

Alberto de Moraes Papaléo Paes

DIREITO EM

Perspectiva

25

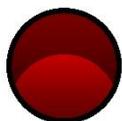


Há algum tempo pensava em condensar os trabalhos e pesquisas já publicados em periódicos numa única obra que pudesse resumir uma parte das dúvidas, questões, instigações, interesses, conclusões e perspectivas decorrentes de anos entre leituras e escritas realizadas como pesquisador. Ao olhar os arquivos dos textos originais e os temas percebi que me debruçara sobre diversos aspectos da ciência do direito, ensino e educação jurídica, teoria da constituição, direito constitucional, hermenêutica, hermenêutica jurídica, filosofia, filosofia do direito, teoria do direito, dentre alguns outros temas correlatos que me tomaram algum tempo e muita reflexão. Acomete-se, num plano geral, como que o pensamento cartesiano perde força argumentativa nas Ciências Naturais e como que esse processo se dá tardiamente nas Ciências Sociais; por consequência no Direito. Especificamente, no Capítulo I, abordamos a metodologia de ensino no curso de Direito. Tendo realizado uma pesquisa de campo com a produção de dados quantitativos procurei demonstrar a realidade do ensino jurídico em Belém do Pará, com enfoque na visão do discente. O resultado, do meu ponto de vista, é deveras interessante. Uma vez que a realidade do ensino, por muitas vezes se choca com a intenção do acadêmico.



editora fi
www.editorafi.org

Direito em *Perspectiva*



Série *Comitê editorial da*
Ciências Jurídicas & Sociais

- Liane Tabarelli, PUCRS, Brasil
- Marcia Andrea Bühring . PUCRS, Brasil
- Orci Paulino Bretanha Teixeira, Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul
- Voltaire de Lima Moraes, PUCRS, Brasil
- Thadeu Weber, PUCRS, Brasil.
- Fernanda Medeiros, PUCRS, Brasil.

Direito em *Perspectiva*

Alberto de Moraes Papaléo Paes

φ editora fi

Direção editorial: Liane Tabarelli
Marcia Andrea Bühring
Orci Paulino Bretanha Teixeira
Voltaire de Lima Moraes

Diagramação e capa: Lucas Fontella Margoni

Fotografia de capa: Design Mies van der Rohe - Blackhaus - @minimalist

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela
Editora Fi estão sob os direitos da
Creative Commons 4.0

https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR

Série Ciências Jurídicas & Sociais - 25

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

PAES, Alberto de Moraes Papaléo.

Direito em perspectiva. [recurso eletrônico] / Alberto de Moraes Papaléo Paes -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2017.

170 p.

ISBN - 978-85-5696-138-9

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito, 2. Hermenêutica, 3. Dialética, 4. Filosofia do direito. I. Título. II. Série.

CDD-340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

"Jamais considere seus estudos como uma obrigação, mas como uma oportunidade invejável para aprender a conhecer a influência libertadora da beleza do reino do espírito, para seu próprio prazer pessoal e para proveito da comunidade à qual seu futuro trabalho pertencer".

Albert Einstein

*Para Mônica, João Miguel e Lucas,
Com todo meu amor,
Sempre.*

PREFÁCIO

Há algum tempo pensava em condensar os trabalhos e pesquisas já publicados em periódicos numa única obra que pudesse resumir uma parte das dúvidas, questões, instigações, interesses, conclusões e perspectivas decorrentes de anos entre leituras e escritas realizadas como pesquisador. Ao olhar os arquivos dos textos originais e os temas percebi que me debruçara sobre diversos aspectos da ciência do direito, ensino e educação jurídica, teoria da constituição, direito constitucional, hermenêutica, hermenêutica jurídica, filosofia, filosofia do direito, teoria do direito, dentre alguns outros temas correlatos que me tomaram algum tempo e muita reflexão.

Tive que deixar de lado alguns trabalhos que foram publicados em parceria com outros colegas e que se comunicam diretamente com alguns dos elencados aqui neste livro. Como por exemplo “a afirmação de novos paradigmas na ciência jurídica a partir de uma visão sistêmica” publicado nos Anais do CONPEDI com o professor Aleph Hassan Costa Amin que é o trabalho precursor do primeiro capítulo deste. Aqui trabalhamos uma visão sobre a epistemologia e a revolução paradigmática das Ciências na (pós) modernidade.

Acomete-se, num plano geral, como que o pensamento cartesiano perde força argumentativa nas Ciências Naturais e como que esse processo se dá tardiamente nas Ciências Sociais; por consequência no Direito. Especificamente, no Capítulo I, abordamos a metodologia de ensino no curso de Direito. Tendo realizado uma pesquisa de campo com a produção de dados quantitativos procurei demonstrar a realidade do ensino jurídico em Belém do Pará, com enfoque na visão do discente. O resultado, do meu ponto de vista, é deveras interessante. Uma vez que a realidade do ensino, por muitas vezes se choca com a intenção do acadêmico.

No segundo capítulo, uma história interessante. Ao participar de um dos encontros do CONPEDI, caminhando nos corredores do prédio sede do evento, me deparei com um panfleto jogado pelo chão. Nele estava uma foto do professor

Robert Alexy com o convite para um evento em sua homenagem com recebimento de artigos para publicação. Comuniquei ao Grupo de Estudos de Hermenêutica Constitucional da UNAMA sob a presidência do professor Frederico Oliveira que de pronto me incentivou a escrever e participar do evento. Então me debrucei a escrever uma crítica à tradição da Teoria do Direito no Brasil a partir de uma leitura doutrinária de Robert Alexy em confronto com Ronald Dworkin. Por conta de uma provocação feita pelo professor Victor Sales Pinheiro numa das reuniões do grupo eu dividi a pesquisa em três artigos, um que submeti ao evento e outros dois ainda em fase de execução, mas que complementam o primeiro.

De fato, apesar de a pesquisa ter sido feita com parâmetros precisos e a proposta ser de uma “inovação” do ponto de vista da teoria do direito (autenticamente brasileira), eu não esperava a aprovação do trabalho para publicação. Acreditava estar faltando algo, até porque havia uma exigência no edital de que o trabalho contivesse no máximo 20 (vinte) laudas, então tive que resumi-lo por demasiado após concluído. O professor Frederico me deu a oportunidade de revê-lo para uma publicação em homenagem ao professor Robert Alexy por via do Grupo de Estudos o que esperamos ainda ocorrer com participação maciça dos acadêmicos que participam deste. Com o artigo publicado, tive a imensa oportunidade e a grata satisfação de conhecer o professor Robert Alexy, ouvir suas palestras e ainda pude questioná-lo sobre questões que me instigavam em sua teoria tendo ouvido suas respostas e tomado nota de tudo o que pude naquele evento da UNOESC.

Em sequência, os trabalhos que se seguem foram, em sua maioria escritos durante o Mestrado em Direito cursado entre 2010 à 2012 pela Universidade da Amazônia. Lá pude desfrutar da grata presença e participação de alguns professores que marcaram, sobretudo, a minha vida acadêmica. Dois deles foram os maiores instigadores dos próximos trabalhos. Os terceiro e quarto capítulos foram provenientes das disciplinas de Teoria do Estado e Teoria da Constituição, respectivamente, com módulos ministrados pelo professor Luiz Alberto Rocha. No primeiro procurei trabalhar a questão do chamado Poder Constituinte para

além da compreensão usual nos manuais de Direito. Utilizei uma abordagem internacional para criar uma perspectiva tridimensional do Poder Constituinte, este artigo foi publicado na revista *Âmbito Jurídico* e já encontrei algumas outras pesquisas correlatas à temática em apreço.

No segundo, me debrucei sobre uma questão que se tornou o problema central de minha dissertação de mestrado: o conceito de Constituição. Neste artigo, em particular, revisei os trabalhos de Konrad Hesse e Ferdinand Lassalle para produzir uma crítica ao núcleo do debate entre os dois; o fato de que, apesar de aparentemente irreconciliáveis, se comunicam na pragmática hodierna por conta do fenômeno da globalização. Este trabalho foi aprovado para publicação no periódico *Jus Scriptum* da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, contudo, até o presente momento ainda não ocorreu à publicação da revista. Uma tese não deve anular a outra, mas sim, se complementarem. Esta é a lição do capítulo quarto deste livro.

No quinto e sexto capítulos dissertei acerca de posições críticas, em alguns momentos, nos conteúdos de hermenêutica jurídica e controle de constitucionalidade. Dediquei-me aos problemas do controle dos valores no Supremo Tribunal Federal, esta provocação que nasce da Tese de Doutorado do professor Frederico Oliveira (que também ministrou o módulo de Teoria da Constituição no curso de Mestrado). Este trabalho também foi publicado na revista *Âmbito Jurídico*. Diante de outra provocação do referido professor nasce a instigação para o próximo trabalho, versando sobre Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais, escrevi a necessidade de uma forma de controle que garanta a conquista da democracia através das decisões em sede de Jurisdição Constitucional. Este trabalho foi aprovado para publicação na revista de Direitos Fundamentais e Democracia da UniBrasil.

Finalizando este breve percurso desta obra ainda inacabada, encontramos o nosso capítulo derradeiro com a reflexão sobre a possibilidade de discussão da Teoria da Igualdade no processo de responsabilização (reparação) civil. Este trabalho se tratava (inicialmente) de um projeto de Tese de Doutorado submetido ao processo seletivo da UFPA. Não

encontrando a aprovação e tomando rumos um pouco diversos do planejado resolvi transforma-lo em um artigo que encontrou sua publicação no periódico Ensinagem, revista da FABEL, instituição que me acolheu no início de minha carreira e na qual até hoje ainda exerço o mister acadêmico. Para minha surpresa e satisfação, descubro-me hoje revisor deste periódico. Fato que me orgulha muito.

Concluindo esta pequena apresentação que escrevo com muito carinho a cada um dos possíveis leitores, devo me ater á explicação da figura que finaliza estas lições. A forma geométrica que aparece no final desta introdução, para ser mais preciso. Ela significa uma figura inatingível, “impossível” na prática. Chama-se de Triângulo de Penrose. Esta figura de três dimensões pode ser facilmente desenhada, ou encontrada, no plano do planejamento, ou, metafísico (por assim dizer). Entretanto, ela não consegue ser alcançada na prática de forma inteiramente pura. É necessária uma determinada perspectiva para que ela possa ser alcançada. Essa perspectiva é um lugar preciso no tempo e no espaço que revelam o misterioso triângulo. Esta é a perspectiva deste livro. Este é o meu objetivo. Alcançar o lugar no tempo e no espaço capaz de desmistificar a ciência que estudo e analisá-la em sua inteireza e no seu maior estado de pureza. O Direito em Perspectiva.



Belém (Pará)
03 de fevereiro de 2015,

Alberto de Moraes Papaléo Paes.

Sumário

CAP I..... 17

A DIALÉTICA NO MÉTODO DE ENSINO JURÍDICO – UMA IMAGEM AUTOPOIÉTICA DA SALA DE AULA

CAP II49

AFIRMAÇÃO DA TEORIA DO DIREITO NO BRASIL E A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ROBERT ALEXY – UM DEBATE TEÓRICO SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

CAP III71

O PODER CONSTITUINTE EM UMA CONCEPÇÃO GLOBALIZADA DE CONSTITUIÇÃO

CAP IV 91

O CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO NA CONTEMPORANEIDADE – A GLOBALIZAÇÃO COMO UM FATOR REAL DE PODER

CAP V..... 113

DEMOCRACIA, CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS – O NOVO CENTRO DE CONCENTRAÇÃO DO PODER POLÍTICO

CAP VI 147

RESPONSABILIDADE CIVIL E TEORIA DA IGUALDADE – UM DIÁLOGO POSSÍVEL?

CAP I

A DIALÉTICA NO MÉTODO DE ENSINO JURÍDICO – UMA IMAGEM AUTOPOIÉTICA DA SALA DE AULA

Considerações Preliminares sobre o Ensino e o Direito.

“In a peculiar way, scientific knowledge must stand its ground and take itself back; it must continue to produce new achievements and, at the same time, it must refrain from defining the world for society. To be sure, no one seriously doubts the descriptions of the world furnished by science, insofar as science itself trusts them. Nonetheless, the effect is virtually non-binding as far as other systems of communication are concerned”. (LUHMANN, 1994, pág. 9-23)

A questão da epistemologia jurídica (tanto como prática como enquanto teoria) tem sido prejudicada pelo método cartesiano de produção (e de reprodução) do pensamento em direito. De fato, se se obter rapidamente acerca da abordagem pedagógica é possível perceber que algumas consequências estão intimamente ligadas à atuação do docente como formador do profissional. Esta questão vem começando a ser discutida, no Brasil, ainda de forma paulatina.

Por conta de um esforço conjunto entre a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e do Ministério da Educação e Cultura (MEC), em maio de 2011, realizou-se o II Seminário Nacional de Educação Jurídica, no qual foram desenvolvidas algumas conclusões a respeito do ensino jurídico no Brasil. Dentre elas é possível citar a importância de um Núcleo Docente Estruturante (NDE), como base de todas as Instituições de Ensino Superior (IES), o qual deve acumular funções de importância ímpar na no desenvolvimento e consolidação do projeto político e pedagógico da IES; assim como, que “a

educação jurídica brasileira, na forma hoje realizada, compromete a qualidade da pesquisa ou a torna simplesmente inexistente” (OAB, 2011). Ainda, a iniciativa supracitada faz referência expressa acerca da necessidade de diferenciação conceitual entre “ensino” e “pesquisa”, atribuindo à primeira “não apenas forma meramente informativa, sem criar conhecimento” (OAB, 2011), por conseqüência cobrando do docente uma atitude instigadora da reflexão crítica do aluno da graduação; já para a segunda estabelece-se o ponto de partida como sendo a formulação de teses a partir do estudo de problemas, não devendo esta prática ficar constricta somente à pós-graduação.

Contudo, o que mais chama atenção nestas breves considerações é o detalhe da resolução de nº 27, que expressa: “a formação do bacharel envolve uma dimensão ética que abrange as questões política, técnica e humanista” (OAB, 2011). Ora, como dito anteriormente, a questão epistemológica, como prática e como teoria começa a ser discutida pela ciência jurídica na medida em que são observados problemas pragmáticos na experiência da vida pós-acadêmica. Ou seja, após a conclusão do curso a formação do profissional apresenta-se incompleta ou ineficiente na medida em que se acumulam os insucessos na construção da carreira. Estes problemas como relembra Fritjof Capra (1983) são decorrentes da formação do próprio paradigma das ciências modernas. Desde a revolução Copernicana que começa a introduzir o pensamento cartesiano no universo dos cientistas, passando pela comprovação do método por Galileu Galilei e Johanes Kepler até a afirmação (ou super propagação) deste método com Francis Bacon, Renné Descartes e Isaac Newton, toda filosofia científica baseou a produção de conhecimento num plano de que somente é válido aquilo que é matematicamente quantificável (SANTOS, 2002, pág.15). Somente quando Albert Einstein (1905) leciona em dois artigos acerca de duas tendências novas para a física que as estruturas do paradigma cartesiano começam a se abalar. Capra (1983) relembra que

“Einstein acreditava profundamente na harmonia inerente à natureza, e, ao longo de sua vida científica, sua maior

preocupação foi descobrir um fundamento unificado para física. Começou a perseguir esse objetivo ao construir uma estrutura comum para a eletrodinâmica e a mecânica, duas teorias isoladas do centro da física clássica. Essa estrutura é conhecida como a teoria espacial da relatividade. Ela unificou e completou a estrutura da física clássica, mas, ao mesmo tempo, provocou mudanças radicais nos conceitos tradicionais de espaço e tempo, e, por conseguinte, abalou um dos alicerces da visão de mundo newtoniana. Dez anos depois, Einstein propôs sua teoria geral da relatividade, na qual a estrutura da teoria espacial foi ampliada, passando a incluir também a gravidade. Isso foi realizado mediante novas e drásticas modificações nos conceitos de espaço e tempo” (CAPRA, 1983, pág. 70).

O que ocorre, na verdade, é a comprovação de que as estruturas nas quais os experimentos eram produzidos não conseguiam mais responder às novas perguntas. Falando de outro modo, a concepção reduzida da realidade, sobre o prisma da matéria em enfoque, não era mais suficiente para responder a problemas de que se reconheceram de ordem sistêmica, neste sentido é que se instaura a pior de todas as crises da modernidade; a crise de idéias. Tal evento tem fruto justamente na concepção de que os cientistas no mundo todo passaram “a subscrever percepções estreitas da realidade, as quais são inadequadas para resolver os problemas de nosso tempo” (CAPRA, 1983, pág. 23).

Esta dinâmica atacou de forma contundente a Teoria do Direito como Ciência Social. No âmbito jurídico sempre existiu uma enorme cisão entre duas correntes que tentavam explicar a natureza do direito. Uma delas buscava a justificação da ordenação da conduta na própria natureza do homem, o que levava a crer que existiria um direito natural universal. Esta corrente é denominada de *jusnaturalista*. De outro modo, alguns afirmavam que a tentativa de universalização representava um prejuízo para construção de uma teoria científica. Desse modo, era necessário excluir do direito as proposições metafísicas, consagrando uma ciência do direito que possuísse um método próprio, o direito como ordenador da conduta humana,

produzido através da razão. Esta segunda corrente é denominada de *juspositivista*.

Este positivismo jurídico ganha força quando a igreja começa a perder energia na influência dos fatos sociais, como exemplo, quando a conduta do cidadão deixa de ser tutelada pela vontade divina expressa pelo soberano. Norberto Bobbio expressa que este fato culmina, justamente, com o nascimento do Estado Moderno, no âmbito da divulgação dos tratados de paz em *Westfália*, no qual se reconheceram os elementos caracterizadores. A partir desta proposição é que o ônus da tutela do interesse coletivo passa a ter como titular um ser que possui unidade política e que passa a gerar todo o corpo do ordenamento jurídico. O Professor Frederico Oliveira (2005) ainda ressalta a importância da relação entre o Direito e o Estado para o positivismo jurídico quando leciona que

“o papel do Estado-juiz no positivismo é de extrema relevância, pois, o Estado racional e organizado, que representou a transição do jusnaturalismo para o positivismo jurídico, trouxe uma estrutura de monopólio do exercício da Jurisdição. Trata-se do Estado moderno, estratificado econômica e socialmente. O dualismo e o monismo perdem o foco do debate, passando a se considera o monismo na produção o direito e o direito posto, positivado, e que, ao seu turno, será doravante aplicado pelos Tribunais. Essa nova função dos Tribunais é bem debatida no positivismo jurídico do Estado moderno e o será, mais uma vez, na teoria dos sistemas então em meio a um Estado-social e de estrutura globalizada”. (OLIVEIRA, 2005, pág. 315-6).

Novamente, retornando à Bobbio (1995), o jurista italiano é pontual quando estabelece critérios de diferenciação básicos entre o positivismo e o naturalismo, são eles

“a) o primeiro se baseia na antítese universalidade/particularidade e contrapõe o direito natural, que vale em toda parte, ao positivo, que vale apenas em alguns lugares; b) o segundo se baseia na

antítese imutabilidade/mutabilidade: o direito natural é imutável no tempo, o positivo muda; (...) c) o terceiro critério de distinção, um dos mais importantes, refere-se à fonte do direito e funda-se na antítese natura-potestas populus; d) o quarto critério se refere ao modo pelo qual o direito é conhecido, o modo pelo qual chega a nós (isto é os destinatários), e lastreia-se na antítese ratio-voluntas (Glück): o direito natural é aquele que conhecemos através de nossa razão (...) o direito positivo, ao contrário, é conhecido através de uma declaração de vontade alheia (promulgação); e) o quinto critério concerne ao objeto dos dois direitos, isto é, aos comportamentos regulados por estes: os comportamentos regulados pelo direito natural são bons ou maus por si mesmos, enquanto aqueles regulados pelo direito positivo são por si mesmos indiferentes e assumem uma certa qualificação apenas porque (e depois que) foram disciplinados de um certo modo pelo direito positivo (...); f) a última distinção refere-se ao critério de valoração das ações e é enunciado por Paulo: o direito natural estabelece aquilo que é bom, o direito positivo estabelece aquilo que é útil” (BOBBIO, 1995, pág. 22-3).

Mais à frente o italiano conclui de forma precisa a respeito do nascimento do positivismo jurídico e a necessidade da elevação da ciência jurídica aos padrões metodológicos da ciência natural, por isso mesmo afirma que

“o positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua avaloratividade, isto é, na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato. O motivo dessa distinção e dessa exclusão reside na natureza diversa desses dois tipos de juízo: o juízo de fato representa uma tomada de conhecimento da realidade, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de

informar, de comunicar a um outro a minha constatação; o juízo de valor representa, ao contrário, uma tomada de posição frente à realidade, visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de influir sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas (...)" (BOBBIO, 1995, pág. 135).

Todavia, é somente em Kelsen (2006) que se vai conseguir chegar a uma teoria que se equipara às ciências naturais no emprego do paradigma do pensamento cartesiano. Justifica o austríaco que havia uma necessidade de elevação da jurisprudência “à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito” (KELSEN, 2006); daí, por conseqüência, a crítica ao raciocínio da política judiciária e a necessidade de adstringir o objeto da ciência jurídica a um campo purificado “de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural” (KELSEN, 2006), assim como, construir uma “teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto” (KELSEN, 2006).

Por outro lado ainda havia a necessidade de utilização de um método característico em todas as ciências: objetividade e exatidão, o que se faz pela necessidade de explicar as “tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito” (KELSEN, 2006) e, por isso mesmo, desconectar da ciência jurídica tudo aquilo que lhe é estranho, constituindo um “princípio metodológico fundamental” (KELSEN, 2006). O posicionamento de Frederico Oliveira (2005) é similar na medida em que aponta

“o hermetismo aparentado pelo direito positivo, em verdade, não se consagra com o rigor com que a expressão pode ser literalmente aferida. A intenção positivista, como observamos, não pretendeu em suas diversas correntes, e, em particular, no olhar de Kelsen, retirar o direito normativo da sociedade e de suas influências. A grande preocupação, como entendemos foi a de afastar a irracionalidade metafísica muito presente até então, formulando um conceito lógico e racional para o

conteúdo do direito. É com esse mister que o direito positivo foi sentenciado como sendo o único direito para o positivismo jurídico”. (OLIVEIRA, 2005, pág. 315).

Portanto, a própria produção da ciência jurídica perfaz o caminho do rigor metodológico do paradigma cartesiano. A extrema aplicação destes enunciados é o que faz com que o ensino jurídico mereça, assim como o paradigma moderno das ciências, uma reformulação substancialmente material; não meramente de forma, mas sim de conteúdo. As estruturas de sala de aula perfazem parte de um subsistema da ordem da epistemologia jurídica. São os cenários da produção do conhecimento científico. Para o direito isto significa uma alteração da interatividade do trinômio aluno/professor/matéria.

No presente artigo pretende-se justificar a importância da utilização da dialética como o instrumento que irá fazer esta interação entre o aluno, o professor e a matéria ministrada, para isto, utilizar-se-á as obras de Niklas Luhmann (1983) a fim de traçar uma imagem da sala de aula dentro de um sistema jurídico que se desenvolve em sub-sistemas com códigos próprios, sempre considerando a complexidade social e a contingência na forma de acoplamento estrutural. Em um segundo momento, o trabalho procurará analisar como a produção e reprodução do conhecimento jurídico científico encontra arcabouço nas práticas dos estudantes, ou, melhor dizendo, através de pesquisa de campo e questionários pretende-se comprovar a insustentabilidade de uma dinâmica de ensino baseada somente no paradigma cartesiano de produção de pensamento. Por fim, justificar-se-á a importância da dialética para a efetiva mudança deste padrão de ensino jurídico na contemporaneidade para somente então traçar-se breves conclusões.

A imagem sub-sistêmica da sala de aula.

A inserção no ambiente da sala de aula, em contraponto ao ensino jurídico, pode parecer uma extensão lógica do campo da ciência do direito, especialmente, naquilo que tange a produção e reprodução do conhecimento. De fato, não é possível

negar que a sala de aula seja parte do que se entende por um sistema jurídico, entretanto, não é prudente fechar-se os olhos para o fato de que o binômio complexidade/contingência proveniente de doutrina Luhmanniana na Teoria dos Sistemas, influí diretamente na compreensão acerca do que é a sala de aula.

Sendo um sociólogo Luhmann (1983) faz uma abordagem direcionada, passando pelas concepções clássicas da Sociologia do Direito traçando paralelos entre os argumentos de Marx, Maine, Durkheim, Weber, Parsons e Ehrlich. O faz na tentativa de demonstrar um isolamento teórico não justificável pela doutrina, pelo que acentua

“o distanciamento com relação à visão introspectiva do direito e sua fundamentação moral caracteriza os esforços que podemos designar como as abordagens clássicas à sociologia do direito. Elas se compreendem como sociológicas devido a esse distanciamento e à avaliação da moral a partir de perspectivas incongruentes. Além disso elas se deixam levar pela hipótese de que seria possível adquirir um conhecimento causal, empiricamente fundamentado, sobre a sociedade e sua relação com o direito (...). No entanto, tomando por referência as exigências atuais, não foram esclarecidas as bases teóricas para a elaboração desta abordagem, no que diz respeito à própria sociedade e seu desenvolvimento. Isso faz com que os diversos pesquisadores, visualizem diferentes aspectos parciais do desenvolvimento da sociedade e do direito, ressaltando-os, através do isolamento acentuado como distintivos caracterizantes” (LUHMANN, 1983, pág. 22-3).

A partir daí é que começa a construir sua sociologia do direito despontando da teorização de Sistemas integrados que constituem uma visão própria acerca do mundo e das relações sociais nele contidas. Em particular, a intenção luhmanniana é a de aprofundar a visão sociológica às raízes do direito, justificando este intento na premissa de que para todas as teorias sociológicas do direito “o dever ser é pressuposto como uma qualidade experimentada, vivenciável mas não mais detalhadamente

analisável, como o ‘fato’ básico da vida jurídica” (LUHMANN, 1983, pág. 42). Este problema é justificável, fundamentalmente, na questão do paradigma do conhecimento científico em direito, que utiliza de métodos lineares e imperativos; o que coaduna com os argumentos expostos no que tange à epistemologia jurídica.

Nessa ótica é que se desenvolve a Teoria dos Sistemas. Para compreendê-la torna-se necessário, preliminarmente, estabelecer alguns pontos de partida e conceitos fundamentais. O primeiro deles reside em um antagonismo teórico à proposição habermasiana de que existe uma “ação comunicativa”. Habermas (1999) entende que

“la racionalidad de las opiniones y de las acciones es un tema que tradicionalmente se ha venido en filosofía. Puede incluso decirse que el pensamiento filosófico nace de la reflexivización de la razón encarnada en el conocimiento, en el habla y en las acciones. El tema fundamental de la filosofía es la razón. La filosofía se viene esforzando desde sus orígenes por explicar el mundo en su conjunto, la unidad en la diversidad de los fenómenos, con principios que hay que buscar en la razón y no en la comunicación con una divinidad situada allende el mundo y, en rigor, ni siquiera remontándose al un fundamento de un cosmos que comprende naturaleza y sociedad. El pensamiento griego no busca ni una teología ni una cosmología ética en el sentido de las grandes religiones universales, sino una ontología. Si las doctrinas filosóficas tienen algo en común, es su intención de pensar el ser o la unidad del mundo por vía de una explicitación de las experiencias que hace la razón en el trato consigo misma” (HABERMAS, 1999, pág. 15).

Em outras palavras, pode-se dizer que a partir da “reflexivização” da razão o “comunicar” e o “agir” passam a ser objetos de cognição das ciências, o que implica na pressuposição de que a partir de uma ação, compreendida em parâmetro *lato sensu*, determinado ato praticado pode comunicar-se racionalmente com vários campos da ciência. A explicação racional do mundo por via da “ação comunicativa” é

antagonizada por Luhmann na medida em que desconsidera a ação como elemento fundamental para explicação das estruturas sociais, como aponta Fernando Rister (2009), Luhmann

“autodescreve os processos e as estruturas da sociedade. (...) A comunicação é ponto-chave na sua teorização, inclusive a própria sociedade é definida como comunicação. Por meio da reprodução comunicativa se (re)produzem as suas estruturas e a diferenciação sistêmica ocorre. A teoria sistêmica desenvolve-se em três vertentes, a saber: a comunicação, a evolução e os sistemas. A teoria da comunicação tem papel relevante, devido às operações dos sistemas serem tidas como comunicação e não como ação” (LIMA, 2009, pág. 19).

Dessa forma, para a Teoria dos Sistemas sociedade é sinônimo de comunicação, mas não depende de uma ação para que se formalize, sendo pré-existente ao agir. O segundo conceito basilar trata, na verdade, de um binômio que pode ser entendido como um só elemento, uma vez que sempre caminham lado a lado; é ele: complexidade e contingência. A evolução do pensamento racional encontra uma revolução paradigmática para a sociedade no século XIX, mais precisamente com a revolução Iluminista que almejava a construção de um conceito universal de liberdade e de bem comum. Entretanto, o fenômeno da globalização ataca esta tentativa de universalidade gerando uma enorme quantidade de possibilidades que prejudicam uma pretensão universal. A complexidade consiste, justamente, na totalidade destas possibilidades. A contingência, então, seria a expectativa de realização do evento com a finalidade de redução da complexidade a partir de uma diferenciação comunicativa. Luhmann (1983) descreve que

“o homem vive em um mundo construído sensorialmente, cuja relevância não é inequivocadamente definida através de seu organismo. Desta forma o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação, e ação

atual e consciente. Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes. Com complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por contingência entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja, que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, intangível, ou algo que após tomadas as medidas necessárias para experiência concreta, não mais lá está. Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos” (LUHMANN, 1983, pág. 45-6).

Em um terceiro momento, mais especificamente quando da explicação acerca de como os sistemas funcionam, a compreensão do termo “autopoiese” torna-se imprescindível para construção da teoria luhmanniana. O primeiro termo foi introduzido por Maturana (1995) quando estudava sistemas vivos; ele percebeu que algumas células poderiam gerar outras com a mesma função e estrutura, o que veio a descrever como autopoiese, ou seja, auto-produção. Luhmann utiliza o termo para descrever os sistemas que se auto-reproduzem de forma auto-referencial. Ou seja, o sistema jurídico é operacionalmente (ou, funcionalmente) fechado uma vez que trabalha com códigos próprios (legal/ilegal; constitucional/inconstitucional; etc.), contudo ele também é cognitivamente aberto na medida em que aceita a reformulação de seus paradigmas a partir da compreensão de uma estrutura maior a qual se submete. Portanto, a auto-produção significa dizer que o sistema do direito se recria a partir de si próprio como referência fundamental pelo fato de ser operacionalmente fechado e cognitivamente aberto.

A partir deste momento, os sistemas sociais começam a ganhar corpo e estrutura, podendo-se destacar alguns dos que são visivelmente reconhecíveis, como é caso do sistema jurídico, do sistema econômico, do sistema social, do sistema religioso, do sistema filosófico, do sistema político, entre tantos outros. Contudo, Luhmann ainda vai além da simples exposição. Destaca

o sociólogo que a comunicação sistêmica pode causar irritação entre os sistemas na medida em que a complexidade toma cargo das relações. Assim, o conceito de constituição para economia, ou para sociologia, pode irritar o sistema jurídico na medida em que se operam códigos diferentes. Daí a necessidade de existir o que denomina de Acoplamento Estrutural.

Este acoplamento é a forma com a qual pode-se diminuir a irritabilidade entre os diversos sistemas. Utilizando como base o exemplo acima, a constituição pode ser considerada como o acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico, político e sociológico. Também, pode-se interpretar o acoplamento estrutural como sendo instrumento da contingência, justamente, pela função de diminuição da complexidade. A noção de funcionalidade sistêmica ainda pode ser repartida, como no clássico “Discurso do Método” de René Descartes, em sub-sistemas. Para o direito, seriam os ramos: Público (Constitucional, Administrativo, Processual, etc.) e Privado (Civil, Empresarial, Família, etc.). O que vem por explicar toda a estrutura do sistema jurídico na atualidade.

Partindo-se destas concepções a sala de aula ganha um novo olhar: como sendo um sub-sistema dentro do sistema jurídico. Trata-se de um acoplamento estrutural entre a sociologia, a epistemologia e o direito que vai influenciar diretamente na cognição aberta do sistema e da reprodução autopoiética do direito. Este sub-sistema opera a reprodução dos códigos do direito à determinado grupo social (estudantes) que vão ser, futuramente, os responsáveis pela produção autopoiética e racional do próprio “ser” do direito, ou seja, responsáveis pela adequação do que Kelsen veio a chamar de dinâmica jurídica á estática jurídica.

Este é o ponto que interessa ao presente trabalho, pelo fato de que suscita dúvidas no que tange à extensão da reprodução e a qualidade da produção do conhecimento científico hodiernamente. Importante não deixar de considerar que esta abordagem é estritamente dirigida ao curso de graduação em direito, dessa forma, adentrando ainda mais na complexa cadeia sistêmica que envolve ciência jurídica e docência. Por isto

que no tópico posterior tentar-se-á, a partir da doutrina e da pesquisa de campo expor alguns dos déficits que o aluno possui e como a dialética seria uma das respostas para a diminuição do grande problema que aflige a produção e reprodução do conhecimento em direito.

A produção e reprodução do conhecimento em direito.

Para começar a se falar acerca desta produção e reprodução do conhecimento, necessário se faz retornar à introdução e lembrar-se do paradigma linear da ciência moderna, o paradigma do pensamento cartesiano na produção do conhecimento. Como ensina Fritjof Capra (1983), o divórcio entre o conhecimento empírico e o conhecimento científico identifica características antagônicas que reciprocamente se anulam quando deveriam se complementar, como no *yin yang*, sendo este representado pelos adjetivos: masculino, exigente, expansivo, agressivo, competitivo, racional e analítico; enquanto que aquele pelos adjetivos: feminino, contrátil, conservador, receptivo, cooperativo, intuitivo e sintético (CAPRA, 1983, pág. 35-6). Dessa forma, o reflexo nos padrões de ensino e aprendizagem obedecem aos ditames do pensamento cartesiano, o que segundo Maria Cândida Moraes (2004) vem a originar uma conduta autoritária e prepotente das Instituições de Ensino na medida em que trabalham a transmissão do conhecimento de um modo unidimensional, ela afirma que

“hoje, mais do que nunca, percebemos o quanto nossa escola é reprodutora, autoritária e prepotente ao trabalhar o conhecimento em sua vertente mais linear, voltada para o professor que fala e o aluno que escuta e copia. É uma linearidade discente que, quanto mais próxima estiver da linearidade docente, melhor será sua nota” (MORAES, 2004, pág. 242).

Tal concepção instiga ao pensamento de que existe, por certo, um déficit no processo de cognição que influencia a formação do profissional de forma linear, e não incluso na

complexidade, ou, não-linearidade da formação do conhecimento. Tal assertiva pode ser facilmente exemplificada com a demonstração de um quadro, ou ainda, com a utilização de apenas uma palavra: hermenêutica. A interpretação, seja como uma ciência ou como um processo de tentativa de relacionar o mundo perceptível com as pré-concepções metafísicas; ordena uma enorme quantidade de ramificações e inter-pessoalidades na medida em que é um processo personalíssimo, portanto, complexo. Neste sentido, novamente Maria Cândida (2004) relembra lição de Pedro Demo (2002) defendendo a idéia de que

“esta mesma complexidade está presente nos processos de construção do conhecimento e na aprendizagem, cuja não-linearidade se apresenta nos processos interpretativos que são dialeticamente complexos porque intrinsecamente reconstrutivos ou produtivos” (MORAES, 2004, pág. 242-3).

Toda reconstrução interpretativa também é um pouco de construção. A atividade criativa reside, justamente, na tentativa de relacionar-se o objeto de enfoque às pré-concepções de mundo do sujeito que o analisa. Posteriormente, fazer o caminho inverso e responder qual a relação do sujeito com o objeto construído no mundo da racionalidade. Este caminho é totalmente diverso do tomado por grande parte da docência atual, que é tendenciosa a retransmitir os pensamentos de seus referenciais teóricos sem nenhum cunho de personalidade, ou de interpretação, na medida em que são também cobrados, igualmente, pelo mercado de trabalho (advocático) a exata noção de que a lei vincula a ação e a legalidade é o instrumento de normatização da conduta humana utilizado pelo Estado. O que corrobora com a idéia de que o pensamento cartesiano influí diretamente no exercício das atividades jurídicas, todavia esta é uma realidade em mudança na medida em que se passa a observar a complexidade das relações sociais. Nesta esteira,

“no cotidiano, a maioria das pessoas também está acostumada a perceber e a interpretar o mundo a partir de uma visão da física clássica que compreende uma realidade

visível como sendo estruturada, estável e a maioria dos acontecimentos como sendo previsível, predeterminada e a racionalidade como o estado da mente mais utilizável para construção do conhecimento técnico-científico. Entretanto, percebemos também que são os próprios físicos que estimulam, em suas acaloradas discussões filosóficas, a possibilidade de que exista algo errado no realismo materialista fundado na concepção de que os objetos reais sejam independentes dos sujeitos ou da maneira como os observamos; sinalizando, assim, alguns desdobramentos de natureza epistemológica” (MORAES, 2004, pág. 243).

De fato, ficam exemplificados, pragmaticamente, alguns dos problemas na transmissão do conhecimento em um quadro geral. Antes de se prosseguir, é de extrema importância que se destaque (como no tópico anterior) alguns conceitos básicos para que se possa adentrar na pesquisa feita entre alguns alunos da academia, no intuito de exemplificar a condição apresentada pelos discentes na formação desta concepção de sala de aula e ensino jurídico; são eles: conhecimento e aprendizagem. A respeito do primeiro, destaca-se, novamente, o posicionamento de Maria Cândida (2004), muito pelo fato de referir-se expressamente aos termos da teoria luhmanniana, como “acoplamento estrutural” para definir o conhecimento; ensina ela que

“conhecer pressupõe, como principal requisito, uma ação afetiva que pode ser física ou mental, mas através da qual emerge um mundo a partir do acoplamento estrutural que implica um processo de co-determinação, uma determinação mútua congruente entre sujeito e objeto, entre o operar do organismo vivo e o seu meio. Desta co-determinação emerge a conduta esperada, indicado que sempre que envolva acoplamento estrutural, as mudanças também estarão, conseqüentemente, implicadas. Existindo acoplamento estrutural e mudanças estruturais, existem também processos de adaptação, aprendizagem e desenvolvimento contínuo. Assim, cognição não é representação do mundo, mas o seu desvelamento mútuo e implicado à medida que o vamos construindo,

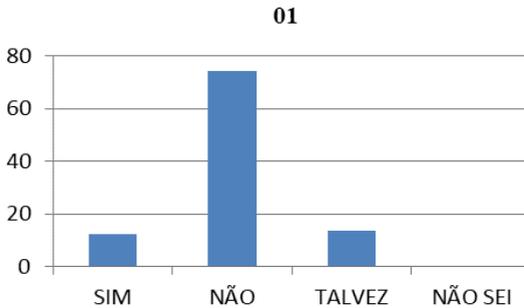
reconstruindo ou desconstruindo e, ao mesmo tempo, sendo construído e reconstruído em nossa relação com ele. Tais aspectos caracterizam a dimensão construtivista deste paradigma” (MORAES, 2004, pág. 247).

O conhecimento, assim, considerado como ação cognitiva desencadeia um processo que é natural, sendo até considerado como parte do próprio organismo humano; uma autopoiese que constrói e reconstrói até na própria desconstrução de si mesmo. A noção exata disto é a concepção de que o mundo não obedece a estática racional, ele é dinâmico e complexo, por isso passível de várias (re)leituras. Por outro lado, a aprendizagem compreende o “acoplamento estrutural entre sujeito e meio no decorrer do desenvolvimento contínuo de um organismo em seu meio ambiente” (MORAES, 2004, pág. 248). Trata-se de uma marcha que surge na medida em que se caminha. A aprendizagem, destarte, vai depender de um instituto de checagem de aprendizado que se caracteriza pela interação, ou, pela exposição da interação entre o sujeito, meio e o objeto de estudo; sendo condição necessária pra aprender, o que vai caracterizar uma segunda “*dimensão interacionista*” do processo de transmissão.

Assim sendo, passa-se para a pesquisa de campo efetuada na academia a fim de expor como é que o aluno de direito observa este processo e estabelecer-se alguns pontos chaves para sustentação da importância da dialética como a dimensão interacionista do processo de cognição, bem como a sua participação na dimensão construtivista. A pesquisa utilizou como método de coleta o questionário, impresso na modalidade de perguntas objetivas. Os sujeitos da pesquisa foram alunos da graduação em direito cursando do 1º ao 10º semestre de Faculdades diversas na cidade de Belém/PA, tendo obtido o universo de um total de 500 (quinhentos) entrevistados. A pretensão inicial era a de estipular a expectativa do acadêmico de direito em relação ao que o curso deve oferecer ao mesmo. Por isto se perguntou primeiramente:

1. O ensino acadêmico deve se preocupar mais em reproduzir as idéias dos manuais do que incentivar a produção individual do aluno?

Na coleta de dados foi possível perceber que apenas 12,2% dos entrevistados responderam sim à primeira pergunta, acreditando, desta forma, no modelo linear de reprodução do pensamento; enquanto que 13,7% dos entrevistados responderam talvez, levando a crer que dentre eles existe uma certa inquietude quanto ao sistema de ensino. Nenhum dos entrevistados marcou a alternativa “não sei”, demonstrando a forte existência da necessidade de expressão de opinião. A avassaladora maioria respondeu negativamente a pergunta feita, tendo totalizado o percentual de 74,1%, segundo se pode exemplificar pelo gráfico em anexo (quadro 01).

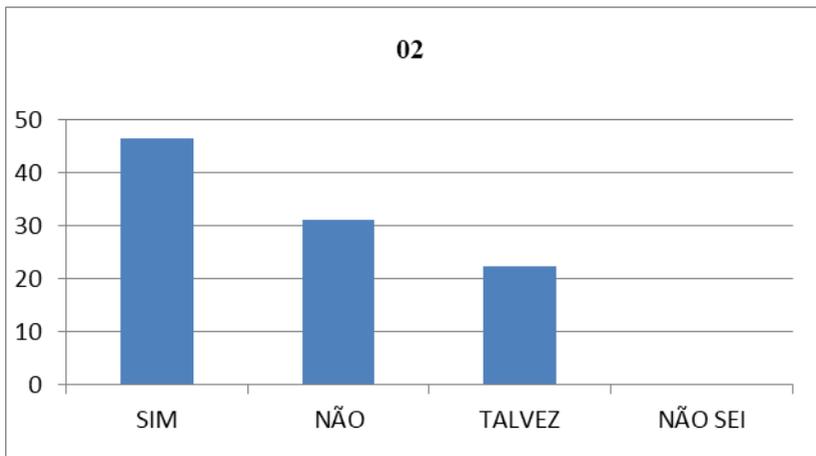


A segunda indagação tinha por objetivo saber dos alunos como eles enxergam o mercado de trabalho e sua relação com os conhecimentos obtidos ao longo do curso. É o que se pode denominar do divórcio entre o conhecimento prático e o conhecimento teórico, por isso perguntou-se:

2. O Mercado Profissional necessita mais de pessoa que conheçam a rotina e os procedimentos do que teóricos que possam discutir idéias ou teses?

Neste particular é começamos a perceber a sutileza da acomodação dos discentes em face a produção holística do

conhecimento jurídico, posto que a razão prática prevalece sobre a razão teórica, tendo somente um entrevistado feito comentário crítico defendendo que ambas devem ser conciliadas. Novamente, nenhum dos entrevistados respondeu “não sei” á pergunta feita, enquanto que 46,5% respondeu que sim, ou seja, acreditam que o mercado cobra do profissional a execução das rotinas, dos procedimentos. 31,1% respondeu negativamente e **22,4% respondeu que talvez, conforme fica exemplificado no gráfico em anexo (quadro 02).**



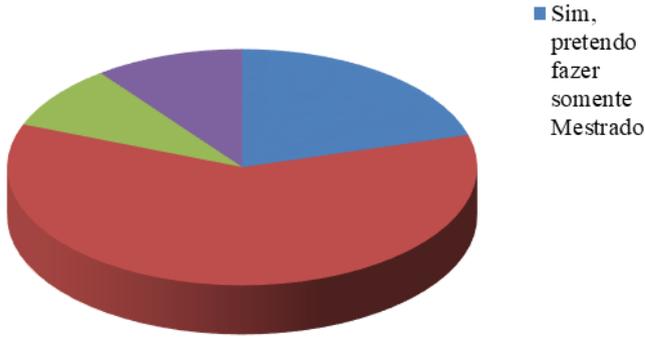
Diante destes dados, passe-se ao terceiro questionamento que vai levar às expectativas dos alunos em face a Pós-graduação *strictu sensu*. A intenção era a de saber como os alunos observam os cursos de Mestrado e Doutorado e quantos deles pretendem prosseguir a carreira acadêmica através destes cursos, por isto foi perguntado:

3. Após concluir o curso pretendo fazer pós-graduação *stricto sensu* (Mestrado e Doutorado)?

O resultado foi satisfatório. Enquanto que 60,3% dos objetos de pesquisa responderam que pretendem fazer Mestrado e Doutorado, assim como que 20,6% responderam que desejam cursar o Mestrado; somente 10,3% desejam cursar

exclusivamente especialização e 8,8% anseiam unicamente advogar. Dados no gráfico em anexo (quadro 03)

03



Até o presente momento é possível atingir algumas conclusões. Enquanto que 74,1% dos alunos entrevistados acreditam que a Academia deve incentivar a produção individual, 46,5% deste mesmo universo reconhece que o mercado de trabalho exige mais conhecimento técnico do que teórico (talvez por isso que premiam-se mais os trabalhos técnicos e menos os teóricos). Em contrapartida neste mesmo universo mais de 80% respondeu que pretende cursar somente Mestrado ou Mestrado e Doutorado, o que tangencia num enorme problema: como atender aos anseios crescentes destes acadêmicos se existe uma barreira entre a prática e a teoria? A resposta dada pelo MEC consiste em um avanço neste processo de adequação, e ao mesmo tempo em um retrocesso, porque apenas aumenta a distância entre o conhecimento prático e o teórico; trata-se do Mestrado Profissional mais conhecido pela sigla de MBA.

Por fim, na última pergunta feita na entrevista tentou-se delimitar como o aluno anseia que o docente aja na sala de aula; o que o aluno espera do professor em questão de didática, dinâmica, recursos e retórica. Esta colheita diferencia-se das outras porque a proposição não é feita em forma expressa de pergunta, e sim como apontamento de preferências; como pode ser observado:

- 4. Na sala de aula, você prefere que o professor ministre uma:**
- a. Aula expositiva com utilização do quadro ou outros recursos didáticos;**
 - b. Aula no formato de palestras;**
 - c. Seminários com pesquisa a partir de textos, discussão e defesa de posicionamentos;**
 - d. Ensino a partir de apostilas direcionadas ao que realmente importa: ao exercício da profissão.**

Não há nenhuma surpresa no que tange à esta indagação; 41,3% dos alunos responderam que preferem manter a reprodução na forma linear, ou seja, aula expositiva com utilização do quadro e outros recursos didático. Apenas 3,6% acreditam que a aula em formato de palestras, na qual somente o professor fala sem a interação do aluno, seja a mais adequada. Enquanto que 36,2% preferem uma aula mais participativa com a apresentação de seminários, pesquisa, discussão de textos e defesa de opiniões e pensamentos. Ainda, existem 18,9% dos alunos que optam por um ensino mais técnico com o fornecimento de apostilas dirigidas ao exercício do futuro mister. Guardadas as devidas proporções e considerando o número de entrevistados (sempre lembrando que a realidade aqui exposta é somente válida em consideração ao grupo entrevistado), é possível construir uma imagem esperançosa para o futuro na docência em direito.

Todavia, ainda restam questões a serem elucidadas, como por exemplo: que mecanismo pode auxiliar o docente quando tenta acoplar estruturalmente direito e os processos de conhecimento e aprendizagem? A tarefa do professor na sala de aula é justamente atender aos anseios destes alunos fornecendo os mecanismos necessários para despertá-los para a realidade e para a complexidade que envolve as questões que os alunos escolherem. Por certo que não é uma missão difícil e sempre vai se bater de encontro com o grau de aceitabilidade construído pela experiência de vida do discente. Por isso é que, para um diagnóstico diferenciado opta-se pelo resgate da filosofia antiga, na redescoberta de Sócrates na modernidade com a dialética e com a maiêutica como métodos de ensino.

A dialética e maiêutica como métodos de ensino.

O resgate da filosofia socrática, pelo século presente, fica cada vez mais claro na medida em que começamos a resgatar o lado empírico das ciências. A opção por este resgate tem mais um sentido epistemológico do que um sentido filosófico propriamente dito, na medida em que interessa mais ao trabalho o método dialético de produção do pensamento socrático. O primeiro ponto crucial para se entender Sócrates é compreender o meio no qual vivia; em Athenas na Idade Antiga. O Estado Antigo era regido por indefinições políticas e carência de representatividade do povo no poder político. A doutrina socrática vai nascer neste cenário político autoritário. Sócrates foi e é considerado um dos fundadores e mais importantes ícones da filosofia ocidental, nesse sentido, Hannah Arendt afirma que o mesmo é o primeiro grande marco da filosofia moderna. Já Louis-André Dorion (2008) vai demonstrar uma diferença fundamental acerca do que representa o filósofo ateniense para a filosofia

“Cícero apresenta Sócrates como o ‘pai da filosofia’. Mas, segundo uma outra tradição, bem fundada, o primeiro filósofo foi na verdade Tales de Mileto, cujo nascimento precede o de Sócrates em mais de um século. A contradição entre essas duas tradições é apenas aparente, pois não é no mesmo sentido que se atribui a Tales o título de ‘primeiro filósofo’ e a Sócrates o de ‘pai da filosofia’. Para os antigos, Tales é o primeiro filósofo no sentido de ter sido o iniciador do tipo de pesquisa que consiste em explicar os fenômenos naturais a partir de causas materiais, como os deuses, enquanto que Sócrates é o pai da filosofia no sentido de ter sido ele o primeiro a afastar-se do estudo da natureza e insistir para que a reflexão filosófica se interessasse daí em diante, e exclusivamente, pelas ‘questões humanas’” (DORION, 2008, pág. 07).

Como não deixou nenhum escrito com suas idéias e teorias Sócrates é lido através fontes referências dentre os quais os mais importantes são Platão, Xenofonte e Aristóteles. Schleiermacher denuncia alguns aspectos do testemunho de Xenofonte, deixando-o duvidoso para a filosofia moderna. Sua crítica divide-se em duas acusações; de um lado Xenofonte não era um filósofo, mas sim um militar e político tendo certa tendência que o credencia a certas suspeitas sobre o retrato que traça sobre Sócrates. De outro lado “Xenofonte mostra um tal zelo para defender seu mestre contra as acusações que condenam seu ensinamento subversivo que Sócrates aparece, em seus escritos, como arauto dos valores mais tradicionais” (DORION, 2008, pág. 21).

Já Aristóteles somente nasce depois da morte de Sócrates, fato que o faz escrever com uma concepção já reproduzida de quem foi Sócrates. Já Platão é quem se responsabiliza pela idéia socrática que se popularizou no ocidente através de seus *logoi sokratikoi*. É possível identificar-se, porém, dois Sócrates distintos nos escritos platônicos; um nos diálogos da juventude e outro nos diálogos da maturidade. Aquela imagem demonstra Sócrates como o condutor do processo cognitivo é a dos diálogos da juventude.

O filósofo era considerado por seus contemporâneos um dos homens mais sábios e inteligentes. Em seus pensamentos, tentava passar a importância do conhecimento para os cidadãos gregos sempre através do dialogo. Podia-se dizer que o pensamento de Sócrates para época encontrava-se um pouco a frente da maioria da sociedade por isso não era aceito por parte da aristocracia. Ele criticou muitos aspectos da cultura, afirmando que muitas tradições, crenças religiosas e costumes não ajudavam no desenvolvimento intelectual dos cidadãos. Pelo fato de inovar com suas idéias, Sócrates começou a atrair a atenção de muitos jovens atenienses, com isso sua popularidade acabou por aumentar e chamar a atenção da elite mais conservadora de Atenas que o viram como um inimigo público. O mesmo foi preso, acusado de causar transtorno na ordem social, corromper a juventude e provocar mudanças na religião grega. Este transcurso

é exemplificado por Dorion (2008) com o manifesto filosófico produzido em *A apologia*, explica ele que

“para justificar seu gênero de vida e explicar as sólidas inimizades que este gênero de vida suscitou, Sócrates acha necessário contar o oráculo que a Pítia proferiu a seu respeito, quando seu amigo Querofonte tinha ido consultá-la em Delfos. Quando Querofonte lhe perguntou se existia alguém mais sábio do que Sócrates, a Pítia respondeu que não havia ninguém mais sábio (21 a). Ao tomar conhecimento deste oráculo, Sócrates primeiro não quis acreditar, pois não se achava nenhum sábio, mas não pôde duvidar da veracidade do oráculo, uma vez que não é permitido ao deus mentir. Considerando o oráculo como um enigma cujo significado deve ser esclarecido, Sócrates vai encontrar um político que tem a reputação de ser sábio e, sem demora, pôde constatar, depois de questioná-lo muito, que este homem acredita que é sábio, quando de fato não é. Em outras palavras, Sócrates percebe que este homem sofre de uma dupla ignorância: como ele imagina saber o que não sabe, ele não sabe que na verdade é ignorante” (DORION, 2008, pág. 35).

Ainda prossegue relatando que após a consulta com o político Sócrates percebeu que o poeta também não tem domínio das palavras que utiliza, assim como o artesão não compreende o valor (estético) da obra que produz. Dessa forma, a agitação política se inicia na medida em que as pessoas não conseguem aceitar o fato de sua própria (dupla) ignorância. O episódio mais marcante da vida de Sócrates para qual se dispõe do maior número de informações é o processo que lhe foi aplicado em 399 a.C. O filósofo foi acusado de não acreditar nos deuses da época, de introduzir novas divindades e de corromper a juventude através do seu discurso filosófico; discurso este exemplificados nos já citados diálogos escritos por Platão.

Tratando-se de uma das acusações em particular, a qual Sócrates foi submetido, do ponto de vista de Platão e Xenofonte, os mesmos defendem Sócrates como se ele fosse alvo de uma acusação de ateísmo e simplesmente fosse censurado de não crer

nos deuses. Platão e Xenofonte, não dão a entender que Sócrates não crê mais em Zeus ou em qualquer outra divindade do Olimpo, pode-se dizer é que ele não crê nas histórias e relatos da época que os poetas contavam pelas cidades. A segunda acusação é a que relata a introdução de novas divindades, trata-se do famoso “sinal divino”, que Sócrates afirmava ouvir e dizia que lhe é próprio. Se o principal foco da acusação é o “sinal divino” há uma dúvida do porque os acusadores trataram tal sinal como “divindades” e não uma “divindade”. O último ponto de acusação Platão fala de uma acusação impiedosa onde Sócrates teria corrompido os jovens incitando-os a não crer nos deuses da cidade, ao contrário a honrar novas divindades, o que por sua vez seria um grande desaforo para os mais velhos e as famílias dos jovens.

No que tange aos procedimentos do julgamento e condenação de Sócrates o comentário a ser feito incide na questão do *dialegesthai* (debater alguma coisa com alguém) e face à *peitheim*. Enquanto que o diálogo, aqui tido como a dialética típica do discurso filosófico que, para Sócrates objetivava um conhecimento, e hoje pode ser descrito como uma autopoiese do ser (dessa forma sempre travado entre duas pessoas); a persuasão era compreendida como o discurso político dirigido às multidões. Portanto, Hannah Arendt (2009) enfatiza que, talvez, o maior erro do filósofo foi dirigir-se aos seus julgadores utilizando o discurso filosófico, por isso afirma:

“o erro de Sócrates foi ter se dirigido aos seus juízes de forma dialética, razão pela qual não foi capaz de persuadi-los. Como, por outro lado, ele respeitava as limitações inerentes à persuasão, sua verdade tornou-se uma opinião entre outras, ou seja, uma verdade sequer minimamente mais válida do que as não-verdades de seus juízes. Sócrates insistiu em debater a questão sobre todo tipo de coisas com cidadãos atenienses isolados e com seus discípulos; acreditava poder assim chegar a alguma verdade e persuadir os outros de sua validade. Mas a persuasão não provém da verdade; provém das opiniões; e somente a persuasão considera e sabe lidar com a multidão”. (ARENDR, 2009, pág. 54).

Todavia, apresenta-se um paradoxo no que tange a relação apresentada entre a política e a filosofia com o externo preconceito à figura do filósofo que, naquela época, já era ridicularizado por seus concidadãos. Hannah Arendt até cita lembrança de Tales que foi motivo de risadas de uma garota pelo fato de ter tropeçado e caído ao contemplar as nuvens. O que nos chama atenção é que, apesar de um aparente erro de Sócrates ao ter se dirigido à multidão com um discurso dialético, o mesmo foi indiciado por razões puramente políticas; e quem, novamente, nos esclarece sobre o assunto é Hannah (2009), que explica:

“o que na República aparece como uma discussão estritamente filosófica foi inspirado por uma experiência exclusivamente política – o julgamento e morte de Sócrates – e não foi Platão, mas Sócrates, o primeiro filósofo a ultrapassar a linha demarcada pela polis para o *sophos*, o homem que se ocupa das coisas eternas, não humanas e não políticas. A tragédia da morte de Sócrates repousa sobre um mal-entendido: a polis não entendeu que Sócrates não julgava ser um *sophos*, um homem sábio. Por duvidar que a sabedoria fosse para os mortais, ele percebeu a ironia do oráculo de Delfos, que dizia ser ele o mais sábio dos homens: o homem que sabe que os homens não podem ser sábios é o mais sábio dentre todos. A polis não lhe deu ouvidos e exigiu-lhe admitir que era, como todos os *sophoi*, politicamente um inútil, como filósofo, porém, ele de fato nada tinha a ensinar aos seus concidadãos”. (ARENDR, 2009, pág. 52).

Desse modo, o que se pode auferir é que Sócrates não estava de todo equivocado (moralmente falando) quando se dirigiu aos seus julgadores através do discurso dialético, uma vez que foi o próprio Estado quem reconheceu a presença da política na filosofia. De fato, obtemperando sobre este prisma, o hiato entre política e filosofia continua tão atual quanto no caso de Sócrates. A contemporaneidade tem premiado o discurso persuasivo através da imposição de valores econômicos ou de afirmação de condições sociais. Na política hodierna temos

buscado uma balança de poder e Luiz Alberto Rocha relembra a relação deste com o Direito quando leciona que:

“é pelo poder que as relações sociais se determinam e é pelo poder que o Estado exerce suas atribuições sociais, mas também é pelo poder que surge a separação entre governantes e governados, entre oprimidos e opressores e é pela existência de um poder descontrolado que grupos humanos inteiros reclamam direitos fundamentais” (ROCHA, 2009, pág. 02).

Sócrates acreditava que acima de qualquer lei havia uma lei de origem natural – independente da influência humana, única e universal, fonte primordial de todo direito positivo, uma manifestação da vontade divina proporcionada pela consciência humana. Conhecer o homem é o principal objetivo de todos os seus questionamentos e a moral é a válvula de escape por onde convergem todas as partes da filosofia.

Com a moral Sócrates ensina a bem pensar para bem viver. O único meio de se alcançar a felicidade ou a semelhança com Deus (fim supremo do homem), é a prática da virtude. Para adquirir-se virtude é necessário adquirir-se sabedoria, essa doutrina é uma das principais características da moral socrática sendo uma consequência natural do erro psicológico de não distinguir a vontade da inteligência. O que leva, de pronto, para a questão da maiêutica socrática. Criada por Sócrates no século IV a.C., a maiêutica é o momento do "parto" intelectual da procura da verdade no interior do Homem. A maiêutica pode ser compreendida em dois momentos distintos: em um primeiro momento Sócrates levava os seus discípulos (ou interlocutores) a pôr em dúvida seu próprio conhecimento de um determinado assunto em questão; posteriormente, Sócrates levava os interlocutores a ter uma nova idéia, uma nova opinião sobre o assunto em questão.

É a na utilização de sua retórica (a arte da persuasão) dialética que se dava o “parto” intelectual dos interlocutores, que passavam a reconhecer a incompletude de seu conhecimento e buscavam complementá-lo através do estudo, pesquisa e

observação. O método utilizado por Sócrates consistia na absorção da tese sustentada pelo interlocutor e formulação de duas hipóteses, “A” de conformidade com a tese, e “B”, também em conformidade com a tese. Contudo, quando se une hipótese A e B, surge uma antítese, que acaba por derrubar a tese sustentada pelo interlocutor. Daí o reconhecimento da própria ignorância.

A maiêutica significa o "parto das idéias", termo inspirado pela profissão da mãe de Sócrates, parteira. Maiêutica é também sinônimo de obstetrícia, parte da medicina que estuda os fenômenos da reprodução na mulher. Maiêuta é o médico que presta assistência à mulher e seu feto no período grávido-puerperal (obstetra). Outrossim, ela significa a arte de levar o interlocutor através de uma série de perguntas, a descobrir conhecimentos que ele soubesse sem saber que os possuía. Com o surgimento da maiêutica surge também o método socrático que tem por objetivo através de perguntas simples decifrar as idéias mais complexas. A maiêutica socrática é o início da intelectualidade, da busca da verdade e do conhecimento no interior do homem. Sócrates conduzia este fato em dois momentos. No primeiro, ele orientava que o homem deveria duvidar de seu próprio conhecimento a respeito de um determinado assunto; no segundo momento Sócrates orientava para a busca de uma nova opinião sobre o assunto em questão.

Tal despertar parte do princípio de que o conhecimento está presente na mente de todo o ser humano, podendo ser encontrado pelas respostas a perguntas propostas de forma perspicaz. Um dos seus principais objetivos é solucionar idéias complexas com pensamentos mais simplificados. A auto-reflexão, expressa no *nosce te ipsum* - "conhece-te a ti mesmo" - põe o Homem na procura das verdades universais que são o caminho para a prática do bem e da virtude. Para o direito tal premissa representa a produção de um olhar que o considere como parte das ciências sociais (uma fatia do bolo do conhecimento), mas integrado a toda a forma de produção de conhecimento científico-social.

Conclusões.

Toda conclusão em ciência, ainda mais depois de tudo o que foi exposto no presente artigo, deve ser considerada como uma resolução provisória. Haverá um tempo em que a revolução científica (como ensina Thomas Kuhn), inexoravelmente ocorrerá porque faz parte de um processo contínuo da experiência de vida humana. Partindo deste pressuposto, e acreditando-se que o mundo vive em um momento de mutação paradigmática, o trabalho fornece as seguintes conclusões:

- a) *Os processos cognitivos na experiência contemporânea passam por um processo de adequação a nova realidade mundial. Diversos fatores fizeram com que tanto os discentes quanto os docentes ficassem acostumados com as características fornecidas pelo paradigma da ciência moderna, fato que repercute no modo pelo que se produz e reproduz o conhecimento em direito. Outro fato que vem contribuir com esta marcha é fenômeno da globalização que acende a chama egocêntrica e competitiva (o lado yang) do ser social;*
- b) *Não obstante á estes fatores surgem algumas vozes dissidentes que anseiam por uma mudança que se opere de forma que contributiva a construção de um olhar holístico, sistêmico, do mundo táctível, observável, vivido. Justamente neste sentido está contribuição de Luhmann na construção de quadro próprio acerca da sala de aula que vai nos demonstrar os sistemas operacionais da sociedade e seus sub-sistemas, num emaranhado complexo e encadeado de possibilidades. Chegando, dessa forma, a conclusão de que a sala de aula é um modalidade*

de acoplamento estrutural entre sociologia, epistemologia e direito;

- c) *Apesar da descrição da sala de aula como sendo efetivamente um acoplamento estrutural ainda resta avaliar os sujeitos que transitam por este meio, mais precisamente aqueles que realmente necessitam ser ouvidos enquanto permanecem calados, os alunos. Através das pesquisa quantitativa conseguiu-se fornecer uma imagem de como este aluno observa o processo cognitivo e o que ele espera do curso de graduação;*
- d) *Por fim, a necessidade de adequação a estas exigências demandam que aqueles que somente falam, sejam chamados a ouvir, questionar, indagar e, desta forma incentivar o crescimento coletivo do corpo discente a partir do resgate da dialética e da maiêutica socrática como o método de ensino que vai preparar o acadêmico para os desafios do amanhã.*

Por fim, é bastante oportuno lembrar o Professor Boaventura Souza Santos que aponta o defeito na produção das teorias críticas da modernidade, quase que parafraseando Sócrates, também, desde já, preparando o artigo aqui escrito para os comentários que estão por vir. Leciona Santos (2002) que

“Ao identificar e denunciar as opacidades, falsidades, manipulações do que critica, a teoria crítica moderna assume acriticamente a transparência, a verdade a genuinidade do que diz a respeito de si própria. Não se questiona no acto de questionar nem aplica a si própria o grau de exigência com que critica. Em suma a teoria moderna não se vê ao espelho da crítica com que vê a crítica. Ao contrário, a teoria crítica que aqui proponho parte do pressuposto de que o que dizemos acerca do que dizemos é sempre mais do que o que sabemos acerca do

que dizemos. Neste excesso reside o limite da crítica”
(SANTOS, 2002-A, pág. 17).

Referências.

ARENDT, Hannah. **A Promessa da Política**. Organização e introdução: Jerome Kohn. 2ª Ed. Tradução Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro – DIFEL. 2009.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito**. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas por Marcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo, Ícone. 1995.

BOFF, Leonardo. **A Águia e a Galinha – uma metáfora pra condição humana**. 47º Ed. Editora Vozes. Petrópolis – RJ. 2009.

CAPRA, Fritjof. **O Ponto de Mutação – a ciência a sociedade e a cultura emergente**. Editora Cultrix. 1983.

DORION, Louis-André. **Compreender Sócrates**. 2ª Ed. Editora Vozes. Petrópolis – RJ. 2008.

KELSEN, Hans. **A Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 7ª ed. Martins Fontes. São Paulo – SP. 2006.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. v. I e II. Rio de Janeiro. Edições Tempo Brasileiro. 1983.

_____. *The autopoiesis of social systems*, in F. GEYER and J. van der ZOUWEN (eds.). **Sociocybernetic Paradoxes**. Sage, London, 1986.

_____. *The Modernity of Science*. Translated by Kerstin Behnke. *New German Critique*. N. 61. *Special Issues on Niklas Luhmann*. Telos Press. 1994. 9-23.

_____. *Complejidad y Modernidad - De la Unidad a la Diferencia*. Edición y traducción de Josetxo Beriain y José María García Blanco. Editorial Trotta. Sagasta, Madrid. 1998.

MORAES, Maria Cândida. **Pensamento Eco-sistêmico – Educação Aprendizagem e Cidadania no Século XXI**. Editora Vozes. Petrópolis, RJ. 2004.

OAB, Conselho Federal. **Carta do Rio de Janeiro do II Seminário Nacional de Educação Jurídica**. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=21695> > Acesso em: 08.04.2011.

OLIVEIRA, Frederico. **O Controle Substantivo dos Valores Democráticos pelo Supremo Tribunal Federal**. Tese de Doutorado em Direito defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2005.

ROCHA, Luiz Alberto G.S.. **A Escola Francesa e as Definições de Poder: Georges Burdeau e Michel Foucault**. 2009. Pág. 02.

SANTOS, Boaventura de Souza (org). **A Globalização e as Ciências Sociais**. 2ª Ed. São Paulo: Cortez. 2008.

SANTOS, Boaventura Souza. **A Crítica da Razão Indolente: Contra o Desperdício da experiência. Para um novo senso comum - A ciência, o direito e a política na transação paradigmática**. 4ª Ed. Cortez. São Paulo – SP. 2002.

_____. **Um Discurso Sobre as Ciências –**
Edições Afrontamento. 13ª Ed. Cidade do Porto. 2002.

CAP II

AFIRMAÇÃO DA TEORIA DO DIREITO NO BRASIL E A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ROBERT ALEXY – UM DEBATE TEÓRICO SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Cenário da Teoria do Direito no Brasil.

Existem alguns equívocos que se tornam em questões perniciosas em se tratando de Teoria do Direito. Muitas destas questões surgem quando um advogado, juiz, promotor de justiça, ministro de tribunal superior, ou aqueles os quais a doutrina convencionou em denominar de operadores do direito (ou de juristas); sustentam teses sobre os direitos e sua natureza em face do tempo presente, sobre sua finalidade, os meios necessários para sua garantia. É possível, dessa forma, construir algumas grandes derivações para aplicação prática das teorias conclamadas pela academia. Existem aqueles juristas e operadores do direito que tem dificuldade em aceitar novas teses sobre a natureza e finalidade dos direitos, eles utilizam antigas premissas jurídicas para resolver os casos atuais. Diante de uma situação nova, diriam eles, o essencial seria aplicar a analogia, a jurisprudência, o costume e os princípios gerais do direito como fontes dele próprio (pelo menos em sua versão positiva). Ao mesmo tempo, discutem sobre a discricionariedade do Juiz ao preencher as “lacunas” da lei. Poderiam ser chamados de juristas clássicos, mas na verdade, a melhor descrição seria a de positivistas conservadores.

Não obstante, estão os que se colocam diametralmente opostos aos positivistas conservadores. Discutem eles sobre a natureza do direito com diretrizes que fogem da estrutura clássica do positivismo jurídico empregado no Brasil. Colocam-se contra a prisão metodológica do direito e lutam por uma interpretação jurídica ativa no processo de mutação social. Muito mais ativa do que a moldura Kelseniana e (pelo menos em tese) muito mais democrática do que o processo clássico. Estes juristas, dividindo-se entre duas ou mais subclasses são todos convergentes na idéia de superação do positivismo, portanto se autodenominam pós-positivistas. Há, ainda, uma terceira classificação dos juristas de teoria do direito no Brasil, sendo aqueles que representam um ideal modelo de um determinado autor como paradigma para aplicação no Brasil. Eles se apóiam e defendem uma teoria como sendo a correta (ou a mais correta) para resolução dos problemas jurídicos. Alguns fazem isto considerando tanto os benefícios quanto às dificuldades de implementação da tese a qual advogam, portanto buscam um meio conciliatório para aplicação pragmática de sua posição, outros já não conhecem inteiramente a teoria a qual sustentam, mas, mesmo assim, advogam a seu favor. Agindo desta ou daquela forma, é possível chamá-los de juristas de referência exclusiva, ou preponderante.

Uma tal divisão leva a crer que haja um embate entre positivistas clássicos e pós-positivistas, tendo como um meio termo os juristas de referência exclusiva ou preponderante. De fato, esta conclusão é imprecisa se tomada nestes termos. Na medida em que associa-se teoria e prática é possível perceber tal contenda em determinados níveis, em alguns deles há uma aglutinação e sobreposição de finalidades, noutros espectros analisa-se uma predominância pura de uma corrente ou outra. No âmbito de produção e crítica acadêmica há um discurso de superação da idéia dos positivistas clássicos. Prega-se o conhecimento irrestrito do conhecimento ele próprio. Há uma nova brisa que sopra sobre a propedêutica. O reconhecimento da necessidade de resgate filosófico, hermenêutico e teórico do direito faz com que o discurso geral seja: autoconhecimento do conhecimento jurídico. Ao mesmo tempo, quando os acadêmicos

são introduzidos a disciplina geral do direito enquanto ciência jurídica, não há um desprendimento total da visão dos positivistas clássicos, na medida em que eles estudam introdução ao direito com premissas jurídico-positivas.

Conceito de norma jurídica, conceito de direito, análise sobre as fontes do direito, características do direito e suas relações com a moral e outras ciências. Todos estes debates são resenhas de discussões de autores positivistas clássicos atualizadas por autores modernos (em sua grande maioria). O que não se coaduna com o plano hipotético do ideal acadêmico que é pós-positivista cumulado com a atuação de juristas de referência exclusiva ou preponderante. Isto se justifica por conta de um motivo: as exigências mercadológicas sobre o profissional do futuro. Argumentam que premissas clássicas, como argumentação silogística, subsunção da norma jurídica, obediência às formalidades forenses (dentre a mais importante e repetidamente veiculada: o prazo!), a utilização de linguagem e jargões jurídicos, entre uma enorme gama de (quase) dogmas deixaram de ser típicos da atividade forense como prática judiciária e passaram a ser, *lato sensu*, da prática jurídica. Nesta nova prática, os positivistas clássicos quase que dominam os debates jurídicos na medida em que, quando surge uma nova tese sobre os direitos o peso da “segurança jurídica” pende para a segurança teórica na certeza metodológica do positivismo jurídico (o que não está nos autos não existe para o direito).

Bem, tem-se argumentado nesta introdução sobre uma tal ótica do cenário jurídico brasileiro, propugnando por uma necessidade de redimensionamento, uma revisão desta realidade da Teoria do Direito no Brasil. Em que pese os muitos e grandes juristas que precedem este trabalho talvez discordarem desta posição, acredita-se que a natureza dos direitos e sua constante necessidade de revisão perdem parte de sua essência quando não são claras as bases sob as quais se fundam as discussões sobre os direitos. Existem diversas apropriações das teorias estrangeiras e das teorias clássicas que não são capazes de solucionar os problemas jurídicos pátrios porque se apoiam no argumento de necessidade de análise crítica da prática e aplicação acrítica da

teoria. O jurista (e neste tem início o sentido ao qual se pretende empregar para o resto da obra) deve ser aquele que antes de se perguntar sobre as implicações da aplicação de determinada teoria sobre os direitos se questiona: eu realmente conheço a teoria a qual pretendo aplicar?

Como numa decorrência lógica a questão que se insurge é: o que é a prática? Como descrevê-la? Como ser capaz de mudá-la? Reconhecer a importância destes questionamentos constitui o primeiro passo para reconstrução do cenário jurídico brasileiro. Uma boa descrição da realidade jurídica contemporânea talvez possa ser resumida no termo “polissemia”. Sem a necessidade de recorrer a etimologia da palavra, por si, algo que é “polissêmico” é algo que possui diversos significados. Um exemplo recorrente é o termo “vela”. Para delimitar a extensão do sentido que pretendemos é necessário o contexto, vela do barco, vela de cera, enquanto substantivos. Já como verbo, velar, ele vela, o corpo, a possibilidade. Aplicando-se tal lógica ao termo/expressão “direito”, novamente torna-se possível chegar à ideia dos manuais de introdução que ao descreverem a etimologia da palavra direito argumentam sobre direito científico, direito subjetivo ou direito como ação (ter direitos). Bem, não é puramente neste contexto que pretende-se alocar a polissemia do direito enquanto pressuposição para construção do objetivo principal da pesquisa.

Tomem-se por base as três acepções da palavra direito mencionadas acima. Descrever o direito como ciência, a compreensão de norma jurídica, enunciados jurídicos, e etc., faz com que seja possível fundamentar o sentido de direito subjetivo. Na medida em que tais direitos subjetivos são garantidos a partir da criação das estruturas jurídicas do Estado, clarificam-se as bases da noção do que é “ter direitos”. Em suma, na experiência jurídica as análises clássicas sobre etimologia e acepções da palavra direito devem ser observadas não por suas idiossincrasias, mas sim pelo seu aspecto dialético complementar. O que leva a discussão sobre o conceito de direito a partir da experiência dele próprio. Ao fazer isto chega-se à ideia de polissemia pretendida. Garantem-se diversos direitos sobre determinadas perspectivas ainda que a maioria concorde sobre seu caráter conflitante. A

exemplo: as interpretações de pós-positivistas (extremados) sobre a teoria da igualdade e a justiça distributiva, a questão do ativismo judicial, a divisão dos poderes, norma jurídica, regras e princípios.

Os diversos significados que pretendem ser abordados versam justamente sobre tal conjugação entre premissa teórica e aplicação prática. Após a fixação da premissa teórica observamos dois momentos distintos: a) eleição do tema para discussão, debate e pesquisa; e, b) aplicação da teoria pesquisada a partir da experimentação. A ideia polissêmica está dentro da letra “b”, porque: i) quando o pesquisador aplica a teoria pode atribuir maior valor a ela própria e menor valor à prática, e vice e versa; ii) quando o resultado da aplicação prática não encontra aceção da comunidade científica a pesquisa se torna uma preconcepção latente na *persona* do pesquisador, dificultando o processo dialético cognitivo; iii) quando o resultado da aplicação prática encontra aceção da comunidade científica ele próprio passa a constituir paradigma digno de crítica e apreciação mesmo que os interlocutores não tenham compreendido cem por cento sua tese. Estas diversas consequências causam uma pluralidade de significados para o “direito” (enquanto fenômeno).

O reconhecimento deste ponto de partida é necessário porque no presente trabalho a proposta metodológica envolve uma discussão, não somente sobre a Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, como também sobre a absorção da ideia/noção de Direitos Fundamentais pela pragmática jurídica nacional. Deveras, um trabalho que tem a pretensão de ser bastante frutífero, mas que para um resultado melhor qualificado requer um corte epistêmico sobre a proposta. Bem, a discussão sobre os direitos fundamentais no Brasil, é inserida tanto na ótica polissêmica quanto na questão sobre a natureza dos direitos. Diversos autores discordam sobre os Direitos Fundamentais e sua essência, sem, contudo, resolver satisfatoriamente os problemas concernentes à aplicação destes direitos. Notoriamente há uma relação, no mínimo controversa, sobre a adoção da tese dos Direitos Fundamentais e, cumulativamente, por exemplo, da tese substancialista na apreciação dos direitos. Podemos deixar isso bem claro ao analisar a ADI 3510 no contexto brasileiro.

Quando se analisa o art. 5º da Lei n. 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), é possível perceber a regulamentação sobre a pesquisa em células tronco de embriões que atenderem aos critérios estabelecidos nos enunciados normativos ali expostos. Muitos argumentaram (e ainda argumentam) que o conteúdo destes enunciados seria inconstitucional porque supostamente violam a norma que confere a todos o direito à vida (baseados em uma suposta ingerência divina sobre o homem). Ao fazer isto estariam eles sustentando a tese de que existem direitos cuja materialidade se difere de regulamentações constitucionais periféricas, à título de exemplificação, o §1º do art. 18º da Constituição (Brasília é a capital do Brasil). Possuem tais direitos uma importância *sui generis* para construção do Estado Democrático de Direito, porque são eles contribuições históricas de gerações passadas, ou porque são revestidas das características de inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade e ao mesmo tempo relatividade. Bem, ao decidir a questão incipiente o que se discutiu na verdade pode ser dividido em dois argumentos principais: a) a extensão do direito à vida, e; b) quando a vida inicia.

Acometendo o problema a partir do primeiro argumento, seria possível trabalhar a questão da ponderação dos Direitos Fundamentais. Aqui estaríamos diante de uma discussão sobre a Teoria dos Direitos Fundamentais, formalizada, e com método científico próprio. Contudo, o segundo argumento, considerado como subsidiário se torna necessário para responder ao primeiro. O que cinge a questão de mérito sobre as duas teorias acima, causando uma confusão teórica. Enquanto que alguns sustentam a premissa de que os Direitos Fundamentais possuem características determinadas e, por isso, são revestidos de fundamentalidade; outros acreditam que a essência da proteção ao Direito à Vida, por exemplo, encontra-se dormente em valores que irradiam sobre a concepção jurídica dos direitos (como um todo). Daí a dúvida que fundamenta esta pesquisa: Será que a ideia de fundamentalidade pressupõe uma axiologia moralizante do direito? Deve, então, a pesquisa ater-se, neste momento, na explicação da estrutura formal optada para este trabalho.

Dividindo-o em três sessões/partes, trabalhar-se-ão três pontos: a) um com o enfoque doutrinário para delimitação das premissas teóricas que serão adotadas; b) um prático com a análise jurisprudencial sobre o caso que pretende-se por em discussão (o direito fundamental a intimidade e a vida privada de figuras públicas) e; c) um último texto para apresentação de conclusões sobre o resultado final da pesquisa.

Na primeira parte/sessão, foram divididos os tópicos para uma análise teórica sobre os autores referências e foi reservada para a conclusão a execução de uma situação hipótese que introduzirá à pesquisa jurisprudencial da sessão seguinte. No que tange às referências, foi intitulado (preliminarmente) o tópico como sendo uma análise sobre os debates pós-positivistas no Brasil. A intenção não é revisitar Hans Kelsen em sua, célebre Teoria Pura do Direito (ou na Teoria do Direito e do Estado), pois como foi dito alguns dos debates dos positivistas clássicos já foram superados, na medida em que não existem controvérsias, por exemplo, sobre as fontes do direito, ou a relação hierárquica e escalonada das normas jurídicas. A intenção é demonstrar como que os pós-positivistas refletem sobre a estrutura do direito. Neste tópico, foram eleitos dois debates que devem ser subsidiados com bibliografia complementar para compreensão e contextualização sobre o objeto trabalho. Eles, imanentemente, discutem Teoria do Direito e o fazem com uma clareza e profundidade que impressionam.

Pela ordem, procurou-se indicar algumas das idiosincrasias do positivismo clássico e a ruptura pretendida pelo pós-positivismo no texto de Herbert Hart conhecido como “Visita à Kelsen”, claro que correlacionando-o com sua obra mais famosa “O Conceito de Direito”. A intenção é demonstrar como Hans Kelsen trabalha o sentido das normas e sua interpretação, bem como a crítica que Herbert Hart faz no que tange ao que denomina de regras jurídicas, o que, outrossim, fundamenta sua teoria sobre o conceito de direito. Num segundo momento procurou-se acometer o debate travado entre Ronald Dworkin e Herbert Hart quando aquele escreve seu “Modelo de Regras” criticando a estrutura do direito a partir de regras jurídicas. Aqui é

possível conseguir uma descrição contemporânea e bastante rica do quadro geral do direito pela sistematização das grandes teorias clássicas e contemporâneas.

Num segundo momento, o objetivo, então, passará a discutir a Teoria dos Direitos Fundamentais, proposta por Robert Alexy e sua abertura estrutural para absorção da discussão sobre o reflexo da axiologia moralizante nos Direitos Fundamentais. Daí, então, passar-se-á para preocupação com a absorção desta possibilidade pelo ordenamento jurídico e pela teoria brasileira. Por conta disto achou-se conveniente analisar um caso genérico que possui implicações especializadas na medida em que se torna possível melhor contextualizá-lo na conclusão. Trata-se do Direito à Vida Privada das figuras públicas. Onde começa a vida privada e a vida pública daquelas pessoas que são notoriamente conhecidas por sua atividade profissional, ou, pela natureza de seu trabalho? Utilizar o pressuposto da axiologia moralizante confere uma análise mais, ou, menos discricionária? Como é possível conferir um critério para discutir a fundamentalidade dos direitos?

UMA ANÁLISE SOBRE OS DEBATES PÓS-POSITIVISTAS NO BRASIL.

A visão da existência de uma constituição, por si só, já indica a coexistência de uma pluralidade de normas jurídicas. Vencido o debate, a exemplo, travado por Bobbio sobre o ordenamento jurídico composto por somente uma norma jurídica, a pluralidade é um requisito ontológico do ordenamento ele próprio. Tal fato remete a questão da Unidade e Coerência do Ordenamento Jurídico daí que as normas devem obedecer ao critério de validade num plano lógico-jurídico e jurídico-positivo (BOBBIO, 1995, pág. 20-31).

Em que pese as diversas teorias e discussões sobre a ciência jurídica neste plano positivo é a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen quem vai sedimentar as bases da discussão teórica sobre a natureza da ciência jurídica e fixar as raízes da tradição moderna sob as bases do direito. Dentre algumas das premissas, anota-se o estado de pureza metodológica, a concepção dos

planos estático e dinâmico da ciência jurídica, a concepção do plano de validação da norma jurídica e a interpretação do direito no modelo jurídico-positivo (KELSEN, 2006). Estas lições tornam-se paradigmas para o estudo do direito positivo no mundo, cabendo aos juristas procederem diversas críticas sobre a descrição efetuada por Kelsen e, em sua maioria, as críticas se voltam contra a visão dogmática “fechada” impregnada (muito por conta) do método “puro” utilizado. Um destes críticos é Herbert Hart que será analisado, preliminarmente, por sua “visita à Kelsen”.

A proposição inicial parte da premissa de que os enunciados prescritivos pelas autoridades jurídicas através da aplicação dos enunciados normativos não podem ser confundidas com as normas jurídicas que representam o direito, como no sentido de “ter o direito à vida”, por exemplo (HART, 1983, pág. 154-5). Tal diferenciação justifica a aplicação de regras num sentido descritivo e de normas num sentido prescritivo, sendo possível a leitura de que o precedente fixado no caso *Hustler Magazine, Inc vs Jerry Falwell*, existe a regra de que figuras públicas não têm o direito de recorrer ao *emotional distress* quando o comentário ou ato tiver cunho artístico ou humorístico e a concepção do público sobre a personalidade da pessoa em questão se mantiver inalterada. De outra sorte, as normas jurídicas estão inscritas na fundamentação utilizada no caso concreto, ou seja, na defesa dos direitos da primeira e da décima quarta emenda da Constituição Americana.

Uma tal ótica se complementa com a noção Kelseniana de que o direito pode ser indeterminado de maneira intencional e de maneira não intencional (KELSEN, 2006, pág. 388-9). O que abre uma janela discricionária para que o Juiz possa decidir desde que dentro dos limites fixados na moldura da norma jurídica (KELSEN, 2006, pág. 390), daí o seu caráter prescritivo. Não reconhecendo um método próprio, ou adequado, para interpretação do direito o ato por si é descrito como uma operação mental que vai do escalão inferior para o escalão superior, em última análise para um plano de validação constitucional (KELSEN, 2006, pág. 387). Basta analisar, por

exemplo, o art. 157, §3º do Código Penal que preceitua constituir crime a ação de “subtração de coisa alheia móvel com emprego de força ou grave ameaça seguida de resultado morte”. De maneira intencional o enunciado da norma estabelece uma prescrição jurídica de um “ser” que corresponde a um “dever ser” e, ao mesmo tempo, uma prescrição aberta quando enuncia “pena de vinte a trinta anos”. Mas, e se o infrator, durante a realização da conduta, não consegue subtrair a coisa alheia móvel? O crime deixa de ser apenado como um latrocínio e passa a ser um homicídio? Para que a regra seja expressa o Juiz deve analisar o ordenamento jurídico como um todo obtemperando sobre o caso concreto e estabelecer a regra de que mesmo que o agente do crime não consiga subtrair a coisa alheia móvel, consumado o homicídio, há crime de latrocínio (Súmula 610 do STF). Esta é a premissa que interessa ao trabalho uma vez que denota a convalidação genérica que se atribui aos atos e fatos da experiência jurídica brasileira.

Em se tratando de uma crítica contemporânea a tal teoria do direito, é Dworkin quem consegue abalar a estrutura do positivismo jurídico descrito por Hart. O desenho do “esqueleto” do positivismo é traçado com base nas seguintes premissas: a) a lei de uma comunidade consiste em um conjunto especial de regras usadas direta ou indiretamente. Tem elas a finalidade de determinar qual comportamento deve ser punido ou coagido pelo Poder Público, havendo, ainda, um critério de diferenciação (testes) do seu “*pedigree*”, o que difere regras válidas de regras espúrias ou outras regras sociais (de cunho moral). Continua Dworkin asseverando que: b) este conjunto de regras (legais) válidas compreende de forma exaustiva a “lei”, de modo que, se uma situação levada à juízo não se adéqua devidamente à regra não é possível dizer que na decisão “aplicar-se-á a lei”. A situação será decidida através da aplicação discricionária do ente público competente que deverá buscar além da lei o *standart* que irá ajudá-lo na confecção da nova regra e preenchimento da antiga; c) dizer que alguém tenha uma obrigação legal é admitir que neste caso existe uma regra legal válida que ordene que se tome determinada conduta, ou, que esta conduta não seja proibida. Na ausência de

uma regra válida não existe obrigação legal, o que se conclui que o Juiz ao utilizar a discricionariedade não toma o direito como expressão de legalidade no problema tratado.

Dworkin assevera pontos positivos na teoria de Hart, que completam, ou até se sobressaem, em contraposição ao positivismo jurídico de Austin. Diz ele que a teoria do conceito de lei de Hart é mais complexa do que a de Austin por dois motivos. O primeiro deles é porque Hart reconhece, diferentemente de Austin, que a regra possui diferentes tipos lógicos; pelo que as divide em regras primárias (ou de primeira categoria) e regras secundárias (ou de segunda categoria). Em um segundo momento, ele rejeita a concepção de Austin de que a regra é um tipo de comando e a substitui por uma elaboração geral e analítica do que, de fato, a regra é. Na obra de Hart ele afirma que

“As normas de um tipo, que pode ser considerado o tipo básico ou primário, exigem que os seres humanos pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos, quer queiram, quer não. As normas do outro tipo são, num certo sentido, parasitárias ou secundárias em relação às primeiras, pois estipulam que os seres humanos podem, ao fazer ou dizer certas coisas, introduzir novas normas do tipo principal, estinguir ou modificar normas antigas ou determinar de várias formas sua incidência, ou ainda controlar sua aplicação. As normas do primeiro tipo impõem deveres; as do segundo tipo outorgam poderes, sejam estes públicos ou privados. As do primeiro tipo dizem respeito a atos que envolvem movimento físico ou mudanças físicas; as do segundo dispõem sobre operações que conduzem não apenas a movimentos ou mudanças físicas, mas também à criação ou modificação de deveres ou obrigações”. (HART, 2012, pág. 105-6).

O Jurista Americano faz, ainda, uma releitura da proposição de Hart, saindo da questão principal do Conceito de Direito pretendido, e voltando-se para uma questão mais pragmática. A pretensão central é a justificativa do direito a partir

de uma visão jurisprudencial. Por isso é que ele descreve a separação de Hart asseverando

“Hart’s distinction between primary and secondary rules is of great importance. Primary rules are those that grant rights or impose obligations upon members of the community. The rules of the criminal law that forbid us to rob, murder or drive too fast are good examples of primary rules. Secondary rules are those that stipulates how, and by whom, such primary rules may be formed, recognized, modified or extinguished. The rules that stipulates how Congress is composed, and how it enacts legislation, are examples of secondary rules. Rules about forming contracts and executing wills are also secondary rules because they stipulates how very particular rules governing particular legal obligations come into existence and are changed” (DWORKIN, 1978, pág. 19).

Por outro lado, se a regra trata de uma conduta exigível, necessário se faz que sobre ela haja um poder que vincule a ação do cidadão com a pretensão do comando normativo. Hart justifica esta força coerciva num padrão fora da força física, argumentando que através da prática e da aceitação à condutas de determinado grupo nascem os *standarts* que são aplicados na conduta e a regra se aproveita disso. Todavia, não é toda conduta aceita pela sociedade que é tomada como regra, somente aquelas que são reconhecidas por todos (usuários ou não) como tal, um exemplo utilizado é o do costume de frequentar ao cinema nos domingos; aqueles que não frequentam não estão desobedecendo nenhuma regra, primeiro porque quem vai aos domingos não diz o contrário, segundo porque que não vai aos domingos reconhece que não comete nenhum erro. Já se os frequentadores dos cinemas deixarem de pagar o ingresso para utilizar dos serviços do fornecedor, a sociedade, como um todo discrimina a conduta transformando em regra o pagamento para prestação do serviço.

Outra justificativa fornecida por Hart diz respeito à validade proveniente da regra secundária. Diz ele que uma regra pode ser considerada vinculante quando editada em conformidade com alguma regra de segunda categoria. Por

exemplo, a constituição diz que é livre o exercício de quaisquer profissões excetuadas as hipóteses contidas na lei; uma norma de eficácia contida. Caso seja votada uma lei que complemente o texto constitucional, a regra contida em sua essência será vinculante à conduta dos cidadãos, justamente pelo plano de validação de sua eficácia. Caso a essência desta regra seja contrária ao estipulado na regra de segunda categoria (neste exemplo: a Constituição), considera-se a regra dela proveniente como inválida (ou inconstitucional). Daí surgem dois problemas enumerados por Dworkin: a) neste plano de validação é praticamente impossível justificar a validade da norma de categoria máxima, porque não existe nada acima dela que a crie; b) quem adota a posição de Hart, encontra dificuldade em conciliar a aplicação do direito nos casos difíceis que demandam uma aplicação hermenêutica criativa, não puramente técnica.

Dworkin critica justamente diferenciando a regra dos princípios e das *polícies* (traduzidas como políticas ou programas). Enquanto as políticas ou programas estabelecem um objetivo econômico, político ou social os princípios são requisitos de justiça e equidade, constituem uma nova dimensão de moralidade. De toda forma, não se trata de uma discussão que venha a trazer grande contribuição para a discussão na Teoria do Direito, por isso que Dworkin aponta como ponto crítico a distinção entre regras e princípios argumentando que

“The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standards point to a particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision”. (DWORKIN, 1978, pág. 24).

Com isto expõe sua visão de que as regras são aplicadas em um sistema de “tudo ou nada” (*all or nothing*) observando que a decisão jurisprudencial apenas atinge a questão de validade e

eficácia da regra aplicada ao caso concreto; ou ela é válida, portanto aplicável, ou ela não é válida sendo inaplicável. O exemplo utilizado por Dworkin é o do rebatedor de *baseball* que é eliminado com três *strikes*, constituindo a regra do jogo, mas lembrando das exceções (de que o rebatedor pode ser eliminado por mais de três *strikes* se o apanhador deixar a bola cair). A regra segue uma lógica cartesiana, retilínea, enquanto que o princípio possui diferentes dimensões de aplicabilidade, reconhecimento e autoprodução; possuem um peso relativo ao valor que eles representam, devendo ser ponderados quando existir conflito entre eles. A regra não possui esta dimensão axiológica, portanto quando entra em conflito com outra regra, a resolução tende para a análise do plano lógico jurídico (validade); já no que tange ao princípio o Juiz deve buscar algo além da regra.

Ao exercer o juízo ponderativo no conflito principiológico, o interprete age com discricionariedade (*discretion*), esta vista num sentido restritivo devido a noção de que deve-se reportar a uma escolha feita pelos instrumentos que regem a atuação do agente; neste sentido Dworkin fala “*discretion, like the hole in a doughnut, does not exist except as an area left open by surrounding belt of restriction*” (DWORKIN, 1978, pág. 31); atentando-se para o fato de que tal restrição pode ser observada tanto no contato interno como no periférico. Outrossim, existe uma atividade criativa na discricionariedade do Juiz, quando cria uma nova regra para o futuro, a aplicação de princípios para resolução de casos difíceis, afirmando que

“This theory holds that a legal obligation exists when (and only when) an established rule of law imposes such an obligation. It follows from this that in a hard case – when no such established rule can be found – there is no legal obligation until the judge creates a new rule for the future. The judge may apply that new rule to the parties in the case, but this is *ex post facto* legislation, not the enforcement of an existing obligation” (DWORKIN, 1978, pág. 44).

A compreensão de Dworkin, para este quesito dentro da teoria do direito, parece similar a de Alexy para teoria dos direitos fundamentais em diversos pontos. Contudo, o primeiro adota como pano de fundo uma questão basilar que diz respeito a natureza dos direitos e dos princípios jurídicos. Apesar de ambos defenderem uma tese de diferença de grau entre regras e princípios, para Dworkin a descrição sobre a essência do direito reside na sua capacidade de absorção dos valores morais da sociedade e a resolução de questões difíceis a partir da fixação desses valores. Materializa-se, dessa forma, a crítica ao trabalho de Hart, e se obtém uma possibilidade de discussão moral sobre a natureza dos direitos. Ao contrário, Alexy utiliza-se, em diversos momentos, da filosofia analítica para exarar um discurso não meramente de conteúdo (substancial), mas sim procedimental. Nesta esteira é que torna-se possível discutir uma teoria dos direitos fundamentais e, percebe-se, colocando-a na contramão do *softpositivism* em Hart e Dworkin porque fundamentado na filosofia analítica é capaz de reler os seus autores referência de forma a possibilitar a abertura metódica de sua pesquisa para absorção das mudanças sociais.

TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – ROBERT ALEXY.

Voltando-se, dessa forma, para a tese de existência de Direitos Fundamentais num determinado ordenamento jurídico pretende-se, a partir de agora, pontuar algumas considerações sobre a Teoria dos Direitos Fundamentais, em sua parte geral, desenvolvida por Alexy. Seguindo uma corrente, preponderantemente, analítica do direito ele defende que sua descrição perpassa pela análise preliminar sobre a norma jurídica; como um pontapé inicial que irradia sobre a discussão das normas de direito fundamental. De maneira bem compacta, norma pode ser descrita como uma questão semântica. O enunciado semântico que diz “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” indica um enunciado normativo que aponta para a existência de uma norma segundo a qual “é proibido ao cidadão agir em contrário com a

lei”; ao mesmo tempo em uma segunda norma que indica “é permitido ao cidadão agir no silêncio da lei”. Alexy pontua que ainda é necessário um refinamento deste tirocínio para que tais enunciados possam ser descritos como normas jurídicas, daí o recurso a questão do enunciado deôntico como aquele capaz de englobar algumas expressões como “permitido, proibido e devem (...) tem direito à (...)” (ALEXY, 2008, pág. 56). Conclui ele que

“Sempre que esses enunciados expressarem normas, será possível transformá-los em um enunciado deôntico que expresse a mesma norma. Nem todo enunciado normativo é um enunciado deôntico, mas todo enunciado normativo pode ser transformado em um enunciado deôntico. Isso tem uma importância que não deve ser subestimada, pois é possível construir formas padrão para enunciados deônticos que permitam identificar a estrutura das normas que elas expressam. As formas padrão dos enunciados deônticos são o último estágio antes da apresentação da estrutura lógica das normas por meio de uma linguagem baseada em fórmulas” (ALEXY, 2008, pág. 57).

Ao fazê-lo, então, desloca o debate para a natureza da validade da norma anotando existirem critérios sociais, jurídicos e éticos. Contudo, adverte ser “necessário salientar o fato de que o conceito semântico de norma não pressupõe nem exclui nenhuma dessas teorias” (ALEXY, 2008, pág. 62). A questão, então, se transfere para as normas de direitos fundamentais. Como estabelecer um critério para dizer quais normas representam um direito fundamental? Este critério de validade é controverso. Alocando-se tal argumentação para a Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais, Alexy leciona que uma tal questão poderia ser abordada de forma concreta ou abstrata, considerando que na segunda forma seria possível se questionar quais critérios podem ser utilizados para descrever uma norma como fundamental; enquanto que na primeira forma “se questiona que normas de um determinado ordenamento jurídico ou de uma determinada Constituição são normas de direitos fundamentais, e quais não” (ALEXY, 2008, pág. 65). O que

importa, para Teoria dos Direitos Fundamentais é a segunda proposta.

Ora, desta forma, torna-se possível discutir os critérios utilizados pela Constituição para elencar as disposições de direitos fundamentais como uma norma fundamental (portanto de natureza constitucional). Existem, pelo menos, três critérios capazes de responder à indagação sobre “por que uma tal disposição de direitos fundamentais é uma norma de direito fundamental?”; são eles critérios formais, materiais/substanciais e estruturantes. Após analisar algumas destas justificativas Alexy chega a seguinte conclusão

“Levando-se em consideração que, no âmbito dos conceitos aqui desenvolvidos, inúmeras diferenciações são possíveis, então é possível afirmar que essas definições têm quatro vantagens: (1) elas se apoiam da forma mais estreita possível na Constituição alemã; (2) sem que, com isso, excluam considerações de caráter mais geral; (3) por meio delas não escolhem de antemão teses substanciais e estruturais; e (4) elas abrangem, em grande medida, as disposições às quais se costuma atribuir, no debate sobre o tema, um caráter de direito fundamental”. (ALEXY, 2008, pág. 69).

Desta feita, retoma-se à questão semântica dos direitos fundamentais para discussão da “abertura” das normas de direito fundamental. Uma norma pode ser semanticamente aberta se a indeterminação dos termos contidos na disposição de direitos fundamentais comportar diversas interpretações; fato este que faz com que o Judiciário crie uma regra semântica quando delimita a extensão do sentido daquele determinado termo. Já a abertura estrutural confere a liberdade residual dos órgãos estatais para delimitar a extensão e o sentido dos termos indeterminados de maneira a aplicar o direito dentro dos limites discricionários permitidos pela norma (ALEXY, 2008, pág. 70-1). Ora, percebe-se, neste momento uma influência do raciocínio analítico trabalhado anteriormente no debate entre Hart e Kelsen, no qual é possível delinear a ideia de que normas possuem um caráter

prescritivo enquanto regras possuem um caráter descritivo. Não resolvem eles (até porque não é seu objetivo) a questão de se essas regras expressam enunciados de direitos fundamentais; pergunta respondida por Alexy na forma do que denomina de relação de refinamento.

Das disposições de direitos fundamentais contidas nas constituições, contudo, é possível interpretar diversas normas, a exemplo da disposição que confere a todos os brasileiros a inviolabilidade do direito à vida, podem se seguir as seguintes normas (porque enunciados deônticos): N_1) é proibido aos brasileiros atentarem contra a vida de outrem; N_2) é dever do Estado a garantia da vida dos brasileiros; N_3) é permitido aos brasileiros que vivam e este direito é inviolável. Adotando-se uma ou outra, elas coexistem dentro da disposição de direito fundamental contida na Constituição brasileira. Entretanto, num determinado caso concreto, a questão pode merecer um refinamento maior quando este direito é posto sob determinadas condições. Desse modo, elaborando pesquisa em seres vivos (C_1), tanto N_1 , quanto N_2 e N_3 estariam prejudicados. Daí que o Supremo Tribunal Federal, através do julgamento da ADI 3510, refina a questão semântica incidente sobre o início da vida criando uma nova regra (R_1) que pode ser expressa no enunciado “o direito a vida se inicia com a formação do cérebro”. Sob outras condições (C_2) uma nova regra pode nascer, podendo ser resumida no enunciado “não viola o direito à vida aquele que realiza aborto do feto anencefálico”; questão resolvida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 54.

Isto confere uma maior importância para argumentação jurídica na delimitação dos direitos fundamentais (ainda que se parta de uma teoria estruturante, como por exemplo em Friedrich Müller). Decerto, o argumento das normas atribuídas ainda deve ser completado com a concepção incontroversa nas teorias de Dworkin (1978) e Alexy (2008) de que as normas jurídicas são compostas de regras e princípios. Para Alexy (2008) esta divisão não é só de grau como também qualitativa. Em que pese existirem diversas justificações entre a diferença de regras e princípios (dentre elas a de generalidade, a de justificativa

axiológica, de semelhança de família, ou de deveres e direitos *prima facie*) observando o conflito entre e regras e a colisão entre princípios tais diferenças podem ser melhor identificadas. A primeira delas consiste no fato de os princípios constituem mandamentos de otimização do sistema jurídico, ou seja, “constituem normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 2008, pág. 90).

De modo diverso, inclusive conflitante com a tese de aplicação no *all or nothing*, o conflito entre as regras somente seria possível no caso de estabelecimento de: a) uma regra de exceção ou; b) a invalidação de uma das regras. Isto poderia ser exemplificado através da análise do enunciado “é proibida a disposição do próprio corpo quando importar em diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes” (R_1) em conflito com o enunciado de que “para salvar a vida de outras pessoas é possível realizar um transplante de órgãos” (R_2). Neste caso, poderia o legislador, ou estabelecer uma regra de exceção (E_1), ou invalidar uma das duas regras. No segundo caso, o ordenamento poderia excluir R_1 e aplicar apenas R_2 (e vice versa), mas a questão apenas seria uma discussão de validade entre regras jurídicas. De outra sorte, no primeiro caso, o conflito $R_1 + R_2$ resultaria na necessidade de estabelecimento de uma regra de exceção E_1 que poderia ser resumida no enunciado “para fins de transplantes é permitida disposição do próprio corpo desde que não importe em diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”.

Já os princípios devem obedecer a uma lei de colisões, porque não são discutidos em sua validade nem se pode estabelecer uma exceção em sua aplicação. Alexy, dessa forma, somente trabalha na dimensão de peso dos princípios consegue dividir a discussão sobre sua natureza na descoberta de uma norma deontológica (regra e princípio) ou de uma norma ontológica (regra de valoração e critério de valoração – “valor”) e critica a segunda posição por acreditar não ser possível ponderar, por exemplo, o bom ou o mau (ALEXY, 2008, pág. 151). Abordando a lei de colisões, então, é possível explicar que os

princípios jurídicos não se anulam. São aplicados em sua máxima eficácia e em determinadas condições podem ter um peso maior ou não de acordo com as relações de precedência determinadas ou indeterminadas, atribuindo-se, somente aqui, a dimensão de peso de um princípio no caso concreto. A expressão utilizada por Alexy (2008) é a de que o princípio P_1 , nas condições C , prevalece sobre o princípio P_2 , estabelecendo que $(P_1 \mathbf{P} P_2) \mathbf{C}$; como a redução do que considera ser a lei de colisões. É de bem ver que tais justificativas, postas desta forma podem ser colocadas de maneira antagônica com a concepção da Teoria do Direito de Ronald Dworkin até aqui estudada.

CONCLUSÃO

O problema colocado pode ser melhor abordado sob a perspectiva do direito fundamental à liberdade dentre os quais estão inseridos a vida privada e à intimidade. Por constituírem base do Estado Democrático de Direito, a tradição brasileira tem lhes conferido uma salutar importância. E eles tornam-se tão grande que inclusive podem ser postos em rota de colisão quando se questiona acerca da intimidade e da vida privada das pessoas públicas. Será possível delimitar a extensão desses direitos somente através das normas deontológicas? Ou será necessária a intervenção da norma ontológica (axiológica)?

Dependendo da adoção de um critério ou outro, estar-se-á de frente de uma teoria do direito substancialista ou de uma teoria do direito procedimentalista. Ao se fazer isto é possível chegar-se a duas respostas para a discussão sobre a axiologia moralizante da fundamentalidade dos direitos. Enquanto que para a tese substancialista discutir a valoração da garantia de intimidade e vida privada é fundamental para tese de direitos expressos como princípios de maior generalidade, abstratividade e qualitativamente diferenciados das regras; para tese procedimentalista isto torna-se uma questão irrelevante. Esta é uma conclusão que pode ser tomada a partir da análise referencial feita no presente estudo e constitui uma questão de ordem, tanto para a defesa dos Direitos Fundamentais quanto para a Teoria

dos Direitos. Não que é que a aplicação da teoria substancialista exclua a questão da fundamentalidade, apenas demonstra-se que a justificativa dos direitos fundamentais por Alexy exclui e se contrapõe à tese substancial.

Há de se observar, contudo, quais posições o Supremo Tribunal Federal tem tomado na resolução de casos envolvendo tais direitos. Portanto, fazendo com que este trabalho necessite de uma complementação prática através do estudo da jurisprudência do referido Tribunal. Este segundo momento da pesquisa teria por escopo demonstrar a opção teórico/filosófica dentro das decisões para somente então resolver se a práxis brasileira pode ser reduzida a uma Teoria do Direito com premissas metodológicas próprias ou não. Dessa forma, as conclusões ainda podem se tornar provisórias. O que é certo, todavia, é que há um risco latente na Teoria do Direito brasileira, caso parem dúvidas sobre sua natureza: o de ela se tornar auto referencial e ao mesmo tempo incompatível consigo mesma. Esta pesquisa continuará em outros dois trabalhos conforme explanado na introdução; na segunda parte far-se-ão estudos jurisprudenciais sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Ed. Malheiros. São Paulo – SP. 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior; Tradução Maria Celeste C. J. Santos. Revisão técnica Cláudio de Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 6ª Ed. 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. 9ª reimpressão. Edições Almedina. Coimbra – Portugal. 2003

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts. London, England. 1978.

HART, Herbert. **O Conceito do Direito**. Ed. Pós-escrito e organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. Revisão de tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica de Luiz Vergílio Dalla-Rosa. Ed. Martins Fontes. São Paulo – SP. 2012.

_____. *Kelsen Visited: Essays on Jurisprudence and Philosophy*. Tradução Leonel Cesarino Pessoa. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**; n. 64. São Paulo. Jan/Abril. 2005.

KELSEN, Hans. **A Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 7ª ed. Martins Fontes. São Paulo – SP. 2006.

CAP III

O PODER CONSTITUINTE EM UMA CONCEPÇÃO GLOBALIZADA DE CONSTITUIÇÃO

SITUAÇÃO DO PROBLEMA.

Segundo ensinou, um dia, Lao Tsé, “toda caminhada começa, invariavelmente, com o primeiro passo”. O paradigma nas ciências modernas trouxe ao direito uma inegável contribuição para sua afirmação enquanto ciência social. Apesar de várias críticas é fato que o sistema positivista de direito (derivado da teoria pura de Hans Kelsen), constituiu, hoje, uma realidade paradigmática para as ciências jurídicas, e, em especial, para o sistema Brasileiro, corporificada na história pela experiência jurídica.

Em Kelsen (2006) se conseguiu chegar a uma teoria que se equipara às ciências naturais no emprego do paradigma do pensamento cartesiano. Numa leitura do referido autor, José Afonso da Silva (2009) afirma que a Constituição deveria ser entendida como norma pura, ou seja, aquela que é puro dever-ser, distanciada dos objetos de estudo da sociologia, política ou filosofia, portanto, concebendo-a em dois planos; um lógico-jurídico que seria o fundamento de validade do sistema; e outro jurídico-positivo que seria o próprio ordenamento jurídico. Por isto leciona que

“Constituição é, então, considerada norma pura, puro dever-ser, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica. A concepção de Kelsen toma a palavra Constituição dois sentidos: o lógico-jurídico e no jurídico-positivo. De acordo com o primeiro, Constituição significa norma fundamental hipotética, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da Constituição Jurídico-positiva, que equivale à

norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau” (SILVA, 2009, pág. 41).

Contudo, apenas dizer o que seja a constituição vista por um dos vários prismas possíveis é incorrer em grave equívoco acadêmico, pois que, apesar de ser impossível vislumbrar todas as possibilidades conceituais, os novos paradigmas científicos tendem a uma produção holística do conhecimento, sendo dever do pesquisador buscar uma visão mais abrangente do objeto de estudo e relacioná-lo com o todo.

Dessa forma, acredita-se que para a produção de uma Teoria contemporânea de Constituição, o primeiro passo lógico na longa caminhada de reformulação, mutação e revolução paradigmática no estudo do Direito, da Ciência Política, da Teoria do Estado e da Sociologia Jurídica; é o enfoque nos trabalhos relativos ao poder que instituí a própria constituição: o Poder Constituinte.

Para que se possa fazer uma análise abrangente acerca deste poder, torna-se necessário volver aos marcos históricos que ensejaram à criação do movimento constitucionalista e entender, senão o “por quê?”, pelo menos o “para que?” se pretendeu através das Constituições a afirmação da pessoa humana como livre e igual; bem como, qual a importância do Poder Constituinte como traço de legitimidade social nas Cartas Magnas.

Posteriormente, o estudo pretende tangenciar-se na pesquisa a respeito do que se entende por poder político e poder social, e também, em como que esses poderes tendem a influenciar na organização política do Estado, conseqüentemente, em como influenciam a própria Constituição (seja no ato de sua instituição, seja no ato de sua interpretação).

A realidade jurídica dos dias de hoje muito se diferencia daquela na qual Kelsen deu origem a sua teoria, ou daquela na qual Sieyès escreveu pela primeira vez acerca do Poder Constituinte. Os avanços tecnológicos e científicos acabam por libertar os pesquisadores das prisões conceituais que os seguravam. Ainda, o processo de globalização tem acabado com

as antigas estruturas promovendo uma racionalização na descrição do mundo através da linguagem e da comunicação.

No Brasil, cada vez mais e mais, o Judiciário tem tomado para si as rédeas para ditar os rumos da sociedade, fato que acaba por trazer a tona debates como a usurpação do Poder Constituinte nas decisões dos Tribunais e a internacionalização deste mesmo poder através do processo de globalização nas relações do Direito Internacional.

Portanto, o trabalho tem por escopo, também, mostrar que o Poder Constituinte não deve mais ser estudado da forma precária na qual as academias de direito se acostumara a realizar. Não deve-se ater aos problemas conceituais do poder constituinte originário, derivado, revisor, decorrente, etc.; e sim, nos problemas sociais, políticos e jurídicos que decorrem da concepção de Poderes Constituintes e Constituídos. O novo olhar do Direito Constitucional deve ser utilizado tal qual a luz que ilumina o caminho da saída da caverna no mito de Sócrates, a luz que nos mostrará a diferença entre o mundo real e o mundo das sombras.

UM BREVE BOSQUEJO HISTÓRICO

O estudo do Poder Constituinte, nos parâmetros delimitadores que hoje se conhece, passa necessariamente, por um cotejo acerca do movimento constitucionalista que teve início durante o Século XVIII. Em verdade, tal movimento vem remeter á idéia de efetiva participação dos cidadãos no nascimento de um Estado Democrático de Direito. Concebido nos estudos de Sieyés, o Poder Constituinte, segundo define Paulo Bonavides, “é essencialmente um poder de natureza política e filosófica” (BONAVIDES, 2008, pág. 319), uma vez que instituí a ordem constitucional que irá reger a vida de um determinado povo (ou nação segundo o entendimento de Sieyés).

Como o próprio estudo do movimento constitucionalista (por conseguinte, do Poder Constituinte), remete ao estudo do Estado e as formas sobre as quais este se apresentou ao longo do tempo, começar-se-á o estudo com a tentativa de delimitação do

Poder Constituinte como um marco necessário, como um ponto de partida do movimento constitucionalista e de uma primeira tentativa de rompimento com o modelo Intervencionista da política estatal.

Preliminarmente, entende a doutrina pátria (acompanhada de autores como Alexandre de Moraes, Kildare Gonçalves, José Afonso da Siva, entre outros), como sendo constitucionalismo o movimento humano inclinado à limitação dos poderes que o Estado exerce sobre a sociedade, bem como, a garantia da participação desta última na gestão de *res* pública e manutenção do Estado Democrático de Direito.

Esta dita “limitação” se deu através do decurso do tempo e dos anseios latentes nas sociedades em determinados momentos históricos. Em um primeiro instante, cansados de um Estado Interventor – representado neste momento pela figura do monarca – que adentrava na esfera dos direitos individuais dos cidadãos, uma classe em ascensão no final do período feudal, a burguesia, empreendeu movimento no sentido de libertação do povo das garras do “tirano” modelo estatal, nascendo desde então os direitos e garantias individuais de primeira dimensão, inicialmente, com o escopo único de limitar a atuação do Estado (cobravam uma obrigação negativa desta último).

A partir deste momento, tendo todos assegurado a sua liberdade individual, a classe burguesa foi quem passou a deter o “poder”, na forma do capital. Desta feita apesar de todos serem considerados como iguais, não eram todos que conseguiam exercer sua liberdade. Em consequência da concentração desse poder a classe burguesa começou a explorar seus interesse econômicos com o abuso dos direitos do proletariado (classe que se formara nas margens do processo de industrialização).

Com o passar do tempo e com o crescimento exponencial da classe proletária, o “povo” cobrou do Estado que atuasse no sentido de dirimir as diferenças sociais existentes, desse modo cobrando uma obrigação positiva do Estado, fato que ensejou ao nascimento dos direitos e garantias fundamentais de segunda dimensão, exemplificados aqui pelos Direitos Sociais. Na

constituição brasileira, pode-se observar o exemplo da Magna Carta de 1946.

Somente no governo de Theodore Roosevelt, com a política do *New Deal* – que era uma política intervencionista – o Estado Moderno passou a ter a forma que hoje se conhece (Democrática de Direito). Ressalte-se que é possível encontrar a constituição, como instrumento jurídico, presente em todos os momentos desta evolução histórica como um ponto de interseção da relação Estado x Povo. Como a sociedade se apresenta de forma dinâmica (tendo o próprio Kelsen exposto a teoria dinâmica e a teoria estática da Ciência do Direito), hoje, a proteção do interesse difuso e coletivo é o que fundamenta a criação de uma nova categoria de direitos fundamentais; os de terceira dimensão, representados na Constituição brasileira pelo Direito ao Meio Ambiente e as Relações de Consumo.

Por fim, o Professor Alexandre de Moraes ressalta que “o constitucionalismo escrito surge com o Estado, também com a função de racionalização e humanização, trazendo consigo a necessidade da proclamação de declarações de direitos” (MORAES, 2009, pág. 06). Ocorre que devido a tal movimento as constituições no mundo todo passaram a ganhar mais destaque, como relembra o Professor Pedro Lenza (2009) que destaca no constitucionalismo moderno funcionarem as constituições escritas como “instrumentos para conter qualquer arbítrio decorrente do poder” (LENZA, 2009, pág. 22).

Desta feita, ainda resta uma dúvida não devidamente respondida: qual é a relação do Poder Constituinte com a Constituição? Ainda, qual a importância do Poder Constituinte na elaboração das Constituições? Bem, o fato é que num plano lógico-jurídico, toda constituição, necessariamente, depende de um Poder que a constitua. Neste sentido, explica Bonavides (2008) que “a análise histórica e sociológica revela que uma vontade constituinte sempre existiu na vida das sociedades organizadas” (BONAVIDES, 2008, pág. 319).

Não obstante é o posicionamento fixado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2007), que em obra intitulada “O Poder Constituinte”, comenta, no segundo capítulo, acerca das

concepções de Sieyès na obra “O que é o terceiro estado”, chegando à conclusão de que o vigário francês entendia que

“todo estado tem uma constituição. Essa constituição, entretanto – e aqui entra o pacto – é obra de um Poder, o Poder Constituinte, que é anterior à Constituição, precede, necessária e logicamente, a obra que é a Constituição. O Poder Constituinte, portanto, gera os Poderes do Estado, os poderes constituídos, e é superior a estes” (FERREIRA FILHO, 2007, pág. 13).

Contudo, torna-se de extrema importância lembrar da visão de J.J. Gomes Canotilho (1998) a respeito da análise histórica do movimento constitucionalista em contraposição ao surgimento do Poder Constituinte feito sobre três prismas distintos: a experiência do “constitucionalismo histórico” Inglês, a necessidade de auto-afirmação como federação dos Estados Unidos e a tentativa de rompimento com a ordem constitucional anterior na Revolução Francesa.

O jurista português é enfático ao sustentar a tese de que “o constitucionalismo histórico repugna a idéia de um ‘poder’ constituinte com força e competência para, por si mesmo, desenhar e planificar o modelo político de um povo” (CANOTILHO, 1998, pág. 69), porque acredita que a concepção de um poder criador de uma lei fundamental fosse “mal vista” aos olhos dos cidadãos da Idade Média. Segundo ele, existia um modo específico peculiar para garantir os direitos e liberdades, sendo a positivação um estatuto superior; idéia inconcebível, justificada pelo fato de ser apenas necessária a confirmação da “existência de ‘privilégios de liberdade’ radicados em ‘velhas leis’ de direito (...) num *corpus* costumeiro de normas” (CANOTILHO, 1998, pág. 69).

No que tange ao modelo norte americano, assevera que existiu um catalisador histórico da afirmação da nação através do movimento constitucionalista, fato que ensejou, segundo Canotilho, a “forma preambular ‘we the people’” (CANOTILHO, 1998, pág. 70), completando ao final que “o princípio legitimador da constituição americana de 1787 foi muito

mais a idéia federativa do que a idéia democrática” (CANOTILHO, 1998, pág. 71); sem esquecer-se da democracia como fator substancial para o desenvolvimento do direito, tanto na produção normativa típica (como se pode observar do sistema presidencialista de governo, dos *checks and balances*, e da participação política do cidadão nas atividades legais), como no próprio sistema de controle de constitucionalidade (o sistema difuso que consagra a capacidade de qualquer juiz determinar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, o que ficou conhecido como o *judicial review*).

Por fim, a experiência constitucional francesa eleva os padrões a um momento de revolução no qual existe latente na sociedade a necessidade de mudança do ordenamento jurídico, e é justamente Joseph Sieyès quem defende a ideia de um Poder Constituinte proveniente da nação francesa em aspecto de transcendência em relação ao povo que é definido como efêmero e determinado a certos momentos históricos. Nesta esteira conclui Canotilho (1998):

“Deste modo, a ‘descoberta da nação’ permitiu ao ‘Estado – Nação’ resolver três problemas políticos: (1) modo de legitimação do poder político; (2) catalisar a transformação do ‘estado moderno’ em ‘república democrática’; (3) criar uma nova solidariedade entre os cidadãos politicamente activos na construção da nova ordem social” (CANOTILHO, 1998, pág. 72).

O estudo de Canotilho (1998) acerca do Poder Constituinte baseia-se em quatro perguntas-chave: “O que é o poder constituinte? Quem é o titular desse poder? Qual o procedimento e forma do seu exercício? E, existem ou não limites jurídicos e políticos quanto ao exercício desse poder?” (CANOTILHO, 1998, pág. 65). Com isso realizando uma delimitação lógica acerca de alguns dos pressupostos necessários para o estudo da matéria em enfoque.

Em conclusão, pode-se perceber deste recorte histórico acerca das origens do Poder Constituinte, que o mesmo relaciona-se intimamente com o Estado e a Constituição no

sentido de que exista legitimidade na formação de um Estado Democrático de Direito. Por legitimidade entenda-se a expressão verdadeira da vontade de todos (ou da maioria), que é justamente o que se procura na vida em democracia.

A QUESTÃO DO PODER

A palavra “poder” deriva do latim vulgar “*potere*” e na língua portuguesa possui diversas acepções. Usualmente, utiliza-se a locução “poder” como significado de ter a faculdade de ou a possibilidade de realizar algo, neste sentido o “poder” constitucional deve ser entendido como a faculdade de a constituição regular algo, como, ou, o que pode ou não pode a constituição regular. Em outras acepções da palavra o significado se transforma em ter autoridade, domínio ou influência para realizar algo; ou ainda, ter força, influência ou alimento; ter permissão ou autorização para realizar algo; ou no sentido de haver possibilidade; de ser possível.

A etimologia da palavra “poder” ainda pode tomar diversos outros rumos que não consistem objeto de análise na proposição deste trabalho acadêmico. Logo, se recorre aos ensinamentos do Professor Ivo Dantas que caracteriza Poder como sendo “um fenômeno social, inerente a toda vida comunitária, por mais primitiva que seja” (DANTAS, 2010, pág. 36) e estabelece que somente pode-se dizer que realmente existe o Poder quando se encontra a figura do controle, da adequação e da obediência.

Assim sendo, relações de poder, com as características de conversão de interesses, dominação ou organização tem como aspecto primário a fundamentação em um fenômeno social. Ou seja, a idéia de poder nasce dentro de uma sociedade, ainda que bastante primitiva. Contudo (e como mencionado alhures), a vontade humana anseia caminhar por eras nas quais as desigualdades provenientes da usurpação do poder possam ser fulminadas, o que vem mostrar ao mundo, desde já, conseqüências políticas e jurídicas decorrentes da questão do poder, quais sejam: as discussões acerca dos Direitos Humanos.

Justamente neste sentido é que se colaciona o posicionamento de Luiz Alberto Rocha (2010) em artigo intitulado “As Escolas Francesas e as Definições de Poder: Georges Burdeau e Michel Foucault”. Primeiramente, o professor introduz ao texto traçando um paralelo entre a necessidade de conversão dos interesses sociais para a busca de uma finalidade comum em relação ao Poder no estudo do Estado. Considerando-se que

“é pelo poder que as relações sociais se determinam e é pelo poder que o Estado exerce suas atribuições sociais, mas também é pelo poder que surge a separação entre governantes e governados, entre oprimidos e opressores e é pela existência de um poder descontrolado que grupos inteiros reclamam direitos fundamentais” (ROCHA, 2010, pág. 02).

É possível notar como é de grande importância o estudo da questão do poder para o Direito, considerando-se que as relações sociais são determinadas por ele próprio; ele é quem segrega as classes e grupos sociais; e é ele a ferramenta de opressão daqueles que dominam com punho de ferro. Importante salientar que é necessário primeiro assentar-se, pelo menos, algumas bases para que o estudo científico percorra um método com certo rigor, mas voltado para paradigmas “pós-modernos” (como uma cláusula de abertura dos valores defendidos).

Logo, imperioso torna-se trazer à baila o conceito de Georges Burdeau acerca de poder, na interpretação, novamente, do professor Luiz Alberto Rocha (2010), que assevera

“para Burdeau, a sociedade organiza-se por uma disciplina coletiva que objetiva a realização do bem comum que só pode ser conquistado por meio de regras jurídicas coercitivamente impostas por um poder, assim, ‘o poder é uma força a serviço de uma idéia’” (ROCHA, 2010, pág. 04).

Por este conceito já é possível começar a perceber a tridimensionalidade do poder apresentado, primeiramente, como

fenômeno social que, tomado pelo Estado como de importância política (para busca de uma finalidade coletiva), torna-se tão valioso que necessita de uma normatização na busca da disciplina coletiva. Daí dizer-se que o poder é uma força a serviço de uma idéia, justamente por ser a coerção moral imprimida pelo Estado ao Cidadão pela idéia de integração através do respeito à norma jurídica.

Perceba-se que até o presente momento está se tentando, na verdade, fornecer as bases científicas para que se possa construir a idéia de um poder que nasce do seio social e tem significância política para a normatização da conduta humana, portanto, o que foi estudado até o momento possui cunho basilar e geral, que começa se especificar a partir dos próximos tópicos com a análise um pouco mais restrita deste posicionamento (tridimensional), na interpretação do Poder Constituinte.

AS TRÊS DIMENSÕES DO PODER CONSTITUINTE

Para se começar a tecer breves comentários acerca das três dimensões que acredita-se possuir o Poder Constituinte é providencial entender-se o processo de institucionalização das constituições através de fases distintas nas quais, uma ou outra dimensão, aparecem com predominância. Isso não quer dizer que elas não possam coexistir, elas coexistem sim, são interdependentes e interligadas numa cadeia de complexidade absoluta.

O bosquejo histórico efetuado no intróito do presente artigo mostra com clareza como é absoluta a verdade impressa no brocado latino “*ubi jus, ibi societas, et ubi societas ibi jus*”, ou seja, aonde houver o direito, aí estará a sociedade, assim como, aonde houver a sociedade ali estará o direito. Como ensina Hans Kelsen (2006) a ciência jurídica é pura e específica pois conhece a sua própria especificidade, qual seja, a validação de normas que ordenam a conduta humana (KELSEN, 2006).

Entretanto, como a ciência se desenvolve em um plano dinâmico (que trata do estudo das relações sociais e das condutas humanas que devem ser ordenadas) e em um plano estático (que

trata da normatização das condutas em um plano lógico de validade, como um processo de validação), é plenamente possível ver na Teoria do Direito de Kelsen (2006) traços de uma ciência autopoietica pelo simples fato de condicioná-la as relações sociais, apesar de ciência incomunicável com política, sociologia, filosofia, etc. (a clausula de abertura do princípio científico).

O fato é que o Direito pertence ao ramo das ciências sociais, portanto possui uma enorme relação com a sociologia, uma vez que a relação social condiciona não só aplicação, como também valoração da conduta elegível à normatização. Desse modo, em um caminhar lógico, a primeira dimensão na qual o Poder Constituinte se externa é a Dimensão Social.

Seja no sentido de desejo revolucionário (como no caso do constitucionalismo francês), ou para afirmação de um ideal (como no constitucionalismo norte-americano), assim como para a instituição política de uma nação (como na experiência constitucional brasileira), a dimensão social é onde se estruturam as bases de um ideal constitucional que, posteriormente, dará legitimidade ao processo de constitucionalização de uma sociedade. A Dimensão Social do Poder constituinte assenta o traço de legitimidade encontrado nas Constituições promulgadas, bem como, o abuso de poder político nas Constituições outorgadas, porque tratam de expressão da vontade do Povo ou de seus representantes.

Desse desejo social, da vontade do povo, emergem questões controversas que necessitam da tutela política para que se elejam metas, objetivos comuns a serem buscados pelo Estado/Cidadãos. Aqui se inicia a questão da Dimensão Política do Poder Constituinte. Ressalte-se que a definição de política pretendida neste momento é aquela utilizada por Aristóteles quando diz ser o homem, naturalmente, um animal social e político; que utiliza do raciocínio intelectual para relacionar-se com seus semelhantes.

Desse modo, em um primeiro momento, a Dimensão Política se externa como uma forma de ponderação de interesses provenientes da Dimensão Social, então o Poder Constituinte, que agora já possui força política, começa a constitucionalizar

determinada sociedade positivando e normatizando as condutas humanas para a ordenação social.

Sucedee que, como bem lembra Carl Schmitt (1992), existem nas constituições normas que regulamentam a “política fundamental” (SCHMITT, 1992, pág. 71) do Estado, tais como: a Forma de Governo, o Sistema de Governo, a organização territorial e a política do Estado, etc. Assim sendo, a Dimensão Política do Poder Constituinte não se adstringe apenas a uma fase inaugural, ou antecedente, à própria Constituição, mas, também, se insere no resultado pretendido pelo Poder Constituinte.

Ainda é possível fazer menção ao próprio conceito de Georges Burdeau, tratado anteriormente, o de que poder é uma força a serviço de uma idéia, conseqüentemente, se a natureza humana é política, a idéia de integração por si só já trata de uma força no sentido da busca pelo bem comum, que somente é viável em uma sociedade organizada na forma Estatal e na qual exista segurança da proteção dos direitos de seus cidadãos.

Por fim, tratadas as idéias de uma dimensão sociológica e uma dimensão política do Poder Constituinte, cabe arrematar-se a argumentação tratando daquilo que se entende por Dimensão Jurídica do poder institucionalizante das Constituições. Como já tratado na introdução deste trabalho, para Kelsen (2006) a Constituição deve ser entendida como norma pura, ou seja, aquela que é puro dever-ser, distanciada dos objetos de estudo da sociologia, política ou filosofia, portanto, concebendo-a em dois planos; um lógico-jurídico que seria o fundamento de validade do sistema; e outro jurídico-positivo que seria o próprio ordenamento jurídico.

A teoria positiva aplicada na lógica kelseniana tem extrema importância para afirmação do direito como ciência, visto que o rigor metodológico imprimido na Teoria Pura do Direito, veio a utilizar os paradigmas cartesianos, mecanicistas das ciências exatas para a aplicação no Direito, e assim, elevá-lo a qualidade de ciência (com todos os formalismos atendidos).

Ocorre que o próprio meio científico reconheceu o problema do mecanicismo e do reducionismo decorrentes do “Discurso do Método” de René Descartes, quando em autores

como Fritjof Capra (1983), discute-se acerca da sistematicidade das relações na produção de respostas fundamentadoras de novos paradigmas para as ciências.

Não o é diferente nesta análise, pois apesar de se reconhecer a importância do ordenamento jurídico como um plano lógico-jurídico e jurídico-positivo, não se pode deixar de observar que todo sistema que pretende ter como objeto de interferência a sociedade, deve ter, necessariamente, características autopoiéticas, na medida em que se reconhece como ciência, reconhece seu objeto de estudo ao mesmo passo em que tenta se auto-conhecer enquanto se estuda.

Por isto acredita-se que a Dimensão Jurídica do Poder Constituinte além de inaugurar a cadeia lógica do ordenamento jurídico, estabelecendo a *Lex Máxima* de um Estado, também funciona como uma forma de interpretação do que seria a realidade de uma determinada sociedade à época do nascimento da Constituição, bem como a vontade do povo naquele momento.

Ainda, torna-se imperioso destacar que na doutrina de Kelseniana existe a figura de uma norma hipotética fundamental ou “*groundnorm*” (KELSEN, 2006, pág. 09) que, segundo o autor, trata de norma pressuposta que valida todo o ordenamento, não devendo ser confundida com a Constituição, portanto, confundindo-se, aí sim, com o próprio Poder Constituinte, aqui interpretado como sendo parte da Dimensão Jurídica do Poder Constituinte. Outro fato que chama atenção é que nos regimes democráticos a carta constitucional é produzida através da Assembléia Nacional Constituinte, que vai representar a vontade popular dar juridicidade ao documento constitucional. Neste momento a assembléia irá representar as Dimensões Política (quando realiza política e dialeticamente o objeto do sentimento constitucional) e Jurídica (quando confere juridicidade ao documento dialeticamente produzido).

CONCLUSÃO

O processo de globalização tem imprimido enormes mudanças no olhar que se faz sobre o direito. Conceitos novos são trazidos à baila na medida em que se discutem (e rediscutem) os interesses internacionais entre Soberanias Estatais. O fato é que essa nova abrangência internacional de discussões eleva-se a um debate acerca da internacionalização do Poder Constituinte na formação de uma legislação positiva internacional com as características de uma Constituição.

O sentido que se pretende com tal discussão é, não outro, senão a tentativa de conversão dos interesses comuns na persecução da ordem, da paz e do bem comum numa visão global. Ocorre que existem alguns empecilhos políticos que acabam desacelerando sobremaneira esta possibilidade de criação de constituições internacionalizadas. Contudo, considerando o exposto no presente artigo, pode-se a seguinte conclusão: ao adotar-se a visão tridimensional de um Poder Constituinte torna-se plenamente possível afirmar que, embora ainda não existam estas Constituições Internacionais, o processo de criação, por si só, já demonstra a existência da Dimensões Social (presente nos anseios de integração internacional) e Política (presente na discussão e nos projetos de integração internacional) do Poder Constituinte.

O que ainda falte é chegar-se a um consenso, à concórdia nos interesses e valores que devem ser protegidos, para que sejam positivadas as condutas que mais necessitam de tutela, ou os princípios abertos que devem reger tais condutas; e em um âmbito de interesses internacionais é necessário que se respeitem às Soberanias Estatais e que se chegue a um consenso, na medida do possível, democrático (ROCHA, 2008).

Os debates atuais acerca do Poder Constituinte não se adstringem somente no que diz respeito à tutela do interesse internacional. No âmbito nacional ainda existem situações que causam polêmica quando no exercício do mesmo pelo Poder Judiciário, tangenciando-se à uma análise quanto à titularidade e a característica de permanência do mesmo.

A Emenda Constitucional n. 45 de 2004, introduziu na Carta Magna o parágrafo 3º no art. 5º que estabeleceu a possibilidade de tratamento de Emenda Constitucional aos Trados e Convenções Internacionais, que versem sobre Direitos Humanos, desde que submetidos à aprovação do Congresso Nacional sob o rito de aprovação das duas casas, em dois turnos por três quintos dos votos dos respectivos membros.

Até o caminho mostra uso devido do Poder Constituído, que é aquele que decorre do Constituinte e está na própria Constituição. Ele existe para que não se produza um hiato constitucional entre o que diz a Constituição e o que quer a sociedade. Ocorre que o Pacto de São José da Costa Rica, aprovado sob o trâmite especificado no §3º do art. 5º da Constituição Federal, contém cláusula que não proíbe nem autoriza expressamente a prisão civil do depositário infiel. Essa omissão é julgada pelo Supremo Tribunal Federal que edita a súmula vinculante n. 25 com a seguinte redação: “é ilícita a prisão de depositário infiel, qualquer seja a modalidade do depósito”.

Tal situação causou uma discussão jurídica no sentido de que o art. 5º que trata dos direitos e garantias fundamentais (clausula pétrea), estabelece a prisão civil do depositário infiel, enquanto que o Pacto de São José da Costa Rica, que passava a ter caráter de Emenda Constitucional marginalizava (“despositivou”) tal espécie de prisão. Então deveria uma clausula pétrea ser considerada revogada, ou alterada? A resposta do Supremo Tribunal Federal foi contrária, tendo inovado em sua decisão trazendo o conceito de supralegalidade ao Direito Brasileiro.

A questão cinge-se na usurpação do Poder Constituinte para modificar a constituição em suas clausulas pétreas e o Supremo Tribunal Federal entendeu pela desqualificação do Tratado Internacional como Emenda Constitucional, mas asseverou seu caráter supralegal, posicionando a norma abaixo da Constituição, porém, acima de qualquer outra legislação infraconstitucional.

No mérito, torna-se de extrema importância observar-se que a interpretação do Supremo Tribunal, apesar de ter elevado

cunho político, tem seus acertos. Baseados em uma Teoria do Direito norte-americana decorrente de estudos como o de Ronald Dworkin (1971) e Herbert Hart (2009), cada vez mais o Judiciário tem tomado para si a condução do destino político da sociedade. Ocorre que, como a constituição dá poderes ao Judiciário para que o proceda o controle de jurisdicionalidade, na verdade é no Poder Constituinte que se encontra o verdadeiro fundamento de validade desta atuação, pois que esse Poder Judiciário nada mais é do que um Poder Constituído, que deve atuar com responsabilidade política, social e jurídica, tamanha é a importância de sua atuação.

Dessa forma, outra conclusão que se pode tirar reside no fato de que noção de representatividade democrática deve ser externada em todas as fases do Poder Constituinte, ou seja, o Poder Judiciário como poder constituído, deve obedecer aos anseios sociais e políticos daquele quadro produzido na constituição. Deve sempre respeitar as condições impostas pelo Poder Constituinte e obedecer às “regras do jogo”. Somente em uma acepção tridimensional torna-se possível encontrar um conceito ampliado de Poder Constituinte como uma força social e política que serve aos ideais de uma determinada sociedade em determinado momento histórico e que tem por finalidade precípua a instituição da norma máxima em um ordenamento jurídico da conduta humana.

Conforme ensina Fritjof Capra (1983) se existem crises na sociedade moderna, a pior delas é a crise de idéias, uma vez que os cientistas passam a não ter respostas para os problemas apresentados pela sociedade, considerando que passam “a subscrever percepções estreitas da realidade, as quais são inadequadas para resolver os problemas de nosso tempo” (CAPRA, 1983, pág. 23). Portanto, é necessário que se mude o olhar sobre o objeto em estudo para que se possa atingir o problema com soluções mais eficazes e efetivas; daí a riqueza da interdisciplinaridade nas ciências modernas.

Por fim, vale destacar-se o pensamento do romancista russo, Fiódor Dostoiévski (2010), que na obra “Crime e Castigo”

narra o personagem Raskólnikov empreendendo conversa consigo mesmo

“é isso: tudo está ao alcance do homem e tudo lhe escapa, em virtude de sua coverdia... Já virou até axioma. Coisa curiosa a observar-se: que é que os homens temem acima de tudo? – o que for capaz de mudar-lhe os hábitos: eis o que mais apavora... Porém falo demasiado e, por isso, não faço nada. Ou, talvez, devesse dizer que não faço nada porque falo muito (...) terei mesmo a necessidade fazer este percurso? Serei, verdadeiramente, capaz daquilo? Aquilo será mesmo uma coisa séria? Absolutamente: um simples jogo da minha imaginação, uma fantasia que me diverte... Uma brincadeira. Sim, é isto mesmo: uma brincadeira” (DOSTOIÉVISKI, 2010, pág. 12).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMIN, Aleph Hassan; PAPALÉO PAES, Alberto de Moraes. **A Afirmação de Novos Paradigmas na Ciência Jurídica a Partir de uma Visão Sistêmica**. Anais do CONPEDI. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3651.pdf>> Pág. 1398 á 1414. Acesso em: 20.12.2010.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 7ª Ed. Revista e Ampliada. Editora Malheiros, São Paulo – SP. 2008. Pág. 319.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 1998, Parte I, Capítulo 2. Pág 69.
- CAPRA, Fritjof. **O Ponto de Mutação – a ciência a sociedade e a cultura emergente**. Editora Cultrix. 1983.
- DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 25ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2006
- DANTAS, Ivo. **Redução Teórica Sistêmica do Poder Político**. Plano de aula da Cadeira de Teoria do Estado no Programa de

Pós-Graduação *strictu sensu* da Universidade da Amazônia – UNAMA (Professor Visitante). 2010.

_____. **Do Estado como Forma Histórica de Organização Política.** Plano de aula da Cadeira de Teoria do Estado no Programa de Pós-Graduação *strictu sensu* da Universidade da Amazônia – UNAMA (Professor Visitante). 2010.

_____. **Poder Constituinte e Revolução.** Rio de Janeiro, Editora Rio Sociedade Cultura. 1978.

DOSTOIÉVISKI, Fiódor. **Crime e Castigo: Volume I.** Traduzido por Rosário Fusco Ed. Abril. São Paulo-SP. 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte.** 5º Ed. Revista. Editora Saraiva. São Paulo – SP, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução: João Baptista Machado, 7ª Ed. Martins Fontes, São Paulo-SP. 2006.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 13ª Ed. Revista, atualizada e ampliada, Editora Saraiva, São Paulo – SP. 2009.

LUHMANN, Niklas. ***The Modernity of Science.*** *Translated by Kerstin Behnke. New German Critique. N. 61. Special Issues on Niklas Luhmann. Telos Press.* 1994. 9-23.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 24ª Ed. Revista e Ampliada. São Paulo: Atlas, 2009.

OLIVEIRA, Frederico. **O Controle Substantivo dos Valores Democráticos pelo Supremo Tribunal Federal.** Tese de Doutorado em Direito defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2005.

ROCHA, Luiz Alberto G.S.. **Estado, Democracia e Globalização.** Rio de Janeiro. Forense. 2008.

.. **A Escola Francesa e as Definições de Poder: Georges Burdeau e Michel Foucault.** Artigo submetido à conselho editorial de periódico.

SCHIMTT, Carl. **O Conceito do Político.** Tradução de L. M. Valls. Petrópolis – Vozes. 1992

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 29ª Ed. Atualizada. Editora Malheiros. São Paulo – SP. Pág. 41.

CAP IV

O CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO NA CONTEMPORANEIDADE – A GLOBALIZAÇÃO COMO UM FATOR REAL DE PODER

Introdução.

Para o constitucionalismo contemporâneo o conceito de Constituição é um tema de extrema volatilidade, uma vez que se torna quase impossível adotar somente uma corrente para explicar este fenômeno que acomete a vida de todos os cidadãos. Usualmente, explica-se utilizando uma visão eminentemente jurídica, a de que as Constituições seriam a lei máxima de um ordenamento, restando acima dela somente a norma hipotética fundamental (*grundnorm*), que é puro dever-ser, o que segundo esta corrente também é o objetivo da Ciência do Direito, o dever-ser.

Contudo a concepção de uma Teoria Pura do Direito atravessa pela questão do objeto estático e do objeto dinâmico das ciências jurídicas. Por um lado o objeto estático visa o estudo do processo de organização e normatização da conduta humana através de normas jurídicas, de outro lado, o objeto dinâmico caracteriza-se pelo estudo da conduta humana e quais aspectos desta que merecem ser positivados. O que leva a crer que apesar de tangenciarem-se os estudos para uma ciência normativa, um plano de fundo denota a importância ou a interdependência entre o direito e os outros ramos das ciências sociais.

Importante salientar, contudo, que um novo processo que se instaurou com mais força nos finais da década de setenta e explodiu com o avanço das mídias de comunicação e das tecnologias do dia-a-dia, passou a imprimir uma nova configuração na conduta humana, o que torna imperioso uma mudança de foco no estudo do objeto dinâmico do Direito, se se

utilizar uma teoria eminentemente positiva de direito. Trata-se do processo de Globalização.

Esta globalização será aqui tratada a fim de complementar os estudos na Teoria da Constituição como um Fator Real de Poder que imprime influências na Força Normativa das Constituições como um aspecto de metas na busca por efetividades, na medida em que novas relações sociais surgem a partir deste processo para o Direito. Dessa forma acomete-se ao trabalho de Anthony Giddens (2006), Luiz Alberto Rocha (2008) e Milton Santos (2001), para tecer alguns comentários acerca do que seja ou do que tem representado este processo de Globalização, bem como sua importância para o Direito, ou para o objeto dinâmico da Ciência Jurídica.

No que Tange à Teoria Constitucional buscar-se-á um paralelo entre as obras de Ferdinand Lassalle (2000) e Konrad Hesse (1991), tratando acerca da Constituição como uma força ativa representada pelos fatores reais de poder, daí a diferença entre uma Constituição real e uma jurídica, que para Lassalle (2000) se não corresponder a realidade dos fatores do poder não passa de uma folha de papel, sem significância alguma; complementarmente, a crítica de Hesse (1991) que leciona que as Constituições jurídicas possuem uma força que às aproxima das reais, uma vez que são normas advindas do dever-ser que visam surtir efeitos no próprio ser, daí a questão da Normatividade.

Por fim, demonstrar-se-ão alguns fatos ocorridos na pragmática judicial brasileira para exemplificar não só a importância da globalização como um fator real de poder, mas também para apontar como que se torna importante a flexibilização do conceito jurídico positivo para uma interpretação mais abrangente do que seja uma Constituição.

Os estudos modernos têm observado que existe, na sociedade brasileira, uma enorme crise de representatividade, tamanha a insatisfação dos cidadãos com o governo gestor de seus interesses. De toda forma, o que tem se concluído é que as mais diversas estripulias dos que exercem algum cargo eletivo de forma perversa, tem gerado um *deficit* democrático para a

sociedade brasileira que deve ser corrigido, a começar pela própria Constituição.

Dentre essas medidas para diminuição do *deficit* democrático o Poder Legislativo deliberou e promulgou a Lei Complementar n. 135/2010 que ficou sendo conhecida como Lei da Ficha Limpa que teve o mesmo nome do projeto da Associação Civil Brasileira que visava melhorar o perfil dos candidatos e candidatas a cargos eletivos no país. Os efeitos dessa medida podem parecer inócuos no que tange ao processo de Globalização, mas é totalmente ao contrário, eles influem (e muito) na formulação de um perfil internacional da política nacional, nas relações econômicas entre os Estados, e na organização da soberania nacional (esta já relativizada devido à própria Globalização). Ou seja, a Constituição quando considerada como uma força ativa, necessita de uma atenção diferenciada enquanto seu objeto determina os rumos jurídicos, políticos e sociais de toda uma nação coordenada através de seus ditames, de suas regras e de seus princípios, como nas palavras de Peter Härbele (2002), volta-se para uma sociedade aberta de interpretes da constituição.

O Processo de Globalização

O termo Globalização, segundo leciona Giddens, até finais dos anos 80, era uma denominação pouco utilizada, porém, na atualidade trata de tema estudado por quase todo o mundo. De fato, ainda persiste certa imprecisão acerca do que seja um conceito concreto para definir o que é globalização. Igualmente é a posição do Luiz Alberto Rocha (2008) que afirma não ser tarefa fácil explicá-la

“até porque parece que se está diante de um sem número de intérpretes que se abrigam no guarda-chuva teórico da pasteurização cultural com mínima atenção à complexidade global e às contingências estruturais da globalização, preferindo explicá-la por clichês superficiais e/ou com ênfase exagerada nos contornos econômicos” (ROCHA, 2008, pág. 79).

Dessa forma a análise desse fenômeno mundial deve tentar explicá-lo sobre um plano epistemológico, dando-lhe característica multidisciplinar. Por uma abordagem inicialmente sociológica, acomete-se Giddens (2006) que defende ser possível destacarem-se duas correntes que discutem este “fato global”, divididos por ele em céticos e radicais.

Para aqueles denominados de céticos, a globalização não trata de um fenômeno econômico, político ou cultural, mas apenas de “conversa”. Sustentam que o “comércio externo representa apenas uma pequena percentagem do rendimento nacional” (GIDDENS, 2006, pág. 2006). Ainda, neste sentido argumentam que a maioria das trocas econômicas, ou transações comerciais, são feitas entre regiões o que não implica na constituição de um sistema de comércio a nível mundial.

Tal visão aparenta filiar-se a idéia do conceito clássico de Soberania, que inflexível, não aceita a possibilidade de relativização em face à nova complexidade das relações internacionais. Outrossim, ainda podemos criticar aos céticos na medida em que passa-se a reconhecer a globalização como um espécie cujo o gênero é a integração, portanto, distinguindo-se, sobremaneira do processo de regionalização que para eles fulmina com a possibilidade de discutir-se a existência de uma sociedade global.

Caminhando por outro lado, aqueles denominados de radicais defendem a idéia de que a globalização seria um fato concreto que pode ser sentido por todos em todas as partes do mundo. Referem-se eles à realidade de que o mercado global encontra-se muito mais desenvolvido do que era nas décadas de 60 e 70, além do que, este mercado ultrapassa as fronteiras nacionais e também flexibilizam o conceito clássico de Soberania na medida em que os “Políticos acabam por perder sua capacidade de influenciar certos acontecimentos” (GIDDENS, 2006, pág. 21).

De fato, aparentemente, os radicais levam ligeira vantagem sob o argumento dos céticos, contudo, relembra Giddens (2006) que não faz muito tempo que o volume das

transações financeiras é medido em dólares norte-americanos e prossegue afirmando que

“para a maioria das pessoas, um milhão de dólares é muito dinheiro. Medido em montes de notas de 100 dólares, atinge a altura de vinte centímetros. Um bilhão de dólares ou, por outras palavras, um milhar de milhões, ultrapassa em altura a catedral de S. Paulo, em Londres. Um trilhão de dólares – um milhão de milhões – ultrapassa os 193 quilômetros de altura, ou seja, mais de vinte vezes a altitude medida no cimo do monte Everest” (sic) (GIDDENS, 2006, pág. 21-2).

A analogia torna-se necessária visto que logo depois o professor afirma que hodiernamente o mercado financeiro global movimenta cerca de um trilhão de dólares por dia, o que é um aumento maciço em relação aos anos oitenta. Daí então a conclusão de que tanto os céticos quanto os radicais não conseguem compreender inteiramente o aspecto revolucionário deste que se apresenta um verdadeiro processo, ou “uma rede complexa de processos” (GIDDENS, 2006, pág. 24), cuja reunião denomina-se de globalização.

Outros pontos que ainda podem ser utilizados para tentar senão definir este processo de globalização, pelo menos tentar delimitar suas dimensões, dizem respeito não somente às implicações econômicas, mas também àquelas referentes à política dos Estados, bem como a formação de uma cultura global, posicionamento compartilhado pelo professor Luiz Alberto Rocha (2008) quando afirma que

“a globalização, a par dos diversos conceitos que possam explicá-la, é a formação da leitura dos problemas mundiais conjuntamente, indicando a tendência de entendê-los unidos. Isto quer dizer que a globalização, enquanto idéia, é um verbete conceitual sem cognição própria, aceitando, em certo sentido, qualquer valor que lhe seja atribuído, o que não poderá ser realizado sem boa dose de discussão histórico-comparativa de seu desenvolvimento. Sendo,

por isso, necessariamente objeto de tratamento interdisciplinar” (ROCHA, 2008, pág. 79).

Não é difícil coletar dados esparsos que unidos demonstram quão grande são esses processos e como necessitam sim de tratamento inter (ou multi) disciplinar. Giddens fornece alguns exemplos quando suscita a criação do Código Morse, um sistema de comunicação inventado por Samuel Morse que utiliza-se de pontos e traços a fim de transmitir uma mensagem codificada ao seu interlocutor. De fato se não existisse nenhum processo de integração tal código seria apenas eficaz há alguns que, porventura viessem a conhecê-lo. Entretanto, trata-se de uma ferramenta que é utilizada pelo mundo todo; do Brasil ao Japão, de Tokyo à Brasília, entre outros tantos exemplos que se possa dar.

Bem, a sistematicidade desses processos é tão grande e relativa que não é muito difícil entender o porquê da necessidade de um código universal para comunicação. Não obstante à necessidade de troca de informações para a movimentação do mercado entre grupos econômicos com línguas diferentes, o interesse pela cultura dos blocos regionalizados impende que a comunicação se dê de forma propícia ao amplo entendimento. Daí que surge a eleição de línguas oficiais, como é o Inglês, o Espanhol (para a América Latina) e agora, algumas línguas dos países asiáticos (como o japonês, e o cantonês).

Outra idéia suscitada por Giddens (2006) diz respeito ao processo de globalização como um catalisador para formação de uma cultura global. Dois exemplos, cita o professor, o primeiro de uma conhecida que visitou os confins da África Central para estudar a vida comunitária e surpreendeu-se ao observar que o lazer de alguns grupos era o cinema norte-americano, e ainda mais, assistiam a filmes que ainda nem sequer haviam sido lançados nos cinemas. No Brasil, mais especificamente em Belém do Pará, não é muito difícil deparar-se com situação semelhante. As esquinas e semáforos estão lotados de vendedores informais comercializando DVD's “piratas” com filmes ainda nem lançados no cinema.

Aqui se pode até citar certa “hipocrisia constitucional” uma vez que é possível perceber que o ramo do Direito Penal se preocupa sobremaneira com a comercialização desses produtos pelo fato de que a lei criminológica considera delito a propagação de mercadorias que infrinjam a disposição dos direitos autorais (que são direitos de natureza civil). Outrossim, a Constituição Federal brasileira consagra os Direitos Sociais a partir de seu artigo 6º, assegurando a todos, entre outros, o direito ao lazer e à cultura. Numa sociedade na qual a produção da informação somente é livre em um espaço desorganizado (internet), qual a forma mais efetiva de socializar cultura e lazer? Enquanto os governantes não conseguem responder com clareza tal pergunta, o povo dá a resposta com condutas *contra legem*, e no mais limiar do formalismo jurídico-positivo o Estado procura punir os seus maiores divulgadores da cultura capitalista.

Até a produção cultural que veio se desenvolvendo ao longo dos séculos começa a se contaminar pelos efeitos da globalização cultural que alteram ao estilo de vida das pessoas, as músicas que se ouvem, as coisas que se comem, o jeito o qual passam a se vestir tudo começa a ser condicionado ao estereótipo dos comerciais. Nesse ponto ainda cabe a menção à Milton Santos, que escreve que a globalização impõe-se para a humanidade de forma perversa, pregando a solipsia do capital, da comunicação de massa e do sistema ideológico (SANTOS, 2001).

De todo modo, ainda torna-se necessário citar o segundo exemplo suscitado por Giddens (2006), que discorre acerca das figuras internacionalmente reconhecidas como parte da cultura global, como é o caso de Nelson Mandela como figura política influente para o fim do *apartheid*, na África do Sul. Fato este que apenas corrobora o pensamento de Milton Santos (2001), de que

“um dos traços marcantes do atual período histórico é, pois, o papel verdadeiramente despótico da informação. Conforme já vimos, as novas condições técnicas deveriam permitir a ampliação do conhecimento no planeta, dos objetivos que o formam, das sociedades que o habitam e dos homens em sua realidade intrínseca. Todavia, nas condições atuais, as técnicas da informação são

principalmente utilizadas por um punhado de atores em função de seus objetivos particulares. Essas técnicas da informação (por enquanto) são apropriadas por alguns Estados e por algumas empresas, aprofundando assim os processos de criação de desigualdades. É desse modo que a periferia do sistema capitalista acaba se tornando ainda mais periférica, seja porque não dispõe totalmente dos novos meios de produção, seja porque lhe escapa a possibilidade de controle”. (SANTOS, 2001, pág. 38-9).

Por isso não se estranha que o mundo inteiro se comova com a morte de um ídolo da cultura musical pop, e que poucos paraenses chorem pelo óbito de Mestre Verequete, marco histórico na cultura da música paraense. De toda forma, essas alterações perceptíveis na experiência regional e mundial, levam a crer que passamos por um período no qual alguns paradigmas científicos devem ser chamados a ordem para sua conformação aos novos anseios da comunidade.

Então, para o direito isso significa que o objeto dinâmico da ciência jurídica altera-se na medida em que a globalização incorpora novos fatos no seio social, o que exige, por conseguinte, que o conteúdo estático do direito passe a ordenar esses novos acontecimentos através de normas de conduta condizentes tanto com o meio o qual desejam atuar como que com a finalidade a ser atingida. Como exemplo cita-se a questão da regulamentação econômica e tributária, que contempla às novas relações jurídicas em contratos realizados entre blocos econômicos, ou entre estes e países isolados. Como é o caso de algumas iniciativas do MERCOSUL que, hoje, já possui até personalidade jurídica.

De todo modo, é sintomático que o processo de globalização imprime uma enorme modificação no objeto dinâmico do direito, isso se tomando por base uma Teoria do Direito jurídico-positiva, ou seja, até na teoria mais formalista é possível obtemperar um plano no qual a força deste processo alcança as bases e às preenche com toda a sua novidade e todo seu potencial de revolução.

O que começa a ser questionado, então, é até que ponto o regime jurídico começa a sofrer a influência da globalização e até que ponto isto interfere no conceito, interpretação e aplicação da Constituição? Por oportuno, parece que a resposta lógica é que a Constituição Brasileira de 1988 amolda-se muito bem aos problemas da globalização quando se refere aos princípios norteadores das relações internacionais; ao reconhecimento da suprallegalidade de Tratados Internacionais que versem sobre Direitos Humanos aprovados sob o quorum do §3º do art. 5º; a autorização dos serviços de televisão e rádio-fusão como competências da União; entre diversos outros exemplos que se possa pensar neste momento.

Entretanto, ainda pode-se falar que a Constituição Federal do Brasil, consagra um verdadeiro Sistema Constitucional de textura aberta que flexibiliza um Direito Constitucional positivo-formalista, através da consagração de princípios cheios de um valor axiológico que procura buscar uma maior conformação da estática com a dinâmica do Direito.

De outro lado, a relação constitucional não pretende somente uma relação entre cidadãos, mas principalmente do Estado com o cidadão, daí que sua formação, conceito, aplicação e interpretação diferenciam-se sobremaneira de todo o resto das leis do ordenamento jurídico visto que são direito posto, provenientes de regra com hierarquia mais próxima à *groundnorm*.

Dessa forma, o caminho pelo qual se pretende entrelaçar o processo de globalização com o conceito de constituição na contemporaneidade, visa, na verdade, debater a própria Teoria da Constituição inserindo no debate travado por Lassalle (200) e Hesse (1991) o elemento atual deste processo, que, naquela época, ainda não consistia em elemento com tanto poder quanto o é hoje.

Os Fatores Reais de Poder e a Força Normativa das Constituições.

A discussão acerca da Essência das Constituições travada por Ferdinand Lassalle (2000), ganha força na contemporaneidade justamente porque se busca um

desprendimento com o extremo teórico ao que foram levadas as proposições kelsenianas no que tange à Teoria Pura do Direito. Para os positivistas clássicos a constituição representa “a lei fundamental proclamada pela nação, na qual se baseia a organização do Direito público do país” (LASSALLE, 2000, pág. 06), o que para Lassalle (2000) não representa a essência de nenhuma constituição real (e como se verá adiante, apenas o conceito de uma constituição jurídica).

Ainda, sustenta o jurista que a Constituição difere-se, por muito, de uma lei apesar de encontrar alguns pontos similares entre ambas. Ressalta a idéia de que a Constituição, assim como a lei, necessita de aprovação legislativa, ou seja, existe a necessidade de que a mesma seja, também, uma lei. Por outro lado, não pode a Constituição passar por um processo revogatório idêntico ao da lei, uma vez que carrega consigo forças políticas e sociais que lidam com um aspecto de garantia e segurança da nação. Nesse sentido ainda complementa não ser executável o

“fato de constantemente serem aprovadas novas leis; pelo contrário, todos nós sabemos que se torna necessário que todos os anos seja criado maior ou menor número de leis. Não se pode, porém, decretar-se uma única lei, nova, sem alterar a situação legislativa vigente no momento de sua aprovação. Se a nova lei não motivasse modificações no aparelhamento legal vigente, seria absolutamente supérflua e não teria motivos para ser a mesma aprovada. Por isso não protestamos quando as leis são modificadas, pois notamos, e estamos cientes disso, que é esta a missão normal e natural dos governos. Mas, quando mexem na Constituição, protestamos e gritamos: ‘Deixem a Constituição!’” (LASSALLE, 2000, pág. 7-8).

Portanto, a interrogação de qual seria a diferença entre uma lei e uma Constituição é respondida, obscuramente, com a afirmação de que aquela última seria uma lei fundamental. Contudo, não esclarece suficientemente uma vez que apenas substituiu uma coisa por outra, apesar de começar a modificar o modo pelo qual se passa a observar o mecanismo fundador do ordenamento jurídico como fundamental. Daí então que se

estabelecem algumas premissas para este requisito de fundamentalidade, divididas em: 1) “que a lei fundamental seja uma lei básica mais do que as outras comuns” (LASSALLE, 2000, pág. 9); 2) “que constitua (...) o verdadeiro fundamento das outras leis, isto é, a lei fundamental (...) deverá formar e engendrar as outras leis comuns e ordinárias na mesma” (LASSALLE, 2000, pág. 9); 3) que “as coisas que têm um fundamento não o são por um mero capricho; existem porque necessariamente devem existir (...) a idéia de fundamento traz, implicitamente, a noção de uma necessidade ativa, de uma força eficaz” (LASSALLE, 2000, pág. 9-10).

Por isso é que Lassalle (2000) identifica que se a Constituição é uma lei fundamental da nação, somente o é porque trata de uma “força ativa” que faz com que todo o resto das coisas sejam o que são. É o que dá sentido e validade a todos os pormenores existentes para o determinado povo/nação que se encontra sob a égide daquela determinada Constituição. No entanto, será mesmo possível admitir-se que em toda a terra exista uma força ativa que não possa ser contrariada e que determine a realidade como um todo?

Somente, então, e neste momento, que se começa a discussão acerca dos Fatores Reais de Poder, como essa força ativa dominante vai de fato atribuir os valores necessários para a verdadeira constituição da lei fundamental de uma nação. Nesse momento Lassalle (2000) profere uma das mais famosas hipóteses do constitucionalismo contemporâneo, a de um enorme incêndio na Prússia que acabasse por destruir todos os originais dos textos legais vigentes na época bem como a própria reprodutora destes textos, o que ocasionaria a necessidade de formulação de um ordenamento jurídico inteiramente novo.

A pergunta que se faz nesse momento é se o legislador ordinário poderia, de sobressalto, decidir pela extinção da Monarquia, ou da Aristocracia; decidir sobre o não restabelecimento da Grande Burguesia; implantar medidas excepcionais para destituir a qualidade dos Banqueiros; ou ainda, privar a liberdade da Pequena Burguesia e do Proletariado. A resposta é inteiramente negativa, uma vez que cada classe

apresenta alguma espécie de poder que torna factível a realidade desses fatores reais como uma parte da própria Constituição, que, de acordo com a realidade jurídica aparenta não existir.

De fato, a Monarquia e a Aristocracia detêm uma parcela de poder político externado na forma de poder militar, pois detêm a seu mando as ações do exército, a direção de seus canhões e (naquela época) de suas baionetas. Por outro lado, a Grande Burguesia e os Banqueiros detêm parcela do poder econômico, uma vez que são os responsáveis imediatos pela distribuição e manutenção do status do capital, do sistema capitalista. Por fim, a Pequena Burguesia e classe Proletária são os detentores da força política uma vez que constituem a maior parcela do povo, e se transportarmos essa concepção para a Constituição Federal brasileira de 1988, o art. 1º, Parágrafo único, preceitua que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, o que exemplifica na prática a existência desses Fatores Reais de Poder.

No que tange, então, á relação entre esses fatores e a constituição escrita, jurídica, Lassalle (2000) descreve que

“não é difícil compreender a relação que ambos os conceitos guardam entre si. Juntam-se esses fatores reais do poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão escrita. A partir desse momento, incorporados a uma folha de papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito – instituições jurídicas” (LASSALLE, 2000, pág. 17-8).

Daí nasce a célebre alusão à Constituição como folha de papel, informando-se que existe uma relação de conformidade na qual a Constituição Jurídica submete-se a descrever a Constituição Real, ou seja, a consagração de uma força ativa através dos Fatores Reais do Poder, sob pena de tornar-se um documento jurídico sem efetividade, sem aproximação com a realidade mundana. Fato que a deixa tão útil como uma mera folha de papel que poderia ser rasgada a qualquer momento, e

termina, em sua conclusão, asseverando não serem as questões constitucionais

“problemas de direito, mas do poder; a verdadeira constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social” (LASSALLE, 2000, pág. 40).

Não obstante, Konrad Hesse (1991), posteriormente, critica as idéias de Lassalle (2000) de que a Constituição Real seria, na verdade, uma força ativa delimitada pelos Fatores Reais de Poder, externada pela gestação das forças políticas, sociais, econômicas e intelectuais (culturais), chegando a admitir que realmente concorde com o fato de que “questões constitucionais não são, originariamente, questões jurídicas, mas sim políticas” (HESSE, 1991, pág. 9); mas ressaltando que acredita que exista uma força normativa que aproxime a constituição jurídica da constituição real, na medida em que aquela pretende agir diretamente nesta última.

Hesse (1991) observa que embora Lassalle (2000) não chegue a dizer expressamente, sua teoria acaba por considerar que a “eficácia da Constituição jurídica, isto é, a coincidência de realidade da norma” (HESSE, 1991, pág. 10), torna-se “apenas um limite hipotético extremo” (HESSE, 1991, pág. 10). Justifica ainda mais sua posição dizendo existir, entre a norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluida e irracional

“uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar. Para essa concepção do Direito Constitucional, está configurada permanente situação de conflito: a Constituição jurídica, no que tem de fundamental, isto é, nas disposições não propriamente de índole técnica, sucumbe cotidianamente em face da Constituição real. A idéia de um efeito determinante exclusivo da Constituição real não significa outra coisa senão a própria negação da Constituição jurídica. Poder-se-ia dizer, parafraseando as conhecidas palavras de Rudolf Sohm, que o Direito

Constitucional está em contradição com a própria essência da Constituição” (HESSE, 1991, pág. 10-1).

Daí decorre a assertiva de se considerarmos verdadeiros todos os fatos argumentados por Lassalle (2000), o direito constitucional, enquanto ciência jurídica perderia todo o seu valor, e passaria a ser ontologia, sociologia ou política. Mas, de fato, aponta Hesse para a existência de uma força determinante do Direito Constitucional a fim de demonstrar que a Constituição jurídica existe para um determinado fim. Este que é uma ficção necessária para a devida relação e gestão do poder relacionado como fator da própria Constituição real.

Hesse (1991) leciona não ser possível conseguir chegar a uma resposta correta se não se desvencilhar ou dos paradigmas jurídico-positivos ou da tese da força determinante das relações fáticas (sociológica), sendo necessário encontrar-se um ponto de partida entre a dicotomia do ser e dever-ser. Bem, a norma constitucional, segundo Hesse, não possui “existência autônoma em face da realidade” (HESSE, 1991, pág. 14), sua essência reside na vigência e na situação que pretende ser regulada por ela, o que o jurista denomina de “pretensão de eficácia” (HESSE, 1991, pág. 14) que não pode ser separada, de modo algum, das condições históricas de sua realização, mas que também com elas não pode ser confundida.

Desse modo, adotando-se a terminologia de Constituição real e jurídica, pode-se perceber que ambas são autônomas, mas interdependentes, uma vez que a real exprime o conjunto de forças que caracterizam o poder desorganizado e distribuído de forma desigual, enquanto que a jurídica, com a sua pretensão de eficácia torna-se o condensador que vai ordenar as condutas de modo que se garantam os direitos necessários, por isso que Hesse (1991) afirma que

“a Constituição [jurídica] adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia. Essa constatação leva a uma outra indagação, concernente às possibilidades e aos limites de sua realização no contexto amplo de interdependência no qual esta

pretensão de eficácia encontra-se inserida” (HESSE, 1991, pág. 16).

Portanto, o que se pode perceber, é que para Hesse (1991), o conceito de Constituição não pode ser ligado a qualquer extremo axiológico de nenhuma doutrina, uma vez que desvirtua a realidade a ser pesquisada. Importa sim analisar-se a Constituição sobre um prisma epistêmico, o que dá a oportunidade de abraçar a idéia de que ela seja uma força ativa determinante das relações sociais, mas que também utiliza do dever-ser para ordenar esses fatores de poder, pois depende historicamente deles, e formular normas com pretensão de eficácia; ou seja, relacionar o dever-ser da ordenação da conduta humana com proposições aplicáveis ao próprio ser.

Fica cristalina, então, a complementaridade entre os estudos realizados por Hesse (1991) e por Lassalle (2000) que vão representar marcos históricos, assim como a Doutrina de Kelsen (2006), para a ciência constitucional. A partir deste momento pretende-se tecer alguns comentários acerca da teoria constitucional contemporânea que se volta, novamente, ao debate acima travado, e procura na prática modos para que essa pretensão de eficácia (agora chamada de efetividade da norma jurídica), possa ser encontrada de forma a garantir os direitos básicos dos cidadãos.

Sobre o Conceito de Constituição

Na contemporaneidade, o conceito de constituição tomou certo rumo de indefinição, várias correntes surgiram tentando dizer o que devia ela ser, sem contudo, esclarecer com contundência a doutrina. Embora não se possa afirmar com certeza qual seja, dentre os vários conceitos apresentados, aquele que corresponde, realmente, à Constituição, é plenamente possível obtemperar acerca dos fatores que a dão origem, ou seja, ao seu nascimento bem como aos objetos que são alcançados por sua força.

Ora, preliminarmente, cabe-nos menção à estudo referente à tridimensionalidade do Poder Constituinte, no qual

expõe-se uma característica *sui generis* do nascimento das Constituições, reafirmando o que Konrad Hesse (1991) diz, de que questões constitucionais são, primeiramente, questões políticas. Em qualquer tipo de Constituição, a discussão preliminar e legitimadora de sua posterior eficácia, diz respeito ao debate político de fatores sociais. Uma coisa complementa a outra, a externalização da vontade social exige a tutela da política para eleição de metas, então nasce a vontade constitucional.

Desse modo, a juridicidade advém ou da Assembléia Constituinte, ou da Outorga Ditatorial, ressalte-se que no primeiro modo existe legitimidade, enquanto que no segundo persiste o abuso na gestão do poder político. De todo modo, o que se chama de dimensão jurídica somente passa a existir a partir do consenso acerca dos valores políticos e sociais que fazem parte dessa vontade constitucional, portanto, um conglomerado sistêmico e complexo que não é (nem somente nem primeiramente) apenas jurídico, mas também, político (e daí econômico) e social (e daí cultural ou intelectual).

Olhando por este prisma, passa-se, então, a reconhecer que o alcance da constituição aponta para um conceito epistemológico, para a produção de uma realidade que enlace o conceito jurídico (de corrente de Kelsen), social (da corrente de Lassalle) e político (da corrente de Hesse).

Bem, olhando para a pragmática jurídica, é possível observarmos essa indefinição exposta alhures, mas com uma tendência a proteção da dimensão jurídica das constituições de modo que os Tribunais Superiores (ou no caso do Brasil, Supremos Tribunais), preocupam-se somente com o controle da constitucionalidade de dispositivos jurídicos, ou ações pautadas neles. Ainda pode-se citar a tão debatida questão das Súmulas Vinculantes, ou as menos debatidas como o caso do Art. 518 § 1º do Código de Processo Civil, ou, ainda, do Projeto de Emenda Constitucional n. 385/2005, a fim de não só reconhecer essa parcialidade à proteção da dimensão jurídica, mas também debater se o Poder Judiciário estaria ou não se engessando.

Impossível, por outro lado, não reconhecer que esse mesmo Judiciário, recentemente (e por força de uma comoção

pública), voltou seus olhos para a questão que ficou conhecida como “Ficha Limpa”. De todo modo, antes de se analisar um pouco este debate tão emblemático necessário se faz voltar ao conceito de Constituição que há pouco foi suscitado.

Ora, se se pretende defender um conceito de Constituição que contemple uma realidade holística, os ensinamentos de Hesse (1991) cumulados com os de Lassalle (2000) e Kelsen (2006) podem ser um norte para uma concepção neste sentido. Adotando-se a realidade brasileira como parâmetro, possível se faz observar que é a busca por uma maior efetividade das normas constitucionais que deve (e vem) sendo o fator catalisador dos estudos do Direito Constitucional.

Tal questão, a da Efetividade da Norma Constitucional, visa à aproximação do conteúdo material da norma, do dever-ser, com a realidade produzida o que é, outrossim, a questão da Força Normativa da Constituição tratada em Hesse, sem, contudo, esquecer dos Fatores Reais de Poder tratados em Lassalle (2000).

Dessa forma, apesar da aparente imprecisão conceitual e a grande maioria tendendo à proteção exagerada de um extremo axiológico da doutrina de Kelsen (2006), um indício evolução começa a ser implantado na medida em que se abraçam os conceitos aqui estudados. E o mais interessante é que tudo isso nasce da concepção de relativização das Soberanias nacionais através do processo de globalização e das relações internacionais.

Na medida em que a Soberania foi se relativizando e os Estados passaram a “abrir” suas portas no rumo do diálogo e do consenso, foi possível às constituições aceitarem com maior facilidade a idéia de que não é somente a questão jurídica que influí na concepção de um “ser” constitucional. Por isso é que se torna, senão necessária, pelo menos ideal no momento, que se considere o processo de globalização como um Fator Real de Poder e, dessa forma, se reconheça mais fortemente, sua influência no próprio conceito de Constituição como uma Força Ativa, talvez assim, se torne viável a discussão de uma legislação internacional com mais abrangência e Força Normativa.

Conclusões

No presente artigo, a idéia principal era a de relacionar o processo de globalização com o que Lassalle (2000) entende como sendo os Fatores Reais de Poder, portanto, como influente na produção do Conceito de Constituição, e não há como negar que não seja, uma vez que interfere sobremaneira na produção econômica, sócio-cultural e até jurídica dos países, sejam eles eminentemente capitalistas, ou resquícios da antiga União Russa Socialista Soviética, como é o caso de Cuba, ou ainda a China que apesar de capitalista é um país Comunista.

De fato, da intenção inicial, o debate mostrou-se no mínimo proveitoso, mas como o tema é complexo por tratar de um sistema, o constitucional, existem várias possibilidades a serem atacadas, o que não se pode fazer mediante (e somente) um artigo, seriam necessários diversos outros para a construção de argumentos teoricamente sustentáveis, ou auto-sustentáveis. De todo modo, o interessante a se observar é que como o debate tangencia-se a questão da efetividade num plano interno de produção do conceito constitucional o debate político não poderia ficar de fora, e este é um dos aspectos que o próprio processo de Globalização acentua, uma vez que para se assegurar um debate político global, ou mesmo regional, é necessário que as estruturas nacionais sejam capazes de suportar com eficiência a vontade nacional. O que nos trás a questão do *déficit* democrático.

A atuação das Cortes Constitucionais pode exemplificar uma posição muito interessante que mostra um novo rumo para o Conceito de Constituição aplicado na prática. Se o sistema constitucional tem uma textura aberta, a princípios fundamentais reconhecidos universalmente, a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem começado a aplicar essas aspirações teóricas na prática. Entretanto, existe um lado bom e um lado ruim em tudo isso. O lado bom é que podemos presenciar julgamentos como o caso da Lei de Anistia, com o acórdão do então Ministro Relator, Eros Roberto Grau, defendendo que a Dignidade da Pessoa Humana não pode ser negociada, reconhecendo um

indício de um “princípio moral” a gerir as decisões deste Colendo Tribunal.

Igualmente foi o caminho trilhado pela decisão no que tange à questão da Ficha Limpa, na qual apesar do empate dos votos entre os Ministros, pode-se perceber esse mesmo indício de moralidade sendo, paulatinamente, implantado na experiência jurídica. De fato, e não há quaisquer dúvidas a respeito disso, a lei da Ficha Limpa é constitucional. O que se discute é acerca da aplicação da mesma durante o exercício legal de 2010, ano de eleição, bem como a respeito de sua retroatividade.

Todavia, uma democracia só existe porque há vozes dissonantes, mas esse conflito é resolvido através do diálogo e do consenso. De toda forma, existem vozes contrárias que repudiam tais decisões e que acreditam que o Supremo Tribunal Federal estaria defendendo um “falso moralismo”, que estaria, na verdade proferindo decisões políticas. Bem, não há como negar que as decisões relacionadas ao controle de constitucionalidade têm um cunho político, pois, como nos relembra Hesse (novamente), a questão constitucional é primeiramente uma questão política. Ainda que se confunda discurso dialético com discurso persuasivo, ambos não deixam de ser parte da política hodierna, embora um represente uma forma democrática de produção política do ser, enquanto que a outra uma forma de gestão de forças políticas e econômicas.

Inegável que, eventualmente, em algum ponto o Supremo Tribunal Federal utilizou de um discurso persuasivo para consecução de seus fins, desta forma, a produção de uma política na forma impura de discurso. Portanto, torna-se possível afirmar que há algo de errado quando um julgamento de tamanha importância quanto foi o da impugnação das candidaturas dos políticos impedidos pela Lei da Ficha Limpa, com base na retroatividade, tenha terminado em empate. Possível torna-se afirmar que algo muito mais errado se apresenta quando se mantém decisão favorável a retroatividade da lei para alcançar fatos anteriores a sua promulgação.

De fato, este é o lado ruim dessa aplicação de novos conceitos; eles estão preparados para o mundo, mas o mundo

ainda não está preparado para eles. É fácil dizer que alguns candidatos não deveriam estar concorrendo nem para o cargo de síndico de condomínio, mas é extremamente difícil dizer que os direitos devem ser respeitados sejam quem forem seus destinatários. Isto não somente uma luta nacional, mas é uma luta mundial, que ganha extrema força com a propagação de um Direito Internacional e com o processo de Globalização. Doravante, ainda restam muitas batalhas a se travar para se poder alcançar alguma vitória em prol da humanidade.

Referências

- AZEVEDO JÚNIOR, Pedro Antônio de; PAPALÉO PAES, Alberto de Moraes. Súmula Obstativa e Impeditiva de Recursos – uma análise crítica acerca dos efeitos e implicações na esfera processual civil. Trabalho de Conclusão de Curso. UNAMA. 2008.
- BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm.
- BRASIL, Lei n. 5.869/1973 (Código de Processo Civil). *Vade Mecum* Acadêmico de Direito. Organização Anne Joyce Angher. Ed. Rideel. São Paulo. 2010.
- GIDDENS, Anthony. O Mundo na Era da Globalização. Tradução: Raúl Barata. 6ª Ed. Editora Presença. Lisboa. 2006.
- HÄRBELE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimentalista” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira. Ed. Sérgio Antônio Fábris. Porto Alegre. 2002.
- HESSE, Konrad. A Força Normativa das Constituições. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. 1ª Ed. Sérgio Antônio Fábris Editor. Porto Alegre. 1991.

LASSALLE, Ferdinand. A Essência das Constituições. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 5ª Ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2000. Pág. 06.

PAPALÉO PAES, Alberto de Moraes. O Poder Constituinte em uma Concepção Tridimensional de Constituição. Artigo submetido à Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional; Periódico: Constituição, Economia & Desenvolvimento. Preliminarmente aprovado em: 27.10.2010.

ROCHA, Luiz Alberto G.S. Estado, Democracia e Globalização. 1ª Ed. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2008.

SANTOS, Milton. Por uma Outra Globalização – Do Pensamento Único à Consciência Universal. 6ª Ed. Editora Record. Rio de Janeiro. 2001.

CAP V

DEMOCRACIA, CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS – O NOVO CENTRO DE CONCENTRAÇÃO DO PODER POLÍTICO

Introdução.

Na maioria dos cursos de graduação em direito existe um forte preconceito contra as matérias propedêuticas. É possível observar que o aluno ingressante tem mais interesse na prática de matérias como o Direito Civil, Penal, Trabalhista, do Consumidor, entre outros. Notadamente, talvez isso seja um efeito do movimento de globalização que segundo Milton Santos (2001) foi um processo que se deu de forma perversa consagrando estruturas como a violência da informação, a competitividade, o consumo de massa; o que traz a figura da solipsia do capital como fator egocêntrico. Estas construções interferem na formação do profissional de direito enquanto pessoas, o que faz com que o exercício da profissão fique subjugado aos ditames da sociedade globalizada, então voltada para os aspectos mais práticos do ensino jurídico, ou para as matérias que vão ajudar a passar em um bom concurso público e obter a tão sonhada estabilidade financeira.

De todo modo, pode-se perceber que na verdade, a causa principal que faz com que muitos discriminem as matérias de ordem propedêutica trata da existência de um divórcio entre o debate prático e o debate teórico. Tal divórcio não é algo relativamente novo. É uma (des)construção que nasce desde Sócrates, como relembra Hannah Arendt (2009) na obra “A Promessa da Política”. Durante seu julgamento o filósofo grego

utilizou o discurso dialético de forma a tentar persuadir seus julgadores, o que por Hannah foi considerado um erro crasso, uma vez que o discurso voltado para as multidões era o discurso persuasivo, a forma expansiva de se fazer política; enquanto que o discurso dialético era uma quebra de paradigma neste tipo impuro de política da antiguidade, uma vez que considerava o interesse do interlocutor e era um meio para a prática da maiêutica socrática. O problema somente começa aqui.

Antes do ano 1500, a sociedade científica possuía uma visão orgânica acerca da natureza dos acontecimentos. As produções consideravam a faticidade e a espiritualidade às necessidades individuais da comunidade, daí destacarem-se os estudos de Aristóteles, Platão, Cícero e São Tomás de Aquino (entre outros). Contudo, houve uma mutação paradigmática, que posteriormente ficou conhecida como Revolução Copernicana, na qual foi possível observar como a perspectiva da sociedade medieval mudou radicalmente entre os séculos XVI e XVII, deste modo

a noção de um universo orgânico, vivo e espiritual foi substituída pela noção do mundo como se ele fosse uma máquina, e a máquina do mundo converteu-se na metáfora dominante da era moderna. Esse desenvolvimento foi ocasionado por mudanças revolucionárias na física e na astronomia, culminando nas realizações de Copérnico, Galileu e Newton. A ciência do século XVII baseou-se num novo método de investigação, defendido vigorosamente por Francis Bacon, o qual envolvia a descrição matemática da natureza e o método analítico de raciocínio concebido pelo gênio de Descartes. Reconhecendo o papel crucial da ciência na concretização dessas importantes mudanças, os historiadores chamaram os séculos XVI e XVII de a Idade da Revolução Científica (CAPRA, 1987, p. 49-50).

Nicolau Copérnico revolucionou a ciência moderna quando se opôs à teoria geocêntrica concebida por Ptolomeu e mantida pela igreja como um dogma por mais de mil anos. Após os a publicação de sua teoria heliocêntrica (1543), a revolução

estava iniciada com a quebra de um paradigma milenar, mostrando a todos que a terra não era o centro do universo e sim somente mais um planeta que circunda um astro de segunda grandeza. Logo após, veio Johannes Kepler com a sua tentativa de descobrir uma teoria sobre a harmonia dos movimentos das esferas, o que resultou em suas leis empíricas do movimento planetário o que apenas corroborava os estudos de Copérnico. Entretanto, aquele que causou a maior mudança de opinião científica foi Galileu Galilei. Famoso pelos estudos acerca da queda dos objetos, Galileu apontou o recém-inventado telescópio para os céus e superou a cosmologia comprovando a veracidade das hipóteses de Copérnico.

Outra grande contribuição de Galileu para a ciência moderna reside no fato de que somente a partir dele é que se começa a falar na linguagem matemática da natureza e a combinação desta linguagem com a experimentação científica. O que nos leva à Francis Bacon que é citado por também contribuir com as idéias da revolução que se vivia. Bacon foi o autor do método da experimentação no qual preceituava que o conhecimento advém das comprovações experimentais, logo considerava que o homem deveria “torturar a natureza” para obter todas as respostas possíveis para suas perguntas.

Por ter vivido em meados do Séc. XVI Bacon foi fortemente influenciado pela perseguição católica mais conhecida como “caça as bruxas”, por isso acredita-se que favoreceu ao paradigma patriarcal quando utilizou de figuras como “mãe natureza”, para descrever o natural e a necessidade de torturá-la para se obter respostas. Pensando na natureza como selvagem e perigosa, tentou o homem, a todo custo, dominá-la e como a idéia do patriarcado estava fortemente ligada a este movimento, coincidiu com exploração do sexo feminino.

Outros dois grandes expoentes dessa revolução científica são René Descartes e Isaac Newton. Enquanto Descartes e seu “Discurso do Método” separa a mente do corpo e corporifica a divisão da ciência moderna como conhecemos, ciências naturais e ciências sociais, Newton é responsável pela fixação da metáfora da máquina do mundo, através da propagação de suas leis da

física. De todo, modo, este cotejo histórico demonstra, na verdade, a fixação de um paradigma baseado no pensamento cartesiano, analítico, matemático, mecânico, que vem a ser o norte de toda a pesquisa e experimentação das ciências modernas.

Os estudos baseados no pensamento cartesiano ainda prosseguiram até 1905, quando Albert Einstein publicou dois artigos introduzindo novas tendências para a física moderna: uma teoria espacial da relatividade, e um novo modelo de considerar a radiação eletromagnética (que posteriormente se desenvolveria em característica da física quântica). Capra relembra que

Einstein acreditava profundamente na harmonia inerente à natureza, e, ao longo de sua vida científica, sua maior preocupação foi descobrir um fundamento unificado para física. Começou a perseguir esse objetivo ao construir uma estrutura comum para a eletrodinâmica e a mecânica, duas teorias isoladas do centro da física clássica. Essa estrutura é conhecida como a teoria espacial da relatividade. Ela unificou e completou a estrutura da física clássica, mas, ao mesmo tempo, provocou mudanças radicais nos conceitos tradicionais de espaço e tempo, e, por conseguinte, abalou um dos alicerces da visão de mundo newtoniana. Dez anos depois, Einstein propôs sua teoria geral da relatividade, na qual a estrutura da teoria espacial foi ampliada, passando a incluir também a gravidade. Isso foi realizado mediante novas e drásticas modificações nos conceitos de espaço e tempo (CAPRA, 1987, p. 70).

Aproximando mais essas revoluções paradigmáticas para o campo das ciências jurídicas, pode-se perceber que a divisão do método de Descartes faz com que o Direito seja uma ciência inclusa na área das ciências sociais; esta área que sofreu muita discriminação por não possuir um método que associasse a linguagem cartesiana à produção científica, fazendo com que houvesse uma miscelânea de informações, teses e conceitos. Entretanto, no início do século XX uma teoria veio a demonstrar um rigor metodológico impecável, incorporando, de vez o pensamento cartesiano à ciência jurídica através da obra prima de

Hans Kelsen (2006), a Teoria Pura do Direito, consagrando uma ótica positiva das ciências jurídicas.

Este paradigma, do positivismo jurídico, apresenta-se ainda como o dominante na contemporaneidade (especialmente na brasileira). O que leva a crer que o desenvolvimento prático da produção de conhecimento na graduação de direito é um problema epistemológico; um problema do paradigma dominante na ciência do direito. De todo modo, a modernidade das ciências começam a criticar suas bases de fundamentação e passam a criar um novo direito complexo, sistêmico e holístico; distanciando-se da concepção “pura” de Kelsen e descrevendo a ciência do direito por suas referências externas.

Justamente neste viés é que se encontra a disciplina da Teoria Geral do Estado aliada à Teoria do Direito Constitucional como conseqüência lógica uma da outra. Tal explicação introdutória é importante na medida em que a proposição do presente artigo amarra uma locução que passe pelo estudo das formas de estado, de governo, pelo sistema de governo para enfim focar-se na questão da democracia e do controle de constitucionalidade (problemas na descrição do direito em sua efetividade enquanto normas jurídicas). Desde logo, é imprescindível salientar que não se pretende fazer um estudo exaustivo de todos o conteúdo subjetivo destes tópicos, mas sim focar-se especificamente naqueles que vão ajudar na argumentação que aqui será sustentada.

No que tange á Forma de Estado a Constituição Federal do Brasil adotou o pacto federativo, fazendo, dessa forma, que existisse um estado composto de vários membros. Nestes moldes, a idéia era a de rompimento com formas que levassem a regimes autoritários, com centralização de poder, como eram nos estados simples, ou unitários, que facilitavam o domínio do povo (pelo soberano) a partir da premissa da forma a qual o Estado adotava para si. Na lição do professor Dalmo de Abreu Dallari (2011),

Fortemente influenciados por Montesquieu, os constituintes norte-americanos acreditavam fervorosamente no princípio da separação dos poderes,

orientando-se por ele para composição do governo da federação. Elaborou-se, então, o sistema chamado freios e contrapesos, com os três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e harmônicos entre si, não se admitindo que qualquer deles seja mais importante que os demais. Foi também preciso conciliar a necessidade de um governo central com a intransigência dos Estados que não abriram mão de sua autonomia política. Aliás, é importante que não se perca de vista que no caso dos Estados Unidos, a federação resultou, realmente, de uma união de Estados, o que é muito importante para explicar vários aspectos do mecanismo do sistema (DALLARI, 2011, p. 254).

Dessa forma, o binômio representação política/democracia participativa, começa, paulatinamente a ser instaurado na composição política do estado. A forma de governo adotada pelos estados modernos, guarda imensa correlação com a forma de estado e deve ser atacada por três pontos de vistas: a) a posição clássica de Aristóteles; b) a posição moderna de Montesquieu; e c) a posição contemporânea dos estudos mistos. Na concepção clássica de Aristóteles, admite-se a existência de modelos puros e impuros de governo, fazendo parte dos modelos puros a Monarquia, a Aristocracia e a Democracia; enquanto que nos impuros a Ditadura, a Oligarquia e a Demagogia. A diferença mais relevante entre os sistemas puros e impuros é a finalidade do governante; se age em prol do bem da coletividade sem utilizar interesses pessoais trata-se de um modelo puro ainda que o poder esteja nas mãos de um, de alguns ou de todos. Por outro lado, se o detentor do poder político age somente guiado por seus interesses pessoais, está-se diante de um modelo impuro de governo.

Para Montesquieu existem somente duas formas de governo que se sucedem no decurso da história com características básicas e próprias: Monarquia e República (entendida como Democracia). A Monarquia tem como principais características a vitaliciedade, a hereditariedade, a irresponsabilidade e a irresponsabilidade do monarca; este modelo é de criação histórica, tendo sua utilização diminuído ao

longo do tempo e o povo optado por modelos nos quais sua representação seja mais dinâmica. Na República, as características são antinômicas à Monarquia, sendo a representatividade política feita de forma mais dinâmica e com participação do povo. Neste modelo o representante é eleito por prazo determinado e responsável pelos atos de gestão e de governo por ele praticado. Decerto que a concepção moderna de Montesquieu descarta outros modelos que tem existência reconhecida e os substituí por dois conceitos macro, por isso que a doutrina moderna revela que, na verdade, não existem formas puras de governo coexistindo várias dentro do mesmo Estado. O exemplo é o do Parlamentarismo da Coroa Britânica; reconhecidamente uma forma de governo monárquica, com um parlamento representando os interesses da Câmara dos Lordes (Aristocratas), e da Câmara dos Comuns (Democracia).

Ainda, e já se aproximando do fim da construção do argumento inicial, a opção pelo sistema de governo presidencialista corrobora com toda a organização política de um Estado Democrático de Direito a partir de uma República Federativa. Com a consagração de um sistema presidencialista de governo o Brasil adota a forma de Democracia Representativa, na qual o povo é detentor do poder soberano, mas a condição para o seu exercício (sem esquecer que o cidadão também pode agir diretamente) é estabelecida pela ação indireta através de representantes eleitos. Diante disto a pergunta que se faz em torno do Controle de Constitucionalidade brasileiro (pergunta já feita e respondida por Hans Kelsen) é: quem deve ser o Guardião da Constituição? (KELSEN, 2003).

O Brasil adota um modelo misto de Controle de Constitucionalidade no qual se pode perceber a influência da concepção Difusa (Americana) e Concentrada (Kelseniana) no controle repressivo, além de utilizar o modelo francês de controle preventivo no processo legislativo. A concepção do controle de constitucionalidade preventiva, através das Comissões de Constitucionalidade e do Veto presidencial, aponta para uma produção democrática (se se olhar pelo viés da representatividade) do controle de constitucionalidade. Todavia,

como é possível discutir, de forma democrática, o controle feito pelos tribunais? Isto posto de outra forma; se a democracia e a representação política são Direitos Fundamentais do cidadão, como garanti-las nas decisões em Controle de Constitucionalidade? Estas são as perguntas que norteiam o presente trabalho. Na tentativa de explicar esta produção democrática, pretende-se, preliminarmente, abordar o estudo dos sistemas americano e austríaco na sua forma pura, para então tentar responder ao que se foi proposto.

A Concepção Pura do Controle Difuso de Constitucionalidade.

O modelo de Controle de Constitucionalidade americano, popularmente conhecido como difuso, é fruto de uma decisão política no célebre caso Marbury VS Madison. Neste modelo, a competência para declaração de inconstitucionalidade é concedida a todo o Juiz ou Tribunal, que decide a questão no caso concreto e aplica sua decisão *inter partem*. Relembre-se que tal decisão pode vir a ter efeitos *erga omnes* quando a sentença for proferida pela *supreme court*, que confere “efeito vinculante” por torná-la precedente jurisprudencial. De toda forma, como a intenção do presente trabalho é passar uma concepção pura deste modelo de constitucionalidade, faz-se de extrema importância inserir-se na questão histórica que fez surgir à idéia do controle difuso.

Em 1800, os Federalistas haviam perdido as eleições para presidência dos Estados Unidos, tendo como candidato derrotado o até então Presidente John Adams. Contudo, antes de ser sucedido por Thomas Jefferson (no começo do ano 1801), Adams editou um “ato judicial” (*judiciary act*), que criou 58 novos cargos de Juiz (*judgeships*) sendo 42 cargos para Juiz de paz (*justiceships of peace*). Thomas Jefferson suscitou que isto tratava de uma manobra política afirmando que os Federalistas haviam se retirado para o Judiciário como seu “*stronghold*” (porto seguro, ou, braço forte). Ocorre que na noite de 03 de Março de 1801, John Marshall, agindo como secretário de Estado, afixou o selo oficial

às *commissions* (no sentido de “comissionar”, “delegar”) dos Juízes de Paz, porém, sem ter efetuado sua entrega.

No dia posterior, quando do início do governo de Thomas Jefferson, um novo secretário de Estado foi nomeado, James Madison que tratou de suspender 17 das 42 *commissions*, nestas incluídas a de William Marbury. Inconformado com a situação, Marbury requisitou formalmente a efetivação de sua *commission*, não obtendo êxito. Fato que o fez impetrar um *writ of mandamus* (que pode ser interpretado como um Mandado de Segurança), com a finalidade de reconhecer seu direito. A decisão no processo Marbury x Madison foi prolatada pelo *Chief Justice* Marshall (aquele mesmo que afixou o selo oficial às *commissions*) que teve claras influências da obra *The Federalist*, escrita por Hamilton, Madison e Jay 15 anos antes do caso. Passemos à análise do mérito da decisão. O julgamento se desenvolve sobre três perguntas Básicas feitas pelo Juiz Marshall:

- a) *Tem o requerente (applicant), o direito às commissions demandadas?*
- b) *Se ele tem direito, e se este direito foi violado, as Leis de seu País fornecem um remédio?*
- c) *Se elas de fato fornecem um remédio é um mandamus de competência deste Tribunal?*

No que tange a primeira pergunta, o Juiz decide que a Constituição e Legislação correlata ao caso contemplam três operações distintas: a) *Nomination* (Nomeação): Trata de um ato exclusivo do Presidente, sendo completamente voluntário; b) *Appointment* (Convocação): Também um ato voluntário do Presidente que somente pode ser concretizado com o aconselhamento e consentimento do Senado; c) *Commission* (Delegação, Autorização, Licença): A concessão da *comission* a uma pessoa convocada, pode, talvez, ser considerado um dever imposto pela Constituição, “*he shall*”, diz aquele instrumento, “*commission all the officers of the United States*”. Dessa Forma, Marshall acredita que todos os procedimentos haviam sido devidamente obedecidos, ressaltando que como havia um silêncio

do senado no que tange ao *appointment* não havia nenhum prejuízo no tramite. Ainda, aduz Marshall restar comprovado direito do requerente quando argumenta que

Mr. Marbury, then, since his commission was signed by the President, and sealed by the secretary of state, was appointed; and as the law creating the office, gave the officer a right to hold for five years, independent of the executive, the appointment was not revocable; but vested in the officer legal rights, which are protected by the laws of his country (MARSHALL, 1803).

Dessa forma, a retenção desta *commission* trata de um ato não justificável na lei e violador de direitos adquiridos pelo requerente; fato que remete à segunda pergunta: se a legislação fornece algum remédio para sanar o dano. O argumento do Juiz é pelo entendimento de que existe um remédio legal pela própria essência de liberdade civil e pela violação aos direitos do requerente, por isso escreve

The very essence of civil liberty certainly consists in the right of every individual to claim the protection of the laws, whenever he receives an injury. One of the first duties of government is to afford that protection. The government of the United States has been emphatically termed a government of laws, and not of men. It will certainly cease to deserve this high appellation, if the laws furnish no remedy for the violation of a vested legal right (MARSHALL, 1803).

Por fim, no que tange ao último questionamento, o juiz divide a questão em duas proposições: a) A natureza do Direito pretendido; b) O Poder do Tribunal. No que concerne à primeira indagação o *Chief Justice* decide que o direito do requerente é de natureza concreta uma vez que foi devidamente nomeado; dessa forma a violação à esse direito dá ensejo à propositura do *mandamus* optado. Já no que diz respeito à segunda proposição, explica o juiz que a Constituição Americana confere à Suprema Corte autorização para processar ações, justificadas por princípios

e costumes da lei, de atos de qualquer um que aja em nome dos Estados Unidos da America.

Ainda continua construindo a argumentação dizendo que a Constituição confere este poder à Suprema Corte, mas que, por vezes, ele deve ser estendido aos juízos *a quo* porque representam a extensão da própria Suprema Corte (como poder Uno, Judiciário). Por fim, passa a reconhecer a competência do tribunal para processar e julgar o *mandamus* na medida em que se trata da necessidade de *judicial review* das leis ou atos normativos em desconformidade com a Constituição.

If an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void, does it, notwithstanding its invalidity, bind the courts, and oblige them to give it effect? Or, in other words, though it be not law, does it constitute a rule as operative as if it was a law? This would be to overthrow in fact what was established in theory; and would seem, at first view, an absurdity too gross to be insisted on. It shall, however, receive a more attentive consideration (MARSHALL, 1803).

Em conclusão, expõe a sentença do *Chief Justice* a idéia que permeia o controle difuso, a de que aqueles atos que são incompatíveis com a constituição devem ser considerados vazios, nulos, inexistentes, porque se trata de um aspecto comum de todas as constituições escritas: a vinculação das Funções do Estado aos Valores Constitucionais como instrumentos de ordem político-jurídica. Por isso diz

Thus, the particular phraseology of the constitution of the United States confirms and strengthens the principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the constitution is void; and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument (MARSHALL, 1803).

Produção Jurisprudencial Democrática como Direito Fundamental.

J. J. Gomes Canotilho (2003) ainda vai além, quando diz que a concepção de controle difuso remete ao ideal jusnaturalista de uma “*Higher Law*” que transfere o Poder Soberano (que na Inglaterra era do Parlamento) para a Constituição, apontando que era insuficiente “afirmar a superioridade da constituição perante a lei: era necessário reconhecer a *judicial review*, ou seja, a faculdade judicial de controlo da inconstitucionalidade das leis” (CANOTILHO, 2003, p. 898). Mauro Capelletti (1983), faz um estudo comparado entre os dois modelos de controle de constitucionalidade apontando algumas críticas e, também, reiterando aos avanços que cada um deu. No que diz respeito ao modelo americano, Capelletti (1983) diz que pelo fato de se dar difusamente, e de forma incidental, atacando somente o caso concreto, não existe modificação da proteção constitucional generalizada, apenas o reconhecimento da inconstitucionalidade naquele caso, explica ele que

este control, por lo tanto, no queda remitido a la exclusiva competencia de tribunales constitucionales especiales; es más, el control no se leva a cabo por procedimientos ad hoc, sino de forma incidental, en el transcurso de procesos ordinarios. Este control, en fin, no da lugar – al menos teóricamente – a una verdadera anulación, com efectos erga omnes, de la ley anticonstitucional, sino tan solo la inaplicación, em esse caso concreto, de la norma considerada inconstitucional. Sin embargo hay que precisar de inmediato, a propósito de este tema, que em los países de common Law, em virtud de la doctrina do stare decisis, todos los tribunales (o al menos todos los tribunales inferiores) quedan vinculados por la declaración de inconstitucionalidad de una norma realizada por um tribunal superior, a pesar de que esa declaración sea meramente incidental, con lo que ésta adquiere en la práctica valor erga omnes (CAPELLETTI, 1983, p. 602).

De todo modo, ainda acrescenta que a construção do modelo americano denota uma dupla garantia política ao Estado

Americano, e dizem respeito aos argumentos acerca da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. A primeira garantia é a de um controle democrático que representa os interesses regionalizados, a capacidade de qualquer Juiz demonstrar a realidade de um determinado grupo em relação aquele caso e à Constituição Federal. A segunda garantia diz respeito ao equilíbrio dos Poderes do Estado; enquanto que o Executivo e o Legislativo influem diretamente no curso das decisões políticas o Judiciário fica encarregado de proteger os valores constitucionais na tutela da liberdade e da igualdade, por isto a importância de haver representatividade no acesso ao cargo, instituindo-se o sistema de “*appointment or election*” no processo de seleção dos Magistrados.

É pacífico na doutrina que a compreensão da cisão conceitual entre Direitos Fundamentais e Direitos Humanos reside em dois aspectos distintos: 1) na positividade constitucional, o cunho formal de garantia e; 2) na dimensão axiológica da proteção universal, o cunho material de garantia (SARLET, 2007, p. 35-6). Desse modo, os Direitos considerados como Fundamentais têm proteção especial da constituição no processo de positividade, como é o caso do Brasil, que dedica um rol sobre Direitos e Garantias Constitucionais na Constituição e concede ao Judiciário a guarda e efetivação tanto destes direitos como da própria Constituição.

Ora, cabe, ainda, argumentar que o Controle de Constitucionalidade pela via difusa, no Brasil, na maioria dos casos, acaba com a decisão do Supremo Tribunal Federal por intermédio da interposição de Recurso Extraordinário. Portanto, atuando como órgão do Judiciário sentenciando o caso e podendo até modular os efeitos de sua decisão. Tomando-se, como base, também o art. 103-A da Constituição, o STF pode constituir uma regra hermenêutica que servirá como norte interpretativo para os casos constitucionais, depois de reiteradas decisões (BRASIL, 1988). As súmulas vinculantes.

De toda forma, a questão a instigar questionamentos persiste justamente na produção democrática de um controle justo. Pela via difusa, é possível encontrar-se alguns julgados de

demonstram mais uma instigação política, do que de fato uma inclinação a manifestação de feixes de interesse. Pode-se argumentar o seguinte: apesar de os Juízes, Desembargadores e Ministros não chegarem ao cargo público através do interesse político democrático, eventualmente, em suas decisões, eles acabam – por sua liberdade funcional no exercício do mister – representando este ou aquele interesse. Veja-se isto na prática.

No Recurso Extraordinário 631.102 Pará, o pleno do STF foi chamado a discutir questão suscitada da inelegibilidade de um candidato ao Senado, pela aplicação da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) que alterou o conteúdo da Lei Complementar 64/1990. A questão permeava a respeito da punição retroativa do candidato que renunciou ao mandato para não sofrer condenação; bem como que acerca da ocorrência do art. 16 da Constituição que versa sobre o conhecido princípio da anterioridade eleitoral. De todo modo, a decisão do Tribunal ficou empatada por ter um Ministro se aposentado às vésperas da Sessão no Plenário, fato que suspendeu o trâmite do processo até que novo Ministro assumisse a cadeira.

De todo modo, o STF ficou (literalmente) dividido entre dois interesses políticos-sociais: 1) o do movimento de moralização do Poder Legislativo, através da mutação do processo eleitoral e; 2) o dos candidatos que achavam ter sido cerceados em seus direitos fundamentais de concorrer a um cargo público através de eleição. Mas, além destes interesses conflitantes, o Tribunal haveria de conformar, qualquer decisão que proferisse com os Valores albergados pelo sentido das normas constitucionais. Valores estes que são, na verdade, o interesse jurídico-político a que estão amarrados todos os Juízes. Assim como o *Chief Justice* Marshall, que utilizou de uma posição política pessoal, para buscar na Constituição Americana, um meio de adequar os interesses políticos aos valores constitucionais; todo o Juiz, eventualmente, age sem levar em conta, como argumento forte, o valor democrático protegido pela norma jurídica. Portanto, se os Direitos Fundamentais exigem uma postura ativa do Estado, como cobrar do Judiciário a garantia de decisões democráticas?

O Tribunal Constitucional do Modelo Concentrado de Controle.

O modelo austríaco de Controle de Constitucionalidade é fruto dos estudos de Hans Kelsen (2006, 2000) na Teoria Pura do Direito (*Reine Rechtslehre*), e principalmente na Teoria Geral do Direito e Estado. No ano de 1920 foi promulgada a Constituição Austríaca (*Österreich Oktoberverfassung*) que consagrava o controle concentrado de constitucionalidade através do sistema de compatibilidade/incompatibilidade da norma ou ato normativo em face à Constituição. O momento histórico denota a necessidade de reformulação do quadro político da Áustria com a implantação do Parlamentarismo e a garantia de atuação livre do executivo e do judiciário sem a interferência exagerada do legislativo, garantias estas consagradas no texto constitucional. Segundo Jorge Miranda (1981)

Em diferentes sistemas constitucionais, com concentração de poderes no Chefe do Estado - desde a monarquia constitucional com poder moderador (na linha de BENJAMIN CONSTANT) e a monarquia limitada aos sistemas de governo representativo simples entende-se que lhe cabe a garantia da Constituição (MIRANDA, 1981, p. 273).

Pelo que, mais adiante, concluí argumentando que

Também, no primeiro após-guerra, ao mesmo tempo que surgia o modelo jurisdicional concentrado de Tribunal Constitucional tendo KELSEN por principal teórico - houve quem preconizasse a atribuição ao Chefe do Estado (na Alemanha de Weimar, ao Presidente de Reich) da função de guardião da Constituição - foi a tese de SCHMITT; e a controvérsia ficaria célebre (MIRANDA, 1981, p. 274).

A lógica do método Kelseniano consiste na argumentação de sua Teoria Pura do Direito, como aspecto descritivo da norma jurídica e seu método específico de ordenação da conduta

humana (ou como diz, mais recentemente Luhmann, de expectativas normativas); cumulado com a noção de um ordenamento jurídico que obedece a uma hierarquia de validação formal. No que tange ao primeiro aspecto o jurista austro-húngaro acentua que as ciências da natureza operam estudos baseando-se no princípio da *causalidade* que é própria da ordem natural das coisas. Exemplifica o procedimento do método utilizando a formulação de que, “se A é, B também é”; o que pode ser desenvolvido claramente a partir da explanação: se um projétil de arma de fogo atingir um indivíduo no crânio este virá a óbito (KELSEN, 2006, p. 86-91). Na doutrina kelseniana este ato, que possui um significado para a ordem social, somente passa a ser objeto da análise do direito na hipótese de haver correspondência a uma significação jurídica. Portanto, a ciência do direito opera num plano da *imputação*, do *dever ser*. A explicação é dada a partir da fórmula: “se A é, B deve ser”, que, levando em consideração o caso anterior pode ser explicado de forma mais contundente por: se um indivíduo ceifar a vida de outrem, deve ser que ele sofra uma sanção.

Dessa forma Kelsen procura dizer que o objeto principal da ciência jurídica é o Direito, fato que faz com que nesta mesma afirmação esteja contida, de forma menos evidente, o enunciado de que as normas jurídicas é que constituem o objeto principal da Ciência Jurídica. Acentua, então, que é possível partir de dois caminhos distintos para observar como o conhecimento é dirigido às normas jurídicas, ou pela norma reguladora da conduta humana, ou pela conduta humana a ser regulada pela norma. Fato este que dá ensejo à proposição de uma teoria jurídica estática e uma teoria jurídica dinâmica, como prossegue explicando Kelsen, “a primeira tem por objeto o Direito como um sistema de normas em vigor, o Direito no momento estático; a outra tem por objeto o processo jurídico em que o Direito é produzido e aplicado, o Direito em seu movimento” (KELSEN, 2006, p. 80).

Da mesma forma, indica que existe uma enorme diferença entre Ciência do Direito, Direito e Lei Natural. Enquanto que a primeira trabalha em torno das prescrições que somente podem ser verdadeiras ou inverídicas, o segundo trabalha no plano das

normas que são regidas através da imputação (*sollen*; dever-ser), o que confere às mesmas a sua validade ou invalidade. Já a terceira, são aquelas leis naturais decorrentes da causalidade, como o exemplo de que todo metal aquecido dilatar-se-á. Todavia, escreve o austríaco que

assim como todo o caos das sensações só através do conhecimento ordenador da ciência se transforma em cosmos, isto é, em natureza como um sistema unitário, assim também a pluralidade das normas jurídicas gerais e individuais postas pelos órgãos jurídicos, isto é, o material dado à ciência do Direito, só através do conhecimento da ciência jurídica se transforma num sistema unitário isento de contradições, ou seja, numa ordem jurídica. (KELSEN, 2006, p. 82)

A construção da ordem jurídica vai se dar em um plano de validação a partir da subsunção de uma norma de categoria hierárquica superior que autoriza o conteúdo normativo na expressão da conduta. Digamos que a Constituição estipule que é dever do cidadão pagar impostos pela utilização ou consumo dos serviços de eletricidade, estabelecendo uma norma autorizadora de caráter geral. A legislação federal poderá, portanto, regulamentar quais as alíquotas devem ser cobradas de acordo com a potencialidade de cada Estado, que por sua vez poderá regulamentar o procedimento que será utilizado na cobrança deste imposto em cada Município; que por sua vez estabelecerá, de acordo com as particularidades de cada realidade, as medidas necessárias a aplicação daquele direito. Observe-se que parece ser uma construção decrescente, que parte da Constituição para conduta a ser regulada. Todavia, Kelsen explica ao contrário, numa lógica crescente, chegando até a Constituição que para ele somente tem validade porque fundada na Norma Hipotética Fundamental (*groundnorm*). Neste sentido ele escreve que

a derivação das normas de uma ordem jurídica a partir da norma fundamental dessa ordem é executada demonstrando-se que as normas particulares foram criadas em conformidade com a norma fundamental. Para

a questão de por que certo ato de coerção – por exemplo, o fato de um indivíduo privar outro de liberdade colocando-o na cadeia – é um ato de coerção, a resposta é: porque ele foi prescrito por uma norma individual, por uma decisão judicial. Para a questão de por que essa norma individual é válida como parte de uma ordem jurídica definida, a resposta é: porque ela foi criada em conformidade com um estatuto criminal. Esse estatuto, finalmente, recebe sua validade da constituição já que foi estabelecido pelo órgão competente da maneira que a constituição prescreve (KELSEN, 2000, p. 198).

Justamente é esta lógica (num olhar teórico-jurídico) que vai demandar a proteção da constituição em face aos conflitos entre as diversas categorias de normas ou atos que são editados ou tomados em sentido contrário à constituição. Todavia, Kelsen aponta que a função da constituição ordena o próprio rumo político, na medida em que estabelece limites (jurídicos) ao exercício do Poder Político. Por isso justifica que a garantia da segurança deste limite não pode ser entregue a um dos órgãos que compõem o maquinário do Poder, acreditando que a função de controle de constitucionalidade na verdade tem função de legislação negativa, e não jurisdicional. O Professor Ivo Dantas (2003) relembra lição de Louis Favoreu que anota

el Tribunal Constitucional hace respectar las normas constitucionales por los três poderes – ejecutivo, legislativo y judicial – no solamente com respecto a individuos sino también a cada um de ellos. La separación de poderes adquiere todo su relieve y su significado cuando existe un Tribunal Constitucional que se encarga de que cada uno de ellos observe los límites de sus competencias. Incluso se puede decir que em Francia el poder judicial (o más exactamente jurisdiccional) sólo apareció y se afirmó como tal a partir del momento en que el Consejo Constitucional desarrolló una jurisprudencia que establecía las garantías constitucionales reconocidas a las jurisdicciones administrativas y judiciales (FAVOREAU in DANTAS, 2003, p. 257).

André Ramos Tavares (2009) é mais descritivo em sua análise do Tribunal Constitucional, anotando que no sistema austríaco “os membros do Tribunal Constitucional são indicados pelo Presidente da Federação, dentre os nomes propostos pelo Governo Federal, Conselho Nacional e Conselho Federal” (TAVARES, 2009, p. 231). Nesta mesma esteira, acrescenta outras características formais deste controle, como o fato de os Membros do Tribunal não serem vitalícios perdendo o cargo após os setenta anos de idade; uma separação teórica das funções do Tribunal em interpretativa, estruturante, arbitral, governativa e legislativa *stricto sensu* (TAVARES, 2009, p. 233).

Garantia de Segurança Jurídica como Direito Fundamental

Diversamente do modelo americano, o sistema austríaco de controle de constitucionalidade, obra de Hans Kelsen (2000; 2003; 2006), se dá de forma concentrada, exercida por um Tribunal Constitucional. Esse sistema foi consagrado na Constituição austríaca de 1920 e alterado em 1929. Nesse modelo os juízes não possuem competência para avaliar questões constitucionais. Porém, o Tribunal Constitucional só poderá analisar questões constitucionais quando provocado por órgãos políticos. Segundo Canotilho (2003)

A ideia de um controlo concentrado está ligado o nome de HANS KELSEN, que o concebeu para ser consagrado na constituição austríaca de 1920 (posteriormente aperfeiçoado na reforma de 1929). A concepção kelseniana diverge substancialmente da judicial review americana: o controlo constitucional não é propriamente uma fiscalização judicial, mas uma função constitucional autónoma que tendencialmente se pode caracterizar como função de legislação negativa. No juízo acerca da compatibilidade ou incompatibilidade (*Vereinbarkeit*) de uma lei ou norma com a constituição não se discutiria qualquer caso concreto (reservado à apreciação do tribunal a quo) nem se desenvolveria uma actividade judicial (CANOTILHO, 2003, p. 898).

Para Mauro Capelletti (1983), a crítica fica acentuada na questão dos Juízes. Diz ele que a composição dos Tribunais Constitucionais é feita por Juízes de carreira, que são pouco adequados para assumir o ônus do encargo que é o controle legislativo (negativo). O Juiz aplica a lei ao caso concreto utilizando a hermenêutica adequada em cada situação. Este enunciado implica dizer que o Juiz anda em um espaço determinado pela Lei e pela Constituição. O Tribunal Constitucional, agindo como uma função de legislação negativa aplica princípios políticos para retirar a validade da norma jurídica que está em desconformidade com a Constituição, o que pode vir gerar um *déficit* na democracia do modelo. Por isto Capelletti (1983) afirma que

los jueces de la Europa continental son habitualmente magistrados de carrera, poco adecuados para sumir una tarea de control de las leyes, tarea que, como veremos, es inevitablemente creadora y va mucho más Allá de la mera funión tradicional e ser <<simples intérpretes>> y <<fieles servidores>> de las leyes. Incluso la interpretación de las normas constitucionales, y em particular, la de su núcleo central, la declaración de los derechos fundamentales o Bill of Righths, difiere mucho de la de las leyes ordinárias; requiere una actitud dificilmente compatible com las tradicionales <<debilidad y timidez>> del juez del modelo continental (CAPELLETTI, 1983, p. 603).

Por outro lado, a própria sistemática do controle austríaco confere ao direito uma maior estabilidade e segurança jurídica pelo fato de fazer valer suas decisões de forma *erga omnes*. Todavia, volta-se, novamente, à análise do caso brasileiro. O controle de constitucionalidade pela via concentrada, ou direta, compreende os mecanismos chamados de Ações Constitucionais, que são de competência exclusiva do STF (no caso de conflito da Constituição Federal), e dos Tribunais do Estado (no caso de conflito da Constituição Estadual).

Apesar de tomar-se como prudente, a crítica de Capelletti (1983), importante notar que as decisões proferidas em controle

direito, garantem ao ordenamento jurídico e aos cidadãos, a segurança jurídica na aplicação dos Direitos Fundamentais, tanto é que na ADPF 33-5 PA, o Ministro Gilmar Mendes (2003), reconhece que o fato de o núcleo imutável da constituição versar sobre os direitos fundamentais excluí a visão de aplicação tecnicista de que seriam apenas os direitos conscritos na dicção do art. 5º ao 17º (bloco de fundamentabilidade), mas sim extensível aos princípios sensíveis espalhados por todo o texto constitucional. Inegável é o fato de que a segurança jurídica é necessária para que as relações jurídicas resem pacificadas, mas, o que passa desapercibido é a razão por detrás da lógica no discurso e na argumentação. Alexy (2011) ensina que

o núcleo de fundamentação pragmático-universal das normas fundamentais do diálogo racional é formado pela tese de que todo falante une às suas manifestações as pretensões de inteligibilidade, veracidade, correção e verdade. Quem firma um juízo de valor ou de dever formula uma pretensão de correção; pretende que sua afirmação seja fundamentável racionalmente (ALEXY, 2011, p. 130).

A partir desta aceção é possível inferir-se duas condições do discurso jurídico: 1) a primeira diz respeito à expectativa normativa do discurso constitucional; 2) a segunda diz respeito à aplicação hermenêutica e o argumento utilizado pelos tribunais para adequar a conduta à expectativa normativa. Ora, se a constituição eleva a produção normativa pelo argumento do valor que deve ser protegido, a segurança jurídica encontra-se, justamente, nos limites da ponderação axiológica que merece proteção sob o manto daquele ato de linguagem normativo. Em outras palavras, o discurso constitucional é justificado pelo argumento: o valor vida deve ser protegido, por exemplo. Em contrapartida, a expectativa normativa deste conteúdo descritivo é condicionada ao fato, mas não pode ser inferida diretamente dele (ALEXY, 2011, p. 117). Necessário se faz, portanto, que a argumentação jurídica aproxime a proposição normativa ao

resultado desejado, sob pena de, se não houver conformação entre eles, recaírem-se os ônus de uma sanção.

É, justamente, esta a lógica da argumentação jurídica fundamentadora do discurso; de modo que, a missão do Juiz é utilizar, dentro dos argumentos fortes, aquele que represente, naquela relação, o valor Justiça. O que se pode concluir? Que a segurança jurídica na verdade é constituí a prevalência do argumento que melhor se adéqua ao discurso normativo do valor protegido na constituição. Tanto é verdade que o art. 27 da Lei 9.868/1999, preceitua que “tendo em vistas razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribuna Federal (...), restringir os efeitos daquela declaração” (BRASIL, 1999), ou ainda optar pelo momento de início de produção de efeitos no mundo jurídico. Ainda nesta esteira esta o art. 11 da Lei 9.882, que versa sobre a ADPF, estabelecendo a mesma regra para as declarações de inconstitucionalidade por tal via (BRASIL, 1999 a).

Centralização do Poder Político no STF.

Diante da infinidade de conceitos que são usados para descrever o vocábulo política, parece oportuno utilizar o raciocínio de Ivo Dantas (2008) em sua “Teoria do Estado Contemporâneo”, argumentando que para o Direito Constitucional, ou para o Processo Constitucional, a expressão “política” não deve ser “tomada no sentido de *conhecimento*, porém, de *ação ou programa de governo (policy)*” (DANTAS, 2008, p. 30). Se se tomar em conta tal argumento, aquele que tem o condão de decidir os programas ou as ações do governo tem poder político. Esta idéia de poder que também possui uma enorme imprecisão conceitual, mas aparece sempre ligada a um aspecto social, tanto que há notórias tentativas de explicação por autores da sociologia, como Marx, Maine, Durkheim, Weber, Parsons e Luhmann. Este último que assim escreve

existem diversas e contraditórias tentativas de reduzir o fenômeno do poder a um conceito bem-sucedido teórica e empiricamente. Dada esta situação, uma teoria do poder

não pode se limitar a uma interpretação descritiva ou uma análise essencial que apenas suponha, mais ou menos, o que irá obter como resultado. Igualmente, as tentativas de analisar o conceito em si mesmo e distinguir suas diversas significações não progridem e levam à prudência e, enfim, à resignação. Não é pois possível, nestas circunstâncias, proceder por pontos isolados já supondo o que seja poder, mas dever-se-á buscar conceitos abrangentes, utilizáveis também em outros contextos, servindo já para a transposição de questionamentos e construções conceituais consagradas, possibilitando comparações e investigações conexas em outros campos (LUHMANN, 1985, p. 03).

Dessa forma, o Direito Constitucional pode ser interpretado como a garantia da institucionalização, regulação e restrição do poder com a finalidade de que não sejam cometidos abusos ou diferenciações negativas na produção de direitos na prática. Exemplos de diferenciações negativas na história humana, são o caso dos regimes autoritários ou absolutistas; ainda mais recente, estão os exemplos das “ditaduras da lei” como o nazismo, o fascismo, o salazarismo, o franquismo, etc. De todo modo, como já foi visto até aqui no presente trabalho o controle de constitucionalidade repressivo nasce nas formas puras do controle austríaco e do controle americano e que a adoção de um ou de outro, remete á certos defeitos e certas qualidades.

Com vista nestes pressupostos (e isso já foi dito em outro lugar aqui), o Brasil, na Constituição de 1988, resolveu adotar os dois sistemas de controle repressivo na tentativa de congregiar todas as qualidades e nenhum defeito dos dois. A Constituição reconhece a Inafastabilidade da Jurisdição de forma genérica quando diz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988). No Art. 102, no qual se estabelecem as competências do Supremo Tribunal Federal, fica clara a opção pelo controle concentrado quando enumera no inciso I função de julgador das ações Diretas de Inconstitucionalidade. Mais a frente é possível ver que, este mesmo órgão também tem competência para exercer a

fiscalização constitucional por via incidental no inciso III, das alíneas “a” até “d”.

Não é só isso; os Art.s 104 (competência do Superior Tribunal de Justiça), 108 (competência da Justiça Federal), 114 (competência da Justiça do Trabalho), e mais notadamente na atuação das Justiças Estaduais no art. 125, §2º; que o Brasil decide misturar os dois sistemas de controle de constitucionalidade. Entretanto, ressalte-se o seguinte; há uma desvirtuação para com os dois modelos em suas formas puras porque há uma notória desestabilização no Poder Político da Função Judiciária. Enquanto que para Kelsen o Tribunal Constitucional detinha a função de legislação negativa, no Brasil, ele faz parte da própria função Jurisdicional, ou seja, opera com duplicidade de funções.

De toda forma é necessário expor-se isso por outra abordagem. No primeiro título da Constituição, aquele que trata dos Princípios Fundamentais, no art. 2º é expressa a adoção do sistema de Montesquieu, também utilizado pelos Estados Unidos (lá chamado de *checks and balances*), como forma de organizar funcionalmente o Estado em três Poderes: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário; que funcional com independência e harmonia entre si. A independência do Judiciário vem expressa no art. 99º do texto superior, que resguarda autonomia administrativa e financeira ao Judiciário, além de, em alguns artigos já suscitados anteriormente, conferir a possibilidade de os Tribunais editarem normas referentes aos diversos procedimentos autorizados pela Constituição.

Enquanto Poder, ou, Função organizada, o Judiciário realmente necessita ter assegurada sua independência funcional com harmonia em relação aos outros poderes. Entretanto, a disparidade fica acentuada se se levar em conta o argumento utilizado anteriormente, de que no Brasil o Tribunal Constitucional faz parte do Poder Judiciário confundindo duas funções distintas: a Jurisdicional e a Legislativa Negativa. Contudo, não é simplesmente isto que causa a concentração do poder político no Judiciário, mas também a adoção de uma medida de baixa taxa de renovação entre os membros atuantes deste poder.

Os juízes ingressam na carreira da magistratura através de concurso público de provas e títulos e tem assegurada, dentre outras, a garantia de vitaliciedade. Lembrando-se que existem alguns limites para atuação do magistrado, como a aposentadoria compulsória aos 70 (setenta) anos de idade; a disponibilidade em razão do interesse público; a remoção baseada no mesmo critério; etc. De toda forma, fica claro que, o Juiz de primeiro grau, utiliza-se de suas pré-concepções pessoais adequando-a à realidade da comarca que preside, isto dito de outra forma: na integração do círculo hermenêutico Gadameriano a relação entre sujeito, meio e objeto tende à concentração na realidade do sujeito em detrimento ao objeto que se analisa ou que se descreve.

Mas, no que implica isto? No fato de que o Juiz de primeiro grau, por mais que tente se aproximar da generalidade necessária para proteção do “interesse público” sempre vai depender de suas pré-concepções de mundo e da realidade regional a qual está conscrito para ponderar as situações que lhe são apresentadas e dizer quem tem o direito no caso concreto. Portanto, poder-se-ia argumentar que o Juiz representa o interesse da comarca a qual preside. Entretanto, esta é uma lógica que não encontra o uso devido na prática, veja-se o seguinte.

A promoção e acesso aos Tribunais se dá pelo critério de antiguidade ou de merecimento (segundo a constituição) então, no quadro geral, a idéia é que o Juiz passe pelo máximo de entrâncias possíveis para que chegue ao Tribunal carregando consigo as experiências e as vontades das comarcas as quais passou, representando os interesses regionais daqueles lugares. Dessa forma a composição dos Tribunais Estaduais deveria levar em conta tal processo democrático, mas, infelizmente não o faz. Se se desenhar um quadro mais geral, então todos os Estados da Federação deveriam fazer-se representados no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, quando, de fato não o são. O que vai caracterizar uma concentração de Poder Político na Função Jurisdicional, na medida em que não há uma representatividade efetiva de seus membros para com o interesse democrático, e mais, na medida em que adotam uma postura

ativista cresce, cada vez mais, a tensão entre a harmonia dos Poderes do Estado.

Representação Político-Judiciária, um Direito Fundamental?

Sucintas anotações no que se refere a este tópico, justamente porque, já resta pacificado o núcleo essencial de proteção ao processo democrático como Direito Fundamental. Na medida em que os direitos políticos ficam elencados no chamado bloco de constitucionalidade, assim como, que pelo próprio conteúdo normativo do art. 5º da Constituição Federal, a representação democrática pode ser considerada como direito fundamental nas decisões judiciais. Neste sentido são as anotações de Estefânia Maria de Queiroz Barboza (2007) em uma visão norte-americana de Hart Ely, dizendo ela que

o papel da Suprema Corte americana seria o de averiguar o peso de um princípio moral da sociedade americana e convertê-lo num princípio jurídico. Ely é contrário à idéia de que a Suprema Corte só estaria a buscar um consenso acerca de determinado assunto por parte da coletividade, sendo que quando há um aparente consenso, é porque existe apenas uma dominação de alguns grupos por outros, a que demonstra o caráter antidemocrático deste pensamento. Ely reforça a opinião de que seria difícil que a Suprema Corte verificasse um suposto consenso moral existente na sociedade, sem, contudo, colocar sua própria opinião pessoal, sustentando, ainda, que a busca de um suposto consenso moral levaria a uma insegurança jurídica. (BARBOZA, 2007, p. 27)

Por isto é que Estefânia Barboza (2007) justifica a necessidade crescente de garantia do processo democrático através da adoção de uma democracia procedimental, o que viria por retirar o interesse sobre o foco da democracia como gestão do interesse da maioria com respeito aos direitos da minoria, para o foco da participação democrática nos procedimentos instituidores da política. Isto quer dizer, para o Controle de Constitucionalidade, que os procedimentos que legitimam a

atuação dos Ministros deveriam sofrer uma fiscalização sob o prisma da democracia.

Por procedimento entenda-se a consecução dos atos que movimentam a marcha democrática dentro do processo de controle de constitucionalidade; passando-se desde a representação do interesse do julgador, ao método de adequação dos argumentos fundamentais explícitos no conteúdo normativo, ou nas expectativas normativas do ato de fala regulatório.

Conclusões.

Afim de uma exposição didática, opta-se pela enumeração das conclusões em tópicos como se faz em pesquisas fora do campo das ciências sociais. Enumerar-se-á-las a seguir, pela ordem:

- a. *A construção dos modelos de controle de constitucionalidade visou à garantia dos direitos fundamentais consagrados nas cartas jurídicas dos Estados Unidos e da Áustria. Cada peculiaridade da tradição constitucional destes países foi levada em conta como uma consequência lógica da própria história e cultura de cada um. Dessa forma, durante o transcorrer do tempo, foi se descobrindo os defeitos e as qualidades de cada um deles;*
- b. *O Brasil resolveu adotar um sistema misto na tentativa de somente utilizar os pontos positivos, reconhecidos na história dos dois métodos de fiscalização constitucional. Contudo, a adequação destes sistemas, trouxe ao ordenamento jurídico uma concentração de Poder Político nas mãos do Supremo Tribunal Federal que atua tanto como Tribunal Constitucional, como, órgão da Jurisdição normal;*

- c. *A garantia, aplicação, delimitação e efetividade dos Direitos Fundamentais encontram guarida no próprio controle feito direta, ou abstratamente pelo Judiciário; de forma que, se há concentração de Poder Político, ou falta de representatividade do interesse social, como é possível discutir um processo democrático, ou, uma decisão justa?*

- d. *A adoção por uma Democracia Procedimental, parece resolver o problema da participação, mas, infelizmente, nunca poderá ser afastada do Juiz a discricionariedade no momento de aplicar-se a norma jurídica ao caso concreto, sendo necessária, caso se pretenda garantir um processo dialético e democrático de controle de constitucionalidade:*
 - a. *a adoção da rotatividade americana (appointment or election) de magistrados; ou;*

 - b. *que se produza uma Teoria da Decisão Jurídica nos moldes adequados a tradição brasileira;*

- e. *A opção pela segunda medida apontada na conclusão anterior aparenta-se a melhor escolha para o sistema constitucional pátrio, contudo, há que se apontar algumas falhas teóricas na praxis brasileira na medida em que não nos é possível (ainda) identificar os aspectos da tradição brasileira para decisão e interpretação (como exemplo, a imprecisão pela adoção da Teoria dos Princípios em Dworkin e Alexy);*

Restam então os pontos que se pretenderam abordar durante o curso deste estudo crítico. Peço *vênia* ao amigo leitor para que, nesta conclusão, efetue um desfecho na primeira pessoa. Estes breves apontamentos tiveram início no segundo semestre de 2011 durante o curso de Controle de Constitucionalidade ministrado pelo Professor Luiz Alberto Rocha no Mestrado na Universidade da Amazônia. Claro que muita coisa mudou de lá para cá, entretanto, a essência da crítica que aqui foi feita continua latente na sociedade brasileira em dois níveis de discussão.

No primeiro nível aborda-se a questão do ativismo judicial e a atuação do Supremo Tribunal Federal. A Proposta de Emenda à Constituição n. 33/2011 pretende a alteração do art. 97 da CF/88 com a elevação do quorum para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo de maioria absoluta para quatro quintos; a alteração do art. 103-A que versa acerca das súmulas vinculantes que serão (a partir da aprovação da PEC) submetidas à aprovação do Congresso Nacional para produção de seus efeitos vinculantes à administração direta e indireta.

A proposta mais contundente versa sobre a inclusão dos parágrafos 2-A, 2-B e 2-C no art. 102 da CF/88. Aqui a ideia é de se estabelecer um procedimento extraordinário para declaração de inconstitucionalidade de emendas à constituição, organizando o procedimento da seguinte forma: 1) impossibilidade de cessação dos efeitos da emenda por decisão cautelar; 2) decisão de mérito sobre a emenda; 3) efeitos da declaração não são imediatos; 4) deliberação do Congresso Nacional em sessão conjunta, por três quintos no prazo de noventa dias; 5) não concluída a votação mantem-se a decisão do Supremo Tribunal; 6) concluída e votada em desfavor à decisão do Supremo Tribunal deve ser feita consulta popular.

O que fundamenta tal proposta é, outrossim, o tão temido (por alguns) ativismo judicial. Sem entrar nos pormenores deste assunto, se há um grave problema ele diz respeito mais a concepção que a doutrina brasileira tem sobre a interpretação em Ronald Dworkin do que sobre a interpretação em si. Digo isto porque excluí-se a maior contribuição que é o Direito como

Integridade e discute-se sobre os “convencionalistas” *versus* os “pragmatistas”. A justificativa de que o ativismo judicial vem de Dworkin tem seus defeitos.

Se se tratar do assunto sob a independência e harmonia entre os Poderes da União refletiremos sobre Democracia e Representatividade. Daí que a proposta, neste sentido, não parece tão distante do ideal pretendido. Restam duas críticas: a) a sociedade brasileira hodierna vive um descrédito tão grande com seus políticos que não estão preparados para deixar-lhes intervir na atividade jurisdicional mesmo que isto reflita em recrudescimento da democracia; b) a forma e o ensejo da proposta é de cunho negativo na medida em que vivemos um período de instabilidade política com a atuação do STF para resolver questões complexas sobre a atividade parlamentar, como é o caso da AP 470 (Caso Mensalão) e a AP 396 (Caso Donadon).

O povo encontra-se num dilema democrático e fica sufocado porque nada pode fazer. Nem quando os congressistas votam nesta ou naquela proposta, nem quando os Ministros decidem esta ou aquela demanda, neste ou naquele sentido. Venho escrevendo e repetindo que a absorção dos valores da sociedade pelo direito dependem da Teoria do Direito que adotamos para explicá-lo enquanto fenômeno. Não há dificuldade em se observar que possuímos uma tradição germano-românica, tanto que não temos uma cadeira regular de Teoria do Direito em nossos cursos e estudamos Introdução ao Direito com premissas positivas.

Decerto que a Teoria do Direito nos últimos quarenta anos vem se modificando no mundo e a vanguarda do neopositivismo (ou pós como alguns preferem) encontra raízes na Alemanha e nos Estados Unidos com Alexy, Luhman, Habermas, Hart, Dworkin, Raz e Posner, dentre outros. O Brasil, para não ficar atrás, começa a destrinchar algumas destas teorias traduzindo-as e tentando aplicá-las à realidade de nossa experiência. Entretanto, ao fazê-lo deixamos de lado a ideia do sincretismo, porque, sustentar Teoria dos Princípios segundo Alexy é reconhecer que a Reserva Legal no art. 5º, XXXIX da CF/88 trata de uma regra jurídica e não de um princípio.

No meio deste emaranhado todo de teorias conflitantes e problemas sociais que parecem não ter solução o jurista de hoje assemelha-se a um artesão tentando desenrolar um novilho de lã embaraçado. Procuramos pela ponta na esperança de que isto nos resolva o problema, mas é só achá-la que nos defrontamos com um novo, os diversos nós no novilho. Este é nosso segundo nível de debate (e talvez o mais problemático). A Teoria do Direito Brasileira.

Findo, então, minhas conclusões deixando bem claro que não pretendi, de forma alguma, fazer um ataque direcionado ao Poder Judiciário ou ao Supremo Tribunal Federal. Apenas pretendi apontar que é possível identificar alguns mitos e equivocados em nossa Teoria do Direito que refletem diretamente na pragmática do Direito ele próprio. Em sede de Controle de Constitucionalidade tais equivocados refletem, inclusive em desconfortos institucionais de democracia e representatividade que são, outrossim, Direitos Fundamentais do cidadão brasileiro.

É fato que precisamos de muito mais tempo e novas críticas para que sejamos capazes de resolver todas as deficiências de nosso sistema jurídico. E é fato que precisamos estar abertos a absorvê-las a partir de uma perspectiva possível e implementar medidas capazes de afetar aos problemas sociais brasileiros. Em nossa vida somos formados para uma mentalidade combativa, e as carreiras jurídicas não estão distantes disto. Precisamos compreender que, aceitar a posição do outro não significa, necessariamente, perder; e ter a posição dominante não significa, necessariamente, ganhar. Somente se vence de verdade quando a virtude individual se torna um ganho para todos. Uma virtude não só tua, mas de um mundo todo.

Referências.

ARENDDT, Hannah. **A Promessa da Política**. 2ª Ed. Organização: Jerome Kohn; Tradução: Pedro Jorgensen Jr.; Rio de Janeiro: DIFEL. 2009.

BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz. **Jurisdição Constitucional – entre constitucionalismo e democracia**. 1ª Ed. Editora Fórum. Belo Horizonte – MG. 2007.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 9ª Edição, atualizada. Editora Renovar. Rio de Janeiro – RJ. 2009.

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 26.08.2011.

_____, **Emenda Constitucional n. 45 de 2004**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm> Acesso em: 26.08.2011.

_____, **Lei n. 9.868 de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm> Acesso em: 26.08.2011.

_____, **Lei n. 9.882 de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm> Acesso em: 26.08.2011.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Relator Gilmar Mendes**. ADPF n. 33-5 PA, 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 26.08.2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Edição. 9ª Reimpressão. Edições Almedina. Coimbra-Portugal. 2003.

CAPELLETTI, Mauro. *Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional in Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Coleccion <<Estudios Constitucionales>> Edictora do Centro de Estudos Constitucionales de Madrid. 1984. Pág. 602.

CAPRA, Fritjof. **O Ponto de Mutação – a ciência a sociedade e a cultura emergente**. Editora Cultrix. 1987.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 30ª Ed. Saraiva. São Paulo – SP. 2011.

DANTAS, Ivo. **Constituição & Processo – Introdução ao Direito Processual Constitucional**. Volume I. Editora Juruá. Curitiba. 2003.

_____. **Teoria do Estado Contemporâneo**. 1ª Edição. Editora Forense. Rio de Janeiro – RJ. 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado, 7ª Ed. Martins Fontes, São Paulo-SP. 2006.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luis Carlos Borges. 3º Edição, 2º Tiragem. Editora Martin Fontes. São Paulo – SP. 2000.

_____. **Jurisdição Constitucional**. Com nota de Carré de Malberg e o debate ocorrido na sessão de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público. Introdução de Sérgio Sérulo Corrêa. Tradução Alexandre Krug. Editora Martins Fontes. São Paulo-SP. 2003.

LUHMANN, Niklas. **Poder**. Tradução de Martine Creusoul de Rezende Martins. Editora da Universidade de Brasília. Brasília. 1985.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JOY, John. **Os Artigos Federalistas – 1787-1788**. Edição Integral. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Editora Nova Fronteira. 2005.

MARSHALL, Jhon. Marbury VS Madison. **Voto do Cheif Justice**. 1803. Disponível em: <
<http://supreme.justia.com/us/5/137/case.html>> Acesso em: 10.04.2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1981, v. 2

SANTOS, Milton. **Por uma Outra Globalização – Do Pensamento Único à Consciência Universal**. 6ª Ed. Editora Record. Rio de Janeiro. 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9ª Ed. Revista, atualizada e ampliada. Livraria do Advogado. Porto Alegre 2007.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Ed. Revista e atualizada. Saraiva. São Paulo – SP. 2007.

CAP VI

RESPONSABILIDADE CIVIL E TEORIA DA IGUALDADE – UM DIÁLOGO POSSÍVEL?

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A discussão central acerca da necessidade, estrutura e primado da questão do “ser” é debatida em Heidegger (2005) na introdução de uma de suas obras mais conhecidas (Ser e Tempo). A questão que se insurge a partir deste debate é de todo relevante, na medida em que se consegue estabelecer que: 1) para ótica da filosofia analítica a questão do “ser” parecia ter sido vencida até a necessidade de re colocação da questão (ela própria), novamente; 2) o sentido do “ser”, a partir da re colocação da questão, passa a compor-se por requisitos como o da universalidade, indescritibilidade e indefinibilidade; 3) a transcendentalidade do sentido é o que gera o embate entre a universalidade e os outros componentes da fórmula do conhecer (HEIDEGGER, 2005, p. 27-41).

Após a inserção do fator temporalidade como aspecto catalisador do sentido e da apreensão de sentido é que se consegue chegar à mundanidade típica do fenômeno, claro que sem esquecer-se daquele primeiro sentido originário porque parte componente do transcendental. Ao empreender-se tal dinâmica no processo de conhecimento em si, o que salta aos olhos é o fato de que todos os seres humanos são condicionados ao método da circularidade hermenêutica, entretanto, alguns prendem-se aos pré-conceitos como impossibilidades de produção posterior de sentido, erro que Gadamer já havia condenado (GADAMER, 1999, p. 559).

Há que se fazer, dessa forma, um direcionamento necessário para o prosseguimento da colocação do problema deste artigo. Analisa-se a Hermenêutica de forma geral para que se possa discutir a formação do sentido do “ser” a partir da “pre-

sença” existente no próprio “ente” (HEIDEGGER, 2005, p. 33), para somente então, obtemperar-se acerca da circularidade hermenêutica a partir do sentido formulado no primeiro movimento. O que quer dizer que para atual dogmática, o Direito (enquanto ciência) possui um sentido que é utilizado pelos doutrinadores, pesquisadores, cientistas, filósofos, juízes, desembargadores, ministros e etc.; que dão corpo e respondem à questão: “o que é o direito?”.

De outra sorte, como o direito aborda questões de correção de conduta, trabalham-se as diversas formas de interpretar, conhecer, delimitar ou apreender o sentido dos comandos normativos. Dessa forma, dividem-se os doutrinadores entre o procedimentalismo e o substancialismo como formas de justificação do sentido e da aplicação do sentido de Direito. Sem se tratar, diretamente sobre os argumentos principais que sustentam as bases conceituais destas duas correntes é necessário destacar o posicionamento de Robert Alexy (1993) e Ronald Dworkin (1978). Sem necessidade de entrar profundamente nos temas defendidos pelos dois autores, mas, pontuando os argumentos principais, Virgílio Afonso da Silva (2003) aponta que:

“Tanto Dworkin quanto Alexy são representantes da tese da separação qualitativa entre regras e princípios, que advoga que a distinção entre ambas as espécies de normas é de caráter lógico. Uma alternativa a essa tese é aquela que defende que a distinção entre ambas é de grau, seja de grau de generalidade, abstração ou de fundamentabilidade. Essa é a tese mais difundida no Brasil. Por fim, há aqueles que, por diversas razões, rejeitam a possibilidade ou a utilidade da distinção entre regras e princípios” (SILVA, 2003, p. 609).

Na doutrina de Ronald Dworkin (1978) perfaz-se uma crítica à Herbert Hart (1961) dizendo-se que o arquétipo, ou a construção da base do direito feita por Hart não é suficiente para resolver a complexidade das questões difíceis, ou *hard cases*. A identificação é feita a partir dessa impossibilidade, portanto

diferindo-se as regras dos princípios afirmando-se que “as regras *ou valem*, e são, por isso aplicáveis em sua inteireza, *ou não valem*, e portanto, não são aplicáveis” (SILVA, 2003, p. 610). Consistem, na verdade em espécies (partes) da norma jurídica que vão lidar com situações (casos) que trabalham com a aplicação do sistema do *all or nothing* (tudo ou nada) (DWORKIN, 1978, p. 24).

Já para Alexy (1993) que vai trabalhar uma linha da filosofia analítica em sua tese central de argumentação jurídica (saindo da geral e chegando ao discurso específico ou especializado do Direito), reconhece a diferenciação entre regras e princípios e ainda diz que há uma diferenciação de qualidade e não de grau, denominando-os de mandados de otimização (SILVA, 2003, p. 610). Novamente, Virgílio Afonso da Silva (2003) resume o pensamento do autor alemão dizendo:

“Segundo Alexy, princípios são normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes. Por isso são eles chamados de mandados de otimização. Importante, nesse tópico, é a ideia de que a realização completa de um determinado princípio pode ser – e frequentemente é – obstada pela realização de um outro princípio. Essa ideia é traduzida pela metáfora da colisão entre princípios, que deve ser resolvida por meio de um sopesamento, para que se possa chegar a um resultado ótimo” (SILVA, 2003, p. 610-1).

Não se quer dizer com isso que, por exemplo, o princípio P1 vai sempre valer mais que o princípio P2, mas sim que dependendo das condições em que se aplica a norma jurídica, P1 pode valer mais que P2. É esse tipo de ponderação que direciona o entendimento e aplicação do sentido de Direito na contemporaneidade. Existem ainda situações que refinam a aplicação do sentido na prática, como por exemplo a tradição histórica, que no Brasil denota uma reminiscência germano-românica para solução do “direito”.

Nesse conflito teórico a jurisprudência brasileira tem se silenciado quanto à escolha de uma corrente, sendo possível

observar (em alguns casos) a superveniência da doutrina procedimentalista em face ao substancialismo, como por exemplo, em alguns votos do Ministro Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa e do Ex-Ministro Eros Roberto Grau, entre outros.

Aferem-se também, nessa marcha, algumas questões prejudiciais quanto à produção sub-sistêmica deste direito (que será o foco principal da pesquisa baseando-se nesses pressupostos). A discussão que insurge para a atual teoria do direito diz respeito à aplicação de princípios fundamentais (que num primeiro momento seriam impostos somente contra o Estado) nas relações entre particulares. Que é bem discutida por Daniel Sarmiento (2011), afirmando o mesmo:

“(...) a Constituição brasileira é francamente incompatível com a tese radical, adotada nos Estados Unidos, que simplesmente exclui a aplicação dos direitos individuais sobre as relações privadas. Da mesma forma, ela não se mostra afinada com a posição mais compromissória, mas ainda assim conservadora, da eficácia horizontal indireta e mediata dos direitos individuais, predominante na Alemanha, que torna a incidência destes direitos dependente da vontade do legislador originário, ou os confia ao modesto papel de meros vetores interpretativos das cláusulas gerais do Direito Privado”. (SARMENTO, 2011, p. 316).

O que leva a conclusão de que a Constituição Brasileira, forçosamente, tende à afirmação da aplicação horizontal direta dos direitos fundamentais nas relações entre privados, seja por uma necessidade de intervenção do Estado dito “neo-liberal” para equiparar as relações sociais, seja pela adoção de critérios procedimentalistas no decisionismo dos Tribunais pátrios.

Fatos estes que levam à análise das relações entre particulares e tanto às questões da garantia destes direitos como do exercício deles, insurgindo, por parte da doutrina (a quem é possível chamar de cívico-liberalistas) uma crítica pela mitigação da expressão da vontade do particular. Por isto mesmo que a Responsabilidade Civil toma (ainda que mais uma vez) contornos de uma releitura moderna, pós-positivista ou neo-positivista.

A RESPONSABILIDADE CIVIL NA QUARTA DIMENSÃO DO DIREITO

Por oportuno Eroulths Cortiano Júnior (2006), em breve ensaio sobre as quatro fundações do Direito Civil estabelece a ideia de quatro dimensões fundantes que estruturam e fundamentam a ótica do Direito Civil, ou das Liberdades Cíveis. Remontando ao *Jus Civile* romano como “um amplo sistema normativo territorial” (CORTIANO JÚNIOR, 2006, p. 100), fixa-se a propriedade, ou, a utilização, exercício, e gozo da mesma como início da regulação das liberdades cíveis.

Em um segundo momento argumenta-se que “a segunda fundação relaciona-se com a utilização do *jus civile* e do direito romano como direito comum” (CORTIANO JÚNIOR, 2006, p. 100). O que se perfaz aqui é o movimento de mutação paradigmática (até então) para que o cidadão pudesse exigir direitos em face dos seus usurpadores concidadãos.

Para a modernidade há a fixação do paradigma dominante na figura da terceira dimensão dos Direitos Cíveis baseada no desprendimento do domínio econômico, intelectual e político proveniente do recrudescimento da classe burguesa, bem como pelo avanço dos sistemas baseados na troca; baseados no capital. A isto tudo somam-se os ideais de Liberdade e Igualdade que vêm, de forma primária, como instrumentos formais. O Estado e o Direito são descritos a partir de uma divisão intencional entre Direitos Públicos e Direitos Privados, concluindo Eroulths (2006) que:

“impõe-se uma cara e bem delineada separação entre Estado e sociedade civil (sendo esta o reino da liberdade, o espaço onde se realizam as trocas), tarefa com a qual colaboram os mais clássicos teóricos da modernidade. Este estancamento (Estado/sociedade civil) gera outros estancamentos ou binômios. A separação entre a esfera pública e a dimensão privada do viver. A distinção entre direito público e direito privado. A imposição de limites ao Estado (com destaque para uma espécie de limitação interna corporis: a doutrina da tripartição dos poderes e o

sistema de freios e contrapesos nada mais são do que mecanismos pelo qual o poder do Estado é autolimitado, garantindo segurança para a sociedade civil)” (CORTIANO JÚNIOR, 2006, p. 101).

Tudo isto se resume na ideia ou noção da terceira dimensão do Direito Civil, que representa a modernidade dos estudos relativos às liberdades civil. Os Direitos da Personalidade, as Obrigações, os Negócios Jurídicos, os Direitos Reais, o Direito de Família, as Sucessões e a Responsabilidade Civil, passam a ser estudados na modernidade a partir desta relação. Somente a partir da aproximação entre a aplicação dos Direitos Fundamentais e as Liberdades Cíveis que se passa a discussão de uma quarta dimensão do Direito Civil baseada num direito civil existencialista (CORTIANO JÚNIOR, 2006, p. 102), que se preocupa cada vez em incluir e cada vez menos em excluir, sentenciando Errouths

“a dimensão privada do homem não é formada apenas pelas titularidades, pelos contratos e pelos projetos parentais; entre outros, os temas da igualdade concreta entre as pessoas, da proteção ambiental, da colocação de limites aos avanços tecnológicos de risco, das garantias da cidadania e do valor social do trabalho passam a fazer parte do cotidiano e da vida privada de cada um de nós” (CORTIANO JÚNIOR, 2006, p. 102).

O que leva de encontro a seguinte questão: qual o estado da arte na discussão a respeito da Responsabilidade Civil, quando envolta na quarta dimensão dos Direitos civis? Apesar de ainda não ser o problema central a qual o presente trabalho se propõe a analisar, é esse questionamento que fundamenta o problema ele próprio. Na medida em que se tenta definir o sentido, ou o conceito de Responsabilidade Jurídica é possível perceber que diversos estudos tentam abordar uma leitura contemporânea (ou pós-moderna) do fenômeno responsabilização. Como é possível observar a partir da análise das teses de doutorado constante no banco de teses, para a Universidade Federal de São Paulo (USP), no ano de 2010, houveram duas defesas direcionadas ao estudo da responsabilidade.

Um deles tangente à questão da Publicidade e os critérios que se utilizam para avaliar, medir, ou mensurar a extensão da ilicitude (VIANA, 2010). Nesta medida, a responsabilidade vai ser utilizada com o sentido ordinário da legislação vigente. Ou seja, utiliza-se como paradigma dominante a questão da responsabilização contratual, aquiliana, subjetiva e objetiva já bem conhecida pela doutrina e pela jurisprudência; tudo isto se tentando discutir o alcance de sua aplicação ao método da publicidade e sua extensão, segundo a autora:

“por derradeiro, no último capítulo, em sede do tema responsabilidade civil na publicidade, examinamos criticamente os pressupostos do dever de indenizar, em especial o caráter punitivo do dano moral, bem como a questão da solidariedade dos sujeitos envolvidos nos processos de elaboração e difusão publicitária. Neste aspecto, nossas reflexões apontaram para a conclusão de que o fornecedor-anunciante e a agência de publicidade respondem objetiva e solidariamente pelos danos decorrentes da publicidade ilícita, enquanto que os veículos de comunicação e as celebridades respondem apenas por dolo ou culpa grave” (VIANA, 2010, p. 319).

Ainda em 2010, abraça-se (na USP), a ideia de uma tese que começa a modificar o cenário da dogmática jurídica porque estende o sentido ordinário de responsabilidade e tenta alcançar aos conselhos, informações ou recomendações nas relações entre particulares (AGUIRRE, 2010). Baseando-se na publicidade e na informação como direitos básicos na relação de consumo, João Ricardo Aguirre discute a possibilidade da responsabilidade quando os conselhos, informações ou recomendações geram no consumidor uma relação de confiança que acaba por causar um dano que deve ser ressarcido. Lembra Aguirre (2010) a respeito do caso “da fraude ocorrida na produção e comercialização do leite, em que os responsáveis por sua adulteração adicionavam soda caustica ao produto final” (AGUIRRE, 2010, p. 05).

Outras duas pesquisas relevantes para o ano de 2010 dizem respeito à Tese de Doutorado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo acerca da possibilidade de reparação ao

dano à imagem de Pessoas Jurídicas (COSTA, 2010), e no que diz respeito a outra Tese, já da Universidade do Estado do Rio de Janeiro sobre o Perfil da Culpa na responsabilidade civil dissertando sobre a relação entre a culpa e a gradação do Dano (LEAL, 2010). Nota-se que há uma tentativa de recrudescimento da aplicação do sentido ordinário de responsabilidade jurídica a partir destas pesquisas.

No ano de 2011 é obtido um novo enfoque para a pesquisa de sentido sendo possível destacar três dissertações de Mestrado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro tratando, respectivamente, sobre os temas da “reparação do dano causado por membro indeterminado de um grupo: por uma relação de complementaridade entre o seguro e a responsabilidade civil” (RITO, 2011), tendente à releitura da responsabilidade moderna a partir da revisão do nexos de causalidade e da própria culpa; “A Responsabilidade Civil do Advogado sob a perspectiva civil-constitucional” (TREVIZAN, 2011) e a; “Responsabilidade Civil por danos causados à pessoa humana oriundos do uso de perfis falsos em sites de redes sociais” (LONGHI, 2011).

Destaca-se, contudo, a tese de Doutorado de Marcos Catalan (2011), intitulada de “a morte da culpa na Responsabilidade Civil” (CATALAN, 2011), que passeia pela temática pesquisada pela Dra. Pastora Leal em diversas ocasiões nos Projetos apresentados perante a Universidade Federal do Pará – UFPA, de 2011 a 2013.

Outra obra de grande importância para a questão insurgente, diz respeito à pesquisa da Professora Paula Frassinetti Mattos (2012), sobre a Responsabilidade Civil como Dever Jurídico Fundamental. Esta linha de inteligência demonstra a idéia de uma responsabilidade cidadã, ou seja, do aspecto de cidadania ligada à responsabilização, neste sentido

“a cidadania, como aqui referida, contempla mais do que a mera pertença de direitos políticos, com o reconhecimento formal do direito ao voto. Significa o gozo de um ‘status’ de membro integral de uma comunidade, decorrente de um processo construtivo-inclusivo, considerando que as primeiras manifestações

ainda não contemplavam a perspectiva até aqui alcançada” (MATTOS, 2012, p. 23).

Daí um dos fundamentos do argumento de que a responsabilidade jurídica torna-se ferramenta para a concretização de Direitos Fundamentais por ser um Dever Jurídico, também, revestido de fundamentabilidade. Há uma marcha de inserção e diminuição de diferenças sociais natural para todos os processos humanos, que encontra a marcha de evolução dos direitos, daí que a responsabilidade como dever reflete intersistêmicamente no processo em questão. Mais a frente há uma tentativa de generalização do art. 927, Parágrafo Único do Código Civil, que denota a aplicabilidade “pós-moderna” dos paradigmas das ciências na experiência jurídica brasileira, argumentando, novamente, que

“de tudo, o que se verifica é que, para além da garantia constitucional de observância aos direitos fundamentais ali prescritos e que são autoaplicáveis, o Brasil dispõe de uma legislação favorável a essa eficácia, o que deverá atrair até as convicções hermenêuticas mais clássicas” (MATTOS, 2012, p. 134).

Ainda nesta esteira de problematização é possível citar alguns temas supervenientes à discussão da responsabilidade civil, como é o caso da Teoria da Perda de Uma Chance, ou a Responsabilização pelo Dano causado a partir da Publicidade Subliminar. Portanto, como é rapidamente observável, o sentido da responsabilidade civil é de todo atacado pela transcendentalidade própria do “ser”. A questão em si é apresentada pelos efeitos da aplicação destes sentidos pelo Judiciário. Será possível agregar um valor fundamental para discussão da(s) Responsabilidade(s) Civil(is)?

Ao ver das possibilidades, uma questão fica bem cristalina. Os Tribunais formulam decisões reiteradas que irão dar a resposta na prática. Prever se no futuro serão aceitas esta ou aquela doutrina é futurologia, o que não diz respeito ao Direito. Contudo, a análise sob a premissa da temporalidade (no tempo

presente) é bem satisfatória. Emprega-se a noção da Teoria da Igualdade e da Justiça Distributiva como um marco contemporâneo tanto para Jurisprudência quanto para a Doutrina ao passo que se desconstroem dogmas e levantam-se novos paradigmas. Por isto pergunta-se: a Responsabilidade pode ser tratada de forma Inclusiva ou Distributiva?

É POSSÍVEL CONSTRUIR UMA RESPONSABILIDADE INCLUSIVA?

Justifica-se a escolha da temática por sua relevância em três dimensões. Na primeira delas descreve-se a questão teórica já amplamente exposta no tópico anterior. Não pela necessidade de se estabelecer uma teoria correta, ou uma resposta certa para toda a complexidade que atinge a produção do sentido. Há que se considerar que na composição da fórmula do sistema social, a complexidade é uma realidade, um aspecto constitutivo dela própria que precisa ser contida, ou, contingenciada, a partir de atos ordenatórios, expectativas programadas, o que se faz através da norma jurídica (LUHMANN, 1998, p. 131). Contudo, a complexidade não termina no processo de contingência na medida em que ela própria acaba se estendendo para o direito.

A forma de contingência da complexidade jurídica é a discussão teórica e a sua aplicação na prática pelo Poder Judiciário. Não é a toa que o Supremo Tribunal Federal aplica o efeito Vinculante às suas decisões e (de certa forma) acaba por restringir as hipóteses de aplicação de uma teoria, reduzindo, assim, a complexidade sub-sistêmica (esta questão será revisitada na segunda dimensão). Deste modo, é necessário que se observe o maior número possível de estudos teóricos que têm como objetivo a responsabilidade jurídica com duas finalidades.

A primeira delas é analisar a extensão possível do sentido de responsabilidade. Diz-se, tradicionalmente, que a responsabilidade é contratual, extracontratual (aquiliana), subjetiva ou objetiva; havendo desdobramentos desta compreensão atual em face da complexidade. Discute-se a extensão da responsabilidade, o nexo de causalidade, a superação de paradigmas, os atores participantes, tudo isto formulando

teorias que se complementam, ou, por vezes, até se anulam. Esta exata compreensão da complexidade atual é o que delimita a mundanidade fenomenológica, o tempo como fio condutor da compreensão. Por isso missão importante em primeira análise.

A segunda tem a ver com o núcleo essencial de descrição do sentido de responsabilidade. Explica-se isto da seguinte forma: ao apreender o sentido do objeto analisado pré-existe no sujeito a dimensão transcendental do sentido; a pessoa intérprete acredita que já conhece a resposta do questionado. O que leva à conclusão heideggeriana de que esse primeiro sentido é universal, indescritível e indefinível; e que a partir da inserção da figura do tempo a descrição e a definição tomam forma. Contudo, persiste a crítica de Christian Dubois (2004)

“A bem verdade, não sabemos nada, ou melhor, o que esta compreensão ordinária do ‘ser’ mostra é que ela é, precisamente, ordinária, mediana e vaga. Ela constitui por si mesma um fato, mas não podemos usá-la como álibi para uma preguiçosa inquestionabilidade” (DUBOIS, 2004, p. 15).

Essa compreensão ordinária é a primeira resposta e para Teoria do Direito é a contingência necessária para se afirmarem os paradigmas da segurança (certeza) científica. Todavia, não deixa de ser ordinária, mediana e vaga. Reconhecer isto também implica em reconhecer o núcleo essencial (transcendental) do sentido de responsabilidade. A possibilidade teórica é uma abertura estrutural (cognitiva) no método de produção do sentido. Diz-se, a vida é um conceito universal, indefinível e indescritível; o sentido de vida para o direito, numa concepção ordinária, para o tempo presente, conecta-se com o ideal de dignidade humana, vida digna, ou seja, aos aspectos substanciais do ato de viver, como por exemplo, a plena garantia do exercício de direitos fundamentais. Compreende, então, dizer que o núcleo essencial para definir-se vida é o aspecto moral que envolve o ato de viver.

Ainda não há uma precisão científica, mas na medida em que se toma como pressuposto o núcleo axiológico o sentido da

aplicação ganha em forma de tradição. Da análise da tradição será, então, possível apreender os fundamentos da transcendentalidade do sentido de vida. Esta é a missão da primeira dimensão da justificativa desta pesquisa, que se comunica diretamente com a segunda, que objetiva uma análise de cunho pragmático, voltada á análise Jurisprudencial.

Partindo dos Acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Pará colaciona-se uma decisão para a apreciação deste sentido de Responsabilidade, como é o caso do processo n. 2011.3.003635-9. Na lide, encontra-se a discussão da responsabilidade dos entes públicos responderem objetivamente no caso de pessoa hipossuficiente que contrai neoplasia maligna a auxiliar no fornecimento de medicamentos de forma gratuita, pelo que a Relatora argumentou “O Estado, em qualquer das esferas de governo, tem o dever de assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde”. Mais a frente volta-se ao aspecto subjetivo da necessidade de responsabilização, que é a dignidade da pessoa humana.

Neste momento teoria e prática se misturam de forma precisa. A discussão da aplicabilidade das teorias procedimentalistas ou substancialistas. Mas de toda forma, reconhecendo-se uma ou outra, observando-se a questão da política a responsabilidade enquanto consequência do exercício da cidadania, não deve, o Estado, políticas inclusivas para os pacientes hipossuficientes de neoplasia maligna?

A corrente minimalista diria que não, porque já se faz o possível com os recursos que se tem. Entretanto, a jurisprudência comprova um caráter não maximalista, mas diverso do minimalismo político-administrativo, reconhecendo a mutação científica e a humanização do direito (em especial do direito civil para estes fins). É o que se pode argumentar como as múltiplas formas admissíveis para se assegurar a proteção dos direitos fundamentais e a Responsabilidade Jurídica como forma de concretização destes direitos.

Para Terceira Dimensão tratar-se-á da ruptura e Implantação da ótica de tradição como aspecto definidor do sentido. Para tanto vale a lembrança dos debates da Teoria

Política contemporânea em Rawls (1971) e Dworkin (2002). A intenção é justamente a de construção de uma tese que refere-se a Justiça Distributiva como forma de produção de uma sociedade equânime e sua relação com a Responsabilidade Civil enquanto liberdade da pessoa humana. Tome como ponto de partida Rawls (1971).

Rawls (1971) acredita que as liberdades de igualdade devem ser protegidas pela norma jurídica e não devem ser sujeitas de forma alguma às barganhas políticas ou ao interesse (negativo-persuasivo) social (quando pessoal), por isso afirma “*Therefore in a just society the liberties of equal citizenship are taken as settled; the rights secure by justice are not subject to political bargaining or to the calculus of social interests*” (RAWLS, 1971, p. 04). Existe, portanto, uma construção lógica baseada na suposição de que a lei objetiva sempre o “bem” (num sentido geral). Portanto, é presumido que no desenvolvimento social existe uma diferenciação de atores e quem a lei vincula a conduta de alguns para que estes procedam como se fossem iguais; tentando, dessa forma, acabar com a diferença existente entre os cidadãos.

Rawls argumenta que existem, por trás da norma jurídica, Princípios da Justiça Social e são justamente estes princípios que “*provide a way of assigning rights and duties in the basic institutions of society and they define the appropriate distribution of the benefits and burdens of social cooperation*” (RAWLS, 1971, p. 04). Ou seja, através dos Princípios da Justiça Social de Rawls, o Estado consegue garantir direitos e distribuir obrigações, tanto para os particulares como para o ente público. Ao fazer isso, na verdade, o Estado está definindo a apropriada distribuição de benefícios e ônus da própria cooperação social, um caminho para a igualdade (justa).

Ao fazer isto, recai-se sobre uma nova pergunta, o que se entende por Justiça Social? Não existe uma concordância geral acerca do conceito de Justiça, mas Rawls (1971) exclui alguns desenvolvimentos desta discussão porque não são o objeto principal de seu estudo. Todavia, remete a idéia de que sua Teoria da Justiça seria, na verdade, uma releitura do Contrato Social (Rousseau), ele argumenta que ninguém sabe sua parte/função no estado das relações sociais (como estado de natureza), portanto,

ninguém possui “*advantage or disadvantage on the choice of principles (of justice), by the outcome of natural chance or the contingency of social circumstances*” (RAWLS, 1971, p. 12). Melhor dizendo, no estado (como situação) decorrente do contrato social, todos têm as mesmas possibilidades e ferramentas para garantir sua igualdade, mas é o resultado desta escolha natural ou a contingência das circunstâncias sociais na escolha dos princípios da Justiça Social que vai causar a desigualdade/igualdade.

A idéia que se presume é que os Princípios da Justiça são naturalmente justos (*fair*). Eles objetivam a um senso comum de que a sociedade possui um objetivo racionalmente estabelecido, como o “bem comum”, cuja definição pode ser simplificada como o conjunto de todas as possibilidades que consigam garantir o pleno desenvolvimento da personalidade humana. Justamente, neste sentido, é a conclusão de Rawls de que “*Justice works as Fairness*”, traduzindo para o português, a Justiça trabalha/age como Equidade, ou seja, tentando igualar as opções e oportunidades dos atores sociais. Se se traduzir ao “ao pé da letra”, para o português os termos “*Justice*” e “*Fair*” são sinônimos de Justiça, mas Rawls as descreve como termo geral de uma teoria, ou uma ideologia; e como a concreção prática dos princípios desta teoria que seria o estado de igualdade através da teoria da justiça, portanto, de equidade.

O que se vai discutir, dessa forma, em Rawls (1971) é questão da escolha dos princípios da Justiça Social, nas condições iniciais. Percebe-se que, tais princípios, são garantidos pelas regras de uma sociedade e são aplicados na prática pelos Juizes como valores de uma construção da tradição das Cortes. Logo, eles estão, todos os dias, sob construção e constituem cláusulas de abertura no sistema jurídico. A conclusão de Rawls (1971), neste sentido, é demonstrada em dois argumentos/problemas que são assim estipulados: “1) *an interpretation of the initial situation and the problem of choice posed there, and 2) a set of principles which, it is argued, would be agreed to*” (RAWLS, 1971, p. 15). Por isto que ele defende a existência de dois princípios básicos de Justiça, descritos como: a) toda pessoa tem um direito igual ao número mais extensivo de liberdades básicas que são compatíveis à liberdades similares dos

outros (concidadãos) e; b) as desigualdades sociais e econômicas devem ser arrumadas para que sejam ambas b1) razoavelmente expectadas como sendo vantagem para todos, e b2) vinculadas à posições oficiais abertas para todos (RAWLS, 1971, pg. 60).

De acordo com o primeiro argumento, então, todos os brasileiros teriam um direito igual ao número mais extensivo de liberdades básicas que são as estabelecidas sob a forma de Direitos Fundamentais na doutrina constitucionalista. Estas liberdades são compatibilizadas com outros princípios e regras fundamentais no caso concreto a partir da ponderação já citada alhures. No caso concreto, tratando-se de Responsabilização Jurídica a resposta é nítida no que tange a evolução da legislação e da doutrina brasileira, na medida em que tal responsabilização, além de forma de concretização dos direitos fundamentais funciona como ferramenta de equiparação e limitação aos abusos e excessos na prática. Contudo, na segunda parte, o Brasil falha. Não conseguimos expectar as diferenças ou desigualdades como sendo vantagem para todos, na medida em que negligenciamos algumas idiosincrasias do próprio sistema. Como por exemplo, responsabilizamos por Assédio Moral na Relação de Trabalho a Empresa X e a condenamos ao pagamento de 1 (um) milhão de reais ao funcionário Mérvio. A balança jurídica recolocada no estado de ordem alcançou a justiça social desejada ou meramente a retribuição positiva esperada?

Para o segundo exemplo, igualmente, o Estado inclui em atividades essenciais a participação de empresas privadas no momento do processo licitatório. Neste momento, haveria o estado preterido por Rawls, mas novamente as idiosincrasias do sistema brasileiro nos demonstram a inaplicabilidade pragmática, na medida em que como a distribuição de recursos já se deu de forma desigual, poucas empresas tem a capacidade técnica necessária para concorrer de forma igual. Ainda, havendo vitória, a responsabilização se dá de forma direta na medida em que passam a ser gestores da coisa pública eles próprios. Neste sentido, supondo que uma empresa privada seja responsável pela distribuição (igualitária) do acesso à água, fazendo parte do que se compreende por meio ambiente (a partir do uso social desta)

seriam os autorizados a efetuar essa distribuição sujeitos à comprovação de culpa quando causassem um dano à sociedade? Na mesma medida, tratando-se ela como um bem de uso econômico persistiria a alegação?

Ainda, há que se destacar que os Princípios da Justiça Social de Rawls tratam de fórmulas gerais que são aplicadas na estrutura básica da sociedade com a finalidade precípua de trazer Justiça através da Equidade. Fazendo uma releitura de Rawls, Dworkin (2002) vai descrever o que considera dois tipos de Igualdade como ideais políticos: a Igualdade do bem-estar e a Igualdade de Recursos. Quanto ao primeiro tipo, ele define como sendo uma teoria na qual existe um esquema de distribuição que trata as pessoas como iguais quando distribui ou transfere recursos, até que eles experimentem um Estado de bem-estar. Neste momento, não haveria nenhuma transferência que pudesse deixar as pessoas mais ou menos iguais (DWORKIN, 2002, pg. 12).

Já o segundo tipo de Igualdade (a de recursos), significa, na verdade, dizer que a transferência de recursos precisa ser feita no intuito de transformar as pessoas em iguais, ou o mais iguais o quanto for possível. Neste esquema a transferência seria a última *ratio*, a derradeira possibilidade (DWORKIN, 2002, pg. 12). De fato, realizando um corte epistemológico, o trabalho opta por tratar a teoria da Igualdade de Recursos por ser a que mais interessa para a construção da idéia aqui sustentada; desde já, corroborando com esta afirmação, Dworkin destaca que tal igualdade deve ser considerada como uma questão de igualdade em qualquer recurso que seja possuído privativamente (ou de forma privada) por indivíduos (DWORKIN, 2002, pg. 65).

Segundo ele, a Virtude Soberana de uma sociedade política é medida pela sua capacidade de igualar as relações sociais. Igualdade esta não apenas como um valor contido na defesa da liberdade, mas, principalmente em referências aos recursos disponíveis a cada cidadão. Mas a utilização destes recursos é intimamente ligada com os princípios da escolha e da responsabilidade. Mais a frente ele vai destacar pontos

interessantes acerca da ideia de um mercado de bens construído através da teoria político-econômica a partir do Século XVIII.

Como decorrência deste argumento, encontra-se a possibilidade de que o Estado, ou, o cidadão, postule a defesa de um suposto princípio que seria corolário com o da liberdade, mas que de fato, afasta-se da igualdade. Ao mesmo tempo, todas as trocas, permutas e transferências acontecem dentro do espectro econômico, observando a extrema necessidade de se considerar o mercado como “*Center of any attractive theoretical development of equality of resources*” (DWORKIN, 2002, pg. 66).

Este, mercado, na verdade constituiu uma ferramenta de correção de desigualdade decorrente das escolhas individuais de cada cidadão. Ao mesmo tempo, ele demonstra que esta diferenciação não pode ser fruto daquilo que ele denomina como talento natural, mas sim reflexo da contingência da escolha do cidadão. Dessa forma, para Dworkin (2002) a Igualdade de Recursos deve obedecer a uma possibilidade de que se forneça condições iniciais a todos os cidadãos para que possam escolher com responsabilidade o destino dos recursos que lhe forem dados, a isto ele denomina de “*Auction*”, ou Leilão.

Neste sentido, imagine-se o seguinte: um determinado grupo de pessoas, constricto a um território delimitado, garante a posse de recursos privados a todos aqueles que possuíam alguma coisa; aqueles que não possuíam nada é garantido o mínimo para sua subsistência. De acordo com Dworkin, o “*envy test*”, ou o teste de cobiça, poderia comprovar o desejo daqueles que pouco tem, chegaram a um patamar que não desejem ter mais nada, o que ensinaria a uma tentativa de igualação destas pessoas (com poucos recursos) através de políticas públicas direcionadas a igualação. De outro lado, este mesmo grupo, reconhece que existe a necessidade de proteger bens que não podem ser conscritos a esfera da posse privada de somente um, ou, uns indivíduos; são bens de todos, portanto públicos.

Todavia, o destinatário da questão é quem é diferente, pois se trata do Estado enquanto ente político; Dworkin, faz uma ponderação, um tanto quanto, relevante porque relembra que “*someone who has power to influence public decisions about the equality of the*

air he or she breathes, for example, is richer than someone who does not” (DWORKIN, 2002, pg. 65). Dessa forma, a compreensão sobre os recursos em sua obra deve ir muito além dos objetos perceptíveis na esfera do mercado e da economia; devendo chegar-se até aos motivos políticos que justificam a adoção daquele valor como relevante, ou, daquele representante que disse ser do interesse da população aquela defesa. Bem, há dois argumentos necessários para conclusão deste tópico: 1) Dworkin relaciona-se intimamente com Rawls na medida em perfaz crítica à construção teórica da igualdade, por isso a escolha em tratar dos dois; 2) para o desenvolvimento da ideia de Responsabilidade Inclusiva em um artigo, não há necessidade de pormenorizar as diferenças teóricas entre ambos, mas apenas trabalhar o aspecto complementar destas teorias para efetuar uma provocação ao leitor (já que a pesquisa, ela própria, é fruto de uma reflexão pessoal).

NOTAS FINAIS – ADEQUAÇÕES

Bem, anoto nas conclusões algumas críticas positivas que recebi em momento oportuno acerca deste artigo, das quais me reporto e tomo como base para incluir mais um tópico específico que intitulo “notas finais – adequações”. A proposta inicial que deu partida à escrita deste trabalho trata de um projeto de pesquisa de tese de doutorado a que primeiramente intitulei de “O Sentido Transcendental do “ser” e a Responsabilidade Jurídica – Um Estudo Teórico-Jurisprudencial na busca de uma Reponsabilidade Inclusiva”. Decerto que denota um trabalho ainda em construção. Pretendia tomar outro rumo caso a pesquisa desse continuidade, entretanto, não o pude fazer por motivos alheios a minha vontade.

Decidi transformar o projeto em artigo justamente por conta da liberdade que esta modalidade de escrita confere. Reduzi (sobremaneira) o conteúdo abordado para torná-lo uma crítica. Uma crítica ao modelo de apreensão do método atual de produção e reprodução de conhecimento, porque reinserindo a noção de existencialismo e fenomenologia na apreensão de

sentido sobre os objetos jurídicos, o que perfaz sim uma crítica hermenêutico-filosófica (contemporânea) do direito ele próprio. Não havendo necessidade de adentrar especificamente no embate entre substancialismo e procedimentalismo (como insistentemente frisei em dois momentos no decorrer do texto), decidi reportar-me a estudo analítico da contenda já debatida por Virgílio Afonso da Silva, sem, contudo, deixar de referenciar os autores em seus textos originais através de notas de rodapé. Não havendo, desta feita, prejuízo no corte epistemológico.

A ideia era a de demonstrar a ruptura paradigmática alocando-a na duplicidade metódica/filosófica para produção da realidade complexa da atividade jurídica contemporânea. Pelo que se consegue perceber a noção da busca pela resposta correta, pelo método correto, e o emaranhado de teorias aplicadas no cotidiano do direito. Dizer que é possível abordar um caminho inclusivo a partir da Teoria da Responsabilidade Civil é caminhar lado a lado com a concreção dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, sem, entretanto, fulminar com as liberdades civis.

Diversas questões se insurgem como, por exemplo, qual método seria possível utilizar para conseguir essa conexão? Em qual momento a igualdade através da inclusão poderia se dar? Ou como poderia o juiz equiparar, igualar, ou diferenciar positivamente as relações de responsabilização? Será que os menos privilegiados devem ser punidos em menor grau nas condenações civis? Bem, vamos por partes. Bem, para a primeira pergunta devo colocar-me tendente à concepção que a sentença judicial é o ato pelo qual o Estado iguala as situações jurídicas através do uso da Jurisdição enquanto Função ou Poder (para o argumento em debate, frise-se). O que quer dizer que por força do art. 944 do Código Civil a Indenização será medida pela extensão do Dano, que, por conseguinte, será medida pelo Magistrado. Aqui é o momento de aplicação fundamentada da Teoria da Igualdade.

Quanto ao método correto creio que ainda não seja possível observar um modelo padrão para os casos já decididos. Para tal seria necessário analisarmos intensamente a

jurisprudência na tentativa de avaliar os critérios utilizados pelos Tribunais na mensuração do Dano como forma de incluir ou igualar as diversas diferenças sociais. Entretanto, acredito que os Juízes têm decidido utilizando como um dos critérios de ponderação a condição social e econômica da parte, como nos casos dos Juizados Especiais do Consumidor que reconhecem a hipossuficiência do consumidor e pregam pela inversão do ônus da prova, o que (por si só) já denota a aplicação do tratamento diferenciado em vistas de igualar as situações juridicamente. De forma inconsciente também existe a ponderação subjetiva quanto à condição da parte, visto que já existem estudos acerca da hipótese de flexibilização do Depósito Recursal na Justiça do Trabalho do pequeno empreendedor.

Diversas outras questões surgem desta análise preliminar e justamente é essa minha intenção. Quando Robert Alexy (2008) escreve sobre a discursividade anota que o dissenso jurídico aponta diretamente para a construção do consenso. Discutir as diversas teorias e as diversas possibilidades é nosso dever acadêmico, claro que relevando princípios básicos como a humildade, a tolerância e a sempre temida hora de reconhecer-se vencido aos argumentos do consenso construído com respeito a divergência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIRRE, João Ricardo Brandão. **Responsabilidade por Informações, Conselhos ou Recomendações nas Relações entre Particulares**. Tese de Doutorado. Universidade Federal de São Paulo. 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/>>; Acesso em: 10 out. 2012.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2ª Edição, revista. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2008.

_____. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Colección: "El Derecho y la Justicia", dirigida por Eliás Díaz. Centro de Estudios Constitucionales. Imprenta Fareso S. A. 1993.

BRASIL, Lei n. 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>
> Acesso em: 13 nov. 2012.

CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na Responsabilidade Civil.** Tese de Doutorado. Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ 2011. Disponível em: <<http://www.bdttd.uerj.br/>>
Acesso em: 10 out. 2012.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. As quatro fundações do Direito Civil: ensaio preliminar. **Revista da Faculdade de Direito.** Universidade Federal do Paraná, v. 45, p. 99-102, 2006.

COSTA, Débora Regina Lambach Ferreira da. **Reparação do Dano à Imagem das Pessoas Jurídicas.** Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. São Paulo 2010. Disponível em: <<http://www.sapientia.pucsp.br/index.php>>
Acesso em: 10 out. 2012.

DUBOIS, Christian. **Heidegger: Introdução a uma leitura.** Tradução Bernardo Barros Coelho de Oliveira. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito.** 2ªed. São Paulo. Martins Fontes. 2007

_____. ***Taking Rights Seriously.*** Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978.

_____. ***The Sovereign Virtue – The Theory and Practice of Equality.*** Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts. London, England. 2002.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Tradução de Flávio Paulo Meuer. 3ª Edição. Editora Vozes. Petrópolis – RJ. 1999.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo – Parte I.** Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15º Ed. Editora Vozes. Universidade de São Francisco. 2005.

_____. **Ser e Tempo – Parte II.** Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 13º Ed. Editora Vozes. Universidade de São Francisco. 2005.

LEAL, Márcio Gomes. **O Novo Perfil da Culpa na Responsabilidade Civil: a Culpa como Critério para Gradação da Indenização.** Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Rio de Janeiro 2010. Disponível em: <<http://www.bdt.d.uerj.br/>> Acesso em: 10 out. 2012.

LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL (coord.). **Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais.** A Vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF (Daniel Sarmento). 1ª Ed. JusPodivm. Salvador-BA. 2011. Pág. 285-323.

LONGHI, João Victor Rozatti. **Responsabilidade Civil por Danos à Pessoa Humana Oriundos do uso de Perfis Falsos e Sites de Redes Sociais.** Dissertação de Mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro. 2011. Disponível em: <<http://www.bdt.d.uerj.br/>> Acesso em: 10 out. 2012.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito.** Volume I. Estudos Alemães. Série Coordenada por: Eduardo Portela, Emmanuel Carneiro Leão e Vamireh Chacon. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro. Edições Tempo Brasileiro. 1983.

_____. **Sociologia do direito.** Volume II. Estudos Alemães. Série Coordenada por: Eduardo Portela, Emmanuel Carneiro Leão e Vamireh Chacon. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro. Edições Tempo Brasileiro. 1985.

MACINTYRE, Alasdair. **Whose Justice? Which Rationality?** *University of Notre Dame Press. Notre Dame, Indiana. 1988.*

MATOS, Paula Frassinetti. **Responsabilidade Jurídica – Dever Jurídico Fundamental**. Ed. Saraiva. São Paulo – SP. 2012.

RAWLS, Jhon. **A Theory of Justice**. Original Edition. Reprinted. The Belknap Press of Harvard University Press Cambridge, Massachusetts, London, England. 1971.

RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. **A Reparação do Dano Causado por Membro Indeterminado de um Grupo: por uma relação de complementaridade entre o seguro e a responsabilidade civil**. Dissertação de Mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro. 2011. Disponível em <<http://www.bdt.d.uerj.br/>> Acesso em: 10 out. 2012.

SANDEL, Michael. *Liberalism and the limits of Justice. Second Edition. Cambridge University Press. Cambridge. New York. 1998.*

SANTOS, Boaventura Souza. **A Crítica da Razão Indolente: Contra o Desperdício da experiência. Para um novo senso comum - A ciência, o direito e a política na transação paradigmática**. 4ª Ed. Cortez. São Paulo – SP. 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2007.

_____. **Constituição Direitos Fundamentais e o Direito Privado**. Dogmática de direitos fundamentais e o direito privado (JJ. Gomes Canotilho). 3ª Ed. Revista e ampliada. Livraria do Advogado. Porto Alegre 2010. Pág. 295-310.

SARMENTO, Daniel. **Constituição Direitos Fundamentais e o Direito Privado**. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira (Ingo Wolfgang Sarlet). 3ª Ed. Revista e ampliada. Livraria do Advogado. Porto Alegre 2010. Pág. 13-36.

SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça**. Primeira Reimpressão. Companhia das Letras. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. Editora Schwarts Ltda. São Paulo – SP. 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e Regras – Mitos e equívocos acerca de uma distinção.** Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais 1. 2003. Pág. 607-630.

TREVIZAN, Thaita Campos. **A Responsabilidade Civil do Advogado sob a Perspectiva Civil-Constitucional.** Dissertação de Mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro. 2011. Disponível em: <<http://www.bdttd.uerj.br/>> Acesso em: 10 out 2012.

VIANA, Luciana Ancona Lopes de Magalhães. **Critérios para Avaliação da Ilicitude na Publicidade.** Tese de Doutorado. Universidade Federal de São Paulo. 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/>>; Acesso em: 10 out. 2012.

WALZER, Michael. **As Esferas da Justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade.** São Paulo: Martins Fontes. 2003.