece no lugar onde tem que estar, segundo a mesma interpretação do Brasil que aparece como história oficial, ou seja, fora das decisões que exigem racionalidade e equilíbrio. Um povo dado às paixões, à inexatidão, que precisa, pela força das instituições, ser forçado à racionalidade. O direito desempenharia esse papel, chamando o povo à racionalidade. As paixões inexatas são inadequadas e toda paixão é inexata. Com isso, a opinião pública só pode levar ao engodo, à incompreensão e à injustiça. Ela é o *locus* da paixão. A racionalidade fica por conta dos especialistas (ou do sistema?). Eles, também, em algum momento, povo e paixões, no papel em que estão, devem se despojar do que os constitui, dando

---

males de uma sociedade que, de bom, conta apenas com aquilo que a natureza lhe deu. O Éden é aqui; o problema é Adão. Por outro lado, isso não quer dizer que não tivemos períodos, episódios e eventos cunhados na base do autoritarismo.



voz, apenas, à racionalidade, manifesta na letra da lei. O papel, se sobrepondo ao indivíduo, é a garantia de que a neutralidade será observada. Quem decide é o especialista, com base na lei. O movimento virtuoso se fecha, onde só a racionalidade atua. O que é externo ao direito é estranho.

Não obstante o imperativo, imposto pelo direito a si mesmo, e devidamente reconhecido por Pierre Bourdieu<sup>171</sup>, de evitar, e, quando o caso, apagar os rastros de, qualquer utilização a recursos externos ao campo, sob pena de perda de sua legitimidade, que repousa, justamente, na afirmação das inerentes racionalidade e neutralidade do direito. Aos juízes é vedada qualquer referência a elementos exógenos, garantindo a aplicação limpa da lei. A força do direito é retirada essencialmente do reconhecimento dessas características, que dão sustentação ao discurso oficial do campo.

No entanto, é preciso levar em consideração que outras interpretações podem ser mobilizadas, com o objetivo de compreender as decisões jurídicas e a relação que as mesmas estabelecem com outros campos sociais, em especial com a política. Que o direito serve como base às decisões jurídicas é uma coisa relativamente simples de se compreender. No entanto, pela própria natureza do direito, imerso em uma sociedade que se altera mais do que os mais formalistas gostariam, ele não é capaz de prever tudo aquilo que um dia precisará ser legislado. Além disso, mesmo no terreno em que já há legislação, não é possível prever todas as possibilidades que determinado tema pode oferecer do ponto de vista social. Com isso, nem sempre o direito fornece o direito. Nem sempre o substrato necessário para uma decisão pode ser encontrado no próprio direito. Isso não o torna menos racional.

Ainda é necessário problematizar a questão da racionalidade. Sob uma série de matizes, a racionalidade, ao contrário do que propaga a linha de pensamento que pode ser observada, exemplarmente, pela reportagem, pode ser encarada como um problema, e não como solução. A reportagem não é específica quanto a que tipo de racionalidade se refere (e nem o faria, tendo em vista que o objetivo não era esse), no entanto, podemos perceber, no texto, que se trata de uma definição a partir de uma oposição: a racionalidade (do juiz) é (deve ser) o oposto das paixões (da opinião pública, do povo, dos

---

<sup>171</sup> *A força do direito*, in: *O poder simbólico*.

irracionais). A crise da metafísica, a virada linguística, a valorização da retórica e da filosofia da linguagem (o tema da linguagem, por si só, já é uma questão complexa de ser enfrentada, que põe desafios à racionalidade no contexto tradicional da metafísica), todos eles, são tópicos que criam dificuldades para uma racionalidade pensada no modelo da filosofia da consciência. Em nem todos os registros, as paixões são vistas como um problema. A retórica é um exemplo.

Além disso, é possível separar, absolutamente, aspectos racionais de aspectos passionais? As ações consideradas racionais o são em virtude de um descolamento perfeito em relação ao que há de não-racional? Se, analiticamente, a divisão é plena de sentido, e constituinte do que chamamos de pensamento ocidental, não é tão claro que esses elementos possam ser facilmente separados na prática.

Outro problema se refere ao fato de considerar, intrinsecamente, o direito como dotado de racionalidade absoluta (limpa e redentora?), despido de paixões. Afirmar que o direito é racional não o faz racional, embora isso possa ser persuasivo para muitas pessoas. A Teoria dos Sistemas, em versões mais elaboradas, aponta para uma racionalidade do direito, própria a ele. Essa racionalidade exclui de seu âmbito todo o tipo de elemento não-racional. Mesmo em contextos muito formalistas, seria difícil acreditar que o direito é capaz de se fechar hermeticamente para as paixões. Colocar essa tarefa em seu horizonte não é o mesmo que conseguir executá-la.

Ainda, o tema da racionalidade de outros ambientes sociais. O que a linha de pensamento que a reportagem representa propõe é que o direito é dotado de racionalidade e que as paixões devem ser colocadas fora do campo, assim como os argumentos políticos e a opinião pública. Ao fazer isso, tal concepção sugere que os argumentos que não são jurídicos, como os políticos e os articulados pela opinião pública, não são racionais, são dotados de excessiva paixão, ou, no mínimo, possuem uma racionalidade que não se alinha com a racionalidade do direito.

Isso levanta claros problemas para uma proposta que pensa o direito de maneira menos formalista (no sentido aqui delineado), mais aberta e em contato com outros setores sociais de uma forma menos sistemática (enquanto adjetivo que se refere à Teoria dos Sistemas), além de levantar obstáculos

também para uma teoria da ação em contextos de decidibilidade. De acordo com a concepção representada pela reportagem, os argumentos extrajurídicos devem ser evitados ao extremo para que uma decisão jurídica seja proferida. Mais, para que uma decisão seja racional, seus fundamentos devem ser jurídicos, através de uma argumentação levada a cabo com base na lei (entendida em sentido amplo), e não no que é externo ao campo.

Diante disso, a opinião pública é colocada em xeque. A irracionalidade que apresenta, já que movida pelas paixões, gira em torno, principalmente, do fato de não mobilizar argumentos jurídicos para externalizar suas demandas. Se os argumentos não são jurídicos, eles não devem fazer parte do campo (ou sistema, dependendo do enfoque), comprometendo, desta maneira, a racionalidade da decisão.

O mesmo ocorre quando os argumentos eventualmente mobilizados pertencem, por exemplo, à seara da política. Dotados de irracionalidade, ou de uma racionalidade insuficiente para o direito, o que resta a uma abordagem mais purista em relação ao direito é negar legitimidade a esses argumentos. A irracionalidade é ilegítima. O que é político deve permanecer no âmbito do político.

O que transparece nesse tipo de interpretação é uma visão pejorativa e rasteira da política, entendida, essencialmente, como o terreno do engano e da ausência de valores. Reforçada por uma leitura do Brasil como um país onde a corrupção é visceral, e nos acompanha, para nosso martírio (pelo menos, o dos virtuosos), desde sempre, a visão da política como um jogo de interesses sujo e vicioso corrobora o afastamento de qualquer argumento político no âmbito do direito. O direito é, e deve ser, aquilo que deixa a política de fora. Confundida com o jogo do poder, com o cenário eleitoral, a política, sinônimo de corrupção, fica de fora do palco das virtudes, do qual o direito é o guardião. Além dos políticos, os argumentos oriundos de outras searas também não devem integrar as decisões do direito. Se eles não são evitados das vicissitudes inerentes à política, pecam por não possuírem a racionalidade do direito, ou por serem representantes dos interesses de determinados setores sociais (não seriam eles, assim, políticos também?).

Ao juiz, diante de um conflito, resta, para manter ativa a racionalidade do direito, procurar no próprio direito os fundamentos (jurídicos) de sua decisão.

No entanto, apesar de todo o temor em relação aos abusos que uma decisão baseada em elementos extrajurídicos possa causar (temor este fundado no passado), cabe perguntar, aos juristas de cunho mais formalista, o que fazer diante de casos em que, tendo em vista sua complexidade e apelo social, os argumentos jurídicos são insuficientes para se chegar a uma decisão, ou mesmo não existem. Nesses casos, não é ao direito que os juízes irão recorrer.

Essa forma de encarar o direito, e o processo do mensalão parece se apresentar como um excelente exemplo dessa tomada de posição, atribui a ele um papel pedagógico de virtuosismo social. É o direito que irá resguardar as virtudes republicanas e democráticas de uma sociedade que é incapaz de assim o fazê-lo, protegendo-a da própria política, terreno, por excelência, da corrupção. Em uma polarização simplificadora do mundo social, onde o direito é razão e virtude, a política só pode ser percebida como paixões e vício.

Vale notar, por fim, que, ao utilizar a reportagem em questão como exemplo de uma linha de raciocínio, o objetivo não era tecer uma crítica ou um elogio contra o acatamento, por parte dos ministros do STF, dos embargos infringentes no bojo do processo do mensalão. Não era essa a questão em jogo. O objetivo era registrar um tipo de pensamento em relação ao direito que, a esse sim, pretendemos nos opor. A crítica, menos ainda, é dirigida ao autor da reportagem. Estamos interessados no que ela representa não pelo autor se posicionar a favor dos infringentes neste caso, mas sim por construir argumentos que reforçam uma interpretação mais formalista e legalista do direito, da forma como interpretamos essas posições.

Se os infringentes estão previstos no ordenamento jurídico e se os réus têm direito a impetrá-los, não há nenhum problema em reconhecer isso, sem que, necessariamente, aqueles que assim se posicionam, como no caso do autor da reportagem, tenham que se posicionar também a favor dos condenados no processo do mensalão. Essa interpretação seria injustiça e equivocada. E não é a ela que nos filiamos.

No entanto, ao defender o direito dos condenados aos infringentes, a reportagem acaba por construir e reproduzir uma forma de entender o direito e a política que, nos parece, é amplamente compartilhada por uma parte da sociedade, e dos juristas e operadores do direito. Através dessa interpretação, o direito só é legítimo e racional, e, portanto, pelo menos no que tange às

decisões judiciais, imaculado, quando decide a partir de si próprio, com base em argumentos jurídicos. A política, ao contrário, terreno do engodo, não deve fornecer ao direito os elementos de sua decisão (assim como nenhum outro campo social o deve), pois evitados de irracionalidade (das paixões), ou de uma racionalidade parcial ou inadequada. Ao fazer isso, a reportagem acaba por criar, do ponto de vista argumentativo, uma moralidade que atribui aos argumentos jurídicos a racionalidade e a segurança, e aos argumentos externos ao direito a irracionalidade e a desconfiança. É a essa posição que nos opomos.

A princípio, o tipo de pensamento que a reportagem representa guarda certa proximidade com algumas concepções sistêmicas acerca do direito. A divisão entre o direito (sistema) e o que lhe é externo (ambiente), que diz respeito, em grande parte, aos argumentos mobilizados pelos ministros do STF para chegarem a uma decisão, é correlata de uma interpretação baseada na Teoria dos Sistemas para o direito. Vale notar, no entanto, que, embora próxima no que tange a essa separação sistema/ambiente, a reportagem deposita suas expectativas de um sistema jurídico racional e desejado no comportamento de sujeitos, no caso, de juízes (entre os quais, segundo a reportagem, Celso de Mello é o representante da reta razão). Essa é uma abordagem que a Teoria dos Sistemas, na versão luhmanniana, busca rejeitar. Os sujeitos, os atores, não são considerados elementos centrais para a investigação da vida social. No entanto, é justamente sobre os agentes que a reportagem deposita a expectativa de que o direito seja sempre decidido com base no direito. As consequências esperadas são sistêmicas, com o direito, em benefício e a serviço da racionalidade, sendo julgado a partir de si mesmo, com seus elementos internos, mas o caminho para que as mesmas sejam alcançadas foge ao programa da Teoria dos Sistemas, visto que é através das ações dos indivíduos que esses resultados serão alcançados. A importância dos sujeitos precisa ser reconhecida, e, quanto a esse ponto, dessa maneira nos posicionamos, mas não nos alinhamos a uma visão do direito e da política como a que a reportagem representa.

## ANEXO II

### STF brasileiro: o paladino da Justiça

*Uma intenção, nota Wittgenstein, encarna-se numa situação, em costumes e em instituições humanas*<sup>172</sup>.

Niklas Luhmann apontava que um dos modelos tradicionais da sociologia do direito, que, na verdade, afastava o direito do cerne de seu interesse, era baseado no estudo dos órgãos colegiados, como os tribunais, e no comportamento de seus membros, os juízes. Para uma verdadeira sociologia do direito, que abarcasse, de fato, o direito em seu espectro de interesse, o sociólogo alemão propõe um enfoque do direito como um sistema, autopoietico e autorreferencial, que deve se produzir a si próprio. Em seu esquema teórico sociológico, os indivíduos não interessavam a fundo, assim como as instituições, que, no caso do direito, não o representavam absolutamente.

Embora a proposta de Luhmann acene na correta direção de não entender o direito, *apenas*, como seus órgãos colegiados, ou como o comportamento de seus atores, ela olvida o fato de que o direito é, *também*, formado por suas instituições e por seus agentes, além de por suas relações com outros âmbitos (sistemas, na definição de Luhmann) sociais. A posição que o Supremo Tribunal Federal brasileiro passou a ocupar nos últimos anos, após julgamentos em casos que despertaram o interesse da sociedade como um todo, parece ir de encontro à proposta da sociologia do direito de Luhmann. As instituições judiciais no Brasil, mais especificamente o STF, têm sido o grande palco de onde o direito tem se manifestado à sociedade como um todo. As impressões que as pessoas possuem sobre o direito, em grande parte, têm sido influenciadas por suas impressões acerca do trabalho desempenhado pela Suprema Corte. Esse é outro modelo tradicional de sociologia do direito, criticado por Luhmann, que se concentra nas opiniões dos atores sobre o direito. Mais uma vez, o direito está muito longe de se constituir apenas como a forma como as pessoas o veem, mas ele é formado, também, por esse

---

<sup>172</sup> *O poder simbólico*, p. 165, Pierre Bourdieu.

conjunto de impressões, mais ou menos difundidas. Afinal, o direito não pode se descolar da sociedade.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro tem sido apresentado, em regra, a partir de uma visão extremamente positiva, principalmente se comparado a outras instituições públicas no Brasil. Essa percepção tem se difundido através da imprensa e da sociedade, amiúde. É o que podemos perceber a partir da análise da abordagem de duas reportagens, em revistas diferentes, sobre o tema.

Em reportagem da Revista *Época*, de Marcelo Rocha e Murilo Ramos, edição 808, de 18 de novembro de 2013, mais uma vez, o tema do mensalão é central. A capa da revista estampa fotos dos rostos de alguns dos condenados no processo do mensalão, como Marcus Valério, José Dirceu e José Genoíno. O título da reportagem, “Nunca antes neste país”, é uma alusão a uma frase recorrente utilizada pelo ex-presidente Lula, do PT, que se tornou chavão em seus discursos e motivo de ironia por parte de seus opositores. O título enfatiza o ineditismo da decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro, condenando políticos de alto calibre a cumprirem penas restritivas de liberdade, algo incomum em nossa história. A chamada da reportagem, ainda na capa, reproduz a imagem desse feito inédito, colocando o STF na posição central e soteriológica de nossas virtudes democráticas: “Ao mandar prender os réus do mensalão, o Supremo Tribunal Federal inaugura uma nova era na democracia brasileira – a Era dos Corruptos na Cadeia”.

O processo do mensalão é narrado como um épico, uma narrativa composta em três capítulos, definindo uma história construída com muitos elementos, e envolvendo uma série de questões. O capítulo 1 é chamado de “De como um Supremo exausto decretou: ‘e um dia o jogo chega ao fim’” (p. 33). O referido capítulo 1, mais uma vez, reforçando o ineditismo da decisão do Supremo Tribunal Federal no processo do mensalão, começa com uma comparação entre as “algemas que o Brasil conhece” e as “algemas que o Brasil não conhece” (p. 33). No mês anterior à publicação da revista, um crime chocou Brasília: um borracheiro, na periferia da capital, havia sido acusado de estuprar cinco meninas. A reportagem aponta que a polícia agiu rápido, assim como a Justiça: “da data dos crimes às algemas no punho do suspeito, transcorreram três semanas” (idem). O borracheiro (a ênfase na profissão do

acusado é importante para o argumento que a reportagem pretende construir em seu capítulo 1) Daniel Martins de Moraes foi preso, em uma cela que passou a dividir com outros dez presos (“cela simples, com apenas um buraco no chão”). A eficácia da polícia e da Justiça se explica por conta de uma forma de lidar com o crime que o Brasil já conhece. Um borracheiro na periferia de Brasília comete estupro, um crime que gera no condenado o rótulo de monstro social. De acordo com a reportagem, essas são as algemas que o Brasil já conhece: “essas são as algemas que, de tão corriqueiras e necessárias, o Brasil nem sequer lembra, conhece – ou de que se recordará” (p. 33).

O que a narração desse evento, logo no início da reportagem, quer levantar é o fato de que, em nosso país, como é de conhecimento de todos, os crimes cometidos por pessoas de baixa condição financeira e origem social acabam na cadeia, como era de se esperar. No entanto, conforme argumenta o restante da reportagem, o mesmo não ocorre quando o autor do crime goza de um *status* social diferente do borracheiro da periferia. Para o monstro social, as algemas são conhecidas, mas não para os políticos do alto escalão de Brasília, envolvidos com o mensalão.

O tom que caracteriza a reportagem é, simultaneamente, de alívio e de esperança. Ambos os sentimentos podem ser encarnados na figura do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Foram os ministros do STF, não mais juízes de uma instituição elitista, isolada do povo, mas, agora, templários de uma Justiça, enfim, encontrada, que “apresentaram as algemas que o Brasil nunca conseguiu conhecer – mas de que jamais deverá se esquecer” (p. 33). O crime que choca, como os estupros cometidos pelo borracheiro Daniel, era a única forma de crime punido no país, mas não mais. Os chamados crimes de colarinho branco, tão corrosivos a uma sociedade que busca se esmerar quanto o estupro, também conhecem, finalmente, suas algemas, “tão necessárias quanto às de Daniel, apesar da diferença entre os crimes, as algemas daqueles cujos crimes, por mais danosos e graves que fossem aos demais brasileiros, eram ignorados pela Justiça” (idem). Essas algemas representam o Estado de Direito, que, salvo pelo STF, pode resgatar a República de sua famigerada situação, a partir de seu basilar princípio de que todos são iguais perante a lei.



O passo dado pelo STF, conforme fica claro na argumentação que vai sendo tecida ao longo da reportagem, é enorme. O significado de enviar à prisão políticos que, de acordo com nossa tradição, sempre estiveram ao largo da aplicação igualitária do direito, experimentou sua apoteose quando Joaquim Barbosa (o grande destaque do STF neste processo, do qual era o relator), ministro do Supremo, “adentrou o plenário da corte” (p. 33). A descrição da entrada é romanceada para mostrar a figura heroica do ministro, que estava “ansioso por concluir a missão a que se propusera oito anos atrás – levar o julgamento a um desfecho triunfal” (idem). Joaquim é a própria imagem do Supremo. O exausto Supremo, de acordo com denominação dada pelo título do capítulo 1, que abre a reportagem, portanto, não se refere somente aos longos anos através dos quais o processo se arrastou na corte, levando, em muitos momentos, à desconfiança do povo brasileiro, já acostumado com uma Justiça cega, mas não como Têmis. A exaustão era por se fazer Justiça, e o caráter era de missão, incorporada na figura do Supremo Tribunal Federal, e, por conseguinte, na de Joaquim Barbosa. Exaustão também manifestada quanto ao julgamento dos infinitos recursos interpostos junto à corte, como os embargos de declaração, recurso que, no contexto do mensalão, conforme endossa a reportagem, virou sinônimo de obstáculo a uma Justiça eficaz, como mostrou a reação de impaciência do ministro Gilmar Mendes, diante de tantos recursos.

Mas a imagem destacada da instituição ficou mesmo representada por Joaquim Barbosa. Segundo a reportagem, o ministro conduziu as condenações dos mensaleiros obtendo, na maioria dos casos, a unanimidade da corte. Nos momentos de embate com a corte, foi soberano. Argumentou com precisão, e reconstruiu, “calma e prazerosamente” (p. 34), as punições que já haviam sido decididas, “pronunciando com firmeza a palavra ‘unânime’ ao falar do placar das votações” (idem). Representando a sede de Justiça de uma sociedade desgastada pela corrupção endêmica, o ministro Joaquim anunciou as medidas que, como toda a sociedade brasileira, queria ver serem cumpridas, no caso, as prisões dos mensaleiros. Embora a votação ainda tivesse que ocorrer, os pedidos de Joaquim, condenando os acusados, eram inevitáveis: “o Brasil conheceria as algemas que há tanto tempo aguardava” (p. 35).

Combatendo as divergências do ministro Lewandowski, a essa altura, eleito o principal “inimigo” da República brasileira, dentro do próprio STF, a quem Joaquim via como alguém disposto a “manobras”, e apoiando a defesa de Luís Roberto Barroso sobre a excessiva demora do processo, com a qual “regozijou-se” (p. 35), é inevitável o caráter messiânico atribuído à condução do processo por parte de Joaquim Barbosa. Sua condução do processo, com a conclusão pelas condenações, somada à sua origem social, fizeram de Joaquim uma espécie de messias, que há muito se esperava no Brasil, trazendo, enfim, a Justiça, na qual nossa sociedade não mais acreditava. Finalmente, as novas algemas seriam conhecidas. E elas vieram pelas mãos de uma figura significativa, que, além de justa, encarna, como todo herói, a generosidade e a humildade de quem, podendo tomar a decisão monocraticamente, “optou por dividi-la com o colegiado” (p. 35).

O capítulo 2 da saga, “Da dificuldade de condenar e punir corruptos no Brasil”, busca realçar a importância da decisão do STF em condenar os acusados no processo do mensalão. Ressaltando o “espanto de muitos com a decisão do Supremo”, a reportagem reforça que essa reação não é fortuita, na medida em que, no Brasil, a política e a prisão raramente se misturaram, a não ser “em níveis hierárquicos baixos”, em períodos de autoritarismo e por motivos políticos, mas não relacionados a crimes. Por isso, o argumento da reportagem faz questão de enfatizar, “trata-se de uma exceção histórica – um verdadeiro caso extraordinário” (p. 35). Como tal, alimenta a esperança de dias melhores para a Justiça brasileira, algo reforçado pelo êxtase da população com as condenações.

Comparando o atual processo do mensalão com outros momentos da história do país, como a condenação à morte de Tiradentes e o período varguista (onde processos eram meras formalidades e os adversários políticos eram presos sem prova em contrário), a defesa contra recursos protelatórios, no bojo do processo do mensalação, por parte da maioria dos próprios ministros do STF, é vista, não como um retrocesso a um processo sem defesa, mas, antes, como um “avanço institucional do país” (p. 36).

Nosso atraso civilizatório, diagnóstico tão comum em relação à forma mais tradicional de se compreender o Brasil, é atribuído à corrupção política que nos acossa, atraso este de natureza moral, e que se “revela na falta de

desenvolvimento institucional do país” (idem), gerador das mais variadas desigualdades. Se o Brasil “é o que é hoje” (p. 36), é por conta de nossa impunidade histórica. O STF, através do processo do mensalão, se mostrou uma exceção a essa regra histórica, acusando, enfim, uma maturidade institucional no país. Maturidade essa que, comparada àquela atribuída ao Congresso Nacional, por exemplo, é singular. Em outras palavras, se o Brasil caminhou, como mostra a condenação dos mensaleiros, para um desenvolvimento institucional, segundo o entendimento da reportagem, isso se deve ao Supremo Tribunal Federal. A contraposição com o Congresso, parte ré no processo do mensalão, escancara a diferença entre as duas instituições, reforçando a fé no diagnóstico de uma sociedade cindida entre um direito justo e uma política corrupta. Enquanto a política é destrutiva, o direito, pelas mãos da Suprema Corte e do ministro Joaquim Barbosa, educa o país republicanamente: “o julgamento do mensalão mostra, ainda que de modo insuficiente, ao chegar ao ato final simbólico das algemas para os poderosos, que o Brasil tenta se libertar das correntes. É o que mais falta para a consolidação de nossa República” (p. 36). De acordo com o ministro Marco Aurélio: “o Supremo colocou um tijolo na obra do avanço cultural. Com a decisão, os homens públicos ficam mais espertos” (idem).

Essa coroação do Supremo como o protetor da República, de acordo com a reportagem, é fruto de um processo que demandou outras mudanças, como a promulgação de uma legislação mais aprimorada, assim como o surgimento de doutrinas jurídicas mais refinadas, a extinção da capacidade do Congresso Nacional de impedir que senadores e deputados fossem investigados, e a transmissão dos julgamentos pela TV Justiça, que “trouxe transparência e as devidas cobranças” (p. 36). Mas o ponto auge de todo este processo é mesmo o Supremo Tribunal Federal e seus ministros, “que eram diferentes, que pensavam diferente” (p. 36). O principal deles, é claro, é Joaquim Barbosa, “inspirado pela severa cultura legal dos Estados Unidos” (idem). De acordo com a reportagem, a figura de Joaquim Barbosa é tão central para essa “nova cara” do Supremo, que é questionado se a história seria outra, caso não fosse o ministro à frente do processo do mensalão: “não fosse ele o relator do caso do mensalão, será que o julgamento teria chegado a

bom termo?” (idem). Aqui, novamente, a singularidade do ministro é ressaltada, e os traços míticos e heroicos, mais uma vez, vêm à tona.

A transparência do julgamento, com o exaustivo acompanhamento do caso por todo o Brasil, além de ter criticado atos protelatórios no processo e ter respeitado a democracia e a ampla defesa, fez com que a legitimidade do Judiciário tenha aumentado diante da opinião pública, conforme apontou o jurista Joaquim Falcão. A defesa da democracia passa pela democratização da prisão. E foi exatamente isso que o STF fez. A corte passou a ser tomada como modelo de instituição no Brasil.

Como muitas narrativas, o final da saga contempla a lição que esta história nos deixa. Em seu capítulo derradeiro, a reportagem, depois de exaltar o papel do STF e de Joaquim Barbosa, defende a necessidade de construirmos uma tradição virtuosa no país, inaugurada pela Suprema Corte. O capítulo 3, “Que o mensalão não seja apenas memória”, aponta para o longo caminho que ainda precisa ser construído, se quisermos fazer com que a vitória republicana que o STF propiciou no caso do mensalão não seja esquecida.

Para que isso aconteça, a reportagem deposita as esperanças numa contínua reforma, principalmente, da justiça brasileira. O registro é de um uso instrumental do direito no Brasil, à maneira como diagnostica Marcelo Neves, e como Luhmann pretende não estudar o direito. O sistema jurídico, segundo o argumento da reportagem, é instrumentalizado, ainda em muitos casos, pelo poder econômico (os atores, novamente, sobem ao palco da vida social como fator explicativo). Há muitas formas de protelar decisões e arquivar processos: “para ir preso no Brasil, é preciso ser muito pobre e mal defendido”. A explicação da impunidade, além de histórica, se deve ao jogo social onde atores mais poderosos são capazes de instrumentalizar a burocracia do Estado, principalmente o direito, fazendo valer seus interesses. Para que algo mude, a esperança, para a reportagem, continua nos atores e nas instituições: “para que as prisões do mensalão não restem como uma frágil memória do país que o Brasil poderia ter sido, será preciso que (...) se mude a mentalidade dos juízes criminais” (p. 38).

O direito, tomando como base suas instituições, é visto como o lugar a partir do qual as mudanças acontecerão, garantindo a democracia e a República. Por isso, o processo do mensalão, no entendimento da reportagem,

é um marco, um evento que altera a instituição (STF) e o (campo/sistema do) direito, “causando um impacto salutar em como se faz política no Brasil e sobre como se pratica o Direito Penal no país” (p. 38). Além de despertar um sentimento (desconhecido) de confiança nas instituições públicas e na Justiça, mudando a forma com a população em geral entende a justiça (o direito) no Brasil, o STF, advoga a reportagem, poderá se tornar o responsável pedagógico pela política no país. Para isso, a corte conta com figuras como Joaquim Barbosa, que estampa uma foto na última página da reportagem, com a legenda: “o julgamento seria diferente sem ele” (idem). O país não mudou completamente, mas progrediu com ele. O homem que, ao deixar o plenário depois da condenação dos mensaleiros, deixou “para trás uma República” (p. 38).

Em reportagem de Mariana Timóteo da Costa, para o Caderno Especial do jornal O Globo, de 29 de novembro de 2012, intitulada “Especialistas: para moralizar a política é preciso avançar mais”, o aumento credibilidade do STF é ressaltado, juntamente com o da Polícia Federal e o da imprensa:

A instância máxima do Poder Judiciário, ao condenar 25 pessoas envolvidas no escândalo de corrupção, segundo especialistas, aumentou a credibilidade dessa instituição e de outras, como a Polícia Federal, que investigou, e a Imprensa, que denunciou os escândalos. (...) Isso, em opiniões unânimes ouvidas pelo GLOBO, representa um avanço para a democracia brasileira (p. 12).

A avaliação do STF, quando comparada à avaliação que a sociedade possui em relação ao Congresso Nacional, por exemplo, é positiva e contornada de enormes expectativas. Essas diferentes avaliações colocam em polos opostos, não somente o STF e o Congresso Nacional, em relação à confiança de que gozam frente à sociedade, mas também, de maneira análoga, o direito e a política. O STF, reduto maior do direito (apesar das oposições luhmannianas a essa forma de encarar o direito), representante maior da razão e do combate à impunidade. O Congresso, e correlatos, reduto maior da política, representante maior da impunidade e da corrupção. Essa visão

maniqueísta, embora pareça gasta, exagerada e excessivamente arquetípica, se manifesta, muitas vezes, na forma como o STF tem sido tratado no Brasil. Vejamos um exemplo.

Em reportagem da revista *Veja*, de 5 de dezembro de 2012<sup>173</sup>, na seção “Justiça”, o STF é o grande personagem do processo do mensalão. Mais do que isso, e o tema sequer é tratado em termos jurídicos, tal qual uma visão mais formalista do direito, que também conta com uma série de adeptos no Brasil (que, muitas vezes, parecem aderir a diferentes, e contraditórias, visões acerca da relação entre o direito e a política), o STF é o grande personagem de um teatro onde a luta se desenrola em um contexto de combate visceral entre a corrupção e a Justiça (mantemos a grafia maiúscula, utilizada na reportagem, para marcar não o sistema judiciário, mas a Justiça enquanto objetivo moral a ser buscado pela sociedade). Encarnando a figura austera do STF, seus ministros. As oposições, mais uma vez, colocam em lados opostos o direito e a política.

Na capa da revista, a chamada da reportagem: “Para a História – o julgamento do mensalão abre uma nova era no Brasil”. O tom da chamada indica o conteúdo da reportagem. Como marco de um novo Brasil, a decisão do STF no processo do mensalão abre espaço para um país novo, que combate, através de seus órgãos judiciais (direito), a corrupção (política). O título da reportagem (p. 110) faz eco ao convite feito na capa: “A corrupção perdeu para a Justiça”, afirmando que o STF, ao condenar os corruptos envolvidos no mensalão, revogou “uma vergonhosa tradição” (p. 111). A forma de abordagem em torno do Supremo Tribunal é messiânica. Uma nova era é inaugurada através da ação de virtuosos.

O direito e a política são, mais uma vez, opostos. E a Justiça feita no processo do mensalão parece indicar quem é o protagonista dessa oposição. A visão canônica acerca do Brasil é o pano de fundo para que a relação entre o direito e a política possam se estabelecer. Afinal, historicamente, somos o país dos impunes, “desde Álvares Cabral” (p. 111). Bradando o hino ‘cadeia é para os pobres’, o Brasil viu, geração após geração, a ‘lei natural’ da impunidade, “uma vocação invencível do país de povo cordial e cordato” (idem). Mas, afirma

---

<sup>173</sup> Edição 2298, ano 45, nº 49.

a reportagem, essa longa tradição da impunidade, assistida de camarote pelo nosso povo, chegou ao fim em 2012, um ano que “ficará marcado na história por ter sido aquele em que o Brasil dos honestos começou a virar o jogo sobre o dos desonestos” (p. 111). Esse marco é o processo do mensalão, através do qual “políticos de alto calão foram condenados e mandados para a cadeia” (idem). O Brasil dos desonestos, representado pelos políticos, e (por que não?) pela política, viu o Brasil dos honestos (o povo cordial, que, apesar disso, é inocente, e/ou o Supremo Tribunal Federal e a vitória do direito) romper com nossa impunidade visceral. Nesse jogo, no entanto, fica claro que o agente fundamental é o STF, que precisa levar o povo (cordato) a reboque.

No jogo que opõe a virtude e o vício, as esperanças do Brasil honesto recaem sobre a atuação do Supremo Tribunal, e, em última instância, do direito, sempre pronto a ser colocado de lado em um país acostumado com a desconsideração da lei. A mudança de paradigma é o processo do mensalão, que, apesar da “incredulidade da maioria dos brasileiros”, durante os mais de sete anos de sua duração, acabou por vencer a desconfiança de uma sociedade sem fé em suas instituições públicas. O STF passa a ser visto, então, como o restaurador da confiança de um povo descrente nas virtudes públicas. Ele passa a ser visto, desta forma, como o exemplo de instituição pública que gostaríamos de ver como regra, e não como exceção, em nossa sofrível história social e política.

As analogias permitem perceber como o jogo da oposição entre a virtude e o vício na sociedade brasileira se desenrola. Brasil dos honestos, STF, o direito, Joaquim Barbosa, de um lado. De outro, o Brasil dos desonestos, o Congresso Nacional, a política, Maurício Marinho. Joaquim Barbosa, ministro do Supremo, é alçado, não somente por conta do processo do mensalão, a herói nacional, dentro de nossa parca mitologia. Nas páginas 110 e 111 da reportagem, ele (Joaquim) aparece, em imagem austera, como a encarnação do direito e da “determinação” (p. 111) no combate à corrupção dos poderosos. Joaquim é a virtude, em foto e em cores. Maurício Marinho, servidor público e ex-chefe do departamento dos Correios, encarnando, por sua vez, o vício, é estampado em preto e branco, na página 110, como que em posição de confronto com o ministro Joaquim Barbosa. A imagem tornou-se célebre, com Maurício sendo flagrado recebendo propina, mostrando como “a corrupção

estava arraigada até mesmo nos escaninhos mais obscuros da máquina pública brasileira” (p. 111). Maurício encarna a política, visto que não agia apenas para si próprio, mas sim, “em nome de um partido, o PTB, que o indicara ao posto” (idem). Afilhado da odiosa mãe, a política.

A reportagem segue, nas páginas seguintes (p. 112 a p. 116), com uma tabela mostrando os condenados, seus crimes, a pena recebida, e a multa pecuniária que deveriam pagar. Na página 112, ainda, há uma tabela com o número de horas gastas por cada ministro do STF para votar no processo do mensalão, realizando “análises que passarão para a história” (p. 112). Joaquim Barbosa encabeça a lista, com mais de 30 horas de voto, como uma espécie de reforço a seu comprometimento. Ao lado das horas gastas por cada ministro foram colocadas frases proferidas por eles ao longo do processo. Celso de Mello aponta o episódio do mensalão como uma degradação da atividade política, como registra a reportagem:

Esse processo revela um dos episódios mais vergonhosos da história política de nosso país, pois os elementos probatórios que foram produzidos expõem, aos olhos de uma nação estarrecida, perplexa e envergonhada, um grupo de delinquentes que degradou a atividade política, transformando-a em plataforma de ações criminosas (p. 113 da reportagem).

O episódio do mensalão é apontado como a maior mancha em nossa história política, que, segundo a própria reportagem, é caracterizada pela impunidade desde sempre. A atividade política é corrompida e degradada, na visão de Celso de Mello, mas, conforme reza a cartilha da interpretação mais difundida acerca do Brasil, a política, entre nós, nunca foi ilibada. Luiz Fux, por sua vez, lança mão de um argumento típico da política, acerca da conveniência (no que diz respeito à distribuição de verbas que poderia ter sido realizada com os desvios do mensalão), procurando despertar a compaixão (e a ira) de quem o ouvia: “a cada desvio de dinheiro público, mais uma criança passa fome, mais uma localidade fica sem saneamento, sem mais um hospital, sem leitos” (p. 113). A República foi maculada, conforme entendimento do procurador-geral Roberto Gurgel.



O deputado do PTB Roberto Jefferson, a quem Maurício Marinho prestava contas, conforme define a reportagem, ao revelar toda a trama do esquema de corrupção parlamentar, afirmou que “no país da corrupção, a corrupção se tornara uma prática de governo” (p. 112). Foi quando o termo mensalão apareceu, para se tornar, de imediato, sinônimo de corrupção, e até certo ponto, de política.

Mesmo depois de instaurada a CPI no Congresso, de acordo com a reportagem, a impunidade ainda parecia vitoriosa e “a pouquíssima gente parecia viável que o processo político tivesse seguimento na Justiça” (p. 114). No entanto, mesmo com nosso histórico político sombrio, que afirmava a impunidade que nos caracterizava a cada gesto, havia, então, a partir do processo do mensalão, um “empuxo modernizante”, que combatia as “forças reacionárias contrárias ao progresso institucional” do país, alegando que o mensalão não passava de uma farsa (p. 114). O empuxo modernizante era o Supremo Tribunal Federal, o direito, que, a reboque, poderia resgatar, até mesmo, a política. Mesmo a modernização institucional não era suficiente, contudo, para conter a desconfiança geral da sociedade, que aguardava uma decisão para aplacar sua “sede de justiça” (p. 114).

Mais uma vez, o direito e a política são confrontados, a princípio, com uma repentina inversão de papéis. A peça acusatória, elaborada pela Procuradoria- Geral da República, ainda não era suficiente para convencer o povo brasileiro de que nossas instituições, pelo menos alguma entre elas, poderiam ser confiáveis. Afinal, a peça inicial era “escrita em juridiquês impenetrável”, ao passo que, do outro lado, em confronto, havia a “palavra do político popular e carismático”, que, saindo da Presidência da República (uma referência a Lula), provaria a farsa do mensalão. Nessa organização do argumento construído pela reportagem, a princípio, o direito, através de sua linguagem, é tratado como algo distante da sociedade como um todo, entendido apenas por seus especialistas, a encarnação do hermetismo. A política, na figura do líder carismático, por sua vez, é vista como popular, contra o pedantismo do direito. A política, nesse registro, se aproxima da sociedade, ao passo que o direito se distancia. A inversão de papéis, no entanto, não se sustenta, visto que serve, justamente, para mostrar o erro de julgamento da sociedade ao entender o direito e a política dessa maneira. No país da

corrupção, o direito, a despeito de seu pedantismo e distanciamento linguístico (e também social), é o elemento da modernização de nossas instituições públicas, chafurdadas em uma história marcada pelo desrespeito, ao passo que a política, em pele de cordeiro (do demagogo, do popular), é que se afasta da sociedade, ao macular a República.

O jogo<sup>174</sup> entre o vício e a virtude pendia, de acordo com nossa história, para o primeiro. Uma das principais características de todo o processo do mensalão, de acordo com a reportagem, era a desconfiança constante da população brasileira. A história do STF também não favorecia que esperanças ao contrário fossem alimentadas, visto que o histórico de punição de políticos, por corrupção, por parte da corte, indicava poucos antecedentes nesse sentido. Mas, ao longo do processo, com transmissões pela televisão, segundo o argumento da reportagem, “os brasileiros foram aos poucos recuperando a esperança na eficiência da Justiça”, pois os “poderosos estavam, pela primeira vez na história brasileira, perdendo uma batalha judicial de monta” (p. 114-116). Para um país que nunca gerou um sentimento de confiança, do ponto de vista de suas instituições públicas, e, principalmente, da política, em sua sociedade, conforme a própria reportagem asseverara anteriormente, é de se estranhar que o povo recupere em algo uma confiança que nunca experimentou. Se os brasileiros sempre confiaram na Justiça, encarnada por Têmis, não é tão certo que, em algum momento de nossa história, tenham confiado na Justiça, enquanto conjunto de órgãos da estrutura do judiciário.

E o papel do STF, a todo momento, é ressaltado para que essa mudança na postura da sociedade em relação à impunidade acontecesse. O pedantismo do direito, em vários momentos apontado como um dos elementos que mais afasta o direito da sociedade, foi, inclusive, posto de lado, já que os ministros foram censurando, como paladinos da Justiça, através de linguagem clara, “as roubalheiras e traficâncias da administração pública” (p. 116).

A condenação dos mensaleiros elevou o STF a um *status* que nenhuma outra das instituições públicas brasileiras havia experimentado, passando a gozar de respeito e admiração por parte de boa parte da sociedade

---

<sup>174</sup> A metáfora do jogo é mantida pela reportagem, como se se tratasse de uma partida de xadrez, como na expressão: “Nesse momento, a impunidade avançou várias casas no tabuleiro” (p. 114).

brasileira<sup>175</sup>. O STF “livrou o Brasil daquela que parecia sua sina, a de tolerar a corrupção e nunca prender gente rica e poderosa que comete crimes” (p. 116). A partir disso, há um ponto de inflexão na história brasileira, cujo principal personagem é a Suprema Corte, que deixou “um legado incontestável”. Fazendo com que a prisão não seja mais um local habitado apenas pelas “pessoas comuns”, “a obra meritória do STF” passou a estar completa (p. 116). Como afirma a reportagem, “perdeu a impunidade; venceram as instituições” (p. 116).

A repercussão do processo do mensalão, tratado como um marco na história do país (tanto em relação ao direito quanto no que diz respeito à política), embora reconhecida, não pode ofuscar o fato de que o STF já vinha desempenhando, mesmo antes desse processo, um papel celebrado pela sociedade brasileira como um todo. O processo de judicialização da política, que não envolve apenas a Suprema Corte, faz mostrar que, cada vez, mais, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o direito tem se tornado o *locus* onde as principais discussões do país têm sido desenvolvidas e decididas.

Vendo serem a si submetidos conflitos de naturezas as mais diversas, o STF passou a decidir sobre temas de grande repercussão. O mensalão, da forma como foi tratado pela imprensa e pela sociedade em geral, certamente, foi o processo que mais impacto gerou em relação à imagem que o STF passou a gozar diante da sociedade brasileira. Parte significativa deste impacto está relacionada com o fato de a política estar envolvida de forma tão nítida no processo, no caso, como ré.

O que chama a atenção no caso do mensalão (mas também em outros *hard cases*), em relação à corte, é a relevância dada à instituição no processo de revigoramento das instituições públicas brasileiras, com o consequente aumento da confiança da sociedade em relação às suas instituições. O processo do mensalão só chegou a termo da forma como deve ser porque o

---

<sup>175</sup> Segundo Merval Pereira, o aperfeiçoamento das instituições brasileiras, que tanto deve ao STF, foi possível graças a uma conjunção de fatores, que formaram o contexto necessário para a melhoria: “Formou-se nos últimos tempos o que pode ser comparado a uma ‘tempestade perfeita’ em favor do aperfeiçoamento de nossas instituições democráticas” (Caderno Especial do jornal O Globo, p. 12).

STF o conduziu. A figura da corte foi fundamental para que a corrupção endêmica fosse combatida.

À medida que o STF reconstruiu sua própria imagem, antes longínqua e afastada, e, agora, próxima dos anseios de uma sociedade cansada de ver a política produzir cíclicas catástrofes sociais, as instituições públicas como um todo passaram a gozar da esperança de que um dia essa reformulação chegue a elas. Tomando a Suprema Corte como paradigma de instituição pública, faremos do Brasil um país de tribunais?

Desta forma, a Suprema Corte passa a ser encarada como um exemplo de instituição pública, o parâmetro de funcionamento e comprometimento para as outras. Incorporando a virtude, o tribunal foi capaz de combater algo que parecia a todos arraigado demais para ser vencido. O vício da política, até então sem adversários, poderia, finalmente, vislumbrar um combatente à altura, capaz, efetivamente, em uma atuação épica, de alterar a trajetória social e política do país.

A importância dada ao STF vem acompanhada não somente de uma valorização da instituição, mas de uma interpretação polarizada do mundo social entre a política e o direito. O STF, representante maior do direito, racional e neutro, seria capaz de, pedagogicamente, apontar para os caminhos virtuosos de garantia da república e da democracia. A instituição passa a ser percebida como a encarnação da Justiça e da razão, por isso, as narrativas em torno dela se aproximam de épicas, lançando mão da figura de heróis.

A intenção que o STF encarna, usando a expressão de Wittgenstein, utilizada por Bourdieu, é a da virtude, produzida a partir de uma reta razão e dos princípios da neutralidade. Nesse sentido, como faz notar a reportagem que aqui utilizamos como exemplo, o STF é a própria encarnação do direito, e é a partir de si que o combate a uma política viciosa pode ser travado.

Diante disso, a escolha por uma sociologia do direito que não trate as instituições como algo que faz parte do direito, mas que, ao contrário, a coloca como um objeto que não diz respeito especificamente ao direito, não parece uma solução adequada para a compreensão de casos como o do mensalão. Não há dúvida de que estamos diante de um processo que envolve elementos de diversas naturezas, além da jurídica, como a política, a ética e a moral, mas

o direito é mobilizado, todo o tempo, como o elemento central de condução desse processo. E direito, nesse caso, é o próprio STF.

Disso resulta o interesse pelo entendimento do funcionamento da corte, da composição de seus ministros, da forma como as decisões são estabelecidas, dos argumentos que são mobilizados. Assim como a Suprema Corte foi vista como a encarnação do direito, seus ministros, em muitos casos (como o do próprio mensalão, como veremos), também o são. Uma análise completa do direito, Luhmann tem razão, não pode ser estabelecida com base apenas no estudo de suas instituições e de seus atores. No entanto, tal análise não pode ser levada a cabo sem que esses elementos sejam considerados.

Nesse sentido, tendo em vista uma perspectiva sistêmica que propõe a compreensão do direito a partir das comunicações que produz, que o diferenciam de qualquer outro sistema social, o caso do mensalão seria tratado, em grande parte de seus elementos, como um fenômeno extrajurídico, que só interessa ao direito quando o discurso tipicamente jurídico, baseado no código binário lícito/ilícito, for mobilizado durante o processo. O papel da instituição em si, as manifestações e expectativas da opinião pública em relação ao desenrolar do processo, a atuação dos ministros e dos advogados, e até mesmo os argumentos utilizados pelos ministros para a justificação de sua decisão, não entrariam como elementos propriamente jurídicos.

Não cremos que o direito possa ser pensado de tal maneira. Ao criticar a restrição que uma sociologia convencional do direito realiza, a Teoria dos Sistemas acaba por, ela mesma, operar uma restrição em relação ao que se entende como direito. Como consequência, a relação entre o direito e a política também perde elementos explicativos, e casos como o do mensalão, por exemplo, seriam pensados de maneira estanque, procurando o que há de comunicação política e o que há de comunicação jurídica, especificamente, na decisão que está sendo produzida.

A manutenção de uma análise baseada em instituições e atores tem o mérito de possibilitar uma investigação mais ampla das relações entre o direito e a política (e entre o direito e a sociedade), permitindo a identificação de uma expectativa da sociedade em torno do papel da instituição, que, no caso, é coincidente com o discurso oficial do próprio direito, e a denúncia de um entendimento, amplamente compartilhado, acerca da polarização entre o direito

e a política. A partir disso, o direito passa a ser percebido como encarnado em suas instituições, que, no caso do STF, foi capaz de revigorar não somente o direito, mas a própria República. Não há dúvidas de que o papel do direito (e sua relação com a política) no processo do mensalão não poderia ser explicado sem o STF.

## ANEXO III

### A herança de Ulisses

*Meu jovem amigo, a civilização não tem nenhuma necessidade de nobreza ou de heroísmo. Essas coisas são sintomas de incapacidade política. Numa sociedade convenientemente organizada como a nossa, ninguém tem oportunidade para ser nobre ou heroico<sup>176</sup>.*

Os indivíduos mudam o mundo. Uns mais do que os outros. As instituições sociais, sólidas, perenes, vivas ao longo do tempo, antecessoras destes mesmos indivíduos que hoje vivem, também são modificadas pelos indivíduos. Um deles, conforme narra a reportagem<sup>177</sup> da Revista Veja, de outubro de 2012, sobre o mensalão, é o ministro Joaquim Barbosa, ou “o menino pobre que mudou o Brasil”, conforme define a capa da referida edição da revista. O tom da reportagem ganha ares mitológicos.

A capa traz uma foto, em preto e branco, do ministro, então com 14 anos, e crava o que, segundo a reportagem, o Brasil vem pensando dele: alguém capaz de mudar o país. Se o Brasil pôde ser mudado pelo ministro Joaquim, o que se dirá do direito e do Supremo Tribunal Federal? Sem dúvida, a expectativa é a de que eles não serão mais os mesmos. Em reportagem robusta (p. 68 a p. 79), a imagem que se constrói em torno da figura de Joaquim Barbosa é a de um herói, que passa a integrar nossa parca mitologia de ídolos nacionais. A diferença para nossa pobre coleção de mitos até então é a posição ocupada por Joaquim, ministro da Suprema Corte no Brasil.

“O menino que mudou o Brasil” é o grande destaque do “Triunfo da Justiça”, título da reportagem (p. 68), seguido de uma imagem de Têmis, que aponta como os ministros do STF condenaram os mensaleiros, denunciaram a corrupção e caíram “nas graças dos brasileiros, carentes de referências éticas” (p. 68). Os ministros do STF, mais do que meros burocratas a serviço de uma

---

<sup>176</sup> Aldous Huxley, *Admirável mundo novo*, p. 362.

<sup>177</sup> Revista Veja, edição 2290, ano 45, nº 41, de 10 de outubro de 2012. A reportagem relacionada ao ministro Joaquim Barbosa e ao processo do mensalão foi de Hugo Marques e Laura Diniz.

instituição com pouco apelo popular até então, como é o caso do Supremo, são percebidos, pelo menos aqueles que votaram a favor das condenações dos envolvidos com o mensalão, como agentes a serviço da Justiça, dando aos brasileiros motivos para enxergarem uma mudança crucial no combate à nossa impunidade característica, reforçada por milhares de exemplos ao longo da história. No entanto, nesse grupo de heróis, uns são mais heróis do que os outros.

A trajetória de Joaquim Barbosa, conforme narrada pela reportagem, tem todos os elementos necessários para a construção da imagem heroica do ministro. Da origem pobre ao mais alto posto no judiciário brasileiro (à época da reportagem, Joaquim estava prestes a assumir a presidência da Suprema Corte), a vida do ministro é uma coleção de superações, prontas a fornecer ao descrente povo brasileiro o enredo da vida de um herói. Nenhum dos obstáculos encontrados pelo ministro ao longo de sua difícil trajetória foi capaz de impedir a determinação com que combateu, durante mais de sete anos como relator do processo do mensalão, a corrupção que manchava a já desgastada história de nossa República.

As características do heroísmo que se manifestaria mais tarde, já estavam em germe desde a tenra infância, em Paracatu, no noroeste de Minas Gerais. De acordo com a reportagem, “o menino Joaquim Barbosa nunca se acomodou àquilo que o destino parecia lhe reservar” (p. 68). A origem humilde não impediu que ele se tornasse um dos personagens centrais do processo do mensalão. O sofrimento, aliás, parece ter lhe dado o necessário para o comportamento heroico: “Filho de um pedreiro, cresceu ouvindo dos adultos que nas festas de aniversário de famílias mais abastadas deveria ficar sempre no fundo do salão. Só comia doces se alguém lhe oferecesse” (p. 68). Esse é um dos inúmeros exemplos levantados pela reportagem que buscam despertar a compaixão nos leitores. A compaixão é um dos principais elementos, no âmbito da retórica aristotélica, com o objetivo de persuadir os interlocutores através do *pathos*. O sofrimento compartilhado aproxima.

A infância pobre e difícil indicava que o caminho a ser percorrido pelo ministro seria bem diferente do que aquele que Joaquim de fato, percorreu. No pacote que trazia em mãos na foto que estampa a página 69 da reportagem, lia-se “*last act (bribery)*” – último ato (suborno) –, mostrando os conhecimentos



que o ministro detém na língua inglesa, além, conforme ressalta a reportagem, de dominar o alemão, o italiano e o francês. Aqui, é manuseado o argumento de autoridade, a fim de reforçar que Joaquim não está na posição em que se encontra meramente por sorte ou por uma compensação de seu passado sofrido. O domínio de outras línguas, em nosso contexto cultural, revela erudição, que, frequentemente, é associada à inteligência, reforçada por uma cultura baseada em um país de língua relativamente homogênea<sup>178</sup>. A inteligência é fator fundamental para ocupar o cargo de ministro do Supremo e ressalta o mérito individual de Joaquim, reforçando que ele não se encontra ali por acaso, mas por seu esforço e por suas capacidades. E foi com base nelas que o ministro “demoliu a defesa e as esperanças dos petistas José Dirceu, José Genoíno e Delúbio Soares, mostrando como eles usaram dinheiro desviado dos cofres públicos para subornar parlamentares e comprar o apoio de partidos políticos ao governo Lula” (p. 68). Heróis precisam de vilões. E, uma vez identificados, coube a Joaquim Barbosa condená-los. Para tanto, o ministro teve que enfrentar uma “dor nas costas que o martiriza há anos” (idem). Mais uma vez, a compaixão é mobilizada em torno do ministro que, apesar de herói, é um ser humano como todos nós, que sofre (o que, no fundo, reforça sua imagem heroica).

A reportagem foi publicada em um período no qual os votos dos ministros do STF para o mensalão não tinham sido todos proferidos. Joaquim, como relator, havia proferido seu voto, “com duração de mais de três horas” (o elemento temporal reforça a complexidade e a importância do trabalho que ali estava sendo realizado), e, através dele, o STF já havia consolidado “perante os brasileiros o conceito – sem o qual uma nação não se sustenta – de que a Justiça funciona também para os ricos e poderosos” (p. 68). O STF encarna a Justiça e Joaquim Barbosa, por sua vez, é a figura encarnada do justo STF. O papel desempenhado pelo Supremo é, mais do que o de um paladino da Justiça, pedagógico, ensinando ao nosso povo o que significa, de fato, a ideia

---

<sup>178</sup> Perdoem-nos os estudiosos da língua portuguesa, que alegarão que, ao contrário do que se pensa, no Brasil, a língua possui inúmeros matizes, experimentando variações e regionalismos que enriquecem ainda mais o idioma. Sem desconsiderar essas características, perto de outros países, o português falado no Brasil apresenta um grau assombroso de universalização no território nacional, sem que outro idioma com ele divida espaço. Os regionalismos e diversidades linguísticas não comprometem, a fundo, o entendimento da comunicação, e não chegam a se constituir, a princípio, como outra língua.

de justiça. Direito, instituição e indivíduo se confundem em uma só imagem, a de Joaquim Barbosa.

O ensinamento vem pelo exemplo. Uma coisa é o conceito de Justiça, outra, no entanto, é mostrar que se está a serviço dela. O exemplo vem do Supremo, mostrando que se faz justiça para todos, sem escolha: “os ministros do STF deram ao Brasil o alento de que a Justiça está aí para punir quem não cumpre a lei, independente da cor da camisa ou do colarinho” (p. 69). Conforme trata o texto da reportagem, esse comportamento da corte levou a uma “percepção otimista” (p. 71) e a uma “inusitada admiração pelo Supremo Tribunal – uma corte até então distante, aparentemente inacessível à grande maioria, mas imprescindível para a democracia” (idem). Inusitada admiração porque o STF, assim como o direito de maneira geral, sempre foi percebido como uma entidade distante, hermética, círculo de advogados, juízes e especialistas em direito, mas com pouco apelo, e, mesmo, pouca identificação, com a sociedade como um todo. Distante e inacessível porque fechada dentro do próprio direito. A admiração (inusitada) vem, justamente, quando o caso a ser decidido envolve menos a noção de direito (formal) e mais a ideia (difundida) de Justiça, diante de um conflito no mundo da política. Não deixa de chamar a atenção o fato de que o Supremo passa a ser percebido de forma positiva pelo público em geral quando foge aos trâmites exclusivamente jurídicos. As esperanças da sociedade não se depositam no STF pelas decisões tomadas estritamente do ponto de vista jurídico, mas, ao contrário, porque escapam da restrição do direito para tratarem do que, aos olhos do povo, está relacionado à Justiça. Direito e Justiça, entre nós, andaram apartados. O direito, em regra, na nossa história permeada por percepções perenes de injustiça, sempre foi visto como uma forma de beneficiar, através da lei, os já beneficiados socialmente. Reprodução e legitimação de desigualdades, mais do que instrumento de justiça social.

A mudança na imagem do STF está diretamente vinculada também com a imagem de seus ministros, e, neste ponto, mais uma vez, a figura de Joaquim Barbosa ganha destaque. Segundo a reportagem, desde que as condenações no processo do mensalão foram anunciadas, “os ministros, com raras exceções, passaram a ser assediados nas ruas e a receber centenas de mensagens de apoio e solidariedade” (p. 71). As exceções são, como o caso

do ministro Lewandowski, fruto do voto reticente, a princípio, contrário às condenações de forma imediata, como era desejo da opinião pública. A regra é encarnada por Joaquim Barbosa. O sucesso dos ministros mostra a importância que os mesmos tiveram, durante todo o processo do mensalão, para construir uma imagem soteriológica do STF. De criança que “preferia não ir às festas a ter que se submeter à humilhação de ficar separado dos colegas” (p. 71), Joaquim Barbosa passou a ser o “personagem mais visível desse embate que está impondo à corrupção uma estrondosa derrota” (idem). A instituição é anterior e posterior à figura que o ministro Joaquim construiu, mas, não resta dúvida, como fica claro através da reportagem, que ela é feita, também, de indivíduos, com características e história específicas.

A reportagem mescla uma argumentação que envolve o *ethos* do ministro e o *pathos*, despertado no público através, principalmente, da compaixão. A autoridade do ministro (além de suas reconhecidas capacidade e inteligência) é oriunda também do conhecimento que Joaquim tem do caso, como relator do processo. É ele quem “conhece os mínimos detalhes das mais de 50.000 páginas de depoimentos, laudos, memórias e perícias” (p. 71). Por isso, “seu voto é diferenciado”, servindo de “bússola para os demais ministros” (idem). Sua posição institucional (de relator), o coloca na posição de conhecedor, de autoridade no assunto que está sendo discutido, sendo o protagonista e norte para os demais ministros. Isso só reforça ainda mais seu papel, já preponderante, no STF. Aqui, as características estruturais e individuais se somam para conferir ao ministro um papel preponderante. Além de relator do processo (posição na estrutura do campo), ele tem as virtudes (e sua história de vida mostra isso) necessárias para encarnar a Justiça em um processo como o do mensalão.

As raízes de Joaquim são buscadas no esforço heurístico de encontrar, ao longo de sua vida, as características que o transformaram no ministro que é hoje. A superação dá o tom da narrativa, engrossada com o depoimento do próprio Joaquim: “minha vida é de muita luta, algumas vezes em ambientes hostis. Sou um sujeito que nunca pediu nada a ninguém, nunca me curvei a ninguém e tive muita sorte” (p. 71). Aqui, todos os ingredientes de uma saga: a dificuldade e os obstáculos enfrentados, a hostilidade recebida, a personalidade forte, a perseverança, a coragem de não se curvar, o mérito do

esforço individual, e, conforme reza a cartilha do herói, a sorte. A página 71 (ao lado da página 70, que exhibe a mesma foto da capa – o jovem Joaquim, em preto e branco) apresenta uma foto do ministro com “outro craque”, Pelé. Ambos negros, de família humilde, que alcançaram, por vias distintas, o reconhecimento da sociedade brasileira. As exceções que confirmam a regra.

De acordo com a reportagem, Joaquim, desde a infância, sempre foi uma celebridade (reconhecendo que ele se tornou uma espécie de celebridade após o julgamento do mensalão). Havia trabalhado com o pai fazendo tijolos e entregando lenha, mas possuía hábitos considerados estranhos, o que gerou o apelido de Fritz, por parte de seus colegas: “lia tudo o que encontrava, escrevia no ar, cantava em outros idiomas e gostava de andar com o peito estufado, imitando gente importante” (p. 71). Joaquim reunia a humildade dos pobres e o comportamento diferenciado de quem já anunciava que “seria alguém quando crescesse” (idem). Os trabalhos com o pai deram a ele a humildade necessária, característica cativante e própria de todo herói, e seu próprio gênio diferenciado o levou a caminhos diferentes daqueles esperados, tendo em vista sua origem social. Isso fez dele, aos olhos da sociedade em geral, alguém com quem as pessoas poderiam se identificar, desvinculado da imagem do juiz tradicional, distante, burocrata, arrogante e pedante. Ele é percebido como alguém que já compartilhou as mesmas dificuldades enfrentadas pelo “brasileiro comum”, e, portanto, como alguém capaz de entender os sofrimentos das pessoas e as demandas da sociedade.

A figura de herói, inclusive, é composta pelo temperamento, conforme define a reportagem, “irascível” (p. 71) do ministro. Devido à sua trajetória social, o jeito acalorado com que conduz os debates na corte leva a uma percepção não de arrogância, mas de coragem: “a postura muitas vezes agressiva do ministro, vista com certa reserva até pelos próprios colegas da corte, ajudou a fixar a imagem do cavaleiro disposto a enfrentar as resistências em busca de justiça – um ato de bravura” (idem). A imagem é medieval: um cavaleiro em busca de justiça; assim como o são os valores: a bravura e a coragem. Essa característica, que faz parte da imagem do ministro, é reforçada pela reportagem através da mobilização de um argumento psicossocial: “as pessoas que vêm das camadas de exclusão social podem dar menos atenção a satisfazer os pares, pois não têm muita esperança do reconhecimento destes

pares” (p. 71), segundo o professor Jorge Forbes, do Instituto da Psicanálise Lacaniana (argumento de autoridade). Sem necessidade de subserviência e afirmação diante dos pares, o ministro Joaquim Barbosa pode incorporar melhor a figura de cavaleiro da justiça. É interessante notar que, neste ponto, a condição é tornada virtude. A origem pobre, ao contrário de ser percebida como um problema, é transformada em elemento crucial para que a figura do herói possa ser encarnada. Por conta de sua origem, o ministro detém as características necessárias para se fazer Justiça.

As virtudes heroicas do ministro Joaquim, de acordo com a reportagem, passaram a se tornar famosas e difundidas, com várias citações na internet. Ele chegou a receber “uma senhora que dizia ter viajado do Rio de Janeiro a Brasília apenas para conhecê-lo” (p. 71). O sucesso não atinge apenas as pessoas que compartilham com o ministro a mesma origem social. Segundo o antropólogo Roberto DaMatta, por exemplo, “o ministro incorpora uma espécie de herói do século XXI. Precisávamos de uma pessoa com o perfil dele para romper com os rapapés aristocráticos, pois chegamos ao limite da tolerância com a calhordice do poder” (idem). A percepção do heroísmo apontado por DaMatta é compartilhada, em regra, pela sociedade em geral e pela reportagem da revista. A quebra com uma estrutura de poder, com lastro histórico no Brasil, baseada numa aristocracia mal disfarçada, segundo argumento de DaMatta, veio através de uma “pessoa”, por conta de seu “perfil”. Joaquim Barbosa, incorporando a virtude, e o poder (a política, mais uma vez), incorporando os vícios. Fosse outro a ocupar o lugar do ministro Joaquim Barbosa, os resultados seriam os mesmos?

Joaquim Barbosa, pelo menos a forma como ele foi representado durante o processo do mensalão, tem uma trajetória singular, que serve como exemplo. Um negro e pobre que chega ao posto mais elevado do judiciário brasileiro. O discurso é o da exceção. A posição hoje ocupada é fruto da personalidade única do ministro, do gênio singular, da força de vontade de quem não se entrega diante dos obstáculos. Como saga, a história do ministro, no texto da reportagem, começa com a infância pobre e difícil, mas que já mostrava os sinais do futuro promissor. Joaquim incorpora a humildade que o aproxima do povo e o afasta da imagem do judiciário, pedante e elitista. O ministro, que hoje “intercala um estilo de vida simples com hábitos sofisticados”

(p. 72), “morava com os pais e mais sete irmãos”, onde não havia “sofá, geladeira nem televisão” (idem). O argumento, nitidamente, busca aproximar o ministro, através de sua origem, da população em geral. A identificação é imediata, correlata da admiração de alguém que ‘venceu na vida’. Como herói, o ministro é capaz de conduzir o STF pelo caminho de superação de nossas mazelas históricas. Quem sofreu na pele a discriminação e a pobreza sabe melhor do que ninguém a importância de combater as injustiças do mundo.

O cenário mitológico em torno da figura de Joaquim Barbosa está montado sobre a singularidade da trajetória do ministro, um juiz negro para um cargo ocupado por brancos. Não à toa, ele foi “celebrado como o primeiro” ministro negro na história da corte (p. 72). Mas, desde a infância, com Joaquim não havia “essa história de negro humilde e pobre, e ele não se subordinava aos ricos e brancos” (p. 72). A oposição maniqueísta abordada pela revista coloca, de um lado, a figura do negro pobre e sofrido, e, de outro, a figura do branco rico. Nessa história, a compaixão pende para o lado do mais fraco, que, heroicamente, inverte o processo ao se mostrar, de fato, mais corajoso e forte, nunca cedendo à injusta dominação dos poderosos. A figura do humilde deve permanecer relacionada à origem social, mas não em relação ao comportamento do herói, que se espera altivo e sagaz. A coragem se manifestava na diferença do comportamento de Joaquim, quando comparado a outros garotos negros de sua cidade, vítimas, todos eles, de um “verdadeiro *apartheid*” (p. 72). Joaquim, diferente dos demais, “quebrou toda essa lógica, ele era diferente, nunca levava desaforo para casa e não aceitava humilhação” (p. 72-74). O tema das minorias e das desigualdades raciais sempre foi, para ele, extremamente relevante.

A reportagem segue reconhecendo que o ministro, “pela posição que ocupa, é quem mais se destaca no julgamento” (p. 74). A afirmativa é ambígua, permitindo, de acordo com tudo o que a reportagem construiu anteriormente, que se interprete a referida posição de duas maneiras diferentes. O destaque de Joaquim, no julgamento do mensalão, mas também no STF, de maneira geral, tem lugar em função do fato do ministro ser relator no processo, porém, em função também de sua posição social, tendo em vista sua origem. Joaquim Barbosa, como a própria reportagem faz questão de deixar claro, não é um ministro como os outros, fugindo do estereótipo do juiz dos tribunais brasileiros.

Sua trajetória social, o fato de ser negro e as características que, segundo a reportagem, o fizeram chegar onde chegou, dão a ele uma posição diferenciada dentro do STF, mas, principalmente, diante da sociedade brasileira. Alguém como Joaquim é capaz de entender o sofrimento do povo. O argumento tem como base o exemplo, recurso argumentativo caro à retórica. Este é um ponto importante quando se está diante de um tribunal, composto, em regra, por juízes brancos e com origem social bem determinada e homogênea.

A posição de Joaquim é diferente porque acumula dois obstáculos de origem: a pobreza e a raça. E, apesar disso, sua personalidade individual, numa clara ode ao mérito próprio e ao seu gênio ímpar, fez com que o ministro fosse capaz de construir, diante de nosso povo incrédulo, uma confiança na corte constitucional que, como tem sido apontado, não é compartilhada por outras instituições públicas, como o Senado e o Congresso. Sem dúvida, a história do ministro, da forma como é narrada pela reportagem, tem grande peso para que essa confiança tenha sido construída.

A reportagem segue exaltando o comportamento do STF diante do caso, chamando a atenção para os votos dos demais ministros no processo do mensalão. Um herói precisa de companheiros para sua jornada mítica. O voto de Celso de Mello no processo também foi celebrado: “um voto histórico para um julgamento histórico” (p. 74). “Duro, mas didático” (idem), Celso de Mello, enviou um “alerta aos poderosos acostumados com um quadro secular de impunidade” (p. 74). O apelo veio pela televisão, “diante de milhares de espectadores” (idem). O processo do mensalão serviu, de acordo com a reportagem, para mostrar que além de investigar os corruptos, é preciso punilos. Não mais se concentrar somente nos “servidores, prefeitos e deputados” que são réus em “casos paroquiais”, de pouca monta e pouca visibilidade (idem). O exemplo teria que vir de cima, e foi o que o STF fez.

A notoriedade do caso do mensalão foi estendida à notoriedade da qual passou a gozar seus ministros. As mudanças que o processo do mensalão trouxe para o cenário brasileiro são muito mais amplas do que a discussão jurídica que o envolveu. Conforme aponta a reportagem, segundo o sociólogo Demétrio Magnoli, condenando os réus no processo do mensalão, o Judiciário não rompe, definitivamente, com o padrão de impunidade absoluta no Brasil,

“mas está rompendo o padrão da impunidade de quem tem sangue azul” (p. 76), sangue este não compartilhado por Joaquim Barbosa, por exemplo. A população, sem votos e eleições formais, elegeu os ministros do STF como os heróis de uma nação desacreditada, e os alçou aos postos mais elevados em nossa mitologia. De acordo com a reportagem, se, antes do julgamento, o assédio aos ministros era estritamente técnico, feito por estudantes e advogados, ou seja, dentro do “sistema” de atuação do direito, “agora, os ministros são reconhecidos em restaurantes, aviões e até na praia” (p. 76). Em uma imagem do típico herói, Celso de Mello, segundo a reportagem, “já até posou com uma criança no colo a pedido dos pais” (idem).

O STF, conforme opinião do ministro Celso de Mello, no julgamento do mensalão, mais do que a condenação dos réus em um processo jurídico, exerceu um papel de pedagogo da sociedade civil, tendo em vista a confiança e o orgulho projetados pela sociedade em relação à corte: “as pessoas comentam que o Supremo está projetando uma imagem que dá muito orgulho aos cidadãos, na medida em que demonstra intolerância ao fenômeno criminoso da corrupção (...) este é um processo impregnado de alto valor pedagógico” (p. 76). Para o ministro Marco Aurélio, o interesse em acompanhar o processo do mensalão mostra um verdadeiro “avanço cultural da sociedade” (p. 76).

O assédio aos ministros se tornou tão grande que alguns deles, “para evitar acusações de que se tornaram vedetes” (idem), mudaram seus hábitos, “ficando mais reclusos”. Afinal, a humildade é fundamental para todo herói. Fazendo jus à cartilha, Marco Aurélio declara, no que diz respeito à enorme admiração que os ministros têm recebido do público, que “somos apenas servidores (...), não estamos fazendo um justicamento, mas julgando a partir da prova e com respeito a todas as garantias constitucionais” (p. 76). O discurso de Marco Aurélio, além de pregar a humildade, deixa clara a necessidade de apontar que o julgamento é jurídico, em essência, e não político, com o intuito de manter, assim, a reputação ilibada e limpa de uma corte que combate a corrupção (a política). Ao anunciar que julga apenas com base na prova, o ministro busca evidenciar que o processo no direito deve ser decidido com base no direito, e não em preferências políticas de qualquer natureza. Mais



uma vez, a política é reduzida, e tratada como, visceralmente, odiosa e viciosa<sup>179</sup>.

A reportagem termina com mais uma ode ao exemplo virtuoso de Joaquim Barbosa. Como mártir, o ministro sofre com problemas de saúde, o que o aproxima ainda mais do público. À figura do sofredor é somada a figura do exemplo moral, que, abrindo mão de uma de suas paixões, o futebol, por conta de sua saúde, sempre negou os convites feitos pelo ex-presidente Lula (que o nomeou ao cargo de ministro do STF) para um jogo de futebol com seus “convivas” (p. 78). Para se fazer justiça, não se poderia desejar exemplo melhor.

Em outras reportagens sobre o processo, o tema é abordado com o mesmo tom. Os ministros do STF têm seu comportamento e sua postura reconhecidos como elementos centrais para o resgate da imagem do STF e do direito, como instâncias de confiabilidade diante da população, reconhecendo uma capacidade única de fazer frente à história da política nacional.

No Caderno Especial do jornal O Globo, sobre o processo do mensalão, intitulado “Um julgamento para a história”, de 29 de novembro de 2012, por exemplo, a reportagem de Chico Otavio e Carolina Brígido, intitulada “Joca, o ex-menino pobre que, na Corte, não leva desaforo para casa”, já na chamada a trajetória do ministro é ressaltada, reconhecendo seus méritos, mesmo diante das dificuldades iniciais, e enaltecendo seu caráter: os debates rígidos com os pares no STF e o bom humor com os amigos. A identificação com a população se manifesta na utilização do apelido do ministro, Joca.

A popularidade com o julgamento do mensalão foi tão grande que o rosto de Joaquim Barbosa chegou a ser estampado em máscaras de carnaval. O destaque no processo do mensalão fez com que o ministro assumisse um caráter de pessoa intocável, acima de qualquer crítica, criando, naqueles que o criticam, a fama de vilões:

---

<sup>179</sup> A frase da ministra Cármen Lúcia, que estampa parte da página 78 da reportagem, deixa clara a oposição que é feita entre a política e a virtude, mas ela reconhece, nessa passagem, num dos raros momentos em que isso ocorre, que se trata de uma oposição equivocada em essência, embora seja compartilhada pela sociedade como um todo (inclusive por seus pares, em muitos casos): “eu não queria que o jovem desacreditasse na política. Nem toda política é corrupta. Ao contrário. A humanidade chegou aonde chegou porque é a política ou a guerra” (p. 78).

Hoje, atacar publicamente Barbosa, mesmo em jogos de futebol que acabam em abraços, pode custar ao detrator a fama de vilão. O relator do julgamento, aos 58 anos, virou uma espécie de herói vingador, comparado nas redes sociais a Batman e Super-Homem. É nessa condição que o ex-menino pobre de Paracatu de Minas chegou este mês ao mais alto degrau da carreira: a presidência do STF (p. 6).

O *status* de herói se manifesta, e é garantido ao mesmo tempo, pelo reconhecimento de que se opor ao ministro é um problema para o opositor, que receberá sobre si a contrariedade da população, identificada com o ministro e pronta a defendê-lo. Na verdade, o *status* dos ministros chegou a tal ponto que os advogados dos condenados não fazem nenhum tipo de comentário crítico público a nenhum deles. Somente em conversas reservadas, segundo reportagem desta mesma edição do jornal O Globo (p. 8), é que fazem duras críticas ao rigor do ministro Joaquim Barbosa, e às fragilidades de votos como o do ministro Fux. A figura dos ministros ganhou, junto à população, uma espécie de blindagem.

A sequência da reportagem da página 6 é um conjunto de referências às características do ministro Joaquim Barbosa, das profissionais (um juiz atento à sociedade, segundo opinião dos pares; fluente em outras línguas) às pessoais (é um sujeito família, com origens humildes), que colocam o ministro na posição de equilibrar o rigorismo de uma corte constitucional (em regra, apartada da sociedade) e a sociedade (o ‘calor das ruas’):

Para colegas de MP (Ministério Público), é um ‘juiz consequencialista’, estilo que busca adequar as decisões às exigências da sociedade, e pode compensar o isolamento na Corte com o calor das ruas. (...) Nas ruas, a popularidade de Joaquim cresceu a cada novo condenado. Ao votar, foi saudado como herói no Rio. Virou máscara de carnaval. O menino de Paracatu que se tornou o primeiro negro a presidir o STF vai ter que buscar equilíbrio entre a simpatia das ruas e o rigor da Corte. (...) É influente em inglês, francês e alemão, e costuma fazer citações em outros idiomas de forma corriqueira.

(...) Joaquim é um sujeito família. Costuma ouvir os conselhos da mãe, Benedita. (...) Conhecido em casa por Joca, Joaquim é o primeiro de oito filhos de uma família pobre. O pai era pedreiro; a mãe, faxineira (...) (Caderno Especial do jornal O Globo, p. 6).

Todas essas informações sobre o ministro reforçam a mesma imagem: a importância de sua atuação no julgamento do mensalão, o que, por sua vez, ressalta a consideração de que, sem ele, o julgamento seria diferente. Como consequência, tendo em vista a grande repercussão do processo, ao lançar Joaquim nas graças do povo, o próprio STF e também o direito acabaram por se beneficiar ainda mais dessa imagem heróica de seus ministros (com destaque maior para Barbosa), ganhando a simpatia da população.

Tudo isso, como anota o tom das reportagens, graças à especificidade da trajetória de Joaquim Barbosa, ele próprio, fazendo questão de defender seu mérito pessoal e profissional na corte, como pode ser percebido na discussão que teve com o ministro Marco Aurélio Mello, a quem Joaquim acusou de fazer parte da corte em virtude de seu parentesco com o ex-presidente, Fernando Collor de Mello: “Ao contrário de quem me ofende momentaneamente, devo minha ascendência profissional a estudos aprofundados, à submissão múltipla a inúmeros e diversificados métodos de avaliação acadêmica e profissional” (O Globo, p. 7).

Em artigo, ainda no mesmo caderno do jornal O Globo, p. 12, cujo sugestivo título é “A escolha dos heróis”, Merval Pereira também ressalta o crucial papel desempenhado pelos ministros no processo do mensalão, com especial destaque para o ministro Joaquim Barbosa. Mais uma vez, a comparação com a política vem à tona: “Se quase ninguém é capaz de dizer o nome dos 11 ministros de Estado do abarrotado gabinete ministerial de Dilma, serão poucos os brasileiros que não conhecem os ministros do Supremo Tribunal Federal” (p. 12).

À popularidade dos ministros do STF é contraposto o desconhecimento acerca dos ministros que formam o gabinete ministerial da Presidência da República. O que ocorre, desta forma, é uma inversão do que sempre foi tratado como as características dos operadores do direito e da política. Ao

passo que, com a evidência do STF, os juízes de direito são conhecidos e celebrados pela população, quando antes eram percebidos como burocratas, distantes e desconectados das demandas sociais, os operadores da política (os ministros de Dilma), por sua vez, são desconhecidos pela maioria da população, quando, de fato, a política é o lugar onde as características individuais (como o carisma, por exemplo) são a base para a credibilidade e a confiança. Impossível ser influenciado pelo carisma de quem não se conhece. O direito se encontra em posição de ser celebrado pelas ruas, ao passo que os operadores da política permanecem desconhecidos e afastados da população (ou conhecidos pelo viés da corrupção).

Apesar de ressaltar o fato de que o julgamento do mensalão, por si, não será capaz de resolver todo o problema relacionado à corrupção que nos caracteriza historicamente, Merval reconhece que o processo é um marco a ser celebrado pela sociedade brasileira, e que significou a entrada em “outra fase de nosso processo civilizatório” (p. 12). A melhoria que vê no Brasil, do ponto de vista democrático e institucional, se deve, segundo Pereira, a uma conjunção de fatores, entre eles a atribuição da relatoria, para o caso do mensalão, ao ministro Joaquim Barbosa. O próprio Joaquim, carregado com sua trajetória específica e sua atuação no STF, é visto como um fator de melhoria de nossa democracia:

Até mesmo o grau de endeusamento a que foi levado o relator do processo, o presidente do STF ministro Joaquim Barbosa, faz parte desse aperfeiçoamento de nossa democracia, que chegará um dia a não precisar de heróis. No atual estágio em que nos encontramos, é sintomático, porém, que o povo tenha escolhido seu herói entre os ministros do Supremo, enquanto os militantes partidários tentam em vão transformar em heróis alguns dos réus condenados (Caderno Especial do jornal O Globo, reportagem de Merval Pereira, p. 12).

O endeusamento de Joaquim Barbosa é visto, assim, como um necessário passo para nosso aprimoramento democrático, que, no argumento de Pereira, ainda necessita de heróis para se consolidar, e Joaquim, não resta

dúvida, é um deles. Este heroísmo, e esse é o ponto que sustenta toda a exposição deste ensaio até aqui, foi obtido através não somente da atuação do ministro Joaquim Barbosa no caso do mensalão, fator que, indubitavelmente, foi primordial para tanto, mas as características individuais e sociais de Joaquim é o que, de fato, o alçaram ao posto de herói popular.

A narrativa construída em torno dos ministros do STF e sua atuação no processo do mensalão, algo que só reforçou uma percepção que já vinha sendo construída anteriormente, com base em outras decisões da corte em casos de grande repercussão social, revela a força que os indivíduos podem ter para a explicação de fenômenos sociais. A valorização de sua atuação, combinada com as características de sua vida pregressa, fizeram de Joaquim Barbosa uma figura celebrada pela sociedade brasileira, a qual é atribuído um papel crucial para a mudança da forma como o STF se comporta, e conseqüentemente, de como o direito é pensado e encarado pela sociedade em geral.

Nesse processo de reconhecimento do papel desempenhado por estes ministros, a narrativa envolve a defesa de que as coisas não seriam do mesmo jeito, caso outros indivíduos ocupassem essas mesmas posições. Essa perspectiva se faz ainda mais presente no caso de Joaquim Barbosa e ressalta a importância dos agentes individuais para a compreensão de fenômenos sociais.

Não se trata, contudo, de uma defesa do individualismo metodológico levado ao radicalismo, acreditando que a sociedade é, toda ela, alterada e modificada ao bel prazer das ações e vontades individuais. Não é, no entanto, igualmente, uma crença cega de que os indivíduos em si não desempenham nenhum papel para a explicação da realidade social, que pode ser entendida, em última instância, ou pela compreensão de que os indivíduos, na verdade, desempenham papéis em uma estrutura social (em uma visão mais 'generosa' em relação ao papel da ação individual), ou explicando a sociedade a partir de suas próprias estruturas.

A análise do processo do mensalão e de suas conseqüências, nos parece, permite pesar a importância dos aspectos estruturais (sistêmicos, na expressão cara a Luhmann) sem desconsiderar os elementos da agência, relativos aos atores. Conforme vimos nas reportagens aqui abordadas, as

estruturas sociais são celebradas em sua modificação (o direito, o STF, a própria política) a partir da atuação de indivíduos específicos, inseridos, evidentemente, em determinados papéis (ou em posições no campo, na terminologia de Bourdieu). Esses indivíduos são confundidos, no sentido de que a encarnam, com a própria estrutura (Joaquim é a cara do Supremo), que, por sua vez, se confunde com o próprio sistema/campo (o STF é a cara do novo direito), e esse fenômeno de atribuição de identidades pode se revelar muito mais amplo (Joaquim Barbosa, a Justiça, o STF, o direito, a razão, etc).

Com isso, não nos parece acertado desconsiderar qualquer um dos elementos que possam compor o quadro explicativo de um evento social como o caso do mensalão (utilizado, aqui, como um paradigma, mas, evidentemente, podendo ver a análise ser expandida para outros contextos e casos), sejam eles estruturais, sejam eles individuais. O direito, por exemplo, não sai desse processo da mesma maneira. Ele foi, de alguma maneira, alterado, principalmente diante dos olhos da população, que lhe concede, ao fim, sua própria legitimidade. O mesmo pode ser dito em relação ao STF (enquanto instituição). Nenhuma dessas alterações e modificações, tão celebradas para nossas democracia e República, nas narrativas que vêm sendo construídas em torno delas, é descolada do peso dado à importância de agentes específicos, que, com base em sua atuação, foram capazes de processá-las.

É preciso ressaltar, ainda, que a consideração do papel (no sentido de atuação) dos indivíduos, com a valorização mítica dos personagens envolvidos, também leva a cabo uma polarização entre o direito e a política, da forma como estamos entendendo essa separação. Assim como a redenção do STF (direito) é conexa à condenação do Congresso (política), o heroísmo de Joaquim Barbosa necessita da vilania atribuída a José Dirceu. A imagem do jurista, neutro e racional, contraposta à imagem do político, corrupto e vicioso. Sistemas que se antagonizam, assim como instituições, papéis sociais e indivíduos específicos. A exaltação do direito não é feita de forma isolada. Ela precisa de uma condenação do vício para que o papel da virtude apareça, da mesma forma como as luzes não prescindem das sombras.

É curioso notar, por exemplo, o papel soteriológico atribuído a Joaquim Barbosa, cujo epíteto, em uma grande narrativa, poderia ser muito bem 'o justo', ou, 'o virtuoso', quando não ambos, que, ao condenar os políticos, e a

própria política, como corruptos, enquanto eleva o status do direito como pedagogo social, paradoxalmente, vê seu nome cogitado para as mesmas paragens da política (enquanto Presidente da República), que ele condenou. Um homem do *demós* (exaltação da humildade e do mérito posterior), que se afasta da irracionalidade irascível do *demós* (que pede apenas vingança para aqueles que eles mesmos elegeram), condenando a irracionalidade viciosa da política (visceralmente corrupta), e que poderá salvar a democracia através, justamente, da política.

Com isso, uma investigação do mundo social, com enfoque na relação entre direito e política, por exemplo, que, a princípio, indicaria um caminho de afastamento, para fins heurísticos, em relação à atenção dada aos indivíduos, acaba por encontrar espaço para o reconhecimento da importância desses atores. Se o direito não pode ser explicado somente pela atuação de instituições como o STF e de juízes como Joaquim Barbosa, igualmente, ele não pode ser explicado sem eles. A análise do processo do mensalão parece corroborar com essa perspectiva.

Assim como a Odisseia não poderia ser explicada sem Ulisses, cuja atuação específica o qualifica como herói, também não se pode desprezar a atuação dos ministros do Supremo Tribunal para explicar e entender as mudanças que estão sendo já atribuídas, e as ainda esperadas, ao direito e à política. Conforme assevera Merval Pereira, em consonância com a previsão de Huxley, diante da incapacidade política, ainda precisamos de heróis. Um dia, espera-se, os heróis não serão mais necessários. Será?

## ANEXO IV

### Em defesa da circunstancialidade

*E, por certo, a estabilidade não é, nem de longe, tão espetacular quanto à instabilidade<sup>180</sup>.*

Conforme asseverou Merval Pereira, em reportagem para o Caderno Especial do jornal O Globo, p. 12, se o julgamento do mensalão não será capaz, por si, de abolir todo e qualquer tipo de corrupção, seria um “pessimismo excessivo achar que tudo será como antes no país”. O julgamento da Ação Penal 470 mudou o STF, seus ministros, o direito, a política, a democracia, a sociedade e o país. Este é o tom das opiniões de repórteres, juristas, cientistas políticos, sociólogos, antropólogos, atores, cineastas e de quem quer que tivesse sido entrevistado nestes últimos 12 meses sobre o processo do mensalão. Merval Pereira é uma das vozes menos otimistas e acredita que o país não será mais como antes.

As reportagens do Caderno Especial do jornal O Globo, analisadas neste ensaio, são um retrato do reconhecimento de como um evento pode ser percebido como o marco de alteração de uma instituição e uma história. A capa do caderno exibe Têmis, de pé, carregando a espada na mão direita, enquanto que, na esquerda, traz consigo a balança, com a bandeira do Brasil esticada no lugar dos pratos. O título é o mesmo que dá nome a este anexo: Um julgamento para a história. A edição do jornal O Globo é de 29 de novembro de 2012, com o título “Um julgamento para história”. A imagem é a mesma que vem sendo construída ao longo dos ensaios nestes anexos: o direito como o caminho de salvação da sociedade e da política.

### Cinco conclusões e um Supremo

Em reportagem da página 2, de mesmo título que este tópico, do Caderno Especial, o professor da faculdade de direito da FGV-Rio, Joaquim Falcão, ao falar sobre o término do julgamento do mensalão, expôs alguns

---

<sup>180</sup> Aldous Huxley, *Admirável mundo novo*, p. 338.



pontos importantes para compreendermos o peso que a Ação Penal 470 teve para o Supremo Tribunal Federal, para os ministros da Corte, para a percepção que a sociedade tem do direito e da política, para a democracia e para o Brasil. A ênfase da abordagem de Falcão é toda voltada para o processo do mensalão.

Segundo o referido professor, tendo em vista o encerramento do processo, cinco conclusões poderiam ser tiradas. A primeira delas diz respeito ao conhecimento que se passou a ter sobre o STF. Antes, uma corte isolada, desconhecida do público em geral. Depois do julgamento, um cotidiano profissional conhecido do grande público, tomado pelo interesse na condenação dos mensaleiros. A transmissão do julgamento e a cobertura midiática em relação ao caso deram maior credibilidade à Suprema Corte, que teve o véu de seu funcionamento retirado<sup>181</sup>. Nas palavras de Joaquim Falcão, “conhecer o Supremo é melhor do que imaginá-lo caixa preta” (p. 2). Ver o STF em ação, com todas as polêmicas que a decisão envolveu e com as disputas entre teses divergentes entre os advogados e entre os ministros, é melhor do que a impressão de gabinetes isolados, onde somente advogados especialistas circulam: “o Brasil viu o Supremo”, e, com isso, “ficamos democraticamente mais maduros” (p. 2). A retirada desse véu, segundo a reportagem, deve-se, em grande parte, ao processo do mensalão.

Mais uma vez, a narrativa é a do STF desempenhando papel preponderante para a consolidação de nossa democracia. Vimos a sociedade “entrar” na corte, um ambiente, por excelência, seletivo e pedante: “a opinião pública entrou no julgamento do Supremo. O Supremo entrou na vida da opinião pública. Como toda relação, esta daqui pra frente será feita de amor e ódio. Altos e baixos” (p. 2). O STF passou de corte para poucos advogados a uma instituição que faz parte do cotidiano da sociedade brasileira. E conforme aponta o argumento de Joaquim Falcão na reportagem, entrou na opinião

---

<sup>181</sup> Segundo Merval Pereira, este foi um fator crucial para o avanço da cidadania. O descortinamento do funcionamento do STF, incluindo a exposição dos intensos debates que caracterizam a corte, foi fundamental para romper a distante imagem que o tribunal tinha diante da população em geral: “Todo o processo do mensalão correspondeu a um avanço da cidadania, até mesmo os bate-bocas ocorridos no plenário do STF transmitidos ao vivo e a cores pela TV Justiça” (Caderno Especial do jornal O Globo, p. 12).

pública de forma positiva e pedagógica, resgatando a esperança de uma sociedade pautada por critérios de justiça.

O envolvimento da opinião pública, e a alteração provocada no que diz respeito à sua relação com o direito e com o Supremo Tribunal Federal, são vistos como uma consequência da peculiaridade do próprio processo do mensalão. Como vimos, em outros casos, o envolvimento da sociedade também ocorreu (células-tronco, anencéfalos, união homoafetiva, etc), mas em menor escala do que no mensalão. A Ação Penal 470 é vista como um marco histórico, não somente pelas consequências da decisão emitida, mas pela enorme repercussão social que engendrou.

A segunda conclusão a que se pode chegar, segundo Falcão, é a imposição dos fatos. A velha tese de que contra fatos não há argumentos tem sua eficácia demonstrada diante de um processo cuja investigação de suporte foi minuciosamente construída com base em fatos, algo que os advogados não poderiam contestar com facilidade. Tanto é verdade, que restou a eles somente a discussão sobre a dosimetria das penas aos condenados, visto que as condenações, dificilmente, seriam evitadas. No entanto, vale notar, os fatos não seriam capazes de, sozinhos, levarem a uma decisão no STF. Em situações como a do mensalão, que aqui estamos chamando de *hard cases* para o direito, a argumentação é a pedra de toque, o fator fundamental de formação da decisão. Os fatos se tornam argumentos a favor de ou contra uma tese específica (tanto que os limites da dilação probatória foram ampliados por conta das características assumidas pelo caso do mensalão), mas não falam por si só. Isso pode ser percebido no próprio argumento de Falcão, na terceira e na quarta conclusões a que chega.

A terceira conclusão é de que não se pode exigir em um processo, para que um crime seja punido, uma prova legal impossível. Se o conjunto de indícios é suficiente, a Justiça não pode deixar de ser feita. Essa conclusão, evidentemente, acentua ainda mais a importância da argumentação para decisões jurídicas em casos como o do mensalão. A inexistência de uma prova legal (prevista dentro dos parâmetros estabelecidos pelo próprio direito) não pode dar ensejo a uma absolvição, especificamente no processo do mensalão, pois, pelos indícios obtidos e pela argumentação construída em torno deles, pode-se chegar a uma decisão a serviço da Justiça. Mais uma vez, fica em

evidência as circunstâncias específicas do processo do mensalão. Sua relevância social e política, que vinha sendo celebrada como algo histórico no Brasil, alterou a própria maneira como o direito lida com seus institutos, como no caso da utilização da prova. Este tipo de tratamento abre precedentes para decisões futuras, alterando o próprio direito.

A quarta conclusão envolve, também, a linguagem, e o reconhecimento de sua importância em contextos de decidibilidade, como o Supremo. Ela diz respeito à necessidade de o STF, principalmente em casos de grande repercussão social, como é o caso, se preocupar com o entendimento da população em relação ao que está sendo decidido. Para tanto, é preciso convencer a sociedade dos argumentos que dão sustentação à decisão. As preocupações são, portanto, o entendimento e o convencimento. A opinião pública, diante disso, não pode ser desconsiderada, e o consequencialismo entra em cena. O direito não pode emitir decisões, em casos como o do mensalão, de forma hermética, preocupando-se apenas em permanecer, usando uma expressão de Luhmann, nos limites do sistema. As consequências sociais e políticas da decisão são tão importantes quanto seus fundamentos. Por isso, as pretensões da opinião pública não podem ser desprezadas. Segundo Falcão, isso aumenta a força da justiça feita a partir da decisão:

“(...) para concordar ou discordar, o cidadão antes tem que compreender o ministro. O retoricismo, conceitos polissêmicos, citações contextualizadas, é o passado. Quase colonialismo cultural. (...) o julgamento provou que os ministros podem se fazer entender, fundamentar seus votos na linguagem de todos. Quanto mais a sociedade entender os argumentos pelos quais se fez justiça, mais forte será a justiça feita. Na democracia todos são em seu dia a dia intérpretes da constituição. Porque ela é feita para todos. A autoridade do ministro do Supremo não reside no que confunde. Mas no que clareia, explica e decide”. (p. 2).

Essa passagem fornece uma série de elementos fundamentais para nossa discussão. Falcão defende a importância do entendimento da sociedade em relação à decisão, envolvendo, para isso, a adequação da linguagem

utilizada pelos ministros. É necessário, portanto, utilizar uma linguagem diferente, não aquela que, até então, era a linguagem característica do direito. De acordo com o argumento de Falcão, podemos perceber a crítica dirigida ao pedantismo da linguagem jurídica dos tribunais (em especial, no STF), hermética e autorreferencial. Esse tipo de linguagem, não absolutamente partilhada pela sociedade, não gera entendimento e, muito menos, convencimento. Como a preocupação de Falcão é com estes dois aspectos (se faz entender e convencer), o que chamou a atenção do jurista em relação ao julgamento do mensalão foi a capacidade que o STF teve de se fazer entender, aumentando, assim, a adesão da população em geral à decisão que foi tomada. Sem dúvida, esse foi um dos elementos que fizeram com que o Supremo caísse nas graças do povo.

No entanto, ao elogiar uma linguagem mais acessível, por parte da corte, Falcão deixa entrever a forma como a retórica ainda é encarada, inclusive no âmbito do direito, *locus* onde, não há dúvida, possui lugar privilegiado. Acusa de colonialismo cultural os “retoricismos” das decisões jurídicas. A retórica não é, como vimos, por essência, um caminho para o engodo e a persuasão a qualquer custo. Contudo, o termo continua a ter interpretação perniciosa.

Ainda um ponto sobre a quarta conclusão de Falcão. O jurista se refere à Justiça como um elemento basilar do direito, ou melhor, como aquilo que o direito deve fazer, como mostra o caso do mensalão. Todo o argumento construído anteriormente reforça esse entendimento. O Brasil passou a conhecer o STF, em suas entranhas, não em seu isolamento. E o papel desempenhado pela corte no processo do mensalão, com a condenação dos acusados, é visto como o grande motivo para uma admiração institucional que o Brasil não experimentara anteriormente. Toda essa percepção renovada da sociedade em relação ao Supremo se relaciona com a ideia de Justiça, ou seja, com o entendimento da população que, através do direito, se faz Justiça. Falcão endossa essa percepção, e ele é um jurista. A Teoria dos Sistemas propõe um direito que se orienta pelo código do lícito/ilícito, e não pelo código do justo/injusto, que pertenceria à moral. Quanto a essa, como pode ser observado em Miaille (1994), o direito buscou, historicamente, tendo em vista sua autonomia científica (e sistêmica), se desvencilhar dela, assim como da

teologia, da filosofia e da política. O fechamento proposto pela Teoria do Sistemas não encontra espaço no processo do mensalão.

A quinta e última conclusão apresentada pelo texto de Falcão é a de que a Constituição é única, mas não unívoca. Mais uma vez, aqui, o tema da retórica mostra sua importância no âmbito do direito. Em um contexto onde a maior referência do sistema de normas é um conjunto de enunciados que permitem inúmeras interpretações, a capacidade de definir, de forma absoluta, o sentido de qualquer um desses enunciados se torna reduzida. Para que uma decisão seja possível, é preciso que haja convencimento em relação ao ponto de vista que está sendo exposto. É preciso que haja debate e convencimento. E este, a persuasão, não se faz sem que argumentos sejam mobilizados: “Isto é, suas palavras, conceitos, regras e princípios, aplicados ao caso concreto, não partilham de único sentido. Por isto, não existe um Supremo-Ministro. Existem onze ministros que na arena do debate constitucional divergem. É natural e inevitável” (p. 2). Em contextos onde a decisão precisa ser estabelecida, e onde a divergência é “natural”, argumentos, os mais diversos, precisam ser mobilizados.

O argumento final de Falcão ressalta a importância do STF para a democracia no Brasil, graças ao papel que desempenhou no caso do mensalão. Falcão busca não individualizar o papel de cada um dos ministros, reportando-se ao Supremo Federal como um todo, enquanto instituição: “ninguém esteve sozinho por lá. Ninguém se pronunciou sozinho. Foi somente o Supremo sozinho quem decidiu. E isto basta para a democracia” (p. 2). É interessante notar que a maturidade da sociedade democrática, entre nós, vem pelas mãos do direito, em uma nítida oposição à política, responsável, por sua vez, pela nossa idiossincrática imaturidade. Na linguagem do direito, a política, nessa história, assim como os mensaleiros, desempenham o papel de réus.

### **A vanguarda do direito em relação à política: a ênfase no papel dos ministros no caso do mensalão**

Em reportagem de Carolina Benevides, publicada na página 4 do Caderno Especial sobre o mensalão, com o título “Votos para punir a corrupção no poder”, o tema central abordado foi o combate à corrupção, por parte do

STF, e, principalmente, de seus ministros. O tom da reportagem, que ouviu inúmeros cientistas políticos sobre o processo do mensalão, é a exaltação do papel que a corte teve para reverter um processo histórico de corrupção endêmica no país. Como mostra a chamada da reportagem, os ministros do STF “assumiram a vanguarda ao mandar para a prisão alto escalão de governo e partidos” (p. 4).

Interessante observar que os ministros, e a corte, mais uma vez, aparecem como os protagonistas desse movimento pedagógico para a sociedade brasileira, fazendo crer que a história política de nosso país, pelo menos em sua versão canônica, pode ter um final distinto. E, mais uma vez, a esperança vem do direito, mas de um direito que não é sistema, e sim do direito encarnado na Suprema Corte, e, mais precisamente, na figura de seus ministros, com especial destaque a Joaquim Barbosa.

Em um dos argumentos da reportagem, é ressaltada a importância de os ministros terem julgado além do jargão jurídico apenas, e além das provas nos autos, fazendo “comentários que, para especialistas, tendem a ser históricos por apontar para um novo Brasil” (p. 4). Chama a atenção o fato de, aqui, o recurso a elementos que não fazem parte de uma decisão jurídica baseada no jurídico ser mobilizado como algo positivo, ou, para seguir a linha adotada pela reportagem, como vanguarda. A defesa de um direito que, pedagogicamente, corrige os problemas da política, vem acompanhada do reconhecimento de que, para que isso ocorra, é necessário que o direito recorra a elementos que não pertençam, somente, a seu âmbito, caso das provas e dos jargões jurídicos (como a crítica ao pedantismo e ao hermetismo do direito sempre pontua). É o direito deixando de ser caracterizado pelo autismo de suas próprias palavras e lições, mas permanecendo, ainda, como o corretor de uma política, há muito, corrompida.

Não podemos deixar de notar, também, que todo esse processo de combate à corrupção, que dota a sociedade brasileira de esperança (em relação ao direito, mas não à política) é permeado pela linguagem, com enfoque, em especial, nos “comentários” dos ministros durante a decisão. Os votos dos ministros do STF, cujas frases mais emblemáticas são reproduzidas pela internet e por todos os recursos midiáticos, passaram a ser o objeto de maior interesse no processo do mensalão. A ênfase é na ação dos ministros ao

votar, em como construíram e justificaram seus votos. Assim, não somente o comando da decisão é levado em consideração (se os réus foram ou não condenados), mas, especialmente, a forma através da qual esses comandos foram obtidos. Coloca-se em cena, dessa maneira, um entendimento amplo em torno da decisão judicial, caracterizada não apenas pelo seu comando final (necessariamente jurídico), mas por todo o suporte argumentativo que construiu o caminho até que o comando pudesse ser emitido.

Nesse cenário, o destaque de Joaquim Barbosa se tornou evidente. Sua figura, para muitos, como é o caso de Ivar Hartmann, pesquisador da FGV Direito/Rio, assim como os argumentos que arregimentou em seu voto, são emblemáticos:

A função do juiz é verificar as provas e ver se a conduta cometida configura crime. Falar que a corrupção, por exemplo, é inaceitável não muda nada, porque o legislador já disse que a corrupção é crime. Por conta disso, acredito que os votos de Barbosa são os mais históricos nesse processo. Ele fez uma análise minuciosa e explicou por que as provas apontavam que os réus cometeram tal crime. Não jogou para a plateia (Caderno Especial do jornal O Globo, p. 4).

A reportagem segue com o reconhecimento da importância das características dos ministros para que uma decisão como a emitida no processo do mensalão pudesse ser construída. Celso de Mello, por exemplo, também foi considerado o ministro cujo voto foi mais um dos mais impactantes ao fim do processo. Para David Fleischer, cientista político da UNB, a antiguidade do ministro na corte, sinal de experiência, concede um peso diferenciado a seu voto, seguido por muitos. A referência, tomando como base a retórica de Aristóteles, é ao *ethos* do orador, à autoridade de quem argumenta. Celso de Mello declarou que o “Estado brasileiro não tolera o poder que corrompe nem admite o poder que se deixa corromper”, e seu posicionamento foi fundamental para a sequência experimentada pela decisão, conforme aponta Fleischer: “esse discurso contra a corrupção é marcante. Celso de Mello é o ministro mais antigo do Supremo, sua voz é muito ouvida

pelos juízes, e essas frases, acredito, não vão servir só para balizar o julgamento do mensalão” (p. 4).

Já José Augusto Garcia de Sousa, defensor público e professor da FGV/Rio, aponta que o Supremo Tribunal Federal não pode ser considerado apenas uma corte jurídica, mas é também política. As declarações dos ministros sobre corrupção são vistas por ele como fundamentais, principalmente pelo fato de serem mais inteligíveis para a população, facilitando o entendimento, ao contrário do voto de Joaquim Barbosa, que, como relator, acaba por se dedicar muito aos fatos. Mesmo um jurista é capaz de reconhecer que somente os fatos não são suficientes:

Frases como as que Celso de Mello e Fux disseram sobre corrupção são vistas como demagogia por alguns, mas eu acho positivas. São manifestações importantes. O relator preparou tudo com engenhosidade, dividiu o julgamento em blocos, explicando os fatos. Então, em suas frases não existem muitas frases que possam ser pinçadas, seus votos são sóbrios. O que Celso de Mello e Fux disseram sobre corrupção é de fácil entendimento para a população, ajuda a compreender o que aconteceu (Caderno Especial do jornal O Globo, p. 4).

Essas frases e declarações dos ministros do STF ao longo de todo o julgamento, que se tornaram conhecidas em todo o Brasil, mostram, de acordo com Sousa, que houve um avanço histórico, por conta do processo do mensalão, contra a corrupção, um “problema crônico, endêmico no Brasil” (p. 4).

A reportagem reproduz ainda, antes de encerrar, uma declaração de Ayres Britto, que presidiu o Supremo até sua aposentadoria, já com o processo em andamento, depois de afirmar que ao juiz era cara uma condenação, pois o ato de condenar é doloroso:

O magistrado não condena ninguém por ódio. Na verdade, as condenações são imposição da consciência do magistrado não apenas do ponto de vista funcional, mas também do ponto de



vista ético, do ponto de vista pessoal em que o magistrado condena, primeiro, por uma exigência de Justiça. Em segundo, porque reverencia a lei que é a salvaguarda e garantia da própria sociedade em que todos vivemos (Caderno Especial do jornal O Globo, p. 4).

Essa declaração de Ayres Britto aponta para questões importantes. Ela envolve a consideração, no ato de julgamento (e condenação, quando o caso exige), de aspectos não somente funcionais (como em uma concepção sistêmica, por exemplo), mas relacionados ao sujeito, abarcando sua consciência, suas considerações pessoais e elementos relacionados à ética. A condenação, e isso chama atenção na declaração do ministro, primeiramente, se relaciona com uma ideia de Justiça. Em segundo lugar, com a lei. A Justiça, uma noção complexa e abstrata, com a qual o direito se relaciona, mas não de forma absoluta, como defendem teorias mais restritas em relação ao sentido do direito, a exemplo da Teoria dos Sistemas, aparece, na concepção de Ayres Britto, como uma exigência anterior à lei. O código lícito/ilícito, postulado da teoria sistêmica, não é, na visão do ministro Ayres Britto, a única chave para o entendimento do sistema jurídico.

Ainda sobre os sujeitos e sua importância no caso do mensalão. Em reportagem na mesma página (4), há uma referência à atuação do Procurador-Geral da República, Roberto Gurgel, no processo do mensalão. Ele assumiu o processo já em andamento, mas a reportagem destaca que ele teve um “papel decisivo” no julgamento. Conforme relata a reportagem, de discreto, passou a protagonista. Mais uma vez, a ênfase recai sobre as características dos indivíduos envolvidos com todo o processo. Gurgel é tratado, na reportagem, como alguém que foi crucial para que o julgamento seguisse os caminhos que trilhou. Sua coragem é valorizada por um dos colegas de Ministério Público, que teve opinião recolhida pela reportagem, assim como são narrados os momentos em que se manteve “olimpicamente calmo”. Discreto, mas corajoso. Sereno, mas sabendo quando partir para o enfrentamento. Segundo a reportagem, dificilmente o caso seria o mesmo sem a atuação de Gurgel, assim como no que diz respeito à atuação de Joaquim Barbosa.

Todos esses argumentos aqui apresentados, já mobilizados em outros momentos desta tese, apontam para a especificidade do processo do mensalão. A notoriedade da corte, e a atribuição de importância à sua atuação histórica, assim como a relevância imputada ao papel dos ministros, com o enfoque dado em suas características e trajetórias pessoais, só ganharam tamanha ênfase por conta das circunstâncias em torno do processo do mensalão. Em outros casos, cuja repercussão social foi grande, mas em menor escala do que na Ação Penal 470, os papéis desempenhados pela corte e pelos ministros já haviam sido ressaltados. No entanto, nada se assemelha à repercussão do processo do mensalão. Se as atuações do STF, assim como as de seus ministros, especialmente Joaquim Barbosa, já vinham sendo apontadas como dignas de elogio, no caso do mensalão elas passaram a ser celebradas como históricas, como marcos para a democracia e a República brasileiras.

### **O caso que mudou o STF e a sociedade brasileira**

Em reportagem de Bruno Góes, na página 5 do Caderno Especial, intitulada “A inspiração para julgar”, são levantados os argumentos mais marcantes, utilizados pelos ministros do STF no caso do mensalão. Conforme relata a chamada da reportagem, “juristas e até personagens da literatura mundial sustentaram teses vencedoras no Supremo” (p. 5).

A própria chamada já levanta alguns pontos importantes. O primeiro deles se relaciona ao status atribuído aos argumentos dos ministros na decisão. Eles são considerados o sustentáculo dela. Foram os argumentos que “sustentaram as teses vencedoras”, segundo texto da reportagem. Assim, a decisão não é feita somente de fatos e do comando final, mas do caldo argumentativo que lhe dá base. Esse é um ponto fundamental para reconhecer o papel da retórica nas decisões judiciais, especialmente em casos como o do mensalão.

Além disso, os argumentos que dão suporte à decisão não são apenas oriundos do direito, conforme também reconhece a reportagem. E ao se referir a isso, a chamada não deixa de reproduzir uma ideia amplamente difundida acerca do direito, conforme discutida anteriormente nesta tese, qual seja, a de

que o direito deve decidir com base no próprio direito (base da Teoria dos Sistemas aplicada ao direito). O texto da reportagem faz referência ao fato de personagens da literatura mundial<sup>182</sup> terem sido evocados para sustentarem as teses dos ministros, reconhecendo, portanto, que argumentos externos fazem parte da decisão. No entanto, ao fazer essa referência, o texto deixa claro que não se trata de algo esperado, visto que se vale da expressão “até”. Juristas foram utilizados para a sustentação da tese (algo que se espera, segundo a máxima “o direito decide com base no direito”) e até personagens da literatura mundial:

Os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) sustentaram seus votos, sempre que possível, evocando filósofos, doutrinadores e juristas. As referências, por hábito e força do dever, constituem uma forma de dar solidez necessária à última palavra do Poder Judiciário. Assim, muitos personagens importantes foram citados pelos magistrados no julgamento do mensalão. (p. 5).

Essa passagem também fornece elementos importantes. Inicialmente, ao apontar que os ministros do STF fizeram referência a filósofos, doutrinadores e juristas, a reportagem ressalta que isso é feito “sempre que possível”. Assim, nem sempre o recurso a argumentos filosóficos, de acordo com a reportagem, será utilizado. No entanto, cada vez mais, os recursos argumentativos externos ao direito tendem a ser utilizados, principalmente em casos como o mensalão, cujas consequências envolvem e mobilizam toda a sociedade, assim como em outros *hard cases*. O “possível” passa a ser a regra. Novamente, a circunstancialidade do processo do mensalão é evidenciada. Além disso, a partir do momento em que os argumentos são entendidos como parte integrante (e essencial) da decisão, sua utilização

---

<sup>182</sup> Na reportagem, são feitas referências a juristas, como Claus Roxin e Nelson Hungria, e a filósofos, como Voltaire. A ministra Carmen Lúcia evocou o filósofo francês, mais precisamente Pangloss, seu famoso personagem, para se referir à tentativa dos réus de admitirem o caixa dois, considerando-o um “mal menor”, exatamente como pensava Pangloss, acreditando que o mal é um caminho para um bem maior.

passa a ser encarada como uma característica das decisões jurídicas, não como uma exceção.

Em seguida, o texto da reportagem aponta que tais referências, como à filosofia, por exemplo, são feitas “por hábito e por força do dever”, visto que necessárias para dar “solidez à última palavra do judiciário” (p. 5). A expressão “por hábito” faz referência ao fato de que a utilização de argumentos, formas de pensamento, teses e exemplos externos ao direito não é uma prática recente, casuística, inaugurada pelo processo do mensalão. Antes o contrário, se tratando de prática corriqueira, habitual dos juízes no STF. Tal expressão pode levar a uma interpretação de que os ministros só fazem essas referências por se tratar de uma tradição, de um hábito do tribunal, não passando de um ornamento retórico, cuja pompa aumenta a percepção de autoridade intelectual dos ministros, mas cujos efeitos para a decisão são desprezíveis. Essa forma de interpretar o recurso a referências externas não poderia se afastar mais do que imputamos a essa prática. Ela é fundamental para a construção das decisões, e não um mero adereço. A própria reportagem reconhece isso, em seguida, ao indicar a importância desta prática para dar solidez às decisões. Ao tratar da prática como um hábito, o aspecto mais importante é o reconhecimento de seu longo uso, não de sua automatização.

Para além do hábito, há a “força do dever”. A expressão tira o caráter casuístico que poderia ser imputado aos recursos argumentativos externos ao direito, fazendo recair sobre tal prática o peso deontológico. Porém, o caráter de essencialidade do uso de argumentos externos ao direito não está relacionado à sua obrigação (no sentido jurídico) de uso, mas, sim, à sua importância em oferecer suportes argumentativos para a decisão. Ela é fundamental pelas características de uma decisão jurídica, que necessita (no sentido de dever jurídico) produzir o convencimento entre os pares e se legitimar (politicamente, em essência) diante da sociedade.

Uma palavra sobre a consideração de que as referências a elementos externos ao direito dão a solidez necessária “à última palavra do Poder Judiciário”. Não há dúvida de que a referida solidez em uma decisão judicial não seria possível sem a argumentação. Contudo, a argumentação, com a utilização de argumentos externos ao direito, não pode ser pensada como uma tarefa secundária, ou como uma etapa subsidiária, importante, mas relegada a

retocar a decisão. A argumentação não é uma espécie de retoque final, que, após a decisão, fornece a solidez necessária. Ela é a própria decisão judicial, e se faz presente desde o momento em que a decisão começa a ser construída. Assim, as referências a pensadores e argumentos externos ao direito são parte constituinte da decisão e não um arrimo para que a mesma se mantenha de pé.

Mais uma vez, o processo aparece como um personagem central. Aqui, o enfoque é no próprio fazer do direito, alterado e renovado por conta das circunstâncias que o processo do mensalão apresentou, exigindo elementos específicos e diferenciados do direito e de seus agentes. Se a argumentação é parte do direito de maneira elementar, em casos como o do mensalão (*hard case*), ela se torna ainda mais evidente e o recurso a argumentos fora do campo se apresenta de forma ainda mais clara e necessária. O processo exigiu, desta forma, estruturas argumentativas diferenciadas, fazendo com que, diante disso, o próprio direito experimentasse modificações.

O mensalão, no entanto, exerceu seus efeitos sobre a corte além da ampliação e complexificação das possibilidades argumentativas em relação a decisões futuras. Ele alterou a própria instituição. Dificilmente, afirma a maioria dos juristas, a corte será a mesma depois desse episódio, conforme afirma a reportagem de Chico Otavio, para o Caderno Especial do jornal O Globo, intitulada “STF abre caminho para outras condenações: “O julgamento não chega a ser uma revolução, mas a justiça não será a mesma depois dele. O peso simbólico é relevante, até mesmo quando os ministros reafirmaram aquilo que já estava sedimentado” (p. 5).

As alterações envolvem, em alguma medida, a mudança do próprio direito. A decisão do STF, no caso do mensalão, trouxe, segundo os juristas, uma série de inovações, como a validade da prova indiciária (baseada em indícios), o julgamento do caso em blocos temáticos, e o alcance dos mandantes do crime através da aplicação da teoria do domínio do fato. Essas inovações, que já modificaram a forma de julgar do STF, pois inéditas, poderão alterar a estrutura das decisões no judiciário brasileiro. Para isso, precisam ser aplicadas pelos ministros:

O julgamento do mensalão, cuja definição das penas foi encerrada ontem, cria na Justiça brasileira, principalmente na criminal, forte expectativa sobre o alcance das decisões tomadas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF). Foram episódicas ou deverão concretamente mudar a forma de julgar nas instâncias inferiores? (Caderno Especial do jornal O Globo, p. 5).

Esse entendimento não poderia estar mais relacionado com a dialética da estrutura/agência. Um evento (o julgamento do processo do mensalão), que envolvia atores específicos (os ministros do STF), pode alterar a estrutura do judiciário brasileiro (a forma como o judiciário julga e trata determinados temas), desde que os agentes específicos (os juízes de outros tribunais) efetivem as inovações trazidas pelo STF em suas práticas, consolidando a modificação da estrutura que está sendo alterada (“porém, as inovações só representarão uma nova era para todo o Judiciário se forem, efetivamente, levadas em conta pelos magistrados da base”, p. 5).

Ainda sobre as mudanças para a corte, o artigo de José Augusto Garcia de Souza, na página 13 do Caderno Especial, intitulada: “A jurisprudência do Supremo morreu. Viva a jurisprudência do Supremo”, ao falar sobre a mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal no caso do mensalão, principalmente no que tange à rigidez com os crimes de corrupção, tenta afastar a crítica de que o STF teria passado por cima das garantias constitucionais, especialmente aquelas tangentes à ampla defesa, uma vez que admitiu provas indiciárias, por exemplo. Falcão vê o garantismo como um ganho do direito moderno, mas que, no Brasil, estava sendo utilizado para a proteção de grupos sociais poderosos, que, sob a égide dessa corrente teórica, acabavam por reproduzir a impunidade. Essa mudança (celebrada) no STF, de acordo com Souza, foi para melhor: “Se a jurisprudência do Supremo realmente mudou, foi para melhor. Com a sensibilidade que se espera de uma Suprema Corte.” (p. 13). A expectativa em torno da sensibilidade chama a atenção. O que se espera da Suprema Corte, de acordo com Souza, é a sensibilidade em relação às necessidades sociais, não apenas uma corte que julgue com base estritamente no direito. Sensibilidade exige o conhecimento na dosagem do direito,

inclusive. Isso fica claro com o aceite das provas indiciárias, no caso do mensalão. A mudança se dirige, portanto, ao próprio direito, mais sensível em relação ao mundo que o cerca.

Mais uma vez, o fator histórico do processo é ressaltado. Como vários outros, Souza acredita que o julgamento do mensalão não põe fim absoluto à impunidade, mas reconhece o gigantesco passo que foi dado em relação a uma ruptura com nossa história de mazelas:

É certo que um processo não cura séculos de negociatas e desprezo pelo bem comum. Sem embargo, o julgamento do mensalão já representa ponto luminoso na História da nação. Um país mais ético e justo, muito além de mera bandeira retórica, significa direito fundamental de cada um de nós. Garantido pela Constituição (p. 13).

Quando o enfoque não recai apenas sobre as mudanças institucionais que o processo do mensalão gerou para o STF ou para as alterações em relação ao próprio direito, ele se dirige ao vínculo dessas modificações e a mudança da própria opinião pública sobre o Supremo. Em reportagem de Carolina Brígido, na página 7 do Caderno Especial, cujo título é: “Sessões ao vivo fazem Supremo virar pop e cair na boca do povo”, a chamada: “Imagem renovada: ex-integrante da Corte diz que há sintonia entre a aspiração da sociedade e decisão dos ministros, mas frisa que missão maior do STF é guardar a Constituição, e não ser tribunal criminal” já deixa claro que a sociedade mudou a opinião em relação à corte constitucional, passando a encará-la como uma instituição a serviço do combate à corrupção, conhecida e próxima do povo. O efeito midiático da exposição do STF fez com que essa aproximação se concretizasse ainda mais, ampliando seus efeitos. Como efeito, os próprios ministros passaram a gozar de uma reputação imaculada diante da sociedade. O resultado é uma imagem heroica e soteriológica da corte:

Nas ruas, nos bares, nas redes sociais, o assunto é recorrente: as condenações do Supremo Tribunal Federal (STF) neste

juízo. Com a Corte exposta na mídia e as sessões televisionadas, temas antes restritos ao mundo jurídico se popularizaram. Ministros foram alçados à posição de celebridades. Pela conversa dos leigos, tem-se a impressão de que o STF mudou de órgão vetusto para uma casa capaz de suprir os anseios da sociedade e punir políticos corruptos (p. 7).

Para o ex-ministro do STF, Carlos Velloso, no entanto, a imagem do STF não é alterada, pois sempre esteve comprometida em ser uma corte pautada pela neutralidade e pela seriedade em suas decisões. Com isso, os “louros da fama” foram colhidos pela Suprema Corte pela coincidência entre a decisão que proferiu e os anseios que a sociedade já apresentava. Vindo de um ex-ministro da casa, não é de se admirar que a opinião seja pela afirmação de que o que a população pensa sobre o STF, agora, sempre foi a característica da corte. A instituição não foi alterada em sua essência, mas o mensalão mudou a opinião pública em relação a ela:

A imagem (do STF) não muda, mas a sociedade queria este tipo de julgamento que o Supremo fez. A sociedade brasileira tem fome de ética, de moralidade, quer que os políticos sejam honestos. Quer atitudes transparentes por parte da administração pública, e as decisões do Supremo estão coincidindo com essa aspiração da sociedade (Caderno Especial do jornal O Globo, p. 7).

O próprio Velloso reconheceu que as decisões do STF, há até bem pouco tempo, não tinham tamanha visibilidade e apelo popular. Mesmo tendo participado do julgamento do ex-presidente Collor, em 1994, o apelo foi menor do que o que vem sendo observado ultimamente, principalmente com o mensalão. Segundo Velloso, um dos fatores dessa mudança foi a TV Justiça, que transmite a íntegra das sessões. Essa exposição televisiva, inclusive, é percebida pelo ministro como um dos fatores que fizeram com que os votos dos ministros tenham se tornado mais longos, pois “ninguém quer parecer menos eficiente”. Com isso, a exposição da corte e do direito ao



acompanhamento público faz com que eles se alterem. Não é a mesma coisa decidir um caso como o do mensalão dentro dos gabinetes jurídicos e ter que fazer o mesmo diante da população de todo um país. Se a instituição não mudou tanto, conforme o argumento de Veloso, o mesmo não pode ser dito em relação à população.

No mesmo sentido, em relação à mudança que o processo do mensalão proporcionou à sociedade brasileira, é a reportagem de Cristina Tardáguila e Miguel Caballero, na página 14 do caderno, que, em seu título (“Um marco no combate à impunidade”), já aponta para o caráter histórico que o processo do mensalão teve para o Brasil. A chamada (“Antes e depois: sociedade brasileira não passou incólume pelos quatro meses de sessões no Supremo”) completa a ideia, reconhecendo que a sociedade brasileira não passou indiferente por esse processo. O julgamento do mensalão marca um antes (o país da impunidade, do direito frio e distante, e da política sinônimo de corrupção) e um depois (o país no qual ainda se pode ter esperança, de um direito atento, e de uma corte justa; mas a política não muda).

Para a sociedade brasileira, conforme afirma o texto da reportagem, o processo do mensalão foi um “marco na evolução da democracia”, devendo (é o que todos esperam) “modificar para sempre tanto o funcionamento do judiciário quanto as eleições que estão por vir” (p. 14). Ou seja, a mudança não ocorrerá somente no plano do direito e da sociedade, mas também no da política<sup>183</sup>. É claro que, na forma como a postura diante do direito e da política tem sido apresentada, a mudança no direito é que guiará uma mudança (espera-se) na política, visto que, se dependêssemos dela (política), a mudança jamais ocorreria.

O fato é que a sociedade se envolveu e isso, do ponto de vista de uma democracia ativa, é visto com bons olhos. Na história oficial de nossa história, nossa sociedade é passiva, despreparada, assistindo, e contribuindo, para a manutenção de nossas raízes patrimonialistas, descomprometidas com o bem comum. Mas com o mensalão, é o que todos dizem, as coisas mudaram: “o

---

<sup>183</sup> Em outro registro, no mesmo sentido: “As urnas dirão se houve repercussão (do julgamento do mensalão nas eleições). Mas, a meu ver, seria bom que houvesse, seria salutar”. Frase de Roberto Gurgel, procurador-geral da República, sobre as condenações no processo do mensalão (Revista Veja, edição 2290, nº 41, de 10 de outubro de 2012, p. 66).

povo acompanhou, muitas vezes ao vivo, o trabalho diário dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF). Aprendeu como a Corte funciona e viu como o destino dos réus foi sendo definido pouco a pouco, levando à condenação de 25 deles” (p. 14):

Durante esse tempo, falar de corrupção ativa e passiva, formação de quadrilha, lavagem de dinheiro, evasão de divisas, peculato – para citar apenas algumas das expressões que migraram das sessões do supremo para a boca do povo – deixou de ser estranho. Em cada brasileiro, nasceu um magistrado, com uma sentença e uma pena muito bem definidas. E o assunto reverberou em sites e nas redes sociais. (p. 14).

O funcionamento da corte e a atuação dos ministros ao longo do julgamento passaram a ser percebidos como elementos pedagógicos fundamentais para nossa sociedade caracterizada pelo despreparo e pela apatia. A repercussão produzida pelo mensalão é, ao mesmo tempo, causa e consequência de um processo de envolvimento social enaltecido pelos estudiosos do caso.

A reportagem colheu depoimentos de historiadores, juristas, empresários, artistas e atletas, em relação a esse “julgamento que entrou para a História” (p. 14). Mesmo com o reconhecimento da importância do julgamento, há opiniões divididas em relação ao futuro, alguns comemorando essa nova fase da democracia brasileira (“há quem comemore o desfecho com vigor, ressaltando que a democracia terá um a.m – antes do mensalão – e um d.m – depois do mensalão”, p. 14), outros<sup>184</sup>, esperando que o STF aja da mesma forma com casos semelhantes, como o mensalão do PSDB, em Minas, e olhando com cuidado esse trabalho fora do âmbito constitucional da Suprema Corte. O tom do cientista político Rubens Figueiredo é otimista e eleva o

---

<sup>184</sup> É o caso do cineasta Jorge Furtado: “O STF deu um passo importante, mas o julgamento do mensalão não pode se tornar um caso de exceção. Se a Suprema Corte julgar outros casos semelhantes, como o mensalão do PSDB em Minas, da mesma maneira, assim como a imprensa cobrir da mesma forma, ‘se recuperará a credibilidade da classe política” (Caderno Especial do jornal O Globo, p. 14).

processo do mensalão ao *status* de principal marco<sup>185</sup> de nossa história política:

Poderemos dividir a História da democracia brasileira em a.m e d.m (antes e depois do mensalão). Ao longo de séculos, a sociedade se acostumou com rico não ir para cadeia, e políticos nunca serem condenados. A decisão do STF mostra que o Brasil avança para uma democracia mais consolidada, à medida que aumenta o sentido de justiça e o ideal de igualdade perante as leis. Serve ainda como exemplo – já observamos mais cuidado na prestação de contas nas campanhas eleitorais deste ano. (Rubens Figueiredo – Cientista político e diretor do Centro de Pesquisas e Análises de Comunicação – Cepac; Caderno Especial do jornal O Globo, p. 14).

E não são apenas os especialistas que têm essa opinião sobre a relevância do processo para nossa história. Esse é um ponto interessante abordado pela reportagem, pois reforça a ideia de que se trata de uma crença generalizada na melhoria institucional e na consolidação do direito como um (ou seria 'o'?) caminho pedagógico para a política<sup>186</sup>. Isso faz com que o movimento de melhoria possa ser atribuído à sociedade como um todo, concedendo um caráter de evidência ao processo de aprimoramento de nossa democracia, conforme fica claro na opinião do ator Marco Nanini, outro dos entrevistados<sup>187</sup>:

---

<sup>185</sup> Esse entendimento é compartilhado pelo Presidente da Firjan, Eduardo Eugênio Gouvêa Vieira, também entrevistado pela reportagem, para quem: “O processo inaugura uma nova fase da nossa jovem democracia, por tê-la submetido a um verdadeiro teste de stress, no qual foi aprovada com louvor. O MP e a PF tiveram autonomia para investigar, os acusados tiveram direito à defesa, e o STF teve liberdade para julgar. O processo faz emergir um país ainda mais preparado para assumir o papel de potência política e econômica que lhe cabe” (Caderno Especial do jornal O Globo, p. 14).

<sup>186</sup> Como mostra a opinião do músico Leo Gandelman: “Desejo que os políticos lembrem que é preciso ter espírito público. Vamos acreditar que, a partir de agora, eles pensarão duas vezes antes de tratar seus eleitores com tanto desprezo” (Caderno Especial do jornal O Globo, p. 14).

<sup>187</sup> A opinião do tenista Gustavo Kuerten reforça o resgate da credibilidade das instituições nacionais e sua atenção em relação às demandas da sociedade brasileira: “Considero uma conquista nacional épica. As instituições que regem o país conseguiram dar uma resposta concreta à sociedade, transmitindo sensação de credibilidade e confiança. Outro fator vitorioso foi a possibilidade de acompanhar de perto, via TV e internet, detalhes do evento. Isso garante maior entendimento e provoca envolvimento” (Caderno Especial do jornal O Globo, p. 14).

O processo falou ao cidadão. O STF mostrou que existe um poder independente. E, agora, nós temos uma democracia mais forte. É uma tranquilidade para quem vota. Aliás, o exercício democrático do STF serve de exemplo para que não haja mais em outros poderes a execrável votação secreta. Temos o direito de amadurecer como cidadãos (Caderno Especial do jornal O Globo, p. 14).

As reportagens e os interlocutores variam, mas o tom das opiniões é sempre o mesmo. O mensalão é percebido, quase que de forma generalizada, como um processo que marcou definitivamente a história brasileira. Através dele, o STF se aperfeiçoou, se alterou, permitindo novas estruturas, seus agentes foram percebidos como encarnações, assim como a própria corte, de uma virtude que, acreditava a sociedade, havia sido perdida. O mensalão, além da reformulação no próprio fazer do direito, alterou profundamente a sociedade brasileira, mais consciente, segura e confiante a partir de agora. A política, evidentemente, não saiu incólume do processo. Condenada, ela viu o direito se tornar seu pedagogo e corretor maior, saindo do processo ainda mais derrotada do que quando entrou.

### **Para a história, a importância do evento**

Os ministros do Supremo Tribunal Federal, por mais experimentados que fossem, não eram capazes de prever, desde o início, a medida do envolvimento da sociedade brasileira com o processo do mensalão. Tomando como base as características imputadas historicamente à nossa sociedade, seria de se pensar que, mais uma vez, o ímpeto por acompanhar e exigir as condenações dos acusados seria substituído pela nossa tradicional cordialidade do esquecimento, somada ao processo de imersão dos cidadãos nas tarefas da vida cotidiana.

A circunstancialidade do processo do mensalão é justamente essa imprevisibilidade de suas consequências, jurídicas, políticas e socioculturais. O envolvimento da sociedade em geral com o processo, o acompanhamento

cotidiano, a inserção do tema nas discussões da vida pública e privada das pessoas, a TV Justiça, os clamores pelas condenações em forma de anseios por justiça, não poderiam, desde o início, ser previstos em absoluto pelos ministros do STF. E, evidentemente, tudo isso impacta a decisão, alterando o contexto no qual ela será emitida. Nenhuma decisão jurídica é hermética o suficiente para se manter alheia a essas alterações de cenário. Ao contrário, essas modificações nas circunstâncias influenciam profundamente as decisões, que, construídas retoricamente, veem novos argumentos aparecerem como possibilidades inicialmente imprevistas de convencimento.

As circunstâncias do processo não alteram somente as decisões, oferecendo novos recursos argumentativos para fins pragmáticos. Ela é capaz, em última instância, de alterar o próprio direito. Criando jurisprudência, as decisões criam paradigmas de suporte para decisões futuras. O caso do mensalão, por exemplo, tratou a prova com base em indícios de forma muito mais generosa e ampla do que a maneira como esse instituto vinha sendo aceito no direito até então. A justificativa para tal tratamento diferenciado, e, para muitos, inovador, foi baseada, justamente, na peculiaridade e significância do processo para o mundo da política.

Uma sociologia das relações entre o direito e a política que ignore o poder que as circunstâncias exercem sobre as estruturas, sobre os campos/sistemas, sobre os papéis e sobre os indivíduos, não é capaz de capturar as modificações que essas mesmas circunstâncias projetam sobre a realidade social. O processo do mensalão alterou a forma como o STF atua, a percepção da importância da atuação de seus ministros (para eles mesmos e para a sociedade), e, conforme apontam muitos, a própria sociedade. As consequências de um evento como esse não podem ser absolutamente controladas, o que exige do estudioso atenção às circunstâncias para o entendimento das relações que pretende compreender, sob pena de ter uma visão reduzida do fenômeno.

Assim como no caso do papel da instituição (STF) e dos agentes (os ministros, tomados não somente em seus papéis sociais ou posições no campo, mas também em suas características individuais), além da própria maneira como o direito constrói seu discurso oficial (do afastamento, da neutralidade, da racionalidade, da virtude), aqui também, tomando em análise a

especificidade do caso, do processo, a oposição entre a política e o direito se evidencia.

O mensalão, por tratar justamente de um caso de corrupção política, acentua ainda mais esta oposição, que já vínhamos denunciando nos ensaios anteriores, nestes anexos. A política é julgada pelo direito e se encontra no banco dos réus. É notória a oposição. Em outros casos, como os analisados no bojo desta tese, o pretense hermetismo oficial do direito, acompanhado das características que lhe concedem legitimidade, é questionado, e as decisões possuem fundamentos externos ao campo jurídico. O fechamento para o mundo social, visto como necessário e fundante da própria ideia de um direito imaculado, não ocorre de fato. No entanto, em nenhum desses casos é tão nítida a oposição entre um direito racional e uma política irracional como no processo do mensalão. Daí a necessidade de posicionar o direito como o corretor virtuoso da política.

Essa percepção, somos levados a crer, é generalizada. Em setores especializados, como a própria política e o direito, e na sociedade como um todo, o direito sai vitorioso do processo do mensalão, com uma imagem renovada, baseada na racionalidade e na virtude, ao passo que a política é julgada e condenada como o ambiente, por excelência, da corrupção, da irracionalidade e do vício. O STF, a atuação dos ministros e a especificidade do caso são elementos fundamentais para compreender como essas relações entre o direito e a política são construídas. O desprezo por qualquer um desses elementos empobreceria demasiadamente a análise, motivo pelo qual um entendimento sistêmico radical do direito e da política precisa ser afastado.

## ANEXO V

### O STF e o velho Brasil

*Dura lex, sed lastex*<sup>188</sup>.

Em artigo publicado no jornal O Globo, em sua edição virtual, em 30 de setembro de 2013, o historiador José Murilo de Carvalho aborda uma miríade de pontos sobre o processo do mensalão, que não poderia deixar de ser aqui considerada. A abordagem histórica, que vê o Brasil como caracterizado visceralmente pelo desrespeito às virtudes públicas, com uma sociedade combalida pela corrupção política, ganha a autoridade de um renomado historiador. Além disso, no meio do otimismo generalizado em torno do processo do mensalão, José Murilo de Carvalho adota um tom menos positivo em sua análise sobre o caso, fazendo eco a críticas que adotamos neste trabalho e abrindo espaço para se pensar, a partir do mensalão, a relação entre o direito e a sociedade. No entanto, como veremos, ele esbarra em uma visão restrita das influências externas para o direito, por não considerar a abordagem com base na retórica.

A começar pelo título: o STF e o velho Brasil. Dele, já é possível indicar, por se tratar do processo do mensalão, que o tema versará sobre o processo ter sido considerado um marco na história brasileira. É o que (quase) todos dizem. A Ação Penal 470 marcou a história da Suprema Corte, da justiça, da democracia, da política e da sociedade brasileiras. O título indica também o caminho argumentativo trilhado por José Murilo. O julgamento ocorreu, mas o velho Brasil permanece. É preciso entender melhor o que o historiador quer dizer com essa afirmação.

A chamada do artigo não deixa de ser menos indicativa de um tema que perpassou toda a tese e que foi abordado no Anexo III, ao tratar da importância dos atores para a compreensão do STF e, particularmente, do processo do mensalão: “Os juízes da Suprema Corte americana que deixaram seu nome na

---

<sup>188</sup> Corruptela do brocardo jurídico romano *dura lex, sed lex* (a lei é dura, mas é lei). A expressão, utilizada por José Murilo de Carvalho, no próprio texto, significa “a lei é dura, mas espicha”.

história foram exatamente os que inovaram, alteraram a jurisprudência”. O texto não poderia ser mais afeito à discussão clássica das ciências sociais, as relações entre as estruturas e a agência humanas. Para alterar a estrutura (jurisprudência), por mais complexa que seja essa tarefa, é preciso que atores (os juízes, no caso) inovem. A mudança, que marca a história, vem quando isso ocorre. Quando atores inovam a estrutura. Um ato de coragem, sem dúvida.

José Murilo começa por reconhecer o envolvimento da opinião pública brasileira com o processo do mensalão, criando altas expectativas em relação ao trabalho da corte, enxergando na decisão uma “inflexão na curva da jurisprudência brasileira no sentido de introduzir uma visão mais ampla e atual do papel da lei na sociedade”. No entanto, de acordo com Carvalho, o que poderia ter se tornado, de fato, uma mudança histórica, acabou por se mostrar como exceção, como “apenas um ponto fora da curva”. Esse entendimento partiu do próprio STF, ou melhor, dos novos ministros que integraram a corte com o julgamento já em andamento. Mais uma vez, a referência é aos atores.

Sem a inflexão, visto que se tratava de um mero desvio, a história seguiu seus trilhos, voltando à sua direção, e o velho Brasil permaneceu em vigor. Esse conhecido Brasil tem como tradição a “desigualdade na distribuição da justiça, bem traduzida na expressão popular: rico não vai para a cadeia”. Assim, a “jurisprudência bacharelesca foi recolocada a serviço do privilégio”. E, com isso, todos perdem, a própria corte, a justiça, o país e a República.

Interessante observar como a crítica ao velho Brasil se direciona também ao “velho direito”, o bacharelesco, pedante, hermético e incomunicável, funcionando apenas a partir de seus critérios autistas. O perigo do velho Brasil é o perigo do direito fechado, interessado em si próprio, pensando o mundo a partir de si próprio. O que vem de fora, para esse modelo jurídico, é pernicioso, e nunca visto como algo produtivo. Nesses termos, a opinião pública só pode ser vista como um problema, e como um não-critério para o direito. O que José Murilo critica é a volta a esse velho Brasil (e ao velho direito).

O que marca o definhamento das esperanças populares em torno do processo do mensalão, no texto de Carvalho, é a impetração dos recursos, por parte dos advogados dos réus, depois da condenação dos mesmos. O



processo já se alongara demais (mais de nove anos desde a denúncia) e até agora (momento em que José Murilo escrevia) o Brasil velho vencia o embate diante do Brasil novo, essa efêmera esperança. A sensação é que sempre algo pode ser feito para que a lei não seja cumprida, pendendo a balança para o lado da desconfiança histórica acerca de nossas instituições, incluindo as jurídicas. Assim, o velho chavão de que quem tem recursos financeiros não acaba na cadeia se faz sentir, pois a possibilidade de contratar bons advogados (mais uma vez, os atores!) é peça definitiva para a compreensão do quebra-cabeça. Conforme ressalta José Murilo de Carvalho, “passados nove anos do crime do mensalão, realizadas mais de 60 sessões de julgamento pela suprema corte do país, ainda se achou como argumentar que o direito de defesa dos réus de luxo ainda não se tinha esgotado”. Para Carvalho, inclusive, os embargos infringentes sofrem de um problema (jurídico) de nascença, pois frutos de ato regimental, e não da lei. Esse luxo de poucos, negado aos demais brasileiros, é uma afronta à “igualdade perante a lei, base da República”.

O incômodo “ponto fora da curva” trazido pelo processo do mensalão tem como principal problema para se tornar regra, e não a exceção, a afronta a um dos pilares da percepção de como o direito deve operar, especialmente tendo em vista o que os próprios juristas pensam acerca do fazer jurídico. Trata-se de uma ficção, como assevera José Murilo de Carvalho, mas uma daquelas muito bem contadas, que acabam por se confundir com a realidade. Uma coisa tomada como real torna-se real em suas consequências.

A ficção é construída em torno da ação dos juízes. Segundo Carvalho, ela funciona como um mecanismo para suprir a ausência de legitimidade dos juízes perante o mandato popular. Sua alegação é a de que:

(...) o juiz age segundo a razão, a lei, a justiça, de modo neutro e imparcial. Para atingir esse objetivo, ele tem que evitar o contágio da emoção, da paixão, do partidarismo, vícios próprios da opinião pública, da mídia, da multidão, do povão. O juiz, encastelado em sua torre de marfim, tem que se distanciar da sociedade, mesmo quando ela sai em massa às ruas clamando, entre outras coisas, pelo fim da corrupção, ou quando se manifesta no mesmo sentido em dezenas de pesquisas de opinião pública.

Essa passagem, uma das mais inspiradas no texto de José Murilo, está repleta de pontos importantes para a discussão aqui empreendida, e possui nítidas afinidades com a leitura de Bourdieu acerca do campo do direito. A ficção do direito, necessária para dar um caráter austero ao trabalho do jurista, faz acreditar que o juiz (o direito) age de acordo com a razão, o melhor modo de fazer justiça. A neutralidade e a imparcialidade são os elementos-chaves para a composição desse quadro. O juiz neutro é aquele que decide apenas com base no direito posto, arquitetado, por sua vez, com base na razão. A imparcialidade é decorrência da neutralidade. Essa última é a postura corriqueira do juiz. A imparcialidade se manifesta quando o julgamento está em causa, e a balança somente pende para o lado da razão, e não para o lado das partes, preferencialmente. De fora do fazer do direito está aquilo que atrapalha o “bom juízo”, comprometendo a neutralidade e a imparcialidade, e, portanto, o próprio trabalho do juiz, devotado à razão. Já em Platão, o problema é endereçado à emoção, à pulsão, que, de saída, corrompe a neutralidade, trazendo consigo a parcialidade.

A razão virtuosa do direito é ameaçada pela emoção encarnada na multidão, no povo, na opinião pública. O diagnóstico é o da demofobia. A instância popular só pode levar ao erro, pois correlata das emoções, antítese do comportamento racional do juiz. O povo e a opinião pública representam a ausência de ponderação e sensatez, instância maior da proliferação dos vícios que arruinam qualquer tentativa de se fazer verdadeira justiça. O clamor popular por justiça, no caso do mensalão, é uma manifestação da vontade equivocada do povo, que confunde justiça com vingança. Justiça se faz pela razão, e, no raciocínio jurídico dominante, pelo direito, portanto. O resultado é um “direito-torre de marfim”, em desentendimento com o clamor social. Aliás, o direito, como *locus* da razão, ‘naturalmente’, acaba por se tornar a instância que sabe o que é melhor para sociedade. Sua relação com a sociedade é de condução, portanto. O afastamento do direito em relação ao social é visto como uma necessidade para que uma justiça pautada pela razão seja, de fato, exercitada.

Correlata dessa antinomia entre a razão e a emoção, o direito e a sociedade, está a relação entre a política e o direito. A política ocupa o mesmo lado que a sociedade, quando se opõe ao direito, ao passo que

simultaneamente, ocupa uma posição antagônica à sociedade quando se relaciona com esta. Assim, o que sobra à política é uma espécie de não-lugar. Do ponto de vista da sociedade, tomando como exemplo o processo do mensalão, a política é aquilo que se quer combater, tendo em vista nossa famigerada história, singularizada pelos excessos da corrupção, do patrimonialismo e das afrontas à democracia e à República. A esperança repousa no direito, esse novo direito do STF e dos Joaquins Barbosas (das instituições e dos atores). Do lado do direito, contudo, a sociedade, a mesma que nele tanta fé (renovada, e ainda em vias de confirmação, pois não completamente descolada da desconfiança idiossincrática) deposita, é vista como o lugar da não-razão, que deve ser, necessariamente, rechaçado, caso, efetivamente, se queira uma reta justiça. Ao lado dessa sociedade, vista com os olhos do direito, está a política, um também lugar da ausência de razão (e justiça), entregue às emoções (tratadas, nesse registro, sempre de forma negativa), dos palanques e dos engodos do pernicioso jogo de poder. Esvaziadas as virtudes de sociedade e política, resta ao direito, mais uma vez, registre-se, “naturalmente”, o papel de condutor de um mundo onde apenas ele possui as virtudes necessárias. O processo do mensalão, e toda sua repercussão midiática e social, escancaram essas antinomias, e nos permitem ainda questionar o não-lugar da política, visto que, para o direito, pelo menos, há um espaço para ela no banco dos réus.

De acordo com José Murilo de Carvalho, a ficção do direito, estruturada na tríade razão-neutralidade-imparcialidade, impõe ao juiz, “pairando olímpicamente sobre a sociedade”, um papel que ele não pode (por não conseguir) desempenhar. Em suas palavras, “a ficção tem sua razão de ser e sua utilidade, mas não pode ser levada muito longe”. Uma parte do problema de sustentabilidade dessa ficção se encontra no próprio direito, uma questão hermenêutica. As leis são textos, e, como tais, são polissêmicas, admitindo interpretações diversas, díspares, e, até mesmo, contrárias (e, ainda assim, legais e racionais). Tudo isso dentro do próprio ordenamento, ou sistema, jurídico. Diante disso, o direito passa a não ser a única fonte do direito, recorrendo a recursos metajurídicos:

Nessas circunstâncias, a opção por uma interpretação, sobretudo em casos polêmicos como o do mensalão, será sempre metajurídica, dependerá de interesses, convicções, emoções, lealdades. Quanto mais técnica se pretende, maior a probabilidade de não o ser.

A análise de Carvalho é precisa, mas não prescinde de contraposições. De fato, é o que temos defendido, o direito precisa recorrer a elementos externos para poder manter possível sua (necessária) decidibilidade. Assim, quando Carvalho se refere a opções metajurídicas, por parte do direito, seguimos a mesma trilha. No entanto, em seguida, José Murilo elenca o que, em sua opinião, são os elementos metajurídicos dos quais o direito lança mão: interesses, convicções, emoções, lealdades. Todos esses elementos incidem em uma decisão jurídica (afinal, ela é tomada por atores), porém, o entendimento que Carvalho parece ter em relação a eles é negativo, no sentido de se apresentarem como aspectos que não deveriam fazer parte de uma decisão. Os interesses são os políticos (e não no sentido virtuoso da palavra), assim como as lealdades, que, de acordo com todo argumento do artigo até então, parecem se referir a conluíus políticos para o benefício de poderosos. As convicções e emoções ainda abrem uma dúvida quanto ao caráter que José Murilo quer lhes atribuir, mas, do ponto de vista do direito, elas são ameaças à ficção do direito imparcial da reta razão. Convicções e emoções, porém, são elementos fundamentais para o estabelecimento de uma decisão jurídica e, sem dúvida, integraram o julgamento do mensalão (e não somente ele). Nem sempre, esses aspectos devem ser tratados de forma pejorativa, visto que, em muitos casos, serão eles que farão com que uma decisão se torne possível. A despeito disso, os argumentos não aparecem, no raciocínio de Carvalho, como elementos metajurídicos integrantes da decisão, a não ser que se pense em interesses, convicções, emoções e lealdades na forma de argumentos.

O entendimento de Carvalho constrói uma argumentação que, até esse ponto, coadunava-se com a proposta de análise das relações entre o direito e a política que arquitetamos nesta tese. No entanto, mais uma vez, o tema não é abordado através da retórica (sempre olvidada), e as interferências externas ao direito são vistas apenas através de um viés negativo e pernicioso, como

afronta a uma ideia real de justiça. Os argumentos que, externos ao direito, foram capazes de dar suporte a uma decisão judicial justificada, tendo em vista sua busca pela persuasão, não são sequer abordados.

Assim, o direito parece mesmo se opor à política e à sociedade, principalmente quando essas duas instâncias se encontram na opinião pública. José Murilo ressalta essa oposição, ao afirmar que, no caso do mensalão, o desempate da votação, no que dizia respeito aos embargos impetrados pela defesa, ocorreu em função de um ministro que votou “contra sua convicção só para não parecer que concordava com um jornal que antecipara seu voto”. A convicção do ministro, então, é reconhecida como elemento fundamental para a decisão ocorrer. Na opinião de Carvalho, seguir a convicção, nesse caso, seria melhor do que votar somente para contrariar um jornal.

A peculiaridade do Brasil é reconhecida de forma negativa, principalmente quando se compara casos de combate à corrupção em outros países, onde os políticos corruptos são, de fato, condenados, não importando o escalão ou calibre. É o que ocorreu nos Estados Unidos e na Itália. No contexto brasileiro, ao contrário, opera a máxima de que a lei é dura, mas ‘espicha’, ou seja, o direito é alvo de flexibilidades e rupturas, cujos efeitos são experimentados por uns, mas não por todos. Fazendo jus a outra máxima, a de que o máximo de direito é o máximo de injustiça, o Brasil vê o direito ser instrumento de negocatas a favor dos poderosos. É o próprio direito que fornece as ferramentas para que o direito (no sentido de justiça) não seja cumprido.

Em contraste, graúdos entre nós raramente pisam na cadeia e quando o fazem é em cela especial e não esquentam o lugar. Uma liminar, um habeas corpus logo os libertam e uma infinidade de recursos adicionais adiam, reformam, anulam as sentenças condenatórias.

Nossa história de combate à impunidade e à corrupção política esbarra em um direito que encontra em si mesmo os mecanismos para proteger os corruptos do próprio direito. O mensalão, segundo Carvalho, poderia ter representado um ponto fora da curva que nos caracteriza. No entanto, esbarrou

na arquitetura do direito, construído sobre uma miríade de recursos e possibilidades, que adiam, inevitavelmente, que políticos poderosos possam, efetivamente, ser condenados e cumprir as penas. A esperança de alteração desse quadro, no argumento de Carvalho, recai sobre atores sociais que sejam capazes de inovar, alterando o engessamento propiciado pela história do nosso direito e de nossa política.

José Murilo cita exemplos de juízes da Suprema Corte norte-americana que entraram para a história. Eles foram os que inovaram, alterando a jurisprudência (que, no contexto norte-americano, possui uma função preponderante para o ordenamento jurídico). De acordo com Carvalho, “a lei para eles não era fetiche, era produto histórico que precisava ser constantemente adequado às contínuas mudanças por que passava a sociedade”. Tomando a Constituição como um documento vivo, esses juízes estavam de “olho na sociedade, sem medo da opinião pública, sempre fora da curva, em busca de novas curvas”.

A antinomia direito-sociedade, conforme assinalada por José Murilo de Carvalho, é um tipo ideal, no sentido weberiano, de organização do direito. Se, na prática, a relação não é assim preto-branco, dependendo do contexto, ela tende a se aproximar da descrição que Carvalho realiza. É o que o historiador pensa em relação ao processo do mensalão, que deixa claro como as esperanças de uma mudança social esbarram em um direito que é incapaz de fazer o próprio direito acontecer. Nesse ponto, é preciso estabelecer uma diferenciação explicativa.

Uma separação entre a lei, como efetivação da vontade do povo, é feita em relação à lei como expressão normativa do direito. A lei-espírito do povo é mobilizada sempre como forma positiva do instituto normativo, devendo se fazer cumprir em condições de igualdade e isonomia, atestando vitórias historicamente conquistadas. A lei-espírito do povo é aquela que é perenemente ignorada na história brasileira. A lei-direito, ao contrário, é um conceito utilizado para se referir ao direito enquanto campo/sistema, forma máxima de expressão de um meio hermético, especializado, insulado, pedante, com ojeriza do mesmo povo que dá fundamento à lei-espírito do povo. A lei-direito é demofóbica, ao passo que a lei-espírito é fundada no *demos*.

É preciso ressaltar que o artigo de Carvalho foi escrito e publicado antes da decisão final do processo do mensalão, que levou, depois de julgados os embargos, à condenação da maioria dos réus no processo. De todo modo, sua perspectiva em relação ao processo do mensalão, à atuação do STF e ao papel desempenhado pelos ministros da corte difere, em pontos importantes, do otimismo geral que contaminou a sociedade brasileira, mesmo antes do fim do processo.

José Murilo reconhece a esperança de uma mudança substancial para a sociedade brasileira, tendo em vista o processo do mensalão, mas a mantém como fagulha, tendo em vista que o próprio direito, que autoriza, através da atuação de sua corte suprema e dos juízes que a compõem, essa esperança, dá ensejo à frustração de que alguma alteração real possa de fato acontecer. A denúncia do discurso oficial do direito, que não passa de uma ficção, segue os moldes da vigorosa crítica bourdieusiana, mas o reconhecimento, acertado, de que a lei 'espicha' não é visto como algo proveitoso, e sim como uma representação de nossa endêmica corrupção.

José Murilo dá pistas interessantes para a maneira como a relação entre o direito e a sociedade pode ser estabelecida. A crítica a um direito autista e afastado da sociedade é bem colocada, mas não há apontamento para como a relação entre eles possa ser, efetivamente, levada a cabo. A retórica não é manuseada para o entendimento de que as influências externas ao direito podem ser positivas e necessárias, o que faz com que, mais uma vez, toda intervenção política seja vista como pernicioso. O direito pode espichar para que esse mesmo direito seja capaz de se manter atento ao mundo que o cerca.

## Anexo VI

### A importância da dimensão corporal para a compreensão do conceito de *habitus* em Pierre Bourdieu

*O corpo é o primeiro e mais natural instrumento do homem*<sup>189</sup>.

Em *O camponês e seu corpo*, Bourdieu faz um estudo acerca do celibato na sociedade rural francesa da metade do século XX. A ideia de Bourdieu é, concatenando dados estatísticos, a história do lugar (Bourdieu passou a infância no Béarn, sudoeste da França, como anota o próprio resumo do texto) e a realização de estudos etnográficos, vincular a alta taxa de celibato entre os camponeses do lugar, mais acentuado entre os homens, com a introjeção, por parte dos camponeses, do julgamento, em relação a si próprios, a partir de categorias urbanas, relacionadas à forma de se comportar gestualmente, ao vestuário, às danças e ao comportamento corporal como um todo.

Mas por que lançar mão de um curto texto sobre o celibato na sociedade camponesa na França para analisar o conceito de *habitus* em Bourdieu? Muitos argumentariam que existem textos e passagens onde esse conceito é apresentado de forma mais detida. Na verdade, foi o que fizemos ao longo do capítulo 2 desta tese, cuja abordagem se destinou à interpretação de *A distinção*. Afinal, *O camponês e seu corpo* não tem como objetivo apresentar ou definir o conceito de *habitus*, se concentrando em uma investigação acerca dos motivos do grande número de homens solteiros em uma região rural francesa. Contudo, de acordo com o nosso entendimento, nunca a ideia de *habitus* foi tão bem e claramente exposta por Bourdieu como nesse texto, tomando como referência sua relação com o corpo.

Em linhas gerais, a pesquisa de Bourdieu no Béarn envolvia o diagnóstico de que o número de homens solteiros era muito alto e muito maior do que número de mulheres solteiras, entre os camponeses. Bourdieu parte para uma etnografia local em busca de respostas para essa diferença. Os bailes periódicos realizados em vilarejos próximos às fazendas onde esses

---

<sup>189</sup> Marcel Mauss, *As técnicas do corpo*, in: *Sociologia e Antropologia*, p. 407.



indivíduos viviam, de acordo com Bourdieu, representavam uma oportunidade quase única para que os encontros entre homens e mulheres pudessem acontecer. Por isso, tais bailes se tornavam privilegiados para a compreensão do fenômeno que procurava ser compreendido.

Como os casamentos, em meados do século XX, na França, já não eram mais, em regra, um arranjo familiar, os indivíduos dependiam de um comportamento individual na procura de um cônjuge. Observar o baile, na visão de Bourdieu, forneceria o panorama geral do motivo pelo qual os solteiros são solteiros, ou, nas palavras do próprio autor, “os solteiros são ‘incasáveis’, e sabem que o são” (2006, p. 84). E os solteiros são incasáveis, em grande medida, porque não sabem dançar:

Som de “marcha”, nova dança: uma jovem vai até o canto dos solteiros e tenta carregar um deles para a pista. Ele resiste, constrangido, mas contente. Dança uma música só, exagerando, de propósito, a inabilidade e o peso de seus pés, um pouco à maneira dos idosos quando dançam no festival. Ele fica olhando para trás, rindo para seus companheiros. A dança termina, senta-se e não dançará mais (BOURDIEU, 2006, p. 84).

A dança não atende ao corpo do camponês. Ele não sabe dançar, pois os ritmos são citadinos, envolvem o comportamento dos homens da cidade. Mais do que isso, e esse ponto é muito importante, envolvem o *corpo* dos homens da cidade. O que o baile escancara é um “choque de civilizações”:

Nele (**no baile**) é todo o mundo da cidade, com seus métodos culturais, sua música, suas danças, suas *técnicas corporais*, que irrompe na vida camponesa. Os modelos tradicionais dos comportamentos em festas se perderam ou deram lugar a modelos urbanos (BOURDIEU, 2006, p. 85, acréscimo nosso, em negrito, assim como o destaque em itálico).

Bourdieu usa, aqui, a mesma expressão de Mauss, técnicas corporais. O corpo é fundamental para a compreensão do alcance do *habitus*. Toda a

concepção de Mauss sobre as técnicas do corpo é absorvida por Bourdieu. Em uma passagem do texto, Bourdieu aponta: “a propósito, é preciso admitir que as técnicas corporais constituem verdadeiros sistemas, solidários a todo um contexto cultural”. O corpo é um depositário da cultura, e, sendo tratado apenas do ponto de vista biológico, naturaliza o que, antes de tudo, é cultural. A naturalização das técnicas corporais abre espaço para sua inconsciência.

Colhendo informações em conversas com os moradores locais, em situações como o baile, os próprios entrevistados (Bourdieu se refere a uma etnografia espontânea) reconhecem a dimensão corporal do problema dos camponeses em relação ao casamento. Em uma passagem bastante ilustrativa:

A observação crítica dos moradores da cidade, hábeis para perceber o *habitus* do camponês como uma verdadeira unidade sintética, dá ênfase à lentidão e ao peso do andar; o homem da *brune* (região das montanhas) é, para o ambiente do *bourg*, aquele que sempre caminha em solo irregular, acidentado e lamacento, mesmo quando anda no asfalto da *carrère* (rua principal); é aquele que arrasta galochas enormes ou botas pesadas, mesmo calçando seus sapatos de domingo; é quem sempre avança com passos lentos e largos, como quando anda com uma vara no ombro, virando-se às vezes para chamar o gado que o segue (BOURDIEU, 2006, p. 85).

Cada detalhe, do andar, do se portar, do se vestir, é um sinal, um rótulo, um aviso, silencioso, mas imediato, de pertencimento e de não pertencimento, de que se trata de um camponês, não de um homem da cidade. O corpo não é capaz de mentir, de enganar, por mais que se tente. O *habitus* define, limita, determina, decide. Bourdieu o define como uma unidade sintética, impossível (quase) de ser contornada (é o que faz com que ele seja percebido como um autor mais tendente ao objetivismo). Mesmo quando usa outras roupas, o camponês é denunciado pelo corpo, não podendo enganar o próprio corpo e o próprio *habitus*. Em seguida, Bourdieu continua:

Sem dúvida, não se trata de uma descrição verdadeiramente antropológica (PELOSSE, 1956); mas, por um lado, essa etnografia espontânea dos moradores da cidade apreende as técnicas corporais como elemento de um sistema e postula implicitamente a existência de uma correlação, no nível do sentido, entre o peso do andar, o mau corte da roupa e a falta de jeito na expressão (...) (BOURDIEU, 2006, p. 85).

O *habitus* é uma unidade sintética porque permite que todo um sistema de signos e sinais do corpo e do comportamento seja reunido em uma localização social de pertencimento de cada indivíduo e de cada grupo. O *habitus*, encarnado, permite relacionar toda uma *hexis* corporal a um signo social (BOURDIEU, 2006). Se cada ato corporal do indivíduo é uma informação clara acerca de sua posição social, a dança é uma atividade cheia de significado.

Conforme relatado por Bourdieu, as danças, nos bailes na França, frequentados por rapazes da cidade e por camponeses, colocam frente a frente duas civilizações, dois estilos de vida, duas formas de comportamento, dois corpos: o do cidadão e o do camponês. As jovens mulheres, todas elas, mesmo no ambiente rural, criadas para se adequar aos padrões da vida urbana, rechaçam os camponeses, que, além de tudo, são incapazes de dançar. A falta de habilidade na dança é apenas uma denúncia do mundo ao qual, de fato, eles pertencem, mas que elas desejam, com exasperação, abandonar.

Aprender a dançar passa a ser não uma questão de escolha, mas de possibilidade. Com um *habitus* que faz de seu corpo impróprio para as danças da cidade, o camponês é preterido pelas mulheres, que dançam com os cidadãos. A alteração do *habitus*, a partir da perspectiva que Bourdieu constrói nesse texto, parece uma tarefa impossível, como se os indivíduos tivessem que mudar a própria natureza:

(...) elas (**as danças da cidade**) exigem a adoção de novas atitudes corporais, demandam uma verdadeira mudança de “natureza”, dado que o *habitus* corporal consiste naquilo que se vive como mais natural, aquilo sobre o que a ação consciente

não tem controle (BOURDIEU, 2006, p. 86, acréscimo nosso, em negrito).

O papel que o *habitus* joga no contexto social é enorme, de acordo com a perspectiva bourdiesiana, colocando os indivíduos, quase sem exceção, em uma posição de reféns de seus próprios *habitus*. Uma vez internalizado e vivido como algo natural, o *habitus* se torna uma espécie de segunda natureza do indivíduo, sem que o mesmo tome consciência de todos os seus atos, ou da forma como age. Nesse sentido, dirão os críticos, Bourdieu enrijece sua análise em direção a uma concepção mais objetivista, justamente através do conceito, o de *habitus*, que permitiria uma ponte com o subjetivismo. Os atores são “agidos” pelo *habitus*, com pouco espaço para modificação. Afinal, alterar a “natureza” torna-se uma tarefa hercúlea.

A noção de *habitus*, portanto, da forma como Bourdieu a apresenta em *O camponês e seu corpo*, parece mostrar a rigidez com que o autor imagina que o conceito opere na prática. A ideia que se tem é que os homens são marionetes na mão dos *habitus* que internalizaram. A figura da marionete é utilizada pelo próprio Bourdieu. Ao defender, nesse mesmo texto, a sociologia como algo além de uma mera descrição das relações que descortina, imputando-lhe a tarefa de chamar à consciência aqueles que fazem parte dessas relações, Bourdieu assevera:

A sociologia talvez não merecesse uma hora de esforço se tivesse por finalidade apenas descobrir os cordões que movem os indivíduos que ela observa, se esquecesse que se liga com os homens, mesmo quando estes, à maneira das marionetes, jogam um jogo cujas regras ignoram, sem suma, se ela se desse à tarefa de restituir a esses homens o sentido de suas ações (BOURDIEU, 2006, p. 85).

Os cordões, dos quais fala Bourdieu, são o *habitus*, corporalmente internalizado, arraigado, despercebido, inconsciente, naturalizado, mas atuante, em cada detalhe. Nós seríamos marionetes, visto que, ao lidar com o que temos de mais natural, o corpo, não percebemos sua atuação silenciosa,

conduzindo nossas ações como uma segunda natureza. Caberia aos sociólogos denunciar aos homens a existência dos cordões.

A força da explicação de Bourdieu quanto ao *habitus*, nesse texto, reside justamente na explicitação de seu amálgama com a dimensão corporal. O *habitus* atua em cada detalhe, em cada minúcia, inclusive naquilo que é pensado como natural, o próprio corpo. Apesar das críticas ao enrijecimento da abordagem de Bourdieu, vale notar que, mesmo em *O camponês e seu corpo*, a ação individual não é desprezada como fator explicativo do mundo social. Ela continua sendo tratada como um elemento importante para a sociologia, que, nas palavras do próprio Bourdieu, deve resgatar a consciência dos indivíduos em relação aos cordões que coordenam suas ações.

## ANEXO VII

### **A busca histórica do direito pela autonomia científica: pontos de aproximação e distanciamento em relação à abordagem sistêmica**

Este anexo se dedica a estabelecer diferenças e aproximações entre a ideia de autonomia científica do direito e de autonomia proposta pela Teoria dos Sistemas, com o conseqüente isolamento que pode fazer prosperar. A busca pela autonomia científica é uma característica da história do direito, e, embora seja, em parte, bem sucedida, ainda apresenta problemas a serem enfrentados. Tal concepção de autonomia apresentou, ao longo da história, algumas afinidades com a proposta de autonomia da Teoria dos Sistemas, e, como no caso dessa última, também pode ser vista como propensa a gerar um isolacionismo não desejado para o direito. Embora seja importante pensar em um campo como dotado de autonomia científica, os limites dessa autonomia nunca parecem claros, e o perigo do insulamento emerge. Esses problemas são os mesmos que podem ser apontados para a proposta sistêmica de interpretação do direito. Ao rechaçar, *a priori*, a influência de elementos externos, o direito finda por não definir com clareza qual a importância e a necessidade de lidar com tais elementos. Em defesa de sua autonomia, se encarada de forma radical, o direito termina por não conseguir estabelecer, de forma clara, relações, com outros sistemas, que reforçariam essa autonomia.

Nossa análise, aqui, recai sobre as críticas que Michel Miaille dirige à forma como o direito conduziu seu processo de busca pela autonomia científica. Miaille apresenta os obstáculos que, historicamente, dificultaram a busca por uma definição do direito enquanto ciência autônoma, além de costurar críticas à forma como o direito lida com outros campos do saber científico. Tomando sua abordagem como exemplar da história do direito, embora, nem de longe, seja a única, estabelecemos pontos de aproximação entre a busca pela autonomia científica e as características apontadas pela Teoria dos Sistemas como necessárias para um sistema autopoietico. Como abordamos o tema da autonomia do direito ao longo de toda tese, é importante mostrar como a autonomia científica e a autonomia operacional se aproximam,

embora não se confundam, e como podem ser alvo de uma série de críticas quanto a seus limites, apesar de poderem, ao mesmo tempo e em alguma medida, serem defendidas.

O direito teve que lutar, em sua história de consolidação, para se tornar uma ciência, sistema ou campo próprio. Para tanto, teve que enfrentar alguns obstáculos epistemológicos, conforme expressão de Bachelard, utilizada por Michel Miaille (1994). Tais obstáculos se apresentam como um conjunto de elementos que impedem a “produção de conhecimentos científicos” (MIAILLE, 1994, p. 37). Ao contrário do que o termo pode fazer sugerir, os obstáculos não devem ser entendidos como possuindo uma existência física, material, ao passo que também não são de natureza exclusivamente psicológica. Tais empecilhos à constituição de uma ciência jurídica são pensados por Miaille de forma objetiva, ou seja, como obstáculos reais, “ligados às condições históricas nas quais a investigação científica se efectua” (idem, p. 37).

Segundo Miaille, para o direito, esses obstáculos epistemológicos podem ser reunidos em três grandes grupos: a falsa transparência do direito (ligada à influência do espírito positivista), o profundo idealismo das explicações jurídicas, e as consequências de uma especialização social que culminou em uma forma compartimentada do saber científico.

De acordo com a concepção de Miaille, as obras que abordam o estudo introdutório do direito tendem a defini-lo de forma superficial e rasteira, oferecendo conceituações do direito que não diferem em essência da percepção que as pessoas, em geral, têm do direito. Como vimos ao longo da tese, em especial nos capítulos 4 e 5, Luhmann também criticará essa abordagem em relação ao direito. Com isso, o direito é definido a partir de um enfoque restritivo, com concentração apenas nas instituições jurídicas de determinado contextual social. A forma para a compreensão do fenômeno jurídico também não é menos superficial, visto que há uma crença generalizada de que basta um simples olhar (observação) cotidiano para as referidas instituições para que o direito seja compreendido amplamente.

Definindo o direito com base em um conjunto de regras necessárias para o convívio social humano, já expondo, desta forma, o conceito com base em sua função, essas definições do direito, manuseadas pelos estudiosos (ou seja, pelo próprio campo) e compartilhadas pela sociedade em geral, se baseiam,

em grande parte, no pensamento positivista, que, no direito, se relaciona com o entendimento de que o conhecimento é “extraído da experiência que dele podemos ter na nossa sociedade” (MIAILLE, 1994, p. 39). O positivismo científico no direito, ao qual Miaille se refere, é a valorização da experiência.

Mais uma vez, essa perspectiva compartilha alguns aspectos com a de Luhmann. Para este, como vimos, a observação é o fundamento primordial da produção do conhecimento, ressaltando que o observador é parte da observação, e os sistemas são mesmo pensados a partir de sua descrição. No entanto, o conceito de Luhmann para a positividade do direito, e a forma como ele encara essa característica do direito, diferem de outras abordagens, como a de Miaille, no tocante a esse ponto especificamente.

Historicamente, o direito é caracterizado pela busca de sua autonomia enquanto ciência. Essa concepção também possui linhas de aproximação com a proposta da Teoria dos Sistemas, a busca pela autonomia, no caso de Luhmann, sistêmica, na abordagem histórica que Miaille descreve, científica. Esses diferentes tipos de autonomia podem caminhar juntos, mas não se referem, em essência, às mesmas coisas. A falta de autonomia científica do direito e a busca por essa autonomia podem ser entendidas como elementos importantes para a explicação sistêmica que Luhmann procura dar do direito (e a outros sistemas sociais), mas não se restringe a ela. Luhmann se refere a uma autonomia operacional, que, por mais que possa exigir a autonomia científica, é diferente dela. Mais do que se constituir como um sistema científico dotado de características próprias, Luhmann pensa no direito, e nos outros subsistemas, como autônomos em termos de suas operações de reprodução. Apesar disso, aproximações podem ser percebidas. Embora o enfoque luhmanniano seja funcionalista, já que a divisão sistêmica tem como fulcro a criação de formas de lidar com a complexidade do mundo, historicamente, a busca pela autonomia do direito enquanto ciência está relacionada com a autonomia do direito em relação a outras ciências sociais na produção de seu sentido e na definição de seu objeto de estudo. A definição do sentido e do objeto sobre o qual se debruça são aspectos importantes a serem considerados na definição do direito enquanto sistema social, na perspectiva da Teoria dos Sistemas. Miaille, no entanto, se concentra na dimensão histórico-científica da autonomia. Essa dimensão, como veremos, envolverá



também a dificuldade em lidar com os elementos externos que podem influenciar o direito.

Inicialmente, e até o período do Renascimento, a busca pela autonomia jurídica passou pela ruptura da definição do direito com base na teologia. As regras do direito (objeto do estudo de então) eram pensadas como extensões da vontade divina, assim como o direito estatal dos príncipes para governar. A primeira problemática do direito foi, portanto, uma problemática teológica, com as regras sendo referenciadas a Deus e não à sociedade.

Com a Renascença, há um processo de laicização do direito, com a referência divina sendo substituída, progressivamente, pela fundamentação do direito com base na natureza (nas diferentes formas de abordagem que o termo poderia sugerir) e na razão. As mudanças ocorreram, com a teologia perdendo espaço na explicação do direito, mas, para Mialle, efetivamente, o pano de fundo permaneceu o mesmo, com a mudança apenas da referência do direito (de Deus para a metafísica) e a manutenção da explicação do direito em fatores (conceitos) externos à ciência jurídica (não havia, ainda, uma abordagem de campo jurídico ou de sistema jurídico, esse último a partir da Teoria dos Sistemas):

Da mesma maneira, as instituições jurídicas serão analisadas a partir de um certo número de noções, tanto a da natureza das coisas como a de vontade ou de equilíbrio. Por conseguinte, a ciência jurídica é governada por 'conceitos' e modos de raciocínio que lhe vêm de outro lado, de um sítio que é suposto ser o centro de todo o pensamento: a abstração metafísica. (MIALLE, 1994, p. 40).

Esse registro de Mialle, sobre a autonomização do direito em relação à teologia, aponta que a busca pela autonomia não ocorreu de forma absoluta. O que houve foi uma espécie de substituição da referência do direito, da teologia para a metafísica, mas tal referência continuou externa. Essa fundamentação a partir de fora da ciência jurídica foi um dos principais obstáculos epistemológicos, no entendimento de Mialle, para a própria construção dessa ciência. Esse problema histórico é análogo às preocupações que guiaram

Luhmann na elaboração de uma teoria do sistema jurídico. De acordo com a abordagem da Teoria dos Sistemas, o direito deve buscar uma autonomia referencial (suas referências devem ser produzidas dentro do próprio sistema) e uma capacidade de autorreprodução, que o caracterizam como um sistema autônomo, com funções próprias no sistema social, diferenciando-se dos demais subsistemas.

De acordo com Miaille, foi preciso um longo período de tempo até que o direito conseguisse, paulatinamente, sua autonomia em relação à referência à metafísica, embora vestígios dessa dependência ainda possam ser encontrados na ciência do direito atual. Com isso, a abordagem do empirismo ganhou terreno na ciência jurídica em construção. Baseado na premissa de que todo o conhecimento pode ser extraído a partir da experiência, o empirismo no direito levou a uma percepção de que os objetos de estudo do direito, como os contratos e a constituição jurídica do Estado, por exemplo, deveriam ser entendidos como objetos reais, de constatação material, e não como simples ideias. Esse entendimento, por sua vez, estabeleceu a observação como a metodologia, por excelência, para o estudo e compreensão do direito. No exemplo de Miaille, a pergunta “como se conhecer o Estado?” seria respondida não com base em uma teoria do Estado, mas sim na observação do Estado, de acordo com seu funcionamento (MIAILLE, 1994, p. 40).

Miaille critica duramente essa posição empirista na descoberta do direito, apontando que nenhum conhecimento pode ser fundado, exclusivamente, na experiência, que, segundo ele, reproduz uma forma vulgar, e não verdadeiramente científica, de conhecimento. Com base em Durkheim, Miaille afirma que a experiência deve ser, necessariamente, pautada por uma reflexão anterior, não se configurando nunca como o ponto de partida. A teoria, assim, é o intermediário entre o observador e o objeto (dois conceitos que Luhmann procura alterar).

O empirismo, fundado nas observações (mas não da forma como Luhmann propõe na Teoria dos Sistemas), fez com que o estudo do direito assumisse um caráter positivista. Por positivismo, Miaille entende uma doutrina, “uma atitude epistemológica geral” (1994, p. 42). Segundo o positivismo, o estudo do direito é o estudo do direito “experimentalmente

constatável” (idem, p. 43), ou seja, o direito positivo, enquanto regras criadas e mantidas pelos homens. O positivismo pode ser considerado uma reação ao jusnaturalismo, reinante até o século XX, defensor da concepção de que as origens e os fins últimos do direito podem ser encontrados na natureza. O chamado direito natural se refere à existência de regras que não foram construídas pelos homens, sendo, em regra, não escritas, mas que determinam o direito positivo. O direito à vida, por exemplo, foi considerado (e ainda o é, em muitos casos) como um direito natural. Assim, o direito natural se compromete com valores cuja fundamentação é superior e anterior aos homens e à sociedade.

O positivismo jurídico reagirá contra a ingerência dos valores no âmbito do direito: “tem-se bem noção de como o positivismo se mantém no limiar da apologia do sistema jurídico-político vigente, uma vez que ele se proíbe por definição qualquer ingerência no domínio dos valores” (MIAILLE, 1994, p. 44). Por isso, sua crítica se debruça sobre o jusnaturalismo, percebido como o abandono do terreno da ciência e a entrada no terreno da moral e da política. A ciência positiva, assevera Miaille, parte da defesa da neutralidade política e moral do direito, posição seguida por Marcelo Neves, como vimos, e autorizada pela própria proposta de Luhmann em relação aos sistemas. Bem se vê, nessa atitude, a luta histórica do direito para desenvolver o que chama de autonomia com base em uma separação nítida entre o próprio direito e áreas ligadas, como a política e a moral, mas às quais deve ser reservado seu espaço próprio. Miaille, como crítica ao positivismo, questiona essa pretensa realidade do direito em relação às searas da política e da moral. Além disso, afirma ser o positivismo fundado em uma concepção vulgar em relação ao direito, visto que toma como ciência a observação das coisas como elas são.

Para Miaille, o grande problema do positivismo é, pois, epistemológico. Ele cria um obstáculo para uma verdadeira ciência do direito, que, iniciando com o empirismo, termina por desaguar em um positivismo que não vê “as coisas tais quais elas são”, mas sim como elas nos são oferecidas pelo sistema social (a expressão não se refere ao mesmo fenômeno que Luhmann pretende descrever). Para uma ciência do direito, é preciso ver além do direito positivo, o que justifica a especialização do direito enquanto ciência, a fim de não reproduzir, para o direito, a forma como o senso comum o encara. Neste ponto,

a crítica de Mialle ao estudo do direito da forma como é empreendido recai sobre a observação. Assim, é preciso se desfazer da ideia de transparência do objeto de estudo do direito, “aceitar que as coisas são mais complexas do que aquilo que a observação deixa ‘ver’” (MIAILLE, 1994, p. 46), deixando de ler o complexo social pelas aparências.

Outro obstáculo epistemológico à construção de uma ciência jurídica é o idealismo, que fundamentará sua doutrina em oposição aos pressupostos do positivismo. Em regra, segundo Mialle, as explicações iniciais sobre o direito tendem a realizar uma divisão entre os idealistas (que ele chama de espiritualistas), fundando o direito com base em ideias, em especial na noção de justiça, e os materialistas, que, a exemplo do positivismo, tratam o direito a partir dos fatos materiais. O idealismo, enquanto corrente filosófica oposta ao materialismo, fundará, na lição de Hegel, a explicação do mundo nas ideias, em oposição à matéria. No direito, o idealismo se desenvolverá à sombra da complexidade do idealismo hegeliano, alvo da crítica de Marx em momento posterior, se apresentando de maneira menos profunda filosoficamente, mas com consequências perniciosas para a ciência jurídica, conforme defende Mialle.

Um dos grandes problemas do idealismo, para o direito, na visão de Mialle, é o descolamento, no que tange à explicação das noções do direito, em relação ao contexto histórico e cultural da produção e desenvolvimento desse mesmo direito. As estruturas sociais são subordinadas, pelo jurista, ao seu sistema de pensamento, fazendo com que as ideias sempre se tornem o fundamento da realidade.

Para Mialle, é preciso entender a diferença entre dois tipos de abstrações, para que não se caia, ao mesmo tempo, ou nas armadilhas do positivismo, ou nas do idealismo. Não se trata de negar a importância das ideias, algo que o próprio Mialle já ressaltara. No entanto, é importante que se reconheça a diferença existente entre as abstrações ideológicas e as abstrações explicativas. As primeiras dão suporte à ideologia, ao passo que as últimas fundam a ciência.

Reconhecendo que nem sempre as ideias fazem jus à realidade, seguindo a esteira do marxismo, Mialle entenderá a ideologia como uma falsa representação do mundo, que, em alguns contextos, não tem grandes

consequências, podendo até mesmo ser útil, como no caso das ideias que mobilizamos para dar sentido à nossa vida cotidiana. Porém, é preciso reconhecer que a ideologia não constrói nenhum tipo de explicação, se encontrando, portanto, fora do terreno da ciência.

A ciência seria baseada em outro tipo de abstração, ou seja, em outra espécie de ideia, que geraria uma explicação, não se apresentando como uma mera representação das coisas, como ocorre com a ideologia (MIAILLE, 1994, p. 47 – 49). E, para Miaille, a ciência jurídica é formada por uma concepção ideológica do mundo social e do próprio direito, oriunda de uma representação que a sociedade faz em relação a si mesma (“a ciência jurídica vai tomar como certa a imagem que lhe transmite a sociedade e tomá-la como realidade”, 1994, p. 51). Ao fazer isso, a ciência do direito perde o caráter de ciência, pois não fornece explicação alguma, somente uma frágil representação da vida social.

Esse acatamento ideológico no âmbito do direito faz com que as respostas dos juristas sobre os fenômenos do direito sejam sempre idealistas. O jurista, desta forma, nunca fica desprevenido diante de qualquer questionamento, pois toda ideia pode ser devidamente substituída por outra, para fins de ‘explicação’. Sempre há uma ideia que pode ser melhor trabalhada para o caso que se apresenta. E, de acordo com Miaille, esse idealismo é “profundo e inconsciente” na ciência jurídica (1994, p. 53).

Esse ponto se aproxima de uma crítica que pode ser direcionada à Teoria dos Sistemas. Assim como no idealismo jurídico criticado por Michel Miaille, a Teoria dos Sistemas nunca é surpreendida por nenhum questionamento, pois suas explicações se apresentam, muitas vezes, como tautologias. Se o sistema reagiu de uma maneira A, é porque a maneira A estava prevista pelo sistema. Se reagiu de maneira B, é porque o sistema também já a havia previsto. A justificativa não vem na forma de uma explicação concatenada, construída antes da reação acontecer. Depois que o evento ocorre, a explicação simplesmente limita-se a descrevê-lo, sendo impossível, aparentemente, questionar as ‘explicações’ da teoria sistêmica.

As principais consequências do idealismo para a ciência jurídica são o universalismo a-histórico e o pluralismo de explicações. Segundo Miaille, tal forma de universalismo pode ser entendida como:

(...) efeito pelo qual, tornando-se as ideias a explicação de tudo, elas se destacam pouco a pouco do contexto geográfico e histórico no qual foram efetivamente produzidas e constituem um conjunto de noções universalmente válidas (universalismo), sem intervenção de uma história verdadeira (não história). (MIAILLE, 1994, p. 53).

A partir de uma abstração, terminológica, principalmente, o direito é tratado como um fenômeno universal, vendo as diferenças entre os diversos contextos sendo secundarizadas, em benefício do reconhecimento de um pano de fundo que coloca todos no mesmo registro. Conforme o registro de Mialle, embora as regras não tenham “nem o mesmo conteúdo nem a mesma forma – são reconduzidas, pela magia da palavra, a uma só denominação: o direito” (idem, p. 53). O que há de comum entre as diferentes sociedades é ressaltado e haveria direito em qualquer parte, não importando as diferenças.

Assim sendo, tudo pode ser comparado, pois tudo se refere ao mesmo fenômeno. E aqui entra em cena uma concepção etnocêntrica de homem, baseada em um humanismo universalista que capta a essência do ser humano. Esse humanismo é eurocêntrico, atribuindo ao Homem Universal as características do europeu ocidental, e é o ponto de partida para que instituições passem a ser comparadas tendo em vista o mesmo critério, inclusive as jurídicas. Julga-se o direito, em qualquer lugar, a partir das características das instituições jurídicas europeias. O mesmo pode ser percebido em relação à sociedade como um todo.

Esse é mais um ponto que pode ser utilizado para ajudar a construir uma crítica em relação à concepção sistêmica de direito. A Teoria dos Sistemas se baseia na observação dos sistemas, de acordo com seu funcionamento social. No entanto, como vimos, tal funcionamento pressupõe uma engrenagem onde cada elemento se articula de forma perfeita. Se algo sai diferente, há algum erro na engrenagem. O caráter, portanto, não é meramente descritivo, mas também normativo, baseado em um devir. A análise de Marcelo Neves, em relação aos sistemas do direito, da política e da economia, na sociedade brasileira, tendo como base o paradigma luhmanniano, vai atribuir à nossa

sociedade uma ausência de fechamento operacional dos sistemas, tendo em vista a forma como eles funcionam no contexto europeu. Assim, nossos sistemas são julgados com base em como os sistemas europeus desempenham suas funções em um contexto onde as coisas funcionam como deveriam funcionar. O funcionamento dos sistemas europeus, e a própria ideia de sistema, tal qual estabelece Luhmann, são aplicados no contexto brasileiro como universais, trazendo consigo um julgamento. A ideia de sistema, ao ser tomada como aplicável em qualquer contexto, estabelece o modelo dos países centrais (expressão utilizada por Marcelo Neves) como o modelo correto de sistema. Aos sistemas, assim como ao direito na crítica que Mialle faz ao idealismo jurídico, é atribuída uma essência universal. Contudo, aceitando a existência de sistemas, nesses termos, eles se desenvolvem e se constroem da mesma maneira em diferentes contextos sociais e político?

Além do essencialismo universalizante, outra concepção que o universalismo a-histórico traz consigo é o evolucionismo. No caso jurídico, o idealismo atribui ao direito uma essência que permanece ao longo da história, ao mesmo tempo em que experimenta aspectos diferenciados. Tais aspectos são percebidos como desenvolvimentos e transformações, mas sempre podem ser traduzidos de acordo com a essência que os unifica. Assim, instituições muito afastadas no tempo podem ser manuseadas para comparações com modelos contemporâneos, inclusive com o intuito de “invocar o testemunho de uma evolução para explicar a situação atual” (MIALLE, 1994, p. 54). A história aparece, assim, como uma “metamorfose progressiva” (idem, p. 55), quando, de fato, os juristas tendem a desconhecer os contextos históricos de produção das instituições que tratam sob o selo do universal.

Ao universalismo a-histórico soma-se o pluralismo de explicações, que, de acordo com Mialle, pode ser caracterizado pela sempre presente possibilidade de se mudar o ponto de vista, apresentando explicações, mesmo que contrárias, como equivalentes. Como todas as situações são reduzidas a ideias, basta mudar o ponto de vista para que uma nova explicação seja produzida, sem que se possa apontá-la como mais científica do que outra. Essa equivalência de explicações leva, na verdade, a uma unidade, algo que Mialle pretende criticar.

O terceiro obstáculo epistemológico para a construção de um conhecimento do direito é a independência da ciência jurídica, tal como Miaille a entende com base na divisão do conhecimento expresso na repartição dos saberes necessários para a formação do jurista. De acordo com o Miaille, tomando o sistema universitário francês como exemplo, as cadeiras de ensino, na formação do jurista são divididas, formalmente, da mesma forma, com a mesma carga horária, mas, definitivamente, não têm a mesma importância. Disciplinas como história, sociologia e economia possuem um caráter de cultura geral, e, partindo do princípio de que o bom jurista é aquele que passou por um processo de especialização do conhecimento em sua área, esses saberes são relegados a estabelecer uma relação de subalternidade com o saber propriamente jurídico.

Calcada na legitimidade pela independência, a ciência jurídica acaba por não conceder a um conhecimento mais denso das ciências sociais a importância que tal saber desempenha na formação de indivíduos capazes de compreender o direito em sua profundidade e amplitude. Esse ponto se relaciona, como vimos, à própria história de formação da ciência do direito, pensada como “a progressiva separação de outras ordens de pensamento” (REALE, 1994, p. 58). Segundo Miaille, essa história em busca da autonomia foi importante para que o direito, efetivamente, criasse um objeto de estudo próprio independente da teologia e da filosofia. Contudo, a autonomia pretendida historicamente não construiu uma ciência jurídica a contento, na visão de Miaille. O direito passou a se definir mais por aquilo que ele não era (definição negativa) do que por aquilo que ele poderia ser. Esse ponto está diretamente ligado aos motivos expostos na Introdução desta tese acerca da escolha do tema de estudo que aqui levamos a cabo.

Isso não impediu, porém, que um objeto de estudo fosse definido para o direito. O estudo das regras jurídicas foi pensado como o domínio do direito, conteúdo isolável de todos os outros fenômenos sociais. Trilhando um caminho pautado pela valorização do tecnicismo do profissional, a ciência jurídica tornou secundários os conhecimentos do contexto cultural, social e político em que o direito é produzido e exercido. Assim, mesmo com o surgimento de diversas cadeiras universitárias nos cursos de direito, esses conhecimentos não são verdadeiramente desenvolvidos a partir de uma consideração sobre sua



importância, mas, antes, como cultura geral. O resultado desse processo, na visão de Mialle, é o isolamento do direito, característica marcante da ciência jurídica. Contudo, isolamento e autonomia, definitivamente, não são a mesma coisa.

A perspectiva de condução da produção do conhecimento na ciência do direito se torna, então, centralizadora e utilitária, colocando o conhecimento sobre o direito em si no centro da produção da ciência jurídica, direcionando os demais conhecimentos para uma posição periférica. Para Mialle, essa postura isolacionista, baseada em um parcelamento impositivo do saber, é um dos obstáculos epistemológicos para uma autêntica ciência do direito. Ele propõe uma abordagem transdisciplinar, rompendo com as barreiras tradicionais dos saberes, fazendo com que o direito seja percebido a partir de uma visão de conjunto, e não como existindo em si e para si. De acordo com Mialle, isso não significa que não existam objetos próprios em cada ciência, o que possibilita investigações autônomas (1994, p. 61), mas tais objetos só encerram sentido em um conjunto de investigações mais amplo, envolvendo diferentes conhecimentos. Baseado em uma teoria da história, Mialle enxerga o direito como parte, junto com economia, política, sociologia e outras áreas do saber, de um mesmo “continente” (idem, p.62) científico, construído com o abandono do “mito da divisão natural do saber” (idem, p. 62). No fim, o que resta é a convicção de que uma ciência como o direito não adquire seu estatuto enquanto tal a partir do isolamento de outras formas de conhecimento.

A posição de Mialle em relação à constituição de uma ciência jurídica a partir do isolamento costura uma crítica que pode ser direcionada, com adaptações, à perspectiva da Teoria dos Sistemas. Essa última também se baseia em uma ideia de autonomia com base na criação de fronteiras em relação a outras áreas, a outras formas de sentido, a outras linguagens e códigos. Assim como na denúncia de Mialle em relação ao direito como ciência autônoma, podemos questionar os reais limites operacionais e de sentido entre o direito e outros sistemas sociais. Embora a proposta de Luhmann, conscientemente, não seja direcionada à criação de um sistema jurídico isolado, mas, sim, autônomo e, por isso, conectado a outros sistemas sociais, sua teoria foi, por muitos juristas, apropriada no sentido do isolamento do direito em relação a outros sistemas, principalmente o político. O direito é visto

como um sistema que, baseado em seus próprios códigos e linguagens, tem a função de estabilizar expectativas no mundo social, evitando que outros códigos o deturpem, impedindo que suas funções sejam devidamente desenvolvidas.

Se, historicamente, a busca por uma autonomia científica do direito foi importante, ela enfrentou, e continua enfrentando, inúmeros percalços para sua concretização. O direito ser pensado como uma ciência dotada de objeto próprio não é o mesmo que projetar para ele uma fronteira clara, na prática, em relação a outras ciências. Além disso, mesmo que tais fronteiras pudessem, de fato, existir, como garantir que elas não sejam alteradas ao longo do tempo? A autonomia científica de um campo do saber não coincide, necessariamente, com a projeção de um sistema autopoietico operacionalmente, embora tais concepções apresentem afinidades. Além disso, conforme apontamos exaustivamente ao longo desta tese, autonomia não é sinônimo de isolamento, e o direito, por mais que tenha sido importante a busca pela autonomia científica em sua história, ainda precisa lidar melhor com a maneira como encara os elementos externos e as influências de outros campos, seja do ponto de vista científico, seja do ponto de vista de sua práxis.