

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO – UNICAP
COORDENAÇÃO GERAL DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO**



*Ad Maiorem
Dei Gloriam*

AVNER PINHEIRO CAVALCANTI

**O LEGISLADOR: da crítica ao formalismo conceitual para início de
consciência sobre *Legisgênese***

**RECIFE
2016**

AVNER PINHEIRO CAVALCANTI

O LEGISLADOR: da crítica ao formalismo conceitual para início de consciência sobre *Legisgênese*

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (PPGD/UNICAP), como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito sob a orientação do Prof. Dr. José Luciano Góis de Oliveira.

**RECIFE
2016**

C3761 Cavalcanti, Avner Pinheiro
O legislador : da crítica ao formalismo conceitual
para início de consciência sobre legisgênese / Avner
Pinheiro Cavalcanti ; orientador José Luciano Góis de
Oliveira, 2016.
98 f.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica de
Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Coordenação Geral
de Pós-graduação. Mestrado em Direito, 2016.

1. Direito. 2. Lei. 3. Soberania. 4. Positivismo jurídico.
I. Título.

CDU 340

O LEGISLADOR: da crítica ao formalismo conceitual para início de consciência
sobre *Legisgênese*

AVNER PINHEIRO CAVALCANTI

Dissertação defendida e aprovada no dia
24 de maio de 2016, no anfiteatro do
bloco G4 da UNICAP, como requisito
parcial à obtenção do grau de Mestre em
Direito, pela Banca Examinadora
composta por:

Prof. Dr. José Luciano Góis de Oliveira (UNICAP)
Presidente da banca e orientador

Prof. Dr. Pe. Francisco Caetano Pereira (UNICAP)
Examinador interno

Prof. Dr. Cláudio Fernando da Silva Souto (UFPE)
Examinador externo

Prof. Ma. Mirian de Sá Pereira (UNICAP)
Convidada emérita

RECIFE
2016

Agradeço a Prof.^a Mirian, por seu amor e apoio, sem ela essas palavras não teriam sido escritas. Sua semente há de se multiplicar. A Tâmara, por sua singular importância no curso do mestrado, e sua ainda maior importância na vida fora dele. Um ser só não é mais que metade. A Cláudio, pelo exemplo, manso, brilhante, humilde. Heróis são pessoas frágeis cujos feitos nos fazem crer serem indetrutíveis. A Luciano, providencial panaceia da “velha angústia”, rebento essa da sombra da derrota que impõe a dúvida na vitória. Sua vinda deu-me fôlego, animo e um amigo. A Pe. Mota, SJ, por velar em manter-me com a centelha da cristandade. A vida passa, a razão caduca, o que se põe de pé queda, tudo está, só o Mistério é. Por fim, aos funcionários da Pós-Graduação da UNICAP: Danielle, Eliene, Moacir, Nélia, Nicéas e Sérgio; vocês são o toque humano numa experiência fordiana. Obrigado.

“Lógica é o início da sabedoria, não o fim.”
Dr. Spock (Leonard Nimoy *1931-†2015)

RESUMO

O trabalho apresenta as bases para uma teoria de como são formadas as leis de direito com fundamento no único conceito de direito substantivo já traçado, o de Cláudio Souto. Segundo o dito autor, Direito é a exteriorização do sentimento humano de dever-ser orientado pelas informações atualmente insuperáveis ou, simplificando, o composto SIV (Sentimento, Ideia e Vontade). A existência deste sentimento intrínseco à condição humana já foi empiricamente comprovada pelo trabalho de Paul Bloom. Todavia, maiores detalhes como a comprovação da teoria de Cláudio Souto pelo trabalho de Paul Bloom e a constatação da teoria que será apresentada estão programados para o trabalho seguinte, em fase de doutorado. No trabalho atual, apresentamos as bases fundamentais do que veio a ser chamado por nós de Legisgênese ou o fenômeno humano social de configuração do dever-ser. Dito fenômeno se difere do legislador considerado pela tradição jurídica, esta que é exclusivamente formalista. O legislador idealizado pela tradição pode ser dividido em dois gêneros: legislador *stricto sensu* e legislador *lato sensu*. Por legislador *stricto sensu*, entendemos os agentes oficiais encarregados da elaboração das leis igualmente oficiais; por legislador *lato sensu*, as estratégias de argumentação, por racionalização, empregadas na prática jurídica. Estes gêneros, por sua vez, apresentam subdivisões em espécies que classificamos e tratamos de explicar no curso do presente trabalho. A diferença fundamental entre as concepções levantadas é estabelecida entre o que se pode chamar de legislador formal (mito jurídico) e legislador real (fenômeno humano). Legislador formal, entendido como fonte da lei e do direito, trata-se de um mito jurídico moderno sobre o qual uma realidade é artificialmente criada; realidade que corresponde ao que a tradição chama de mundo jurídico. O legislador real, ou melhor dizendo, a legisgênese, cuida de explicar como as sociedades humanas formulam imperativos de conduta classificáveis como Direito. De modo a permitir e explicar essa diferença fundamental e as razões que mantêm o mito do legislador em vigência, preocupamó-nos em explicar os motivos políticos e filosóficos pelo qual o Direito vem sendo operado através da retórica com o fim de fornecer aos líderes oficiais um mecanismo eficiente de controle social. O objetivo maior do trabalho foi responder a pergunta: se o Direito é reconhecidamente anterior às leis formuladas pelas autoridades oficiais, quem ou o que é o legislador de fato? O resultado foi o que passamos a chamar de Teoria da Legisgênese. O método empregado foi trasdisciplinar, correlacionando trabalhos e teses, das mais diferentes áreas, de maneira a configurar uma teoria, ou melhor, as bases de uma teoria nova em resposta ao problema.

Palavras-Chave: Lei; Direito; Soberania; Positivismo Jurídico; Direito-vivo. SIV (Sentimento, Ideia e Vontade); Legisgênese.

ABSTRACT

The paper presents the bases for a theory of how the rules of law are formed, based on the only concept of substantive law already outlined, by Claudio Souto. According to the said author, Law is the externalization of the human feeling of being-oriented by the currently insuperable information or, simplifying, the compound SIV (Feeling, Idea and Will). The existence of this intrinsic feeling to the human condition has already been empirically proven by the work of Paul Bloom. However, further details, such as the proof of Claudio Souto's theory for Paul Bloom's work and the confirmation of the theory that will be presented, are scheduled for the next work, in Doctorate Degree. In the present work we present the fundamental bases of what has come to be called by us of "Legisgênese" or the human social phenomenon of the configuration of the duty-to-be. This phenomenon differs from the legislator considered by the legal tradition, it is that it is exclusively formalist. The legislator idealized by tradition can be divided into two genres: legislator *stricto sensu* and legislator *lato sensu*. By legislator *stricto sensu* we mean the official agents responsible for drawing up the equally official laws and by legislator *lato sensu* the strategies of argumentation, by rationalization, used in legal practice. These genre, on the other hand, present subdivisions in species that we classify and try to explain in the course of the present work. The fundamental difference between the conceptions raised is established between what can be called a formal legislator (legal myth) and real legislator (human phenomenon). Formal legislator, understood as the source of rules and law, is a modern legal myth about which a reality is artificially created, a reality that corresponds to what tradition calls the legal world. The real legislator, or rather, the legislature, takes care to explain how human societies formulate imperatives of conduct classifiable as Law. In order to allow and explain this fundamental difference and the reasons that hold the myth of the legislator in force, we are concerned with explaining the political and philosophical reasons why law has been operated through rhetoric in order to provide official leaders with a Mechanism of social control. The main purpose of the paper was to answer the question: if the law is admittedly prior to the laws formulated by the official authorities, who or what is the legislator in fact? The result was what we call the Theory of Legislation. The method used was transdisciplinary, correlating works and theses, from different areas, in order to configure a theory, or rather, the basis of a new theory in response to the problem.

Keywords: Law; Right; Sovereignty; Legal Positivism; Live-right. SIV (Feeling, Idea and Will); Genesis-law.

ÍNDICE

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 O PROBLEMA CONCEITUAL DO LEGISLADOR.....	14
3 FUNÇÃO MÍTICA DO LEGISLADOR.....	22
3.1 Da irrealidade lógica do legislador formal.....	60
4 O PARADIGMA JURÍDICO ATUAL.....	70
4.1 O paradigma e o legislador formal.....	75
5 CONCLUSÃO.....	88
REFERÊNCIAS.....	93

1 INTRODUÇÃO

Antes de iniciarmos, cumpre explicar que o texto que se segue foi elaborado estruturalmente para conter dois níveis informativos. O primeiro nível pode ser atingido pela leitura do corpo principal do trabalho (identificável pelo tamanho 12), excluindo-se, assim, a leitura das notas de rodapé (identificáveis pelo tamanho 10). Este primeiro nível de leitura permite o contato com as ideias centrais de uma forma ágil, mas completa no que lhe é fundamental. Trata-se aí de uma leitura mais fluida e suave. O segundo nível pode ser atingido pela leitura completa dos escritos adiante, compreendida, desta forma, tanto a leitura do corpo principal quanto das notas de rodapé. Este nível em questão permite o contato com as ideias centrais e com as bases dos seus fundamentos, discussões, desdobramentos e eventuais explicações. Trata-se de uma leitura mais reflexiva e imergente. Ademais, a opção por essa forma de organização possibilita uma economia considerável de páginas sem desmedrar o pensamento.

Em segundo lugar, cumpre esclarecer, ainda, que nossa teoria se encontra em pleno desenvolvimento, com encerramento dos estudos e edição dos escritos programada para trabalho futuro, assim como incursões empíricas; ocasião esta em que se espera dispor de mais tempo/recurso. Isso implica que, no momento, as bases do nosso pensamento serão lançadas e pré-moduladas, mas não esgotadas. Implica, ainda, que parte das teorias de terceiros – algumas apenas recentemente localizadas pelas investigações –, que dão suporte as referidas bases, ainda demandam um maior estudo de nossa parte. Todavia, estas condições não impedirão que se encontre já aqui, preservada e delineada, a ideia central de nossa teoria, seus fundamentos nucleares e as críticas inerentes a sua viabilidade teórica.

Por fim, vale anotar brevemente os motivos de termos optado pela escrita na primeira pessoa do plural, o chamado plural majestoso ou de modéstia, apesar das críticas que nos últimos tempos se formaram em relação ao seu uso. Na Antiguidade Grega era incomum a utilização da primeira pessoa do singular, graças à concepção de sujeito que lá vigia, baseada na ideia de coletividade, e não de individualidade da era moderna. Compreendia-se que o homem só se tornava completo quando participava da vida política em conjunto com seus iguais, diferente da concepção de sujeito de pensadores modernos que entende o homem como sujeito pleno que interage com o coletivo (relação sujeito/objeto como elementos distintos). Dito isso, e

admitido que o pensamento ocidental é herdeiro do pensamento grego pensamento este que se firmou hegemônico desde a Antiguidade até os períodos pré-modernos, especialmente o Medieval, a Renascença e o Iluminismo, determinando e selecionando os temas e as formas do pensar; não podemos simplesmente trocar o emprego do sujeito falante sem antes alterar as bases filosóficas que lhe consagraram, seja por uma opção estética ou de qualquer outra preferência que seja. O pensamento filosófico-jurídico, mais do que qualquer outra área, nunca se desligou dessa herança, razão pela qual não podemos negá-la arbitrariamente sem antes enfrentar o problema das suas bases históricas; fazê-lo implicaria um tratamento a-histórico de um fenômeno notoriamente humano-social. Se no ocidente a filosofia é de base preponderantemente grega, a moral é de base judaico-cristã e o direito é de base romana, remover-lhe o caráter histórico abruptamente seria um erro crasso. Não sendo, pois, o problema filosófico o objeto do presente trabalho, o plural de modéstia será respeitado por reconhecimento do atual estágio por ele representado, sobretudo no campo jurídico, campo cujo cerne orientacional é fundamentalmente pré-iluminista.

Feitos estes esclarecimentos vestibulares sobre as mais abrangentes características da forma, passemos à apresentação prévia das questões sobre as quais nos dedicamos neste trabalho.

Os primeiros versos a adentrarem no tratamento do conteúdo, numa abordagem transparente, cumpre que sejam referentes à metodologia. Não nos pautamos por propostas metodológicas rígidas, consagradas enquanto práticas laborais características dos profissionais nas ciências normais, ao revés as técnicas eventualmente aplicadas foram eleitas e adaptadas levando em consideração as circunstâncias específicas das questões a serem trabalhadas¹. A incorporação

¹O *habitus* científico é uma regra feita homem, ou melhor, um *modus operandi* científico que funciona em estado prático segundo as normas da ciência sem ter estas normas na sua origem: é esta espécie de sentido do jogo científico que faz com que se faça o que é preciso fazer no momento próprio, sem ter havido necessidade de tematizar o que havia que fazer, e menos ainda a regra que permite gerar a conduta adequada.”. Exemplificando o pensamento ora exposto Bourdieu descreve, no mesmo parágrafo, o comportamento do professor que ensina esta forma de se portar. Veja-mo-nos para na sequência nos situarmos nele. “O sociólogo que procura transmitir um *habitus* científico parece-se mais com um treinador desportivo de alto nível do que com um professor de Sorbonne. Ele fala pouco em termos de princípios e de preceitos gerais – pode, decerto, enunciá-los, como eu fiz em *Le Métier de sociologue*, mas sabendo que é preciso não ficar por aí (nada há pior, em certos sentidos, que a epistemologia, logo que ela se transforma em tema de dissertação ou em *substituto da pesquisa*). Ele procede por indicações práticas, assemelhando-se nisso ao treinador que imita um movimento («no seu lugar, eu faria assim...») ou por «correções» feitas à prática em curso e concebidas no próprio espírito da prática («eu não levantaria essa questão, pelo menos dessa forma».”. (BOURDIEU,

dessa postura intelectual deu-se, acima de qualquer ponderação que pese no juízo, pela necessidade de buscar alternativas às explicações habituais (racionalistas/místicas). Tal necessidade tenciona para um afastamento – por vezes pela rejeição – dos caminhos tradicionais, além de sugestionar o resgate de propostas marginalizadas.² No caso, a sociologia jurídica do *direito vivo*, posteriormente chamado SIV.

Enquanto conjunto de critérios levados em consideração ao decidir sobre a escolha das técnicas e métodos, de modo geral, orienta-mo-nos pelas cinco regras básicas de formação das ideias científicas. Regras essas observáveis desde os tempos mais remotos – e no surgimento do pensamento pré-científico – até as descobertas mais avançadas da modernidade – no surgimento das novas áreas da ciência –, o que as faz perpassar, assim, todos os paradigmas do conhecimento da História ao encapsular os passos fundamentais que levam da ruptura com o *normal* à formação de novo saber. São estas tais regras: 1º) questionar a autoridade consagrada, 2º) pensar explicações por nós mesmos, 3º) ser autocrítico e questionar nossas certezas e crenças, 4º) seguir a evidência não importa onde ela nos leve e, por fim, e mais importante, 5º) jamais esquecer que podemos estar errados.³

Pierre. Introdução a uma sociologia reflexiva. *in* O poder simbólico. trad. Fernando Tomaz. p. 17-58. Bertrand Brasil, Rio de Janeiro, 1989. p. 23.). Falando agora pessoalmente, esse papel foi para mim representado pela Profª Mirian de Sá Pereira (UNICAP), intensivamente, ao longo de cerca de sete anos (2008-2014) e que continua, mas agora com mais flexibilidade. Durante este período tive a felicidade de participar, enquanto atividade dinâmica, de seu grupo de estudos por quatro anos, em seguida de monitoria em oito turmas suas da graduação divididas em dois semestre e, por fim, de estágio docente do mestrado em doze turmas suas da graduação divididas em três semestre. Além dessas atividades também tive igual felicidade de ser por ela orientado em Trabalho de Conclusão de Curso da graduação (foi esta monografia que deu início as pesquisas que levaram a esta dissertação), acompanha-la em congressos jurídicos, redigir em parceria artigos científicos, dentro outras várias atividades ocasionais que de alguma forma contribuiriam para a absorção do “*habitus científico*” a seu modo.

²Num período de transição paradigmática, o conhecimento antigo é um guia fraco que precisa ser substituindo por um novo conhecimento. Precisamos de uma ciência da turbulência, sensível às novas exigências intelectuais e políticas de utopias mais eficazes e realistas do que aquelas pelas quais vivemos no passado recente. A nova constelação de sentido não nasce do nada. Tem muito a lucrar se escavar o passado em busca de tradições intelectuais e políticas banidas ou marginalizadas, cuja autenticidade surge sob uma nova luz depois de se ‘desnaturalizar’ ou até de provar a arbitrariedade desse banimento e marginalização. Acima de tudo, o novo conhecimento assenta num des-pensar do velho conhecimento ainda hegemônico, do conhecimento que não admite a existência de uma crise paradigmática porque se recusa a ver que todas as soluções progressistas e auspiciosas por ele pensadas foram rejeitadas ou tornaram-se inexecutáveis.”. (SANTOS, Boaventura de Sousa. Para um novo senso comum: a ciência, o direito, e a política na transição paradigmática. vol. 1. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 7ª ed. Cortez, São Paulo, 2009. p. 186.).

³BRAGA, Brannon; DRUYAN, Ann POPE, Bill [dir.]. Cosmos: uma odisseia do espaço-tempo. Documentário. 13 episódios. ~44min. (cada episódio). color. Título original: Cosmos: A Spacetime Odyssey. 21st Century Fox, EUA, 2014, episódio 13.

Outra preocupação significativa, que orientou o julgamento de método, foi proporcionar unidade teórica: ligar as questões singulares sob uma moldura de trabalho que explicasse o fenômeno com coerência, sistematicidade, concisão e preditividade. Essa almejada moldura levou-nos à propor um novo conceito – a *legisgênese* – que sintetiza o pensamento contido na teoria em gestação. Ressalte-se que, como dito há pouco, encontrasse aqui apenas o início, as primeiras linhas, desta construção teórica. Fato que impõe um estado de incompletude à presente proposta teórica, se compararmos ao trabalho já idealizado.

Ademais, reconhecemos a máxima de que as assertivas não são consideradas científicas por poderem ser *verificadas*, mas por poderem ser *contrapostas*.⁴ Enfim, respeitadas as recomendações de método apontadas até aqui, o mais é circunstancial.

O texto ora apresentado foi dividido em cinco capítulos, dos quais *1 Introdução* e *5 Conclusão* figuram como elementos de suporte, na medida em que tão só preparam a leitura e colacionam, simplificadamente, o que foi tratado. Reserva-se, todavia, destaque para o primeiro deles cujo papel é o de preparar o leito. É o referido “trabalho futuro” que oportunizará o desenvolvimento e conclusão da teoria anunciada, em sua versão acabada, por ora, o que se está apresentando comporá a sua parte primeira.

Nos capítulos *2 O problema conceitual do legislador*, *3 Função mítica do legislador* e *4 O paradigma jurídico atual*, cuidamos de trabalhar desde a construção dos elementos essenciais para início de discussão sobre o fenômeno da legislação enquanto problema jurídico-sociológico, passando pelos motivos que o consolidaram como um problema (oculto) ainda pendente de resposta, até a dinâmica que permitiu a ocultação do problema e em especial a manutenção do sistema jurídico sem que o mesmo fosse enfrentado (ou revelado). No decorrer deste itinerário, a cada ponto desenvolvido, as ideias convergiam para o destacamento das críticas à explicação tradicional sobre o fenômeno da legislação e para o apontamento de alternativas a essa explicação.

O que se almejou com o labor foi um enfrentamento verdadeiramente científico do problema na busca por explicações, avesso à retórica pré-iluminista dos discursos jurídicos prático-teóricos da tradição em crise. O que se atingiu com o

⁴Cf. POPPER, Karl R. *A lógica da pesquisa científica*. trad. Leonidas Hegenberg & Octanny Silveira da Mota. Editora Cultrix: São Paulo, 1972. *pass.*

esforço foi a configuração do campo temático baseada em indícios razoáveis que apontam para a existência do problema elementar oculto, ao passo que também se levantavam hipóteses explicativas coesas e com sistematicidade: primeiro estágio de uma teoria que começa a se formar em superação à crise.

2 O PROBLEMA CONCEITUAL DO LEGISLADOR

Na construção do discurso jurídico, prático ou teórico, muitos termos e conceitos são incorporados às falas sem que sobre eles se tenha antes procedido com alguma investigação ou mesmo uma reflexão mais acurada sobre a sua origem e alcance.

Este processo de construção do discurso jurídico, formador de saberes e sentidos que alienam o papel da história no direito, atuando, assim, politicamente como ferramenta de controle social em função do Estado, é conhecido como “senso comum teórico dos juristas”⁵ (a ser retratado em ponto próprio).

De tal processo racionalizador⁶, destacamos, não fugiu a ideia ocidental de legislador; ideia que veio a se tornar, implicitamente, o fundamento teórico político de todos os sistemas jurídicos modernos, assim sendo até hoje.

Ao contrário do que pode induzir, o trato que a maior parte dos acadêmicos e profissionais do direito dão ao instituto do legislador, de uma objetivação simplista – observável graças à pouca ênfase, epistemológica e crítica, que estes lhe dão –, em verdade, o termo guarda em si o ponto basilar de toda uma estrutura de justificação do discurso jurídico moderno.

É da concepção de legislador que provém, em primeiro lugar, a indicação implícita da origem das leis, e é por meio desta concepção de fonte que se arquiteta, em segundo lugar, o princípio legitimador da superioridade da lei estatal sobre todos os demais imperativos de conduta presentes em uma sociedade, em particular nas atuais, pretensamente democráticas.

É, pois, na atualidade, baseado na crença do legislador como representante popular encarregado da produção das leis, que a teoria do direito (e o sistema jurídico) tem buscado fundamento com respaldo na premissa contemporânea da superioridade da democracia (moderna representativa) sobre as demais formas de governo.

De um modo mais simples, eis a pergunta inicial: de onde vêm as leis? Resposta aceita: as leis são produzidas pelo legislador. Segunda pergunta: quem é o legislador? Resposta aceita: são os representantes do povo eleitos

⁵Cf. WARAT, Luiz Alberto. Introdução geral ao direito: interpretação da lei: temas para uma reformulação. Tomo I. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1994. p. 13-18.

⁶Cf. MORIN, Edgar. Introdução ao pensamento complexo. 4ª ed. col. Epistemologia e Sociedade. dir. António Oliveira Cruz. trad. Dulce Matos. Instituto Piaget, Lisboa, 2003. p. 101-102.

democraticamente. Ou seja, o povo elege representantes que, em seu nome, elaboram as leis. Sendo assim, por terem estes representantes sido eleitos pelo povo, as leis que eles elaboram representam a vontade deste povo, logo todos devem obedecê-las por serem, em última análise, a sua própria vontade positivada.

Como é possível ver, trata-se aqui de um conceito formal de legislador sem qualquer substantividade que seja. É possível ver também que esta explicação é meramente racionalista e não tem necessária correspondência com o que de fato se passa na realidade. Isto pode ser facilmente constatado apenas questionando se, de fato, os políticos eleitos elaboram as leis visando o interesse e a vontade do povo, ou, invertendo a perspectiva, se as leis em vigor de fato expressam a vontade e/ou interesses do povo.

Diante da resposta negativa à estas perguntas, somos levados aos seguintes questionamentos: *a)* sabendo que o direito é composto por leis, seriam as leis elaboradas pelo legislador (representante eleito) de fato leis de direito? *b)* diante desta dúvida, seria mesmo válido o atual conceito de legislador? *c)* como se classificariam as leis produzidas por ele (o legislador)? e *d)* se não é o legislador (considerado o representante eleito) o responsável pela produção das leis de direito, quem ou o quê, afinal, seria?

São estas as perguntas que nos inquietam e que tentaremos responder ao longo deste trabalho. Todavia, não sendo possível encerrar o assunto, dada a sua complexidade e o estágio dos nossos estudos sobre o tema, procuraremos ao menos lançar luz sobre o que seriam as condições de compreensão do problema e de uma possível resposta.

Uma ideia que exerceu significativa influência na consolidação da explicação formal para a origem das leis de direito pelo legislador, enquanto representante eleito, foi a consolidação da democracia procedimental (formal), necessariamente representativa, como a forma mais desejada de governo.

A preferência por este regime de governo veio opor-se a autocracia ditatorial e outras formas de governo que com esta pudessem se assemelhar, graças ao seu rechaçamento via revoluções pós Mundo Antigo (compreendido aí o período que vai da parte final do Império Romano até as revoluções Francesa e Industrial, que antecedem a Modernidade e Contemporaneidade).

Foi com pretensão de teoria do direito, encarregada de prover fundamento ao regime político que se estabelecia, que a ideia de legislador foi desenhada. Isso tudo

graças à afirmação das ideias de soberania popular ou nacional e Estado de Direito, ou melhor dizendo, isso tudo *para* a promoção das ideias de soberania popular e Estado de Direito. Assim, consolidou-se a democracia procedimental representativa como a forma preferível de governo na modernidade.

A referida teoria do direito obtêm, como já fora dito, seu fundamento axiomático da figura do legislador, este considerado na qualidade de representante popular legitimado por ter sido escolhido via eleição por sufrágio direto e universal para o cumprimento de mandato.

Estes elementos (representação popular, legitimação por eleição por sufrágio universal, e cumprimento de mandato) são, ademais, os elementos que fundamentam a democracia representativa moderna, os quais, por sua vez, extraem seu fundamento da ideia de soberania popular enquanto conteúdo, e, de Estado de Direito, enquanto meio.

Todavia, a figura emblemática do legislador não é mais que um mito moderno criado para simplificar a questão e, ao mesmo tempo, fazer crer que os princípios da soberania popular e do Estado de Direito são respeitados.⁷

O conceito de legislador é tão formal e procedimental quanto o de democracia que ele busca fundamentar, o que permite que, a depender da configuração política da realidade, democracia representativa e autocracia ditatorial se confundam.

Tal confusão é facilmente observável em exemplos de alguns governos do século XX e XXI, onde déspotas foram democrática-formalmente eleitos, governaram sob leis democrática-formalmente criadas e, ainda assim, posteriormente, seus governos foram taxados de ditaduras, no mais das vezes sanguinolentas.

A referida confusão só é possível – no plano da adequação entre o discurso e a prática – num sistema em que há ausência de substantividade no conceito de legislador. Este sistema concentra o seu interesse em se valer da força que possui o fenômeno do Direito como meio de configuração da realidade social (seja para alterá-lo ou mantê-lo) e, para tanto, atrela a explicação da origem do direito à figura que apresenta de legislador.

⁷Deixemos claro que não estamos questionando aqui as ideias de soberania popular ou de Estado de Direito, mas sim o modo de efetivação desses princípios por meio do conceito formal de legislador como o criador das leis do direito, fundamentado e fundamentando, por sua vez, a ideia de democracia representativa moderna.

O que se está a dizer, enfim, é que *a*) é formal o conceito de legislador, o qual *b*) se vale da premissa moderna da superioridade da democracia representativa (procedimental-formal) sobre qualquer outra forma de governo, e que *c*) serve como alicerce para viabilizar “teoricamente” a produção do direito pelo Estado, e assim *d*) atende na prática a necessidade que os governantes possuem de controlar o comportamento social através do que impõem sob a tarja de “direito legítimo” ou apenas “direito”.

Nesta toada, figura como o direito legítimo o Estatal, considerado assim o único direito, enquanto o de fonte não-estatal sequer é reconhecido como direito (Formalismo Jurídico).⁸

⁸É oportuno lembrar que os juristas e políticos do mundo já foram alertados sobre os perigos desta concepção formal do direito, que leva à perversão dos princípios da soberania popular e do Estado de Direito em seus opostos (despotismo e ilegalidade), por Gustav Radbruch em 1945. Vejamos os cinco pensamentos que Radbruch apresenta em seu alerta: “*Primeiro minuto.* / Ordens são ordens, é a lei do soldado. A lei é a lei, diz o jurista. No entanto, ao passo que para o soldado a obrigação e o dever de obediência cessam quando ele souber que a ordem recebida visa a prática dum crime, o jurista, desde que há cerca de cem anos desapareceram os últimos jusnaturalistas, não conhece exceções deste género à validade das leis nem ao preceito de obediência que os cidadãos lhes devem. A lei vale por ser lei, e é lei sempre que, como na generalidade dos casos, tiver do seu lado a força para se fazer impor. / Esta concepção da lei e sua validade, a que chamamos *Positivismo*, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrarias, mais cruéis e mais criminosas. Tornar equivalente, em última análise, o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará também o primeiro. / *Segundo minuto.* / Pretendeu-se completar, ou antes, substituir este princípio por estoutro: direito é tudo que for útil ao povo. / Isto quer dizer: arbítrio, violação de tratados, ilegalidade serão direito desde que sejam vantajosos para o povo. Ou melhor, praticamente: aquilo que os detentores do poder do Estado julgarem conveniente para o bem comum, o capricho do déspota, a pena decretada sem lei ou a sentença anterior, o assassinio ilegal de doentes, serão direito. E *pode* até significar ainda: o bem particular dos governantes passará por bem comum de todos. Desta maneira, a identificação do direito com um suposto ou invocado bem da comunidade, transforma um «Estado-de-Direito» num «Estado-contra-o-Direito» / Não, não deve dizer-se: *tudo o que for útil ao povo é direito*; mas, ao invés: só o que for direito será útil e proveitoso para o povo. / *Terceiro minuto.* / Direito quer dizer o mesmo que vontade e desejo de justiça. Justiça, porém, significa: julgar sem consideração de pessoas; medir a todos pelo mesmo metro. [...] Quando as leis conscientemente desmentem essa vontade e desejo de justiça, como quando arbitrariamente concedem ou negam a certos homens os direitos naturais da pessoa humana, então carecerão tais leis de qualquer validade, o povo não lhes deverá obediência, e os juristas deverão ser os primeiros a recusar-lhes o carácter de jurídicas. / *Quarto minuto.* / [...] uma coisa há que deve estar profundamente gravada na consciência do povo e de todos os juristas: *pode* haver leis tais, com um tal grau de injustiça e de nocividade para o bem comum, que toda a validade e até o carácter de jurídicas não poderão jamais deixar de lhe ser negados. / *Quinto minuto.* / Há também princípios fundamentais de direito que são mais fortes do que todo e qualquer preceito jurídico positivo, de tal modo que toda a lei que os contrarie não poderá deixar de ser privada de validade. Há quem lhes chame *direito natural* e quem lhes chame *direito racional*. Sem dúvida, tais princípios acham-se, no seu pormenor, envoltos em graves dúvidas. Contudo o esforço de séculos conseguiu extrair deles um núcleo seguro e fixo, que reuniu nas chamadas declarações dos *direitos do homem e do cidadão*, e fê-lo com um consentimento de tal modo universal que, com relação a muitos deles, só um sistemático cepticismo poderá ainda levantar quaisquer dúvidas. [...]”. (RADBRUCH, Gustav. Cinco minutos de Filosofia do Direito. In Filosofia do Direito. trad. L. Cabral de Moncada. 6ª ed. rev. e acrescida dos últimos pensamentos do autor. Editor Sucessor, Coimbra, 1997, p. 413-417.). Em linhas mais gerais, Radbruch nos apresenta dois pontos que são de nosso particular interesse: *a*) critica o Positivismo afirmando que nem toda lei do Estado é direito, e *b*) preconiza que existem

A questão central está no fato de: conferível a legitimidade da formulação do conteúdo nuclear das leis de direito por atribuição formal, seja a um indivíduo ou a um grupo determinado (essa alternância em nada interfere), inexistirá diferença fundamental entre democracia e ditadura, restando apenas a diferença formal, o que desloca a diferenciação para um plano político ideológico e subjetivo.⁹

Ademais, o que este processo faz, objetivamente, é possibilitar a conformação dos interesses do “grupo social dos homens de governo”¹⁰ em algo misticamente superior a tudo o mais, ou seja, naquilo que tal sistema define como direito legítimo. Feito isso, ter-se-ia o que o mesmo sistema define como justiça.

É deste modo que os interesses daqueles se concretizam dispensando uma justificação racional. Nisso está o motivo de que, embora se possa realizar o que prescreve a lei estatal a um caso concreto, tal fato não significa que se proporcione sentimento de justiça na população, com exceção do grupo social a quem este sistema busca atender – no caso em que estarão a confundir sentimento de satisfação (de interesses) com justiça.

A verificação da ocorrência desta confusão, entre satisfação e justiça, pode ser evidenciada através de um exercício de suposição com o seguinte questionamento: caso as posições entre os envolvidos na aplicação da lei estatal se invertessem, permaneceria o sentimento de justiça? Ora, se o sentimento de justiça depender de *quem* está sendo favorecido, então se trata de satisfação de interesse e não de sentimento de justiça. O sentimento de justiça, quando verdadeiro, é compartilhado por todos os envolvidos, salvo na incidência de erro de avaliação sobre a verdade da situação ou condição patológica da mente.

Sucintamente, o que o sistema do qual estamos tratando – nomeado de Positivista ou apenas Positivismo¹¹ – faz é identificar lei jurídica com força e

“princípios fundamentais do direito” que estão acima de qualquer lei estatal, mas não define o que estes sejam. Endossamos estes dois pontos gerais levantados por Radbruch e vamos além: estes princípios, que Radbruch não é ainda capaz de definir, nós identificamos com o “direito vivo” de Eugen Ehrlich, ou seja, o SIV de Cláudio Souto (esse assunto retornará em ponto apropriado ao longo do desenvolvimento da teoria em construção).

⁹Não é sem razão que o cartunista Millôr Fernandes, com muita sagacidade, ironiza esse subjetivismo diferenciador ao afirmar que: “Democracia é quando eu mando em você, ditadura é quando você manda em mim.”

¹⁰Cf. SOUTO, Cláudio. *Ciência e Ética no Direito: uma alternativa de modernidade*. 2ª ed. rev. e aum. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002. *pass*.

¹¹Vale pontuar, a título de clareza de conceito e para evitar futuras confusões, a diferença entre positivismo jurídico e positivismo normativo. Positivismo Jurídico é a corrente teórica tratada no presente trabalho e que adiante cuidaremos de explicar, já positivismo normativo é a ideia de que as normas jurídicas devem estar escritas na forma de leis e princípios, ou seja, *positivadas*.

determinar sua validade sob o argumento da *natureza*. O valor justiça fica então excluído do problema da descoberta e aplicação do direito. Feito isso, o sistema permite verter os interesses do grupo social dos homens de governo em lei estatal e, assim sendo válidos por si mesmos, tornam-se oponíveis a todos sob o rótulo de direito.

A lei, uma vez identificada com direito, dispensa a preocupação da descoberta deste último, pois bastará que se descubra a lei estatal. Força, lei e direito são então uma coisa só, sem no fundo deixar de ser apenas força.

Agora já nos é possível entender por que modernamente democracia e legislador são formalmente definidos, isto para assim viabilizar o controle social da população por parte dos grupos sociais dominantes através do governo.

Nesta seara, podemos afirmar que, por necessidade lógica, se fez necessário que o direito fosse igualmente determinado/determinável formalmente. A demanda pela instrumentalização do poder, embasado por teorias jurídicas, produziu a tríade formal (não substantiva) legislador/democracia/direito, dispostos não necessariamente nessa ordem, mas criando uma ficção insolúvel e racionalista para permitir o controle social pelo grupo social dos homens de governo.

Diante da problemática apresentada, a fim de escapar a este formalismo conceitual, logo não científico, é que partimos da iniciativa de Eugen Ehrlich¹² (que propôs a ideia de *direito vivo*) e de Cláudio Souto¹³ (que conceitua tal direito com fundamento substantivo) em busca de uma concepção de legislador substantiva.

Estas três propostas teóricas, de Ehrlich, de Souto e nossa, serão vistas oportunamente. É preciso esclarecer, neste ponto, que uma possível conceituação substantiva de democracia não figurará entre os objetos do presente trabalho por questões de foco da delimitação do tema, o que não impedirá, todavia, que toquemos no assunto, mas apenas no que cocerne ao problema do conceito de legislador. Com o desdobramento do trabalho é possível – depois de conceituado substantivamente legislador – que se possa encontrar, também, uma resposta para o problema da democracia, ou ao menos uma direção no caminho da resposta.

Segundo Ehrlich, na obra *Fundamentos de Sociologia do Direito*, “afirma-se, com freqüência, que deve ser possível resumir o sentido de um livro em uma única

¹²Cf. EHRlich, Eugen. Fundamentos de sociologia do direito. trad. René Ernani Gertz. Editora Universidade de Brasília, Brasil, 1987. *pass*.

¹³Cf. SOUTO, Cláudio. Fundamentos da sociologia jurídica. Série Estudos Soócio-Jurídicos, nº 1. Universidade Católica de Pernambuco – Faculdade de Direito, Recife, 1968. *pass*.

frase.”¹⁴ Seguindo tal orientação, talvez fosse possível resumir o presente trabalho com a seguinte frase: partindo do pressuposto de ser o Direito um fenômeno humano-social ubiqüitário organizado em regras de *dever ser* denomináveis leis ou princípios, podemos concluir que se verdadeira for a primeira parte da afirmação, o objeto da segunda necessariamente também é produto do mesmo meio, ou seja, leis e princípios tem sua gênese no meio humano-social.

É certamente óbvia e conhecida a veracidade da primeira metade de tal raciocínio, mas nos concentraremos na segunda metade: tomar como verdadeira a primeira parte do raciocínio supra implica aceitar que as leis – do direito – são fundamentalmente produto da dinâmica social, e não monopólio das atividades da autoridade formalmente constituída.

Isso significa que as leis positivadas pelo Estado podem não corresponder às leis surgidas na dinâmica social, ou, mais especificamente, o processo estatal de produção das suas leis não guarda necessária correspondência com o processo social de produção do *dever ser* do direito, o que nos leva a um novo questionamento: se o direito é essencialmente produto do social, então, na hipótese de choque com o que é emanado pelo Estado (proposições excludentes), não deveria o primeiro se sobrepor a este segundo ao menos enquanto ao *status* de direito? E este fato todavia não se verifica na prática judiciária.

Já nesse momento é possível concluir que uma coisa é o direito enquanto fenômeno social (direito vivo), e outra coisa é o controle social exercido pela autoridade (lei estatal ou lei positiva). Essa diferença fundamental será tratada em momento oportuno do desenvolvimento da teoria.

Mas, por ora, já se poderia melhor dizer: uma coisa é o processo humano-social ubiqüitário (substantivo) de formação do direito, considerado este como fenômeno social, e outra coisa é o processo estatal legislativo-parlamentar (formal) de produção legal, considerado este último como controle social.

A tal fenômeno da produção social das leis de direito (do *dever ser*), que chamaremos de *legisgênese*¹⁵ (em outros trabalhos, vestibulares, já o chamamos de

¹⁴EHRlich, Eugen. *Id. Idem.* 1987, p. 08.

¹⁵legisgênese = legi(s)+gênese; é palavra com a qual queremos significar a origem mais fundamental e íntima das leis do direito (*dever ser*) em uma sociedade. Ressaltamos que estas leis do direito não se encontram necessariamente formuladas em um imperativo oficial positivado pelo ente estatal, e nem com o processo de formação do referido imperativo se confundem. Iniciemos o contato com o termo pela explicação de sua etimologia: “legi(s)-: antepositivo, do lat. *lex, legis* 'lei', em compostos de várias épocas, cujos padrões são dados pelo próprio lat.: *legifer, ãra, ãrum* 'legífero, que faz, estabelece

legislador real) dedicaremos o presente trabalho.

Já quanto ao fenômeno estatal de controle social pelas leis positivadas, chamaremos de legislador formal, legislador estatal ou apenas de legislador, a depender do contexto. Mais adiante, veremos também que este último conceito se subdivide em *strictu sensu e latu sensu*.

lei', *legifer, ōri* 'legislador', *legirupŕio* 'o que viola as leis', *legisconsultus* 'legisconsulto, jurisconsulto', *legislatŕio, ōnis* 'legislação', *legislātor, ōris* 'legislador', *legisperŕitus* 'jurisconsulto, legisconsulto, legisperito'; [...]; **a ação de fazer leis não teve em lat. v. [verbo] próprio, que estava, entretanto, implícito nas f. [formulas] anteriormente indicadas; [...]**". (HOUAISS, Antônio. Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa. Versão 1.0. Ed. Objetiva LTDA, Dezembro de 2001. *Grifamos*). E, por sua vez: "-gênese: pospositivo, do gr. *gēnesis, eŕs* 'fonte, origem, início', der. do v. *gígnomai* de sentido original 'nascer', posteriormente, em empregos particulares, 'gerar, produzir', conexo, pelo i.-e., com o lat. *genĕro* 'gerar, procriar' (ver gen-); [...]". (HOUAISS, Antônio. *Op. Cit.* Dezembro de 2001).

3 FUNÇÃO MÍTICA DO LEGISLADOR

Dando seguimento à diferenciação pretérita (legislador ≠ legisgênese), vislumbramos que, na modernidade, a lei estatal¹⁶ é tida como o principal elemento do direito, ainda que não seja o único, podendo ser confundida por alguns com o próprio direito. Partindo deste ponto, é possível intuir que, muito embora já não se reconheça na lei estatal e no Estado todo o “centro de gravidade do desenvolvimento jurídico”¹⁷, os estudiosos do fenômeno legal ainda atribuem a eles um papel central e hierarquicamente superior aos demais elementos desse fenômeno.

Dentro desta perspectiva, é importante lembrar que, na divisão orgânica assumida pelos Estados contemporâneos, o Poder Legislativo destaca-se na função de produtor das leis estatais, ainda que tal divisão já não seja mais vista como rígida.¹⁸ Em síntese: contemporaneamente, o foco dos agentes oficiais do meio jurídico está na lei estatal (seja texto ou norma) emanada do legislador (autoridade estatal).

Nos últimos anos, mostrou-se perceptível a tomada de fôlego (aumento de importância) que os pronunciamentos judiciais adquiriram no *civil law*. Pronunciamentos que são tomados pelos profissionais jurídicos como elementos referenciais na produção do conjunto de ideias que pode ser entendido como o direito enquanto espaço de saberes.

¹⁶Atribuimos à expressão *lei estatal* um sentido amplo, de modo que signifique toda a produção normativa estatal, compreendida aí a Constituição e suas emendas, os tratados internacionais ratificados, as leis infraconstitucionais e as respectivas regulamentações que a completam o sentido.

¹⁷EHRlich, Eugen. apud SOUTO, Cláudio. Sociologia do Direito, uma visão substantiva. 3ª ed. rev. e aum. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2003, p. 236. Para Ehrlich, relativamente [a expressão “relativamente” foi acrescida por recomendação do próprio Cláudio Souto, pois segundo ele embora Ehrlich seja simpático a um conceito substantivo de direito este ainda concebe seu conceito de *direito vivo* com ênfase na sua forma] endossado por Souto, o referido centro está no que aquele nomeia de direito vivo, expressão que “designa o que é direito para a sociedade”, sobre o qual se falará mais detalhadamente adiante.

¹⁸Sobre o tema dispõe Pontes de Miranda: “Da missão de criar o direito desempenha-se o Estado pelo ato de edctar a *lei*, porém não somente por êsse ato. Se só pela feitura de leis o Estado exercesse a função juriferante, teríamos: ou que a atividade elaboradora de regras que não fôsem lei seria *contra*, ou, pelo menos, *indiferente* à atividade do Estado, em todo o caso estranha a ela; ou que só a lei é o direito. Qualquer das duas hipóteses seria absurda. Por onde se vê que a diferenciação do poder público em legislativo, judiciário e executivo não esgota as funções de legislar, julgar e executar. Além disso, nas próprias atividades dos legisladores e dos juízes há muito de execução, e muito de julgamento, nas que competem aos legisladores e ao Poder Executivo, em todos os graus.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1946. 3ª ed. rev. e aum. Tomo I. Editora Borsoi, Rio de Janeiro, 1960, p. 213.).

Mesmo com esse fôlego novo, tais pronunciamentos, ou seja, a jurisdição (lat. *jurisdictio*, que em livre tradução pode ser entendida como a ação de dizer o direito), não conseguiu libertar-se de sua dependência submissiva em relação à lei do Estado.

Ora, a imperatividade oficial ainda é conferida pela lei estatal e é ela, também, que regula a competência (medida, forma e referencial) para que a jurisdição seja proferida. É a lei – garantida pelo Estado o qual, por sua vez, só é reconhecido por deter a soberania – que justifica a ação de *juris* dizer.

Lei essa que, como vimos supra, goza do *status* de “vontade de todos”, elemento este que dá e justifica a soberania do Estado, e que é transferido para a ela, a lei estatal, dando-lhe poder imperativo apenas por ter sido formalmente elaborada pelos representantes também formalmente eleitos.

Toda tentativa de uma suposta libertação ou superação por parte da jurisdição (ação de dizer o direito), por mais promissora que possa parecer à princípio (seja o chamado ativismo judicial, constitucionalismo democrático, uso alternativo do direito, teoria ergológica ou afins), irá fazer-se malograr por desconsiderar a lógica de que: algo que fundamenta não pode ser sobrepujado pelo que é fundamentado, ainda que aquele possa ter seu sentido por este regulado. Ou seja, por mais que se possa interpretar a lei, esta ainda é quem estabelece as fronteiras da interpretação e não o intérprete ou melhor, quem elabora a lei estatal elabora também o parâmetro de interpretar (p. ex. os princípios ou a interpretação autêntica). A base lógica dessa ideia é a de que aquele que cria/concede não pode ser sobrepujado pelo que é criado/depositário, pois ao primeiro sempre restará a faculdade de destruir/avocar, situação que não ocorrerá apenas no caso em que o criado/depositário destituir o que cria/concede de sua posição, ocupando-lhe o lugar. Eis que, para se libertar, o judiciário teria que destituir o Legislativo – em certa medida também o Executivo – de sua posição pela apropriação de sua função, o que não se espera que aconteça ou, ao menos, não poderia acontecer.

Elevada a lei estatal ao patamar de principal fonte do direito, a interpretação (Hermenêutica Jurídica) passa a ser encarada como a mais importante ferramenta para a aplicação *adequada* ou *válida* do direito ou, em verdade, da lei estatal.

Assistimos, atualmente, a um progressivo crescimento dos estudos sobre Hermenêutica Jurídica, especialmente da chamada “conforme à Constituição”. No sistema jurídico-legal, quando a interpretação gera inconvenientes, é permitido ao

Judiciário (após despertada a sua atenção) afirmar que houve um erro na *interpretação*, situação em que ela é considerada *inadequada* ou *inválida*, o que possibilita simplesmente interpretar novamente, sem que para isso seja necessário sequer alterar os fundamentos já levantados. A interpretação não é vinculada no Judiciário a elementos internos. Em seu interior é exigido apenas que ela siga a forma convencional. O *como se interpreta* não está referenciado em conteúdos de dentro do Judiciário, mas atende à disputas de interesses externas a ele. Não são apenas as disputas apresentadas para que sejam decididas que, reconhecidamente, vêm de fora, mas são alienígenas também os interesses que irão tencionar a decisão, assim como, de igual forma, as referências valorativas a serem lançadas sobre estes interesses. Tudo é, enfim, elemento estranho ao judiciário.

Procurar no interior do Judiciário, ou das instituições satélites que lhe auxiliam o trabalho, os elementos que dão massa (o núcleo, a força de atração) à interpretação é um exercício vazio. O máximo que se pode conseguir com isso é descrever o movimento, nunca identificar a origem do núcleo de significação.¹⁹ Por força dessa característica, da externalidade dos fundamentos de sentido do discurso jurídico, é que os tais fundamentos não precisam ser trocados para que se possa mudar a interpretação. Simplificando: os fundamentos presentes no discurso jurídico são meros significantes, o significado é dado por forças políticas externas. O judiciário está resignado à forças exteriores, não é *soberano*. Libertar-se dessas forças representaria assumir o seu lugar, logo, mudanças significativas do próprio *ser* do sistema jurídico-legal, com o intuito de interferir na realidade, por via da Hermenêutica Jurídica, não apenas sofrem uma grande limitação inicial, mas não dispõem da liberdade e do poder necessários para se firmar como elemento perene

¹⁹Atualmente é muito comum no meio jurídico a ocorrência de trabalhos dedicados à pesquisa sobre os motivos de decidir, sejam no STF, STJ, TRF's ou mesmo em Juizados Especiais, pelo recurso da observação de audiências, de procedimentos administrativos ou pelo estudo de julgados e outros documentos jurídicos oficiais. Por mais complexos e bem acabados que sejam estes trabalhos, por concentrar-se (limitar-se) ao que se passa no interior dos tribunais e do sistema jurídico-legal, eles não mais que descreverão estratégias de argumentação, perfis de magistrados, estruturas burocráticas ou procedimentos administrativos (frequentemente posicionando-se de maneira crítica perante a dicotomia regulamento>xprática, inexoravelmente presente nos resultados). O que os referidos trabalhos procuram (o fundamento, princípio, núcleo, razão, *ser*, enfim, o que *não se vê*) não pode ser encontrado dentro dos tribunais, tão pouco em sentenças ou no procedimento cotidiano dos agentes administrativos. Percebendo essa ausência de sentido no campo jurídico, ocultação do fundamento, foi que Warat propôs uma nova forma de sociologia a que chamou de "semiologia política do direito" ou "semiologia do poder". Sobre está proposta investigativa Cf. WARAT, Luís Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *in* Seqüência. UFSC, Florianópolis/SC, ISSN 2177-7055, p. 48-57; e WARAT, Luiz Alberto. Introdução geral ao direito: a epistemologia jurídica da modernidade. Tomo II. reimp. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002. Voltaremos ao tema no desenlaçar da teoria.

do sistema. Tantas novas correntes hermenêuticas jurídicas surgirão quanto correntes precedentes fracassarem.

Para que a mudança na interpretação fosse instrumentalizável sem afetar a coerência aparente do sistema é que foi criado o princípio do duplo grau de jurisdição e o controle que as instâncias superiores exercem sobre as inferiores, hierarquicamente dispostas, no sistema judiciário.

O juízo entre *adequação* e *inadequação*, ou *validade* e *invalidade*, da interpretação assumida, será o resultado da verificação da compatibilidade dos resultados gerados pelo sentido selecionado, avaliados em uma perspectiva do maior alcance ante os interesses do grupo social dos homens de governo, tendo em vista que os interesses destes foram tornados lei estatal pelo processo formal que já descrevemos anteriormente. Um exemplo notório disso é o uso do princípio da reserva do possível pelos magistrados para denegar garantias fundamentais (em tese indenegáveis) não atendidas pela administração e levadas à juízo, e assim poupar o planejamento orçamentário estabelecido pelos homens de governo em lei estatal (Lei Orçamentária Anual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Plano Plurianual – art. 165, CF/88).²⁰

Como forma de permitir o controle da interpretação adequada é que se faz eficiente a já mencionada disposição hierárquica do sistema judiciário. A relação de resignação do judiciário perante o poder político também ajuda a explicar o porquê do fato de quanto mais alta é a posição dentro do sistema judiciário, maior também é o grau de interferência do grupo social dos homens de governo em controlar o seu preenchimento.²¹

²⁰Pode-se levantar aqui o questionamento de que o planejamento orçamentário é estabelecido em vistas de um interesse maior, sopesando as necessidades de toda a coletividade e não de um indivíduo particular ou de um número minoritário de casos, segundo se espera que faça um regime republicano. A falaciedade desse argumento não exige grande esforço para ser revelada. Se verdadeiro ele fosse não haveria diferença entre os governos de diferentes partidos, pois o interesse da coletividade é o mesmo independente do partido no poder, já que as carências vividas são coletivas, o que faria da lei orçamentário, que deve suprir essas faltas, invariável entre os partidos. A simples escolha de *qual falta suprir primeiro* indica haver parcialidade. Essa diferença de mudança de rumos da gestão governamental do Estado, da divisão dos recursos, pela troca do grupo gestor, já demonstra a dependência que existe entre os interesses do grupo dos homens de governo, no caso do partido ou coligação de partidos no poder, e o planejamento orçamentário apresentado. Por fim, é notório ao público a existência do “lobismo” no planalto (Legislativo, Executivo e Judiciário), o que por si só lança dúvidas sobre a procedência do compromisso entre orçamento e interesses coletivos.

²¹Importante notar, para que se evitem confusões, que a origem do poder político interferente não importa; pode ser ela do Executivo ou do Legislativo, o que vale é a força fática, que pode vir inclusive do setor privado ou da sociedade civil, p. ex., ou até mesmo de mais de uma dessas fontes concomitantemente. Esta interferência do político, particularmente, na seleção dos agentes do judiciário, promove uma sensível incoerência dentro do sistema político estatal, devido à

Fica evidente a procedência desta última tese levantada quando se compara a forma de preenchimento do primeiro nível do Poder Judiciário com a forma de preenchimento do último nível do mesmo poder, respectivamente, juiz de primeiro grau (cargo de ingresso na magistratura), por concurso público, e ministro do Supremo Tribunal (mais alto cargo da magistratura), por negociação estritamente política (resultado do processo de acomodação dos interesses dos homens de governo).

O resultado final é que, em curto prazo, os interesses do grupo social ao qual pertencem os homens de governo podem até ser circunstancialmente contrariados, mas, em médio e, especialmente, em longo prazo (conforme a competência para decidir sobre dentro do sistema judiciário, o que faz subir também o grau de articulação política aplicada), o sistema tratará de resguardá-los, garantindo-lhes a manutenção de uma situação confortável.

A ênfase crescente na interpretação se tornou, em verdade, uma válvula de escape para aliviar a pressão da tensão criada pelo esgotamento do Positivismo, mas ainda está longe de representar uma saída da crise. Representa, sim, mais uma tentativa de *remendar* um sistema autofágico, alimentando, dessa forma, um ciclo infundo de degeneração e pretensa reintegração pelo recurso da hermenêutica jurídica. Deste ciclo têm surgido as mais variadas “teorias” da interpretação da lei estatal (entendida, no sistema, como o direito – traço inerente ao Positivismo), e mais recentemente, em especial da Constituição (entendida, no mesmo sistema, como a norma das normas – outro traço inerente ao Positivismo).

Lembremos, e esse pensamento é crucial para a nossa teoria, que, ancorado ao *mito de criação*²² do legislador, se desenvolve a estrutura do discurso de

incompatibilidade entre a auto-proclamação de democrático ante a ausência de eleição no preenchimento de cargos do poder Judiciário. O que é sentido como um excesso de mediação entre a justificação atribuída pela delegação de poder, vindo da soberania, e o representante escolhido: há uma desconfiguração do republicanismo na adoção do procedimento da escolha de representante por representante (o que se reveste em um mandato com poderes não para designar agentes circunstanciais, mas para conceder mandato), que torna a escolha não mais de todos, mas de um grupo por afinamento.

²²Chamamos especial atenção sobre esta expressão (mito de criação) por sua capacidade de situar a perspectiva que se busca lançar sobre nosso objeto. *Mito de criação*, na sua acepção mais simples, significa uma *narrativa* culturalmente transmitida da criação/origem de algo. A este respeito, a contribuição de Pontes: “Os mitos são atemporais, e são escritos de acordo com a realidade de cada povo e cultura para assegurar a sua identidade. Isto é, os mitos são moldados para satisfazer os anseios de uma sociedade. É como se o mito só se tornasse verdade para uma população se as situações que interferem em determinada população, cultura ou tribo, fossem favoráveis à aceitação ou até mesmo à criação de um mito.” (PONTES, A. I. S. A “influência” do Mito Babilônico Enuma Elish, em Gênesis 1,1–2,4a. 2010. 100 f. Dissertação (Mestrado em Ciências da Religião) – Programa de

justificação da legitimidade preponderante da lei estatal em relação às demais formas de orientação de conduta que não têm por base as ideias de soberania popular e Estado de direito, a exemplo da moral ou da religião. A narrativa da origem do legislador é a fonte da justificação de sua existência e posição.

Neste momento, antes de prosseguir em nosso raciocínio, é oportuno alertar que, embora fecunda a questão do mito no direito²³, e crucial para o nosso conceito, não esgotaremos a matéria por questões de delimitação do tema e administração do tempo, ficando, não sem nosso pesar, um estudo mais detido para trabalho futuro. No momento, nos deteremos em apenas evidenciar a função mítica que possui o conceito de legislador como explicação da origem do direito (lei estatal), oportunidade em que dedicaremos especial atenção à relação entre a ideia de soberania e o recurso ao *Mistério* como fundamento genetriz.

É com base na função mítica que tem a explicação da criação da lei estatal pelo legislador (creditado, lembre-se, como o representante democraticamente eleito), e da identificação desta com o direito, que apenas ela – a lei estatal – é imposta e aceita na sociedade moderna como um imperativo ubiquitário, irrecusável, prévio e justificadamente²⁴ coercitível.

É, pois, diretamente atrelada à concepção *do quê – de quem e por quê* – é o legislador no Estado moderno de Direito, que se encontra a razão de serem as leis estatais aceitas de modo irrecusável sob perspectiva ordinária, poderíamos mesmo dizer que, tendo sido aceita a narrativa genealógica, justificadamente.

O raciocínio da ligação entre a função mítica da explicação sobre o legislador e a aceitação justificada da lei estatal pela população, pode ser compreendido mais facilmente a partir do conciso diacronismo elucubrativo seguinte: no Egito Antigo a

Mestrado em Ciências da Religião, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2010. p. 40.). Vê-se, assim, que o mito vem para atender “anseios de uma sociedade”, exercendo a principal função de explicação pela identidade: converge a compreensão sobre as coisas ressaltando aspectos compartilhados. O mito exerce este mesmo papel também no sistema jurídico, em seus discursos. Particularmente, em relação à ideia que é transmitida de legislador, esta assume o papel de mito de criação da lei e, conseqüentemente, na modernidade em especial, de ponto referencial do que é *de direito* e do que não é.

²³Cf. FITZPATRICK, Peter. A mitologia na lei moderna. trad. Nélio Schneider. Editora UNISINOS, Coleção Díke, São Leopoldo/RS, 2007.; e, WARAT, Luiz Alberto. Introdução geral ao direito: interpretação da lei: temas para uma reformulação. Tomo I. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1994. *pass.*

²⁴“O tema do fundamento surge no pensamento político, e no jurídico, por conta da necessidade de atribuir-se uma justificação ao poder: o plano institucional da sociedade, no qual existe o poder, comporta (e precisa de) uma justificação. O poder – salvo no caso do poder primigênio e no do realmente ‘absoluto’ – busca legitimar-se. Busca-se coonestar o mando (e com ele obediência), ou seja, no caráter ‘oficial’ do poder.” (SALDANHA, Nelson. Filosofia do direito. 2ª ed. rev. e ampl. Renovar, Rio de Janeiro, 2005. p. 138.).

autoridade do Faraó, e das leis que ele estabelecia, vinha da certeza de que ele se ombreava às divindades, assim, sua palavra e vontade eram divinas. O faraó era a própria divindade, e sua palavra sagrada.²⁵ Mesmo na Antiguidade Grega, dito berço da democracia, a vontade dos deuses é que permitia e/ou determinava o rumo das coisas, fazendo o governo possível apenas na medida em que *desejassem* os deuses, tornando dependente a autoridade daquele dessa vontade. Determinante entre as preocupação de um grego era agradar os deuses, pois, caso não o fizesse, consequências trágicas recairiam sobre ele e sua família.²⁶

De modo similar a este último, mas com a diferença de que se nele os deuses eram humanizados, agora os homens eram divinizados, foi Roma dos Césares. Nela permanecia a influência divina para legitimar, mas aqueles que detinham a “glória” se comparavam aos deuses. Divinizava-se o César, cidadão *naturalmente* preterido pelos deuses.

Na primeira parte da Idade Média, a autoridade do Rei, e das leis que ele estabelecia, vinha da crença de que ele (e sua linhagem) fora escolhido diretamente por Deus (agora já o cristão) para governar, logo sua palavra e vontade eram respaldadas pelo Divino. Pensamento sucedido pela ideia de que Deus intervinha propiciando uma ordem de condições favoráveis ao direcionamento de alguém ao trono (*providência divina*). A ideia de uma interferência providencial permitia, em tese, que qualquer cidadão ocupasse o trono, abrindo portas para a troca das linhagens nobres tradicionais na coroa.²⁷

Nestes exemplos marcantes, a legitimidade do poder vem diretamente do caráter divino de sua origem, sem intermediação, em um contexto em que o divino,

²⁵A informação da qualidade divina dos faraós é de conhecimento notório, passível de verificação em qualquer obra de história, especialmente as de egiptologia.

²⁶A literatura é muito rica em exemplificar essa relação dos antigos gregos com a necessidade de agradar o deuses, o que era feito pelas consultas ao oráculo e oferecimento de sacrifícios, buscando-se assim cair na preferência deles e evitando sua ira. Retratam essa situação os textos épicos, a teogonia, tragédias e comédias. A esse respeito indicamos, além dos conhecidos *Iliada* e *Odisseia* de Homero, o *Édipo rei*, *Antígona* e *Electra* de Sófocles.

²⁷Em referência remetemos ao quadro de Jacques-Louis David, exposto no Louvre, que retrata a coroação de Napoleão Bonaparte como imperador dos franceses, ocorrida em 02/12/1804. Obra que, a começar por suas dimensões, já ilustra a pretensão de poder de Napoleão: 6,21m por 9,79m. No quadro, deliberadamente quebrando com a tradição das coroação pelo Papa (representante do Divino), Napoleão coroa a si mesmo e em seguida coroa Joséphine imperatriz. O Papa Pio VII nada mais faz que assistir a cerimônia. A cena pintada por Jacques-Louis faz clara menção ao quadro da coroação de Carlos Magno, como imperador dos Francos, ocorrida em 800, ocasião em que ele se posta de joelhos diante do Papa em sinal de submissão, representando a determinação divina da investidura na coroa.

por ser absoluto, dispensa justificação.²⁸ O *porquê* de ser legítimo um poder era indagado até que se chegasse à divindade, sendo esta, por sua própria natureza, soberana em absoluto.

Vê-se, pois, uma teogonia da soberania e de sua fundamentação teórica. Nos povos antigos, o respaldo divino vinha de crenças politeístas, o que permitia desacordos entre a vontade dos deuses, que ora favoreciam um indivíduo e ora favoreciam outro.²⁹ Esta multiplicidade de deidades, todavia, não deixava de apresentar um deus maior, um deus dos deuses, por assim dizer, entidade que reinava sobre as demais divindades. O que permitia que fosse cultivada a ideia de uma confluência do poder a um ponto único, este o soberano verdadeiro, mas que não estava livre de ser “enganado” pelos outros deuses (potências) ou mesmo por mortais (heróis e/ou semideuses). Relevadas as particularidades (existência de “sub-nipotências”), o poder maior pertencia, de toda forma, a uma divindade principal.³⁰

Já na Europa depois de Cristo (monoteísta), durante muitos séculos, prevaleceu a ideia da soberania fundada na teoria do Direito Divino Direto que atrelava o fundamento da soberania diretamente ao divino, do qual toda autoridade temporal derivaria. O fundamento deste pensamento se encontra precisamente na passagem bíblica Romanos 13:1.³¹

²⁸“A legitimidade é um atributo do poder: ao poder reconhece-se o caráter de legítimo se ele atende a certas exigências éticas, mas não puramente éticas. A tradição, que nas monarquias conferia legitimidade ao titular da coroa (a legitimidade como oposta da ‘usurpação’), tem um aspecto ético, mas em um sentido peculiar: a tradição deve estar inserida nas crenças da comunidade e no *ethos* social vigente, não em uma ‘moral’ formalmente entendida. Em geral, o poder necessita de justificativa quando suas bases entram em crise. O poder realmente ‘absoluto’ não carece de justificação.” (SALDANHA, Nelson. *Id. Idem.* 2005, p. 141.).

²⁹Dois grandes exemplos são: a entrega do fogo (que representa a técnica e o conhecimento) aos homens por Prometeu, titã conhecido na mitologia por, em mais de uma vez, contrariar os outros titãs em benefício dos homens; e, a entrega por Eolo, deus dos ventos, de todos os ventos, com exceção de Zéfiro (vento de índole amena), em um odre à Odisseu (ou Ulisses), para que esse tivesse uma volta tranquila à Ítaca, contrariando, assim, Posêidon, deus dos mares, que queria vingança para o seu filho Polifemo, cíclope iludido e cegado por Odisseu.

³⁰P. ex.: Cronus e Zeus (Grécia), Brahma e Shiva (Índia), Ámon e Atum (Egito), Buro e Odin (Escandinávia – Suécia, Dinamarca e Noruega), Nhandervuçu e Tupã (Brasil), Hunab Ku e Itzamná (México), 無極 – Wuji e 玉皇 – Imperador de Jade (China), etc.

³¹“1 **Toda alma esteja sujeita às autoridades superiores; porque não há autoridade que não venha de Deus; e as que existem foram ordenadas por Deus.** 2 Por isso quem resiste à autoridade resiste à ordenação de Deus; e os que resistem trarão sobre si mesmos a condenação. 3 Porque os magistrados não são motivo de temor para os que fazem o bem, mas para os que fazem o mal. Queres tu, pois, não temer a autoridade? Faze o bem, e terás louvor dela; 4 porquanto ela é ministro de Deus para teu bem. Mas, se fizeres o mal, teme, pois não traz de balde a espada; porque é ministro de Deus, e vingador em ira contra aquele que pratica o mal. 5 Pelo que é necessário que lhe estejais sujeitos, não somente por causa da ira, mas também por causa da consciência. 6 Por esta razão também pagais tributo; porque são ministros de Deus, para atenderem a isso mesmo. 7 Dai a cada um o que lhe é devido: a quem tributo, tributo; a quem imposto, imposto; a quem temor, temor; a quem honra, honra. 8 A ninguém devais coisa alguma, senão o amor recíproco; pois quem

Esta teoria, conhecida pelo caráter sobrenatural do liame de atribuição da soberania ao governante, teve como expoentes Jean Bodin e a doutrina de Maquiavel.³² Posteriormente, já próximo do fim da Idade Média, essa ideia foi abrandada pelo que ficou conhecido como teoria do Direito Divino Indireto, teoria que, embora continuasse na linha de uma fundamentação claramente divina da soberania, explicava a vontade divina no interior dos acontecimentos temporais, revelando-se de modo indireto.

Tal teoria substituía o caráter sobrenatural direto pela concepção de *providência divina*, ideia que reconhecia abertamente a fonte divina do poder, mas sustentava, todavia, que este poder se manifestaria no mundo através da ocorrência de acontecimentos fortuitos ou desgraças sem aparente explicação. Excluía-se o *acaso* e nada acontece por coincidência, mas sim de acordo com a vontade e desígnios de Deus.

Expoentes dessa corrente foram Suarez (da Escola Espanhola) e São Tomás de Aquino.³³

Afastando-se um pouco mais da fundamentação divina, mas sem perder em nada a função mítica, inspirada pelas revoluções europeias, especialmente a Francesa, surge a teoria da Soberania Nacional ou Popular Nacional. Teoria que remete ao passado teórico do Ocidente e vai buscar inspiração na República Romana e na Democracia Ateniense, movida pela influência dos estudos de Platão e Aristóteles (intrinsecamente ligados aos estudos bíblicos medievais [surgimento da Hermenêutica], pelos escolásticos), e de clássicos latinos como Virgílio e Cícero (referência no pensamento política). Ocorre aí um giro na propriedade da soberania: não é o governante que *possui* o poder, mas o poder que *regula* o governante.

O governante passa a ser visto como representante do povo nação (estes sim são os verdadeiros titulares da soberania), e não mais como seu titular divinamente

ama ao próximo tem cumprido a lei. 9 Com efeito: Não adulterarás; não matarás; não furtarás; não cobiçarás; e se há algum outro mandamento, tudo nesta palavra se resume: Amarás ao teu próximo como a ti mesmo. 10 O amor não faz mal ao próximo. De modo que o amor é o cumprimento da lei.” (Bíblia Sagrada, Romanos 13, 1-10. *Grifamos*).

³²Cf. MAQUIAVEL, Nicolau. Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio. Martins Fontes, São Paulo, 2007. *pass.*

³³Cf. AQUINO, São Tomás de. Suma de Teología: CUESTIÓN 19: Sobre la voluntad de Dios. 4ª reimp. Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid/ES, 2001. *pass.*

incumbido. Esta última explicação para o fundamento da soberania prevalece como a dominante até os dias atuais.³⁴

É considerado como o principal expoente dessa explicação Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), da Escola Clássica Francesa, cujas obras de referência são *Discurso sobre a origem da desigualdade entre os Homens* (1754) e *Do Contrato Social* (1762). Este foi precedido, na teoria contratualista³⁵, por Thomas Hobbes (1588-1679), inglês, autor de *Leviatã ou a Matéria, Forma e Poder de uma Comunidade Eclesiástica e Civil* (1651), e por John Locke (1632-1704), também inglês, autor de *O Segundo Tratado do Governo Civil* (1690). Em apertada síntese, estes autores guardam em comum, apesar das muitas diferenças, a particularidade de defenderem a ideia de que a sociedade e os governos se formaram depois de ter sido celebrado/imposto um contrato entre os homens, formado pela concessão/apropriação de parte ou da totalidade da liberdade *natural* de cada contratante, cabendo, então, ao governo formado, o depósito dessas liberdades que lhe dá, principalmente, o monopólio da força/violência legítima. Embora retire o fundamento da soberania da ideia da delegação supostamente feita pelos primeiros homens que se agruparam em uma comunidade humana, formando assim um governo, estes teóricos não excluem a referência a Deus, que criou o homem e, deste modo, criou também a liberdade (livre arbítrio) que estes mesmos homens tributam para fazer parte do contrato. O poder, que justifica a soberania, ainda tem sua origem ontológica na deidade, a diferença é que ele não é mais concedido nas mãos de um escolhido destinado a governar.

³⁴A exemplo disso, historicamente, a declaração de independência dos Estados Unidos da América e, mais recentemente, a Constituição brasileira de 1988, que consagram a ideia da *soberania popular*, respectivamente vejamos: “São verdades incontestáveis para nós: todos os homens nascem iguais; aos homens **conferiu o Criador** certos direitos inalienáveis, entre os quais o de vida, o de liberdade e o de procurarem a própria felicidade: **para a segurança desses direitos se constituíram entre os homens governos, cujos justos poderes emanam do consentimento dos governados**; e sempre que qualquer forma de governo tenda a destruir esses fins, assiste ao povo o direito de mudá-la ou aboli-la, instituindo outro governo cujos princípios básicos e organização de poderes obedeçam às normas que lhe pareçam mais próprias para promover a segurança e a felicidade gerais.” (Grifos nossos). Trecho da Declaração de Independência dos EUA. “Nós, **representantes do povo brasileiro**, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, [...], promulgamos, [...] a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” (Grifos nossos). Trecho do Preâmbulo da C.F./88; “**Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente**, nos termos desta Constituição.” (Grifos nossos). Art. 1º, Parágrafo Único, C.F./88.

³⁵Adiante voltaremos nesse assunto, quando então trataremos da insustentabilidade da ficção de um *Estado de Natureza* que antecede o *Estado Social*, e que serve de base para a teoria do *contrato social*, que por sua vez deu origem a teoria constitucionalista moderna.

Outras correntes também buscaram fundamentar a ideia de soberania, mas por serem muitas, não se mostra proveitoso para o nosso trabalho tratar de todas aqui. Destaquemos, por fim, apenas mais uma, a chamada teoria da Soberania do Estado. Seus expoentes mais notórios são Hegel, com a tese do Estado Absoluto, e os estudos jurídicos de Von Ihering, Jellinek e Hans Kelsen.

Esta explicação opõe-se fundamentalmente a da Escola Clássica Francesa e atribui a titularidade da soberania diretamente ao Estado como ente autônomo e dotado de vontade própria e distinta das do governante e da coletividade. Explicação que se mostrou útil aos Estados autoritários dotados de um regime jurídico rigorosamente Positivista, dos quais o mais notório deles foi o nazista. Diferem-se, como visto, as duas últimas correntes apresentadas pela fato de a primeira defender que soberano é o povo, e a segunda que soberano é o Estado. A primeira sujeita o Estado ao povo, e a segunda o povo ao Estado.³⁶

Na Modernidade, a autoridade do(s) governante(s) – visto(s) como representante(s) *em serviço* –, como da sua instituição orgânica compreendida no Estado³⁷, e das leis que estabelece, vêm da crença de que o modelo de governo seguido possibilita, em tese, que os próprios governados (titulares da soberania) governem. Prevalece, nesse caso, como visto, a tese da Soberania Nacional, Nacional Popular ou apenas popular.

Embora sejamos levados a pensar que se consolida a racionalização do fundamento da soberania, a justificação mística, embora sutil, ainda persiste indiretamente na explicação. A teoria da soberania popular em momento algum apresenta fundamentos de ser ela o “poder primigênio”, mas se coloca, em verdade, como poder justificado.

Vê-se que agora o conjunto dos cidadãos comuns, a soma das vontades individuais, como inteligência detentora e formadora da vontade soberana, assume a

³⁶Correntes da teoria da soberania: Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 25ª ed. Saraiva, São Paulo, 2005; e MALUF, Sahid. Teoria geral do Estado. rev. e atual. por Miguel Alfredo Malufe Neto. 22ª ed. Saraiva, São Paulo, 1993. *pass.*

³⁷“O Estado é um grupo social importante e com o poder das armas. Realisticamente, porém, é apenas o grupo social dos homens de governo (entendido o governo *lato sensu*, alcançado o executivo, o legislativo e o judiciário). Estado não é pois igual à sociedade: a sociedade é grupo social altamente extenso, quer dizer, aceito por muitíssimo indivíduos, grupo bem mais abrangente que o grupo social estatal. Muito menos é Estado igual a realidade social total, entendida essa totalidade em nível internacional. [...] Uma terceira acepção básica de ‘legítimo’ é a que o visualiza como aquilo que um grupo social reconhece como devendo ser. Esse sentido de ‘legitimidade’ tem uma conotação quantitativa, pois se refere à unanimidade ou à maioria de um grupo social.”. (SOUTO, Cláudio. *Id. Idem.*, 2002. p. 51-52.).

identidade que antes pertencia *diretamente* à divindade nas primeiras teorias (remontadas à Antiguidade) do Direito Divino. Este novo ente, a coletividade de cidadãos, não é ou está em um, mas em todos eles, e se realiza enquanto coletividade interagente.

É importante que se deixe claro que esta nova entidade, a coletividade, não cria a soberania, já que não é ela, como fora dito, o poder primigênio, mas ela a detêm, inicial e permanentemente, no plano político-social, delegando-a, sempre em caráter temporário, ao representante que venha a exercê-la. A explicação sobre a fonte original do poder soberano nunca abandonou o plano metafísico, apenas o ocultou, passando, gradualmente, de uma vinculação imediata para uma mediata. A coletividade enquanto entidade não destitui a divindade criadora³⁸ do seu domínio, ela apenas assume o lugar de *segunda pessoa* desta, de forma que ambas ainda chegam a se confundir quando são consideradas em sua função mítica, mas se diferenciam enquanto *persona* em suas características fenomenológicas.

A coletividade é entidade manifesta no plano físico – constituída – que permite a ponte com a deidade situada no plano metafísico – constituinte. Aquela é produto desta, e está por aquela faz conhecer o seu poder/vontade. Situação que permite uma explicação racionalista, mas não racional, da manifestação de uma força ilimitada no plano das limitações (o real).

Mas, mesmo com a configuração deste cenário, ainda existe a impossibilidade prática-operacional de uma manifestação articulada da vontade da deidade diretamente pela coletividade (esta, lembre-se, detentora do poder onipotente no plano político-social), fato que torna necessária a figura dos representantes da coletividade (voltaremos a este assunto logo adiante). Na Modernidade, embora seja possível a prática da democracia direta, graças ao desenvolvimento das tecnologias, ela se resumiria à manifestação de vontades individuais coletivamente, o que não é democracia efetiva, pois careceria da realização de debates francos e da tomada das decisões conjuntamente, os quais

³⁸Importante esclarecer que, no caso, deidade serve à representação da ideia de onipotência (poder primigênio). Ideia necessária para a concepção da ideia de soberania. O que é soberano não pode estar submisso. Em último grau de aprofundamento arqueológico das ideias, só o *mistério* é onipotente. Há, porém, a possibilidade de compreensão dessa ideia de Deus, do mistério, de pelo menos duas formas: como inteligência superior ou como conceito de ordem universal. Ambas as formas de compreensão deste pensamento são indiferentes para o cumprimento da função de representação da onipotência, é suficiente a convergência a um só ponto.

continuam inviáveis mesmo com a tecnologia digital, circunstância essa que ratifica a necessidade da representação.

Por ter sido constituída no plano do real, do ser e assim, ter seu *ser no mundo* uma causa, a coletividade não é propriamente soberana, já que algo (seja ele o que for, por isso o uso do termo *Mistério* pela religião) presumidamente lhe precede/criou. Já a deidade se auto constituiu (poder primigênio) não possuindo nada acima ou nada antes³⁹ dela mesma, todas as forças e coisas (energia-massa) da dimensão do ser, incluindo a própria dimensão do ser (espaço quadridimensional [altura, profundidade, largura e tempo]) dela e por ela tiveram sua origem, e para ela

³⁹[...] se a vontade de Deus quis eternamente a produção das coisas e estas não foram feitas desde a eternidade, torna-se necessário admitir que a produção das mesmas tenha sido precedida de movimento e de outros seres sujeitos a movimento. Estes, se foram produzidos por Deus, mas não desde a eternidade, foram precedidos pela existência de outros movimentos e de outros seres imóveis, **o que nos levaria também a admitir um processo ao infinito.** 2 — Essa objeção pode ser facilmente respondida, se considerarmos a diferença que existe entre o agente universal e o agente particular. Ora, **o agente particular tem a sua ação proporcionada à regra e à medida estabelecidas pelo agente universal.** Assim acontece também na ordem civil: o legislador põe a lei como regra e medida, e, conforme essa lei, o juiz particular julga. O tempo, com efeito, é a medida das ações que se realizam no próprio tempo. O agente particular tem a ação proporcionada ao tempo, de modo que ele age agora, e não agiu antes, devido a alguma razão determinada. Mas **o agente universal, que é Deus, instituiu também aquela medida, que é o tempo, e isso fez conforme a própria vontade.** Entre as coisas feitas por Deus, está também o tempo. Se a quantidade e a medida de cada coisa são estabelecidas por Deus, também a dimensão do tempo é a que Deus lhes quis dar, de modo que o próprio tempo e as coisas a ele sujeitas tiveram início quando Deus os quis existentes. 3 — A objeção que respondemos refere-se ao agente que pressupõe o tempo e que age no tempo, não ao agente que instituiu o tempo. Ora, uma pergunta que indaga porque a vontade eterna produziu um efeito agora, e não antes, já pressupõe o tempo preexistente, pois agora e antes são partes do tempo. Com relação à produção universal das coisas, entre as quais está o tempo, não se deve perguntar: ‘— Por que agora, e não antes?’ Deve-se, sim, perguntar: ‘— Por que Deus quis dar medida ao tempo?’ Ora, a vontade divina é indiferente a esta ou àquela dimensão que ela quis dar ao tempo. 4 — A mesma consideração pode ser feita a respeito da quantidade dimensiva do mundo. Não se deve perguntar: ‘— Por que Deus constituiu o mundo corpóreo neste lugar, não acima, nem abaixo, nem em outra posição?’ Não se deve fazer tal indagação, porque fora do mundo não há lugar. Tal situação do mundo origina-se da vontade de Deus, que deu ao mundo corpóreo esta sua dimensão, de modo que nada dele estivesse fora do lugar em que está, qualquer diferente posição em que estivesse. Embora antes do mundo o tempo não existisse, nem fora do mundo existisse lugar, usamos, contudo, deste modo de falar. **Antes da criação do mundo, nada existia senão Deus; fora do mundo, não há outro corpo. Nesses casos, não entendemos antes e fora; tempo e lugar, senão de um modo puramente imaginário.**” (AQUINO, São Tomás de. *Compêndio de teologia*. trad. not. D. Odilão Moura. Presença, Rio de Janeiro/RJ, 1977. p. 59-60.). Este raciocínio de inspiração teológica se sustenta mesmo em um contexto ateuista, no que Deus é substituído pela ideia de evento criador, p. ex., a teoria do *Big-Bang*. De acordo com essa teoria, não existe “antes do universo”, porque antes do universo não existia o tempo nem o espaço, logo não havia antes nem depois, que são considerações sobre os eventos localizados no espaço-tempo. Só com a grande explosão que criou o universo surgiu também o espaço-tempo e a energia-matéria, bem como todas as leis da física. Stephen William Hawking (físico britânico) defende a ideia de que antes do universo não existia nada (exatamente isso: nada). O *existir* só veio a existir *com* o universo. Ora, seja como inteligência superior ou como conceito de ordem universal, ambas as formas de compreensão cumprem a função de representação da onipotência, evitando que se tenha que “admitir um processo ao infinito”.

convergem, sendo assim, ela é a única força verdadeiramente soberana por ser o *ponto original*.

O surgimento da entidade *povo soberano*, removendo-o de sua antiga posição, agora não mais como subalterno (escravo, servo, plebe), e a instituição de personalidade a sua soma, é teoricamente viabilizada pela mudança de interpretação dispensada ao cristianismo.

O cristianismo é importante para a mudança da qual estamos tratando por ocupar a posição de principal identidade religiosa (mística) dos povos ao redor do mundo⁴⁰, influenciando, direta ou indiretamente, na cultura e no pensamento de toda a civilização. Atualmente, o cristianismo não é a principal religião apenas no norte e na costa oeste da África, no Oriente Médio e na maior parte da Ásia, embora se faça presente nestes lugares. O alcance que o cristianismo possui nas mais diversas nações lhe assegura um papel de destaque na história, especialmente depois dos dois principais períodos de missões religiosas, inicialmente endereçado ao Oriente Médio e posteriormente à América, África e Ásia; períodos denominados, respectivamente, de Cruzadas (século XI ao XIII), que implementou a fé pela espada, e de Missões Jesuíticas (século XVI), que implementa a fé pela educação dos nativos ou culturalização.

A mudança interpretativa dos princípios cristãos – voltando-os a um resgate dos primórdios do cristianismo quando ele ainda era perseguido por Roma – fez com que o cerne da manifestação da espiritualidade no mundo se transformasse. O conceito central não mais era o de uma relação hierárquica oprimente Criador/criatura, focada no pecado e na culpa – o que implicava em uma necessária relação de hierárquica opressora soberano/povo, focada na propriedade natural do soberano e na dívida do povo para com ele –, mas a experiência mística passou a se concentrar na compreensão de um Deus misericordioso, que se identifica com o

⁴⁰Posição das religiões no mundo segundo o número de adeptos: 1º lugar Cristianismo (Católico, Protestante e Ortodoxo), 2º lugar Islam (Sunnitas e Chiitas), 3º lugar ateísmo, 4º lugar Hinduísmo, 5º lugar outras religiões, 6º lugar religião tradicional chinesa, 7º lugar Budismo, 8º lugar Sikh ou Sique, 9º lugar Juche ou Kimilsunismo, 10º lugar Espiritismo, 11º lugar Judaísmo, 12º lugar Mormom, 13º lugar Bahai, 14º lugar Testemunho de Jeová, 15º lugar Jainismo, 16º lugar Sintoísmo, 17º lugar Cao Dai, 18º lugar Zoroastrismo, 19º lugar Tenrikyo, 20º lugar Neopaganismo, 21º lugar Unitária Universalista, 22º lugar Rastafari e no 23º lugar Cientologia. (Cf. PONS, Jordi Induráin [dir. editorial]. Actual Atlas de Geografía Universal: Vox. Larousse, Barcelona, 2008. p. 57.).

sofrimento humano, assumindo Ele também um rosto humano, e que revela uma clara preferência pelos “pequeninos”.⁴¹

Por intermédio dessa relação com o *Mistério*, agora focada no ingresso da deidade pessoalmente nos eventos da história, assumindo um rosto de trabalhador pobre e membro de uma comunidade marginalizada, se estabelece a elevação da coletividade (trabalhadores, pobres, marginalizados) à segunda pessoa da deidade, algo só atingível após o transcurso dos processos revolucionários históricos (formadores de consciência e ruptores de dogmas) dialogados com uma identidade religiosa comum entre os povos (intermediária da ligação com a onipotência [poder primigênio] e educadora dos valores/princípios compartilhados).

Mesmo após a concentração da hermenêutica na manifestação física da deidade, optante esta por uma identidade pobre e marginalizada, o que eleva o povo à condição de soberano, a ideia de hierarquia não é de todo abandonada pelo pensamento cristão contemporâneo, pois se preserva o pensamento de que todo poder vem de Deus.⁴² Esse fundamento é monoteísta característico das chamadas

⁴¹Esta *imagem* de Deus, identificada através de Cristo com os pobres e sofredores, se localiza nas Escrituras, de onde é obviamente interpretada, na seguinte passagem do Novo Testamento: “31 Quando, pois vier o Filho do Homem na sua glória, e todos os anjos com Ele, então se assentará no trono da sua glória; 32 e diante Dele serão reunidas todas as nações; e Ele separará uns dos outros, como o pastor separa as ovelhas dos cabritos; 33 e porá as ovelhas à sua direita, mas os cabritos à esquerda. 34 Então dirá o Rei aos que estiverem à sua direita: Vinde, benditos de meu Pai. Possuí por herança o reino que vos está preparado desde a fundação do mundo; 35 porque tive fome, e me destes de comer; tive sede, e me destes de beber; era forasteiro, e me acolhestes; 36 estava nu, e me vestistes; adoeci, e me visitastes; estava na prisão e fostes ver-me. 37 Então os justos Lhe perguntarão: Senhor, quando te vimos com fome, e te demos de comer? ou com sede, e te demos de beber? 38 Quando te vimos forasteiro, e te acolhemos? ou nu, e te vestimos? 39 Quando te vimos enfermo, ou na prisão, e fomos visitar-te? 40 **E responder-lhes-á o Rei: Em verdade vos digo que, sempre que o fizestes a um destes meus irmãos, mesmo dos mais pequeninos, a mim o fizestes.** 41 Então dirá também aos que estiverem à Sua esquerda: Apartai-vos de mim, malditos, para o fogo eterno, preparado para o Diabo e seus anjos; 42 porque tive fome, e não me destes de comer; tive sede, e não me destes de beber; 43 era forasteiro, e não me acolhestes; estava nu, e não me vestistes; enfermo, e na prisão, e não me visitastes. 44 Então também estes perguntarão: Senhor, quando te vimos com fome, ou com sede, ou forasteiro, ou nu, ou enfermo, ou na prisão, e não te servimos? 45 Ao que lhes responderá: **Em verdade vos digo que, sempre que o deixaste de fazer a um destes mais pequeninos, deixastes de o fazer a mim.**” (Bíblia Sagrada, Mateus 25, 31-45.).

⁴²De 6 de janeiro de 2011 o *YOUCAT: catecismo jovem da Igreja Católica*, obra que objetiva trazer para a linguagem juvenil a fé católica apresentada no Catecismo da Igreja Católica (este de 11 de outubro de 1992), sumula a base da hierarquia na Igreja Católica da seguinte forma: “**Por que motivo a Igreja não é uma organização democrática? / O princípio da democracia consiste em que todo o poder advém do povo. Na Igreja, porém, todo o poder vem de Cristo, pelo que ela tem um perfil hierárquico; simultaneamente, Cristo deu-lhe uma estrutura colegial. [874-879] / O princípio ‘hierárquico’ da Igreja consiste no próprio Cristo, que nela age quando os ministros ordenados fazem ou concedem algo que por si mesmo não fariam ou concederiam, isto é, quando, no lugar de Cristo, eles celebram os → SACRAMENTOS e ensinam com plenipotência. O princípio ‘colegial’ da Igreja consiste em que Cristo confiou a totalidade da fé a uma comunhão de doze Apóstolos, cujos sucessores conduzem a Igreja sob a presidência do ministério petrino; na base desta dimensão colegial são imprescindíveis os concílios da Igreja. A multiplicidade dos dons espirituais e a**

“Religiões do Livro” – Judaísmo, Cristianismo e Islamismo –, religiões que juntas possuem no mundo mais da metade dos prática de algum culto.

No cristianismo a ligação com o ser divino é Jesus⁴³, – considerado o cordeiro da nova e última aliança entre Deus e o Homem – e é em seu nome que o poder é exercido. O que muda de modo original na identidade espiritual (experiência do ser humano com a mística), de parte significativa do mundo, é que a atenção possa a ser direcionada para a crença na vinda do Messias servo. O Deus-Pai (onipotência monotéica) adquire um rosto e uma história humanas, Ele opta por assumir o papel não dos, a época, então esperados Messias o político, Messias o guerreiro ou Messias revestido de Gloria, mas o de Messias *servo*. A deidade *se faz* humano – preservando, no entanto, simultaneamente, a sua identidade de primeira pessoa da trindade no Pai – nascido nas periferias do poder religioso, político e econômico (no povoado de Nazaré, filho de um velho carpinteiro e de uma jovem do templo, ambos muito pobres), por sua vontade, fato que glorifica a população com a qual guarda identidade.

universalidade da Igreja tornam-se também fecundas noutras instituições da Igreja, como os sínodos e os conselhos.”). (BENTO XVI, Papa. YOUCAT Brasil: Catecismo jovem da Igreja Católica. 1ª ed. 3ª reimpr. Paulus, São Paulo, 2012. p. 86-87. *Negrito e itálico presentes no original*).

⁴³5 Disse-lhe Tomé: Senhor, não sabemos para onde vais; e como podemos saber o caminho? 6 Respondeu-lhe Jesus: **Eu sou o caminho, e a verdade, e a vida**; ninguém vem ao Pai, senão por mim. 7 Se vós me conhecêsseis a mim, também conheceríeis a meu Pai; e já desde agora o conheceis, e o tendes visto. 8 Disse-lhe Felipe: Senhor, mostra-nos o Pai, e isso nos basta. 9 Respondeu-lhe Jesus: Há tanto tempo que estou convosco, e ainda não me conheceis, Felipe? **Quem me viu a mim, viu o Pai**; como dizes tu: Mostra-nos o Pai? 10 Não crês tu que **eu estou no Pai, e que o Pai está em mim**? As palavras que eu vos digo, não as digo por mim mesmo; mas o Pai, que permanece em mim, é quem faz as suas obras. 11 Crede-me que **eu estou no Pai, e que o Pai está em mim**; crede ao menos por causa das mesmas obras.” (Bíblia Sagrada, João 14, 5-11. *Grifamos*). Sobre essa passagem anota Santo Agostinho: “Se o amas, segue-o! ‘Eu o amo, dizes tu, mas por onde o seguirei?’ Se o Senhor te houvesse dito: ‘Eu sou a verdade e a vida’, tu que desejas a verdade e aspiras à vida, certamente procurarias o caminho para alcançá-la e dirias a ti mesmo: ‘Grande coisa é a verdade, grande coisa é a vida! Ah, se fosse possível à minha alma encontrar o caminho para lá chegar!’ / Queres conhecer o caminho? Ouve o que o Senhor diz em primeiro lugar: Eu sou o caminho. Antes de dizer aonde deves ir, mostrou por onde deves seguir. Eu sou, diz ele, o caminho. O caminho para onde? A verdade e a vida. Disse primeiro por onde deves seguir e logo depois indicou para onde deves ir. Eu sou o caminho, eu sou a verdade, eu sou a vida. **Permanecendo junto do Pai, é verdade e vida; revestindo-se de nossa carne, tornou-se o caminho.** / Não te é dito: ‘Esforça-te por encontrar o caminho, para que possas chegar à verdade e à vida’. Decerto não é isso que te dizem. Levanta-te, preguiçoso! O próprio caminho veio ao teu encontro e te despertou do sono em que dormias, se é que chegou a despertar-te; levanta-te e anda!” (AGOSTINHO, Santo. Tratado sobre o evangelho de São João. Disponível em: «<http://www.arcadaalianca.com.br/blog/cristo-e-o-caminho-para-a-luz-a-verdade-para-a-vida/>» consulta 18/02/16. *Grifamos*). Três pontos ficam bastante claros, no pensamento cristão católico: Deus está em Jesus, o que o deifica; Jesus é o único caminho/ponte para Deus; Jesus (Deus) assume a forma humana, criando identidade com o povo. Estes elementos juntos é que permitem a elevação, teoricamente fundamentada, da coletividade enquanto força soberana preservando e ao mesmo tempo ocultando o recurso ao fundamento místico.

Isso significa, na visão da crença mística ocidental, que o poder primigênio assume a forma de sujeito popular (em Jesus), mantendo a forma de onipotência (no Pai), estabelecendo a identidade entre coletividade e poder soberano. A onipotência cria uma identidade direta com os sujeitos populares, o povo, o que permite também o caminho inverso da coletividade criar uma identidade direta com a onipotência. A coletividade não se torna onipotência, mas desenvolve identidade com ela. Rompesse aí, ou ao menos se começa a romper, com a experiência espiritual de afastamento entre ser humano e divindade, esta última aliança não é assinada entre um homem/povo e Deus, mas o divino se faz em humano e estabelece uma aliança com *todo o humano*. Essa crença permite a reinterpretação da fundamentação ontológica da soberania, deslocando a posse do poder do governante para *todo o povo*, ficando preservado, no entanto, o mito de criação como fundamento, embora agora ele tenha sido ocultado.

Condição, significativa para a mudança, sobre a qual chamamos a atenção, é a de que só nos últimos períodos da humanidade este fato, da identificação da divindade com a população, foi se revelando importante, mesmo preponderante, entre os teólogos, teóricos políticos e leigos, chegando hoje a possuir o *status* de principal chave de interpretação da religião cristã. Embora essa mudança, que levou à lenta valorização da população comum, já se desenvolva há quase um milênio e, também, já venha sendo percebida, ativa, nas mudanças político-sociais dos últimos dois a três séculos, foi, todavia, só nos eventos das últimas décadas que se oficializou na religião.

O movimento de reinterpretação da identidade espiritual/mística baseada em Cristo Jesus consiste em um processo longo, contabilizado em quase um milênio, compreendidos aí os primeiros expoentes dessa tomada de direção até os dias atuais. As primeiras e mais destacadas figuras⁴⁴ que tencionaram para a implementação do processo de redirecionamento do foco da fé cristã para o serviço e a pobreza foram São Francisco de Assis (1182-1228), fundador da Ordem Franciscana⁴⁵, e Santo Inácio de Loyola (1491-1556), fundador da Companhia de

⁴⁴Evidentemente que outros existiram, com contribuições ativas e de uma relevância indiscutível para o processo do qual estamos tratando, mas, como o foco principal do trabalho não é o levantamento histórico da fé cristã católica, é suficiente o destaque que dedicamos aos dois exemplos que serão dados. Um maior aprofundamento das figuras históricas confiaremos à inteligência do leitor.

⁴⁵Ordem fundada em 1209 sob o nome de *Ordem Mendicante dos Frades Menores* e composta pelos então chamados *Irmãos Menores*, foi acrescida posteriormente pelas *Damas Pobres* ou *Clarissas*, ordem de mulheres co-fundada por Santa Clara de Assis (1193-1253). Significativa é a mensagem

Jesus ou Sociedade de Jesus⁴⁶, mais conhecida como Jesuítas. O primeiro representa um marco da opção radical pelos pobres e pelo serviço, no caminho da imitação de Cristo e o segundo um marco da Contra Reforma, responsável por ratificar, expandir⁴⁷ e resgatar a opção proclamada por aquele, levando a todos os cantos do mundo a evangelização, o que garantiu a Igreja Católica abrangência global.

O cristianismo, considerado aqui na Igreja Católica (principal centro de gravidade desta fé), redireciona oficialmente o foco de seu pensamento para um identidade com os pobres apenas no século XX, pós Concílio Vaticano II.⁴⁸ Ocasões

expressa na conhecida Oração de São Francisco, a qual sintetiza o espírito de *serviço* e *pobreza* (desapego à materialidade), ensinados por ele: “Senhor, Fazei-me instrumento de vossa paz! Onde houver o ódio, que eu leve o amor; Onde houver ofensa, que eu leve o perdão; Onde houver dúvidas, que eu leve a fé; Onde houver erro, que eu leve a verdade; Onde houver desespero, que eu leve a esperança; Onde houver tristeza, que eu leve a alegria; Onde houver trevas, que eu leve a luz. Ó Mestre, fazei que procure mais consolar, que ser consolado; Compreender, que ser compreendido; Amar, que ser amado; Pois é dando que se recebe; É perdoando que se é perdoado; E é morrendo que se vive para a vida eterna.”.

⁴⁶Fundada em 15 de agosto de 1534 por Inácio de Loyola (líder da Ordem), Alfonso Salmerón, Diego Laynez, Francisco Xavier, Nicolau de Bobadilla, Pedro Fabro e Simão Rodrigues, é oficialmente reconhecida em 1540 pelo Papa Paulo III, através da edição da bula *Regimini militantis Ecclesiae*. Foi suspensa pelo Papa Clemente XIV em Julho de 1773, até ser restaurada em 1814 pelo Papa Pio VI. A Ordem inaciana tem como seu *Princípio e Fundamento* a convicção de que “O homem é criado para louvar, reverenciar e servir a Deus Nosso Senhor, e assim salvar a sua alma. E as outras coisas sobre a face da terra são criadas para o homem, para que o ajudem a alcançar o fim para que é criado. Donde se segue que há de usar delas tanto quanto o ajudem a atingir o seu fim, e há de privar-se delas tanto quanto dele o afastem. Pelo que é necessário tornar-nos indiferentes a respeito de todas as coisas criadas em tudo aquilo que depende da escolha do nosso livre-arbítrio, e não lhe é proibido. De tal maneira que, de nossa parte, não queiramos mais saúde que doença, riqueza que pobreza, honra que desonra, vida longa que breve, e assim por diante em tudo o mais, desejando e escolhendo apenas o que mais nos conduz ao fim para que somos criado.” (Exercícios Espirituais nº 23). A base da Espiritualidade Inaciana encontra-se nos chamados Exercícios Espirituais escritos por Santo Inácio de Loyola, os quais, segundo o autor, tem por objetivo “ordenar os sentimentos desordenados”. (Cf. LOYOLA, Santo Inácio. Exercícios Espirituais. trad. J. Pereira. rev. Iranildo B.Lopes. 13ª ed. Loyola, São Paulo, 2013. *pass.*). Duas características marcantes da Ordem são sua estrutura baseada na organização militar e a ênfase na educação como forma de evangelização.

⁴⁷As então Missões Jesuíticas foram responsáveis pela implementação da fé cristã por grande parte do Mundo desde a criação da Ordem, levando, através de seus missionários, a Igreja Católica a se fazer presente nos continentes africano, asiático e americano. Ainda hoje os Jesuítas são a mais importante ordem religiosa da Igreja Católica e estão presentes em quase todos os países do mundo principalmente através da manutenção de universidades e escolas.

⁴⁸O *Concílio Ecumênico Vaticano II* teve início em 11 de outubro de 1962, convocado pelo Papa João XXIII, através da bula papal *Humanae salutis*, para debater e resolver o mais variados temas relacionados à Igreja e a sua doutrina, ele foi concluído em 7 de dezembro de 1965, já pelo Papa Paulo VI. Foi o XXI Concílio Ecumênico da Igreja, realizado em quatro sessões, com a presença de mais de dois mil *Prelados* de todos os lugares do mundo. Resultou na elaboração dos documentos: Constituições Conciliar “Sobre a sagrada liturgia”, Dogmática “Sobre a Igreja”, Dogmática “Sobre a revelação divina” e Pastoral “Sobre a Igreja no Mundo actual”; Declarações “Sobre a educação cristã”, “Sobre a Igreja e as religiões não-cristãs” e “Sobre a liberdade religiosa”; Decretos “Sobre os meios de comunicação social”, “Sobre as Igrejas Orientais Católicas”, “Sobre o ecumenismo”, “Sobre o múnus pastoral dos bispos na Igreja”, “Sobre a formação sacerdotal”, “Sobre a conveniente renovação da vida religiosa”, “Sobre o apostolado dos leigos”, “Sobre a atividade missionária da Igreja” e “Sobre o ministério e a vida dos sacerdotes”. Estes documentos representam uma mudança

em que se firmou uma opção da Igreja pelos pobres e pela vocação servidora, inspirada na imagem de um Deus misericordioso e amoroso, voltando-a, na prática, ao *servir* e não ao *ser servida*, tencionando para o abandono (ainda a ser totalmente implementado) da pompa e altivez que tanto marcaram a Igreja durante a Idade Média até a Reforma, de um lado, e a Contra-reforma do outro.

Durante a realização do Concílio houve um evento *sui generis*, ocorrido fora da programação oficial, por iniciativa de cerca de 42 prelados, que chama a atenção de um modo muito particular graças a sua capacidade de representar, de maneira simples e direta, a reorientação dos princípios da Igreja Católica para os pilares da pobreza e do serviço, ou do desapego aos bens materiais e da dedicação ao trabalho voltado ao acolhimento das populações marginalizadas. Nessa oportunidade foi selado um compromisso categórico para a desadornação da Igreja e para a dedicação total dos pactuantes no engajamento com as lutas pela erradicação da miséria, da desigualdade e opressão fruto da transformação de nações em nações proletárias, em um mundo em que uma minoria tem se tornado cada vez mais rica em detrimento da maioria. Esse compromisso recebeu o nome de *Pacto das Catacumbas da Igreja Serva e Pobre*, tendo ficado mais conhecido apenas como *Pacto das Catacumbas*.⁴⁹ Neste documento espontâneo figuram entre

oficial no leitura da fé cristã católica de modo a reorientar os rumos da de toda a Igreja para o caminho da preferência pelo acolhimento dos pobres e marginalizados, assim como fez Jesus, entendido claramente, a partir de então, como “o rosto humano de Deus e o rosto divino do homem”.

⁴⁹O *Pacto das Catacumbas* foi um documento assinado, em 16/11/1965, pouco antes do fim do Concílio, por quarenta e dois bispos participantes, após a celebração da Eucaristia nas catacumbas de Santa Domitila em Roma. Neste local os primeiros cristão se reuniam para comungar e fugir da perseguição romana, que simbolizou para o pacto um resgate do cristianismo. Os brasileiros pactuantes são: Dom Antônio Fragoso, Dom Francisco Austregésilo de Mesquita Filho, Dom Helder Camara, Dom Henrique Golland Trindade, Dom João Batista da Mota e Albuquerque, Dom Jorge Marcos de Oliveira, Dom José Maria Pires e Pe. Luiz Gonzaga Fernandes. Pouco depois cerca de quinhentos, dos dois mil e quinhentos bispos do Concílio, comprometeram-se com o Pacto. Neste documento figuram treze itens/compromissos: “1) Procuraremos viver segundo o modo ordinário da nossa população, no que concerne à habitação, à alimentação, aos meios de locomoção e a tudo que daí se segue. Cf. Mt 5,3; 6,33s; 8,20.” / 2) abnega-se à riqueza, em especial vestes e joias, Cf. Mc 6,9; Mt 10,9s; At 3,6. / 3) e 4) renuncia-se à posse de bens (moveis e imóveis) e de contas em banco, sempre que possível administradas por leigos, Cf. Mt 6,19-21; Lc 12,33s e Mt 10,8; At. 6,1-7 / 5) rejeitam-se os títulos que representem poder ou prestígio, pelo de *padre* apenas, Cf. Mt 20,25-28; 23,6-11; Jo 13,12-15 / 6) e 7) proíbe a troca de influências, dar e recebe-las, Cf. Lc 13,12-14; 1Cor 9,14-19 e Mt 6,2-4; Lc 15,9-13; 2Cor 12,4 / “8) Daremos tudo o que for necessário de nosso tempo, reflexão, coração, meios, etc., ao serviço apostólico e pastoral das pessoas e dos grupos laboriosos e economicamente fracos e subdesenvolvidos, sem que isso prejudique as outras pessoas e grupos da diocese. Ampararemos os leigos, religiosos, diáconos ou sacerdotes que o Senhor chama a evangelizarem os pobres e os operários compartilhando a vida operária e o trabalho. Cf. Lc 4,18s; Mc 6,4; Mt 11,4s; At 18,3s; 20,33-35; 1Cor 4,12 e 9,1-27. / 9) Cômnicos das exigências da justiça e da caridade, e das suas relações mútuas, procuraremos transformar as obras de ‘beneficência’ em obras sociais baseadas na caridade e na justiça, que levam em conta todos e todas as exigências, como um humilde serviço dos organismos públicos competentes. Cf. Mt 25,31-46; Lc 13,12-14 e 33s. / 10)

os compromissos o de levar uma vida segundo as condições acessíveis as população mais humildes que estejam presentes no lugar onde o pactuante habite, o desapego às riquezas e títulos de nobreza e poder, o comprometimento em servir as populações marginalizadas com o objetivo de promover uma nova ordem social, que deve privilegiar a repartição das riquezas e eliminação de todas as formas de miséria. Neste documento, da segunda metade do século XX, é possível vislumbrar uma síntese clara das implicações e caminhos do direcionamento da Igreja à pobreza e ao serviço, iniciado quase há um milênio.

Graças a ocorrência de revoluções, dos mais variados tipos, o distanciamento político-social da realidade presente com o cenários dos primeiros tempos, nas quais se identificava o governante com a divindade, subjugado à população, já é bastante visível por todo o mundo. Dentre elas, a mais significativa dos últimos anos parece ter sido a que ficou conhecida como *Primavera Árabe*, ainda em curso em alguns lugares, a qual mobilizou vinte e dois países do Oriente Médio e Norte da África, em protestos e guerras civis, articuladas principalmente pela internet, clamando pela implementação ou ampliação da democracia como forma de governo em Estados historicamente monárquicos e assolados pela exclusão social. Seu estopim foi a autoimolação de Tarek al-Tayyib Muhammad ibn Bouazizi, em 17/12/2010, que veio a óbito em 04/01/2011, na Tunísia, para protestar contra a apreensão de seu carrinho de frutas por autoridades locais. Em seu enterro compareceram mais de

Poremos tudo em obra para que os responsáveis pelo nosso governo e pelos nossos serviços públicos decidam e ponham em prática as leis, as estruturas e as instituições sociais necessárias à justiça, à igualdade e ao desenvolvimento harmônico e total do homem todo em todos os homens, e, por aí, ao advento de uma outra ordem social, nova, digna dos filhos do homem e dos filhos de Deus. Cf. At. 2,44s; 4,32-35; 5,4; 2Cor 8 e 9 inteiros; 1Tim 5, 16. / 11) Achando a colegialidade dos bispos sua realização a mais evangélica na assunção do encargo comum das massas humanas em estado de miséria física, cultural e moral – dois terços da humanidade – comprometemo-nos: – a participarmos, conforme nossos meios, dos investimentos urgentes dos episcopados das nações pobres; – a requerermos juntos ao plano dos organismos internacionais, mas testemunhando o Evangelho, como o fez o Papa Paulo VI na ONU, a adoção de estruturas econômicas e culturais que não mais fabriquem nações proletárias num mundo cada vez mais rico, mas sim permitam às massas pobres saírem de sua miséria.” / 12) propõe-se a aproximação entre as pessoas, sejam de qual religião for, promovendo a comunhão, Cf. Mc 8,34s; At 6,1-7; 1Tim 3,8-10; / 13) fecha o compromisso de divulgar o Pacto com as dioceses e mobilizar-se na sua implementação. (PACTO das Catacumbas da Igreja Serva e Pobre [Roma, 16 nov. 1965]. In: BEOZZO, José Oscar. Pacto das catacumbas: por uma igreja servidora e pobre. Paulinas, São Paulo, 2015. p. 29-49.) Talvez o mais importante movimento frutificado tenha sido a chamada *Teologia da Libertação*, conjunto de princípios que foi e é significativo na América-latina. Dito movimento teológico identificou-se em grande parte com os movimentos políticos de esquerda, que proclamavam a tomada do protagonismo político pelas populações trabalhadoras e pobres, a repartição das riquezas e a promoção da dignidade humana pelo trabalho e acesso ao conhecimento. Essa identificação levou os governos (em alguns países, ditaduras de direita) à confundir os adeptos dessa teologia com comunistas, fazendo com que fossem politicamente perseguidos, e alguns até mortos.

cinco mil pessoas, sensibilizadas por sua carta de suicídio⁵⁰ divulgada nas redes sociais, o que espalhou a revolta pela região levando, inclusive, à queda de governos, a exemplo do Egito.

Em geral, observa-se, por inúmeros exemplos, a diminuição dos governos autocráticos e a implementação do regime republicano democrático (ainda que meramente procedimentais), a popularização dos meios de comunicação e da circulação da informação, a abertura da possibilidade de mobilidade social (mesmo que difícil), dentre muitas outras mudanças que só vem a respaldar o caminhar na direção de governos populares, com a consciência de que os mesmo se encontram longe de serem uma regra global.

Se as revoluções populares trabalham de um lado para romper os dogmas sociais que configuram a organização social e a divisão do trabalho voltados à exclusão, de outro lado as religiões, sobretudo o cristianismo engajado com uma nova ordem social, direciona para a valorização do ser humana identificado com o ser divino. Um exemplo significativo da oficialização pela religião (formalização recente) desse pensamento, crescente pelos séculos, é o referido Pacto das Catacumbas, mas que não se restringe a ele. Outros grandes exemplos de ícones da luta por direito e reconhecimento, que de alguma forma foram influenciados pelo pensamento cristão voltado para o serviço e a pobreza, que não podem ser esquecidos, são americano Martin Luther King Jr. (1929-1968), que lutou por direitos civis para os negros nos E.U.A. e o indiano Mohandas Karamchand Gandhi (1869-1948), que liderou o movimento de resistência pacífica e libertou a Índia da dominação inglesa, ambos posteriormente assassinados. Nos dois exemplos, o cristianismo forneceu a direção para o engajamento na mudança social. No caso de Martin L. King, ele foi pastor da Igreja Batista Ebenezer. Já Mahatma (que significa grande mestre espiritual) Gandhi, tinha como pilares o Sermão da Montanha, presente nos evangelhos de Mateus e Lucas, e o Bhagavad-Guitá⁵¹, que traz os

⁵⁰Carta de suicídio de Muhammad Bouazizi endereçada à sua mãe: "Estou viajando mãe. Perdoe-me. Reprovação e culpa não vão ser úteis. Estou perdido e está fora das minhas mãos. Perdoe-me se não fiz como você disse e desobedeci suas ordens. Culpe a era em que vivemos, não me culpe. Agora vou e não vou voltar. Repare que eu não chorei e não caíram lágrimas de meus olhos. Não há mais espaço para reprovações ou culpa nessa época de traição na terra do povo. Não estou me sentindo normal e nem no meu estado certo. Estou viajando e peço a quem conduz a viagem esquecer"

⁵¹Cf. MAHĀBHĀRATA. O Bhagavad-gītā Como Ele É: com o texto original em Sânscrito, a tradução latina, os equivalentes em Português, a tradução e significados elaborados A. C. Bhaktivedanta Swami Prabhupāda. 2ª ed. rev. ampl. The Bhaktivedanta Book Trust International, São Paulo, 1994. *pass.*

ensinamentos de Sri Krishna à Arjuna. Em ambos os casos, também, foi a religião que uniu as populações em prol de ideais democráticos, sustentando, dessa forma, o recurso à mística, de identidade cristã reinterpretada, como fundamento de valorização do ser humano, seja ele o negro americano ou o indiano colonizado. As duas populações eram oprimidas em função das suas identidades.

Eis que, com esse longo processo histórico, estabelece-se uma mudança na base do pensamento – mudança que ainda está sendo implementada – do maior ente influenciador do pensamento cristão: a Igreja Católica Apostólica Romana. Mas não se restringe unicamente a ela, já que está visivelmente presente a influência imprimida nas outras culturas e congregações religiosas.

Séculos antes dessas mudanças, no sentido contrário do que sustenta o cristianismo atual, está mesma Igreja tentou sujeitar, sem sucesso, a autoridade dos líderes de Estado à autoridade do Papa⁵², confundindo indevidamente autoridade religiosa com autoridade política, sob o argumento de que o *poder espiritual* está acima do *poder temporal*, logo a autoridade do Papa estaria acima da dos reis. Esta tese nunca vingou na prática política em que foi levantada, tendo sido rejeitada de imediato a sua divulgação. Atuou, referida *tese*, mais como uma *antítese* ao movimento que irrompia e lançava luz sobre o resgate do cristianismo identificado com a coletividade marginalizada. Pós Concílio Vaticano II e Pacto das Catacumbas, este pensamento foi formal e definitivamente reinterpretado, a Igreja passou a sustentar que o mais importante não é o dever dos pequeninos em servir o Papa (autoridade terrena máxima da Igreja de Pedro), mas o dever do Papa, e de todos os ministros da Igreja, em servir os “pequeninos”.⁵³ Esta revolução hermenêutica

⁵²Em 18 de novembro de 1302 o Papa Bonifácio VIII emite a Bula *Unam Sanctam* defendendo a submissão de todos os reis cristãos à autoridade do Papa. Em resposta Dante Alighieri redige a obra *Da Monarchia*, trabalho que o levou a ser excomungado e condenado a revelia a pena de morte. Por essa condenação Dante nunca mais pode retornar a sua cidade natal. Na referida obra Dante apresenta argumentos filosóficos, políticos e, o mais importante, teológicos de porque os poderes temporal e espiritual não devem se misturar, desconstruindo assim a argumentação da bula papal. Este trabalho é considerado um marco na separação entre Igreja e Estado.

⁵³Cf. PAULO II, Papa João. Catecismo da Igreja Católica. 9ª ed. reimp. Loyola, São Paulo, junho de 2014. p. 251-257. Chamamos especial atenção para os §§ 874-879, que expõem o seguinte pensamento: “O próprio **Cristo é a fonte do ministério na Igreja**. Instituiu-a, deu-lhe autoridade e missão, orientação e finalidade[...] Intrinsecamente ligada à natureza sacramental do ministério eclesial está o **seu caráter de serviço**. Com efeito, inteiramente dependentes de Cristo, que dá missão e autoridade, os ministros são verdadeiramente ‘**servos de Cristo**’¹⁵⁸⁴ [Cf. Rm 1,1.], à imagem de Cristo que assumiu livremente por nós ‘**a forma de servo**’ (Fl 2,7). Já que a palavra e a graça de que são ministros não são deles, mas de Cristo, que lhas confiou aos outros, eles se farão livremente **servos de todos**”¹⁵⁸⁵ [Cf. 1Cor 9,19.]. [...] O ministério sacramental na Igreja **é um serviço** exercido em nome de Cristo, que tem caráter pessoal e forma colegial. Isto verifica-se nos vínculos entre o colégio episcopal e seu chefe, o sucessor de Pedro, e na relação entre a responsabilidade

também é produto das revoluções que o Mundo vem sofrendo e, como não poderia deixar de ser diferente, igualmente exerce influência sobre o Mundo e suas revoluções. Nesta transformação reside o fundamento filosófico e teológico da reinterpretação do papel do soberano, que passa a ser visto como um *representante em serviço*.

O soberano político converte-se em servo dos seu cidadãos (em representante mandatário do povo), posto que o criador de toda a soberania, o ente absolutamente, logo o único *verdadeiramente* soberano (a onipotência), fez-se homem com o intuito de *servir*. Isso implica que se o onipotente assume o papel de servo, por meio da figura de Jesus Cristo, o soberano político (ente no exercício da soberania) não poderia, logicamente, assumir um papel diferente do que foi assumido por aquele que é considerado o poder primigênio que justifica a soberania. O redirecionamento da identidade mística em Jesus identificado com os marginalizados condiciona, principiologicamente, a mudança social para a valorização dos que se revelem igualmente marginalizados, e para a gradativa extinção de autocratas promotores de lógicas de exclusão, expandida na medida em que essa relação do ser humano com o *Mistério* se difunde entre os povos.

Uma breve ressalva, mas muito importante, é que essa identidade da divindade que se assemelha com o humano, assumindo a forma de servo, pode se dar por Cristo Jesus (meio mais popular) ou por outra forma narrativa que apresente o mesmo itinerário, que promova, enfim, o conceito de kenósis.⁵⁴ E mais, essa

pastoral do Bispo por sua Igreja particular e a solicitude comum do colégio episcopal pela Igreja Universal.” (Negritos nossos).

⁵⁴Do grego *kenós* (oco ou vazio) de *ekenósen* (esvaziar-se de si), termo que significa, no cristianismo, a doutrina do *esvaziamento* ao qual Jesus se submeteu para viver uma experiência humana completa. Ele abre mão, temporariamente, da onipotência, onisciência, onipresença, transcendência, enfim, de todos os seus atributos de Glória, para que assim se assemelhe aos humanos, mas sem perder o seu caráter divino. Como ser ilimitado (poder primigênio) a todo o momento Ihe é acessível a faculdade de evocar sua Glória (recorrer ao Pai, Deus Todo Poderoso), característica inerente ao dono do poder, mas, no entanto, Ele opta por não evocar sua infinitude, escolhendo permanecer humano e deixar-se matar, o que confirma a sua opção pela identidade com o humano marginalizado até o último grau de exigência. O criador cria a si mesmo criatura, o ilimitado se limita, mas por ser criador e ilimitado permanece como tal e como diferente, na Primeira Pessoa e na Segunda da Trindade, Ele se coloca como infinito e humano. Só a onipotência verdadeira pode criar outra onipotência sem deixar de ser a *única* onipotência, pois a segunda é ele mesmo. A Terceira Pessoa, o Espírito Santo, ou *Espírito da Verdade*, é da onipotência o único que circula livremente entre os dois planos, o do finito e o do transcendente, Ele permite a aliança perpetua, a ligação. Em condição disso ele não detém forma definida, adquirindo-a e abandonando-a livremente, sem que para isso precise se recriar. Vejamos a base dessa explicação nas escrituras: “5 Tende em vós **aquele sentimento que houve também em Cristo Jesus, 6 o qual, subsistindo em forma de Deus, não considerou o ser igual a Deus coisa a que se devia aferrar, 7 mas esvaziou-se a si mesmo, tomando a forma de servo, tornando-se semelhante aos homens;** 8 e, achado na forma de homem, humilhou-se a si mesmo, tornando-se obediente até a morte, e morte de cruz. 9 Pelo que também Deus o exaltou soberanamente, e Ihe deu

identidade não precisa ser racionalmente percebida – o que raramente ocorre – basta que se consolide como a identidade referencial de uma coletividade, assumindo a ocupação de narrativa de ligação do humano e com o *Mistério*, fato que já lhe prestará as condições de referencial moral de um meio social pelo processo de aculturação.

A consolidação deste pensamento permite a continuidade da base mística do fundamento da soberania, mas implementa um giro na *detenção* desta soberania que se desloca das posses do líder político para a condição de propriedade de todos. Não o rei, o czar, o César ou o Estado, mas o povo é soberano (detentor do poder). Todavia, a soberania em si mesma ainda é pensada com base na fonte mística, único poder primigênio possível.

Enquanto referencial cultural nas regiões cristãs, esta mudança altera a relação dos homens com o místico, fazendo com que a eles não caiba mais carregar somente a *culpa* (pecado original) por suas falhas, mas também a *graça* (promessa de Deus) de ser amado. Não cabe, no novo pensamento, enfim, aos homens somente expurgar a dívida (impagável) com Deus, que tudo criou e que pelos pecados do mundo se sacrificou para dar-lhes a salvação, mas cabe sobretudo promover o Reino de Deus na Terra entre seus irmãos (iguais e amados), como fez Cristo, realizando, assim, o plano do Senhor que a todos ama sem nada pedir em troca (de forma *gratuita*).

Eis os princípios compartilhados culturalmente que infligem um giro semântico nos fundamentos da justificação, implícitos na passagem das ideias de: compromisso do povo para com o governo, em compromisso do governo para com o povo; submissão ao líder, possuidor da soberania, por parte do povo, em submissão do líder ao mandato que lhe é dado pelo povo, os novos possuidores da soberania; dever de servir para saudar a “generosidade” do senhoril, que lhes permite que existam, sejam e tenham, dentro do que pertence a ele, em compromisso de contribuir com o governo, que é de todos enquanto iguais, para que se promova bem estar com justiça a todos, realizando o fim máximo dos governos o *bem comum* (conceito ainda muito abstrato, embora já se faça presente nas discussões sobre os governos desde Aristóteles).

o nome que é sobre todo nome; 10 para que ao nome de Jesus se dobre todo joelho dos que estão nos céus, e na terra, e debaixo da terra, 11 e toda língua confesse que Jesus Cristo é Senhor, para glória de Deus Pai.” (Bíblia Sagrada, Filipenses 2,5-11).

O conjunto dos cidadãos só assume (aparentemente, mas não propriamente) o lugar da divindade porque culturalmente se passa a acreditar – ou mais precisamente essa crença passa a fazer parte da identidade e da prática cultural – que é através daquele que se revela a vontade da onipotência e por ser, também, o objeto do seu amor dela. O pensamento crescente de um Jesus Cristo reinterpretado – o divino que é humanizado e que diviniza o humano – permite que a população, a coletividade, também seja reinterpretada e adquira um valor que antes não possuía. Se estabelece assim a crença de que todos os homens, toda a vida e criação, são agora sagrados, dignos de direitos e proteção. Crê-se que Deus fala cotidianamente nas pessoas e nas coisas, e a vontade d’Ele se traduz por seu povo (que agora é reconhecido em todos os seres humanos e não mais em um grupo *eleito*) e também por toda a sua criação, o que reveste de direitos não só o homem, mas o meio ambiente. Evidente que, iniciada já há quase um século, essa visão ainda possui um longo caminho a percorrer, mas é notório o avanço que obteve nos últimos séculos (perceptível nas revoluções) e oficialmente nas últimas décadas (especialmente na Concílio II e na Pacto das Catacumbas).

O recurso ao *Mistério* (entendido por deidade transcendental ou ordem universal) não desaparece, como pode ser visto, mas se oculta no conceito novo de Nação (esta não mais um conjunto de indivíduos seletos, mas todos os que estejam sob o regime do poder considerado). O conceito em questão trazido à luz pelos muitos revolucionários dos últimos séculos, sobretudo os franceses, e tornado possível pela nova experiência mística compartilhada pelos povos (só sob as vestes da religião esses fundamentos complexos poderiam ser passados para tantos harmoniosamente). Isso fica ainda mais claro se pensarmos que a quase totalidade das Constituições modernas, para indicar seu fundamento de preponderância, ou seja, para se justificar, fazem menção à divindade, mesmo as de Estados declaradamente laicos.⁵⁵

⁵⁵Particularmente nas Constituições do Brasil prevaleceu a referência a Deus. A Constituição Política do Império de 1824, em seu preâmbulo, fala em “por graça de Deus”, e aponta a religião Católica Apostólica Romana como oficial, período entre 1822-1889 que ficou marcado pela liberdade religiosa, mas não de culto público. Apenas as Constituições de 1891 e de 1937 não fizeram referência a Deus. A Constituição de 1934 traz, em seu preâmbulo, a expressão “pondo a nossa confiança em Deus”. Já a Constituição de 1946, também em seu preâmbulo, fala em “sob a proteção de Deus”. A Constituição de 1967 usa a expressão “invocando a proteção de Deus”, como todas as outras também no preâmbulo. A Emenda/Constituição de 1969 preserva a expressão usada em 1967. E finalmente a Constituição 1988 faz uso da expressão “sob a proteção de Deus”, como preconiza a tradição dos preâmbulos constitucionais brasileiros.

Ainda que a coletividade tenha assumido o protagonismo na justificação do poder, como visto anteriormente, persiste a impossibilidade prática-operacional da manifestação articulada da sua vontade na frequência exigida para gerir a *respublica*, o que tornou necessária a figura dos representantes da coletividade. Tais representantes são instituídos na função de porta-vozes, intérpretes e realizadores – mandatários –, identificáveis na estrutura do fenômeno do Estado Moderno Constitucional, respectivamente, como o Poder Legislativo, o Poder Judiciário e o Poder Executivo. Por sua vez, aos seus membros cumpre anunciar, decifrar e/ou concretizar a vontade da coletividade, nunca suas próprias vontades. Agindo os representantes de forma contrária ao mandato, quando então não proclamam, compreendendo e/ou fazendo a vontade da coletividade, mas as suas vontades ou de terceiros, seus discursos, entendimentos e/ou ações são classificados de inválidos, de ilegítimos, pelo motivo de terem quebrado com a cadeia de justificação iniciada na divindade ocultada. Divindade esta, lembre-se, que viabiliza e personifica a concepção de onipotência que, presumidamente, cria e é o poder conceitualmente ilimitado, que permite, mediatemente, o aninhamento do poder nos Poderes.

Pode ocorrer na prática ordinária – como acontece frequentemente – que uma vontade ilegítima, segundo a cadeia de justificação, seja imposta e reconhecida como válida e prevaleça no plano concreto. No entanto, segundo manda a razão, não deveria ser pelo fato de não ter sido identificada a quebra na cadeia de justificação e, assim, não ter recebido a classificação de invalidada, que essa vontade se torne válida, embora isso ocorra oficialmente.⁵⁶ O que ocorre, quando uma vontade inválida é aceita como válida, é a afirmação da *presunção de validade* de que goza a autoridade mandatária, atribuída à ela pela condição de representante. O que prevalece, na situação, é a *presunção*, não a justificação pela

⁵⁶Vale lembrar que no ordenamento jurídico vários mecanismos foram criados para tentar abrandar esse eventual *defeito* da validação do inválido, proporcionando certa medida de estabilidade ao sistema, permitindo que opere, ao garantir-lhes validade à determinadas falhas para, assim, preservar outros eventos (ou mesmo todo o processo) que delas venham a depender. Afim de garantir operacionalidade ao sistema os interessados em sua manutenção se viram forçado à atribuir validade à certos eventos que, segundo a cadeia de validação, deveriam ser reconhecidos como inválidos, tendo em vista a frequência constante dessas falhas de operacionalização e o prejuízo que seria corrigi-las, o que acabaria por inviabilizar o próprio sistema – a validação por esses mecanismos é meramente formal. Damos como exemplo desses mecanismos jurídicos de validação: a coisa julgada, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e o princípio da segurança jurídica.

cadeia

vigente:

onipotência/deidade \geq coletividade/deificada > representante/mandatário.⁵⁷

A vontade do mandatário, mesmo quando desviante, é aceita porque geralmente ela é aceita, por habitualidade, e não porque está validada na cadeia de justificação.⁵⁸ Essa explicação abarca também o caso inverso de quando uma vontade válida é indevidamente invalidada pela autoridade, veis que novamente prevalece aí a presunção e não a justificação.

A ocultação da raiz mística da narrativa sobre o fundamento da soberania, ou seja, do recurso ao *Mistério*, se dá através do papel assumido pela coletividade de segunda pessoa da deidade, de caminho e porta, que promove o encontro entre o plano do ser e o ponto original (acausal). Esse papel torna a coletividade o objeto central da descoberta da vontade soberana. Conhecer a vontade da coletividade é conhecer o desejo da deidade, o que faz, ademais, com que a preocupação não se concentre mais, como fora antes, em descobrir a vontade da divindade por revelação direta, mas agora em ter o respaldo da coletividade, esse que se tornou o único caminho para chegar à deidade. A deidade, em si, é ocultada; embora não desapareça, ela ainda ocupa um lugar superior, mas já não pode ser atingida ou

⁵⁷Segue o significado dos símbolos matemáticos empregados: \geq “maior ou igual que”; > “maior que”.

⁵⁸É com base na crença da presunção habitual possuir capacidade de conceder validade, levando, assim, ao estabelecimento da identificação formal da autoridade e da vontade válida, ou seja, do Legislativo e de suas leis, do Judiciário e de suas decisões, do Executivo e de seus atos, enfim, do Estado e da sua ordem, que se baseia a teoria do Direito de Hans Kelsen. Vejamos a explicação da cadeia de validação de Kelsen, que nos leva de uma hipótese conjectural ao conceito formal de autoridade e, por dedução implícita, de direito, segundo as palavras de Warat: “Deixando de lado o sonho o sonho didático, retornemos a Kelsen. Sua NFG [Norma Fundamental Gnoseológica] – apesar de ter outras funções – [...]: serve como critério fictício de sentido, uma condição imaginária de significação. / A diferença de um condição empírica de sentido, que estabelece que um enunciado tem sentido se corresponde com os fatos. A NFG de Kelsen determina que certos dados do fenômeno jurídico podem ser vistos como significativos se correspondem com o critério estipulado pela NFG. / A NFG define a condição de sentido para uma norma do Direito Positivo e as critérios que determinam um sistema de normas positivas. / A NFG permite distinguir as normas jurídicas positivas de outros tipos de normas: religiosas, morais, consuetudinárias, históricas etc. Também serve para distinguir as normas positivas das de Direito Natural. A NFG permite construir o campo temático da CJE [Ciência Jurídica em sentido Estrito], sem levar em conta influências psicológicas, ideológicas, políticas ou juízos de justiça etc. Determina critérios formais para a constituição do campo temática. A NFG é a condição de sentido para a determinação do campo temático de uma ciência normativa do Direito. Kelsen não se preocupa com as ciências causais. As ciências normativas são três: moral, A religiosa, e o Direito. Elas respondem ao princípio de imputação. A NFG estabelece os critérios de diferenciação do Direito de outras ciências normativas. / As normas que integram o campo temático da CJE são as normas válidas. Uma norma é válida se pertence à uma ordem jurídica válida. Uma ordem jurídica é válida se é eficaz. A eficácia não é condição de validade para cada uma das normas jurídicas, mas é condição de validade para todo o ordenamento. / **A NFG nos diz que se alguém manda e é geralmente obedecido, as normas que cria são válidas e podam ser objeto de uma CJE, porque integram um sistema eficaz em sua totalidade.**” (WARAT, Luís Alberto; CABRIADA, Gustavo Pérez. Os quadinhos puros do direito. ALMED, Argentina, 1997. p. 19. *Grifamos*).

conhecida diretamente como se pensava ser possível em tempos pretéritos. Um dos primeiros reflexos dessa mudança interpretativa foi o gradual afastamento dos sacerdotes do plano político, antes principais encarregados da anunciação da vontade da deidade.⁵⁹ Oculta-se, dessa forma, a imagem direta da deidade pela imagem *persona*/caminho da coletividade.

Sujeitas ao mesmo processo de ocultação sofrido pelo recurso ao *Mistério*, a coletividade e sua vontade também são alvo de pressão para que cada vez mais se dispense a sua consulta direta. Nesse processo de ocultação – de passagem da imediação para a mediação – a descoberta das palavras dos representantes (= lei, sentença e/ou decreto) substitui a descoberta da vontade da coletividade, a qual tende a se tornar presumida nas palavras dos representantes, semelhante ao que a coletividade fez à deidade. Todavia, a coletividade habita o plano do ser (realidade ordinária ou por primazia), assim sendo, a sua vontade, circunstancialmente, pode ser manifestada de maneira direta e articulada (ou, ao menos, semi-articulada), a fim de retomar o controle delegado aos representantes. O que pode acontecer através de protestos, manifestações de apoio, sufrágio, revoluções armadas ou não violentas, abaixo-assinados, campanhas, enfim, pelos mais diversos meios de se fazer conhecer a vontade dos populares pressionando seus “representantes” a seguir o mandato. Isso faz com que se imponha certo limite ao processo de ocultação da imagem da *coletividade soberana*, impedindo a sua total supressão e impedindo, ademais, a ascensão do conceito de *Estado soberano* – entendido este, o órgão político-administrativo, como o titular da soberania, e não mais como apenas gestor/mandatário dela para o povo. Essa faculdade – a capacidade da coletividade de avocar o poder, de se manifestar – reforça a importância por parte dos interesses dos membros do Estado em investir em propaganda, cooptando assim o apoio popular, mesmo que para isso uma *realidade favorável* precise ser criada.⁶⁰

⁵⁹Fato muito conhecido no presente é o grande número de religiosos na política, presença crescente nos últimos anos, ocupantes de cargos eletivos e/ou comissionados. No Congresso Nacional é bastante conhecida a chamada *Bancada Evangélica* (aliada das, também muito conhecidas, *Bancada Ruralista* e *Bancada da Bala*), composta por protestantes das mais variadas congregações. Tal fenômeno não descarta a veracidade da afirmação: afastamento dos sacerdotes do poder político. Percebe-se que estes religiosos presentes na esfera política se valem da popularidade e influência que possuem sobre os fiéis que são confiados a sua guarda para assim cooptar votos e, pela via da democracia representativa formal, serem eleitos. Esses políticos adquirem o poder público por terem sido eleitos, o que conseguem graças à suas habilidades de persuadir eleitores, e não por interferência divina, como se pensava ocorrer em outros tempos.

⁶⁰A respeito dessa nova ênfase na atuação propagandista que adquire o Estado Moderno, para manter certos regimes políticos e/ou certos personagens no poder, não há melhor obra para reflexão que *1984*. Assim como na obra *o Ministério da Verdade* é elemento chave da sustentação do regime,

Mesmo com a coletividade habitando o plano do ser, o que lhes possibilita a faculdade da manifestação direta de vontade, pode ocorrer uma deliberada quebra na cadeia de justificação, em tamanha medida que, mesmo com a tentativa de avocar o poder delegado aos mandatários, eles, os representantes (grupo social dos homens de governo), se recusem a restituir esse poder. Essa recusa se revela, por vezes, em golpe de Estado, implementado pelas baionetas com o uso da violência, pela propaganda que retrata uma situação econômico-social forjada e/ou por manobras legais, jurídicas e/ou políticas, sem suspensão do Estado de Direito, mas que permitam a manutenção de certos regimes/personagens no poder; p. ex.: alterando a Constituição para possibilitar reeleição antes vetada, declarando o impedimento de opositores à diplomação para manter a maioria e/ou decretando/forjando estado de excepcionalidade. Não é incomum, na história dos governos modernos auto-declarados democráticos, que ocorram manipulações na cadeia de justificação, em alguns casos desconfigurando completamente perante o uso da força e/ou da mentira.⁶¹

encarregado de produzir a verdade mais favorável (sobre o passado e o presente), os atuais Estados também ocupam-se de produzir suas verdades, financiando, interferindo e controlando as informações. De forma que quanto maior é o interesse na manutenção dos regimes/personagens, sem legitimação pela cadeia de justificação vigente, maior também é a interferência do Estado no controle de informações. Cf. ORWELL, George. 1984. trad. Wilson Velloso, 17ª ed., Nacional, São Paulo, 1984. Outra obra que retrata a importância da propaganda para a manutenção de regimes/personagens que quebraram com a cadeia de justificação, passando a iludir e reprimir a população com mentiras e violência (lançando mão, assim, das duas principais vertentes de permanência forçada no poder de forma ilegítima), é o documentário *Arquitetura da Destruição* que aborda o regime nazista. Cf. COHEN, Peter. [dir., pesq. e prod.] *Arquitetura da Destruição*. Documentário, 123min., color & BW. Título original: *Udergângens arkitektur*. Suécia, 1989.

⁶¹Um exemplo significativo no Brasil é o texto de abertura do conhecido AI5 (Ato Institucional nº 5), que instituiu um endurecimento do regime militar de 64, suprimindo direitos e garantias fundamentais, paradoxalmente, sob o argumento da defesa do Estado, da pessoa humana e da democracia: “[...] a Revolução Brasileira de 31 de março de 1964 teve, conforme decorre dos Atos com os quais se institucionalizou, fundamentos e propósitos que visavam a dar ao País um regime que, atendendo às exigências de um sistema jurídico e político, assegurasse **autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana**, no combate à subversão e às ideologias contrárias às tradições de nosso povo, na luta contra a corrupção, buscando, deste modo, ‘os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direito e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa pátria’ (Preâmbulo do Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964); CONSIDERANDO que o Governo da República, responsável pela execução daqueles objetivos e pela ordem e segurança internas, não só não pode permitir que pessoas ou grupos anti-revolucionários contra ela trabalhem, tramem ou ajam, sob pena de estar faltando a **compromissos que assumiu com o povo brasileiro**, bem como porque o Poder Revolucionário, ao editar o Ato Institucional nº 2, afirmou, categoricamente, que “não se disse que a Revolução foi, mas que é e continuará” e, portanto, o processo revolucionário em desenvolvimento não pode ser detido; [...] CONSIDERANDO que, assim, se torna imperiosa a adoção de medidas que impeçam sejam frustrados os ideais superiores da Revolução, **preservando a ordem, a segurança, a tranqüilidade, o desenvolvimento econômico e cultural e a harmonia política e social do País** comprometidos por processos subversivos e de guerra revolucionária; Resolve editar o seguinte ATO

Longe de ter se tentado nas últimas páginas estabelecer uma cronologia dos governos e da ideia de soberania, interessa-nos, mais, a representatividade do que foi narrado, relevando por um momento a complexidade histórica. Viu-se que o recurso ao *Mistério* jamais foi abandonado na justificação do poder soberano, recurso ainda necessário para evitar uma regressão ao infinito. No emprego desse recuso, teve destaque o papel do cristianismo para o processo de ocultação do *Mistério* e valorização do conceito de coletividade como o novo soberano. Tratadas essas questões, da redefinição do soberano e o desvelamento da narrativa que lhe fundamenta, se torna possível traçar a linha de justificação existente no fundamento do fundamento do legislador, figura esta que tradicionalmente é apontada como o produtor das leis no direito. Finalmente, através destes raciocínios, pode-se afirmar que o fundamento mítico presente na narrativa sobre a soberania se estende a fundamentação do que é o legislador – compreendido como representante popular, instituição parlamentar, processo legislativo e/ou recurso retórico jurisdicional –, já que ele é justificado com base na soberania. Definidos estes pontos, fica finalmente clara a qualidade mítica que possui a figura do legislador e a cadeia que lhe justifica.

Ante a ignorância evidenciada pelas perguntas: *o quê é o legislador? De onde e como surgem as leis do direito?* O caminho eleito, no decorrer da história, tem sido a aceitação da resposta mística, da menção à divindade, à metafísica, seja esta considerada como uma consciência onipotente que soberaniza os governos – fundamento histórico do *Direito Positivo* que faz do governante absolutamente apto para instituir leis – ou como um princípio de razão universal inerente e indiferente ao ser – fundamento histórico do *Direito Natural* racional que faz do direito elemento da natureza existencial do mundo e/ou humana. Seja qual for a teoria aceita para responder a pergunta *de onde vem o direito enquanto imperativo de conduta (lei)?*, a explicação, como se percebe, vale-se sempre do mesmo recurso. Uma ressalva importante e oportuna a se fazer é que não estamos discutindo *o que é o direito*, mas de onde ele vem, o que lhe fundamenta/justifica e como é criado enquanto imperativo social ubiqüitário. A questão do conceito do direito será trabalhada no

INSTITUCIONAL[...]” (BRASIL, Ato institucional Nº 5. Disponível em «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm». Consulta em 13/02/2016. Texto originalmente publicado no D.O.U. em

13/12/1968. *Grifamos*). Dentre as medidas instituídas pelo AI5 se encontram: permitir ao presidente “suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais”; suspensão da “garantia de *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos”; e a exclusão da possibilidade de “apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos”.

momento adequado quando teremos oportunidade de nos aprofundar na teoria de Cláudio Souto. Até então desconhecemos qualquer investigação que tenha procurado responder essas perguntas pela vida da investigação, em especial empírica, questionando o recurso ao *Mistério*.

Diferindo um pouco da relação que acabamos de trabalhar no tema da soberania, o caso da narrativa expositiva sobre o legislador adquire características próprias, para isso ela se desloca entre as posições dos personagens explicativos figurantes da primeira narrativa, tomando de empréstimo seus papéis e relações, de modo a se posicionar-se ora no lugar da relação entre coletividade soberana e mandatário (agente e forma da representação), ora no lugar da relação de iluminação do *Mistério* para com a coletividade soberanizada (referencial e ligação de justificação).

Nas narrativas consolidadas dos teóricos jurídicos sobre produção legal, ele – o legislador – surge como ponto determinável da criação da lei estatal, assume o papel de berço da criação legal, enfim, o de ponto de origem bem como o de processo criador da lei. Função que identificamos com o nome de legislador *stricto sensu*, que compreende tanto o agente estatal oficial e seu coletivo – o parlamentar e as casas parlamentares – como também a sequência de atos formais preordenados para elaboração de texto de lei – o processo parlamentar. Voltaremos à esse assunto adiante. Essa função, assumida pelo legislador *stricto sensu*, é espelhada no conceito de coletividade soberana – justificada pela identidade cultural (possível a partir da kenósis) com o *Mistério* (inteligência onipotente/ordem universal) – e a sua relação de representação pelos membros do Estado no cumprimento de mandato.

Na dinâmica discursiva das práticas judiciárias, ele – o legislador – se manifesta na função de micro-narrativa de justificação, principal referência de uma fundamentação circunstancial que objetiva validar o pensamento exposto em um discurso jurídico legal oficial, enfim, como estratégia retórica do Judiciário. Função que identificamos com o nome de legislador *lato sensu*, que compreende uma profusão de conceitos práticos possíveis (p. ex.: legislador positivo e negativo, legislador originário e derivado, etc.), mas que mantém a característica comum de funcionar como estratégia argumentativa jurisdicional. Voltaremos à esse assunto, também, adiante. Esse papel representado pelo legislador *lato sensu* espelha-se na concepção de *Mistério* (deidade/razão) como poder primigênio que qualifica a

coletividade como soberana através da relação de estabelecimento de identidade entre as duas. Figura, afinal, como fundamento *naturalizado* (constituente ou válido por si) que serve para justificar a ideia em discussão (constituída ou que pede justificação), o que permite a criação de incontáveis conceitos a depender do caso em relação ao interesse que se quer defender.

A relação de justificação do poder soberano (qualificadora do governante), que por sua vez justifica o legislador (encarregado da produção legal), embora tenha variado significativamente ao decorrer da história apresenta, no entanto, traços comuns na sua narrativa de explicação: a referência ao metafísico (mesmo que oculta) e a função de mito de criação (tentativa de racionalização) da lei. Permanecendo intocados esses pontos, as diferenças serão determinadas em cada realidade por características culturais (tempo, local, costumes, religião, grau de desenvolvimento científico, etc.) da sociedade que produziu o mito de criação do legislador em particular.

De um modo geral, nos períodos em que a religião era monopólio de autoridades oficiais e referência dominante da organização política-social, o respaldo *imediato* no divino era aceito como fundamento suficiente para a assunção da prerrogativa de gerenciar os meios oficiais do controle social. Particularmente, nos interessa observar a possibilidade de dominação da prerrogativa de fazer as leis, em caráter de monopólio, que esta forma de explicação proporcionava à autoridade.

Com a passagem de alguns milênios, a justificação do exercício do poder se distanciou gradativamente da identificação direta com o governante, o qual, algumas vezes, era visto como a própria divindade, algo impensável contemporaneamente. Nesse processo se passou pelo período em que o governante era considerado como um privilegiado pela divindade, alguém superior aos demais por estar mais próximo a ela. Em seguida se estabeleceu a concepção de que o governante governava não porque era superior devido à proximidade com a divindade, mas que o governante era superior porque governava o que o divinizava, concepção essa identificável tanto em regimes mais antigos como em alguns mais recentes (o líder como herói). Talvez a mais recente leitura da justificação do poder de governar seja a atual concepção, em expansão pelo mundo, da soberania popular pela identificação que a religião cristã construiu entre o conjunto dos cidadãos indistintos e a divindade, confundindo-os em identidade, para daí a coletividade *delegar* o exercício do poder. É como elemento ou uma das faces do exercício desse poder que se manifesta o

fenômeno da oficialização em formulas dos imperativos de conduta do direito, – não se trata, dê-se altíssimo destaque, do surgimento do direito nem de seu processo de formação ou mesmo conteúdo, mas do fenômeno da *oficialização deste em formulas* – que historicamente tem sido chamado de legislador e sobre o qual dedicamos nosso trabalho.

Importante notar que, em decorrência de não existir uniformidade antropológica entre os povos e culturas do mundo, o processo que acabamos de descrever não representa uma linha uniforme de uma possível evolução da teoria da soberania entre as civilizações, longe disso. Trata-se apenas de uma leitura geral que procura evidenciar características nodais da relação entre as mais influentes culturas e a narrativa que fundamentava o regime de poder justificado. De modo que todos os períodos anotados podem ser observados na história humana não necessariamente seguindo a ordem apresentada, p. ex., pode ocorrer que uma determinada nação vá da primeira ou segunda fase de justificação do exercício do poder diretamente para a última, sem intermediação, o que é possível pelo intercâmbio cultural entre os povos que compreende as colonizações, dominações, trocas pacíficas, deslocamentos humanos, etc. e pode ocorrer, também, o caminho inverso. Tudo vai depender de uma relação complexa construída social, ideológica, religiosa (ainda que atea) e politicamente entre um povo.

Referente à realidade hodierna, a época é marcada pelo resultado de sucessivas revoluções: Renascença, Iluminismo, Protestantismo, Contra-reforma, Revolução Francesa, Revolução Americana, Revolução Industrial, Guerras Mundiais e regionais, Guerra Fria, Revolução Tecnológica (ou Digital), etc., todas elas ligadas, em diferentes graus, pela ascensão da primazia da razão (ideologicamente revestida) que levou à valorização da ciência (conhecimento), inicialmente passando por uma fase de descoberta e resistência da tradição, até um encanto e fascínio cegos com suas promessas, à finalmente um desencanto (perda da ingenuidade) e, finalmente, um realismo sóbrio e ainda um tanto otimista.

Influenciado por estes sucessivos processos, o fundamento para a mesma assunção da prerrogativa de gerenciar os meios oficiais de controle social – para que seja aceito, ou seja, justificado –, ainda que, oculto, permaneça divinamente

respaldado, agora já clama por correspondência com uma realidade historicamente compreendida e racionalmente explicável.⁶²

O breve diacronismo elucubrativo que foi trabalhado, sugere a percepção de que a legitimação para governar (capacidade de guarda da soberania, não de criação) sofre um deslocamento do teocêntrico para o antropocêntrico⁶³, do autocrático para o democrático, do misticismo para o humanismo, mas não completamente. Permanece, ainda, a ideia de soberania firmada na de uma deidade onipotente. Esta afirmação é necessária para por um fim a uma busca que levaria a uma regressão ao infinito na procura do que seria *absolutamente* soberano e, assim, a nada está sujeito. A divindade resolve a busca do fundamento do fundamento do poder exercido evitando uma submissão pela força declarada e aplicada para gerar medo, permitindo uma naturalização do exercício do poder. Naturalizado o exercício do poder pode ser imposto, agora sim, com o recurso da força. Se a força fosse – como ocorre em muitos caso – aplicada indistintamente, sem justificação (mesmo que forjada, mas que permite o controle), isso tencionaria para um movimento crescente entorno dela, até que se chegasse à irrupção da revolução e a abolição do regime que assim procedesse.⁶⁴

⁶²Como se sabe, Weber aludiu à dominação (ou autoridade) tradicional, à racional e à carismática; paralelamente, formas correlatas de legitimidade. Na legitimação tradicional, a ‘inveterada prática’ da relação mando-obediência seria a justificação da mesma. Na carismática, a validade se fundaria sobre a ascendência do líder em face do grupo. Mas na racional, a legitimação nasceria da *forma* revelada dentro da própria ordem vigente. Anote-se que em tudo isto se acha o suposto de que a legitimidade é que fundamenta o poder. E também, por outro lado, que na dominação chamada racional substituem-se as referências transcendentais pela qualificação formal (e sistemática) da ordem. Realmente, com o processo de desenvolvimento de *legalismo*¹²⁴ [¹²⁴Cf. Nelson Saldanha, *Legalismo e Ciência do Direito*, cit.], a lei se consolidou como ‘expressão’ da vontade geral e do direito positivo. E nos inícios do século vinte o formalismo divulgou a imagem do ordenamento como estrutura lógica, cuja intelegibilidade dispensa a referência a componentes não-formais ou a fundamentos transcendentais¹²⁵ [¹²⁵Para Carl Schmitt, teria ocorrido uma ‘transformação do direito em legalidade’ com o reconhecimento de que ‘o direito é posto por quem de fato se impõe’: *Legalidad y legitimidad*, ed. Aguilar, Madrid 1971, pág. 168. Para Schmitt, o positivismo jurídico ‘não quer dizer outra coisa senão a transformação do direito em uma imposição de imposições.’]. (SALDANHA, Nelson. *Id. Idem.* p. 140.).

⁶³A esta passagem, da competência para impor normas, do Estado religioso para o Estado político, atribui-se o surgimento da *jurisdição* como a compreendemos: “O direito, antes de ser monopólio do Estado, era uma manifestação das leis de Deus, apenas conhecidas e reveladas pelos sacerdotes. O Estado não o produzia sob a forma de normas abstratas reguladoras da conduta humana. Nesse estágio de organização social e política, a atividade desenvolvida pelos pontífices, como observa De Martino em relação ao direito romano primitivo (*La giurisdizione nel diritto romano*, p. 49 *et seq.*), não pode ser equiparada à função nitidamente jurisdicional. A verdadeira e autêntica jurisdição apenas surgiu a partir do momento em que o Estado assumiu uma posição de maior independência, desvinculando-se dos valores estritamente religiosos e passando a exercer um poder mais acentuado de controle social.”. (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. GOMES, Fábio. Teoria geral do processo civil. 2ª ed. rev. e atual. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000. p. 60.).

⁶⁴Sobre irrupção de revoluções vale a pena conferir as ideias de Aleksandr Mikhailovich Lyapunov (1857-1918) químico russo que se dedicou ao estudo do movimento dos líquido, na tentativa de

Posto de um modo mais simples: para algo *ser* soberano é preciso que não esteja sujeitado a nada, pois do contrário aquilo que o está sujeitando é que de fato será o real soberano. Desta forma, abre-se uma busca para descobrir aquilo que está acima de tudo. Está busca inevitavelmente leva à ideia de deidade. O conceito de onipotência precisará então ser aceito seja como o de um *ser ciente* ou como o de um *princípio universal*, a primeira toma a forma de alguma divindade (p. ex.: Jeová, Alá, etc.) e a segunda a de um causa universal (p. ex.: acausalidade da existência universal, Big-bang, eterno retorno, etc.). Leva-se inevitavelmente a essa ideia, pois é ela, ainda, a única que põe fim à indagação pela causa das causas, a causa causante que é a causa de tudo e não é causada por nada, o *logos*, o qual em função da expansão do cristianismo é referenciado em grande parte do mundo na tradição judaico-cristã.⁶⁵

O raciocínio apresentado é o de que num plano existencial, segundo a lógica, duas onipotências não podem coexistir, pois do contrário uma onipotência, para que sustente tal qualidade, sujeitará a outra onipotência, lhe retirando essa qualidade, e fazendo da primeira a verdadeira (única) e da segunda um engodo. Na questão da soberania para governar, a discussão está concentrada em saber a quem se delega a soberania temporal, quem de direito a possui, visto ser impossível constatar

equalizar a passagem do estado de ordem (movimento estável de rotação elipsoidal) ao de desordem (caos, turbulência do líquido). Seus estudos o levaram a desenvolver o conceito de *ponto de virada*, momento dramático de passagem da ordem para o caos. Seu trabalho serviu de base para a compreensão, por analogia, dos movimentos da sociedade na passagem de um estado de estabilidade política-social, seguida de um crescente movimento, até a irrupção e conseqüente instauração da revolução e do conflito. Lyapunov desenvolveu seus estudos sobre química durante a Revolução Russa, o que lhe permitiu a comparação entre os fenômenos que testemunhava.

⁶⁵“1 No princípio era o Verbo, e o Verbo estava com Deus, e o Verbo era Deus. 2 Ele estava no princípio com Deus. 3 Todas as coisas foram feitas por intermédio dele, e sem ele nada do que foi feito se fez.” (Bíblia Sagrada, João 1, 1-3). No original em grego o termo *Verbo* aparece como *logos*. Segundo o Dicionário Houaiss *logos* é: “1 FIL ver **razão** (fil) 2 fil para Heráclito de Éfeso (sV a.C.), conjunto harmônico de leis, regularidades e conexões que comandam o universo, formando uma inteligência cósmica onipresente que se plenifica no pensamento humano 3 p. ext. fil no **estoicismo**, força criadora e mantenedora do universo, agindo como princípio ativo que anima, organiza e guia a matéria, além de determinar a lei moral, o destino e a faculdade racional dos homens 4 fil no misticismo filosófico de Fílon da Alexandria (sl d.C.), no **neoplatonismo** e no **gnosticismo**, inteligência ativa, transformadora e ordenadora de Deus em sua ação sobre a realidade, semelhante a um instrumento de ação ou um princípio intermediário entre a divindade e o universo material 5 p. ext. fil **rel no Evangelho de João, o Deus criador e seu filho, Jesus Cristo, que pode ser entendido como a encarnação no mundo do poder e saber absolutos da razão divina [Denominação escolhida pelo evangelista prov. em decorrência da grande divulgação filosófica do termo no mundo helenístico.] ¶ inicial maiúsc. 6 p. ext. rel teol na filosofia patrística dos primórdios da Igreja, sabedoria divina manifestada no mundo, revelada plenamente em Cristo, e refletida palidamente na inteligência humana ¶ inicial maiúsc. © ETIM gr. *lógos*, ou 'linguagem, proposição, definição; palavra; noção, razão; senso comum; motivo; juízo, opinião; estima, valor que se dá a uma coisa; explicação; a razão divina'; ver *log(o)-*”. (Grifo nosso). (HOUAISS, Antônio. *Id. Idem.*, Dezembro de 2001.).**

empiricamente sua origem universal e inicial, a qual permanece metafísica. Nessa problematização, o processo interpretativo pelo qual passou o cristianismo nos últimos séculos, e especialmente nas últimas décadas, ocupa papel de destaque, pois, é por intermédio dele que uma explicação racionalizada é desenhada para empoderar a coletividade em detrimento do soberano.

A ideia de legislador – pode-se dizer que atualmente da instituição parlamentar –, assim como foi, e ainda é, com a explicação sobre o fundamento da legitimação para governar (teorias da soberania), entra cada vez mais em evidente crise, aprofundada pelo próprio curso da história e os recentes desenvolvimentos científicos e tecnológicos.⁶⁶

A diferença entre estas crises – que não deixam de compor um cenário único e interligado de forma complexa – é que a crise da instituição legislativa, reconhecida como o legislador, apenas recentemente começou a ser sentida de forma notabilizada.

De outro lado, a crise do discurso de fundamentação da assunção da prerrogativa de gerenciar os meios oficiais do controle social, ou seja, da legitimação da autoridade dominante, enfim, da teoria da soberania, é uma crise que está há tempos em destaque, sofrendo sucessivas mutações.

O relativo atraso na percepção da crise das instituições legislativas nos faz crer que se localize aí o motivo (ou ao menos um dos) do pouco estudo que se tem dedicado ao tema da teoria do legislador, entendido este enquanto fenômeno presente na realidade socialmente construída, e não apenas enquanto narrativa mítica racionalista da legitimidade da produção legislativa oficial (estatal). Há uma preferência pelos estudos sobre a soberania dos quais as explicações sobre a produção legal, tanto a legitimidade quanto o processo, é deduzida.

O pensamento ao qual remetemos, enfim, é que se se fazendo a ordem social pelo direito, e possuindo este o seu elemento organizacional central na figura da lei, o ponto chave para a justificação da ordem jurídica (justificação necessária para

⁶⁶“No mundo inteiro, sem exceção, vive a instituição parlamentar uma grande crise. Crise de profundidade, não conjuntural, não limitada ao seu funcionamento e seus defeitos, mas uma contestação estrutural que tem origem nas mudanças que se processam no mundo inteiro. O fim das ideologias não destruiu somente o socialismo, mas abalou profundamente o sistema representativo. Na minha opinião, o colapso das ideologias foi determinado muito mais pelas conquistas da ciência e da tecnologia do que pela vitória de um sistema sobre o outro. O libertário no mundo moderno passou a ser o conhecimento, e o mundo socialista não pode competir com o capitalismo, que gerou recursos para o desenvolvimento científico, que, por sua vez, possibilitou meios de comunicação de massa capazes de criar um novo interlocutor da sociedade democrática, a opinião pública.” (SARNEY, José. A onda liberal na hora da verdade. Siciliano, São Paulo, 1999. p. 118-119.).

garantir estabilidade e segurança ao sistema) está no que fundamenta e lhe explica a fonte, que atualmente acaba sendo o mesmo que a fonte da lei.

A explicação de tal fonte nada mais é que a ideia de legislador, ou melhor dizendo, o mito de criação do legislador. Ademais, esta fonte extrai seu fundamento de legitimação simplesmente ligando-se aquele que é tido como o poder absoluto (constituente, ilimitado), diga-se o divino (místico), formando deste modo, para permitir a ligação paradoxal do metafísico com o real, através de um discurso lógico, o seu *mito de criação*.

A depender do estágio de desenvolvimento de um povo, o mito adaptar-se-á às exigências sócio-culturais daquele período, ora se ligando ao divino de forma clara e direta, ora de forma sutil e indireta. O que não se conseguiu até o momento foi prescindir da narrativa mítica para explicar a origem íntima das leis do direito – ou da soberania – e da sua superioridade enquanto imperativo normativo quando comparadas com outros sistemas normativos. O mito aparece em dupla manifestação: o mito de criação quer explicar a origem da lei e a qualidade de legislador, mito como processo explicativo e a divindade na qual o primeiro mito se baseia e que por si já possui seu próprio mito criador, mito como onipotência referencial. Pode-se considerar, ainda, uma terceira manifestação do mito, a referencia à divindade para justificar a soberania que por sua vez fundamenta a produção da lei (mito como processo explicativo e como onipotência referencial). O que se procede nas explicações existentes, seja sobre soberania ou legislador, ao bem da verdade, são mitos fundamentando mitos num processo contínuo até que a explicação se perca e se naturalize como parte *normal* da cultura, momento que não é mais contestado, mas pressuposto.

Muito embora exista um perceptível processo de afastamento do místico nas explicações, mesmo nas tidas por rigorosamente científicas e racionais, o uso do mito ainda se mostra imperioso, não oferecendo alternativa aparente. Entre o místico e o científico as fronteiras nem sempre são claras. É preciso guardar atenção para com as armadilhas da racionalização, que levam ao delírio lógico. Os mesmos processos lógicos que edificam o conhecimento referencial que permite a sustentação de *verdades* – hoje especialmente identificadas com as científicas – é também o mesmo que está presentes nos mitos.⁶⁷

⁶⁷“Thomas Kuhn adverte-nos para a relatividade de nossas concepções científicas, que se expressam como visões de mundo que poderão tornar-se obsoletas perante os problemas criados, muitas vezes,

Mesmo que com ressalvas, e muitas, o avanço em direção à substantivação do conhecimento tem somado um saldo positivo, sobretudo na política, quando reavalia as formas de organização e justificação.⁶⁸ Estranhamente, é no direito e no seu campo de saber que os avanços são retardados, permanecendo num estado de coisa ainda característico do Iluminismo, encantado com a razão e repleto de dogmas. Os avanços, notáveis, são basicamente técnicos (procedimentos e formas), ou analíticos (aplicação das técnicas), mas não científicos (conteúdo e paradigma). Em razão de encaixe do conhecimento do direito é que se coloca como emergente a necessidade de um *salto intuitivo* (falaremos mais sobre esse método, muito aplicado nas ciências avançadas como as matemáticas experimentais, em momento oportuno do desenvolvimento da teoria em formação).

A resistência à estagnação do conhecimento, preso num movimento que gira sobre o próprio eixo dando a ilusão de avanço, ocorre por influência do pensamento científico e revolucionário, comprometido com o que se pode chamar de *vontade de verdade*. Embora ainda se conviva com dogmas e mitos explicativos, agora eles podem ser cientificamente questionados e eventualmente substituídos.

O uso de *dogmas* não é um mal em si, mas a sua cristalização em obstáculo intransponível à produção de conhecimento novo o é. O dogma precisa ser sempre provisório para que não inviabilize a produção/descoberta do conhecimento. A ideia de dogma provisório pode soar paradoxal, mas sua sustentação é justificável pela falta de palavra que substitua dogma, pela utilidade prática que pode oferecer e pelo momento de transformação (*crise de degenerescência*) pelo qual passamos.

Em nosso entendimento, é a ausência de um conceito substantivo de direito (e de sua formulação em lei = *dever ser*) o que impossibilita a superação da explicação mítica da origem e do fundamento das normas jurídicas.

pelo próprio *paradigma*. Lembrando que os historiadores da ciência seguidamente encontram dificuldade em distinguir o que realmente seja científico daquilo que fora rotulado como superstição, escreve: 'Quanto mais cuidadosamente estudam, digamos, a dinâmica aristotélica, a química flogística ou a termodinâmica calórica, tanto mais certo tornam-se de que, como um todo, as concepções da natureza outrora correntes não eram nem menos científicas, nem menos o produto da idiosincrasia do que as atualmente em voga. Se essas crenças obsoletas devem ser chamadas de mito, então os mitos podem ser produzidos pelos mesmos tipos de métodos e mantidos pelas mesmas razões que hoje conduzem ao conhecimento científico.'" (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 1ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 2004. p. 33.).

⁶⁸"Do absolutismo, com a concentração de todo o poder público nas mãos do ditador [...], ou, melhor, desde o *L'État c'est moi*, até à delicadeza técnica das discriminações contemporâneas de funções orgânicas do Estado, o que se observa é a eliminação do elemento voluntarista e a ascensão do elemento *verdade*, a perda de 'imperativo pelo imperativo' e o ganho de 'indicativo'". (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Id. Idem*. 1960, p. 214.).

No momento oportuno, trataremos da resposta substantiva para essa lacuna, resposta que foi iniciada por Eugen Ehrlich (*direito vivo*) e finalmente resolvida por Cláudio Souto (SIV), e a partir da qual, dando seguimento a essa linha de estudos, desenvolvemos nossa explicação sobre o fenômeno da origem das leis do direito nas sociedades humanas (*legisgênese*).

Por tudo que já fora dito, afluí-se na ideia de que o mito do legislador, contemporaneamente, não mais pode ser de legitimidade por via de uma aplicação mítica. A manutenção desta forma de justificação/explicação é essencialmente racionalista, e não racional (tal diferença será aprofundada no curso de nossas exposições). Graças ao já referido deslocamento para o antropocêntrico, pela ferramenta da racionalidade, resultante das sucessivas revoluções apontadas, começa a se fazer necessária uma explicação diferente da habitual⁶⁹, possivelmente uma explicação substantiva, científica.

3.1 Da irrealidade lógica do legislador formal

Na atualidade, o que muitos doutrinadores⁷⁰ têm identificado como “o legislador” é, no fundo, o mesmo que estes entendem por parlamentar e processo parlamentar.⁷¹ Estes autores, diferenciados entre si por pequenas variações de estilo e inclinação ideológica, desenvolvem seus estudos focados exclusivamente naquilo que estabelecem as leis estatais, especialmente a Constituição, sobre a matéria Poder Legislativo. Um maior detalhamento do tema pelos estudiosos têm significado a elaboração de antologias de legislações internacionais e/ou históricas sobre processo legislativo, parlamento e parlamentar.⁷²

⁶⁹“Enfim, a força do mito reside em que, remetendo-se à História, consegue-se negá-la ao apresentar um sistema ideológico um sistema de valores como dados da natureza, fatos de uma realidade empírica. Por esse meio, põe-se à sombra o fato de se estar frente a um mero sistema de valores. [...] o mito simplifica as complexidades, universaliza o contingente, neutraliza as valorações e idealiza a história. No discurso mítico como no raciocínio dos juristas, produz-se um entendimento que não exige explicações.” (WARAT, Luiz Alberto. Introdução geral ao direito: interpretação da lei: temas para uma reformulação. Tomo I. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1994, pp.108-111).

⁷⁰Entre eles: PERELMAN, Chaïm, Lógica jurídica: nova retórica. trad. Verginia K. Pupi. Martins Fontes, São Paulo, 1998. p. 51-52; SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33. ed. Malheiros, São Paulo, 2010. p. 507-539; HORTA, Raul Machado. Direito Constitucional. 5. ed. rev. e atual. por Juliana Campos Horta. Del Rey, Belo Horizonte, 2010. p. 500-580; CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 23. ed. Saraiva, São Paulo, 2011. p. 62.

⁷¹Nosso primeiro estudo sobre o assunto consiste em monografia de conclusão de curso (AVNER, P. C. O Legislador. Monografia (bacharelado em direito) – Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2012, p. 20-25).

⁷²Representando exceções à tradicional desatenção dispensada ao questionamento sobre o *quê, de fato, vem a ser “o legislador”*, encontramos no “mordaz” Fuller uma sutil percepção de que a ideia

Na mesma linha desta conceituação legalista, em nossa realidade pátria, completam-na as concepções evidenciadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) – doravante referido como Corte Suprema – as quais identificamos ao longo dos julgados elencados na obra *A Constituição e o Supremo*.⁷³

A Corte Suprema, em seu trabalho de práxis jurídica, cunha ao menos sete espécies de *subconceitos* de legislador, diferenciando-os entre si pela adoção dos seguintes critérios: a) competência, b) matéria, c) hierarquia, d) ação positiva, e) ação negativa, f) existência de previsão legal e g) genericamente.⁷⁴

Objetivamente, tais critérios listados só encontram a sua razão de ser enquanto servem de fundamento de estratégias argumentativas racionalistas (estratégia discursiva), na circunstancial defesa de um ponto de vista articulada pelo ministro então responsável pelo discurso.⁷⁵

São, enfim, ferramentas à serviço do ideológico (do político), nos discursos dos ministros. Retomaremos estes critérios (categorias) de diferenciação, proferidas pelos membros da Corte Suprema, adiante.

corrente na doutrina e na jurisprudência não passam de um mito: “O processo de reforma judicial requer três estágios. O primeiro deles é o de se adivinhar alguma ‘proposta’ simples, à qual o estatuto serve. Isto é feito porém, considerando-se que nem um estatuto em cem tem uma única proposta, e a despeito de os objetivos de quase todo estatuto serem, diferentemente, interpretados por uma vasta gama de patronos. O segundo estágio é o de se descobrir que um **místico** chamado de ‘**o legislador**’, em perseguição a sua imaginária ‘proposta’, tenha negligenciado algo, ou deixado alguma lacuna ou imperfeição em seu trabalho. Então, vem, a final e a mais refrescante parte do trabalho, que é, naturalmente, preencher os espaços da estatuto criado. *Quod erat faciendum*.” (FULLER, Lon L., O caso dos exploradores de cavernas. 2ª tir. trad. e notas Ivo de Paula, LL. M. intr. e apêndice João Paulo Rossi Júlio. liv. e ed. Universitária de Direito, São Paulo, 2008. p. 50-51. *grifamos*). Nesta mesma linha encontramos Luiz Alberto Warat: “No direito, a idéia do emissor universal pode ser identificada com o **culto** ao ‘**espírito do legislador**’. E através do **mito** logra-se politicamente a conciliação dos condições sociais na medida em que estas são projetadas em uma dimensão harmoniosa de essências puras, relações necessárias e esquemas ideais, aos quais devemos forçosamente aderir.” (WARAT, *Id. Idem.*, 1994. p. 105. *grifamos*) Infelizmente ambos os juristas citados não escreveram mais que estas poucas palavras sobre a percepção que demonstram do caráter mítico do conceito corrente de legislador.

⁷³BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo* [recurso eletrônico]. 4. ed. Secretaria de Documentação, Brasília, 2011. A jurisprudência do Supremo foi brevemente averiguada a partir desta obra e não diretamente no banco de dados da Corte por entendermos que o fato destes precedentes figurarem na Constituição *anotada* pelo Supremo em si já representa um trabalho de seleção regido pela própria Corte, o que torna possível deduzir que na referida obra está estampado o entendimento mais atual da Corte.

⁷⁴A metodologia utilizada para se chegar a estas categorias foi a da análise de conteúdo “[...] com uma categorização a partir dos dados.” (MORAES, Roque. *Análise de conteúdo*. v. 22, n. 37, p. 7-32. Revista Educação, Porto Alegre, 1999.).

⁷⁵Trataremos com detalhes esta questão, da formação das ideias no discurso jurídicos apenas em oportunidade futura, detalhada nas conclusões. Nela serão abordadas as questões d’A condição retórica de sentido e d’O senso (ou sentido) comum teórico dos juristas, apresentadas por Luiz Alberto Warat.

Os discursos manifestos, tanto na doutrina quanto na Corte Suprema, sobre a concepção de legislador (dimensão, abrangência, conteúdo e dinâmica), são logo de início limitados ao que estabelece a legislação estatal. Assim sendo, em momento algum é levada em consideração uma perspectiva que não esteja contida no denominado “Paradigma Racionalista” (o qual será abordado no ponto seguinte).

Embora, num primeiro momento, graças ao processo corrente de naturalização do pensamento no meio jurídico, esta limitação possa parecer normal, e até mesmo supostamente necessária e lógica, ela é, em verdade, tão absurda quanto entender que o direito é apenas o que diz o Estado pela lei.⁷⁶

Em poucas palavras, a conceituação de legislador na doutrina (academia) e na Corte Suprema (prática) se dá por “racionalização”⁷⁷ do sistema legal oficial e da explicação sobre sua fonte. Referida conceituação, por si só, já levanta o questionamento da real procedência de tal explicação, haja vista a notoriedade de seu caráter formal.

Raciocinemos brevemente sobre o porquê a limitação supra referida é absurda, ou melhor dizendo irreal, vejamos: na tentativa de explicar universalmente o fenômeno da formação/origem das leis, os juristas fazem referência ao legislador como o seu criador, entendendo-o atualmente como sinônimo de parlamentar e/ou processo parlamentar.

Todavia, ao fazer isso, esquecem que estes últimos são figuras que se pospõem à existência do fenômeno do direito, o que desde já levanta outros questionamentos: só existiriam leis (*dever ser* do direito) depois de instituída a autoridade formal? Antes da instituição da autoridade não existiria direito? Se mesmo assim existia direito (sem autoridade formal), como poderia haver tal direito

⁷⁶A respeito da ausência de fundamento do posicionamento dos estudiosos do direito que reduzem o direito ao Estado, Cf. ROMANO, Santi. O Ordenamento Jurídico. trad. Arno Dal Ri Júnior. Fundação Boiteux, Florianópolis, 2008. *pass.*

⁷⁷“A razão corresponde a uma vontade de ter uma visão coerente dos fenômenos, das coisas e do universo. A razão tem um aspecto incontestavelmente lógico. Mas, aí também, pode distinguir-se entre racionalidade e racionalização. A racionalidade é o jogo, é o diálogo incessante entre o nosso espírito que cria estruturas lógicas, que as aplica sobre o mundo e que dialoga com o mundo real. Quando este mundo não está de acordo com o nosso sistema lógico, é preciso admitir que o nosso sistema lógico é insuficiente, que apenas encontra uma parte do real. A racionalidade, de qualquer modo, não tem nunca a pretensão de esgotar num sistema lógico a totalidade do real, mas tem a vontade de dialogar com o que lhe resiste. Como já o dizia Shakespeare: «Há mais coisas no mundo que em toda a nossa filosofia.» O Universo é muito mais rico do que o podem conceber as estruturas do nosso cérebro, por muito desenvolvido que ele seja. O que é racionalização? A racionalização, essa palavra é empregue muito justamente em patologia por Freud e por muitos psiquiatras. A racionalização consiste em querer encerrar a realidade num sistema coerente. E tudo o que, na realidade, contradiz este sistema coerente é desviado, esquecido, posto de lado, visto como ilusão ou aparência.” (MORIN, Edgar. *Id. Idem.*, 2003, p. 101-102.).

supostamente sem leis (*dever ser*)? E se de alguma forma existia direito e existiam leis, de onde elas vinham, ou, quem ou o quê as elaborava? Todos são questionamento surgidos da suposição de que o legislador, entendido atualmente como parlamentar e processo parlamentar, é o criador das leis e assim do próprio direito.

Na tentativa de resolver este enigma, mergulhando em investigações históricas, os estudiosos do direito acabam referindo-se a figura do monarca e/ou do sacerdote dos tempos idos como “o legislador”. Ainda assim, incorre-se na mesma lacuna: monarca e sacerdote surgiram posteriormente à ideia de lei e de direito. E, assim, se prossegue com a digressão racionalizante da história até que se chegue às comunidades denominadas primitivas e sobre elas se diga que não possuíam direito por estar ausente uma autoridade oficial.

Seguir esta linha de raciocínio é que tornou possível a concepção da ideia de *estado de natureza* versus *estado social* pelos pensadores *contratualistas* (Hobbes, Lock e Rousseau). Esta ideia consiste em mais um mito que hoje sabe-se não corresponde à realidade histórica, mas, pelo contrário, graças à função mítica desta explicação, fica aparentemente dispensado o levantamento histórico dos fatos que teriam levado a criação da sociedade e de suas leis.

Graças ao trabalho dos arqueólogos, antropólogos, geógrafos, geneticistas, e demais cientistas modernos, é possível afirmar que o ser humano sempre viveu em grupos, de tamanho variável de acordo com as circunstâncias, inexistindo, assim, este suposto período da história em que os homens viviam afastados e isolados uns dos outros (em guerra ou em paz).

Hoje, é sabido que o próprio surgimento da espécie humana, do *homo sapiens*, se confunde com o avanço do povoamento da superfície terrestre e com a complexificação das relações sociais.⁷⁸

Podemos simplificar a ideia que estamos apresentando apenas dizendo que o ser humano tornou-se físico-biologicamente o humano que conhecemos hoje ao mesmo passo que ia povoando os continentes e desenvolvendo a complexidade da vida em grupo. A ideia de um suposto estado de natureza precedendo o estado social, ambos habitados pelo mesmo animal, o homem, é uma ficção que já não se

⁷⁸Cf. ROBERTS, Alice. A Incrível Jornada Humana – Fora da África, Ásia, Europa, Austrália e Américas. Documentário, 5 episódios. 295min., color. Título original: *The Incredible Human Journey*doc. BBC, London (UK), 2009.

sustenta mais, muito embora as teorias políticas e jurídicas que se baseiem nesse mito em particular, enquanto seu pressuposto de validade, ainda continuem contando com defensores entre os juristas.

Enfim, quando os primeiros primatas hominídeos se tornaram humanos, estes já viviam em grupos complexos (sociedade), possuíam uma forma de comunicar ideias (linguagem) e um sistema de regras (direito) – a sociedade e o direito surgem com a própria condição humana.

A ilogicidade para qual chamamos a atenção no presente ponto reside na insistência em se indicar como origem algo posterior ao fenômeno da lei e do direito que se está procurando explicar: algo criado posteriormente não pode ser responsável pelo surgimento de algo que lhe é pretérito.

Em todas as explicações que procedem com uma suposta digressão na história, embora se reconheça que o direito é maior que a lei, no fundo, se está confundindo direito com a palavra da autoridade oficial. Mas como poderia haver uma sociedade sem direito? Está poderia ser vista como uma sociedade? Como não considerar um agrupamento humano permanente, com relações sociais complexas, cultura, divisão do trabalho e etc., uma sociedade apenas por não possuir autoridade oficial produtora de leis? Fazer isso seria o mesmo que conceber o direito sem a sociedade⁷⁹, o que seria absurdo, irreal.

Vê-se, em poucas linhas, que carecem de melhor fundamento as explicações que buscam dar resposta a pergunta *de onde vem* ou *como são formadas as leis* simplesmente remetendo à figura do legislador.

Estas explicações são, tão somente, mitos de criação que naturalizam o artificial racionalizando-o para dispensar um fundamento verdadeiramente racional.

⁷⁹O direito existe simultaneamente à sociedade, de modo que não se pode conceber uma sociedade *anterior* ao direito, seja qual for a forma que este se manifeste. “Podem-se imaginar o direito e a sociedade como as duas lâminas de uma mesma tesoura. Quem escruta apenas uma lâmina pode pensar que ela faz todo o trabalho.” (L. L. Fuller, ‘American legal realism’, *University of Pennsylvania Law Review*, 1934, 82, 5, p. 452) Fuller, jurista mordaz, assinala com essa imagem as dificuldades da análise da relação direito/sociedade. Como manejar essa relação sem enfatizar um dos dois termos em detrimento do outro, sem convertê-lo numa ‘oposição’? Afirmar a autonomia absoluta do direito com relação à sociedade, como fez o filósofo Kelsen, ou, ao contrário, sujeitá-lo pura e simplesmente a ela, como Pasukanis e uma volumosa tradição marxista, constituem dois pólos extremos entre os quais se abre um amplo leque de posições intermediárias.” (ASSIER-ANDRIEU, Louis. *O direito nas sociedades humanas*. 1. ed. Martins Fontes, São Paulo, 2000. p. 5.). O que se entende que possa surgir posteriormente em uma sociedade é apenas a divisão e oficialização (sistematização e estatização) das funções necessárias para a manutenção do direito: criação, interpretação e aplicação.

São “explicações” estas que já não mais explicam, isso se levarmos em consideração o estágio de desenvolvimento do conhecimento nas diversas áreas as quais não se satisfazem mais com as narrativas míticas.

Se antes a narrativa mítica servia à sociedade, com a função de integrá-la, hoje serve à manutenção do controle social por parte do grupo social dos homens de governo e aos interesses dos demais grupos a que aqueles efetivamente servem.

A questão que somos levados a enfrentar é: se o direito, e seu conjunto de normas, existe antes que existisse um agente oficial encarregado de produzir a lei, logo deve existir algo pretérito a esse agente, que produz normas de direito e, para conseguir isto, formula leis (*dever ser*). Esse ponto de vista, para ser aceito, exige que a norma seja compreendida como o resultante do processo interpretativo para a aplicação da lei. Neste arranjo, lei é igual a ordem geral de *dever ser* (imperativo de conduta abstrato e indistintamente válido em uma sociedade), e norma é igual a ordem de *dever ser* ajustada (imperativo de conduta concreto e circunstancialmente considerado) e socialmente eficaz (situação em que as condutas são moldadas pela influência do imperativo, seja enquanto orientação previa ou sanção por inobservância).

Já neste momento, a questão ou relação entre elementos que somos levados não mais a cogitar, mas a aceitar por dedução é: antes da existência da autoridade já existiam leis, isto porque para que existissem normas as leis precisam existir antes delas. Reconhecidamente anterior à existência da autoridade formal, abrangendo e tornando possível a existência das leis e das normas, certamente existia o Direito⁸⁰. Por fim, para que este último fosse possível, simultâneo a ele, teve início a sociedade humana. Da forma mais simples que se possa retratar nossa tese, o esquema é o seguinte: Sociedade↔Direito←normas←leisΠlegisgênese≠legislador.⁸¹

Diante deste raciocínio, se as leis/normas existem anteriormente aos agentes aos quais a sua autoria tem sido atribuída, fica evidente a irracionalidade de se

⁸⁰Neste momento não iremos tratar com mais detalhadamente do direito, enquanto conceito, pois este será abordado em outra oportunidade. Sem entrar em detalhes, adiantamos que para os fins de nossa teoria, entendemos direito como *Sentimento/Ideia/Vontade* (SIV), conforme nos ensina Cláudio Souto (Cf. SOUTO, *Id. Idem.*, 1968; SOUTO, *Id. Idem.*, 2003; SOUTO, Cláudio. *Natureza, Mente e Direito*: para além do usual acadêmico. 2ª ed. Nossa Livraria, Recife, 2014. *pass.*).

⁸¹Segue o significado dos símbolos lógicos empregados: ↔ “se e somente se”; ← “implica em”; Π “produto de”; ≠ “diferente de”.

querer identificar a fonte de algo (lei/normas) com outro algo (parlamentar, monarca e/ou sacerdote) que lhe é posterior no existir.

Conclui-se daí que o quê se tem identificado como o legislador, necessariamente, é algo maior que parlamentar, monarca e/ou sacerdote, já que esta figura/fenômeno produtora das leis/normas é anterior a todos os agentes que os estudiosos do direito tem indicado como seu sinônimo. Neste raciocínio consiste o primeiro grande indício de existência, ou condição de compreensão, da legisgênese.

Ressalva-se, todavia – e isto é crucial para a nossa ideia –, que não se está negando que os agentes oficiais dos tempos modernos e da antiguidade exercem ou exerceram a função de legislar, de verbalizar, de formular, em seu tempo e do seu modo, leis e normas identificadas com as de direito. Do mesmo modo, não se está negando ser possível que estes mesmos agentes legislem leis e normas sem qualquer caráter jurídico.⁸²

Ocorre que o *dever ser* por eles externado é diferente das reais leis do direito, pois falta naquele a origem e ratificação do social a que elas se destinam.

Embora tenham influência sobre o social, e sobre este exerçam visível controle, isto não é suficiente para fazer dessas regras leis do direito, assim como se sucede com as regras morais ou religiosas.

O que distinguirá um *dever ser* qualquer de um *dever ser* de direito não é sua forma (observância de procedimentos formais), mas sua substância – questão que será melhor abordada mais adiante, quando tratado o conceito de direito.

Com tudo o que fora dito, o que se quer colocar como ponto central da questão é que, assim como o direito não se restringe à lei estatal, o fenômeno legislador não se restringe ao agente estatal, embora sejam ambos (lei e agente estatais) os elementos que mais visivelmente se destaquem do todo (direito e fenômeno legislador), dos quais eles são partes, ou melhor dizendo, dos quais eles são possibilidades.

⁸²Sobre esta possibilidade, de leis oficiais não-jurídicas, já alertou, como citamos supra, Gustav Radbruch desencantado com o Positivismo Jurídico após ter testemunhado a desumanidade do Estado nazista: "Direito quer dizer o mesmo que vontade e desejo de justiça. [...] Quando as leis conscientemente desmentem essa vontade e desejo de justiça, como quando arbitrariamente concedem ou negam a certos homens os direitos naturais da pessoa humana, então carecerão tais leis de qualquer validade, o povo não lhes deverá obediência, e os juristas deverão ser os primeiros a **recusar-lhes o caráter de jurídicas**. [...] *pode* haver leis tais, com um tal grau de injustiça e de nocividade para o bem comum, que toda a validade e até **o caráter de jurídicas não poderão jamais deixar de lhe ser negados**." (RADBRUCH, Gustav. *Id. Idem.*, 1997, p. 413-417. *Grifamos*).

Eis que é surgida, a partir deste momento, a preocupação de alertar para a necessidade de se diferenciar as dimensões do fenômeno legislador, razão porque se faz emergente a construção de novos termos.

Diante desta preocupação, três dimensões do fenômeno foram identificadas e nomeadas, são elas, relativo às dimensões: α) o processo da origem das leis do direito nas sociedades humanas; β) o agente e processo estatais encarregados da elaboração das leis oficiais; e χ) a estratégia de argumentação, por racionalização, empregada na prática jurídica; relativo aos termos: β) legislador *stricto sensu* (= agente estatal oficial [Parlamentar] e sequência de atos formais preordenados para elaboração de texto de lei [Processo Parlamentar]); χ) legislador *lato sensu* (profusão de conceitos práticos → estratégia argumentativa jurisdicional); e α) legislador real (fenômeno humano social de configuração do *dever ser* [legisgênese]). Adiante, tratamos dos três principais conceitos aos quais chegamos para as três dimensões observadas.

Passando em vistas, o ato de submeter o surgimento das leis/normas de direito unicamente ao da autoridade oficial equivale a submeter o surgimento do direito ao da lei estatal. Ou seja, se se reduz a criação das leis/normas em uma sociedade – que, lembre-se, não existe sem o direito – a figura de um agente oficial que as faça, isso implica reduzir o surgimento do próprio direito ao da autoridade. Seria isso o mesmo que dizer que, sem uma lei oficial não haveria direito, ou que, sem a organização política da coletividade, sem um modelo de Estado, também não poderia haver direito.

Esta relação implicaria, ademais, na submissão da existência da sociedade ao surgimento do Estado (governo formal centralizado). Segundo esta hipótese, enfim, só haveria sociedade onde houvesse Estado ou a sociedade que houvesse existiria sem direito. Vê-se, pois, que não pode estar mais claro o absurdo.

Antes do surgimento de uma autoridade oficial, já existem leis do direito; como poderia haver direito sem um respectivo *dever ser*?! E antes da formação de um Estado oficial já existe, obviamente, sociedade; de que outra maneira poderiam os homens conviver (*viver com*)?!

Referente às possibilidades de formas de manifestação e de organização do direito e das sociedades, as variedades possíveis ficam à critério da configuração da complexidade relacional entre os elementos levantados e seus componentes — e,

incidentalmente, da necessidade de gestão e controle (controle social) que tem levado ao surgimento da autoridade oficial, atualmente identificada no Estado.⁸³

Não é crível que o Estado seja condição necessária para o surgimento da sociedade, nem que a autoridade oficial, lei estatal ou novamente Estado sejam condições necessárias para o surgimento do direito.

Entende-se, isto sim, que a condição necessária para o surgimento do direito (e de seu *dever ser*) é o da sociedade⁸⁴, e para o surgimento da sociedade é o do direito, simultaneamente. São como as duas faces de uma folha, não há uma sem a outra, nem primeira ou segunda, o que muda é o lado para o qual se olha. A existência conjunta e surgimento simultâneos são dedutíveis das relativamente recentes descobertas sobre a formação do *homo sapiens* e das comunidades humanas que são igualmente simultâneas.

Onde houver sociedade humana existirão relações sociais – condutas – e, assim, haverá também *dever ser* e, logo, o direito. Entre a normalização das condutas e o direito, existe o *dever ser* (projeção de comportamento ideal sobre o real), portanto, uma *lei*.

O *dever ser* que, então, existirá, será de direito quando tiver por base o sentimento e desejos de justiça, presentes em todo ser humano, quando outra for a base outro tipo de *dever ser* será.

Autoridade e Estado marcam um momento da relação entre a complexidade da vida social e o modo de organização do social. Desdobramentos práticos da rejeição do direito como sentimento de justiça e a admissão das limitações formais tradicionalmente impostas pelos teóricos para explicar a origem do direito e da lei, representariam a legitimação teórica jurídico-legal de regimes que equiparam o direito à força sob um modelo de Estado que vai contra o direito, como foi o regime nazista e se evidenciou nos Julgamentos de Nuremberg.⁸⁵

⁸³Cumpramos esclarecer que não se está aqui sugerindo implicitamente a ideia de “evolução”, próprio da teoria de Charles Darwin. Longe disso, não encaramos a configuração da complexidade da sociedade e do direito como um processo evolutivo linear inexorável apontando para o surgimento do Estado e da autoridade oficial. Mas concebemos que: entre a configuração da complexidade de uma sociedade e do seu direito, corresponde um modelo de manifestação da sua forma de organização que, por um processo histórico-social, mostrou-se dominante ao menos naquele momento. A relação está mais para um princípio de dominação do que de “evolução”.

⁸⁴[...] também em nossa época, como em todos os tempos, o fundamental no desenvolvimento do direito não está no ato de legislar nem na jurisprudência ou na aplicação do direito, mas na própria sociedade. Talvez se resuma nesta frase o sentido de todo o fundamento de uma sociologia do direito.” (EHRlich, Eugen. *Id. Idem.* 1987, p. 8.).

⁸⁵Os julgamentos de Nuremberg foram a primeira e fundamental afirmação de um princípio que se tornaria decisivo no direito internacional: foram definidas novas categorias de crimes, que por sua

natureza, podiam ser julgados por autoridades diferentes daquelas do Estado no qual foram cometidos: estas autoridades representam idealmente os direitos da humanidade inteira. Desse modo, foi derrotada a tese da defesa, que, apelando a um princípio geral do Direito, sustentava que ninguém podia ser incriminado por atos que não constituíam delito na época em que foram cometidos.” (FIORANI, Flavio. História ilustrada da II Guerra Mundial. trad. Ciro Mioranza. Larousse do Brasil, São Paulo, 2009. p. 279.). O que se reconheceu ali foi a existência de *direito*, independentemente da existência de uma *lei oficial*. Em nenhum outro caso da história humana ficou mais evidente haver leis/normas humanas independentes das leis oficiais dos governos, o que possibilitou o reconhecimento da existência do direito previamente à existência de uma autoridade que o estabelecesse. A peculiaridade está em que o direito só foi *imposto* (coercitivamente) após o surgimento de uma força que o garantisse; o que surgiu posteriormente foi o meio de imposição, o agente, a *espada*, e não o direito, o sentimento, a balança e o contrapeso.

4 O PARADIGMA JURÍDICO ATUAL

Ao revés das outras ciências modernas a “dogmática jurídica” ou “ciência formal do direito”⁸⁶ manteve muitos de seus princípios de orientação – instrumentos da construção de seu campo de conhecimento – presos em posturas metodológicas típicas do período iluminista⁸⁷ (o *Florescer da Razão*).

Esta característica encontra-se sintetizada na ideia de “Paradigma Racionalista”, que organiza o *ser* do Positivismo Jurídico, e que integra um paradigma maior denominado Paradigma Mecanicista.⁸⁸

As duas principais características do Positivismo Jurídico – e podemos resumir em duas as características – são a *sistematização* do direito, compreendido como um sistema normativo, e a proclamação da *autonomia* deste sistema, compreendida na afirmação de autosuficiência (o sistema não possui lacunas e normas informam e fundamentam normas).

⁸⁶a Dogmática Jurídica tende a isolar, em seu trabalho de sistematização e análise, aspectos puramente lógico-normativos do conjunto da vida social (embora nunca o consiga inteiramente). Isso sobretudo com a finalidade prática de facilitar a aplicação judiciária ou administrativa das normas. [...] A denominação ‘Dogmática Jurídica’ parece imprópria aos tempos modernos e pós-modernos, pois ‘dogmas’ e ‘doutrinas’ são expressões mais adequadas a certas modalidades do pensamento religioso, do que ao estudo sistemático da forma temporal do jurídico (Cf. Jori, 1987: 165 [JORI, Mario, Empirismo e Dogmatica Giuridica. in Carla Faralli and Erico Pattaro (eds.), *Reason in Law*, Proceedings of the Conference held in Bologna, 12-15 December 1984, vol. One. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1987.]). ‘Ciência formal do direito’ seria denominação mais apropriada.” (SOUTO, Cláudio. *Id. Idem*. 2003, p. 47.).

⁸⁷“Como nosso padrão epistemológico ficou preso ao Iluminismo, ancorado nos dois pressupostos que o inspiram, quais sejam, a redução do fenômeno jurídico apenas ao ‘mundo normativo’; e ao pressuposto de ser lei uma proposição de sentido *unívoco*, o sistema, conseqüentemente, ‘congelou-se’, dogmatizando-se, sem que a doutrina e mesmo a prática forense ficassem liberadas para acompanhar as transformações sociais, ocorridas nos dois séculos que nos separam dos movimentos liberais que culminaram na Revolução Francesa.” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Id. Idem*. 2004, p. IX.).

⁸⁸O tradicional Paradigma Mecanicista (Cartesiano-Newtoniano) se opõe ao recente Paradigma Quântico (Holístico-Sistêmico). São características desses paradigmas as seguintes: “Cartesiano-Newtoniano: Dualidade Sujeito (S) × Objeto (O); Universo composto por partículas sólidas e eternas em interação mecânica. As partículas são distintas da luz; Matéria, vida e informação são distintas, e objetos de estudo de ciências distintas (Física, Biologia, Ciências da Informação...); Causalidade linear (a toda ação corresponde uma reação). Todo fenômeno tem uma causa. O efeito pode tornar-se causa, assim indefinidamente; O todo contém as partes, mas não pode ser contido nestas; O conhecimento independe da mente do sujeito observador; Entendimento das partes para entender o todo. Holístico-Sistêmico: **S** e **O** são indissociáveis; No universo, tudo é ‘feito’ de espaço e energia indissociáveis. Toda partícula subatômica é luz. O conceito de evento substitui o de elemento; Matéria, vida e informação são indissociáveis. Todos os sistemas físicos, biológicos e psíquicos são submetidos às leis da energia; Há uma recursividade entre efeito e causa ou interretroação. Existem também fenômenos acausais e vistos como paradoxais dentro da lógica formal clássica; Não somente as partes estão no todo, mas o todo está em todas as partes, como num holograma; Conhecedor, conhecido e conhecimento são indissociáveis da mente do sujeito observador; Entendimento do todo para entender as suas partes.” (RAMOS, Albenides. *Metodologia da pesquisa científica: como uma monografia pode abrir o horizonte do conhecimento*. Atlas, São Paulo, 2009. p. 245-246.).

O direito é, deste modo, entendido como um sistema normativo, fechado, completo/prefeito e hierarquicamente disposto.

Sobre este sistema normativo, alimentado e controlado pelo Estado, repousa a crença de sua plena capacidade de resolver conflitos e organizar a sociedade e o próprio Estado.

Dito de outro modo, o direito passa a ser o que o Estado, através de suas leis e intérpretes, disser que é. Ficam inadmitidos pensamentos contrários ou concorrentes, ou seja, o chamado *pluralismo jurídico*.

Dito de modo ainda mais simples, o Estado de Direito passa a ser o mesmo que o Estado da força, o que permite fazer da própria injustiça *direito legítimo*. Justo e injusto são ideias incompreensíveis ao sistema, elas devem ser substituídas por legal e ilegal, simplesmente.

O referido paradigma consiste, basicamente, na tentativa de “geometrização do Direito”⁸⁹, por intermédio da ênfase nos processos e procedimentos como certezas de se atingir a verdade.

Seguido o roteiro e aplicadas as chaves, seria possível, então, identificar e assim aplicar a correta norma ao caso sob análise. Mas, para que se sujeite a este processo, o caso precisaria antes ter a sua complexidade inerente reduzida ao máximo, reduzida à valores abstratos.

Na geometrização do direito as variáveis precisam ser reduzidas à valores manipuláveis em uma espécie de equação⁹⁰, toda realidade submetida ao processo

⁸⁹A ‘geometrização’ do Direito, que teve em Leibniz, em Locke e nos demais filósofos racionalistas do século XVII seus representantes mais ilustres, foi depois reproduzida por Savigny na recomendação de que os juristas práticos abandonassem o exame dos casos concretos dada a extrema complexidade de que eles se revestem, a tornar impossível sistematizá-los, subordinando-os a ‘regras gerais’. Segundo ele, não haveria remédio senão renunciar à sabedoria da experiência, como já haviam preconizado os filósofos do Iluminismo, afastando-se cada vez mais da realidade social³. [São importantes as análises de Walter Wilhelm, sobre as concepções de Savigny (Metodologia jurídica del seculo XIX, 1958, Giuffrè, 1974.)]. (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Id. Idem*. 2004, p. 38.).

⁹⁰A equação que nos referimos corresponde ao tradicional “silogismo aristotélico”, o qual divide e estrutura o pensamento em “premissa maior” mais “premissa menor” igual a “conclusão”. No caso do direito a premissa maior passa a ser a lei, a premissa menor o caso, e a conclusão a sentença. Se não lembramos a mais celebre exemplificação do silogismo: todos os homens são mortais, Sócrates é homem, logo, Sócrates é mortal. O que se estabelece em último caso é: se “homem”, *então* “mortal”; no direito, se caso *então* lei; ou ainda, se A, *então* B; simbolicamente, $A \rightarrow B$. Neste esquema A é a “condição” ou “antecedente” e B é a “conclusão” ou “consequente”. Deste modo, é estabelecida uma conhecida “estrutura fundamental” de raciocínio lógico denominada de “condicional”.

A praticidade desta forma racionalista de orientação do pensamento está na possibilidade de se decompor o raciocínio em premissas e então lhes verificar a pertinência, lhes confirmando ou negando validade. A falha no pensamento desenvolvido nestes termos decorre da forma dialética de argumentação e da tentativa de simplificação de uma realidade complexa. O procedimento dialético restringe a possibilidade de conhecimento, pois divide em pólos maniqueístas elementos que não são

precisa ser reduzida à valores equacionáveis. Desta necessidade do sistema é que surge a ideia de *verdade dos autos*.

Tal planificação da realidade, impõe uma inevitável e significativa imprecisão, o que, conseqüentemente, resulta na impossibilidade de previsão dos resultados. À rigor, isto faz com que seja proporcionado o contrário do que é anunciado oficialmente pelo sistema. Ao invés de padronização de resultados, se cria as condições para a ausência de padrão.

Sobre a proposta estrita do sistema, cada caso é reduzido a valores diferentes, o que leva a resultados diferentes, mesmo quando é seguido idêntico roteiro (processo e procedimento). O paradoxo do sistema é propor a uniformidade, mas tornar impossível a sua existência mesmo em casos análogos.

Para corrigir essa aparente distorção do sistema, que na verdade é uma característica inerente do próprio sistema, é feita uma inversão na ordem da equação: os resultados finais são predeterminados às situações, e os casos passam a ser sobre eles distribuídos.

Contrariando a lógica que o sistema se propõe a prestar, a equação (processo e procedimento jurídico) não leva mais à formação do resultado, mas o resultado (sentença) é previamente determinado pelas instâncias superiores (jurisprudência e/ou súmulas) fazendo da equação apenas um caminho para moldar, alterar e interpretar a realidade até que esta *caiba* no resultado desejado. O caso é moldado à solução, e não o contrário. Não há racionalidade no sistema, apenas racionalismo.

As idiosincrasias da realidade empírica e do direito ficam, como se percebe, excluídas da cognição para que se viabilize a ideia de sistema fechado, que no fundo não passa de uma ilusão.⁹¹

O paradigma racionalista corresponde à deificação da razão no direito, o que o reduz a um mero sistema de identificação de normas (leis estatal) incidente sobre

necessariamente opostos. Vê-se que o paradigma racionalista, em seu modo de estruturar o pensamento, passa uma aparente segurança e confiabilidade, decorrentes da simplificação das questões, mas que inevitavelmente cria uma ficção substitutiva da realidade.

O que esta visão de mundo faz, ademais, é situar o pensamento no Paradigma Mecanicista, e o que estamos propondo com o presente trabalho é a passagem para o Paradigma Quântico.

⁹¹Para uma compreensão da ideia de *sistema*, sua origem, aplicação nos ramos do conhecimento e caráter quimérico, Cf. CURTIS, Adam (direção). Tudo vigiado por máquinas de adorável graça: O uso e abuso dos conceitos vegetacionais. Documentário, 3 episódios, 180 min., color. Título original: *All Watched Over by Machines of Loving Grace*. BBC, London (UK), 2011.

caso concreto. A justiça, se sobre ela se perguntar, figuraria pressuposta como resultado *lógico* do processo.

A tentativa de geometrização do direito não se mostrou apenas impossível na prática, mas, também, nociva para o desenvolvimento do conhecimento jurídico e das condições dignas de vida humana. Esta tendência, seguida pela ciência formal do direito, resultou em um afastamento entre o conhecimento que desde então vem sendo produzido sobre o direito e as experiências resultantes do aprendizado prático passível de observação rigorosa.⁹² Referida tendência, por si só, já é o bastante para esterilizar a pretensão de cientificidade que poderia existir no ramo do conhecimento social que a adote.⁹³

Crucial na compreensão do paradigma racionalista é a compreensão da ideia de *racionalismo* (aplicado ao direito corresponde ao *legalismo*, que adiante será exposto). Tal pensamento impõe como necessária a aceitação de algumas premissas básicas: primeiro, a crença na existência de uma verdade total, pura, perfeita e eterna; segundo, enxergar a razão humana como o meio apto a atingir esta verdade e, terceiro, a crença na capacidade do homem de se despir das suas contingências naturais humanas, de concepção pessoal, de concepção cultural e de formação educacional e filosófica, de maneira a se habilitar ao uso desta razão.

⁹²O conhecimento do *senso comum* diferencia-se do científico *sociológico* (preponderantemente empírico) graças à preocupação deste último em: a) submeter-se às “regras rigorosas do discurso responsável”; b) ampliar “o tamanho do campo do qual o material do pensamento sociológico é extraído”; c) “*dar sentido* à condição humana por meio de uma análise das numerosas teias de interdependência humana” e d) “colocar em questão aquilo que é considerado inquestionável”. (BAUMAN, Zygmunt; MAY, Tim. Aprendendo a pensar com a sociologia. trad. Alexandre Wernck. Zahar, Rio de Janeiro, 2010. p. 17-28.).

⁹³“Tal ciência não é apenas truncada; falta-lhe também matéria de que se alimentar. Mal ela existe, desaparece, por assim dizer, transformando-se em arte. De fato, supõe-se que essas noções contenham tudo o que há de essencial no real, já que são confundidas com o próprio real. Com isso, parecem ter tudo o que é preciso para que sejamos capazes não só de compreender o que é, mas de prescrever o que deve ser e os meios de executá-lo. Pois é bom o que está de acordo com a natureza das coisas; o que é contrário a elas é mau, e os meios para alcançar um e evitar o outro derivam dessa mesma natureza. Portanto, se a dominarmos de saída, o estudo da realidade presente não tem mais interesse prático, e, como esse interesse é a razão de ser de tal estudo, este se vê desde então sem finalidade. A reflexão é, assim, incitada a afastar-se do que é o objeto mesmo da ciência, a saber, o presente e o passado, para lançar-se num único salto em direção ao futuro. Em vez de buscar compreender os fatos adquiridos e realizados, ela empreende imediatamente realizar novos, mais conformes aos fins perseguidos pelos homens. Quando se crê saber em que consiste a essência da matéria, parte-se logo em busca da pedra filosofal. Essa intromissão da arte na ciência, que impede que esta se desenvolva, é alias facilitada pelas circunstâncias mesmas que determinam o despertar da reflexão científica. Pois, como esta só surge para satisfazer necessidades vitais, é natural que se oriente para a prática. As necessidades que ela é chamada a socorrer são sempre prementes, portanto a pressionam para obter resultados; elas reclamam, não explicações, mas remédios.” (DURKHEIM, Emile. As regras do método sociológico. Coleção Tópicos. trad. Paulo Neves. ver. da trad. Eduardo Brandão. Martins Fontes, São Paulo, 1995. p. 17-18.).

Para o racionalismo, em síntese, o homem seria capaz de alcançar a verdade pelo uso correto da razão. Para este pensamento, a influência da realidade social (empírica) seria a causa do engano, pois não permitiria um pensamento *puro*, que pudesse ser visto como uma *verdade* independente das circunstâncias em que se situe – uma verdade não relativa. Sujeito e objeto são vistos como distintos, assim como conhecimento e observador.

Diante da complexidade desviante e indissolúvel do mundo empírico, então, deveria o sujeito, preocupado com *a verdade*, concentrar-se na razão como ferramenta suficiente para a produção das certezas.⁹⁴

No direito, a aplicação do racionalismo corresponde ao legalismo. As premissas básicas necessárias seriam: primeiro, a crença na existência de uma *lei/norma* para cada situação concreta (“o sistema legal [*direito*] não possui lacunas”); segundo, enxergar no *processo legal* o meio apto a identificar esta lei (reposta ao litígio); e, terceiro, a crença na *imparcialidade/neutralidade* tanto do processo em si, quanto dos encarregados de seu andamento, em especial do juiz (“juiz natural”).

Para o legalismo, em síntese, o processo legal seria capaz de encontrar na lei estatal a resposta adequada para o litígio em análise, incidentalmente proporcionando *justiça*. No legalismo, a influência da realidade social também representaria desvio inadequado e causador do engano, pois não permitiria um *direito puro*, universal, não relativo, enfim, sumulável.⁹⁵

⁹⁴“Se nos livrássemos das noções falsas, devidas à influência dos *ídola*, poderíamos alcançar o pensamento puro, capaz de revelar a essência das últimas verdades. Bacon, no entanto, parece menos seguro do que, depois, mostrou-se Descartes, ao inscrever certos *ídola* ‘na própria natureza humana’, advertindo que os homens, desde que devidamente prevenidos, poderiam proteger-se dos ídolos, porém ‘na medida do possível. Estamos nos primórdios do movimento depois conhecido como *racionalista*, para o qual o indivíduo, valendo-se apenas da razão, evitando as influências dos *ídolos*, inteiramente desligado de seus laços culturais e livre da tradição e das doutrinas filosóficas tradicionais, seria capaz de atingir as verdades absolutas.” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Id. Idem*. 2004, p. 6.).

⁹⁵O pensamento medieval consagrou a “Súmula escolástica” como forma mais bem acabada do conhecimento, pois sintetizava máximas para as quais não cabiam discussões (dogmas). Vê-se que, fundamentalmente, não há diferença entre a concepção da súmula na filosofia da Idade Média e o modo como os tribunais vêm encarando as súmulas jurisdicionais. Mais evidente não poderia ficar o caráter dogmático – e anacrônico – das súmulas! “Para além do caráter propedêutico das ciências da linguagem, da disponibilidade de uma ampliada biblioteca lógica e dos insinuantes problemas teológicos, convém ter presente que a prática letiva escolástica, assente na leitura e interpretação de textos, se prolongava pela prática disputacional, momento dialético de confronto de posições e de aprofundamento e fundamentação de soluções próprias para os mais tradicionais ou mais inesperados problemas. A partir de uma certa altura o ensino da lógica nas Faculdades de Artes orienta-se precisamente para a aquisição e o treino do domínio das técnicas argumentativas ou contra-argumentativas e de exercícios práticos de discussão que estão na origem de certas formas literárias novas onde são discutidos paradoxos e ambigüidades proposicionais: *sophismata*, *insolubilia*, *impossibilia*, *obligationes*. É este novo conjunto de problemas, de modos de os discutir e

Assim, a complexidade desviante e indissolúvel do mundo empírico deveria ser abstraída pela “verdade do processo” ou “verdade dos autos”, cabendo ao jurista, preocupado com a coerência e aplicabilidade do sistema legal, concentrar-se nas formas, procedimentos e na lei estatal. Este modo de pensar – legalista – corresponde verdadeiramente ao paradigma hegemônico do universo jurídico presente, exemplo disso é a força das súmulas⁹⁶ (expressão máxima do legalismo).

4.1 O paradigma e o legislador formal

No que toca à ideia de paradigma já frequente em nosso pensamento, esta se alinha com a definição de Thomas Kuhn ao tratar das “revoluções científicas”. Para o presente estudo, é suficiente saber que a expressão paradigma corresponde a um conjunto de pressupostos, aceitos pela comunidade científica, através dos quais, necessariamente, se fundamenta o conhecimento então classificado como científico.⁹⁷

Ao formular o conceito de paradigma Kuhn tratou do modo como o conhecimento se desenvolve com base neste mesmo conceito, oportunidade em

de textos centrados na exposição das propriedades dos termos, que passam a ser designados como *logica modernorum* e de que são exemplos os textos também editados por L.M. de Rijk, os quais após uma parte dedicada à lógica dos antigos expõem algo sobre a lógica dos termos.⁸ [L.M. DE RIJK, ‘The Origins of the Theory of the Property of Terms’, in N. KRETZMANN *et al.* (eds.), *The Cambridge History of Later Medieval Philosophy, op. cit.*, p. 161-173.] [...] Estas obras de finalidade introdutiva sumariam e compendiam as “duas lógicas”, sob uma forma literária particular: a súmula. É delas e não dos textos aristotélico-boecianos que dependem, muitas vezes literalmente, os Tratados de Pedro Hispano, que por sua vez se transformariam na matriz textual e no padrão de autoridade em matéria lógica de todo o período escolástico, ao ponto de substituírem nos programas universitários algumas das obras de Aristóteles e Boécio referidas.” (MEIRINHOS, José Francisco. Estudos de filosofia medieval: autores e temas portugueses. Editora PUC/RS, Porto Alegre, 2007. p. 165-166.).

⁹⁶“O alvitre [súmula vinculante], porém, mostra-se desaconselhável, por duas razões básicas. A primeira, decorrente de seu pressuposto metodológico, que considera possível, contra a opinião praticamente unânime da doutrina moderna, a uniformidade *abstracta* de julgados, como implícita recusa do poder criador da jurisprudência e, portanto, com a igual pressuposta negação do caráter hermenêutico do direito, de modo especial de seu de seu modo especial de seu momento de aplicação judicial. [...] A segunda razão, para recusar a solução pela via da ‘súmula vinculante’ é que seu propósito não é propriamente contribuir para a evolução do sistema jurídico, mas ao contrário, aprisioná-lo ao passado, impedindo que a elaboração jurisprudencial lhe permita progredir, em convivência com a constantemente transformada realidade. [...] A súmula obrigatória – como o regime dos *assentos* praticado em Portugal – reproduz a concepção iluminista, que a segunda metade do século XX superou, que reivindicava para a lei um ilusório sentido de *univocidade* a que poderão, talvez, aspirar as ciências ditas exatas, nunca uma ciência essencialmente hermenêutica, com o Direito.” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Id. Idem.* 2004, p. 256-257.).

⁹⁷“[...] toda concepção científica estará, necessariamente, alicerçada em determinados pressupostos, aceitos pela comunidade científica como verdades indiscutíveis. Sobre estas premissas, indicadas por ele como *paradigmas*, é que a ciência não apenas se constrói, como somente através delas se torna possível como ciência *normal*, em oposição ao que ele denominou ‘ciência revolucionária’.” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Op. Cit.* 2004, p. 30.).

que diferencia “ciência normal” de “ciência revolucionária”. O desenvolvimento de ambas dar-se-ia por intermédio de “crises da ciência”; correspondentemente caberia à primeira a “crises de crescimento”, e à segunda a “crise de degerenerescência”.⁹⁸

Nas crises de crescimento, o paradigma permanece o mesmo, mas novos conhecimentos, ligados a ele, são apresentados, desenvolvendo o paradigma; já na crise de degerenerescência, questionar-se-ia o próprio paradigma, impulsionado pelas explicações a ele ligadas já não serem mais satisfatórias, o que levaria à busca de explicações em desconexão com o paradigma presente.

A ciência comum seria aquela produzida dentro do paradigma, e a ciência revolucionária a produzida de modo a romper com o paradigma.

Nesta dinâmica, o desenvolvimento do conhecimento científico dar-se-ia pelo produto não da soma de saberes dispostos e incorporados em concatenação, mas pelo resultado de revoluções nas quais a estrutura de fundamentação do próprio conhecimento seria periodicamente alterada.

No presente caso, o paradigma que será tratado é o já citado paradigma racionalista. Referido paradigma tem orientado não apenas a aplicação e interpretação do direito – na formação dos processos jurídicos (legal e hermenêutico) –, mas é responsável, no que toca a concepção dos elementos integrantes do direito, pela própria estrutura dos seus significados e pelo modo de sua organização. É nesta perspectiva que chamamos a atenção para o termo legislador.⁹⁹

Antes do surgimento e difusão da ideia de divisão funcional do poder estatal, nos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário)¹⁰⁰, não havia porque se problematizar a ideia de *legislador*, haja vista que esta atividade nada mais era que

⁹⁸Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução a uma ciência pós-moderna. Graal, Rio de Janeiro, 1989. p. 11-30.

⁹⁹“O sistema pressupõe que o Direito seja produzido pelo Poder Legislativo. Conseqüentemente, sua estrutura é formada a partir desse pressuposto. O resultado inevitável é tornar os juizes e, de um modo geral, os juristas, além de irresponsáveis, uma espécie de braço mecânico do Poder.” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Id. Idem.* 2004, p. 2.).

¹⁰⁰“Esse dogma da separação de poderes, segundo o qual os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário haveriam de ser independentes e harmônicos entre si, tem origem próxima na doutrina de Montesquieu, sendo universalizada pela Revolução Francesa. A tese da separação de poderes, atribuída a Montesquieu, na verdade é mais um mito do que uma realidade. O célebre filósofo francês não a defendeu, como geralmente se supõe, e nem considerou o Judiciário como um poder, de vez que, ao referir-se ao poder judicial (*puissance de juger*), num Estado democrático, Montesquieu (*Esprit des lois*, v. 11, p. 6) afirma ser tal poder invisível e nulo (sobre isso Louis Althusser (Montesquieu, *La politique et l'histoire*, trad. port., Lisboa, 1977, p. 133), pois “os juizes não são senão... a boca que pronuncia as palavras da lei...”. (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. GOMES, Fábio. *Id. Idem.* 2000. p. 61.).

uma vertente indissociável do exercício do poder de Governar (fosse República ou Principado¹⁰¹).

O ato de legislar (formular prescrições de conduta) ocorria de modo espontâneo ao próprio exercício do poder. Com a assunção, pelos teóricos políticos e juristas, das teorias que levaram à formação das concepções modernas de Estado e de Governo, ganhou espaço a racionalização dos fenômenos inerentes à esfera política oficial da sociedade; o que levou à difusão, e de certa forma à própria criação, do paradigma racionalista, tornando-o referencial teórico para as explicações e a forma de organização dos elementos do direito do Estado.

O paradigma racionalista, manejado pelos especialistas teóricos do direito (“os doutrinadores”), compreende, em um primeiro momento, legislador como o(s) político(s) em exercício de representação popular eletiva, designado para a função de produzir as leis oficiais.

Atreladas a ele, subentendem-se suas garantias e prerrogativas para exercício da função (p. ex., as imunidades parlamentares). As demais considerações sobre esta concepção de legislador, disponíveis na doutrina jurídica, giram em torno das exigências legais de elegibilidade (pleno gozo dos direitos políticos), das previsões do processo democrático para a sua escolha (eleições periódicas e diretas) e das garantias para a ocupação e exercício do cargo (opinião, verbas de gabinete e acessória, prerrogativas de foro, remuneração, etc.).

É preciso levar em consideração, ainda, as disposições sobre direitos políticos partidários: existência de partidos políticos (pluripartidarismo), filiação, forma, possibilidade de mudança de partido, financiamento de partidos, etc.

Por fim, a doutrina jurídica leva em consideração, também, o conjunto dos parlamentares enquanto instituição (Câmara, Senado, Congresso), observando exclusivamente aquilo que estipula a legislação estatal: composição das mesas das casas legislativas, prerrogativas e garantias, regulamentação interna, financiamento, atribuições, etc.

Objetivamente, neste primeiro momento, trata-se aqui de indicação do *parlamentar*, membro do Poder Legislativo, ou mesmo o coletivo deste, casas legislativas, como sinônimo de legislador. Está é a primeira das duas faces – agente

¹⁰¹Cf. MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe / Escritos Políticos. Os Pensadores IX. trad. Lívio Xavier. 1ª ed. Abril Cultura, São Paulo Janeiro 1973.. p. 11.

ou parlamentar – do que em momento anterior identificamos como uma das dimensões do fenômeno legislador e a qual nomeamos de legislador *stricto sensu*.

O manejo do paradigma racionalista pelos especialistas teóricos do direito, em um segundo momento, compreende legislador como o processo estatal de produção das leis oficiais em um Estado. O referencial é o *processo* legislativo, e não especificamente os parlamentares.

Há aqui um grau de abstração um pouco maior que no primeiro momento. Entende-se a produção das leis, por sua vez, restritivamente pelo conjunto dos atos formais – iniciativa, emenda, votação, sanção ou veto, promulgação e publicação – que tenha por objetivo a construção da legislação do Estado.

O conjunto dos atos, que vão desde a propositura até a promulgação, são então antropomorfados em um conceito de legislador. A depender do doutrinador, a consideração dos atos que compõem o processo legislativo pode variar, havendo quem não considere a “iniciativa” e a “promulgação e publicação” como de “natureza” legislativa.¹⁰²

Esta é a segunda das duas faces – processo ou processo parlamentar – do que no momento anterior apontado identificamos como uma das dimensões do fenômeno legislador e a qual igualmente nomeamos de legislador *stricto sensu*.

Ressalte-se que legislador *strictu sensu*, embora abrigue uma concepção bipartida – parlamentar e processo parlamentar –, pela complementaridade em que os momentos descritos relacionam-se, não pode ser considerado em separado, isolado de sua relação. Ademais, ambas as faces da conceituação *strictu sensu* de legislador têm sua raiz sobre uma mesma consideração: a disposição legal-estatal sobre o Poder Legislativo.

A diferença entre a primeira face e a segunda, fundamentalmente, consiste que, naquela, a consideração se faz sobre os indivíduos encarregados de uma função, já, na outra, enfoca-se o processo formal. A diferença que tentamos grifar seria algo um tanto próximo à diferença que há tradicionalmente sobre direito material e direito processual, ou entre *hardware* e *software* – embora integrados, são claramente distintos.

Já a semelhança existente entre a primeira face e a segunda consiste que, na formação de ambas, o critério epistemológico é a racionalização sistematizante do

¹⁰²Cf. SILVA, José Afonso da. *Id. Idem*. 2010, p. 523 e 526.

rol legal-oficial referente ao Poder legislativo: o paradigma racionalista aplicado pelos juristas à lei estatal.

Ante a constatação dessa atual realidade, o que nos intriga é a permanência, praticamente exclusiva da referência à ideia de legislador *strictu sensu* como a explicação teórica dos juristas para a formação da lei no direito, isso se levamos em consideração os avanços do conhecimento nos campos da política e da sociologia; avanços estes que tornam pouco sustentáveis as ideias do Estado como “a sociedade politicamente organizada” e seus integrantes como “representantes legítimos do povo” (“teoria da representação” ou “do mandato”). Como já tivemos a oportunidade de ver, esta explicação consiste num mito. Atribuímos esta perspectiva reducionista dos estudiosos do direito precisamente ao já referido paradigma racionalista, o qual tem feito com que se tome como referência da realidade tão somente o que dispõe a lei estatal, sobretudo a Constituição.¹⁰³

O paradigma racionalista, quando manejado pelos ministros da Corte Suprema, produz uma imagem de legislador que – sintonizada com a concepção *strictu sensu* – almeja objetivos específicos em sua razão criadora.

Trata-se da formação pelos ministros de concepção que, embora baseie-se na racionalização seguida pela doutrina, tem seu conteúdo relativamente alterado a depender da aplicação ao caso particular (concreto ou em tese), ocasião na qual seu significado é construído sob a forma de um terceiro discurso (\neq legislador *strictu sensu*).

Todo o processo pode ser descrito basicamente como uma estratégia discursiva dos ministros da Corte Suprema. Em síntese, a conceituação de legislador, pelos ministros, dá-se pelo seu uso como ferramenta discursiva, de conteúdo variável, servindo como fundamento em estratégias argumentativas.

Em decorrência disso, muitos são os conceitos, ou faces, de legislador externados pelos ministros, não havendo uma coerência perfeita entre eles; o que lhes define o conteúdo de maneira reflexa é a relação entre o contexto argumentativo e o posicionamento particular que o ministro objetiva defender.

A esta que, em momento anterior, apontamos como mais uma das dimensões do fenômeno legislador – estratégia de argumentação ou profusão de conceitos em vista de fins práticos – damos o nome de legislador *latu sensu*.

¹⁰³Cf. Art. 2º e Art.'s 44 à 135 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

As sete faces identificadas desta dimensão, que outrora chamamos de espécies de subconceitos de legislador ou de critérios (categorias) de diferenciação, passaremos a tratar individualmente neste momento.¹⁰⁴

Em sua *praxis* laboral, os ministros da Corte Suprema, atualmente, concebem sete diferentes subconceitos de legislador (faces do legislador *latu sensu*), por meio da aplicação dos critérios de: competência, matéria, hierarquia, ação positiva, ação negativa, existência de previsão legal e genericamente.

A categorização ora exposta foi formulada através da aplicação da técnica da “análise de conteúdo”¹⁰⁵ aos julgados da Corte Suprema previamente selecionados pela própria presentes na obra *A Constituição e o Supremo*.

Técnica que, combinando métodos de pesquisa quantitativa e qualitativa, através de agrupamento por repetição (identidade, analogia, afinidade ou semelhança), compreende dentre suas etapas fundamentais a categorização, descrição e interpretação. Falemos, brevemente, destas categorias/faces, apenas a título informativo¹⁰⁶, esclarecendo como se dá seu estabelecimento:

a) competência¹⁰⁷: nesta categoria, leva-se em consideração qual a esfera de atuação – com base na organização das esferas políticas listadas na Constituição Federal de 1988, compreendidas em Federal, Estadual e Municipal – do agente legiferante estatal em questão. O ponto, para os ministros da Corte Suprema, focar-se-ia em discorrer sobre quais os limites temáticos e materiais, regulamentados na lei, corresponderiam a cada espécie de legislador quando do exercício de seu dever de produzir texto legal. Estabelecer esta diferenciação permite aos ministros argumentar sobre eventuais invasões de competência legislativa por parte das espécies de legislador então delineadas. Dentre as expressões empregadas que denotam a existência desta categoria, está “legislador estadual” (= parlamentares

¹⁰⁴Uma breve trabalho onde figura a pesquisa que pretere a investigação que passamos à apresentar pode ser conferido em: AVNER, Pinheiro Cavalcanti; SÁ PEREIRA, Mirian de. O legislador – investigação de sua conceituação nos julgados do STF. *in* Direito em dinâmica: 25 anos da Constituição de 1988 [e-book]. Gustavo Ferreira Santos, Marcelo Labanca Corrêa de Araújo, Ivna Cavalcanti Feliciano (Org.). p. 199-217. Instituto Frei Caneca, Recife, 2014.

¹⁰⁵Cf. MORAES, Roque. Análise de conteúdo. vol. 22, nº. 37. Revista Educação, Porto Alegre, 1999. p. 7-32.

¹⁰⁶A primeira investigação que levou à identificação destas categorias está presente em AVNER, Pinheiro Cavalcanti. *Id. Idem.* 2012, p. 25-33.

¹⁰⁷Cf. RE 170.412, Voto do Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 24-9-1996, Segunda Turma, DJ de 13-12-1996 *in* BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Id. Idem.*, 2011, p. 1721. Outros fraguimentos presentes na mesma obra e que corroboram com o critério ora identificado são: ADI 1.655, voto do Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 3-3-2004, Plenário, DJ de 2-4-2004 e a ADI 352-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 29-8-1990, Plenário, DJ de 8-3-1991.

dos Estados da federação). A diferenciação identificada permite-nos pressupor, por dedução, haver também uma distinção para legislador da União Federal (“legislador federal”) e dos Municípios (“legislador municipal”);

b) matéria¹⁰⁸: nessa categoria, no caso, o ministro da Corte Suprema toma como referência em qual ramo da ciência formal do direito está materialmente situada a temática prescrita no texto legal sob análise. Isso ocorre para que o ministro possa então levar em consideração – para tomar/fundamentar a sua decisão – as *peculiaridades* (princípios particulares) do respectivo ramo e, assim, desenhar a suposta *personalidade* do legislador em questão. Aparece sob a expressão “legislador penal”, a qual permite deduzir ser o modo de diferenciação válido também para os outros ramos da ciência formal do direito (p. ex.: Tributário, Civilista, Ambiental, etc.). Ao que tudo indica, esta parece ser a menos usual das categorias;

c) hierarquia¹⁰⁹: as evidências que foram observadas nos fazem crer ser esta a mais frequente das categorias (estratégia discursiva) manifestada; fato que se revela perfeitamente compreensível, desde que se leve em consideração a competência orgânica da Corte Suprema de exercer o controle de constitucionalidade das leis estatais. A categoria é bastante simples, ela pressupõe existir uma superioridade hierárquica relativa ao que foi disposto pelo assim pressuposto agente legiferante redator da Constituição sobre os demais agentes legiferantes subsequentes. Tal categoria manifesta-se por via do uso de termos como “legislador constituinte” ou “originário” contrapondo-se a “legislador derivado”, “complementar”, “ordinário”, “infraconstitucional” ou “constituinte derivado”. O objetivo almejado pelos ministros da Corte Suprema, com a categoria presente, é o de consolidar a ideia de submissão dos agentes legislativos surgidos posteriormente àqueles que redigiram a Constituição – o que implica a consequente necessidade de

¹⁰⁸Cf. RHC 100.810, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 2-2-2010, Segunda Turma, DJE de 12-3-2010 *in* BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Id. Idem.*, 2011, p. 220.

¹⁰⁹Cf. ADI 903-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 14-10-1993, Plenário, DJ de 24-10-1997; ADI 1.946, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 3-4-2003, Plenário, DJ de 16-5-2003 e o RE 583.955, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 28-5-2009, Plenário, DJE de 28-8-2009, com repercussão geral *in* BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Id. Idem.*, 2011, p. 750, 614 e 1490. Outros fragmentos também presentes na obra indicada e que igualmente corroboram com o critério ora identificado são: ADI 3.043, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 26-4-2006, Plenário, DJ de 27-10-2006; RE 240.186, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 28-6-2000, Plenário, DJ de 28-2-2003; ADI 1.247-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 17-8-1995, Plenário, DJ de 8-9-1995; HC 68.242, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 6-11-1990, Primeira Turma, DJ de 15-3-1991 e a ADI 903-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 14-10-1993, Plenário, DJ de 24-10-1997.

adequação do que vier a estabelecer aqueles em relação ao estabelecido por estes últimos.

Ademais, notemos, com essa diferença em mente, que se existe alguma dúvida entre os especialistas teóricos do direito sobre a existência ou não de hierarquia entre as leis estatais, claramente não há dúvida em relação à existência de hierarquia entre os *legisladores* – ao menos não no entendimento manifesto pelos ministros;

d) ação positiva¹¹⁰: esta categoria surge entre os julgados da Corte Suprema sob a expressão “legislador positivo”. Através dela, os ministros referem-se ao parlamentar em exercício da função *legítima* (legalmente autorizada) de produção de texto legal novo; estabelecendo uma dicotomia com a categoria seguinte. A questão basilar é a de criar um maniqueísmo entre o agente legiferante legalmente legitimado (os parlamentares) e um agente não legitimado legalmente (o próprio da Corte Suprema). Para tanto os ministros levam em consideração o exercício da função legislativa pelo resultado criação de texto legal novo. O primeiro espécime de legislador (legalmente legitimado), *in casu*, seria o parlamentar ou casa parlamentar produzindo texto legal, nos limites da competência legislativa correspondente, e respeitado o chamado “devido processo parlamentar”. Já a segunda espécime de legislador (não legitimado legalmente) seria a própria Corte Suprema quando da possibilidade de produzir norma legal nova pela supressão de palavra ou trecho de lei estatal já existente, alterando-lhe o sentido, levada ao exame pela Corte por controle de constitucionalidade. Os ministros se valem dessa diferenciação para argumentar sobre o impedimento de criarem leis estatais através do controle de constitucionalidade, sob pena de infringir-se o princípio da separação dos poderes;

e) ação negativa¹¹¹: de modo a dicotomizar com a categoria anterior os ministros do cunham o termo “legislador negativo”, para referirem-se a si próprios, ao

¹¹⁰Cf. ADI 1.063-MC-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 18-5-1994, Plenário, DJ de 27-4-2001 *in* BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Id. Idem.*, 2011, p. 1244. Outros fragmentos ainda presentes na mesma obra e que corroboram com o critério ora identificado, ademais, são: MS 22.690, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 17-4-1997, Plenário, DJ de 7-12-2006; AI 360.461-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 6-12-2005, Segunda Turma, DJE de 28-3-2008 e a ADI 267-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25-10-1990, Plenário, DJ de 19-5-1995.

¹¹¹Cf. ADI 1.063-MC-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 18-5-1994, Plenário, DJ de 27-4-2001 *in* BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Id. Idem.*, 2011, p. 1244. Corroborando com o critério ora identificado indicamos os mesmos julgados da categoria anterior que, como dito, com a presente categoria faz dicotomia: MS 22.690, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 17-4-1997, Plenário, DJ de 7-12-2006; AI 360.461-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 6-12-2005, Segunda Turma, DJE de 28-3-2008 e a ADI 267-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25-10-1990, Plenário, DJ de 19-5-1995.

argumentar sobre a inconstitucionalidade da possibilidade de criarem norma legal nova pela supressão de palavra e/ou trecho de texto legal já existente de maneira a lhe alterar o sentido (violação do princípio da separação dos poderes). O que seria possível por intermédio de um uso sofista do controle de constitucionalidade: p. ex., diante de um artigo de lei estatal que enuncie “*não é permitida a conduta X*”, a Corte declararia inconstitucional apenas a palavra “*não*”, mas mantendo o restante do artigo, alterando o texto para “*é permitida a conduta X*”. Como se vê, tal artifício técnico abriria a Corte Suprema a faculdade de criar normas legais, dentro das possibilidades textuais, diametralmente opostas as criadas pelas casas legislativas. A presente categoria e a anterior são interdependentes, embora claramente distintas por oposição;

f) existência de previsão legal¹¹²: a categoria em comento leva em consideração a existência ou não de lei estatal expressa que preveja e regule a figura do agente legiferante. A necessidade da diferenciação pelo presente critério surge quando há alguma dúvida sobre a capacidade de legiferação por parte do agente então encarregado no plano prático. Enquanto numa situação o trabalho pode ser tido como legalmente legítimo (pelos ministros da Corte), sob o fundamento da existência de base legal para legiferar no caso, outro trabalho pode ser considerado legalmente ilegítimo, por falta desta previsão expressa para o exercício da legiferação no caso. Exemplo de expressão que denota a presente categoria é a de “legislador natural”, externada pelos ministros ao posicionarem-se em um caso concreto sobre a impossibilidade da Assembléia Legislativa (*in casu* o dito legislador natural) delegar a função de legislar ao Poder Executivo (este por sua vez, *in casu*, o legislador não-natural ou artificial).

Embora, aparentemente, a categoria de “existência de previsão legal” seja similar à categoria de “competência”, a primeira não se confunde com a segunda graças aos critérios diferenciadores serem distintos: na primeira o radical é o *limite da atuação* do agente legiferante já devidamente previsto e regulamentado em lei; na segunda categoria o radical é *estar* – ou *não estar* – o agente legiferante previsto (na lei estatal) como espécime de legislador para o caso. Ou seja, para uma não se discute a existência da previsão legal estatal do *agente* designado para a *função* (a legitimidade legal do agente legiferante é incontestada), mas sim o respeito aos limites

¹¹²Cf. ADI 644-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 4-12-1991, Plenário, DJ de 21-2-1992 *in* BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Id. Idem.*, 2011, p. 1093-1094.

do exercício desta função. Já para a outra o que se discute é a existência ou não de previsão no ordenamento legal do agente legiferante encarregado na prática do exercício da dita função. Note-se, por oportuno, que implícito na diferenciação feita pelos ministros está a consideração de que “natural” é o que a lei estatal cria ou o que com ela está de acordo; e

g) genericamente¹¹³: categoria bastante usual os ministros da Corte Suprema fazem uso dela como um sinônimo de Poder Legislativo e/ou de parlamentar – podendo este último ser considerado enquanto indivíduo ou coletividade (Parlamento e Casa Legislativa). Figura, a presente categoria, meramente como um indicativo de ente vago que teria redigido a lei estatal em tese, sem maiores especificações (atribuição de qualidades de distinguibilidade), haja vista uma diferenciação um tanto mais elaborada não se mostrar necessária para a argumentação deslanchada. Como estratégia discursiva os ministros da Corte Suprema a usam para poder-lhe atribuir vontade, um espírito, um modo de ser, um querer, àquele ente abstrato a quem atribuem a gênese da lei em discussão. O ponto focal é mais a *vontade* ou *natureza* do legislador em questão, do que o *legislador* em si. Aparece entre os julgados simplesmente como “o legislador”, mas pode manifestar-se também nas expressões “legislador comum”, “legislador brasileiro”, “Casas Legislativas” e/ou “Parlamento”.

Depois de vistas as subcategorias ou faces do legislador *latu sensu*, consideremos que a Corte pode facilmente fazer combinações delas, como em, p. ex., “legislador constituinte estadual”.¹¹⁴ Seguindo o raciocínio do exemplo dado, é possível deduzir a viabilidade de consideração pela Corte da existência do subconceito do legislador derivado estadual, e outros.

Esta subcategoria do exemplo surge da combinação da categoria que leva em conta a competência (estadual) com a que leva em consideração a hierarquia (constituinte). *Mutatis mutandis*, praticamente todas as categorias identificados podem ser combinadas pela Corte Suprema.

¹¹³Cf. ADI 1.296-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 14-6-1995, Plenário, DJ de 10-8-1995. *in* BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Id. Idem.*, 2011, p. 1064-1065. Ver também outros fraguimentos presentes na obra indicada e que igualmente corroboram com o critério ora identificado: AP 470-AgR-segundo, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 23-10-2008, Plenário, DJE de 30-4-2009; HC 94.404, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 18-11 – 2008, Segunda Turma, DJE de 18-6-2010; HC 88.545, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 12 – 6-2007, Primeira Turma, DJ de 31-8-2007 e o MS 22.801, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 17-12-2007, Plenário, DJE de 14-3-2008.

¹¹⁴ Cf. ADI 3.615, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 30-8-2006, Plenário, DJ de 9-3-2007) *in* BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Idem*, 2011, p. 686.

Podemos observar, também, que as diversas categorias que identificamos são manifestas muitas vezes em um mesmo julgado, onde eventualmente se confundem, enquanto, todavia, esta se refere a Corte a uma mesma localização do legislador no mundo legal.

Outra observação que pode ser feita é a de que a Corte não diferencia temporalmente os conceitos que cria. Os muitos conceitos de legislador, abstraídas algumas peculiaridades, são vistos como figura atemporal, como se novos políticos não ingressassem ou se afastassem da carreira parlamentar, modificando física e ideologicamente o corpo de indivíduos a quem a Corte se refere.

Os ministros consideram, na construção dos conceitos, que o comportamento social dos indivíduos encarregados de produzir uma lei estatal em determinado período não é diferente do comportamento social de outros indivíduos encarregados de produzir outra em outro período, ao revés, um personagem fora do tempo é criado. Isto faz com que a história seja alienada dos conceitos expostos pelos ministros em suas argumentações.

Nestas semelhanças ora apontadas reúne-se a base de uma só concepção do fenômeno legislador a que, como já dissemos, chamamos de legislador *latu sensu*. Embora possa se manifestar com diversas faces, os pontos em comum prevalecem em detrimento dos divergentes, dando a essa dimensão a preponderância da função de estratégia argumentativa.

Importante não perder de mente, repita-se, que as diferenciações regidas pelos membros da Corte Suprema encontram a sua razão de ser apenas enquanto fundamentos de estratégias de argumentação por racionalização (estratégias discursivas). Assim, essas diferenciações – graças a fatores quantitativos e qualitativos, aferidos por análise de conteúdo, permitiram-nos agrupá-las em categorias – fazem surgir e encerram o seu sentido em seus papéis de fundamentos dentro do jogo argumentativo.

É precisamente a estratégia de argumentação, eleita pelo ministro, que dará forma ao conceito de legislador então configurado: com a pretensão de defender um ponto de vista, o ministro ressalta determinados aspectos do ente legiferante, de modo a configurar um conceito particularizado de legislador, o qual fundamentará a própria argumentação do ministro. Neste cenário, a *lógica* implícita permanece sendo a do paradigma racionalista.

Com efeito, o que os ministros fazem são racionalizações dos casos em debate em relação ao sistema legal estatal, e parcialmente com elementos pegos na doutrina jurídica.

Neste jogo discursivo, também a doutrina, então empregada pelos ministros, acaba vertendo-se em fundamento acessório da estratégia argumentativa montada para defender o posicionamento assumido pelos ministros da Corte Suprema.

Evidentemente, o discurso da doutrina que venha a ser empregado pelos ministros só o são quando reforçam o posicionamento ponderado pelo ministro que o cite.

Convictos da inconsistência explicativa da teorização racionalista, referente ao fenômeno do legislador (legislador *strictu sensu* e legislador *latu sensu*), é que passaremos, em momento oportuno, a propor o início de uma nova concepção teórica substitutiva. Tal concepção, fundamentalmente sociológica, compreende o fenômeno de surgimento das leis nas sociedades humanas independentemente da forma oficial que lhe é infringida.

Dada concepção, assim, não se limita em considerar as disposições legais estatais sobre parlamentar e processo legislativo, mas leva em consideração a totalidade dos eventos que implicam na produção das leis (= *dever ser* do direito), sejam eles incorporados oficialmente ou não pelo Estado.

Esta, por fim, é a terceira e última dimensão do fenômeno legislador – processo social ou fenômeno humano de formação do *dever ser* do direito – a que nomeamos de legislador *real*, ou mais propriamente, de *legisgênese* (termo à que chegamos recentemente).

Antes de finalmente passarmos ao ponto seguinte, é importante lembrar, ainda, que, embora o sistema jurídico-legal seja construído pressupondo a separação dos poderes, referida narrativa é sem dúvida mais um discurso mítico que uma realidade.¹¹⁵

Não obstante as funções inerentes ao Estado estarem formalmente divididas na Constituição e nas organização das instituições de considerável número de

¹¹⁵“Três funções chegaram a ponto assaz considerável de diferenciação: a edição do direito (expressão mais larga do que ‘legislação’, ‘atividade legislativa’, ‘poder legislativo’, e nisso convém prestar-se tôda a atenção) ; a jurisdição (mais do que ‘poder judiciário’, porque as leis admitem solução de controvérsias fora do corpo judiciário) ; e a administração, no sentido estrito. Tudo aconselha a empregarem-se os têrmos ‘jurislativo’, ‘juriferar’, ‘juriferante’, para se abranger mais do que ‘legislativo’, ‘legislar’, ‘legiferante’. Teremos ensejo de ver que não existe, nem pode existir a absoluta separação entre os ‘podêres’ a que correspondem as três funções e, menos ainda, a independência exata delas.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Id. Idem.*, 1960, p. 212.).

nações pelo Mundo, servindo de referencial aos juristas no exercício de seu trabalho, é inevitável que na repercussão prática tais funções se confundam.

As conhecidas teses da divisão dos poderes, da democracia por representação, do Estado como a sociedade politicamente organizada, dentre outras, que atualmente compõem o arcabouço explicativo da teoria do direito, são julgadas *teorias* apenas no sentido especulativo vulgar, não-científico, da palavra¹¹⁶, o que obviamente desobriga a correspondência com o mundo empírico social. Enxergar correspondência ou mesmo equivalência entre estas ideias e a realidade empírica é algo viável apenas pelo exercício flexibilizador de conceitos e de valores operado pela hermenêutica jurídica – eis uma das razões da grande ênfase contemporânea dispensada pelos juristas a esta última: praticidade e conveniência explicativa.

Embora algumas *teorias* reconhecidamente tornarem-se *fatos científicos* – como é o caso da teoria da evolução por seleção natural – não é o que se passa com as teses a que acabamos de nos referir.

Democracia representativa e divisão de poderes, por mais que repercutam na construção da realidade, não significa que instituem categoricamente a realidade, tal qual se propõe suas teses. Assim, apesar da Constituição dividir os poderes do Estado, as instituições serem erguidas com base nessa divisão, os trabalhos ordenados com referência nela, os ditos poderes confundem-se na *praxis*.

Estas teses prestam seus serviços bem mais na função de mitos – que ordenam um projeto ficto *ideal* – que de explicação do real. É baseado neste parâmetro que destacamos o caráter ficcionista (mítico) das teorias racionalistas, frente a uma observação sociológica da realidade.¹¹⁷ Em especial, no que toca ao nosso trabalho, destacamos a fragilidade do conceito de legislador segundo o paradigma racionalista, e a emergente necessidade de se investigar tal conceito, mas então lançando mão de observações rigorosas e controladas do social.

¹¹⁶“s.f. (1789 cf. MS1) [...] 4 conjunto sistemático de opiniões e idéias sobre um dado tema <explicou sua t. sobre o carnaval>. 5 qualquer noção abrangente; generalidade <falava sem parar, contava casos e expunha teorias>. 6 infrm. construção imaginária; utopia, sonho, fantasia <vive de t., não enfrenta a realidade>. [...]” (HOUAISS, Antônio. *Id. Idem*. Dezembro de 2001.).

¹¹⁷“Entre as múltiplas realidades há uma que se apresenta como sendo a realidade por excelência. É a realidade da vida cotidiana. Sua situação privilegiada autoriza a dar-lhe a designação de realidade predominante. [...] A realidade da vida cotidiana além disso apresenta-se a mim como um mundo intersubjetivo, um mundo de que participo juntamente com outros homens. Esta intersubjetividade diferencia nitidamente a vida cotidiana de outras realidades das quais tenho consciência. [...] A realidade da vida cotidiana é portanto apreendida num contínuo de tipificações, que se vão tornando progressivamente anônimas à medida que se distanciam do ‘aqui e agora’ da situação face a face.” (BERGER, Peter L., LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade: tratado de sociologia do conhecimento*. trad. Floriano de Souza Fernandes. Vozes, Petrópolis, 1985. p. 38, 40 e 52).

5 CONCLUSÃO

Com transparência, mais adequado seria nomear o presente capítulo de “pausa compulsória”. Segundo diz um amigo: “O trabalho não acaba, o que termina é o prazo.”¹¹⁸ Pois bem é esse o caso que se estampa. No entanto, findo o prazo, o manuscrito clama por um desfecho. É chegado esse momento.

A teoria que se busca criar (*legisgênese*) ainda está longe de ter encerrada a sua montagem; tão somente uma futura oportunidade de doutoramento permitirá que se conclua pesquisa e escrita. A planta baixa, com seus detalhes, existe, noutro momento a ela juntar-se-ão tempo e recurso, ocasião em que erguer-se-á o edifício teórico. Por ora, o momento é reservado a uma espécie de “freio de amarração” para que no tempo do encontro anunciado a retomada então inaugure o episódio conclusivo.

Uma vez atingido com o trabalho presente um quarto do desenvolvimento total projetado, foi possível, tão somente, abrir a discussão sobre a verdade de alguns conceitos expressos no quadro teórico da teoria do direito existente, especialmente o seu conceito de legislador. Evidenciou-se na primeira parte do trabalho a diretriz significativa da teoria jurídica atual, qual seja, o racionalismo jurídico ou positivismo, o qual também pode ser vislumbrado como uma vertente preservada da escolástica medieval; escolástica especificamente empregada nas práticas estruturais das narrativas teóricas jurídicas. Isso significa que, muito embora o conhecimento humano, de modo geral, tenha se desenvolvido através das revoluções que se seguiram pelos séculos de nossa história (ao menos no que se refere a história ocidental), o paradigma do direito, para os juristas, nunca rompeu com a escolástica pré-iluminista típica dos mosteiros. Assim, manteve-se o critério de verdade atrelado à figura da autoridade. Tem-se que, para os juristas, válido é o que a autoridade diz que é. Em síntese, direito desde há séculos se resume à força.

Buscou-se, ademais, com o desvelamento dos mitos jurídicos tratados nesse trabalho – mitos que proporcionam sustentação as narrativas do racionalismo –, alertar que nada pode estar mais distante da verdade científica (experimental e provisória por excelência) do que o argumento de autoridade hegemônico entre os teóricos do direito (escolásticos jurídicos, por consequente). E com essa distância, o que se promove, de fato, é um mecanismo eficiente de controle social à serviço do

¹¹⁸Victor Yuri Brederodes da Rocha (*11/09/1987-), advogado.

grupo social dos homens do poder oficial, para que esses manobrem os demais membros da sociedade. Em última linha, fica a coletividade à mercê dos interesses do grupo dominante e, assim, passível de sofrer injustiça como se direito legítimo fosse. Esta instrumentalização da teoria jurídica pelos detentores do poder ajuda a explicar de alguma forma porque, mesmo falsa a teoria basilar do direito, ainda se mantêm a mesma que há séculos, desde que os suseranos dominavam os vassallos.

Uma vez reconhecido que o fechamento da teoria do direito sob as bases dogmáticas do racionalismo impede o seu desenvolvimento (além de promover insegurança ao povo e possibilitar a injustiça), emerge então o fato de que este estado de coisa só pode ser superado por meio de uma quebra substancial com tal base teórica. Eis que para a quebra o primeiro questionamento a ser respondido é: o quê é o direito? De modo científico (atual), viu-se que essa resposta foi dada por Cláudio Souto. Diz o autor que direito é o sentimento de *dever ser* orientado pelo conhecimento atualmente insuperável. Com essa definição simples, ele soluciona a questão básica. Vejamos: sentimento é uma constante humana universal passível de aferimento empírico. Desse modo, pode ser observada em qualquer sociedade humana independente de sua complexidade, grau de desenvolvimento tecnológico ou tradições. Já atentar para a orientação fornecida pelo conhecimento atualmente insuperável permite enxergar as variações adaptativas entre as diferentes culturas. Pois bem, cada sociedade possui características próprias em sua história de modo que sobre ela constrói um arcabouço de conhecimentos e práticas que chamam cultura. É variando a cultura que varia também o que orienta o sentimento nas sociedades: a informação. Sendo assim, o sentimento é uma constante que aponta uma direção a depender da informação disponível. Dessa relação indissociável, o ser humano projeta um modelo socialmente compartilhado de *dever ser* cujos quais são as leis do direito.

Cabe pontuar, como já fora anunciado rapidamente no trabalho, que a existência do sentimento enquanto constante humana universal de valoração já foi provada por Paul Bloom, o que conseqüentemente prova, também, a procedência científica do elemento base da teoria de Cláudio Souto: sentimento ↔ informação. No entanto, só aprofundaremos essa explicação quando a execução do projeto teórico da legisgênese chegar a esse ponto, coisa que acontecerá, como dito há pouco, em oportunidade de doutoramento.

Quando da relação sentimento ↔ informação, cumpre alertar, pode surgir uma variável humana desviante: a possibilidade de manipulação ou fabricação da informação. De modo mais claro, existe sempre a possibilidade de falsificação da “verdade” para que assim produza-se o sentimento pretendido pelo manipulador. Embora humanamente verdadeiro, o sentimento manifesto com base em informação falsa é igualmente falso e possivelmente diferente do que seria se a informação fosse empiricamente procedente. Esse problema, todavia, não pertence ao campo da teoria do direito, mas ao da ética. Não há que se confundir desvios éticos de pessoas e/ou grupos que visam enganar o coletivo com o propósito de fazer parecer direito aquilo que não o é com incongruências na teoria. Esses desvios éticos manifestam-se com frequência na dinâmica política dos últimos séculos, sobre maneira em regimes autoritários que buscam o apoio popular com base em propagandas surreais. É por essa razão que o dito conhecimento atualmente insuperável apontado por Cláudio Souto é preferível que seja o científico moderno, pois esse é seguro, mas mutável, superável pela auto-crítica e a busca constante de novas informações. Enfim, de todas as possibilidades do conhecimentos, o científico é o mais confiável. Já o elemento ético, embora pressuposto da produção dessa verdade científica, não há como ser absolutamente controlado; tudo que se pode fazer em relação a isso é se manter vigilante, inquisitivo e, mais do que qualquer coisa, humilde (só com humildade é possível mudar quando necessário). Atente-se, por derradeiro, para a possibilidade de manifestação de outra variável humana desviante, a do engano. Ainda que eticamente fiel à busca da verdade, é sempre possível que se esteja enganado sobre uma informação a qual necessariamente orientará um sentimento que assim será baseado no engano. Tal possibilidade só reforça a importância de que o conhecimento atualmente insuperável seja o científico e que a postura pessoal seja a humildade; de tal forma, mantém-se possível a identificação do engano e a necessária mudança.

Dando seguimento ao caminho para a quebra com o paradigma racionalista dominante do quadro teórico do direito, o questionamento subsequente é: sendo o direito o sentimento de *dever ser* orientado por conhecimento válido (assim, independentes da autoridade estatal), como formulam-se os seus enunciados prescritivos de conduta na forma de leis de direito? Esse questionamento é o que a teoria da legisgênese procura responder.

A legisgênese é o processo de formação, ou melhor dizendo, de cristalização do *dever ser* do direito em fórmulas objetivas; é o processo de projeção coletiva do direito em comandos. Essa formulação de enunciados prescritivos sobre o *dever ser* de estados de coisa (normas) surge da necessidade de comunicação destas regras do direito na sociedade. Para que sejam comunicáveis, é preciso que se expressem nas tais fórmulas objetivas (leis). Tal necessidade de comunicação pode ter origem entre os próprios membros do grupo ou entre os membros nativos para com os exóticos. Ao ingressar em uma sociedade, para que se desenvolvam relações sociais, o estrangeiro tem a necessidade de conhecer o que é permitido e o que não é; igual necessidade que possuem os membros locais quando estes encontram-se em processo de desenvolvimento (aculturação) ou mesmo quando já amadurecidos se deparam com situações até então não experimentadas por eles. O *ser* e o *não ser* são cristalizados nas leis do direito imediatas ou ditas materiais, as que apresentam diretamente o que compulsoriamente *deve ser* e o que *não deve ser* nos estados de coisa das relações sociais. Já a necessidade de conhecer o *como* as relações devem se desenvolver – o procedimento adequado – faz surgir as leis do direito mediatas ou ditas processuais, elas orientam o caminho e a postura que *deve ser* seguida e alerta para a que *não deve ser* assumida, ou seja, prescrevem o *como*, o caminho e a postura compulsórias quando da realização do estado de coisa prescrito. Essa prescrição de forma, procedimento, serve à garantia da realização e de facilitação (harmonia e velocidade) das leis de direito material. Vê-se que leis de direito material e processual diferenciam-se apenas no que tange a imediação e a mediação que guardam com o direito.

É da observação do *dever ser* material e do processual, no desenvolvimento das relações, que se faz possível afirmar que se fez ou não justiça no caso concreto.

A legisgênese cuida de explicar que não sendo o direito um produto do Estado também não o são as leis do direito, o que não impede que os membros do grupo social dos homens do poder oficial – os políticos, magistrados e agentes – reconheçam tais leis e as positive, seja na forma de lei estatal típica ou de princípio. O direito é o sentimento humano orientado pelo conhecimento atualmente insuperável (conhecimento que, por imperativo ético, precisa ser comunicado a todos e fielmente) e suas leis são formulações resultantes do processo de legisgênese, ambos são fenômenos sociais espontâneos e intrínsecos à existência das sociedades humanas, sendo indiferente o nível de complexidade técnica das

mesmas. O que não pode de modo algum ser confundido é a positivação pelo processo oficial (processo legislativo, interpretação judicial, aplicação etc), o qual pode ou não ser feito pelos membros do Estado, com o surgimento do direito e criação de suas leis. A criação se procede no plano real, já a positivação no oficial. Por consequente, pode suceder, inclusive, que “leis ilegais” (do ponto de vista da teoria do SIV e da legisgênese) sejam positivadas pelo Estado e anunciadas como válidas; foi esse o caso, p. ex., do nazismo e de tantas outras leis promotoras de injustiças. Pode ocorrer, ainda, que “leis ilegais” se manifestem no real, mas isso só acontece quando o sentimento é baseado em informações falsas. As “leis ilegais”, assim, ou são produto do erro provocado pela ignorância inconsciente e/ou são produto do erro induzido pelo labor de pessoas e/ou grupos com o propósito deliberado de manipular a coletividade (pessoas que podem ser movidas por falta ética ou por ignorância inconsciente).

Com tudo o que foi visto nesse trabalho, duas coisas, intui-se, devem receber especial atenção e ser erigidas como conhecimento retido: a configuração da crítica à teoria do direito baseada em conceitos desenvolvidos através do racionalismo (mitos) e o vislumbre da alternativa teórica do SIV/legisgênese. O caminho alternativo que aqui se apresenta, se procedente, guarda potencial de transformar tudo o que atualmente se sabe sobre o direito permitindo não uma simples mudança, mas uma revolução total da teoria do direito. Trocados os alicerces – ideia de direito, de lei e legislador –, tudo o mais que daí decorrer é modificado.

E agora, com os votos de que o que fora exposto tenha ficado claro, digamos apenas: – Fim do primeiro ato.

REFERÊNCIAS

- AGOSTINHO, Santo. **Tratado sobre o evangelho de São João**. Disponível em: «<http://www.arcadaalianca.com.br/blog/cristo-e-o-caminho-para-a-luz-a-verdade-para-a-vida/>» consulta 18/02/16.
- AQUINO, São Tomás de. **Compêndio de teologia**. trad. not. D. Odilão Moura. Presença, Rio de Janeiro/RJ, 1977.
- _____, São Tomás de. **Suma de Teología: CUESTIÓN 19: Sobre la voluntad de Dios**. 4ª reimpr. Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid/ES, 2001.
- ASSIER-ANDRIEU, Louis. **O direito nas sociedades humanas**. 1. ed. Martins Fontes, São Paulo, 2000.
- AVNER, P. C. **O Legislador**. Monografia (bacharelado em direito) – Universidade Católica de Pernambuco, Recife,. 2012.
- AVNER, Pinheiro Cavalcanti; SÁ PEREIRA, Mirian de. O legislador – investigação de sua conceituação nos julgados do STF. *in* **Direito em dinâmica: 25 anos da Constituição de 1988** [e-book]. Gustavo Ferreira Santos, Marcelo Labanca Corrêa de Araújo, Ivna Cavalcanti Feliciano (Org.). p. 199-217. Instituto Frei Caneca, Recife, 2014.
- BAUMAN, Zygmunt; MAY, Tim. **Aprendendo a pensar com a sociologia**. trad. Alexandre Wernck. Zahar, Rio de Janeiro, 2010.
- BENTO XVI, Papa. **YOUCAT Brasil: Catecismo jovem da Igreja Católica**. 1ª ed. 3ª reimpr. Paulus, São Paulo, 2012.
- BEOZZO, José Oscar. **Pacto das catacumbas: por uma igreja servidora e pobre**. Paulinas, São Paulo, 2015.
- BERGER, Peter L., LUCKMANN, Thomas. **A construção social da realidade: tratado de sociologia do conhecimento**. trad. Floriano de Souza Fernandes. Vozes, Petrópolis, 1985.
- BOURDIEU, Pierre. Introdução a uma sociologia reflexiva. *in* **O poder simbólico**. trad. Fernando Tomaz. p. 17-58. Bertrand Brasil, Rio de Janeiro, 1989.
- BRAGA, Brannon; DRUYAN, Ann POPE, Bill [dir.]. **Cosmos: uma odisseia do espaço-tempo**. Documentário. 13 episódios. ~44min. (cada episódio). color. Título original: *Cosmos: A Spacetime Odyssey*. 21st Century Fox, EUA, 2014.
- BRASIL, **Ato institucional Nº 5**. Disponível em «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm». Consulta em 13/02/2016. Texto originalmente publicado no D.O.U. em 13/12/1968.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo** [recurso eletrônico]. 4. ed. Secretaria de Documentação, Brasília, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 23. ed. Saraiva, São Paulo, 2011.

COHEN, Peter. [dir., pesq. e prod.] **Arquitetura da Destruição**. Documentário, 123min., color & BW. Título original: Undergångens arkitektur. Suécia, 1989.

CURTIS, Adam [dir.]. **Tudo vigiado por máquinas de adorável graça: O uso e abuso dos conceitos vegetacionais**. Documentário, 3 episódios, 180 min., color. Título original: All Watched Over by Machines of Loving Grace. BBC, London (UK), 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 25ª ed. Saraiva, São Paulo, 2005; e MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. rev. e atual. por Miguel Alfredo Malufe Neto. 22ª ed. Saraiva, São Paulo, 1993.

DURKHEIM, Emile. **As regras do método sociológico**. Coleção Tópicos. trad. Paulo Neves. ver. da trad. Eduardo Brandão. Martins Fontes, São Paulo, 1995.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos de sociologia do direito**. trad. René Ernani Gertz. Editora Universidade de Brasília, Brasil, 1987.

FIORANI, Flavio. **História ilustrada da II Guerra Mundial**. trad. Ciro Mioranza. Larousse do Brasil, São Paulo, 2009.

FITZPATRICK, Peter. **A mitologia na lei moderna**. trad. Nélio Schneider. Editora UNISINOS, Coleção Díke, São Leopoldo/RS, 2007.

FULLER, Lon L., **O caso dos exploradores de cavernas**. 2ª tir. trad. e notas Ivo de Paula, LL. M. intr. e apêndice João Paulo Rossi Júlio. liv. e ed. Universitária de Direito, São Paulo, 2008.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 5. ed. rev. e atual. por Juliana Campos Horta. Del Rey, Belo Horizonte, 2010.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa**. Versão 1.0. Ed. Objetiva LTDA, Dezembro de 2001.

LOYOLA, Santo Inácio. **Exercícios Espirituais**. trad. J. Pereira. rev. Iranildo B.Lopes. 13ª ed. Loyola, São Paulo, 2013.

MAHĀBHĀRATA. **O Bhagavad-gītā Como Ele É: com o texto original em Sânscrito, a tradução latina, os equivalentes em Português, a tradução e significados elaborados A. C. Bhaktivedanta Swami Prabhupāda**. 2ª ed. rev. ampl. The Bhaktivedanta Book Trust International, São Paulo, 1994.

MAQUIAVEL, Nicolau. **Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio**. Martins Fontes, São Paulo, 2007.

_____, Nicolau. **O Príncipe / Escritos Políticos**. Os Pensadores IX. trad. Lívio Xavier. 1ª ed. Abril Cultura, São Paulo Janeiro 1973.

MEIRINHOS, José Francisco. **Estudos de filosofia medieval**: autores e temas portugueses. Editora PUC/RS, Porto Alegre, 2007.

MORAES, Roque. Análise de conteúdo. v. 22, n. 37, p. 7-32. **Revista Educação**, Porto Alegre, 1999.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 4ª ed. col. Epistemologia e Sociedade. dir. António Oliveira Cruz. trad. Dulce Matos. Instituto Piaget, Lisboa, 2003.

ORWELL, George. **1984**. trad. Wilson Velloso, 17ª ed., Nacional, São Paulo, 1984.

PAULO II, Papa João. **Catecismo da Igreja Católica**. 9ª ed. reimp. Loyola, São Paulo, junho de 2014.

PERELMAN, Chaïm, **Lógica jurídica**: nova retórica. trad. Verginia K. Pupi. Martins Fontes, São Paulo, 1998.

PONS, Jordi Induráin [dir. editorial]. **Actual Atlas de Geografía Universal: Vox**. Larousse, Barcelona, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**. 3ª ed. rev. e aum. Tomo I. Editora Borsoi, Rio de Janeiro, 1960.

PONTES, A. I. S. **A “influência” do Mito Babilônico Enuma Elish, em Gênesis 1,1–2,4a**. 2010. 100 f. Dissertação (Mestrado em Ciências da Religião) – Programa de Mestrado em Ciências da Religião, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2010.

POPPER, Karl R. **A lógica da pesquisa científica**. trad. Leonidas Hegenberg & Octanny Silveira da Mota. Editora Cultrix: São Paulo, 1972.

RADBRUCH, Gustav. Cinco minutos de Filosofia do Direito. In **Filosofia do Direito**. trad. L. Cabral de Moncada. 6ª ed. rev. e acrescida dos últimos pensamentos do autor. Editor Sucessor, Coimbra, 1997.

RAMOS, Albenides. **Metodologia da pesquisa científica**: como uma monografia pode abrir o horizonte do conhecimento. Atlas, São Paulo, 2009.

ROBERTS, Alice. **A Incrível Jornada Humana** – Fora da África, Ásia, Europa, Austrália e Américas. Documentário, 5 episódios. 295min., color. Título original: The Incredible Human Journeydoc. BBC, London (UK), 2009.

ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. trad. Arno Dal Ri Júnior. Fundação Boiteux, Florianópolis, 2008.

SALDANHA, Nelson. **Filosofia do direito**. 2ª ed. rev. e ampl. Renovar, Rio de Janeiro, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. Graal, Rio de Janeiro, 1989.

_____, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito, e a política na transição paradigmática**. vol. 1. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 7ª ed. Cortez, São Paulo, 2009.

SARNEY, José. **A onda liberal na hora da verdade**. Siciliano, São Paulo, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. Malheiros, São Paulo, 2010.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. 1ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 2004.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 2ª ed. rev. e atual. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.

SOUTO, Cláudio. **Ciência e Ética no Direito: uma alternativa de modernidade**. 2ª ed. rev. e aum. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002.

_____, Cláudio. **Fundamentos da sociologia jurídica**. Série Estudos Sócio-Jurídicos, nº 1. Universidade Católica de Pernambuco – Faculdade de Direito, Recife, 1968.

_____, Cláudio. **Natureza, Mente e Direito: para além do usual acadêmico**. 2ª ed. Nossa Livraria, Recife, 2014.

_____, Cláudio. **Sociologia do Direito, uma visão substantiva**. 3ª ed. rev. e aum. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2003.

WARAT, Luís Alberto; CABRIADA, Gustavo Pérez. **Os quadrinhos puros do direito**. ALMED, Argentina, 1997.

WARAT, Luís Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *in* **Seqüência**. UFSC, Florianópolis/SC, ISSN 2177-7055, p. 48-57.

_____, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito: a epistemologia jurídica da modernidade**. Tomo II. reimp. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002.

_____, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito: interpretação da lei: temas para uma reformulação**. Tomo I. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1994.

[2016]

Todos os direitos reservados ao autor

AVNER P. C.

Contato: avner.cavalcanti@hotmail.com / avner.cavalcanti@gmail.com