

A desconstrução da lei no constitucionalismo global¹

The deconstruction of law on global constitutionalism

Antonio Enrique Pérez Luño²

Universidad de Sevilla, Espanha
secretfiloso@us.es

Resumo

O artigo analisa as influências da pós-modernidade e da globalização na desconstrução de noções fundamentais do Direito. Examina ainda as crises de participação política nos processos legislativos, focando sobretudo no conceito de teledemocracia. Encerra discutindo as bases de um possível constitucionalismo global.

Palavras-chave: constitucionalismo global, pós-modernidade, teledemocracia.

Abstract

This article analyzes the influences of postmodernity and globalization in the deconstruction of fundamental notions of law. Following, it examines the crisis of political participation in legislative processes, focusing on the concept of teledemocracy. It ends by discussing the foundations of a possible global constitutionalism.

Keywords: global constitutionalism, postmodernity, teledemocracy.

Pós-modernidade e desconstrução

Um dos debates mais característicos da situação atual da cultura, também da cultura jurídica, está relacionado com a superação do paradigma moderno e com a sua substituição pelo pós-modernismo. A primeira questão é advertir que o termo “pós-modernidade”, com o qual se faz referência mais diversos meios artísticos, literários e científicos, aparece na última fase da experiência cultural do século passado. Trata-se de uma denominação que logrou êxito em 1979, com a publi-

cação do livro *A condição pós-moderna*, do francês Jean François Lyotard (1979). Esta expressão se destinava a designar uma mudança de paradigma cultural, cuja cronologia é incerta e debatida (alguns situam suas origens no final do século XIX, outros após o fim da Primeira Guerra Mundial, e há aqueles que a situam na crise de consciência coletiva do final do século anterior); e é importante referir que seu significado não é pacífico – Hans Küng (1991, p. 19) indicou com precisão que, muitas vezes, este termo é usado “em sentido nebuloso e panfletário”.

¹ Traduzido do espanhol por Têmis Limberger e Cesar Augusto Cavazzola Junior. Uma versão preliminar encontra-se publicada como “La deconstrucción de la ley en el constitucionalismo global” in: PÉREZ LUÑO, A.E. 2011. *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*. Madrid, La Ley, p. 105-134.

² Universidad de Sevilla. Campus Ramón y Cajal, C/ Enramadilla, n. 18-20, 41018, Sevilla, Espanha.

Além de suas ambiguidades e imprecisões, e com a falta de uma denominação mais apropriada, a pós-modernidade constitui uma referência para o surgimento de um conjunto de sinais que implicam uma ruptura relacionada com os valores culturais da modernidade. No âmbito jurídico, moral e político, foram repetidas com assiduidade teses abolindo os grandes valores ilustrados: a racionalidade, a universalidade, o cosmopolitismo, a igualdade, que consideram ultrapassados e tentaram substituir por uma exaltação – muitas vezes simplificada e acrítica – da diferença, da desconstrução, assim como do retorno a um nacionalismo tribal e excludente. As normas jurídicas gerais e abstratas, corolário de padrões éticos universais, foram questionadas por conta das preferências particularistas fragmentárias; a própria legitimidade ética do Direito e da política baseada em princípios consensuais universalizáveis chegou a ser considerada um vácuo ideal e suspeito de esconder uniformismos totalitários. À unidade do *ethos* moderno opôs-se a fragmentação e a multiplicidade de *ethos* baseados nas diferenças “nacionais”, “locais”, “plurais”, “individuais” (minorias étnicas, religiosas, linguísticas, culturais, sexuais...). O declínio do século XX coincidiu, em suma, com um novo ataque à teoria postuladora da integração da moralidade, da política e do Direito, na medida em que esta dita teoria era parte do aparelho legitimador do Estado de Direito. A transformação dos valores e dos pressupostos sociais e políticos, que serviram de contexto ao Estado de Direito e motivaram suas sucessivas decantações, não poderia deixar de se manifestar em seus critérios de legitimação. Portanto, o Estado de Direito, que é uma das grandes conquistas da modernidade, estava envolvido em uma cultura como a do fim do século, qualificada como pós-moderna. O “assédio à modernidade” (Sebrelli, 1992) é, precisamente, o termo que se pretendia referir ao fenômeno do relativismo cultural e da ascensão dos particularismos antiuniversalistas próprios da fase histórica das últimas décadas.

Na cultura jurídico-política, o paradigma pós-moderno foi projetado, com especial incidência, na teoria dos direitos e liberdades. Se, para a filosofia prática moderna, a elaboração teórica dos direitos humanos, por sua importância nodal para o Direito, para a ética e para a política, implicava a necessidade de uma argumentação particularmente “forte”, para os representantes da cultura pós-moderna será uma expressão do “pensamento fraco”. Com isso, pretende-se sugerir que a temática pós-moderna evita qualquer pretensão de radicalidade de pesquisa dos últimos pressupostos, do significado e do sentido das liberdades. Partindo dessas premissas,

considera-se impossível escapar à contingência da linguagem sobre os direitos e à própria contingência da realidade indescritível a que se refere essa linguagem.

Ao resumir o alcance desta mudança de paradigma, referi-me a uma tripla representação: ao essencialismo pelo pragmatismo; ao universalismo pelo particularismo e à fundamentação pela narrativa (ver Pérez Luño, 2007, p. 17 ss.; Pérez Luño, 2009b, p. 593 ss.).

Nessa mesma órbita de tendências pós-modernas se situa a doutrina do filósofo francês Jacques Derrida, que tornou célebre sua proposta metódica de “desconstrução” das categorias do passado moderno. O conceito de desconstrução não é unívoco e tem levantado, por isso mesmo, uma pluralidade de interpretações. Em sua significação básica é possível distinguir dois níveis:

Uma proposta *teórica* que tende a mostrar a natureza equívoca e ambígua dos conceitos filosóficos e das próprias categorias linguísticas herdadas do paradigma racionalista moderno. Derrida entende que o significado de um determinado texto, seja literário ou filosófico, é o resultado da diferença entre os significantes, ou seja, entre as palavras usadas, e não as palavras de referência aos significados ou às coisas que eles representam. O método proposto por Derrida propicia uma diferença ativa, que trabalha a partir do cruzamento de cada um dos termos que integram seu contexto. Assim, os diferentes significados de um texto podem ser descobertos pela decomposição da estrutura da língua em que está redigido.

Deve-se também à inovação metódica defendida por Derrida a dicotomia diferença/deferência. Para Derrida, o “paradoxo da *différance*” expressa uma interdependência entre as categorias culturais. Entre elas existem relações que não podem ser reduzidas a meras alterações na hierarquia de seu papel e de sua relevância, como também elas envolvem a oposição paradoxal e a necessidade mútua de cada conceito e categoria com os demais, na medida em que cada um deles deixa sua marca e, portanto, interage com os demais.

Uma denúncia *pragmática* da dependência do tempo do discurso. A filosofia ocidental havia partido da pressuposição de um cenário de racionalidade sistemática. Também postulou o domínio do discurso sobre a escrita e a ideia conclusiva de um mundo em que tudo tem sentido. A desconstrução se propõe a acabar com o abuso da racionalidade de herança moderna e hegeliana, propondo precisamente o contrário: a impossibilidade de que textos filosóficos ou literários tenham um único sentido lógico e preciso. A desconstrução revisa e dissolve o cânone racionalista de significado, enten-

didado como totalidade e unicidade de sentido. Defende uma negação absoluta de significado e propõe uma reconstrução temporal, que depende das formas sociais e culturais históricas.

A desconstrução afirma que a envoltura retórica dos conceitos filosóficos ou narrativas literárias é sempre temporariamente dependente. Portanto, a obra filosófica ou a obra de arte literária é irredutível a uma única ideia ou conceito (Derrida, 1976, p. 102 ss., 1989, p. 67 ss., 1982, p. 41 ss.).

Não é difícil conjecturar analogias ou observar estímulos metodológicos diretos entre a teoria desconstrutiva de Derrida e outras doutrinas. Nesse contexto, cabe a referência à teoria das falácias jurídicas e políticas de Bentham, da subversão contra o racionalismo moderno que deriva de Nietzsche, da ideia de *Destruktion* para a qual a metafísica de Heidegger conduz o conceito de tempo, da dialética negativa da Escola de Frankfurt, da arqueologia do saber, segundo a proposta epistemológica de Foucault. Derrida vai além da desconstrução, entendida como demolição ou dissolução, promove uma reconstrução alternativa das etapas sucessivas do saber filosófico, por meio da experiência do tempo. Esta consciência histórica tem sido ofuscada pela metafísica, esquecendo o sentido original do ser como ser temporal. As etapas dessa desconstrução reconstrutiva implicam uma referência imediata à historicidade dos conceitos filosóficos e dos textos literários: a desconstrução contesta a ideia de completude, *omnicompreensão* da obra filosófica ou literária, porque o conceito de totalidade se dissolve quando se adquire consciência de que um texto não pode ser apreendido como um todo, já que a escrita circula num movimento constante de remissão, que converte a totalidade em uma parte de uma totalidade maior que nunca está presente. Assim, é impossível enquadrar o texto, isto é, criar um interior e um exterior.

O sentido de um escrito filosófico ou literário, a partir da perspectiva da desconstrução, aparece necessariamente como algo indeterminado e, portanto, carece de univocidade e de obviedade. À linguagem se atribui uma grande complexidade, equívocos e ambiguidades. A partir da ótica desconstrutivista se distinguem dois tipos de leitura: a lógico-gramatical, baseada em mensagem clara, precisa e inequívoca; e a desconstrutiva, que postula a indeterminação dos significados. A desconstrução nega a possibilidade de caráter unívoco do texto. Diante da “ditadura do cânone” sustenta “a democracia da polissemia”, estabelecendo que o ato de leitura gera interpretações infinitas. Diante de um texto será impossível determinar uma única leitura como boa.

As leituras possíveis serão infinitas porque jamais leitura alguma alcançará o sentido “correto”, único e definitivo (cf. Peñalber, 1990, p. 36 ss.).

As premissas metodológicas desconstrutivistas projetaram-se também à Teoria do Direito. Sua recepção mais significativa ocorreu na cultura jurídica estadunidense, particularmente nas doutrinas do movimento chamado *Critical Legal Studies* (cf. Pérez Lledó, 1996). As principais consequências dessa abordagem metodológica podem ser sintetizadas nas seguintes tendências: (a) a crítica “desconstrutiva” de uma suposta ontologia dos conceitos e categorias jurídicas separadas de sua temporalidade e, conseqüentemente, de sua inclusão em contextos historicamente determinados; (b) contestação de qualquer atitude formalista no Direito, pela inserção do mundo jurídico em contextos culturais, sociais e políticos determinados, com a conseguinte crítica ao papel ideológico das distintas versões do formalismo jurídico; (c) negação “desconstrutiva” do significado unívoco pretendido das definições de palavras e exigências legais, devido à incerteza inerente a qualquer manifestação da linguagem jurídica; (d) o recurso ao “paradoxo da diferença” para oferecer uma visão do Direito entendida como um panorama feito de oposições hierárquicas entre as instituições jurídicas e de subseqüentes inversões provisionais de tais hierarquias, mostrando o que acontece quando o termo subordinado passa a ser o dominante, mas com plena consciência de que a nova prevalência pode ser invertida (cf. Balkin, 1987, p. 743 ss.; Cramer, 1991, *passim*).

A desconstrução da lei na era da globalização

A metodologia desconstrutivista, esboçada aqui, promove uma abordagem fértil para algumas das principais mudanças operadas no sistema das fontes do Direito. Em particular, revela-se como uma escolha metodológica útil para o estudo quando afeta o real significado e função da lei dentro dos sistemas jurídicos, que operam na era da globalização.

Vale recordar que o Estado de Direito tinha como um de seus valores *jurídicos* prioritários a supremacia da lei. Herdeiro ideológico das aspirações do Iluminismo jurídico, o Estado de Direito considerava a garantia da *generalidade* como um elemento constitutivo da lei e como um fundamento de sua primazia enquanto fonte jurídica. Do caráter geral da lei resultou a sua própria função de garantia básica para o *status* jurídico dos cidadãos em uma sociedade livre e democrática. Esta generalidade se manifestava em dois níveis: a da criação

da regra que envolveu a substituição do legislador individual (o monarca) pelo legislador coletivo (Parlamento), ou seja, pela exigência rousseauiana de que a lei é o produto da vontade geral; e, por sua vez, generalidade nos destinatários para assegurar a igualdade perante a lei, que as leis são iguais para todos com a conseguinte abolição das leis pessoais ou privadas (privilégios). Outros elementos constitutivos do conceito moderno de lei foram os referentes ao seu caráter necessariamente vinculante para aqueles que eram seus destinatários, independentemente de sua vontade de cumprir, ou seja, sua heteronímia; a dimensão coercitiva de seus preceitos, cujo conteúdo deve ser aplicado inexoravelmente; e os requisitos de clareza e precisão de suas formulações linguísticas como garantia da segurança jurídica dos próprios destinatários de suas obrigações, ou seja, dos cidadãos (cf. Pérez Luño, 1994, p. 61 ss.).

Corolário da separação de poderes, reputada, desde Montesquieu, como princípio informador do Estado de Direito, reserva-se à lei, enquanto regra geral promulgada pelo Parlamento, a definição dos aspectos básicos do *status* jurídico dos cidadãos (direitos e liberdades fundamentais, responsabilidade penal, benefícios pessoais e patrimoniais...). Esta cláusula de garantia tem seu complemento no princípio da *hierarquia normativa* pelo qual se estabelecia uma ordem de prioridades das fontes do Direito, destinada a impedir a revogação, alteração ou violação das regras de maior categoria por aquelas que lhes estão subordinadas.

A literatura jurídica atual é pródiga em manifestações de preocupação e inquietude sobre a erosão destes traços informadores que definiram o significado da lei e avalizaram sua condição de fonte jurídica prioritária.

Na metade do século passado, o professor francês Georges Ripert (1949) considerou que se estava produzindo uma crise do Direito motivada pela perda da primazia e pelo conseqüente enfraquecimento das características informadoras da lei.

Este texto pode ser considerado premonitório de muitas manifestações atuais de alarme, preocupação ou, simplesmente, de comprovação empírica de uma gradual degradação da lei. Hoje, de fato, poderia se formar uma biblioteca jurídica inteira de livros, monografias, ensaios e artigos que se referem a este assunto. Fenômenos como a descodificação (Irti, 1992), a deslegalização e desregulamentação³, a legislação porosa ou a legislação dúctil (Zagrebelsky, 1995)... estão no centro

de relevantes manifestações na cultura jurídica atual.

Sintoma exemplar dessa problemática é a expressão com a qual Virgilio Zapatero rotula o segundo capítulo de seu interessante livro *Arte de legislar*, em que se refere ao fenômeno atual das “leis sob suspeita” (Zapatero, 2009, p. 45). A lei que, no paradigma jurídico da modernidade, havia assumido uma máxima garantia de segurança cívica, suscita na era pós-moderna uma radical “suspeita” sobre sua idoneidade e possibilidade de responder aos grandes desafios a serem enfrentados pelo Direito nas sociedades de nosso tempo.

Não menos significativa, em relação ao argumento aqui tratado, é a investigação pelos professores de Filosofia do Direito da Universidade de Oviedo, Luis Roldán Martínez, Jesús A. Fernandez Suarez e Leonor Suárez Llanos, intitulada *La ley desmedida* [A lei sem medida], que reflete também o *status quaestionis* da situação jurídica do presente. Esta obra apresenta seu propósito na exposição, detalhada e rigorosa, do fenômeno do descrédito da legislação no âmbito do Estado social de Direito. Nesta forma política, as exigências de justiça material implícitas nos valores, princípios e direitos constitucionais têm conduzido a crises do paradigma formalista-legislativo. A lei se multiplica descontroladamente e perde, com a consciência ou inconsciência do legislador, suas garantias técnicas. A situação atual da legislação se apresenta como uma realidade aparentemente caótica e confusa, embora supostamente benéfica para a garantia material dos direitos de cidadania.

O conflito jurídico básico do nosso tempo se expressa, assim, na luta entre as exigências formais da legislação, que constituíram a garantia da divisão de poderes e da segurança jurídica, e as reivindicações axiológicas da justiça material (Martínez Roldán *et al.*, 2007).

Um enfoque necessário para a compreensão adequada do fenômeno da metamorfose do significado da lei e da perda de suas funções tradicionais, no campo das fontes do Direito, é o que conecta essas circunstâncias com o fenômeno da globalização, dentro do qual se têm manifestado versões brandas de *soft law* e “difusas” de juridicidade.

Francisco Laporta estima, a respeito, que em sua projeção jurídica a sociedade global propiciou a profusão normativa do que tem sido denominado de *soft law*, ou seja, de um Direito suave. Esse Direito, que alcançou enorme difusão no campo das relações e acordos internacionais, implica numa tripla alternativa em comparação

³ Na doutrina alemã, a temática da “deslegalização” ou “desjuridificação” (*Entrechtlichung/Verrechtlichung*) foi objeto de um amplo debate doutrinário. Ver, entre outros, os trabalhos de Teubner (1984, p. 310 ss., 1985, p. 29 ss.), assim como a obra coletiva organizada por Kübler (1984), com trabalhos, entre outros, de Simitis e Teubner. Este fenômeno foi inclusive considerado um possível sintoma de abandono ou “despedida” do Direito; ver, sobre isso, Voigt (1983). Entre a abundante bibliografia anglo-saxã sobre *Delegalisation* bastará recordar os aportes de Cotterrell (1991, p. 245 ss.) e Galanter (1980).

com o conceito tradicional da lei: (a) diante do caráter estatal da lei, as normas suaves surgem, preferencialmente, de entidades não estatais, emanam de agências carentes de competências legislativas no plano nacional e internacional; (b) diante da exigência de segurança jurídica de que a lei seja formulada em termos claros e precisos, o Direito suave é frequentemente expresso em termos vagos e ambíguos; (c) diante da dimensão coativa e da exigência de cumprimento inexorável, elementos constitutivos da lei, as normas suaves não são vinculantes e condicionam seu cumprimento à adesão voluntária e a outros meios de aplicação que não são jurídico-coativos. A globalização, cujas consequências suscitam crescentes atitudes de desconfiança e crítica, nos coloca, segundo se infere da análise de Laporta, diante de um paradoxo inevitável: os problemas jurídicos decorrentes da globalização na ordem internacional são “fortes” enquanto que as regras jurídicas previstas para resolver essas questões são suaves. Laporta reivindica a função de império da lei, que implica um Direito “forte” (*hard law*), baseado na exigência de conformidade, para garantir sua efetividade e fazer da conformidade um fator básico da ordem internacional. Assim, contra a exigência que decorre da necessidade de cumprimento do império da lei, o Direito suave faz depender sua eficácia da aceitação voluntária e da conformidade dos fatores sociológicos (pressão social, a força da sociedade civil...), em vez de enquadrá-la em elementos normativos.⁴

A normatividade difusa, segundo Alfonso de Julio Campuzano, foi consequência dos processos de globalização em que esses tipos de regras constituem a causa habitual para a regulação das relações financeiras e comerciais em escala internacional. A sociedade global se traduziu, no plano jurídico, em um panorama de normatividades transversais, nas quais as regras de caráter internacional, nacional e local se confundem e se diluem, os âmbitos de validade jurídica se interpenetram: o Direito aparece como uma rede difusa de tramas normativas. Este novo cenário exige, segundo estima Julio Campuzano, um novo modelo jurídico capaz de fornecer uma explicação convincente desses novos processos pelos quais passam os ordenamentos estatais e a ordem jurídica internacional. Estes processos levaram ao transbordamento das estruturas normativas tradicionais e de categorias teóricas dirigidas ao seu estudo, razão pela qual urge construir um novo paradigma da ciência jurídica capaz de assumir o comando da nova situação.⁵

Os diagnósticos apresentados aqui constituem uma sucinta, porém relevante, mostra do *status quaestionis* da Teoria do Direito em relação com a crise e com as transformações da lei. A conexão expressa dessa problemática com a metodologia desconstrutivista tem sido levantada dentro da nossa cultura jurídica por uma vigorosa e ampla investigação desenvolvida pelo trabalhista Antonio Ojeda em sua obra *A desconstrução do Direito do Trabalho*. Neste livro, sustenta-se a tese de que a legislação trabalhista está passando por um processo de mudança profunda, algo que não é estranho à própria evolução deste ramo do Direito. O fenômeno resultou no protagonismo e na supremacia de certos elementos das relações de trabalho, que anteriormente eram subsidiários. Segundo Ojeda, no campo do Direito do Trabalho, apregoa-se que alguns elementos que eram considerados *supra* apresentam-se pela metodologia de Derrida como paradoxo de diferenciação. Produzem-se, assim, no Direito do Trabalho, novas caracterizações e características funcionais das diferentes categorias e dos valores jurídicos, cujo significado surge, precisamente, de suas relações de interdependência mútua. Essas mutações que definem o estado atual do Direito do Trabalho obedecem à depuração gradual imposta em seu seio por uma mudança política, ou seja, a sucessão de governos de diferentes orientações ideológicas determina a sobreposição de estruturas jurídico-laborais distintas “cuja mistura gera soluções por consenso ou, simplesmente, por acumulação”. Ojeda conclui, com referência à dicotomia diferença/deferência de Derrida, que a culminação deste processo não implica apenas uma mudança de papéis entre os termos de hierarquias normativas emanadas das opções políticas dominantes, mas é também uma consequência das relações de oposição mútua e necessidade entre os atores laborais e as normas e categorias que regulam sua função, como resultado do rastro que cada um desses elementos deixa. “O Direito do Trabalho hoje está cortando um terno com os retalhos do anterior, que, assim, vai ser diferente dele mesmo” (Ojeda, 2010, p. 28 ss.).

Desconstrução e massificação da lei: hipertrofia e hipostenia legislativas

A metodologia desconstrutivista ajuda a explicar as mudanças hierárquicas e operacionais na lei, as mudanças que ocorreram em seu núcleo significativo e em

⁴ Laporta (2007, p. 261 ss.). Em relação à problemática da legislação “branda”, ver, também, Zapatero (2009, p. 147 ss.).

⁵ Julios Campuzano (2009, p. 91 ss., 2003). Garrido (2010) oferece um panorama geral muito completo das mudanças operadas nos sistemas jurídicos a partir da era da globalização.

sua funcionalidade. Há outro fenômeno igualmente importante que afeta a situação atual da lei como fonte de Direito e também pode ser objeto de uma abordagem, a partir da perspectiva da desconstrução. Este é o problema enfrentado pelos sistemas jurídicos mais avançados do nosso tempo e que se refere ao aumento da proliferação de normas jurídicas que operam dentro dele.

Está-se produzindo, de fato, nos atuais ordenamentos jurídicos um fenômeno que tem sido denominado, com razão, “hipertrofia legislativa” e, no âmbito anglo-saxão, “contaminação legislativa” (*Legal Pollution*). Essas expressões visam dar conta da crescente expansão de normas legais, que tem conduzido a uma autêntica superabundância legislativa. A inflação legislativa pode parecer paradoxal, isso se considerarmos que está constantemente fazendo alusão ao enfraquecimento e à perda da supremacia da lei. A desconstrução da lei se manifesta aqui, portanto, como uma crise motivada por um crescimento desordenado dos materiais legais, e não como um processo de extinção.

A superabundância legislativa também é responsável por uma perda gradual de qualidade na concepção formal e na própria estrutura técnica das leis. Com isso, questiona-se e produz-se uma crise dos pressupostos que, desde a Modernidade, constituíram o fundamento da “arte de legislar” (ver Atienza, 1987-1988, p. 435 ss.; Pérez Luño, 1994, p. 61 ss.; Zapatero, 2009, p. 75 ss.).

As reflexões desconstrutivistas sobre a indeterminação, imprecisão, ambiguidade e polissemia da linguagem, possuem especial relevância no campo da linguagem legislativa. Nas sociedades tecnologicamente avançadas se produziu uma avalanche de leis. Esse crescimento excessivo e desordenado produziu uma situação de “hipertrofia legislativa”, ou seja, que resultou em uma perda da função do papel da lei no Estado de Direito.

Assiste-se também ao fenômeno de “mistificação legislativa”, que se refere à prática de determinados responsáveis políticos que, diante da necessidade de abordar as questões econômicas e sociais graves, no lugar de fornecer soluções imediatas, apontam para a futura promulgação de uma disposição legal com o único propósito de deixar *sine die* a solução dos problemas. Na esfera do Direito Penal, fez-se alusão a certas experiências denominadas de “legislação penal simbólica”. Com esta expressão, alude-se às tentativas de o legislador penal aumentar a lealdade e a confiança do público em relação aos autores de política criminal na luta contra as formas de criminalidade que suscitam grave alarme social. No entanto, a falta de recursos e as transformações econômicas e sociais necessárias que exigem a plena eficácia dessas normas acabam condenando-as ao fra-

caso. Assim, a legislação simbólica possui um significado oculto e manipulador. Aqueles que fizeram disso uma realidade ficcional produziram uma falsa consciência sobre a adequação dos meios legais para salvaguardar a segurança pública. Mas eles também são vítimas de um “autoengano”, porque os políticos e legisladores que acreditam nesse tipo de legislação acabam acreditando na virtualidade das respostas políticas que são puramente simbólicas (ver Pérez Luño, 2010a, p. 68 ss.).

A “hipostenia legislativa” constitui a reação anti-tética correlativa ao fenômeno da hipertrofia, da contaminação, do mito e da versão simbólica da lei. A extensão do corpo legislativo levou a um déficit acentuado na intensidade de sua eficácia. Isso resultou em uma série de fenômenos de representação da lei formal por normas regulamentares, assim como no enfraquecimento e na desconfiança da legalidade como marco de solução dos conflitos sociais.

A mistificação da lei e sua redução a um mero símbolo têm como consequência sua ulterior desmistificação, na medida em que se tem destacado as falhas do aparato legal para tratar de forma adequada algumas das principais questões sociais. A cidadania, quando se tornou clara a ineficácia jurídica para resolver efetivamente os problemas mais urgentes da convivência, passou por uma atitude gradual de desconfiança nas potencialidades da lei para resolver problemas cívicos. A mistificação e o caráter simbólico da lei levaram, num tempo relativamente curto, ao descrédito e à perda de prestígio e credibilidade social da lei.

Crises da participação cívica no processo legislativo e suas alternativas: teledemocracia e normatividade popular. Os fenômenos de deslegalização, desregulação e autorregulação

Uma das grandes conquistas jurídico-políticas da modernidade foi a consagração do princípio de que o poder legislativo emana da soberania popular e é exercido através de formas de democracia direta ou de democracia representativa. Este postulado foi um dos recursos informadores básicos do Estado de Direito, assim como o fundamento de sua legitimidade (ver Pérez Luño, 2010b, p. 189 ss.). Aqui, um dos graves problemas que afetam a legislação é o afastamento de seus destinatários. Muitas vezes, a inflação legislativa e a estrutura formal da lei, cada vez mais sofisticada e formalizada, têm produzido efeitos negativos como rigidez, burocracia

tização e ineficácia. Uma maneira de responder a esse descrédito legislativo consiste em argumentar sobre a necessidade de mecanismos, procedimentos e reformas institucionais para tornar o Direito mais acessível e mais útil para o maior número de cidadãos.

Representa, portanto, um importante desafio para os Estados de Direito de inequívoca orientação democrática recuperar e promover a participação real e consciente dos cidadãos no processo legislativo. Essa pretensão democratizadora do Direito conta com numerosos antecedentes. Ao declinar do século XIX, o filósofo de Direito alemão Rudolf Ernest Bierling desenvolveu a teoria do “reconhecimento” (*Anerkennung*). Esta teoria, inspirada em premissas contratualistas, defendeu a tese de que o Direito é aquilo que os homens que vivem numa comunidade reconhecem reciprocamente como norma e regra de sua vida em comum (Bierling, 1961, p. 19 ss.).

Uma tese semelhante foi sustentada nos primeiros anos do século XX, na Espanha, por Joaquín Costa. A concepção jurídica costiana representa uma versão da teoria do reconhecimento, ao fazer a obrigatoriedade da lei depender de sua aceitação pelos destinatários. Em sua opinião, que é projetada para sustentar uma leitura pessoal da filosofia do Direito clássico de orientação democrática, a aceitação popular é elemento essencial da lei. Somente na condição de que as pessoas sancionem expressamente com seu voto, ou tacitamente acomodando suas ações, a lei adquire a natureza de Direito, tornando-se lei viva, Direito positivo, e deixa de o ser no momento em que as pessoas deixam de usá-lo. Conclui que, para que as leis sejam cumpridas pelo povo, “o legislador as promulga sempre, tacitamente, *ad referendum*”. Costa considera inalienável o direito do povo a não aceitar, a não cumprir e a deixar de usar as leis. Quando uma lei é contrária aos interesses ou às convenções populares, o povo, na condição de “senhor do Direito”, a desusa e cria outra para si mesmo na forma de costume (Costa, 1957, p. 89 ss.).

Nas sociedades avançadas do presente, o desenvolvimento tecnológico e, em particular, a disseminação da Internet permitem formas de participação plebiscitária direta dos cidadãos na aprovação dos textos normativos. Essas possibilidades constituem o objeto de novos marcos de estudos como a *cibercidadania* ou a *teledemocracia*. Vittorio Frosini, em sua obra *La democrazia nel XXI secolo*, incentiva um aumento da participação dos cidadãos nas sociedades democráticas no processo de criação do Direito. Através das Novas Tecnologias (NT), os cidadãos serão capazes de dar sua opinião e, assim, contribuir para a formação da vontade legislativa

do Estado. Os projetos de leis elaborados pelos governos, pelas associações ou pelos grupos políticos, ou pela própria iniciativa legislativa popular, poderão ser submetidos a um referendo imediato, o que irá torná-los leis aprovadas diretamente pela maioria dos cidadãos. A legislação deixará de ser uma questão técnica, monopolizada pelos juristas que, majoritariamente, integram os partidos representados nos parlamentos. O princípio democrático, que concebe a lei como expressão da vontade popular, não será mais um mero postulado ideal e contrafactual, na medida em que refletirá a participação real e efetiva dos cidadãos na aprovação das leis (Frosini, 1997, p. 81 ss.).

Os defensores da teledemocracia legislativa estão cientes de que a participação cidadã, em todos os âmbitos da legislação das complexas sociedades democráticas do presente, seria disfuncional e, inclusive, inviável. Entendem, portanto, que a apelação direta à cidadania deveria ser limitada às leis que pretendam regulamentar as questões candentes, que a doutrina italiana chama *temi caldi*, da vida política contemporânea. Questões como a disciplina normativa do aborto, da eutanásia, do terrorismo, da violência doméstica, da poluição ambiental e do domínio da qualidade de vida... são matérias que suscitam uma ampla inquietude e debate pela opinião pública. Trata-se de questões vitais em que se expressam os valores, as tradições e as visões de mundo dos membros de cada sociedade e cuja regulamentação não deve ficar restrita a um grupo de “especialistas”.

Ao lado do ingrediente importante de legitimação democrática que a participação direta dos cidadãos outorgaria à legislação teledemocrática, a mesma redundaria também numa maior dose de eficácia. Um dos grandes problemas analisados pela sociologia jurídica do presente reside no déficit de vigência social de importantes setores da legislação. Os cidadãos, à margem do processo legislativo, não se sentem solidários com determinados textos legais, e isso dificulta notavelmente a garantia de seu cumprimento. A teledemocracia reforçaria a eficácia normativa da legislação, pois depende de uma atitude de coerência nos cidadãos legisladores; pois parece lógico que aquele que de forma direta e expressa manifestou sua vontade de apoio a um texto legal se considera comprometido a respeitá-lo (ver Pérez Luño, 2004, p. 80 ss.).

Em determinados estudos sociojurídicos do presente, analisam-se as possibilidades de criar novas causas normativas e novas instituições para que operem de um modo menos formal, à margem dos requisitos impostos pela estrita legalidade. Como corolário dessas circunstâncias está se desenvolvendo cada vez mais uma

tendência no sentido da *deslegalização*, definida como subtração do controle das regras e procedimentos legais de alguns conflitos e relações jurídicas, que passam a ser regulados por outras fontes normativas.

Nos países em desenvolvimento, a erosão da lei se manifesta através de fenômenos de “normatividade extralegal”, que denunciam a incapacidade desses Estados em atender por causas jurídicas formais as necessidades básicas da sociedade. Em tais circunstâncias, a sociedade civil está condenada a suprir a falta ou a incompetência do Estado, tentando compensar a falta de um Direito legal judicializável com normas extraestatais, cuja garantia é exclusivamente social, com consequente disfunção e incertezas jurídicas.

Os pressupostos do fenômeno de deslegalização guardam estreita colaboração com os fenômenos de desregulação e autorregulação, que hoje estão no centro de interessantes experiências práticas e que são objeto de crescente interesse doutrinário, dos quais aqui é apenas possível uma breve referência. Não obstante, importa observar que as semelhanças entre essas três noções, que de forma imprópria tem proporcionado certa confusão, não permitem o esquecimento de suas diferenças. A *deslegalização* implica substituir a regulação legal de determinadas matérias por sua disciplina através de outras fontes jurídicas (jurisprudenciais, principais, consuetudinárias...); a desregulação implica o “êxodo” e o “abandono” da regulamentação legal de determinados âmbitos, antes legislados, que agora estão fora da normatividade estatal; e a *autorregulação* comporta “delegar” setores antes regulados pela lei a normas autônomas produzidas por agentes sociais ou econômicos.

O fenômeno da desregulamentação, e o seu auge experimentado nas últimas décadas, em grande parte se deve ao desenvolvimento da cultura neoliberal e à sua penetração na esfera jurídica. A partir dessas premissas, tende-se a corroer a onipresença do intervencionismo jurídico estatal por zonas livres dessa interferência.

Diante de um Direito taxativo de mandatos e proibições, reivindica-se um âmbito cada vez maior de permissividades tácitas, ou seja, sem que se requeira a necessidade da promulgação de normas permissivas.

A partir de determinados enfoques da sociologia contemporânea, alude-se também aos denominados casos de “não direito”. Trata-se de todo um amplo segmento de vida social desenvolvido à margem da juridicidade. A partir de tais premissas, advoga-se por reinterpretar o aforismo latino tradicional: *ubi societas, ibi ius*.

De acordo com esta nova interpretação, toda realidade social não implica necessariamente uma regulamentação jurídica, mas sim implica que o direito surge da sociedade, porém não estende sua normatividade para todas as esferas da experiência social.

A questão da autorregulação é o resultado de estímulos culturais variados: alguns de caráter político (teorias da subsidiariedade e os organismos intermédios, o socialismo autogestionário...) e outros de inspiração jurídica (institucionalismo, pluralismo jurídico, Direito alternativo...). A partir dos enfoques teóricos que hoje definem a autorregulação, pode-se dizer que a lei, em vez de mero produto da vontade ou de comandos do legislador, deve ser entendida como a expressão concreta das formas de vida social. Ao monopólio estatal da juridicidade se opõem as faculdades autônomas, ou seja, autonormativas dos distintos grupos sociais nas esferas que lhes são próprias. O fenômeno da globalização tem contribuído para o aumento da proeminência de alguns procedimentos de autorregulação: a *lex mercatoria*, conjunto de regras extraestatais que regulam as transações comerciais devidas aos próprios agentes mercantis; a difusão dos tribunais arbitrais e de outras formas de mediação... Todos esses fenômenos são positivos por ter ajudado a construir formas normativas mais flexíveis, adequadas e próximas à organização, gestão e resolução dos novos desafios da experiência jurídica no mundo globalizado. Contudo, frente ao entusiasmo excessivo dos defensores mais fervorosos da autorregulação, cabe opor o risco de incerteza e de insegurança jurídica, inferida a partir de algumas de suas propostas. Quiçá, o principal obstáculo com o qual estas abordagens colidem é especificar as características e exigências das entidades sociais que são suscetíveis de possuir faculdades de autorregulação. Vale lembrar que, na fase de maior apogeu do institucionalismo, produziram-se respostas ambíguas no tocante às suposições de que era possível avaliar a qualidade de instituições, dotadas de atribuições autonormativas e de criar, portanto, seu próprio ordenamento jurídico. Assim, por exemplo, não deixou de suscitar perplexidade doutrinária a tese de um jurista italiano que defendeu a possibilidade de reconhecer a uma única pessoa jurídica a qualidade de instituição e de elaborar seu próprio ordenamento.⁶

Portanto, é discutível se essa revalorização de pautas normativas consuetudinárias, ou de regras pactuadas no âmbito privado baseadas na negociação, na mediação e no compromisso, acarreta uma extensão

⁶ É impossível dar conta aqui da vastíssima bibliografia sobre esses fenômenos de desconstrução da lei; como exemplo, ver Sousa Santos (1985, p. 299 ss., 1995, 1998, 2003). Ver também a bibliografia citada na nota 3.

do sistema jurídico para esferas antes abandonadas a seu mero uso, ou, melhor, implique sua redução, ainda que pessoalmente me incline pelo primeiro. O que é indiscutível é que esses fenômenos estão se refletindo no declínio da importância da lei como fonte de Direito. Constituem também um sintoma exemplar desses processos de desconstrução que ameaçam o conceito tradicional da lei.

Desformalização e desconstrução da lei

Se eu tivesse que descrever a posição dominante nas correntes metodológicas da teoria e da prática do Direito nas últimas décadas, poderia tomar como ponto de referência o título da obra do sociólogo estadunidense da cultura Morton White, *The Revolt against Formalism* (1952).⁷ A revolta contra o formalismo também encontrou o seu ponto de reflexão no campo das fontes do Direito. Assim, a “desformalização” é uma das exigências que hoje são feitas aos sistemas normativos por parte dos defensores de uma maior fluidez e flexibilidade de instrumentos jurídicos e canais jurídicos de resolução de conflitos sociais. Além disso, White teve a oportunidade de indicar *supra* que a crítica ao formalismo tem sido um dos aspectos característicos das projeções jurídicas da desconstrução.

Imediatamente após a Segunda Guerra Mundial, em meados do século passado, houve uma difusa, mas persistente, reação aos dogmas da sujeição absoluta para julgar o Direito positivo, bem como à concepção mecânica da aplicação judicial do Direito. O assalto foi resolvido em duas frentes: política e teórica. Desde o início, as trágicas consequências, em termos de “perversão do sistema jurídico”,⁸ que, nos sistemas totalitários, se derivam da manutenção da devoção intransigente do culto à legalidade positiva condensado no princípio *Gesetz ist Gesetz*, motivaram a sua revisão completa.

Ao mesmo tempo, as críticas à ideologia da função judicial, propiciadas no mais das vezes a partir de abordagens marxistas, enfatizaram que a neutralidade da justiça, na sua aplicação supostamente asséptica da lei, esconde, consciente ou não disso, a defesa ideológica de interesses políticos.

Estas novas coordenadas ajudaram a potencializar de tal modo o protagonismo do juiz na elaboração do Direito, que passaram a caracterizar a situação jurídica do presente como representação do Direito legal (*Gesetzesrecht*) pelo Direito judicial (*Richterrecht*). A crise do papel da lei como única fonte do Direito promoveu uma renovada dimensão pretoriana da produção jurídica, a ponto de levantar um debate aberto sobre os chamados “juízes legisladores” (Arndt, 1963, p. 1273 ss.).⁹ Mas esse processo, com suas luzes, em termos de uma melhor adaptação dos sistemas jurídicos às exigências de sociedades em constante transformação, comporta as sombras de seu custo na erosão da segurança jurídica.

Na órbita dessas tendências desformalizadoras também deve ser colocada a observação de Peter Häberle (1993, p. 30-31) quando aponta que o protagonismo básico dos princípios, positivos ou suprapositivos, nos sistemas jurídicos atuais determina que a lei e sua importância na teoria das “fontes do Direito passe a ocupar, no melhor dos casos, um lugar secundário, se não a converte, em última análise, em algo puramente tangencial [...] a existência de algo que vai se desenvolvendo no ritmo dos complexos estados que surgem na criação e na exegese de textos jurídicos, quando neles participam muitos envolvidos, assim o sugere”.¹⁰

A análise desconstrutiva, em suas projeções ao Direito, tem sido uma das rebeliões mais fortes contra as diversas doutrinas do formalismo jurídico, presentes na teoria do Direito contemporâneo. Reformulando certas teses do realismo jurídico americano e escandinavo, os desconstrutivistas responsabilizam o formalismo por haver oferecido uma visão deformada e deformadora dos sistemas normativos. Em primeiro lugar, porque omite em sua análise e investigação do Direito todos os dados históricos, culturais, políticos e sociais que estruturam o Direito. Em segundo lugar, porque ele desenha um mapa de categorias jurídicas e conceitos que, por prescindir desses dados contextuais, implicam uma distorção da realidade jurídica. Em suma, os desconstrutivistas jurídicos denunciam o caráter não científico das teorias e metodologias formalistas, as quais, com o objetivo de descrever a ordem jurídica, formulam um conjunto de postulados lógicos, abstratos, puramente convencionais e alheios a toda a prática efetiva dos sistemas normativos (ver Kennedy, 1973, p. 351 ss., 1976, p. 1685 ss.; Unger, 1983, p. 563 ss.).

⁷ Para uma exposição geral das projeções jurídicas do formalismo, ver Llano Alonso (2009, p. 15-18).

⁸ *Die Perversion von Rechtsordnungen* é o título de um relevante livro de Fritz von Hippel (1955) em que se analisam as funestas consequências do nazismo na experiência jurídica alemã.

⁹ Em relação aos juízes legisladores, ver Bachof (1977, p. 177 ss.) e Cappelletti (1984).

¹⁰ Ver, em relação a essas ideias de Häberle, meu trabalho “El Derecho Constitucional Común Europeo en la concepción de Peter Häberle” (Pérez Luño, 2009c, p. 489 ss.).

O Tribunal Constitucional espanhol também tem mostrado a sua hostilidade ao formalismo. Na sua jurisprudência, encontram-se afirmações tão contundentes como esta: “as normas que contêm requisitos formais têm de ser aplicadas tendo sempre presente o fim perseguido ao estabelecer certos requisitos, evitando qualquer excesso formalista” (STC 17/1985, de 9 de fevereiro, FJ 2); também visa evitar “uma manipulação puramente formal” sobre a admissibilidade do amparo (STC 6/81 de 14 de julho, FJ 1). Em relação à natureza do amparo, o TC o definiu como “um recurso concedido em termos pouco formalistas” (STC 28/1982, de 26 de maio, FJ 1); geralmente se refere a “um rigor formalista contrário à jurisprudência desta Corte” (STC 81/1983, de 10 de outubro, FJ 1).

Entretanto, essas atitudes antiformalistas se defrontaram nos últimos anos com a tendência de procedimentalismo. Não se deve esquecer que, em relevante obra coletiva, *Critical Legal Thought*, que vem a ser, para os anos 90, o que na década de 70 representou o Congresso de Catânia sobre o Uso Alternativo do Direito, Rudolf Wiethölter definiu a tarefa a ser realizada nos anos próximos pela teoria crítica do direito como a “procedimentalização” de categorias jurídicas (Wiethölter, 1989, p. 501 ss., 1986, p. 221 ss.; cf. Martin *et al.*, 1989, p. 244 ss.). Essa tarefa foi realizada, na própria obra, por Erhard Denninger, num esforço para garantir o procedimento através de um equilíbrio de posições entre os membros da sociedade democrática, nas relações entre particulares e entre estes e os poderes públicos. Esse *status activus processualis*, que completaria a teoria dos *status* elaborada por Jellinek, constitui um fator-chave dos Estados de Direito para assegurar o exercício pleno de todas as liberdades. Tal *status* processual se concebe como o reconhecimento de cada pessoa de participar ativamente e assumir sua própria responsabilidade nos procedimentos que a afetam, assim como nas estruturas organizativas. No plano das fontes do Direito, em particular as que afetam o estatuto dos direitos fundamentais, deve-se acolher formas de participação dinâmicas e ativas por parte dos interessados nos procedimentos que tendem à formação de atos jurídicos (Denninger, 1989, p. 461 ss.).

Ecoando essa preocupação, que não tem razões para sugerir uma recaída no formalismo, o Tribunal Constitucional espanhol reconheceu que: “Para a ordenação adequada do processo existem imposições, formas e requisitos processuais que, por afetar a ordem pública, são de necessária observância por sua racio-

nalidade e eficácia”, mas sem que isso acarrete aceitar a validade de obstáculos processuais que “sejam produtos de um desnecessário formulismo e que não se coadunam com o direito à justiça” (STC, 95/1983, de 14 de novembro, FJ 5; vide também em sentido análogo as SSTC, 3/1983, de 25 de janeiro, FJ 1; 19/1983, de 14 março, FJ 4; 65/1983, de 21 de julho, FJ 4).

Sob o signo de Oknos: processos construtivos e desconstrutivos da lei

Deve-se ao historiador do Direito suíço Johann Jakob Bachofen o estudo da simbologia das escrituras funerárias da antiguidade clássica. Das suas investigações, ganhou notoriedade a referente ao mito de Oknos. Trata-se da representação de um ancião que tece uma corda enquanto do outro lado um asno a morde e a devora. A imagem deste mito, além da diversidade de suas interpretações, parece simbolizar o eterno conflito entre os esforços para trançar, tecer e moldar a realidade e as forças destrutivas e anuladoras da criação. Trata-se do conflito interno permanente que o potencial humano teve como objetivo fazer e desfazer e, finalmente, construir ou desconstruir.¹¹

Estas tendências construtivas e desconstrutivistas que marcam a evolução da cultura foram consideradas por Norberto Bobbio um constante ciclo explicativo dos sucessivos períodos de formação e crise da filosofia. Sob seu lúcido esquema filosófico explicativo, a partir do horizonte intelectual do nosso tempo, tal evolução tem sido traduzida na aparição de diversas direções filosóficas. Esses movimentos e escolas têm se sucedido de modo incessante, seguindo o gosto efêmero e passageiro de modas culturais, mas sem que nenhuma delas tenha logrado se impor como dominante. Seria errado, no entanto, acreditar que este fenômeno seja privativo do presente. Bobbio sugeriu que a sucessão de etapas criativas e de crises é algo inerente ao próprio surgimento do pensamento filosófico. Assim, entende que há um desenvolvimento cíclico do pensamento filosófico que se reflete em três etapas básicas: (i) posição crítica; (ii) posição metafísica; e (iii) posição agnóstica (Bobbio, 1949, p. 15-16). A primeira fase é caracterizada pela análise e pela proposta de critérios metodológicos; a segunda pela elaboração de grandes sistemas; enquanto a terceira envolveria o questionamento e a construção de soluções sistemáticas. O predomínio do trabalho de fundamentação e construção próprio das primeiras

¹¹ Ver, sobre tudo isso, Ortega y Gasset (1983, pp. 593 ss.). No plano literário adquiriu merecida celebridade a remissão a este mito por parte de Luis Cernuda (1977).

etapas se vê contrariado pela subsequente e inevitável etapa “agnóstica” da desconstrução.

Ao longo das reflexões anteriores, tivemos a oportunidade de fazer referência a distintos fenômenos desconstrutivos que caracterizam a situação atual da lei como fonte do Direito. A literatura jurídica com essa função, de diferentes enfoques dessas circunstâncias desconstrutivas que contextualizam hoje o significado da lei torna-se útil, pois refletem o *status quaestionis* das fontes de Direito no presente. No entanto, reconhecer o fenômeno não significa ter que tratá-lo como ideal.

Convém advertir que estes fenômenos desconstrutivos de deslegalização, de hipostenia ou debilidade não garantem, em si mesmos, um Direito melhor para os cidadãos. Não considero, portanto, que existam motivos para se aderir à complacência com que, a partir de alguns enfoques doutrinários, se saúdam as manifestações da legalidade “porosa” (que seria melhor qualificar de “vaporosa”), ou de uma normatividade “difusa” (eufemismo que encobre, muitas vezes, uma normatividade “confusa”).

No que diz respeito à tensão entre as abordagens antiformalistas e procedimentais da legislação, entendo que uma postura mediadora seja desejável. Cabe pedir aos atuais empenhos teóricos e práticos sobre a significação das fontes de Direito um esforço de mediação entre um antiformalismo, corolário do desejo de argumentar e decidir em termos de justiça material, e um procedimentalismo entendido como respeito às garantias processuais que são inerentes ao Estado de Direito. Devemos recordar, além disso, que as mais recentes e estimulantes reivindicações de procedimentalismo não pretendem retornar aos velhos postulados formalistas, sem garantir por via de procedimento a imparcialidade e a simetria de posições da participação intersubjetiva na consecução dos grandes valores éticos, jurídicos e políticos.

Entendo, em suma, que aceitar sem cautelas a crise da lei para substituí-la por uma pluralidade de fontes vaporosas e confusas não representa um avanço no desenvolvimento da experiência jurídica. Especiais reservas suscitam aquelas doutrinas que, amparadas num radical antiformalismo e na “desconstrução” da lei, propugnam politizar a aplicação do Direito. Infundem alarme com as teses que denunciam que as condições atuais em que se desenvolve o trabalho dos tribunais, assolados por mil instâncias sociais, políticas e econômicas que os pressionam para a obtenção de suas demandas e pretensões, determinam que a discussão teórica e a própria argumentação dos juízes sobre a legislação aplicável vai por um lado e a realidade por outro. Esta imagem pode evocar a fábula de um dos nossos clássicos literários do fi-

nal do século XVIII, Francisco Gregorio de Salas. Refiro-me à sua poesia satírica sobre a astúcia de um soldado que, exausto e faminto, chega a um local onde lhe negam alimentos pela sua falta de recursos. Então, finge olhar com atenção umas pedras que estão num córrego próximo à pousada em que se encontra e as pede, pois há muitas. A dona da casa, curiosa, pergunta o motivo e ele afirma que sabe fazer um ótimo ensopado de pedras. Ela duvida, mas proporciona os ingredientes que ele solicita: carne, ovos, azeite, etc. Em seguida, ele começa a comer vorazmente estes mantimentos ao lado as pedras. Em seguida, a dona da casa pergunta intrigada:

“Por que você deixou as pedras?”

E ele respondeu com graça:

“São deixadas de lado,

já que os outros condimentos deram a substância”
(Salas, 1953, p. 535-536).

Hoje, muitos juristas pensam que as teorias mais sofisticadas que pretendem dar conta do sentido da lei se movem num plano teórico e de abstração. A partir dessas premissas, alega-se que, em numerosas ocasiões, os argumentos judiciais mais elaborados e longos são, como na fábula de Salas, pedras que se escondem no decisionismo judicial e são abandonadas depois de terem dado a substância; isto é, depois de terem servido de tela para esconder atos de vontade política. Estas queixas relativas a casos em que os juízes “argumentam a partir do resultado”, ou seja, na tentativa de revestir com remissões a legalidade do que decidiram, a partir de um princípio, como falha de processo, não são gratuitas. Porém, no modo como se formam, correspondem a verdades parciais e contradizem fatos notórios. Pois a existência de abusos deve ser considerada excepcional frente ao que corresponde à atitude majoritária do Judiciário, que realiza um exercício de racionalidade prática visando à decisão formal e materialmente correta. Este raciocínio é orientado e controlado pelo conjunto de fontes normativas que integram os sistemas jurídicos dos Estados de Direito (ver Pérez Luño, 2009a, p. 151 ss., 2010a, p. 73 ss.).

Estamos assistindo, definitivamente, a um assalto à teoria tradicional da legislação, na medida em que esta teoria era parte do arsenal de meios de segurança jurídica própria dos Estados de Direito. A transformação dos valores e dos pressupostos sociais e políticos que serviram de contexto ao Estado de Direito e motivaram suas sucessivas triagens não podia deixar de se manifestar num de seus mecanismos jurídicos básicos. Portanto, o Estado de Direito, que é uma das grandes conquistas da modernidade, encontra-se comprometido com uma cultura como a nossa qualificada de pós-moderna. Con-

forme indicado no início dessas reflexões, o “assédio à modernidade” é o termo que se destina ao fenômeno do relativismo cultural e ao auge dos particularismos antiuniversalistas próprios da fase histórica atual (Sebreli, 1992). Uma vez que os ideais de modernidade, que formaram a base da legislação dos Estados de Direito, foram os valores ilustrados da razão, da liberdade, da igualdade e da fraternidade universal, devemos estar cientes de que a negação pós-moderna da tradição ilustrada compreende um abandono dos valores que permanecem básicos. Habermas tem razão quando afirma que a modernidade é um projeto inacabado, e, em vez de abandonar o projeto como uma causa perdida, devemos aprender com os erros desses programas extravagantes que tentaram ou tentam negar a modernidade.¹² Alguns erros em relação ao problema atual da lei tentei mostrar nas reflexões anteriores, e elas aconselham a optar por um programa de reabilitação de legislação, de acordo com as exigências das mudanças jurídicas no presente, em vez de renunciar às pressas ao papel que as leis têm desempenhado e ainda cabe a elas como garantia cidadã nas sociedades democráticas.

Referências

- ARNDT, A. 1963. Gesetzesrecht und Richterrecht. *Neue Juristische Wochenschrift*, 16:1273-1284. <http://dx.doi.org/10.2307/796361>
- ATIENZA, M. 1987-1988. Teoría y técnica de la legislación. *Theoria*, 7-8:435-447.
- BACHOF, O. 1977. Der Richter als Gesetzgeber? In: J. GERNHUBER (ed.), *Tradition und Fortschritt im Recht: Festschrift gewidmet der Tübinger Juristenfakultät zu ihrem 500-jährigen Bestehen*. Tübingen, J.C.B. Mohr, p. 177-192.
- BALKIN, J. 1987. Deconstructive Practice and Legal Theory. *Yale Law Journal*, 96:743-786.
- BIERLING, E.R. 1961. *Juristische Prinzipienlehre (1894)*. Freiburg-Leipzig, Aalen, vol. I, 323 p.
- BOBBIO, N. 1949. *Introduzione alla filosofia del diritto*. Torino, Giappichelli, 205 p.
- CAPPELLETTI, M. 1984. *Giudici legislatori?* Milano, Giuffrè, 140 p.
- CERNUDA, L. 1977. *Ocnos seguido de Variaciones sobre tema mexicano*. Madrid, Taurus, 151 p.
- COSTA Y MARTINEZ, J. 1957. *El problema de la ignorancia del Derecho y sus relaciones con el status individual, el referendum y la costumbre (1901)*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 143 p.
- COTTERRELL, R. 1991. *Introducción a la Sociología del Derecho*. Barcelona, Ariel, 317 p.
- KRAMER, M. 1991. *Legal Theory, Political Theory and Deconstruction: Against Rhadamanthus*. Indianapolis, Indiana University Press, 335 p.
- DENNINGER, E. 1989. Government Assistance in the Exercise of Basic Rights (Procedure and Organization). In: C. JOERGES; D.M. TRUBEK (eds.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*. Baden-Baden, Nomos, p. 481-502.
- DERRIDA, J. 1976. *De la gramatología*. Madrid, Siglo XXI, 397 p.
- DERRIDA, J. 1989. *La escritura y la diferencia*. Barcelona, Anthropos, 413 p.
- DERRIDA, J. 1982. *Glas*. Paris, Denoël, 291 p.
- FROSINI, V. 1997. *La democrazia nel XXI secolo*. Roma, Ideazione, 151 p.
- GALANTER, M. 1980. Legality and Its Discontents: A Preliminary Assessment of Current Theories of Legalisation and Delegalisation. In: E. BLAKENBURG; E. KLUSA; H. ROTTLEUTHNER (eds.), *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht*. Opladen, Westdeutscher Verlag, p. 11-26. http://dx.doi.org/10.1007/978-3-322-96990-3_1
- GARRIDO, M.I. 2010. *Las transformaciones del Derecho en la sociedad global*. Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, 228 p.
- HÄBERLE, P. 1993. Derecho Constitucional Común Europeo. *Revista de Estudios Políticos*, 79:30-31.
- HABERMAS, J. 1988. La modernidad: un proyecto inacabado. In: J. HABERMAS, *Ensayos políticos*. Barcelona, Península, p. 265-283.
- HABERMAS, J. 1989. *El discurso filosófico de la modernidad*. Madrid, Taurus, 462 p.
- HABERMAS, J. 1992. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt, Suhrkamp, 666 p.
- HIPPEL, F. von. 1955. *Die Perversion von Rechtsordnungen*. Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 213 p.
- IRTI, N. 1992. *La edad de la descodificación*. Barcelona, Bosch, 214 p.
- JULIOS CAMPUZANO, A. de. 2009. *La transición paradigmática de la Teoría Jurídica: el Derecho ante la globalización*. Madrid, Dykinson, 250 p.
- JULIOS CAMPUZANO, A. de. 2003. *La globalización ilustrada*. Madrid, Universidad Carlos III & Dykinson, 177 p.
- KENNEDY, D. 1973. Legal Formality. *Journal of Legal Studies*, 2:351-398. <http://dx.doi.org/10.1086/467502>
- KENNEDY, D. 1976. Form and Substance in Private Law Adjudication. *Harvard Law Review*, 89:1685-1778. <http://dx.doi.org/10.2307/1340104>
- KÜBLER, F. 1984. *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*. Baden-Baden, Nomos, 345 p.
- KÜNG, H. 1991. *Proyecto de una ética mundial*. Madrid, Trotta, 173 p.
- LAPORTA, F. 2007. *El imperio de la Ley: una visión actual*. Madrid, Trotta, 283 p.
- LLANO ALONSO, F. 2009. *El formalismo jurídico y la teoría experiencial del derecho*. Valencia, Tirant lo Blanch, 275 p.
- LYOTARD, J.F. 1979. *La condition postmoderne*. Paris, Minuit, 109 p.
- MARTIN, H.; RENK, H.; SUDHOF, M. 1989. *Masstäbe, Foren, Verfahren: Das Prozeduralisierungskonzept Rudolf Wiethölters*. *Kritische Justiz*, 2:244-257.
- MARTÍNEZ ROLDÁN, L.; FERNÁNDEZ SUÁREZ, J.A.; SUÁREZ LLANOS, L. 2007. *La ley desmedida: estudios de legislación, seguridad y jurisdicción*. Madrid, Dykinson, 339 p.
- OJEDA, A. 2010. *La desconstrucción del Derecho del Trabajo*. Madrid, La Ley & Wolters Kluwer, 679 p.
- ORTEGA Y GASSET, J. 1983. Oknos el soguero. In: J. ORTEGA Y GASSET, *Obras Completas*. Madrid, Alianza Editorial & Revista de Occidente, vol. 3, p. 593-599.
- PEÑALVER, P. 1990. *La desconstrucción: Escritura y Filosofía*. Barcelona, Montesinos, 173 p.
- PÉREZ LLEDÓ, J.A. 1996. *El movimiento Critical Legal Studies*. Madrid, Tecnos, 431 p.
- PÉREZ LUÑO, A.E. 2007. *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*. 5ª ed., Madrid, Tébar, 264 p.
- PÉREZ LUÑO, A.E. 2004. *¿Cibercidadani@ o ciudadani@com?* Barcelona, Gedisa, 142 p.
- PÉREZ LUÑO, A.E. 1994. *La seguridad jurídica*. 2ª ed., Barcelona, Ariel, 158 p.

¹² Habermas (1988, p. 279 ss.). Ver também Habermas (1989). Sobre as repercussões jurídicas da pós-modernidade, ver sua obra *Faktizität und Geltung* (Habermas, 1992, p. 256 ss.).

- PÉREZ LUÑO, A.E. 2010a. *Nuevos retos del Estado Constitucional: valores, derechos, garantías*. Madrid, Universidad de Alcalá, 143 p.
- PÉREZ LUÑO, A.E. 2010b. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 10ª ed., Madrid, Tecnos, 680 p.
- PÉREZ LUÑO, A.E. 2009a. Qué significa juzgar. *Doxa*, **32**:151-176.
- PÉREZ LUÑO, A.E. 2009b. Richard Rorty y los derechos humanos de la postmodernidad. In: A.E. PÉREZ LUÑO, *La Filosofía del Derecho en perspectiva histórica*. Sevilla, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, p. 101-119.
- PÉREZ LUÑO, A.E. 2009c. El Derecho Constitucional Común Europeo en la concepción de Peter Häberle. In: A. PÉREZ LUÑO, *La Filosofía del Derecho en perspectiva histórica*. Sevilla, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, p. 328-339.
- RIPERT, G. 1949. *Le declin du droit: études sur la législation contemporaine*. Paris, LGDJ, 225 p.
- SALAS, F.G. de. 1953. Astucia de un soldado. In: L.A. CUETO, *Casos y cuentos verdaderos, incluidos no volume Poetas líricos del siglo XVIII, III*, da Biblioteca de Autores Españoles, vol. 67. Madrid, Atlas, p. 34-45.
- SEBRELI, J.J. 1992. *El asedio a la modernidad*. Barcelona, Ariel, 377 p.
- SOUSA SANTOS, B. de. 1985. On Modes of Production of Law and Social Power. *International Journal of the Sociology of Law*, **13**:299-336.
- SOUSA SANTOS, B. de. 1995. *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*. New York/London, Routledge, 614 p.
- SOUSA SANTOS, B. de. 1998. *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia & Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 288 p.
- SOUSA SANTOS, B. de. 2003. *Crítica de la razón indolente*. Bilbao, Desclee de Brouwer, 470 p.
- TEUBNER, G. 1984. After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law. *International Journal of the Sociology of Law*, **12**:375-400.
- TEUBNER, G. 1985. Aspetti, limiti, alternative della legificazione. *Sociologia del Diritto*, **12**:7-30.
- UNGER, R. 1983. The Critical Legal Studies Movement. *Harvard Law Review*, **96**:561-675. <http://dx.doi.org/10.2307/1341032>
- VOIGT, T. 1983. *Abschied vom Recht?* Frankfurt, Suhrkamp, 317 p.
- WHITE, M. 1952. *Social Thought in America: The Revolt against Formalism*. New York, Viking Press, 260 p.
- WIETHÖLTER, R. 1989. Proceduralization of the Category of Law. In: C. JOERGES; D.M. TRUBEK (eds.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*. Baden-Baden, Nomos, p. 501-524.
- WIETHÖLTER, R. 1986. Materialization and Proceduralization in Modern Law. In: G. TEUBNER (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin/New York, Walter de Gruyter, p. 221-248. <http://dx.doi.org/10.1515/9783110921526.221>
- ZAGREBELSKY, G. 1995. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid, Trotta, 173 p.
- ZAPATERO, V. 2009. *Arte de legislar*. Cizur Menor (Navarra), Thomson & Aranzadi, 386 p.

Submetido: 01/06/2014
Aceito: 20/06/2014