

O POVO NA PROCESSUALIDADE INCLUSIVA: OS CIDADÃOS EM CO-AUTORIA DECISIONAL, SOB O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

José Américo Silva Montagnoli*

RESUMO

O presente artigo tem por escopo apresentar proposições teóricas que viabilizem a inclusão discursiva radical do povo nas atividades decisórias do Estado, como exigência inafastável do Estado democrático de direito. Com efeito, o povo, encarado desde a Antiguidade como *potus* (massa amorfa não cidadanizada, supostamente composta de homens vadios e despossuídos), é reiteradamente alijado dos procedimentos decisórios do Estado, pelos quais é diretamente afetado. Busca-se, com subsídios em teorias discursivo-processuais do direito e da democracia, a superação do paradigma liberal, no qual o povo é insularizado na figura do sujeito de direito, dirigindo-se ao Estado, apenas, quando seu decisionismo egoísta é obstaculizado por outra pretensão individual de sucesso; bem como o afastamento do paradigma do *Welfare State* – enquanto mera mutação superestrutural do liberalismo – em que um decisionismo estatal redentor já conheceria previamente as mazelas do povo, vitimizado por uma inexplicada e congênita infertilização decisória. Nestes termos, desenvolvemos o conceito de povo-decisor, pelo qual os cidadãos, balizados em uma processualidade inclusiva e constitucionalizada, enxerguem-se como co-autores dos comandos decisoriais do Estado.

PALAVRAS-CHAVE

POVO; PROCESSO; INCLUSÃO; DEMOCRACIA.

ABSTRACT

*Professor de Direito Constitucional do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo – IESSES – Castelo/ES

Ex-professor concursado de Teoria Geral do Direito da Universidade Federal de Viçosa/MG
Mestre em Direito e Instituições Políticas da Universidade FUMEC – Belo Horizonte/MG

This present article has as target to show theoretical proposals that make possible the radical speech inclusion by citizens in the activities of State's decision, for an unsurmountable requirement of the Constitutional Democracy. In this scope, people, faced since Antiquity as *potus* (amorphous mass without citizenship, supposedly composed by dispossessed and loafers men) for innumerable governmental stratus, is reiterating unloaded from all crucial procedures of State. Searching the overcoming of the liberal paradigm, as subsidies discursive-procedural of Law and Democracy, within people is lead by the law subjects, going to State, just when his egoist way of decision is hindered by other individual pretension of success; as well as the removal of paradigm of Welfare State – while mere superstructural mutation of liberalism – where a state decisionism redeemer has already known previously all the people's wound, wronged by a non explained and congenital infantile decision power. In these terms, we develop the concept of decision-ones, which citizens, guided by an inclusive and constitutional procedural, watches themselves like co-authors of the decisive commands of State.

KEY WORDS

PEOPLE; PROCEDURE LAW; INCLUSION; DEMOCRACY.

1. INTRODUÇÃO

A retórica da inimputabilidade decisional do povo é difundida desde a Antiguidade. Gregos e romanos viram um conceito de povo diluído, a significar um conjunto de privilegiados cidadãos detentores de certos direitos, de acordo com suas castas sociais¹, alcançando, com muitas deformações, a concepção de *populus*, qualificativo que predominou no período de declínio da Monarquia e ascensão da República em Roma². De fato, este arcaico presente, ofertado pela Antiguidade Clássica, é indicativo da real condição a que eram submetidos a franca maioria dos seres humanos ao longo da História Ocidental: receptores obedientes das decisões das elites

¹ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado**, 2001, p. 211.

² COLLIVA, Paolo. **Dicionário de política**, 1998, v. 2, p. 986.

governativas. O povo era subvertido – e ainda é – a figura da *potus*³ (“*massa amorfa não cidadanizada, composta de homens vadios e despossuídos*”, na pertinente conceituação de Rosemiro Leal), reiteradamente alijada dos procedimentos decisórios do Estado, pelos quais é diretamente afetado.

A idéia de povo como *potus* mantém-se em toda a Idade Média, a despeito das contribuições Guilherme de Occam, que defendia a autonomia política do homem medieval e indicou suas necessidades autogovernativas, pois “[...] recusava-se a reconhecer qualquer naturalidade e qualquer teologia providencial na comunidade civil, pois os indivíduos que a estabeleciam deviam instaurá-la e construí-la”⁴, bem como de Marsílio de Pádua que, na obra *Defensor Pacis* (1324) oferece “[...] uma noção unitária [embora, é bom dizer, precária, pouco tematizada] de povo, indicando-se este como fonte da lei, reservando ao príncipe o poder executivo.”⁵. Nesta proposição, Marsílio de Pádua, compreendia que “[...] ao príncipe, por dever para com seu povo, cumpria a observância das leis no exercício de suas funções, podendo, por isto, ser punido no caso de transgredi-las”⁶. Na Idade Média, a Cristandade, por contribuições – ainda que não preordenadas – da filosofia patrística de Santo Agostinho e da escolástica de Santo Tomás de Aquino, incute a concepção de “povo escolhido” nos indivíduos, produzindo uma eficiente aderência dos homens a autoridades pré-constituídas por supostas determinações da Divindade. A partir da análise de Popper⁷, pode-se afirmar que o Cristianismo ensinou aos homens que o sucesso mundano não é decisivo, constituindo-se a inexplicada lei da natureza humana de que somente os “mansos” (obedientes aos comandos do “clero esclarecido”) herdarão a Terra. Com efeito, o Estado democrático de direito que se impõe na atualidade não patrocina a concretização de pretensões

³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo civil e sociedade civil**. 2005, p. 1. É oportuno frisar que neste mesmo artigo e na mesma página destacada, Rosemiro Leal também demonstra o caráter excludente e alienante (alienante, no sentido de amortizar qualquer reflexão acerca da cidadania) do conceito de cidadão, enquanto “*povo adotado pelos civis patrimonializados*”, detentores egoístas do poder político, jurídico e econômico. A despeito de seus “vícios significativos”, usaremos, com freqüência, as expressões “cidadão” e “cidadania”, à vista de sua aplicação corrente nos textos científicos, facilitando a compreensão, pelos leitores, das proposições aqui apresentadas.

⁴ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado**, 2001, p. 212.

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Teoria Geral do Estado**, 2003, p. 97.

⁶ SOARES, op. cit., p. 211.

⁷ POPPER, Karl R. **A Sociedade Aberta e seus inimigos**, 1987, t. 1, p. 281-282.

egoísticas de sucesso mundano, mas reconhece que a ordem jurídica é criação estritamente mundana e que, somente assim, abre-se à correição fiscalizatória por qualquer do povo numa procedimentação devidamente processualizada, como adverte Rosemiro Leal⁸. No marco de uma democracia radical, em que o povo é fundador-regente de seu presente e de seu futuro, a faticidade político-social apenas consegue significância inteligível pela ordem jurídica constitucionalizada, através das decisões do povo, como se deduz em Popper⁹, fulminando qualquer viés historicista de retirar dos cidadãos a responsabilidade pelo seu destino.

Nos dois tópicos seguintes, demonstraremos que, até o século passado, ofertou-se à cidadania posições decisórias aparentes nas atividades do Estado. As posições decisórias do povo são cruelmente “encarcerantes”. No Estado liberal de direito, entre os séculos XVIII e XIX, o povo é insularizado na figura do “sujeito de direito”, dirigindo-se ao Estado, apenas, quando seu decisionismo particularizado encontra óbices noutra pretensão individual de sucesso; já no Estado social de direito, enquanto posterior mutação superestrutural do liberalismo¹⁰, pereniza-se um decisionismo estatal redentor que conheceria previamente as mazelas do povo, vitimizado por uma inexplicada e congênita infatilização decisória. Em oportuna passagem, Popper demonstra que o quadro exposto no presente parágrafo conecta-se com uma visão romântica da História, remontando-se ao pensamento de Heráclito, *in verbis*:

Dominar ou submeter-se [...]; ou ser um Grande Homem, um Herói, lutando com o destino para conquistar fama [...], ou pertencer às “massas” e submeter-se à liderança, e sacrificar-se à causa superior do coletivo. Há um elemento neurótico, histérico, nessa exagerada acentuação sobre a importância da tensão entre o eu e o coletivo, e não duvido de que essa histeria, essa reação à tensão da civilização, seja o segredo da forte atração emocional [...] da ética da dominação [individualizada do Liberalismo] e da submissão [paternal-tutelar do *Welfare State*]¹¹.

⁸ LEAL, Rosemiro Pereira, **Teoria processual da decisão jurídica**, 2002, p. 104.

⁹ POPPER, Karl R. **A Sociedade Aberta e seus inimigos**, 1987, t. 1, p. 287.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**, 2001, p. 184.

¹¹ POPPER, op. cit. , p. 284-285.

2. O POVO NO ESTADO LIBERAL: PASSIVIDADE DECISIONAL FUNDADA NA CONCEPÇÃO BURGUESA DE SUJEITO DE DIREITO

Nos manuais contemporâneos de direito privado, o conceito de “sujeito de direito” aparece como verdadeira aquisição evolutiva dos ordenamentos, afinal assim se ensina desde Savigny e Windscheid. Em face da cândida afirmação, própria dos manuais de direito civil – aliás, ainda refratários, em sua maioria, à necessidade de reconstrução constitucionalmente orientada dos institutos de direito privado –, de que o sujeito de direito é o titular de direitos e obrigações, orientado por um vínculo psicológico com outros sujeitos¹², não parece que esta construção representou sério obstáculo à concepção radicalmente democrática de povo, enquanto co-autor das construções decisórias do Estado. Ao contrário, disseminou-se a idéia, sobretudo no século XIX, de que o homem moderno gozava de múltiplas prerrogativas de autonomia negocial em que, conforme a definição do pandectista alemão Windscheid, os direitos subjetivos, magicamente, “[...] transpõem as prescrições da ordem jurídica objetiva para o poder de mando de sujeitos singulares de direito¹³.” Jean-Étienne-Marie Portalis, membro da comissão elaboradora do Código Napoleônico, por sua vez, afirmava que “[...] cada homem é uma cidade com leis feitas para o seu proveito individual [...]”¹⁴. Institucionalizava-se, no século XIX, a mítica concepção de um homem de “mil poderes”, como descreve Rafael Cavichioli, premiado com as benesses de um humanismo burguês, supostamente preocupado com a felicidade individual, em que as normas de direito privado passavam a ser, nas palavras de Portalis, “a única moral do povo¹⁵”.

¹² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**, 2003, vol. 1, p. 149.

¹³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**, 1997, v. 2, p. 242.

¹⁴ CAVICHIOLI, Rafael de Sampaio. **Crítica do sujeito de direito**, 2006, 132-133.

¹⁵ *Ibid.*, p. 120.

Durante a prevalência do Estado liberal de direito, no esteio da teoria da tripartição dos poderes, propugnada por Montesquieu¹⁶, preconiza-se o modelo de democracia representativa, embaraçando quaisquer proposições incluídas de povo, em que as construções decisórias do Estado resultassem de uma *produção co-autorizada* entre os poderes constituídos e a totalidade indistinta dos cidadãos.

Esta irrelevância decisória que se impôs ao povo lastreia-se, em grande medida, numa confortável passividade decisória em que os sujeitos de direito do Estado liberal-burguês foram lançados. A falsa compreensão do sujeito de direito como um “homem de mil poderes¹⁷”, embora cunhada por um dos representantes do movimento codificador francês, pode ser debitada ao pandectismo alemão¹⁸, representada por juristas como Savigny¹⁹, que define o direito subjetivo nos seguintes termos: “[...] o direito, considerado na vida real, abraçando e penetrando por todos os lados o nosso ser, aparece-nos como um poder do indivíduo. Nos limites deste poder, reina a vontade do indivíduo, e reina com o consentimento de todos²⁰.”

¹⁶ Não se pode ignorar que, antes de Montesquieu, John Locke oferta uma sistematização doutrinária da separação dos poderes. Em seu *Segundo tratado sobre o governo*, o pensador inglês fala em quatro funções fundamentais: a legislativa, a executiva, a federativa e “o poder de fazer o bem público sem se subordinar a regras” (atribuído apenas ao rei). Nota-se que *nada* se diz sobre função judiciária. (DALLARI, 2003, p.217).

¹⁷ CAVICHIOLI, op. cit., p. 127.

¹⁸ Em que pese a maioria dos autores do pandectismo alemão estarem vinculados à “Escola Histórica do Direito”, cujo maior expoente foi Friedrich Carl von Savigny, que encara o costume (fonte espontânea do direito) como a fonte primacial de todo o direito, sobrepondo-se às ilusões e supostas arbitrariedades da *ratio scripta* – a lei – (BOBBIO, 1995, p. 52), haviam pandectistas na Alemanha, como Thibaut, que propunham exatamente o contrário. Thibaut, em crítica de matiz iluminista apresentada na obra *Sobre a necessidade de um direito civil geral para a Alemanha* (1814) e exprimindo a posição da chamada “Escola Filosófica do Direito”, afirma que o renascimento da “nação alemã” seria favorecido pela codificação do direito (BOBBIO, 1995, p. 58).

¹⁹ Não se ignora, no presente artigo, que Savigny, pai da chamada “escola histórica do direito”, opunha-se frontalmente a idéia de codificação do direito ou sua materialização em leis pontuais. O pessimismo antropológico da Escola histórica compreendia que era inapropriada na Alemanha – por óbvio, local de surgimento da referida escola – a cristalização do direito numa única coletânea legislativa (BOBBIO, 1995, p. 52), por obstaculizar a revelação dos costumes, enquanto direitos que exprimem o “espírito do povo” (*Volksgeist*). Neste sentido, Savigny compreendia que o direito legislativo era a marca de sociedades em decadência. (BOBBIO, 1995, p. 62). Contudo, não se pode esquecer que a mesma escola histórica, liderada pelo também pandectista Savigny, é um dos precursores do positivismo jurídico, como afirma Norberto Bobbio (1995, p. 53), ainda que tão somente no sentido de crítica intensa ao direito natural. É sobretudo por estas razões que apresentamos as concepções de Savigny para explicitar as reflexões em torno do sujeito de direito, até porque, mesmo criticado, Savigny empresta proposições que influenciaram a doutrina legalista do pensamento liberal-burguês.

²⁰ SAVIGNY *apud* CAVICHIOLI, Rafael. *Crítica ao sujeito de direito*, 2006, p. 124.

O sujeito de direito e a retórica dos direitos subjetivos ganham, assim, considerável funcionalidade, em favor das elites dirigentes, através do processo codificatório empreendido no século XIX, pois “[...] os Códigos Civis oitocentistas [...] atendem justamente à segurança jurídica necessária ao modo capitalista de produção [...]”²¹, alimentando no homem liberal a ingênua convicção, profetizada por Jean-Étienne-Marie Portalis, de que cada homem é uma cidade com leis feitas para o seu proveito individual²². A redução do jurídico ao legal gera um estado de letargia mobilizatória dos indivíduos, que se sentem amparados por uma prometida “paz perpétua” fundada no conceito de segurança jurídica, posto que o legalismo liberal-burguês “[...] possibilita aos sujeitos de direito um alívio em relação às decisões éticas a serem tomadas, uma vez que os modos de comportamento são expressos através de leis”²³.

A atomização liberal do ser humano na figura do sujeito de direito preconiza a crença da desnecessidade do homem moderno de organizar-se solidariamente com seus pares enquanto povo, pois um legislador político apresenta-se como mandatário – ou mais que isto, verdadeiro e exclusivo titular – da soberania popular, que expressa o direito moderno através da positividade de sua vontade²⁴. O direito moderno, conforme discorre Luiz Moreira²⁵, transformar-se-á em poder externo, imposto de fora, exigindo-se dos indivíduos, apenas, uma obediência abstrata ao sistema jurídico. Nestes termos, os sujeitos de direito, insularizados na imagem liberal do indivíduo e ancorados em valores sociais supostamente compartilhados por todos, dedicam-se à consecução de pretensões egoísticas de sucesso material, orientados por uma ordem jurídica de ação estratégica que satisfaz as exigências sistêmicas da esfera econômica, viabilizando a instauração de padrões comportamentais que têm como eixo ações racionais conforme fins²⁶. Consolidam-se no período liberal-burguês, portanto, sólidos obstáculos teóricos

²¹ CAVICHIOLI, op. cit., p. 242.

²² Ibid., p. 132-133.

²³ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**, 2004, p. 37.

²⁴ Ibid., p. 37.

²⁵ Ibid, p. 47.

²⁶ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**, 2004, p. 37.

(embora, creio, meramente ideológicos) que excluem os cidadãos de qualquer perspectiva de decidibilidade co-autorializada, posto que imersos numa passividade decisória, favorável aos desígnios do Estado absenteísta prevalente naquela quadra histórica.

3. O POVO NO *WELFARE STATE*: INFANTILIZAÇÃO DECISÓRIA DOS CIDADÃOS PELO AMPARO PATERNAL DO ESTADO-DECISOR

O Estado Social de direito, também denominado “Estado-Providência²⁷”, “Estado de Bem-estar Social” ou “*Welfare State*²⁸”, expressão que se adotou no título deste tópico, tem sua gênese associada à necessidade de contraposição ao movimento socialista que, à época, vicejava no continente europeu. O chanceler alemão Otto Von Bismarck foi, ao enxergar o referido quadro, pioneiro, em 1880, na adoção de medidas governamentais que tinham por escopo, primacialmente, o enfraquecimento dos movimentos reivindicatórios da massa de trabalhadores que, aos poucos, passavam a compor grupos organizados. Assim, são instituídos em favor dos trabalhadores alemães – em verdade, em favor da burguesia industrial alemã, por arrefecer o fervor do sindicalismo fabril, instigado pela crítica marxista – benefícios como o seguro contra enfermidade, seguro contra acidentes de trabalho e a pensão por velhice.

O *Welfare State*, enquanto mera mutação superestrutural pela qual passou o Estado liberal, buscará seus fundamentos teóricos – ou melhor, ideológicos – inicialmente em Rousseau e, no século XX e XXI, nas construções jurídico-sociológicas de Niklas Luhmann, numa tentativa de reedição neointerventiva do Estado social de

²⁷ SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Para um novo senso comum**, 2002, v. 1, p. 148.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988, 2001 p. 3.

direito, a rivalizar com os postulados teóricos saneadores, apresentados no marco Estado democrático radical da atualidade, que objetiva a superação de uma modernidade crepuscular²⁹ que teima em resistir às conquistas emancipatórias do direito contemporâneo. A ordem liberal-burguesa tinha consciência precisa da necessidade do uso do aparelho estatal para a manutenção do poder político das elites dirigentes, como fez após as revoluções do século XVIII, através da retórica do Estado absenteísta, que apenas intervinha, com exacerbado vigor, para a garantia intransigente da liberdade, propriedade e segurança de uma restrita camada de privilegiados sujeitos de direito. Era necessário que os detentores dos poderes constituídos se livrassem dos qualificativos de “burgueses” ou “liberais”, bastante estigmatizados pela crítica marxista. Agora, as elites dirigentes preconizam o Estado em uma nova perspectiva: O Estado-parceiro do capital, parceiro daqueles que investem no crescimento global, *no bem-estar irrestrito e desinteressado do povo*, a se fazer através da intervenção na ordem econômica. De rigor, o aparelho estatal sempre foi interventivo nas suas ações; contudo, passa, no Estado social de direito, a intervir como um “zeloso” promotor da regulação dos mercados e da igualdade material em favor dos desvalidos pela sorte, ou seja, a franca maioria do povo.

Impunha-se, desse modo, a adoção de um manancial ideológico que encarasse como vital a manutenção da figura do Estado – que o socialismo marxista condenava a um futuro desaparecimento –, agora como parceiro do capital e agente protetivo de um povo oprimido pelas agruras do modo capitalista de produção, que reafirmasse o conceito de liberdade e que, derradeiramente, contasse com a empatia dos mais diversos estratos da sociedade. Como dito, é o caso da teoria rousseuniana e, especialmente, sua concepção de *vontade geral*.

A vontade geral de Rousseau seria a vontade racional do Estado em simbiose com a vontade do povo, “[...] cujo querer está [pressupostamente] em conformidade com o do Estado³⁰”. O Estado seria o efetivo portador desta vontade geral, pela qual o povo é submetido a um estatismo legalizado, pois Rousseau “[...] acha que a liberdade dos cidadãos somente é possível através da força do Estado³¹.” Lembra Habermas³² que

²⁹ MONTAGNOLI, José Américo Silva. **Por mais alteridade e menos autoridade**, 2007, p. 5.

³⁰ TESTONI BINETTI, Saffo. **Dicionário de política**, 1998, v. 2, p.1298.

³¹ Ibid., p. 1299.

Rousseau exagerou na sobrecarga ética do cidadão, embutida no conceito republicano de sociedade, pressupondo virtudes políticas ancoradas em um *ethos* de uma comunidade tida, aprioristicamente, como homogênea, unida por tradições e valores culturais comuns. Claro é que Rousseau já imaginava eventuais rebeliões contra as sábias decisões emanadas desta vontade geral. É neste ponto que o pensamento rousseauiano clama ainda mais a figura redentora do Estado que, através da *coerção*, fará cessar quaisquer ataques às diretrizes da vontade geral. Aliás, sobre esta questão dizia Rousseau que “[...] quanto menos as vontades singulares se referirem à vontade geral – isto quer dizer: aos costumes, às leis – tanto mais convém que cresça o poder da coerção³³.”, principiando a principal característica do Estado social de direito, de ontem e de hoje: a infatilização decisional do povo, tutelada pelo “braço forte” do Estado paternal.

Interessante observar que os defensores das teorias sistêmicas da sociedade e do direito – com maior destaque para Niklas Luhmann (1980) –, responsáveis pela nova fundamentação teórica do Estado social de direito, forma de organização que ensaia sua reedição neste milênio por meio de ativismo estatal redentor, afirmam, desde a segunda metade do século XX, que um dos pilares do Estado contemporâneo e de seus poderes constituídos, especialmente o Judiciário, seria o binômio *coação-consenso* que na retórica rousseauiana do Estado poderoso também se efetiva sem maiores embaraços. Luhmann³⁴, fundado na premissa de que devem ser garantidos meios – obviamente em favor do Estado – contra o que ele qualifica como “rebeldes”, a fim de que estes sejam dominados em caso de necessidade, entende que “[...] coação e consenso [demonstrando sua vinculação radical a Rousseau] têm, portanto, de existir sob qualquer forma de relação de associação³⁵”.

Agora é possível discorrer sobre as proposições jurídico-sociológicas apresentadas pelas teorias sistêmicas e, por óbvio, sobre aquelas desenvolvidas por Niklas Luhmann. Como Rousseau e influenciado pelo sistemismo de seu mestre Talcott

³² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**, 1997, v. 1, p. 136.

³³ ROUSSEAU *apud* HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**, 1997, v. 1, p. 136.

³⁴ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**, 1980, p. 29.

³⁵ *Ibid*, p. 29-30.

Parsons³⁶, o sociólogo alemão alimenta o temor de uma iminente “desordem social”, ocasionada por eventuais vontades singulares discordantes que se rebelam contra a máquina estatal, expondo-se a risco, pelo entendimento de Luhmann, a mítica felicidade perpétua dos cidadãos, ofertada por instituições jurídicas que se funcionalizam como eficazes redutores de complexidade. Manejar este subsistema funcional, na concepção cibernética de sociedade³⁷ defendida por Luhmann, em que se qualificaria o direito positivo, coaduna-se perfeitamente com o modelo estatal de bem-estar, haja vista que o *Welfare State* propugna uma necessária intervenção protetiva dos cidadãos, pressupostamente ávidos por tutela, por amparo paternal. Assim, qual o sentido de uma inclusão discursiva radical do povo nos processos decisórios do Estado, pois tratar-se-ia de um *povo infante* – do latim *infante*, ou seja, que não é capaz de falar – que não reúne *competências comunicativas* para adotar, para si, “uma orientação significativa e uma direção de vida³⁸”, como ressalta Luhmann? É exatamente o que o sistemismo luhmanniano deseja que acreditemos: a necessária infantilização decisória dos cidadãos, gestada numa concepção paternal-tutelar de Estado decisor, a permear a reedição neointerventida do *Welfare State* que se quer imposto na atualidade. Para que seu intento teórico ganhasse concretude, Luhmann³⁹ projeta um sistema jurídico recursivamente fechado de comunicação, delimitado autoreferencialmente em relação aos mundos circundantes, de tal modo que passa a desenvolver as suas relações com o exterior apenas através de observações, despindo-se, por óbvio, “[...] todas as

³⁶ A teoria parsoniana baseia-se na idéia de que a ação social deve ser vista como um sistema de compreensão global dos indivíduos, da cultura e dos inúmeros sistemas sociais (ROCHA, 1999, p. 55). Com efeito, a chave para a compreensão do pensamento de Talcott Parsons está na *orientação motivacional dos indivíduos*, já que eles são motivados por tendências a uma “*gratificação ótima*” de suas necessidades. Maria Elizabeth Rocha (1999, p. 56) revela que a abordagem funcionalista de Parsons, em que os indivíduos são motivados pela satisfação de seus apetites caracteriza-se por um forte biologismo – talvez explicando a concepção luhmanniana de *autopoiesis* –, em que a sociedade é vista como “*organismo*”. Nota-se que o sistemismo parsoniano não trabalha o conceito inclusivo de povo, enxergando apenas atores sociais insularizados na figura do “indivíduo” que, inserido no sistema social, persegue, solitariamente, a concreção de projetos egoísticos de sucesso material.

³⁷ - Alfred Büllesbach (2002: 437-438) lembra que as teorias sistêmicas adotam os conceitos cibernéticos de controle, regulação e auto-regulação, que são aplicados de modo relativamente arbitrário, a todos os domínios parciais da sociedade. Lembra Büllesbach (2002:414) que a cibernética, no contexto da teoria dos sistemas, pode ser conceituada como a “ciência dos sistemas auto-reguladores e auto-organizadores”.

³⁸ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**, 1980, p. 25.

³⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:**, 1997, v. 1, p. 73.

expectativas de comportamento, normativamente generalizadas, de seu caráter deontológico, obrigatório⁴⁰. Este sistema jurídico⁴¹, por conseqüência, é desengatado de todos os demais sistemas de ação. O sistema jurídico, agora autônomo, não consegue mais manter uma troca direta com seus mundos circundantes, nem influir neles de modo regulatório.

Luhmann deixa evidenciado que não se vincula a quaisquer proposições de inclusão discursiva radical do povo nas construções decisórias do Estado, ao ofertar uma concepção sistêmica de legitimação procedimental. Ao tratar do tema “legitimidade” na obra *Legitimação pelo procedimento* (1980), Luhmann o apresenta em termos empíricos, pois a concepção de legitimidade do sociólogo alemão é puramente fática, não sendo jurídica, e sim sociológica⁴². Mesmo deixando claro que sua teoria reconhece o contra-senso da coerção como elemento estruturante da legitimidade, ao reconhecer a insuficiência da força física da coação, Luhmann⁴³ afirma que “[...] coação e consenso, têm [...] que existir sob qualquer forma de relação de associação [...]”, uma vez que os rebeldes – como aquelas vontades singulares “desajustadas” que Rousseau clamava a intervenção da *volonté générale* – têm de ser dominados em caso de necessidade. Já se percebe que o conceito de legitimidade de Luhmann pressupõe um consensualismo a fórceps e, portanto, meramente retórico. Luhmann⁴⁴ definirá legitimidade como uma *disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância*. Esta *tolerância* embutida no conceito apresentado, funciona, na concepção luhmanniana de legitimidade, como base justificante para restringir qualquer inclusão discursiva do povo nas construções decisórias do Estado, afinal o sociólogo alemão vê como necessário “[...] assegurar que decisões obrigatórias sejam consideradas como premissas do comportamento, sem que se possa especificar com antecedência quais as decisões

⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**., 1997, v. 2, p. 223.

⁴¹ HABERMAS, op. cit., v. 1, p. 73.

⁴² CHAVES, Terezinha Ribeiro. **A insuficiência discursiva da autopoiesis na fundamentação dos provimentos**, 2003, v. 3, p. 104.

⁴³ LUHMANN, op.cit., p. 29-30.

⁴⁴ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**, 1980, p. 30.

concretas que serão tomadas⁴⁵”. Não encontrando qualquer análise elaborada do procedimento – executivo, legislativo ou judicial – que o encare como um mecanismo legitimador, Luhmann propõe que a positivação do direito “[...] isto é, a tese de que todo o direito é posto por decisão, corresponda a estabelecer o conceito de legitimidade sobre o reconhecimento das decisões como obrigatórias [...]”⁴⁶”. Assim a legitimidade luhmanniana encontra-se na *predisposição dos indivíduos em aceitar decisões*, tomadas no procedimento, que se constituirá numa estrutura sistêmica pela qual as partes envolvidas *aprendem a aceitar referidas decisões, independentemente do seu conteúdo e sem se rebelarem contra elas*⁴⁷. Em Luhmann, a legitimidade constrói-se por um procedimentalismo funcionalizado em mecanismo social “reductor de complexidades”, imposta aos sistemas pela evolução da sociedade; é uma legitimidade decorrente da *eliminação de alternativas e absorção de incertezas* através de decisões seletivas dos participantes⁴⁸. O procedimentalismo luhmanniano propõe que se extraia a legitimidade do direito por uma inexplicada “*espiral decisória*” em que as normas do ordenamento jurídico são decisões que, por seu turno, materializam-se em outras decisões, lastreadas em curioso processo de aprendizagem que, se possível, será isento de perturbações dentro do sistema social, podendo-se alterar expectativas de um povo emudecido discursivamente – pois Luhmann defende uma comunicabilidade enquanto transmissão sistêmica de construções decisórias *previamente acertadas* e dirigidas a uma coletividade *disposta a aprender* –, reestruturando, finalmente, expectativas sociais⁴⁹.

Em apresentação da obra *Legitimação pelo procedimento*, Tércio Sampaio Ferraz Jr.⁵⁰ afirma que o sociólogo alemão vincula-se à concepções decisionistas de legitimidade. Não que isto signifique uma legitimação auferida em uma decisão final,

⁴⁵ Ibid., p. 31.

⁴⁶ Ibid., p. 32.

⁴⁷ CHAVES, Terezinha Ribeiro. **A insuficiência discursiva da *autopoiesis* na fundamentação dos provimentos**, 2003, v. 3, p. 104.

⁴⁸ Ibid, p. 104-105.

⁴⁹ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**, 1980, p. 34-35.

⁵⁰ Ibid., p. 3.

visto que ela se extrairia no curso do procedimento⁵¹. Continuando suas observações, Ferraz Jr⁵² concebe a legitimidade luhmanniana como uma *ilusão funcionalmente necessária*, pois lastreia-se na ficção de que há a possibilidade de frustrações dos rebelados que, de rigor, não se concretizam, até porque subsistemas funcionais parciais como o direito não admitem oposições ainda que fundamentadas discursivamente, mas tão-só irritações, enquanto dados informativos meramente observáveis pela ordem jurídica.

Em derradeira análise, Luhmann propõe um decisionismo legitimante que reduziria complexidades do mundo da vida pela aceitação, por cidadãos não-rebelados, de decisões como obrigatórias, hauridas do talento pantomímico de governantes, legisladores e julgadores, fornecendo argumentos para que um Estado social de direito efetive o “direito pronto” cujas causas são desprezadas⁵³, a poupar um aparelho estatal salvífico do seu desgaste na luta contra o tempo-inimigo para a distribuição do bem-estar em favor de povo infante.

4. O POVO-DECISOR NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A INCLUSÃO DISCURSIVA RADICAL DOS CIDADÃOS NAS CONSTRUÇÕES DECISÓRIAS DO ESTADO

Na atualidade – em superação a uma modernidade crepuscular resistente –, são oportunas as palavras de Habermas afirmando que, “[...] na perspectiva da teoria do poder, a lógica da divisão dos poderes só faz sentido, se a separação funcional garantir, ao mesmo tempo, a primazia da legislação democrática e a retroligação do poder administrativo ao comunicativo [...]”⁵⁴, através da ação do Estado em co-autoria decisional com os cidadãos.

⁵¹ CHAVES, Terezinha Ribeiro. **A insuficiência discursiva da *autopoiesis* na fundamentação dos provimentos**, 2003, v. 3, p. 105.

⁵² LUHMANN, op. cit, p. 5.

⁵³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**, 2002, p. 66.

⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**., 1997, v. 1, p. 233.

A concepção de povo-decisor que enseje uma produção decisória co-autorizada dos cidadãos, sob o paradigma do Estado democrático de direito, funda-se no esclarecimento das atividades estatais dirigidas ao povo, através de teorias discursivo-processuais do direito e da democracia, em que se proceda à análise da tríade inclusão-discurso-processo. Habermas compreende que sobredita inclusão ocorrerá através da implementação do princípio do discurso que se converte em princípio democrático, através da mediação oportunizada pelo direito, em que as pessoas devem poder se entender, a qualquer momento, como autoras deste direito, ao qual se submetem como destinatários⁵⁵. Assim, para Habermas, a necessária formação pública da opinião e da vontade, num relacionamento intersubjetivo dos cidadãos, ocorrerá segundo discursos, que visam à aceitabilidade racional de regras, à luz de interesses generalizados, de orientações compartilhadas e princípios fundamentados⁵⁶. Sendo possível, segundo cremos, encaminhar, a partir das reflexões do autor de *Direito e democracia* (1997), o entendimento do vocábulo *inclusão* como a *atuação decisional co-autorizada do povo* com o Estado, sob o marco de uma democracia radical, verificamos que Habermas⁵⁷ cogita de uma “inserção” em que a ordem política se mantém aberta para equiparar os discriminados e incluir os marginalizados, sem confiná-los na uniformidade de condenáveis concepções comunitárias de povo⁵⁸. Habermas afirma que, no momento em que sociedades multiculturais são organizadas como Estados democráticos de direito, apresentam-se diversos caminhos para se chegar

⁵⁵ HABERMAS, Jürgen, **Direito e democracia**, v. 2, p. 309.

⁵⁶ HABERMAS, Jürgen, **A Inclusão do outro**, 2004, p. 164.

⁵⁷ Ibid., p. 165.

⁵⁸ Com efeito, vinculo-me a proposição de inclusão/inserção apresentada por Habermas, porque ela se contrapõe, evidentemente, à concepção luhmanniana de inclusão, apresentada na obra *Teoría política en el estado de bienestar* (2002). Para Luhmann, inclusão significaria **a incorporação da população global** – e não propriamente o povo emancipado como cidadãos incluídos discursivamente nos processos decisórios do Estado – **a prestações nos distintos sistemas funcionais da sociedade**. (BONOTTO, 2007, p. 6). Esta inclusão, em Luhmann, teria o condão de “sumir” com grupos que não participam da vida social, por suas vivências marginais. Este povo de vivências marginais, à espera do amparo paternal do Estado e reduzido por Luhmann ao conceito estatístico de população, permanecerá como a massa de despossuídos (*potus*) a quem, no *Welfare State* neointerventivo, impede-se quaisquer possibilidades de atuação decisória co-autorizada com os decisores do Estado, em favor do exercício de uma jurisdição salvífica que **exclui** a atuação em contraditório das partes pela onividência de diretores do processo (juizes-gestores luhmannianos), responsáveis pela **inclusão politicamente útil de um povo infante** nas delícias de um estado-provedor que já sabe o que é melhor para todos.

a inclusão com sensibilidade para as diferenças⁵⁹, sob parâmetros de discursos de auto-entendimento.

Contudo, a despeito de Habermas reconhecer a gênese procedimental da democracia⁶⁰ e a importância da inclusão, sua obra não esclarece como se materializaria a sobredita “inserção” nos processos de construção decisional do Estado, nem como ocorreria a transição do princípio do discurso para o princípio da democracia. Sobre a referida transição, Habermas limita-se a dizer que esta dar-se-á pelo fenômeno da *institucionalização jurídica*.

Para a superação das lacunas habermasianas expostas no parágrafo anterior, acreditamos que a *teoria neoinstitucionalista do processo*, desenvolvida pelo jurista mineiro Rosemiro Pereira Leal, na obra *Teoria processual da decisão jurídica* (2002), oferece soluções constitucionalmente adequadas ao paradigma do Estado democrático de direito. Fundado na proposição falibilista, de natureza popperiana, na qual todo direito haveria de se oferecer expressamente à possibilidade de fiscalidade contínua, do ponto decisório de criação até o ponto decisório de aplicação⁶¹, a teoria neoinstitucionalista propugna um direito-de-ação coextenso ao procedimento processual, garantido a todo povo, teorizado como eixo de articulação permanente do constitucionalismo-pluralismo, com vistas a evitar a imobilização das controvérsias e do dissenso⁶², característicos de atividades decisórias inclusivas que uma democracia radical deve albergar. Assim, o *processo*, na proposição neoinstitucionalista rosemiriana, será uma *instituição constitucionalizada que se define pela conjunção dos princípios autocríticos do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, com vistas a assegurar a produção, o exercício, o reconhecimento ou a negação de direitos alegados*

⁵⁹ HABERMAS, Jürgen, **A Inclusão do outro**, 2004, p. 172.

⁶⁰ Parece-me ser este o entendimento que se pode extrair de todos os escritos habermasianos, a partir dos anos 90. Por oportuno, em sede de demonstração do que afirmo, transcrevo a passagem a seguir, colhida na obra *Direito e democracia* (1997), *in verbis*: “ [...] a constituição [grafada, inadequadamente, em letras minúsculas] determina procedimentos políticos, segundos os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (o que significa mais corretas por serem equitativas). Somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito. [...]”. (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 326).

⁶¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**, 2002, p. 159.

⁶² LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**, 2002, p. 164.

*e sua definição pelos provimentos nas esferas judiciária, legislativa e administrativa.*⁶³ Rosemiro Leal⁶⁴ nos adverte que só uma teoria jurídica do processo, assim concebida como *médium* lingüístico demarcador da institucionalização da vontade, e não qualquer procedimentalidade, é que abrirá ensejo a conferir testabilidade incessante da ordem jurídica positivada e a se positivar pela desenvoltura do princípio do discurso deontologicamente neutralizado no nível jurídico do *contraditório, isonomia e ampla defesa* como critérios problematizantes da absorção ou rejeição de pretensões de validade decisória. Na tentativa de demonstrar a “ausência demasiadamente sentida” de uma teoria processual constitucionalizada para a concretização do projeto habermasiano de democracia deliberativa, Rosemiro Leal esclarece que a falta de sobredita teoria ocasiona o esmaecimento dos conteúdos democrático-inclusivos de uma pretendida razão discursiva (mais adequada do que a expressão “razão comunicativa”, que, a meu juízo, remete à comunicabilidade inesclarecida de Luhmann), *in verbis*:

O abandono da razão prática e filosofia do sujeito a favor da teoria do discurso não possibilita automaticamente a intersubjetividade criativa do direito em plano de entendimento mediado por uma linguagem inesclarecida, para legitimar pretensões de validade sobre algo no mundo em nome vitorioso de um *melhor argumento*.

Também uma linguagem que *per se* contivesse intrínsecos conteúdos de comunicabilidade orientadora do agir para o entendimento reproduziria um essencialismo lógico de consenso das individualidades já pré-decidido por uma moral instituída em bases axiológicas de tradição e autoridade.⁶⁵

Parece-nos que a concepção radicalmente democrática de processo apresentada nos escritos de Leal (2002, 2005) promove a ruptura do preocupante silêncio, não só das proposições habermasianas, mas de todas as teorias discursivas do direito e da

⁶³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6 ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 233.

⁶⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**, 2002, p. 175.

⁶⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**, 2002, p. 174.

democracia, acerca da índole da procedimentalidade jurídica que propõe institucionalizar o princípio da democracia.⁶⁶

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Acreditamos que a clarificação da tríade democrática inclusão-discurso-processo, torna convincente a proposta de atuação co-autorializada do povo nas construções decisórias do Estado, enquanto exigência inafastável de uma democracia radical. Estamos convencidos que somente baseado em teorias discursivo-processuais do direito e da democracia é possível a superação do paradigma liberal, no qual o povo é insularizado na figura do sujeito de direito egoísta, absorvido numa ambiência de passividade decisória, bem como a superação do modelo paternal-tutelar do Estado social de direito, em que a onividência decisional salvífica de governantes, legisladores e julgadores teria o inexplicado poder de solucionar todas as mazelas sociais que afligiriam um povo pressupostamente infante.

REFERÊNCIAS:

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. 239 p.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 230 p.

BONOTTO, Carmem Denise. Teoria política do Estado de bem-estar: uma visão luhmanniana. **Revista de doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 17, p. 1-10, abr. 2007.

BÜLLESBACH, Alfred. Princípios da teoria dos sistemas. In KAUFMANN, Arthur, HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002. 606 p.

⁶⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**, 2002, p. 174.

CAVICHIOLO, Rafael de Sampaio. **Crítica do sujeito de direito:** da filosofia humanista à dogmática contemporânea. 2006. 258 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

CHAVES, Terezinha Ribeiro. A insuficiência discursiva da *autopoiesis* na fundamentação dos provimentos. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos continuados de teoria do processo.** Porto Alegre: Síntese, 2003, v. 3, p. 95-126.

COLLIVA, Paolo. Vocábulo “Povo”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política.** Tradução de Carmem C. Varriale *et al.* 11 ed. Brasília: Editora UnB, 1998, v. 2, 656 p.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro:** estudos de teoria política. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004. 404 p.

_____. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1, 354 p.

_____. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 2, 352 p.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento.** Tradução de Maria da Conceição da Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. 210 p.

MONTAGNOLI, José Américo Silva. **A possibilidade de inclusão discursiva radical do povo na atividade judicial.** 2007. 148 p. Dissertação (Mestrado em Direito e Instituições Políticas) – Faculdades de Ciências Humanas da Universidade FUMEC, Belo Horizonte.

_____. Por mais alteridade e menos autoridade: a necessidade da inclusão discursiva do povo na produção legislativa brasileira. In: **Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 1-17.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas.** 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. 203 p.

POPPER, Karl R. **A Sociedade Aberta e seus inimigos:** o fascínio de Platão. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Edusp 1987, t. 1, 394 p.

_____. **A Sociedade Aberta e seus inimigos:** A preamar da profecia. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Edusp 1987, t. 2, 416 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A principiologia jurídica do processo na teoria neo-institucionalista.** Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2006/Docentes/pdf/Rosemiro.pdf> . Acesso em: 26 jun. 2007.

_____. **Processo civil e sociedade civil.** Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/processo_civil_e_sociedade_civil.pdf> . Acesso em: 12 out. 2006.

_____. Processo e hermenêutica constitucional a partir do estado de direito democrático. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos continuados de teoria do processo.** 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001, v. 2, p. 13-25.

_____. **Teoria geral do processo.** 6 ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005. 339 p.

_____. **Teoria processual da decisão jurídica.** São Paulo: Landy, 2002. 206 p.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. **O processo político no Brasil: estado e classes sociais.** Belo Horizonte: Del Rey, 1999. 272 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 1, p. 1-45, 2001.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado: O substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 566 p.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito, e a política na transição paradigmática.** 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002, v. 1, 478 p.

TESTONI BINETTI, Saffo. Vocábulo “Vontade Geral”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política.** Tradução de Carmem C. Varriale *et al.* 11 ed. Brasília: Editora UnB, 1998, v. 2, 656 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, vol. 1, 663 p.