

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

Tema Central:

TEORIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO Vol. 2

n. 7
JAN / JUN - 2006

A Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC) é uma publicação semestral do Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional
Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC)



ISSN 1678-9547

ESDC	SÃO PAULO	Nº 7 - Vol.2	p./409	Jan/Jun - 2006
------	-----------	--------------	--------	----------------

Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC): Revista do Programa de Pós-Graduação
Lato Sensu em Direito Constitucional. Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC)
São Paulo: ESDC, 2006. N. 7

Periodicidade: Semestral

Janeiro/Junho

ISSN: 1678-9547

1. Direito. 2. Periódico. 3. Escola Superior de Direito Constitucional. 4. Direito Constitucional.
5. Teoria Constitucional do Direito.

CDD 340.05

CDU 34.5

Ficha Catalográfica elaborada pelo Bibliotecário da ESDC
João Vivaldo de Souza – CRB/8 – 6828

Indexação: Qualis – CAPES – “A” Local – Direito e Psicologia – “C” Local – Ciência Política

Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC

ISSN 1678-9547

Diretor

Marcelo Lamy (lamy@esdc.com.br)

Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Doutorando em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Diretor da Escola Superior de Direito Constitucional - ESDC. Coordenador do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional da Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC).

Coordenadora Geral

Elaine Parpinelli Moreno Vessoni (rbdc@rbdc.com.br)

Especialista em Direito Processual Civil e em Direito Processual Penal pela Escola da Magistratura de Maringá (Paraná). Especializanda em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC). Pesquisadora Jurídica da Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC). Professora Assistente do Curso de Especialização Lato Sensu em Direito Constitucional (ESDC). Coordenadora de Turma do Curso de Especialização Lato Sensu em Direito Civil Constitucional (ESDC).

Conselho Editorial Nacional

André Ramos Tavares – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão – Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Membro da Comissão de Área de Direito da CAPES.

Dimitri Dimoulis – Universidade Metodista de Piracicaba (Unimep).

Dircêo Torrecillas Ramos – Universidade de São Paulo (USP).

Erik Frederico Gramstrup – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Fernando Fernandes da Silva – Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC).

Flávia Cristina Piovesan – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

George Augusto Niaradi – Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC).

Gilberto Bercovici – Universidade de São Paulo (USP).

Guido Fernando da Silva Soares – Universidade de São Paulo (USP).

Ingo Wolfgang Sarlet – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS).

José Gabriel Perissé Madureira – Instituto Paulista de Ensino e Pesquisa (IPEP) e Centro Universitário Nove de Julho.

Luis Jean Lauand – Universidade de São Paulo (USP).

Luiz Alberto David Araújo – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Luiz Carlos de Souza Auricchio – Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC).

Luiz Guilherme Arcaro Conci – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Luiz Pinto Ferreira – Sociedade Pernambucana de Cultura e Ensino (SOPECE).

Maria Garcia – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Mauro de Medeiros Keller – Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC).

Paulo Bonavides – Universidade Federal do Ceará (UFC).

Pietro de Jesús Lora Alarcón – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Ragner Limongeli Vianna – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Sérgio Resende de Barros – Universidade de São Paulo (USP).

Wagner Balera – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Yara Maria Martins Nicolau Milan – Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC)

Conselho Editorial Internacional

Alfonso López Quintás – Universidad Complutense de Madrid (Espanha)

Diego Valadés Ríos – Universidad Nacional Autónoma de México

Luis Maria Díez-Picazo – Universidad de Castilla - La Mancha (Espanha)

Paulo Ferreira da Cunha – Universidade do Porto (Portugal)

Colaboradores desta edição

Revisão: Alessandro Thomé, Daiana Braga Botelho, Vanessa Leandro Manjon, Robson Ferreira Campos, Lucas Zarella Moreira, Carlos Roberto Machado Junior, Magda Nascimento Silva, Annette Therezinha Galvão Resende.

Diagramação: www.pixel-indesign.com

Tradução: Renata de Moraes Silva (inglês), Juliana Salvetti (italiano)

Publicação da

Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC)

CNPJ. 03.849.248/0001-10

REVISTA BRASILEIRA DE
DIREITO CONSTITUCIONAL

N.7 janeiro/junho

(2006)

Tema Central:

**Teoria Constitucional do Direito
Vol. 2**

Main Theme: CONSTITUTIONAL RIGHT THEORY
SUMÁRIO - SUMMARY

Artigos

Articles

- Tópica e Teoria Constitucional do Direito: as Eternas Aporias e a Uberdade da Abdução
Tópic and Constitutional Law Theory: the Eternal “Aporias” and the Emergency of the Abduction
Luiz Augusto Lima de Ávila 09
- O Princípio da Participação no Regime Jurídico-Administrativo Brasileiro
The Participation Principle in the Brazilian Law System Management
Janaína Rigo Santin 42
- Opinio Juris vel Necessitatis?* Acerca da tensão argumentativa interna à Teoria do Direito entre uma
‘teoria das fontes’ e uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão discursiva
do Estado Democrático de Direito
Opinio Juris vel Necessitatis? About the tension between a “Theory of Sources” and a “Theory of
Legal Argumentation” inside a Discourse Theory of Law and Constitutional Democracy
Lúcio Antônio Chamon Junior 73
- Norma y valor en el neoconstitucionalismo
Rules and value in the neoconstitutionalism
Alfonso García Figueroa (Espanha) 107
- Os Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro
The Social Rights while Fundamental Rights inside the Brazilian Legal System
José Carlos Moreira da Silva Filho 122
- O Significado Constitucional do Acesso à Justiça
The Constitutional meaning of the access of Justice
Adriana Fasolo Pilati Scheleder 144
- Direito Positivo, Constituição e Vinculação do Jurista
Positive Law, Constitution and Jurist Entailing
Andrea Nárriman Cezne e Igor Andrei Cezne 161
- Teoria da Constituição e a Constitucionalização dos Direitos
Constitution Theory and the Rights Constitutionalization
Mauro Roberto Gomes de Mattos 181

Estrutura Lógica dos Princípios Constitucionais. Pós-positivismo jurídico e racionalidade argumentativa na reformulação conceitual da normatividade do direito Logical Structure of the Constitutional Principles. Post Positivism and the Rationality of Legal Arguments in the Conceptual Rebuilding of Law's Normative Pattern <i>Gustavo Rabay Guerra</i>	220
Teoria Constitucional: em busca da definição do Bem Jurídico-Penal no Estado Contemporâneo Constitutional Theory: in search of a definition for the Juridical-Penal Welfare in the Contemporary State <i>Nivaldo dos Santos</i>	238
Direitos Humanos, império da lei e socialismo em <i>O Império da lei</i> de Franz Neumann Human Rights, Rule of Law and Socialism according to <i>The Rule Law</i> by Franz Neumann <i>José Rodrigo Rodriguez</i>	252
Neoconstitucionalismo e Inconstitucionalidad por omisión Neoconstitutionalism and the Unconstitutionality by omission <i>Victor Bazán (Argentina)</i>	280
Para compreender o papel da Constituição na Teoria Constitucionalista do Direito: apontamentos a partir de Theodor Viehweg Understanding the function of the Constitution in the Constitutionalist Theory of Right: notes from the Theodor Viehweg <i>Claudia Rosane Roesler</i>	304
Dworkin e a tentativa de um constitucionalismo apaziguado Dworkin and the trial of a pacified constitutionalism <i>Vera Karam de Chueiri e Melina Girardi Fachin</i>	325
Os Direitos da Personalidade na perspectiva dos Direitos Humanos e do Direito Constitucional do Trabalho The Rights of the Personality in the perspective or the Human Rights and the Constitucional Law of the Work <i>Carlos Henrique Bezerra Leite</i>	342
Motivação e Fundamentação das Decisões Judiciais e o Princípio da Segurança Jurídica Motivation and Reasoning of Judicial Decisions and the Principle of Legal Certainty <i>Carlos Aurélio Mota de Souza</i>	355
Conferências e Debates	
Lectures and Debates	
La “Seguridad Jurídica” y el “Estado de Derecho” en una Democracia Constitucional: las “Condiciones” y los “Condicionamientos” The “Juridical Security” and the “Welfare State” in a Constitutional Democracy: the “ Conditions” and the “Conditionings” <i>Jorge Reinaldo Vanossi (Argentina)</i>	378
Normas para apresentação de textos.....	403

Submission Rules.....	406
Endereço para entrega de artigos, permutas e doações.....	408
Address for sending articles, exchange and donations	
Assinaturas.....	409
Subscription	

EDITORIAL RBDC

A teoria da Constituição sofreu, por um longo período, uma séria indiferença quanto aos seus postulados, pois a nossa história corroborava a idéia de que suas proposições eram meras conjecturas sonhadoras de um mundo futuro.

Com a reconstitucionalização, desta vez efetiva e não meramente formal, operada no país pelo movimento democrático que consolidou a Constituição de 1988, presenciamos o despertar da realidade constitucional.

Embora parecia-nos, naquele momento, nada mais do que uma renovação simbólica de esperanças, a conseqüente atuação do Supremo Tribunal Federal, como verdadeiro guardião da Constituição, trouxe gradativamente para o dia-a-dia jurídico a imperatividade dos dispositivos constitucionais.

Passados 17 anos de sua promulgação, em que vivenciamos esta revolução copérnica (sonho/realidade), a imposição da sua força normativa se faz presente em decisões judiciais de todos os recantos de nosso país. Agora, não é mais possível pensarmos o Direito sem a Constituição.

Frente a esta festejada realidade, é preciso voltar nossos olhos para rever os postulados doutrinário-constitucionais construídos sob os influxos do sonho do último século, para repensar a base teórica, os fundamentos internos deste novo Direito Constitucional realidade, e imaginar o que nos espera nos próximos tempos das comunidades regionais. A isto dedica-se este número da RBDC.

Boa leitura!

ARTIGOS

**TÓPICA E TEORIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO:
AS ETERNAS APORIAS E A UBERDADE DA ABDUÇÃO**
TÓPIC AND CONSTITUTIONAL LAW THEORY:
THE ETERNAL “APORIAS” AND THE EMERGENCY OF THE ABDUCTION

LUIZ AUGUSTO LIMA DE ÁVILA*

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: A determinação da natureza do conhecimento jurídico tem se mostrado um dos mais relevantes e controversos temas em Filosofia do Direito. Este tema, dada a generalidade pertinente a uma teoria do conhecimento, é dimensionando na perspectiva de THEODOR VIEHWEG que, em “Tópica e Jurisprudência” e em “Tópica e Filosofia do Direito”, resgata aspectos do pensamento jurídico que, até então, haviam ficado, por séculos, à margem da cientificidade da ciência jurídica. Theodor Viehweg retoma a questão do método jurídico à luz da experiência grega e romana, com a tópica aristotélica e a tópica ciceroniana, respectivamente, e, paralela à exigência de convergência entre estabilidade e flexibilidade a partir da antinomia entre dogmática e zetética, agrega a proposta de conciliação, de Gian Battista Vico, entre o método antigo (retórico ou tópica) e o método moderno (crítico cartesiano) como uma condição indispensável para a perfeita utilização do método crítico cartesiano. A partir de então e dadas as tessituras da contemporaneidade, busca atualizar o método jurídico com os instrumentos contemporâneos da lógica, da teoria da comunicação e da lingüística. Entre muitos, THEODOR VIEHWEG, a partir da década de 50, estabeleceu as bases para uma teoria da argumentação jurídica contemporânea. No entanto, não há uma só abordagem que tenha por objetivo incursões mais aprofundadas no campo da lógica, da teoria da comunicação e da lingüística, ou seja, ao que CHARLES SANDERS PEIRCE passou a chamar de lógica abdutiva que, junto com a lógica de dedutiva e com a lógica indutiva, corresponde à semântica de Charles Morris, cuja teoria é citada por Theodor Viehweg. E se a lógica abdutiva é invenção ou criação e, portanto, correspondente à poética aristotélica poder-se-á afirmar que o raciocínio jurídico é a consideração possível de um todo que abrange quatro partes diversas desde a sugestão poética até a demonstração rigorosa e apodítica em uma escala de credibilidade, ou seja, trata-se do princípio da sucessão dos discursos apodítico, dialético, retórico e poético que, na perspectiva da unidade do diverso, fundamenta a teoria da argumentação em Theodor Viehweg. Ou seja, uma coisa qualquer na ótica do pensamento jurídico é como que por um buraco de fechadura se pretendesse descrever todo o cômodo do outro lado da porta como o mundo inteiro.

Palavras-chave: Jurisprudência. Filosofia do direito. Lógica abdutiva. Conhecimento jurídico. Teoria do conhecimento. Apodítica. Dialética. Retórica. Poética.

Abstract: The determination of the nature of juridical knowledge became one of the most relevant and controversial themes in law philosophical theory. This theme, due the pertinent generality to the knowledge theory, is shaped in THEODOR VIEHWEG’s perspective that in “Topic and Jurisprudence” and “Topic and Law Philosophy” remembers aspects of the legal thought that, until then, had

* Mestre em Direito Internacional e Comunitário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Mestre em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Especialista em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Especialista em Direito Empresarial, Direito do Trabalho e Direito Processual pela Faculdade de Direito do Oeste de Minas – FADOM, Minas Gerais; Professor de Filosofia do Direito, Metodologia da Pesquisa Jurídica, Direito Constitucional, Direito Internacional e Relações Internacionais do Comércio na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Coordenador de Monografia na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais em Arcos; Professor de Técnica de Redação e Argumentação Jurídica na Faculdade de Direito de Pedro Leopoldo, Minas Gerais.

been in the margin of concept of science of legal science for centuries. Theodor Viehweg takes again the question of the legal method in the light of the Greek and Roman experience with the Aristotelian and the Ciceronian topic respectively and parallel the requirement of convergence between stability and flexibility from the antinomy between dogmatic and basic investigation (zetetic). He also adds the proposal of conciliation of Gian Battista Vico between the old method (rhetorical or topic) and the modern method (critical Cartesian) as an indispensable condition for the perfect use of the Cartesian critical method. Since then, due to the peculiarity of the contemporary world, he searches to bring up to date the legal method with the contemporary instruments of the logic, communication theory and the linguistics. THEODOR VIEHWEG, among others, in the 50's, established the bases for a theory of the contemporary legal argument. However, there isn't any approach aiming to deepened incursions in the field of logic, communication's theory and linguistics, in other words, to CHARLES SANDERS PEIRCE passed to name abductive logic together with deductive logic and with the inductive logic corresponds to the semantics of Charles Morris, whose theory is cited by Theodor Viehweg. If the are invention or creation and, therefore, correspondent to the Aristotelian poetic, it would be able to affirm that the legal reasoning is the possible consideration of the sum of everything that encloses four diverse parts since the poetical suggestion until the rigorous and apodictical demonstration in a credibility scale, in other words, this concerning the principle of the succession of the speeches apodictical, dialectic, rhetorical and poetical that, on the perspective of the unit of the diverse, bases the theory of the argument in Theodor Viehweg. Thus, something regarding to the juridical approach, it is like when we see something through a key hole and intend to describe the entire place in the other room across the door as it would be the world.

Key Words: Jurisprudence. Law philosophical theory. Abductive logic. Juridical knowledge. Knowledge theory. Apodictical. Dialectic. Rhetorical. Poetical.

Introdução

A motivação para a investigação do tema em questão é originada pelas dúvidas adquiridas através do estudo de um dos mais relevantes e controversos temas em Filosofia do Direito: a determinação da natureza do conhecimento jurídico na dialética secularização pela escatologia e simbiose. Este tema, dada a generalidade pertinente a uma teoria do conhecimento, é dimensionando na perspectiva de THEODOR VIEHWEG que, em "Tópica e Jurisprudência" e em "Tópica e Filosofia do Direito", resgata aspectos do pensamento jurídico que, até então, haviam ficado, por séculos, à margem da cientificidade da ciência jurídica ou logocentrismo.

Theodor Viehweg retoma a questão do método jurídico à luz da experiência grega e romana, com a tópica aristotélica e a tópica ciceroniana, respectivamente, e,

paralela a exigência de convergência entre estabilidade e flexibilidade a partir da antinomia entre dogmática e zetética, agrega a proposta de conciliação de Gian Battista Vico entre o método antigo (retórico ou tópica) e o método moderno (crítico cartesiano) como um condição indispensável para a perfeita utilização do método crítico cartesiano.

A partir de então, acentuando a diferença entre empirismo, como experiência do passado, e pragmática, como experiência pró-futuro, dadas as tessituras da contemporaneidade na dialética entre secularização pela escatologia e simbiose, busca atualizar o método jurídico com os instrumentos contemporâneos da lógica, da teoria da comunicação e da linguística.

Entre muitos, THEODOR VIEHWEG, a partir da década de 50, estabelece as bases para uma teoria da argumentação jurídica contemporânea a partir

da tópica aristotélica. A natureza do conhecimento jurídico, a partir de THEODOR VIEHWEG, não é só o resultado de uma subsunção do fato à norma, nos moldes do silogismo clássico, mas, também, de um raciocínio tópico que coloca em evidência o problema que clama por uma solução, ambos de origem aristotélica.

Da inteligibilidade da teoria de THEODOR VIEHWEG se destacam duas diretrizes que convergem, uma como perspectiva crítica e outra como perspectiva construtiva, com fundamento na lingüística. Na perspectiva crítica, a tópica de Viehweg toma como pressuposto a crítica ao logicismo jurídico, à lógica formal aplicada ao raciocínio jurídico ou, simplesmente, à teoria do silogismo jurídico. Na perspectiva construtiva, a teoria da argumentação dialético-retórica de VIEHWEG propõe a compreensão do raciocínio jurídico e, a princípio, a inteligibilidade da natureza desse conhecimento entre ciência e prudência, tomando a lingüística como instrumento de comunicação e ação.

A convergência de ambas as diretrizes propostas, na perspectiva crítica e na perspectiva construtiva com fundamento na lingüística, podem ser reduzidas às investigações crítico-lingüísticas e neo-retóricas se considerarmos a retomada de ARISTÓTELES e o princípio da sucessão dos discursos apodítico, dialético, retórico e poético, na perspectiva da unidade do diverso, ou seja, esta como pressuposto para a irredutibilidade do particular para o geral, que só é inteligida a partir da metáfora da linha como base fundamental para a unidade do verdadeiro ou certo (apodítico), do provável (dialético), do verossímil (retórico) e do possível (poético) como discurso, guardadas as diferenças enquanto modalidades deste mesmo discurso.

Esta retomada de ARISTÓTELES impõe aquilo que a teoria de THEODOR

VIEHWEG não concebeu, ou seja, uma distinção entre o discurso ou raciocínio apodítico ou demonstrativo e o discurso ou raciocínio analítico, por ser o primeiro uma espécie do segundo, ou seja, que se diferencia, não pela forma, mas, pelo conteúdo (verdadeiro ou falso) das premissas empregadas.

Na teoria de THEODOR VIEHWEG, a prática do Direito consiste na inovação e discussão de tópicos ou argumentos solidificados em fórmulas que gozam de aceitação entre os juristas, pois, a interpretação, a aplicação e o uso da linguagem natural são três modos de irrupção da tópica em um sistema jurídico lógico-dedutivo, o que propicia a referida inovação e discussão em uma perspectiva dialético-retórica e, por conseguinte, a compreensão da argumentação a partir da situação discursiva, ou seja, de um modo de falar situacional e outro não situacional. Neste sentido, a interpretação, a aplicação, o uso da linguagem natural e a flexibilização na busca de novos pontos de vista denotam a maneira tópica.

Theodor Viehweg, com sua teoria e investigações crítico-lingüísticas, resgatando a questão dos argumentos ou tópicos jurídicos, propicia a reestruturação de toda a teoria do método jurídico até então vinculada ao logicismo jurídico, ou seja, à lógica formal aplicada ao raciocínio jurídico ou, simplesmente, à teoria do silogismo jurídico.

Daí a pretensão de poder afirmar que a tópica não se exaure na jurisprudência ou ciência do direito, pois, do ponto de vista da tese de Theodor Viehweg, o mesmo defendia a busca por um enfoque completo do direito, que deveria incluir a exigência de convergência entre estabilidade e flexibilidade a partir da antinomia entre dogmática e zetética, ou seja, não só um enfoque da tópica, mas, também, para além da investigação básica e contingente do direito, um enfoque do que é evidente ou necessário

no direito, pois, assim como a tópica está para a dogmática a zetética está para evidência (demonstração; analítica).

Esta é a hipótese que pretendemos provar no decorrer da investigação, ou seja, a natureza do conhecimento jurídico é, essencialmente, ciência e prudência, e isto, equivale dizer, é tanto razão teórica como é razão prática em Theodor Viehweg. E, as respectivas virtudes de cada uma dessas partes da alma racional são as formas perfeitas com que se apreende a verdade prática e a verdade teórica (Ética a Nicômaco. 1139 b, 10). A ciência e a opinião, que compõem a racionalidade na perspectiva da unidade do diverso, são o princípio primeiro (dianoética) da ética, dimensão do direito.

No entanto, não há uma só abordagem que tenha por objetivo incursões mais aprofundadas no campo da lógica, da teoria da comunicação e da lingüística, ou seja, ao que Charles Sanders Peirce passou a chamar de lógica abdução que, junto com a lógica dedutiva e com a lógica indutiva, corresponde à semântica de Charles Morris, cuja teoria é citada por Theodor Viehweg. E se a lógica abdução é invenção ou criação e, portanto, correspondente à poética aristotélica poder-se-á afirmar que o raciocínio jurídico é a consideração possível de um todo que abrange quatro partes diversas desde a sugestão poética até a demonstração rigorosa e apodítica em uma escala de credibilidade, ou seja, trata-se do princípio da sucessão dos discursos apodítico, dialético, retórico e poético que, na perspectiva da unidade do diverso, fundamenta a teoria da argumentação em Theodor Viehweg que, a partir de então, possibilita a cognição das eternas aporias e do caráter contraditório do pensamento universal – a natureza da teoria constitucional do direito é, tão somente, uma precificação.

1. Da relação dialética entre Liberdade e Determinismo na guinada para a modernidade: A morte do “ser” ou a desconstituição do Cogito como base fundamental para o dimensionamento da contemporaneidade ou pós-modernidade

A contemporaneidade (pós-modernidade) ou mesmo a modernidade não podem ser inteligidas na perspectiva da história da filosofia, mas, sim, na perspectiva da filosofia da história como proposto por Blumenberg.¹ Com a filosofia da história, Blumenberg recusa a secularização como hermenêutica daquilo que é modernidade e, dada a incapacidade explicativa do antigo sistema teológico, propõe a tese da reocupação, afirmando que se trata de uma reocupação da função e não da substância (que não tem identidade), a tomada da razão como projeto da modernidade, pois, não se trata de uma evolução e sim de uma revolução².

A secularização, como a ruptura entre a lei (ordem) e o ser (com um finalismo interno), não pode tomar a modernidade como causa dessa ruptura, mas, sim, o conceito de teologia cristã originária do nada ou *creatio ex nihilo*. Daí Blumenberg afirmar não haver uma secularização³ da escatologia⁴ e sim uma secularização pela escatologia, ou seja, a morte do ser ontológico.

Se a razão é o grande projeto da modernidade, ela o é no sentido cartesiano da dúvida metódica e/ou propedêutica. Não se trata de duvidar por duvidar, mas, sim, do Self ou Cogito como estrutura de racionalidade. É o Cogito como princípio de certeza, ou seja, eu penso e não posso duvidar do meu próprio ato de pensar. Trata-se, ainda, do pensamento pensando, pois, o sujeito empírico não pode ser a base para a universalidade. Nesta perspectiva, o Cogito descobre a autonomia do próprio Cogito em contra-posição à heteronomia⁵. A auto-

nomia representa a ruptura com a racionalidade antiga; é a lei de si para si mesmo em detrimento de uma dimensão teológica em que Deus é o fundamento para a racionalidade. Nesta perspectiva podemos observar que Descartes não chega à idéia de Deus pela revelação, mas, sim, pelo Cogito que é tão amplo e infinito que ele (finito) não poderia ter criado.

Para se chegar ao Self como estrutura de racionalidade e, por conseguinte, paradigma da modernidade, Blumenberg firma as raízes ou origens do Self tanto na Grécia como na idade média. A ruptura com a racionalidade antiga propicia a proposta do Self como um princípio de certeza no próprio ato de pensar. No entanto, no próprio projeto do Self há a sua desconstrução, ou seja, na perspectiva da filosofia da história, a história da subjetividade, do Self ou da consciência, só pode ser contada com a morte (negação e o fim) da própria subjetividade, ou seja, se a síntese é uma simbiose entre tese e antítese, a modernidade como síntese ou simbiose é originária da racionalidade antiga como tese e da proposta do Self como princípio de certeza no próprio ato de pensar, esta última como antítese.

Assim, passando de uma dialética entre determinismo heterônomo (tese) e liberdade (antítese) para uma liberdade em que o determinismo é o germe determinante da desconstrução dessa liberdade (síntese ou simbiose), há a morte da própria subjetividade. Trata-se, dado o raciocínio e como veremos mais adiante, de um determinismo absoluto quantitativo e não mais qualitativo e, ainda, posteriormente, de um indeterminismo ou acaso absoluto que leva, necessariamente e em ambos os casos, à uma não-liberdade.

E dada à ambivalência, se no projeto do Self há a desconstrução do próprio Self, esse desconstitucionismo ou desconstru-

cionismo imprime uma mudança paradigmática pautada pelo pluralismo com tantas verdades quanto leitores. É o surgimento da filosofia da linguagem, onde os jogos de linguagem marcam a não possibilidade de uma hermenêutica última. Trata-se do retorno à poietica que, distinta da práxis, traduz-se como techné ou arte sem a perspectiva de se chegar a dialética ou ao apodítico, dada a não inserção da racionalidade como princípio primeiro para a ação humana.⁶ A filosofia, então, não é uma ciência e sim uma figura de linguagem para retratar a realidade.

Assim, o pensamento contemporâneo é contrário à possibilidade de uma hermenêutica da realidade ou de uma narrativa dessa realidade, dada a perspectiva pluralista da filosofia da linguagem. Se o Self, na modernidade, é e constitui, ele mesmo, o paradigma da estrutura da racionalidade, o desconstrucionismo do Self, na pós-modernidade ou contemporaneidade, acarreta a perda de substancialidade e da autopreservação como estruturas da autonomia.

Na pós-modernidade, cada um (indivíduo) quer uma resposta específica a um projeto específico. A desconstituição do Self propicia o surgimento, não do cristianismo do medievo, mas, sim, de um mercado religioso. O pensamento contemporâneo ou pós-moderno questiona a ciência e seu status privilegiado na modernidade. Na pós-modernidade a consciência nada mais é do que um termo técnico ou algo a ser firmado.

Assim, segundo DERRIDA, se o pensamento unívoco, que marca a modernidade, é determinado pelo pensar que leva à lógica, dá à filosofia e à ciência que dá conta conceitual do ser (determinação conceitual de algo) ontológico (com domínio conceitual), é na pós-modernidade que ocorre a desconstituição desse ser com a conseqüente negação desse domínio con-

ceitual (ontológico) ou morte do sujeito. Uma coisa é a morte do sujeito (ser) e outra coisa é a morte do Cogito. Na pós-modernidade há a morte do sujeito (ser) como domínio conceitual ou universal, a morte do Cogito e não do sujeito empírico. E será que na perspectiva de uma determinada ordem cronológica, como, por exemplo, mitos-logos-mitos, segundo Foucault, poderíamos inferir uma filosofia do ser, uma filosofia da consciência e, conseqüentemente, uma filosofia da linguagem? E se afirmativa a resposta, poderíamos considerar a filosofia da linguagem, que dá lugar a uma lógica modal, como a verdade em uma linguagem e em um modelo oposto a uma hermenêutica última e universal?

Neste caso, se a resposta for afirmativa e dada a inteligibilidade dessa afirmação, não poderíamos, então, admiti-la como uma hermenêutica última e universal, ou seja, dada a inteligibilidade das questões, se estas mesmas afirmações não podem ser tomadas (elas mesmas) como uma hermenêutica última e universal, por não se esgotar as interpretações, a afirmação de se poder ter uma hermenêutica última e universal é também uma afirmação verdadeira. Daí podermos afirmar que a filosofia da linguagem, que dá lugar a uma lógica modal, denota a verdade em uma linguagem e em um modelo oposto a uma hermenêutica última e universal como, também, denota a verdade em uma linguagem e em um modelo convergente a uma hermenêutica última e universal.

Se não se está buscando mais a universalidade, esta perspectiva transforma a filosofia em um gênero literário. A morte do sujeito como concebido ou a desconstrução dessa estrutura que eleva o saber à universalidade se dá pelo motivo de não se buscar uma hermenêutica última e universal, pois, não se esgota a interpretação. A ambivalência é tratada no problema da

lógica vs. retórica. Ou seja: A filosofia pode ser lógica ou será sempre retórica? Ela pode ser levada a sério ou trata-se apenas de um gênero literário? O que há de apodítico no vasto campo do que somente é dialético e no campo do que somente é erístico? Como justificarmos a volição humana somente a partir da possibilidade e da verossimilhança?

Assim, então, é que podemos afirmar que o germe da guinada para a modernidade está em Copérnico com uma teoria (*De Revolutionibus*) que traz em seu bojo a fundamentação racional para a negação de uma leitura instrumentalista, ou seja, a convergência entre ciência e técnica que propicia, dada uma perspectiva realista e neoplatonista de Copérnico, a percepção convergente de finitude do universo material com a concepção infinita de um Deus geometrante.⁷ Daí poder afirmar tratar-se de um germe ou de uma aparente tensão entre tradição e revolução, pois, não se trata de uma evolução. Uma tensão que irá encontrar seu cume somente com a teoria heliocêntrica em Galileu e a teoria da inércia em Newton. Galileu com a luneta e outros instrumentos supera a leitura instrumentalista⁸ dada à teoria copernicana, exaltando a concepção, hoje, de tratar-se de uma revolução e não de uma evolução.

As transformações produzidas a partir da concepção heliocêntrica são: a secularização do pensamento científico, a descentralização do cosmo, a geometrização do universo e o mecanicismo e o determinismo de Newton. Por secularização do pensamento científico podemos entender o fenômeno de enfraquecimento, no caso, de uma determinada postura científica que dá lugar à revolução heliocêntrica ou galileana. Esta revolução propiciará a descentralização do cosmo e a conseqüente geometrização do universo, dada a relativização do espaço. Neste sentido, passa-se

a trabalhar, não com qualidades, mas, sim, com quantidades que podem ser mensuradas. KOYRÉ fala em dessacralização do espaço e, por conseguinte, um pressuposto para o mecanicismo e o determinismo de Newton. A teoria da inércia em Newton coloca o cosmo como análogo à máquina.

Mas, ainda, há a revolução da física quântica, do cálculo probabilístico, e, assim, de um determinismo absoluto ou laplaciano⁹, que leva necessariamente a uma não liberdade, para um indeterminismo¹⁰ absoluto¹¹ ou para um acaso absoluto no qual não se pode prever nada. Em decorrência de não se poder prever nada, isto nos leva, também, a uma não liberdade.

A solução dada à questão está na relação dialética entre liberdade e determinismo. Uma dialética concebida a partir do dimensionamento tese, antítese e síntese em uma infinita correlação, ou seja, para toda síntese, tomada como tese, haverá, necessariamente, uma antítese e, conseqüentemente, uma outra síntese ou simbiose. E, ainda, podemos inferir argumentativamente que, dado o pressuposto da não-liberdade como conseqüência tanto do determinismo como do indeterminismo absoluto, qual o princípio primeiro da racionalidade? Ou seja, se o determinismo e o indeterminismo absoluto são a justificativa racional para a não-liberdade, qual a base fundamental para esta racionalidade? Nesta perspectiva, como poderá ser o homem dado a não-liberdade? E articular a dialética entre o determinismo ou indeterminismo absoluto e a liberdade com uma filosofia da linguagem, que dá lugar a uma lógica modal, como a verdade em uma linguagem e em um modelo oposto a uma hermenêutica última e universal?

A amplitude e as exigências que se apresentam à ciência, antes mesmo de se falar em atendimento das necessidades práticas dado o surgimento e ascensão da

burguesia, são dimensionadas, inicialmente, a partir das soluções radicais do nominalismo do séc. XIV. Esta perspectiva nominalista culmina em uma interminável discussão que, segundo LIMA VAZ, acabou degenerando no que se chamou de escolástica decadente que, por sua vez, marca a virada para a modernidade com a simbiose entre ciência e técnica, convergentes em uma metodologia com um caráter mais rigoroso.

A convergência da ciência e da técnica propicia um marco teórico para a revolução científica em detrimento das chamadas leituras instrumentalistas ou perspectiva de uma simples evolução de teorias e verdades até então aceitas. A revolução científica é pautada pelo dimensionamento mecânico do mundo e não mais pelo dimensionamento finalista – uma perspectiva que atende os interesses das então chamadas revoluções burguesas. Já a perspectiva de uma leitura instrumentalista atende os interesses daqueles que pretendem a manutenção das verdades fundadas nas teorias finalistas e na concepção de uma ordenação que Deus, em sua infinitude, dá a finitude do mundo.

Dada a escolástica decadente determinando o contexto no qual estava inserido Copérnico, a identificação do realismo e do neoplatonismo atribuído a Copérnico é clara com a afirmação de que “*fica evidente que os cálculos que determinam posições e movimentos dos corpos celestes não são puros e simples instrumentos úteis, mas muito mais elementos reveladores daquelas estruturas ordenadas e daquelas imutáveis simetrias impressas ao mundo pelo Deus que geometriza.*” (REALE; ANTISERI, 1990:220)

Se Galileu fundamenta em Deus os sentidos, discursos e intelecto como os meios pelos quais “*podemos chegar àquelas conclusões naturais que podem ser ob-*

tidas pelas sensatas experiências ou pelas necessárias demonstrações” (REALE; ANTISERI, 1990:262 e 263), pergunta-se: Deus integra o universo finito (no sentido de presente no mesmo espaço que o homem) em que estamos ou preserva a infinitude originária do realismo ou neoplatonismo presentes em Copérnico?

Para se falar em natureza da teoria constitucional do direito devemos considerar tanto o termo teoria quanto o termo constitucional e direito como uma simbiose originária de uma exaustiva sucessão de teses e antíteses acima mencionadas. Ou seja, para a determinação da natureza da teoria constitucional do direito e, conseqüentemente, das dicotomias conexas na unidade do diverso, deve-se responder as questões que pesam sobre as simbioses originadas pela dialética entre o dimensionamento mecânico e finalista do mundo, entre liberdade e determinismo ou indeterminismo absoluto, entre finitude e infinitude.

Se podemos afirmar que a filosofia da linguagem, que dá lugar a uma lógica modal, denota a verdade em uma linguagem e em um modelo tanto oposto como convergente a uma hermenêutica última e universal, isto só é possível dada a dessemelhança entre verdade e opinião a partir da inteligibilidade da racionalidade em Aristóteles. Então, alcance do signo “teoria constitucional do direito”, a partir de uma argumentação primária em detrimento de uma argumentação secundária, é determinado na dimensão do questionamento ou da problematização.¹²

Daí, o que é, essencialmente, a natureza da ou de uma teoria constitucional do direito? É possível uma justificação racional para um juízo aparentemente moral ou moderno? Assim, para dimensionarmos esse conhecimento, passamos a analisar, em ARISTÓTELES, os raciocínios ou discursos apodíctico, dialético e erístico, adotando o desdobramento do discurso erístico

em discurso retórico e discurso poético em virtude dos diversos graus de persuasão, desde a sugestão poética até a demonstração rigorosa, como exposto no *Órganon* ou instrumento. Não se trata de uma hierarquia de valores ou de uma forma progressiva de erro ou de conhecimento deficiente, mas, sim, de que os quatro modelos de discurso, raciocínio ou argumento, apresentam uma diferença de funções articuladas entre si e, portanto, necessárias à construção do conhecimento.

Ou seja, se a “virtude de uma coisa é relativa ao seu funcionamento apropriado.” (Aristóteles. *Ética a Nicomaco*. 1139 a, 15), segundo Aristóteles, podemos entender que, em não havendo uma divisão por partes reais e incomunicáveis¹³, há, sim, uma divisão por funções, pois, a virtude correspondente a cada uma das partes é a virtude ou o funcionamento apropriado de cada uma dessas partes para a apreensão ou da verdade prática ou da verdade teorética.

Neste sentido, CARVALHO, convergindo com a unicidade e a divisão por funções, ensina que:

“A essa idéia denomino Teoria dos Quatro Discursos. Pode ser resumida em uma frase: o discurso humano é uma potência única, que se atualiza de quatro maneiras diversas: a poética, a retórica, a dialética e a analítica (lógica)” (CARVALHO, 1996. P. 29).

E a compreensão da unidade proposta para o pensamento de ARISTÓTELES é análoga à inteligibilidade do ato que:

“implica respeitar cuidadosamente o inexpresso e o subentendido, em vez de sufocá-lo na idolatria do ‘texto’ coisificado, túmulo do pensamento” (CARVALHO, 1996. P. 28).

Assim, das quatro modalidades de discursos, raciocínios ou argumentos, que se diferenciam, basicamente, por funções articuladas entre si e, portanto, necessárias

à construção do conhecimento, ou seja, por seus graus de prova ou credibilidade: o discurso apodíctico, operando com demonstrações, assegura sempre uma prova plena, uma certeza indestrutível; o discurso dialético lida com a demonstração provável, com a verificação dos erros e das verdades nas opiniões ou nas crenças, aspirando o convencimento por conclusões prováveis, ou seja, trata-se da “lógica da descoberta: o verdadeiro método científico, do qual a lógica formal é apenas um complemento e um meio de verificação” (CARVALHO, 1996. P. 38); o discurso retórico, através da produção e apresentação de determinadas convicções e/ou crenças, procura persuadir por razões verossímeis e produzir uma decisão, ou seja, “tem por objeto o verossímil e por meta a produção de uma crença firme que supõe, para além da mera presunção imaginativa, a anuência da vontade” (CARVALHO, 1996. P. 40) e, por fim, o discurso poético, lida com a imaginação, sugere o ouvinte a suspender o juízo e aceitar, provisoriamente, situações possíveis como situações verdadeiras, ou seja, “versa sobre o possível, dirigindo-se sobretudo à imaginação, que capta aquilo que ela mesma presume” (CARVALHO, 1996. P. 40).

Não se pode raciocinar demonstrativamente como no campo da moral, da política ou do direito, pois, dado o fato de serem uma questão do fazer ou do agir (das ações), não se trata de certeza ou de necessidade lógica ou o que não pode ser de outro modo, mas, sim, do que é provável¹⁴. No entanto, na tentativa de garantir a certeza dos raciocínios jurídicos, principalmente no positivismo legalista do século XIX, negando ou desconhecendo a perspectiva Aristotélica, trazem ao direito, à política e à moral as incertezas que se pretendia evitar somente com o raciocínio demonstrativo.

Por isto, uma análise das quatro modalidades de discursos ou raciocínios aris-

totéticos se justifica na medida em que o positivismo legalista toma o discurso ou o raciocínio somente em uma perspectiva analítica, quando muito *apodíctica*, e na medida em que a teoria retórica da argumentação, ou tópica de Theodor Viehweg, assinala e exalta as idéias de Aristóteles como marco teórico.

Esta análise impõe, então, como não poderia deixar de haver, a análise da lógica aristotélica ou analítica (silogismos) que constitui uma propedêutica à todas as ciências teóricas, práticas ou poéticas. A lógica, então, demonstra, sobre a base de determinados elementos e segundo determinadas estruturas, como se dá o pensamento.

Assim, a verdade ou a falsidade não se tem nas definições, mas, sim, no julgamento e na sua proposição ou enunciação (juízo lógico), onde se aplicam nexos precisos (afirmativos ou negativos) entre um predicado e um sujeito. A proposição verdadeira decorre da correspondência destes nexos com os que existem na realidade; caso contrário, a proposição será falsa.

O professor GIOVANNI REALE ensina que:

“a expressão lógica do juízo é a enunciação ou proposição. O juízo e a proposição constituem a forma mais elementar de conhecimento, a forma que nos dá a conhecer diretamente um nexo entre um predicado e um sujeito. O verdadeiro e o falso, portanto, nascem com o juízo, isto é, com a afirmação e com a negação: temos o verdadeiro quando, com o juízo, conjugamos aquilo que realmente é conjugado (ou se separa o que é realmente separado); já o falso temos quando, ao contrário, com o juízo, conjugamos aquilo que não é conjugado (ou se separa o que não é separado)” (REALE. 2003. P. 228/229).

E se o raciocínio verdadeiro consiste em uma seqüência de julgamentos, a conexão desses julgamentos constitui o silo-

gismo como forma perfeita do raciocínio, ou seja: considerado sob um ponto de vista apenas de coerência formal, sem se preocupar com o conteúdo, se tem o silogismo geral ou analítico; se considerar o conteúdo de verdade de suas premissas ter-se-á, então, o silogismo científico ou demonstrativo; se as premissas não forem verdadeiras, mas verossímeis e prováveis, o silogismo é dialético e, se forem as premissas ambíguas e enganadoras, que na aparência parecem verdadeiras, o silogismo é erístico, isto é, retórico ou poético.

Na fase do platonismo, os conceitos dogmáticos e as opiniões irreduzíveis deixavam de ser o norte para aqueles que se propunham à busca da verdade, fundada na maiêutica como tradição socrática, em que princípios e teorias eram partilhados e o argumento de autoridade era descartado e, em razão da maiêutica, a independência e o amadurecimento intelectual de Aristóteles era determinado, também, pela denominada *metáfora da linha*, ou seja, um diagrama que, exposto por Platão na República¹⁵, designa a gnoseologia platônica.

A metáfora da linha consiste em:

“uma linha cortada em duas partes desiguais; cortada novamente cada um dos segmentos segundo a mesma proporção, o da espécie visível e o da inteligível; e obterás, no mundo visível, segundo a sua clareza ou obscuridade relativa, uma secção, a das imagens. Chamo imagens, em primeiro lugar, às sombras; seguidamente, aos reflexos nas águas, e àqueles que se formam em todos os corpos compactos, lisos e brilhantes, e a tudo o mais que for do mesmo gênero” (...) “a outra secção, da qual esta era imagem, a que nos abrange a nós, seres vivos, e a todas as plantas e toda a espécie de artefactos” (...) “o visível se divide no que é verdadeiro e no que não o é, e que, tal como a opinião está para o saber, assim está a imagem para o modelo” (...) “examina agora de que maneira se

deve cortar a secção do inteligível” (...) “a alma, servindo-se, como se fossem imagens, dos objetos que então eram imitados, é forçada a investigar a partir de hipóteses, sem poder caminhar para o princípio, mas para a conclusão; ao passo que, na outra parte, a que conduz ao princípio absoluto, parte da hipótese, e, dispensando as imagens que havia no outro, faz caminho só com o auxílio das idéias” (...) “aqueles que se ocupam da geometria, da aritmética e ciências desse gênero, admitem o par e o ímpar, as figuras, três espécies de ângulos, e outras doutrinas irmãs destas, segundo o campo de cada um. Estas coisas dão-nas por sabidas, e, quando as usam como hipóteses, não acham que ainda seja necessário prestar constas disto a si mesmos nem aos outros, uma vez que são evidentes para todos. E, partindo daí e analisando todas as fases, e tirando as conseqüências, atingem o ponto a cuja investigação se tinham abalançado”. (*ARISTÓTELES. REPÚBLICA. 509 d até 510 d*)

Para a compreensão sintética dos aspectos, até então apresentados, da filosofia aristotélica é preciso compreender a base fundamental que representa a *metáfora da linha* no pensamento aristotélico. Assim, Aristóteles tomando como ponto de partida ou princípio primeiro a unidade do diverso, cujo fundamento, para ele, se encontra na contemplação dos organismos vivos, e, por conseguinte, afirmando que não é o conhecimento que segue os modelos da linguagem, mas, sim, esta que se apresenta segundo àquele, procura resolver

“todos os problemas que depara: desde os problemas do método (como as famosas resoluções dialéticas segundo as diferentes acepções de uma mesma palavra) até os da física (segundo os diferentes pontos de vista por que se pode focar, por exemplo, a alma), e até as questões supremas da metafísica” (CARVALHO. 1996. P. 129)

Como já visto, se só são suscetíveis de conhecimento *científico* os objetos necessários, invariáveis e que, portanto, não podem ser de outra maneira, estando os acidentes e as individualidades sujeitos a variações, ao contrário, fora do conhecimento científico e de qualquer possibilidade de demonstração apodíctica, nos deparamos com a afirmação de irredutibilidade do individual ao geral.

Assim, a unidade do diverso como pressuposto para a irredutibilidade do individual ao geral só é inteligida a partir da *metáfora da linha* como base fundamental para a unidade do certo (apodíctico), do provável (dialético), do verossímil (retórico) e do possível (poético) como discursos, guardadas as diferenças enquanto modalidades destes mesmos discursos. Dada a abstração da *metáfora da linha* e de um quadro esquemático a ela relacionado e articulado por Sócrates em “A República”, o professor OLAVO DA CARVALHO expõe que:

“Na extrema esquerda e de baixo para cima a primeira coluna diz doxa (opinião) e epistémé (ciência), isto é, a modalidade inferior e a superior de conhecimento. Na extrema direita, os objetos respectivos dessas modalidades de conhecimento: doxasta e noeta. Nas colunas do meio, à esquerda aparecem as faculdades cognitivas, duas da opinião (eikasia ou faculdade imaginativa; pistis, ou faculdade de crer), duas da ciência (dianoia ou pensamento; noesis ou, digamos assim para abreviar, intuição intelectual), formando uma escala ascendente. À direita, os objetos de conhecimento correspondentes a essas faculdades: eikones ou imagens; zoa ou entidades vivas e moventes; mathematika ou entidades matemáticas; e, por fim, arkhai, princípios ou modelos supremos”(CARVALHO. 1996. P. 130/131).

A não simetria exata entre os objetos que Platão designa às quatro faculdades e

os objetos que Aristóteles designa aos quatro discursos, não desqualifica a *metáfora da linha* como a base fundamental para a filosofia aristotélica, embora tenha Aristóteles, na superação do platonismo e a partir das críticas aos sofistas, restaurado o valor da opinião e a sua desvinculação do arquétipo da mera arbitrariedade. A assimetria acima indicada é, então, entendida como: uma exata correspondência no quadro esquemático¹⁶ da *metáfora da linha*, ou seja, “se as imagens são o objeto do discurso poético, os entes vivos não são objetos do discurso retórico”, pois, na concepção aristotélica, o são do dialético como “método próprio da física”; “os entes matemáticos, por sua vez, são para Aristóteles objetos de demonstração apodíctica” e não do discurso dialético; por fim, na seqüência de uma análise ascendente no referido quadro esquemático da *metáfora da linha*, os princípios supremos ou primeiros “*não são, no sistema aristotélico, objetos de discurso nenhum*”, pois, o são de um “*conhecimento intuitivo auto-evidente*”, como, por exemplo, a unidade dos diversos, ao qual se chega, pela lógica abdutiva ao discurso dialético. (CARVALHO. 1996. P. 132).

Daí podermos, então, afirmar que entre uma lei geral e um fato particular não pode haver uma relação somente dedutiva, dadas as peculiaridades próprias de cada fato em particular. A dedução só se justifica se ambos, uma lei geral e um fato particular, forem essencialmente iguais, ou se o fato particular for uma parte da lei geral. No entanto, entre o fato e a lei não há uma relação de pertinência, dada as particularidades que escapam ao âmbito de abrangência da lei que só aponta as características gerais do fato.

Se entre uma lei geral e um fato particular não pode haver uma relação somente dedutiva, dada as peculiaridades próprias de cada fato em particular, é porque

entre ambas há uma proporção de cunho analógico e/ou antístrofo, pois, se assim não fosse, a existência dos operadores do direito e sua participação no discurso seria desnecessária e sem sentido.¹⁷

Assim, respondidas as questões pertinentes às ambivalências, tratadas no problema da lógica Vs. Retórica (ou seja: A filosofia pode ser lógica ou será sempre retórica? Ela pode ser levada a sério ou trata-se apenas de um gênero literário? O que há de apodítico no vasto campo do que somente é dialético e no campo do que somente é erístico? Como justificarmos a volição humana somente a partir da possibilidade e da verossimilhança?), a determinação da natureza da teoria constitucional do direito é algo sempre a ser determinado dada a diversidade infinita de tempo e espaço e, neste sentido, por se tratar de contingentes são açambarcadas como coisas que podem ser de outra maneira. Já em um determinado espaço e tempo, o dimensionamento da natureza da teoria constitucional do direito se dá no referido quadro esquemático da metáfora da linha, onde os princípios supremos ou primeiros, mesmo que de uma ciência específica como o direito, são objetos do discurso¹⁸, embora sejam de um conhecimento auto-evidente, como, por exemplo, a unidade dos diversos, à qual se chega pelo discurso dialético, onde se busca a probabilidade ou verdade provável pela lógica dedutiva, indutiva e abdutiva ou intuitiva.

2. A lógica abdutiva e a tópica na fundamentação do direito em Theodor Viehweg. O princípio da sucessão dos Discursos Apodítico, Dialético, Retórico e Poético na perspectiva da unidade do diverso.

2.1 A Tópica de Theodor Viehweg. A técnica do pensamento problemático, a axiomática e a satisfação da exigência de estabele-

dade e flexibilidade de um sistema jurídico lógico-dedutivo.

Em Tópica e Jurisprudência, VIEHWEG faz uma análise da tópica, caracterizando-a não como um método, no sentido aristotélico, mas como uma técnica do pensamento problemático, e, assim, se conciliando mais com a Tópica Ciceroniana do que com a Tópica Aristotélica. Neste sentido, se os objetos dos raciocínios jurídicos são os problemas que se apresentam em quaisquer situações, ou seja, se o direito é, essencialmente, pautado por argumentações que giram em torno de problemas práticos, VIEHWEG afirma que a Tópica ou a atitude espiritual a ela subjacente é algo que o raciocínio jurídico deve, necessariamente, possuir. Assim, se VIEHWEG nega o direito como um sistema dedutivo, nega, também, a tópica como um método.

A tópica, como técnica do pensamento que se orienta para o problema objetivo e concreto, pretende fornecer indicações de como se comportar em situações de *aporia*, ou seja, uma situação que designa uma questão que, dada a dificuldade e dúvida, é estimulante e iniludível¹⁹, “*a fim de não se ficar preso, sem saída*” (VIEHWEG. 1979. P. 33). A tópica é uma busca de um caminho para a resolução de uma situação problemática, cujo próprio problema é “*algo previamente dado, que atua sempre como guia*” (VIEHWEG. 1979. P. 34) E problema, a partir de VIEHWEG, é

“toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há que levar a sério e para a qual há que buscar uma resposta como solução. Isto se desenvolve abreviadamente do seguinte modo: o problema, através de uma reformulação adequada, é trazido para dentro de um conjunto de deduções, pre-

viamente dado, mais ou menos explícito e mais ou menos abrangente, a partir do qual se infere uma resposta. Se a este conjunto de deduções chamamos sistema, então podemos dizer, de um modo mais breve, que, para encontrar uma solução, problema se ordena dentro de um sistema”(VIEHWEG, 1979: 34).

Se colocarmos, então, a ênfase no sistema, que opera uma seleção de problemas, os problemas insolúveis e não selecionados serão desprezados como meros problemas aparentes. No entanto, ao contrário, se colocarmos a ênfase no problema, cujo caráter permanece sempre confirmado, resultará em uma seleção de sistemas.

Assim, essa noção de problema se contrapõe à de sistema, e VIEHWEG, na esteira de Nicolai Hartmann, distingue pensamento problemático ou aporético e pensamento sistemático, ou seja:

“O modo de pensar sistemático procede do todo. A concepção é nele o principal e permanece sempre como o dominante. Não há que buscar um ponto de vista. O ponto de vista está adotado desde o princípio. E a partir dele se selecionam os problemas. Os conteúdos do problema que não se conciliam com o ponto de vista são rejeitados. São considerados como uma questão falsamente colocada. Decide-se previamente não sobre a solução dos problemas, mas sim sobre os limites dentro dos quais a solução pode mover-se (...) O modo de pensar aporético procede em tudo ao contrário. A isto se acrescenta uma série de considerações, que termina com a seguinte frase: (O modo de pensar aporético) não põe em dúvida que o sistema exista e que para sua própria maneira de pensar talvez seja latentemente o determinante. Tem certeza do seu sistema, ainda que não chegue a ter dele uma concepção”(HARTMANN *apud* VIEHWEG. 1979. P. 35).

Se todo problema exige uma solução, pois, do contrário, não se configuraria como uma aporia, a diferença entre pensamento problemático e pensamento sistemático só ganha clareza, segundo MANUEL ATIENZA, a partir da inteligibilidade de que a distinção reside em uma questão, tão somente, de ênfase ou, segundo VIEHWEG, acento. A resolução do problema dar-se-á naturalmente através de um sistema que lhe servirá como ajuda. Assim, segundo MANUEL ATIENZA,

“todo pensamento - toda disciplina - surge a partir de problemas e dá lugar a algum tipo de sistema, mas a ênfase pode recair em um ou outro elemento. Se a ênfase é posta no sistema, então este realiza uma seleção dos problemas e, assim, os que não recaem sob ele são afastados e ficam simplesmente sem ser resolvidos. Se, pelo contrário, a ênfase é posta no problema, então se trata de buscar um sistema que ajude a encontrar a solução; o problema leva assim a uma seleção de sistemas e em geral a uma pluralidade de sistemas; aqui se trataria, portanto, de algo assim como um sistema aberto no qual o ponto de vista não é adotado de antemão”(ATIENZA. 2000. P. 67).

Se os raciocínios jurídicos tomam como objeto os problemas práticos, a ênfase deve ser dada ao pensamento problemático e não ao pensamento sistemático, e, nesta perspectiva, VIEHWEG não nega a existência de um sistema no qual o problema possa buscar uma solução, mas, sim e tão somente, a possibilidade de conhecer previamente aquele sistema. A alternativa é, então, proceder de um modo em que se vai

“rodeando o problema, mais de uma vez; ir iluminando as várias facetas ou vertentes do problema, ir ponderando, sope-sando, apreciando, estimando os diversos componentes e as várias dimensões que no

problema intervêm, para chegar finalmente ao encontro de uma conclusão que apareça como a mais plausível, a que ofereça melhores visos de prudência, de adequação, de maior acerto a respeito dos resultados práticos”(RECASÉNS SICHES. 1971. P. 356).

A tópica, segundo VIEHWEG, do ponto de vista do objeto, é a *techné* do pensamento problemático, do ponto de vista do instrumento com que opera, tem-se a noção de *topói* ou cadeia de argumentos ou lugares-comuns, e do ponto de vista do tipo de atividade, é a busca e exame de premissas. (ATIENZA. 2000. P. 65).

A tópica se caracteriza, assim, como uma arte da invenção ou *ars inveniendi*, um procedimento de busca e exame racional de premissas ou tópicos sem término previsto, que só se interrompe ou acaba, dependendo do problema, quando se alcança uma solução considerada satisfatória para o problema em questão. A tópica como *art inveniendi* se contrapõe à formação do juízo ou *ars iudicandi* que, tanto em CÍCERO como em VIEHWEG, não tem por objetivo ou função a descoberta das premissas, mas, sim, o seu recebimento para a obtenção de conclusões logicamente fundadas, ou seja, para a formação do juízo.

Os tópicos são concebidos como premissas compartilhadas que, não sendo absolutamente verdadeiras e evidentes, possuem uma carga de probabilidade²⁰ que os torna instrumentos adequados para um convencimento racional sobre a melhor solução para uma situação problemática. Neste sentido, se pode observar que, na tópica em ARISTÓTELES, em CÍCERO e em VIEHWEG, a dialética, sem qualquer distinção, assegura a probabilidade a partir do que foi apresentado como verossímil em um discurso retórico²¹, embora as premissas ou proposições de ambos sejam fundadas em opiniões amplamente aceitas;

há somente a distinção, vislumbrada por CÍCERO, entre invenção e formação do juízo.

A tópica como uma arte da invenção ou *ars inveniendi* assim se caracteriza pela constante vinculação ao problema, um procedimento constante e dinâmico de busca de premissas, e não só uma operação puramente lógica, ou *ars iudicandi*, pois, segundo VIEHWEG, “*não é possível liquidar totalmente a problemática que se quer dominar, e esta aparece por toda a parte com uma forma nova.*” (VIEHWEG. 1979. P. 39)

Se a tópica como *ars inveniendi* se diferencia da lógica demonstrativa ou *ars iudicandi* é possível distinguir, segundo VIEHWEG, “uma reflexão que busca o material para pensar, de outra que se ajusta à lógica.” E, dada a convergência com o raciocínio aristotélico²² acima citado, complementa com a afirmação de que: “É igualmente claro que na prática esta última deve vir depois daquela.” A tópica, conclui, “é uma meditação prelógica”, pois busca as premissas ou proposições ou *topói* que a lógica irá receber para elaborar uma solução com uma constante vinculação ao problema ou uma formação de juízo com a característica desvinculação do problema. Neste sentido, como função, “a *inventio* é primária e a *conclusio* secundária” (VIEHWEG. 1979. P. 39/40).

A tópica ou *techné* do pensamento problemático é esquivada às vinculações²³, sem, no entanto, renunciar por completo àquelas vinculações, dado o interesse em estabelecer determinadas fixações.²⁴ O aparente paradoxo é dirimido a partir da inteligibilidade de um acordo recíproco ou entendimento comum, ou seja, mediante perguntas e respostas adequadas à indicação do que é e do que aparentemente possa ser digno de uma reflexão mais profunda. Neste sentido, também se pode observar a contínua vinculação ao problema.

THEODOR VIEHWEG nos dá um exemplo desse aparente paradoxo:

“A atividade processual, por exemplo, ensina isto diariamente ao jurista. São exemplos clássicos os diálogos platônicos em que Sócrates vai criando, por meio de uma técnica de perguntas, de efeito bastante peculiar, aqueles acordos de que necessita para suas demonstrações” (VIEHWEG. 1979. P. 41).

O acordo recíproco ou entendimento comum, a partir de perguntas e respostas adequadas à indicação do que é e do que aparentemente possa ser digno de uma reflexão mais profunda, pode ser originário da interpretação que, abrindo novas possibilidades de entendimento, não lesam o que é, até então, um ponto de vista fixado. Assim, ao mesmo tempo em que os pontos de vista fixados são mantidos, são, também, dadas as conexões distintas, submetidos à novos pontos de vista que se produzem, dando aos pontos de vista já fixados uma nova direção.

Se as premissas fundamentais se legitimam só pela aceitação do interlocutor no procedimento descrito²⁵, fica claro que a tópica ou invenção, ou aquilo que Aristóteles designa como dialética, se configura a única instância possível de controle e discussão dos problemas. No entanto, o que na tópica, dada a discussão dos problemas, ficou provado como aceitável ou relevante é admissível como premissa, e se isto, segundo THEODOR VIEHWEG, pode parecer muito arriscado,

“é menos inquietante se se tem em conta que os que disputam dispõem de um saber que já experimentou prévia comprovação, seja ela qual for, e que entre pessoas razoáveis só pode contar com aceitação se tiver um determinado peso específico. Desta maneira, a referência ao saber dos melhores e mais famosos encontra-se também justificada” (VIEHWEG. 1979. P. 42/43).

A legitimação ou prova de uma premissa é, para Viehweg, diferente da sua demonstração ou fundamentação, pois, esta é uma questão puramente lógica, que exige um sistema dedutivo. E a tópica, pressupondo a não existência da formação do juízo desvinculado do problema, cujo procedimento, segundo GIAN BATTISTA VICO e THEODOR VIEHWEG, designa o “*methodus critica*” fundado no “*primum verum*”, é que designa a constante vinculação ao problema com a manutenção da redução e dedução “*em limites modestos*”. (VIEHWEG. 1979. P. 43)

Neste ponto, podemos observar que VIEHWEG enfatiza, em termos ideais, a distinção e a contraposição entre sistema dedutivo e tópica, afirmando que: “quando se logra estabelecer um sistema dedutivo, a que toda ciência, do ponto de vista lógico, deve aspirar, a tópica deve ser abandonada.” (VIEHWEG. 1979. P. 43). Em um sistema lógico ideal ou negando que, na prática, existam conexões essenciais entre sistema e problema, a tópica perde sua funcionalidade diante da inexistência de premissas a descobrir.

Na modernidade, em razão do método crítico de caráter axiomático dedutivo, citado por VICO, a tópica é gradativamente rechaçada. Um método que designava uma série de princípios e axiomas dotados de plenitude, compatibilidade e independência, como ponto de partida. Um método que não podia ser aplicado ao campo da jurisprudência, uma vez que esta, dada a tópica, não podia converter-se em um método, pois faltava-lhe a qualificação de um procedimento que fosse lógico e rigorosamente verificável e que criasse um nexos unívoco de fundamentos; um sistema dedutivo. (VIEHWEG. 1979. P. 71 e ATIENZA. 2000. P. 68/69)

A pretensão de se fazer da Jurisprudência uma Ciência do Direito, dado um

raciocínio sistemático-dedutivo, estava fadada a se malograr, pois, neste sentido, VIEHWEG afirma que o Direito não é uma disciplina sistematizável e, mesmo dada a axiomática, portanto, capaz de encontrar princípios seguros e objetivos, ou seja, o Direito, marcado pela possibilidade, verossimilhança e probabilidade infinita de novas situações fáticas e soluções de problemas, caracteriza-se por ser uma contínua discussão de problemas.²⁶

A afirmação de não ser o Direito uma disciplina sistematizável e que, portanto, é incapaz de encontrar princípios seguros e objetivos, não tem a conotação de desprezo ou rechaçamento a qualquer tipo de estabilidade ou segurança jurídica, pois, se consideramos a tópica uma constante vinculação ao problema que, dada a techné do pensamento problemático e o entendimento comum, abre novas possibilidades de entendimento não lesando o que é, até então, um ponto de vista fixado, temos que a constante re-elaboração do direito leva em conta que toda a estrutura das ações jurídicas conserve sua estabilidade, *porém sem perder sua flexibilidade*.

Segundo VIEHWEG, dadas as situações cambiantes, se faz uso de novos tópicos, ora pela legislação, ora pela interpretação jurisdicional, e ao mesmo tempo em que os pontos de vista fixados são mantidos, são, também, dadas as conexões distintas, submetidos à novos pontos de vista que se produzem, dando aos pontos de vista já fixados uma nova direção.

Assim, servir às exigências de estabilidade e de flexibilidade constitui tanto um paradoxo quanto a própria razão ou miolo da arte jurídica. E o professor TERCIO SAMPAIO FERRAZ Jr. nos ensina que:

“um campo teórico como o jurídico, pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados, com um caráter problemático, na medida em que jamais

perdem sua qualidade de tentativa²⁷. Como tentativa, as figuras doutrinárias do Direito são abertas, delimitadas sem maior rigor lógico, assumindo significações em função dos problemas a resolver, constituindo verdadeiras fórmulas de procura de solução de conflito. Noções-chave como interesse público, vontade contratual, autonomia da vontade, bem como princípios básicos como não tirar proveito da própria ilicitude, dar a cada um o que é seu, in dubio pro reo guardam um sentido vago que se determina em função de problemas como a relação entre sociedade e indivíduo, proteção do indivíduo em face do Estado, do indivíduo de boa fé, distribuição dos bens numa situação de escassez etc., problemas estes que se reduzem, de certo modo, a uma aporia nuclear, isto é, a uma questão sempre posta e renovadamente discutida e que anima toda a jurisprudência: a aporia da justiça”(VIEHWEG. 1979. P. 03/04)

Daí, se pode inferir, como evidente, que o rechaçamento ou eliminação da tópica não ocorre na escolha dos axiomas, pois, a determinação e seleção do topos, dos conceitos fundamentais ou dos princípios objetivos, é, na perspectiva da lógica, uma posição arbitrária. Trata-se, segundo VIEHWEG, no que diz respeito ao topos, de uma invenção que deve satisfazer as exigências de estabilidade e flexibilidade.

Assim, para o rechaçamento ou eliminação da tópica, que não ocorre na escolha dos axiomas, seria necessário tanto uma rigorosa axiomatização quanto a proibição de interpretação, aplicação e o uso da linguagem natural dentro de um sistema jurídico lógico-dedutivo. Segundo VIEHWEG, esta empresa:

“se alcançaria de um modo mais completo mediante o cálculo; alguns preceitos de interpretação dos fatos orientados rigorosa e exclusivamente para o sistema jurídico (ou cálculo jurídico); não impedir

a admissibilidade das decisões non liquet; conseguir uma ininterrupta intervenção de um legislador, que trabalhe com uma exatidão sistemática (ou calculadora) para tornar solúveis os novos casos que surgem como insolúveis, sem perturbar a perfeição lógica do sistema (ou cálculo” .(VIEHWEG. 1979. P. 84).

A referida interpretação, aplicação e o uso da linguagem natural são designados como sendo três modos de irrupção da tópica em um sistema jurídico lógico-dedutivo. Assim, se o pensamento interpretativo se move no estilo da tópica e se o ordenamento jurídico está submetido a constantes modificações temporais, a interpretação e, portanto, também a tópica tornam-se penetrantes. A aplicação, que eventualmente pode conservar a perfeição de um sistema jurídico lógico-dedutivo, se depara com uma quantidade indeterminada de casos que não se pode solucionar dentro do dito sistema, o que só é possível, segundo VIEHWEG, a partir “*de uma interpretação adequada que modifique o sistema através de uma extensão, redução, comparação, síntese, etc.*”. No só uso da linguagem natural se apreende a unificação de “*uma pletora quase ilimitada de horizontes de entendimentos, que variam continuamente*” e, por conseguinte, a flexibilização na busca de novos pontos de vista que, por si só, denota a maneira tópica. (VIEHWEG. 1979. P. 81/82)

Segundo VIEHWEG, se “*para um observador desprevenido*”, ou seja, para o observador desprovido de resistência a algo que possa abalar a segurança proveniente de um sistema jurídico lógico-dedutivo, “*o quadro estrutural não se modificou de um modo básico, em comparação com o dos tempos pré-sistemáticos.*”, este poderá “*ver reafirmada a mesma techné que através dos séculos foi cultivada de modo manifesto e reconhecido em estreita conexão com a retórica.*”. (VIEHWEG. 1979. P. 83)

A Tópica, como objeto desta investigação, evidencia o raciocínio dialético que se caracteriza partindo de proposições conforme as opiniões geralmente aceitas. A Tópica ou raciocínio dialético se diferencia do raciocínio apodíctico, que se caracteriza partindo de proposições verdadeiras, e do raciocínio erístico, que se caracteriza por partir de opiniões que parecem ser geralmente aceitas, quando realmente não o são, ou seja, quando a natureza da falácia é de uma evidência imediata ou de fácil apreensão.

O raciocínio dialético prima pela índole de suas premissas, pelas opiniões geralmente aceitas, acreditadas e verossímeis, pois são proposições que parecem ser verdadeiras a todos ou à maior parte ou aos filósofos, sábios, notáveis ou eminentes. Assim, as demonstrações da ciência são apodícticas ao passo que as argumentações retóricas são dialéticas. Esta última se apresenta como uma arte de trabalhar com opiniões postas e, dada a perspectiva de persuasão e um procedimento crítico, é instaurado entre elas um diálogo ou confrontação ou disputa, mas não no sentido contencioso ou erístico.

2.2 Aristóteles, Theodor Viehweg e o princípio da sucessão dos discursos apodíctico, dialético, retórico e poético, na perspectiva da unidade do diverso

Da inteligibilidade da teoria de THEODOR VIEHWEG, destacam-se duas diretrizes que convergem como perspectiva crítica e como perspectiva construtiva, ambas com fundamento na lingüística. Na perspectiva crítica, a tópica de Viehweg toma como pressuposto a crítica ao logicismo jurídico, à lógica formal aplicada ao raciocínio jurídico ou, simplesmente, à teoria do silogismo jurídico. Na perspectiva construtiva com fundamento na lingüística, a teoria de argumentação dialético-re-

tórica de Viehweg propõe a compreensão do raciocínio jurídico e, a princípio, a inteligibilidade da natureza desse conhecimento entre ciência e prudência, tomando a lingüística como instrumento de comunicação e ação.

A convergência de ambas as diretrizes propostas, na perspectiva crítica e na perspectiva construtiva com fundamento na lingüística, podem ser reduzidas às investigações crítico-lingüísticas e neo-retóricas se considerarmos a retomada de ARISTÓTELES e o princípio da sucessão dos discursos apodíctico, dialético, retórico e poético, na perspectiva da unidade do diverso, ou seja, esta como pressuposto para a irredutibilidade do particular para o geral, que só é inteligida a partir da metáfora da linha como base fundamental para a unidade do certo (apodíctico), do provável (dialético), do verossímil (retórico) e do possível (poético) como discurso, guardadas as diferenças enquanto modalidades deste mesmo discurso.

Esta retomada de ARISTÓTELES impõe aquilo que a teoria de THEODOR VIEHWEG não concebeu, ou seja, uma distinção entre o discurso ou raciocínio *apodíctico* ou demonstrativo e o discurso ou raciocínio analítico, por ser o primeiro uma espécie do segundo, ou seja, que se diferencia, não pela forma, mas, pelo conteúdo (verdadeiro ou falso) das premissas empregadas.²⁸

Na teoria de THEODOR VIEHWEG, a prática do Direito consiste na inovação e discussão de tópicos ou argumentos solidificados em fórmulas que gozam de aceitação entre os juristas, pois, a interpretação, a aplicação e o uso da linguagem natural são três modos de irrupção da tópica em um sistema jurídico lógico-dedutivo, o que propicia a referida inovação e discussão em uma perspectiva dialético-retórica e, por conseguinte, a compreensão da argu-

mentação a partir da situação discursiva, ou seja, de um modo de falar situacional e outro não situacional. Neste sentido, a interpretação, a aplicação, o uso da linguagem natural e a flexibilização na busca de novos pontos de vista denotam a maneira tópica.

THEODOR VIEHWEG, com sua teoria e investigações crítico-lingüísticas, resgatando a questão dos argumentos ou tópicos jurídicos, propicia a reestruturação de toda a teoria do método jurídico até então vinculada ao logicismo jurídico, ou seja, à lógica formal aplicada ao raciocínio jurídico ou, simplesmente, à teoria do silogismo jurídico.

Assim, reconhecendo a importância desse aparato investigativo crítico-lingüístico, é que se objetiva mostrar a partir da reflexão das fórmulas conceituais da nova semiótica, dada a teoria que se irá apresentar de CHARLES SANDERS PEIRCE e CHARLES MORRIS, a ulerdade da lógica abduativa como integrante do princípio da sucessão dos discursos apodíctico, dialético, retórico e poético, na perspectiva da unidade do discurso, e como fundamentação de uma teoria retórica da argumentação em THEODOR VIEHWEG; a fundamentação do Direito em THEODOR VIEHWEG.

2.3 A reflexão semiótica como a relação de reciprocidade e convergência entre retórica e pragmática lingüística. A ulerdade da abdução em Charles S. Peirce

A problemática que se apresenta à concepção de uma fundamentação completa e determinada por ações lingüísticas, nos leva à uma reflexão semiótica que responde, em muitos aspectos, a práxis do pensamento ou da argumentação primária, ou seja, distinguindo entre uma forma de pensamento ou uma argumentação situ-

acional, dialética e moderna e outro pensamento ou argumentação não situacional, restrita e dedutiva, com o objetivo de tornar compreensível a argumentação, como um todo, desde a situação do discurso, THEODOR VIEHWEG, busca tornar inteligível as fórmulas conceituais modernas da referida semiótica e seus aspectos sintático, semântico e pragmático.

Segundo THEODOR VIEHWEG, sobre estes aspectos da semiótica moderna, afirma que:

“La sintaxis significa, pues, la conexión de los signos entre si; la semántica, la conexión entre signos y objetos cuya designación se afirma, y la pragmática, el contexto situacional en el que los signos son utilizados por los respectivos participantes. Se puede contar que, en la praxis de pensamiento hoy habitual, el aspecto sintático-semántico goza de preferencia. Se entiende la sintaxis con la ayuda de la semántica, mientras que la pragmática funciona sólo como ayuda de emergencia, para corregir algunas imprecisiones que puedan haber quedado”(VIEHWEG. 1991. P. 177).

O modelo de pensamento que toma tanto a sintaxes como esta entendida com a ajuda da semântica, como isoladas em um âmbito independente, recorrendo à pragmática só como ajuda e se obrigado, supõe, nesta exata seqüência, somente que a rigidez do pensamento diminui. Então, se a pragmática é o campo da menor rigidez de pensamento e, portanto, retórico, a argumentação jurídica também o é, por pertencer à este campo da menor rigidez.

No entanto, o pensamento situacional, dialético e moderno, bem como o pensamento não situacional, restritivo e dedutivo, só são assim caracterizados por indicarem o ponto de partida a partir da seqüência relativa aos aspectos da semiótica moderna, ou seja, se o ponto de partida for a pragmática teremos o pensamento situ-

acional, mas, se o ponto de partida for a sintaxe teremos o pensamento não situacional. Daí, podemos afirmar que a argumentação retórica coincide com o pensamento situacional, dialético e moderno, e, portanto, com a pragmática, pois esta é o ponto de partida. A argumentação retórica é a inversão da seqüência sintaxe, semântica e pragmática, acima apresentada.

Começar com a pragmática significa não perder de vista a conexão da argumentação em uma situação comunicativa, ou seja, o diálogo ou as ações lingüísticas. E, assim, se tem a concepção de uma fundamentação completa que, determinada pela mencionada ação lingüística, se difere do procedimento convencional ou do pensamento não situacional, restritivo e dedutivo, que busca sua fundamentação em uma teoria axiomática, como um sistema de fundamentação dedutivo.

THEODOR VIEHWEG, sobre as peculiaridades dos aspectos da semiótica moderna, afirma que:

“es obvio que la retórica ha tenido siempre primordialmente en mira la mencionada pragmática y también es fácil de comprender que el nuevo interés en la retórica há vuelto a concentrarse en esta perspectiva. La consecuencia de ello es que la serie convencional de reflexiones indicada más arriba es ahora invertida; éste es un cambio de fundamental importancia. Pues ahora se vuelve a intentar, con nuevos medios, reflexionar sobre la situación pragmática, de la que procede el discurso, como situación inicial, a fin de volver comprensible desde ella todos los demás resultados del pensamiento. Se remiten, pues, todos los productos del pensamiento a su origen situacional para, desde allí, aclararlos nuevamente. Si a una tal forma de pensar – que se mueve dentro de la situación pragmática del discurso – se le llama situacional y a la que no toma en cuenta la situación del discurso, no situacional”(VIEHWEG. P. 177).

A perspectiva retórica ou pragmática deixa posta de uma forma clara toda a problemática do método axiomático-dedutivo, pelo qual não é possível assegurar a validade de seus axiomas. A perspectiva retórica apresenta a penetração lógica de uma atividade discursiva ou dialógica como uma relação de implicação recíproca entre a lógica operativa e a lógica formal ou apodítica, e conduz, portanto, à reflexões que se referem à filosofia prática. Se assim se regressa à atividade da fundamentação, a tópica, como uma forma de pensar ou de argumentar por problemas, revelar, então, a atividade que precede ao sistema de fundamentação axiomático-dedutivo.

Pode-se, ainda, afirmar que, a dialógica, designando uma fundamentação completa, caracteriza o que THEODOR VIEHWEG determina como tópica formal ou *ars inveniendi*, cuja função é tanto de descobrimento quanto de fundamento; a tópica material, que apresenta um somatório de diferentes topói, está vinculada ao social, ou seja, assim como a dogmática está para a zetética ou esta para a dogmática, a tópica material está para a tópica formal e esta para a tópica material.

Postular a perspectiva retórica ou pragmática como base fundamental da semântica e da sintaxe e, ainda, como ponto de partida para posteriores investigações, impõe a transposição de algumas dificuldades, como o fato de que as investigações lingüísticas, freqüentemente, tomam como ponto de partida um pensamento não situacional, restritivo, dedutivo e, portanto, formalista, deixando o referido postulado de base fundamental da semântica e da sintaxe em uma “posición de un agregado introducido posteriormente” (VIEHWEG. 1991. P. 186).

Em conexão com a investigação da comunicação e da semiótica moderna, a perspectiva retórica ou pragmática po-

dem aspirar renovados interesses e pontos de vista ou partida. E, assim, para melhor inteligirmos outra conexão, agora, entre argumentação primária e argumentação secundária ou entre lógica operativa e lógica apodítica ou, ainda, entre pragmática e o conjunto semântica e sintaxe, ou seja, a conexão entre a invenção comunicativa e os aspectos reflexivos que definem a dialógica.

Até, então, THEODOR VIEHWEG, para a inteligibilidade de uma fundamentação completa e determinada por ações lingüísticas, dada a dicotomia entre os referidos elementos cuja conexão buscamos inteligir, nos leva a uma reflexão semiótica moderna que responde, em muitos aspectos, a práxis do pensamento ou da argumentação primária, mas, distinguindo os aspectos conceituais dessa referida semiótica em sintaxe, semântica e pragmática, o faz, tão somente, na perspectiva de CHARLES MORRIS que, em 1938, substituiu as designações de CHARLES SANDERS PEIRCE, feitas à semiótica, pelas designações elencadas por THEODOR VIEHWEG, ou seja, a sintaxe, a semântica e a pragmática, que hoje constituem os três grandes domínios da Semiótica Moderna. (NÖTH. 1998. P. 57)

No entanto, é com o recurso às reflexões de CHARLES SANDERS PEIRCE que, mais claramente, poderemos inteligir a conexão entre a invenção comunicativa e os aspectos reflexivos que definem a dialógica, isto é, com o recurso, mais propriamente, à lógica abdutiva.

A semiótica²⁹, para CHARLES SANDERS PEIRCE, idêntica à lógica, ou seja, “Em seu sentido geral, a lógica é, como acredito ter demonstrado, apenas um outro nome para semiótica, a quase-necessária, ou formal, doutrina dos signos”, no sentido de que procede por observações abstratas, partindo dos signos particulares ou do que

são os signos, para as afirmações gerais ou o que os signos devem ser. (PEIRCE. 1977. P. 45) E, para melhor inteligirmos a questão, devemos considerar a concepção de signo que, para CHARLES SANDERS PEIRCE, é “*algo que está no lugar de [representa] outra coisa para alguém*” (PINTO. 1995. P. 50) ou algo que está para alguém por algo sob algum aspecto ou capacidade trata-se de uma definição que traduz de modo mais articulado o clássico *aliquid stat pro aliquo*, ou seja, uma coisa que esta por outra, como um conceito tradicional de signo cunhado por Santo Agostinho. (NÖTH. 1998. P. 65/66 e ABBAGNANO. 2003. P. 894)

O signo, para CHARLES SANDERS PEIRCE, designa, em um sentido lato, o próprio signo, o objeto e o interpretante, ou seja, o signo, a coisa significada e a cognição produzida na mente. E é a partir da relação do signo com o objeto que se determina ou se produz um interpretante ou, dado o processo de continuidade, um representamen que é o nome do objeto perceptível que serve como signo para o receptor. Este processo se designa como semiose e se caracteriza como um processo infinito³⁰, dada a produção de um interpretante que, por sua vez, é um signo ou representamen que produz um interpretante e assim por diante. (NÖTH. 1998. P. 66/68 e PINTO. 1995. P. 49)

Para CHARLES SANDERS PEIRCE, a semiótica se caracteriza pela designação de três aspectos, como a gramática, a lógica e a retórica; designações que foram substituídas, respectivamente, pela sintaxe, semântica e pragmática, na perspectiva de CHARLES MORRIS.

A gramática se denomina como um âmbito independente em que se concebe, pela relação ou conexão de signos, a tarefa de determinar o que deve ser verdadeiro quanto ao representamen utilizado, cujo

objetivo é o de incorporar um significado qualquer. A lógica se denomina como o âmbito da semântica em que se concebe, pela relação ou conexão dos signos com os objetos, a perspectiva do que é quase necessariamente verdadeiro em relação ao representamen, cujo objetivo é o de aplicar-se a qualquer objeto; uma lógica que, a partir da unidade do diverso, compreende a teoria unificada da dedução, indução e retrodução, esta última como uma inferência hipotética ou abdução³¹. Já a retórica refere-se à eficácia da semiose, cujo objetivo é o de estabelecer os procedimentos para que um signo possa dar origem a outro signo. (PEIRCE. 1977. P. 45/46.)

A semiótica, que responde em muitos aspectos à práxis do pensamento e, principalmente, aos aspectos da argumentação primária e argumentação secundária, esta como pertencente a este âmbito, designa uma rigidez decrescente do pensamento ou argumentação, ou seja, da gramática à retórica, tal qual, da sintaxe à pragmática.

Para que possamos inteligir os diferentes aspectos da lógica, como um aspecto geral da semiótica, é imprescindível a delimitação das diferenças entre empirismo e pragmatismo³². Assentados ambos na noção de experiência, o empirismo e o pragmatismo se diferem pelo modo como entendem essa noção de experiência.³³ Assim, enquanto o empirismo toma a experiência como experiência passada, ou seja, como um patrimônio limitado que pode ser inventariado e sistematizado de forma absoluta, o pragmatismo entende a experiência como abertura para o futuro, ou seja, como possibilidade de fundamentar a previsão, não em confronto com a experiência passada, mas em relação com o possível uso futuro dessa experiência passada. Trata-se de uma máxima pragmatista. (PEIRCE. 1977. P. 225/227 e PINTO. 1995. P. 13)

Então, delimitada as diferenças entre empirismo e pragmatismo, para que possamos entender os diferentes aspectos da lógica, como um aspecto geral da semiótica, CHARLES SANDERS PEIRCE, dando uma resposta lógica ao problema da máxima pragmática, ou seja, quanto a prova determinante de que os efeitos práticos de um conceito constituem a soma total do conceito, o mesmo afirma que o pragmatismo não é mais que uma questão de abdução. (PEIRCE. 1977. P. 227/229)

A máxima pragmática como uma questão de retroação ou lógica abdução tem por fundamento o juízo perceptivo como fonte do conhecimento. Os juízos perceptivos contêm elementos gerais, ou seja, embora os juízos perceptivos sejam singulares, considerando o sujeito (p.ex. Este livro é ...), não deixam de envolver a generalidade, considerando o predicado (... preto), o que possibilita a dedução de proposições gerais, e, assim, a concepção, como apresentada, de juízo perceptivo, que é um juízo particular, ser suficiente para responder a indagação de como se passa deles para os juízos universais.

Sob uma outra perspectiva, para a questão posta acima, podemos, ainda, afirmar que é pela lógica abdução que a generalidade é introduzida nos juízos perceptivos, ou seja, na criação das premissas, como fundamento para a dedução, e das teorias, como fundamento para a indução.

Mais especificamente, sobre esta outra perspectiva, temos que a lógica tradicional ou silogismo formal concebe a distinção somente entre dedução, como uma inferência necessária que extrai uma conclusão já contida nas premissas, e indução, como uma inferência experimental que não consiste em descobrir ou criar algo de novo, mas, sim, em confirmar uma teoria através da experimentação. Daí, se a lógica tradicional só distingue dedução e

indução, como se dá a criação das premissas e das teorias, como fundamentadoras, respectivamente, da dedução e da indução? Em resposta, CHARLES SANDERS PEIRCE, apresenta a retroação ou lógica abdução que é uma inferência hipotética e, provando que algo pode ser, é o método que cria novas hipóteses explicativas (PEIRCE. 1977. P. 229/230).

A lógica abdução como inferência hipotética é tomada como uma lógica da descoberta, da invenção ou da criação, e, neste sentido, trata-se de um argumento que supõe que um termo, dado um certo número de caracteres a ele atribuído, pode ser predicado de qualquer objeto que possua aqueles caracteres; uma afirmação categórica de algo ainda não experimentado, observando, para tanto, a rigidez decrescente do pensamento ou argumentos, ou seja, da gramática à retórica ou da sintaxe à pragmática (PINTO. 1995. P. 13).

A lógica tradicional, que só distingue dedução e indução, atribui à esta última, não só o caráter de experimentação, mas, também, o caráter de descobrimento, criação e invenção. No entanto, considerando a lógica indutiva, fundada no empirismo, e a lógica abdução, fundada no pragmatismo, dada a diferenciação posta por CHARLES SANDERS PEIRCE, podemos observar que o caráter de experimentação só cabe à indução (toma a experiência como experiência passada), ao passo que, o caráter de descobrimento, criação e invenção cabe, então, à abdução (toma a experiência como abertura para o futuro).

Neste sentido, o exemplo da saca de feijões dado por CHARLES SANDERS PEIRCE permite uma maior apreensão e inteligibilidade da questão posta acima, ou seja: Todos os feijões daquela saca são brancos. Esses feijões são daquela saca. Logo, esses feijões são brancos. (Dedução); Esses feijões são daquela saca. Esses

feijões são brancos. Logo, todos os feijões daquela saca são brancos. (Indução); Todos os feijões daquela saca são brancos. Esses feijões são brancos. Logo, esses feijões são daquela saca (Abdução) (PINTO. 1995. P. 13/14).

A partir do exemplo dado acima e segundo o professor JÚLIO PINTO, se pode observar que:

“a abdução compartilha com a dedução o fato de ter a regra geral como premissa inicial (todos os feijões, etc). Entretanto, como a indução ela arrisca um palpite que pode dar errado. Olhada desta maneira, a abdução está, portanto, entre a indução e a dedução. Contudo, ela difere das duas também pela maior possibilidade de erro implícita na hipótese que ela lança, porque é fácil perceber como tanto a indução quanto a dedução estão baseadas na experiência.” (...) “Dos tipos possíveis de inferência, portanto, a abdução constitui o único que se projeta para o futuro, já que tanto a dedução quanto a indução dizem do passado, do já conhecido, na medida em que se referem à experiência. Como palpites, os processos abduativos podem levar a erros, mas a falibilidade de uma hipótese não quer dizer que a abdução seja um processo de ensaio e erro. Fundamentalmente, o que acontece é que uma hipótese é formulada com base na experiência, através da escolha de um interpretante logicamente possível para os signos que se oferecem à observação” (PINTO. 1995. P. 13/14).

Assim, podemos inferir que a lógica abduativa é um descobrimento, uma criação ou uma invenção bem fundamentada acerca de uma semiose qualquer, possibilitando, a partir da relação do signo com o objeto, a produção de um interpretante e, dada a infinitude do processo, um representante que é outro signo (objeto perceptível pelo receptor) que produz um outro interpretante e assim por diante. E os juí-

zos perceptivos, como já mencionado, um caso extremo de lógica abduativa, pois, não se limitam a ser um mero dado.

Segundo a professora THEREZA CALVET DE MAGALHÃES sobre a iberdade da abdução:

“Para Peirce, essa interpretatividade do juízo perceptivo é apenas ‘o caso extremo dos Juízos Abduativos’. Os nossos juízos perceptivos – as primeiras premissas de todo pensamento crítico e controlado – são um caso extremo das inferências abduativas, das quais diferem por estar absolutamente além de toda crítica (‘A sugestão abduativa advém-nos como num lampejo. É um ato de insight, embora ... extremamente falível’).” (...) “Os nossos juízos perceptivos são as primeiras premissas de todo pensamento crítico e controlado e ocupam, assim, um lugar privilegiado na ordem da investigação. O processo da investigação é considerado por Peirce como um processo de raciocínio, que vai da abdução, via dedução, à indução, e cujo objetivo é o de estabelecer uma crença verdadeira. A abdução – o primeiro estágio da investigação – consiste na invenção, seleção e consideração de uma hipótese. Na medida em que é ‘o processo de formação de uma hipótese explanatória’, a abdução ‘é a única operação lógica que introduz uma idéia nova’. Esta forma de argumento não oferece segurança (a segurança quanto à sua verdade é baixa), mas sua iberdade (ou o seu valor em produtividade) é alta; a abdução ‘simplesmente sugere que alguma coisa pode ser’” (MAGALHÃES. 1998. P. 75).

Assim, podemos afirmar que, o que é ausente na teoria de THEODOR VIEHWEG, ao considerar a pragmática e a dialógica como lógica operativa que formula a correção e a conclusão das inferências dentro da situação discursiva, é a referência à lógica abduativa como elemento de conexão entre a argumentação primária

e argumentação secundária ou entre lógica operativa e lógica apodítica ou, ainda, entre pragmática e o conjunto semântica e sintaxe, ou seja, a conexão entre a invenção comunicativa e os aspectos reflexivos que definem a dialógica.

Conclusão

Na argumentação, até então, desenvolvida, pôde-se observar que o raciocínio, principalmente o raciocínio jurídico, não é designado somente por um silogismo ou lógica formal, de cunho estritamente dedutivo. Trata-se, antes de tudo e dada a unidade do diverso, de uma sucessão de discursos apodíticos, dialéticos, retóricos e poéticos, que se traduz, desde a perspectiva socrática da maiêutica, em idas e vindas ou em destruição e construção, não necessariamente nesta ordem, para uma aproximação em relação a verdade. Neste sentido, segundo Sócrates, inteligindo o conhecimento e a sabedoria, é o movimento a causa de tudo o que devém e parece existir e o repouso o não-ser.

Mais precisamente, o raciocínio jurídico evidenciado como raciocínio dialético - em um sentido mais amplo e, portanto, erístico, que se caracteriza por primar pela índole de suas premissas, pelas opiniões geralmente aceitas, acreditadas e verossímeis, se faz somente em razão de uma exigida ponderação e razoabilidade para realização e concretização do discurso, pois, a referência à todos ou à maior parte ou aos filósofos, sábios, notáveis ou eminentes, é uma referência à capacidade de abstração do homem relacionada às proposições que parecem ser verdadeiras. Aristóteles assim o faz na restauração da opinião, desvinculando-a do arquétipo da mera arbitrariedade.

Assim, a natureza do conhecimento jurídico, entre ciência e prudência, se distinguindo da sabedoria, pode inicialmente ser demarcada pelo fato de que são os ho-

mens a medida de todas as coisas, menos para o homem “inteligente” e que se caracteriza como aquele que mantém o movimento como causa de tudo o que devém e parece existir. Se assim é, o conhecimento não pode ser, então, nem sensação, nem opinião verdadeira, nem explicação racional acrescentada a essa opinião verdadeira, pois correria o risco do repouso.

E não podemos caracterizar o que é diverso sem consideramos o todo, ou seja, se a alma racional, na perspectiva prática e teórica, é apenas uma como a alma é, por inteiro, no aspecto racional e irracional, o movimento e repouso, portanto, dada esta unidade do diverso, também o é. Para Aristóteles, a idéia de Movimento é o imprescindível elemento de conexão que une o diverso para a formação do todo.

No entanto, hoje, dado o desenvolvimento contemporâneo da lógica, da teoria da comunicação, da teoria lingüística etc., devemos buscar o elemento correspondente de conexão entre o que é necessário e invariável e o que é contingente e variável, ambos com o objetivo da apreensão da verdade, e que possa, esse elemento, remontar a idéia de movimento em Aristóteles. Este elemento é a lógica abdução de Charles Peirce, dada a imersão na teoria de Theodor Viehweg.

De fato, Theodor Viehweg constrói suas teorias valendo-se de uma distinção fundamental da filosofia aristotélica, ou seja, a partir da dessemelhança entre verdade e opinião que dá forma ao pensamento teórico e prático e assegura ao predicado da racionalidade, próprio do homem, os instrumentos poderosos e decisivos para que ele possa, por sua vez, modelar o mundo segundo as exigências da razão. E assim o faz ao pensar uma teoria constitucional do direito.

No entanto, só a consideração possível de um todo que possa abranger quatro

partes diversas desde a sugestão poética até a demonstração rigorosa e apodítica em uma escala de credibilidade, ou seja, a diferença entre o discurso apodítico (demonstrativo), o discurso dialético (provável), o discurso retórico (verossímil) e o discurso poético (possível), não se tratando de uma hierarquia de valores ou de uma forma progressiva de erro ou de conhecimento deficiente, mas, sim, de quatro modelos de discurso, raciocínio ou argumento, que apresentam uma diferença de funções articuladas entre si e, portanto, imprescindíveis, cada uma, à construção do conhecimento, é que se é possível, a partir de Theodor Viehweg, imergir na busca da lógica abdutiva como o elemento de conexão entre o que é necessário e invariável e o que é contingente e variável, ou, mais precisamente, entre uma invenção comunicativa e os aspectos reflexivos que definem a dialógica em Theodor Viehweg.

Como o Direito é um fenômeno prático e contingente, e, por conseguinte, marcado por discussões argumentativas, não pode ser abarcado por uma racionalidade demonstrativa ou um discurso lógico. Daí a possibilidade de se ter na tópica a base fundamental e determinante para uma teoria constitucional do direito.

Da inteligibilidade da teoria de THEODOR VIEHWEG, destacam-se duas diretrizes que convergem como perspectiva crítica e como perspectiva construtiva, ambas com fundamento na lingüística – um paralelo com a perspectiva socrática da maiêutica, de destruição e construção para uma aproximação em relação a verdade –. Na perspectiva crítica, a tópica de Viehweg toma como pressuposto a crítica ao logicismo jurídico, à lógica formal aplicada ao raciocínio jurídico ou, simplesmente, à teoria do silogismo jurídico. Na perspectiva construtiva com fundamento na lingüística, a teoria de argumentação dialético-re-

tórica de Viehweg propõe a compreensão do raciocínio jurídico e, a princípio, a inteligibilidade da natureza desse conhecimento entre ciência e prudência, tomando a lingüística como instrumento de comunicação e ação.

A convergência de ambas as diretrizes propostas, na perspectiva crítica e na perspectiva construtiva com fundamento na lingüística, podem ser reduzidas às investigações crítico-lingüísticas e neo-retóricas se considerarmos a retomada de ARISTÓTELES e o princípio da sucessão dos discursos apodítico, dialético, retórico e poético, na perspectiva da unidade do diverso, ou seja, a consideração possível de um todo que possa abranger quatro partes diversas desde a sugestão poética até a demonstração rigorosa e apodítica em uma escala de credibilidade.

Esta retomada de ARISTÓTELES impõe aquilo que a teoria de THEODOR VIEHWEG não concebeu, ou seja, uma distinção entre o discurso ou raciocínio *apodítico* ou demonstrativo e o discurso ou raciocínio analítico, por ser o primeiro uma espécie do segundo, ou seja, que se diferencia, não pela forma, mas, pelo conteúdo (verdadeiro ou falso) das premissas empregadas.

Considerando, ainda, a unidade na ciência do direito e a diferença quanto a estrutura e função das formas de pensamento dogmático e zetético esboçados por Theodor Viehweg, podemos observar que, em uma perspectiva diferenciada da unidade do diverso, na praxis, ambas as forma de pensamento estão entrelaçadas, ao passo que, na teoria, ambas as formas permanecem separadas. E, para além dessas diferenciações teóricas, devemos considerar, também, que a primeira forma de pensamento pode ser facilmente transformada na segunda forma de pensamento, e esta na primeira, ou seja, basta questionar

uma proposição que até o momento era inquestionável ou declarar inquestionável uma proposição que até o momento era questionável; trata-se da desdogmatização e da dogmatização, respectivamente.

E, dada a importância desse aparato investigativo crítico-lingüístico, é que, recorrendo a CHARLES SANDERS PEIRCE e CHARLES MORRIS, podemos entender a uberdade da lógica abdutiva como intrínseca à uma consideração possível de um todo que possa abranger quatro partes diversas desde a sugestão poética até a demonstração rigorosa e apodítica em uma escala de credibilidade, ou seja, o princípio da sucessão dos discursos apodítico, dialético, retórico e poético, na perspectiva da unidade do diverso ou discurso, e como fundamentação de uma teoria retórica da argumentação em THEODOR VIEHWEG.

Assim, uma reflexão semiótica, deflagrada com a tópica de Theodor Viehweg, dada a relação de reciprocidade e convergência entre retórica e pragmática lingüística, responde em todos os aspectos, a práxis do pensamento ou da argumentação primária na busca de uma fundamentação completa que é determinada por ações lingüísticas, e determina a possibilidade na aspiração de renovados interesses e pontos de vista. E nesse sentido, vem atender as exigências da máxima justificação racional à uma teoria constitucional do direito.

E, só o fato de Theodor Viehweg, para a inteligibilidade de uma fundamentação completa e determinada por ações lingüísticas, nos levar à uma reflexão semiótica, cujos aspectos conceituais são a sintaxe, a semântica e a pragmática, na perspectiva de Charles Morris, nos possibilita, dadas essas designações, chegarmos à Charles Sanders Peirce e, por conseguinte, conhecer as designações conceituais que deram origem àquelas, ou seja, a gra-

mática, a lógica e a retórica. Daí a relação de reciprocidade e convergência entre retórica e pragmática e, por conseguinte, o alcance da lógica abdutiva como elemento de conexão entre retórica e lógica ou entre pragmática e semântica, e como inferência hipotética é uma lógica da descoberta, da invenção ou da criação.

A lógica abdutiva designa a devolução da lógica ao contexto retórico no qual foi originada e, neste sentido, é que podemos entender uma convergência com a filosofia aristotélica na consideração possível de um todo que possa abranger quatro partes diversas desde a sugestão poética até a demonstração rigorosa e apodítica em uma escala de credibilidade.

De tudo, pudemos identificar que, o que é ausente na teoria de THEODOR VIEHWEG, ao considerar a pragmática e a dialógica como lógica operativa que formula a correção e a conclusão das inferências dentro da situação discursiva, é a referência à lógica abdutiva como elemento de conexão entre a argumentação primária e argumentação secundária ou entre lógica operativa e lógica apodítica ou, ainda, entre pragmática e o conjunto semântica e sintaxe, ou seja, a conexão entre a invenção comunicativa e os aspectos reflexivos que definem a dialógica.

Assim, em princípio, podemos inferir que a lógica abdutiva é um descobrimento, uma criação ou uma invenção bem fundamentada acerca de uma semiose qualquer, mesmo sendo esta semiose o raciocínio jurídico, pois, possibilita, a partir da relação do signo com o objeto, a produção de um interpretante ou uma decisão e, dada a infinitude do processo, um parâmetro para futuras decisões que é outro signo (objeto perceptível pelo receptor), diferente do primeiro, que produz um outro interpretante ou outra decisão e assim por diante. E nesse sentido é que podemos afirmar que

falarmos de uma coisa qualquer na ótica do pensamento jurídico é como que por um buraco de fechadura se pretendesse descrever todo o cômodo do outro lado da porta ou mesmo o mundo. E, neste sentido, só a indeterminação ou relativização dos termos “teoria constitucional do direito” possibilitaria a transcendência ou superação do buraco da fechadura ou predicacões possíveis.

REFERÊNCIAS

- AGUILLAR, Fernando Herren. *Metodologia da ciência do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2. ed. 1999.
- ARISTÓTELES. *Tópicos*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. A. Pickard - Cambridge. São Paulo: Victor Civita (Abril Cultural), 1973. Coleção: Os Pensadores.
- ARISTÓTELES. *Poética*. Tradução, prefácio, introdução, comentário e apêndices de Eduardo de Souza. Lisboa: Editora Imprensa Nacional Casa da Moeda. 7ª edição. 1998.
- ARISTÓTELES. *Retórica*. Introdução e tradução de Manuel Alexandre Júnior. Lisboa: Editora Imprensa Nacional Casa da Moeda. 7ª edição. 2003.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora UNB. 3ª edição. 2003.
- ASSIS, Olney Queiroz. *Interpretação do direito: estilo tópico-retórico X Método sistemático-dedutivo*. São Paulo: Editora Lúmen, 1994.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. Teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2000.
- AUBENQUE, Pierre. *A prudência em Aristóteles*. Tradução de Marisa Lopes. São Paulo: Discurso Editorial. 2003.
- CARVALHO, Olavo de. *Aristóteles em nova perspectiva*. Rio de Janeiro: Topbooks editora e distribuidora de livros ltda, 1996.
- DERRIDA, Jacques. *A farmácia de Platão*. Tradução de Rogério da Costa. 3. ed. São Paulo: Editora Iluminuras Ltda.
- DESCARTES. *Discurso de método: para bem conduzir a própria razão e procurar a verdade nas ciências*. São Paulo: Editora Paulus, 2002.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão, dominação*. 4ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2003.
- FILHO, Willis Santiago Guerra. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna. Introdução à uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997.
- GARCIA AMADO, Juan Antonio. *Tópica, derecho y método jurídico*. Doxa, nº 4, 1987, p. 161 – 187.
- GALUPPO, Marcelo Campos. *A virtude da justiça*. Extensão PUC Minas. Belo Horizonte: v. 10 – 11, p. 67 a 78, 2001.
- GALUPPO, Marcelo Campos. *Da idéia a defesa. Monografias e teses jurídicas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- GALLUPO, Marcelo Campos. *Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação*. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, 2º sem./1998.
- HOBBS, Thomas. *Diálogo entre um filósofo e um jurista*. São Paulo: Landy, 2001.
- KUHN, Thomas S. *As estruturas das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1994.
- LACERDA, Bruno Amaro. *Justiça, razão prática e analogia em Aristóteles: fundamentos para uma compreensão do processo de concretização jurídico*. Dissertação de mestrado defendida em 2002 junto ao curso de Pós-graduação em Filosofia do Direito da UFMG.
- LIMA VAZ, Henrique Cláudio. *Fenomenologia e axiologia da modernidade*. In: LIMA VAZ, Henrique Cláudio. *Raízes da modernidade*. São Paulo: Loyola, 2003, p 11-30. Cap. 1.
- LIMA VAZ, Henrique Cláudio. *Problemas de fronteira*. São Paulo: Loyola, 2003, p 71-85. Cap. III.
- MAGALHÃES, Thereza Calvet de. *Sobre a percepção e a abdução: Charles S. Peirce e a uberdade da abdução*. Filosofia analítica, pragmatismo e ciência. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1998. P. 71 a 80.
- MATURANA, Humberto R. e VARELA, Francisco J. *A Árvore do Conhecimento. As bases biológicas da compreensão humana*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Pala Athena. 2002

MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

NERY, Prudente. *Apenas um outro olhar ...*. Belo Horizonte. 1999

NÖTH, Winfried. *Panorama da semiótica de Platão a Peirce*. São Paulo: Annablume. 1998.

PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica*. São Paulo: editora Perspectiva. 3ª edição. 2003.

PINTO, Júlio. *1,2,3 da Semiótica*. Belo Horizonte: Editora da UFMG. 1995.

PLATÃO. *A República*. Tradução, introdução e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 9ª edição, 1949.

PLATÃO. *Teeteto e Crátilo*. Tradução de Carlos Alberto Nunes. Belém: Editora e Gráfica Universitária (UFPA), 1988.

PLATÃO. *Diálogos*. Tradução de Jaime Bruna. São Paulo: Editora Cultrix, 2002.

REALE, Giovanni e ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*. Vol. 1. São Paulo: Paulus, 2003.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. V.2. São Paulo: Paulinas, 1990, p.185-198; p.212-227; p.248-290.

RECASÈNS SICHES, Luis. *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica "razonable"*. México: Fondo de Cultura Económica, 1971.

SOUZA, José Carlos Aguiar de. *A configuração estrutural do paradigma da racionalidade moderna*. Síntese Nova Fase, Belo Horizonte, v.25, n.82, p.391-401, 1998.

SOUZA, José Carlos Aguiar de. *Modernidade, secularização e a crise de legitimidade: uma introdução a Blumenberg*. Síntese Nova Fase, Belo Horizonte, v.22, n.70, p.301-319, 1995.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo, Vol. 01. Ministério da Justiça em co-edição com a Editora Universidade de Brasília, Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1991.

ZINGANO, Marco. *Particularismo e universalismo na ética Aristotélica*. Revista Analytica. (A ética de Aristóteles e o destino de ontologia) Vol. 01, número 03, pág. 75 a 100, 1996.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 4ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

NOTAS

¹ SOUZA, José Carlos Aguiar de. *A configuração estrutural do paradigma da racionalidade moderna*. Síntese Nova Fase, Belo Horizonte, v.25, n.82, p.391-401, 1998. SOUZA, José Carlos Aguiar de. *Modernidade, secularização e a crise de legitimidade: uma introdução a Blumenberg*. Síntese Nova Fase, Belo Horizonte, v.22, n.70, p.301-319, 1995.

² KUHN, Thomas S. *As estruturas das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1994.

³ Fenômeno de enfraquecimento.

⁴ Ciência ou teoria do destino ou propósito últimos da humanidade e do mundo. Doutrina do destino último do homem (morte, ressurreição, juízo final) e do mundo (estado futuro).

⁵ Subordinação ou sujeição à vontade de outrem ou a uma lei exterior, dada uma dimensão teológica em que Deus é o fundamento para a racionalidade.

⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 2003.

⁷ Pitágoras (530 aC) deu-se conta da forma esférica da terra. Aristarco de Samos (310-230 aC), mais de 1500 anos antes de Nicolau Copérnico (1473-1543) e Galileu Galilei (1564-1642), já tinha o conhecimento de que a terra girava em torno do sol. Heráclides do Ponto (388-310 aC), apelidado pelos seus contemporâneos de paradoxólogo por causa de suas inusitadas idéias, já tinha o conhecimento de que a terra girava em torno de si mesma. Eratóstenes (276-196 aC), administrador da biblioteca de Alexandria, calculou a circunferência da terra com uma precisão admirável. (O mundo em que vivemos. Ed. Abril, São Paulo)

⁸ Neste sentido, a leitura instrumentalista se distingue de uma leitura fundamentalista e fechada a qualquer argumentação de evolução.

⁹ Que diz respeito a Laplace, astrônomo e geometra francês (1749-1827), à sua vida, obra e teorias. Seguidor das teorias de Laplace

¹⁰ O princípio da indeterminação ou princípio da incerteza de HEISENBERG é aquele pelo qual não se pode determinar a posição e velocidade de uma partícula de elétron ao mesmo tempo. Trata-se de uma indeterminação física e, conseqüentemente, também abstrata.

¹¹ Se eu posso tudo, dado o indeterminismo absoluto, e outros também, como impedir qual-

quer interferência no meu querer e, conseqüentemente, na minha liberdade.

¹² Dada a importância e a impossibilidade do homem compreender o termo limite de forma dialética, ou seja, como elo de fato, espaço de realização e não como cerceadura, a determinação da natureza da teoria constitucional do direito e, conseqüentemente, se o ser é sempre mais do que suas possíveis concretudes, na dialética do limite o limite se revela como limitação, ou seja, não havendo outra forma para nos expressarmos e convivermos senão na mediação de nossa corporeidade, é na precariedade de alguns gestos ou quando as palavras se nos recusam que se faz visível a transcendentalidade do humano. Assim, é preciso que aceitemos o humano e sua errância, não como manifestação de uma inconsciência ou uma irresponsabilidade, mas, sim, como expressão legítima de sua transcendentalidade. (NERY, Prudente. Apenas um outro olhar Belo Horizonte. 1999)

¹³ Não se trata de um ARISTÓTELES sistemático, mas, sim, de um ARISTÓTELES aporético que parte do particular para o geral, como se pode observar, ainda, na ilustração da Escola de Atenas. Na pintura, Escola de Atenas de Rafael, percebe-se Platão e Aristóteles como as duas figuras centrais. Platão, com o indicador erguido para o alto, simbolizando o poder das idéias abstratas e a descoberta da transcendência, e Aristóteles, com a mão espalmada para baixo e para o mundo, indicando a realidade material da natureza ou os fenômenos, não perde a perspectiva do geral, quando olha para Platão, afirmando que os fenômenos sensíveis se salvam somente se compreendemos o metassensível. Seria o que foi denominado, na época de Rafael, a Pax Filosófica. A Escola de Atenas é parte de uma série de obras em várias salas próximas à Capela Sistina (Vaticano). Estas salas são hoje chamadas Stanze di Raffaello.

¹⁴ O que hoje chamamos de julgamento de valor.

¹⁵ A República, 509 a, d até 511 e.

¹⁶ “Pega agora nas quatro operações da alma e aplica-as aos quatro segmentos: no mais elevado, a inteligência, no segundo, o entendimento; ao terceiro entrega a fé, e ao último a suposição, e coloca-os por ordem, atribuindo-lhes o mesmo grau de clareza que os seus respectivos objetos têm de verdade” (Platão. A REPÚBLICA. 509 e)

¹⁷ “que nenhuma coisa é uma em si mesma e que não há o que possas denominar com acerto ou dizer como é constituída. Se a qualificares como grande, ela parecerá também pequena; se pesada, leve, e assim em tudo o mais, de forma que nada é uno, ou algo determinado ou como quer que seja. Da translação das coisas, do movimento e das misturas de umas com as outras é que se forma tudo o que dizemos existir, sem usarmos a expressão correta, pois a rigor nada é ou existe, tudo devém.” (...) “De fato, o calor e o fogo que geram e coordenam todas as coisas, são gerados, por sua vez, pela translação e pela fricção, que também consistem em movimento.” (...) “A constituição do corpo não se deteriora com o repouso e a preguiça e não se conserva admiravelmente bem com a ginástica e o movimento?” (PLATÃO, Teeteto. 1988.)

¹⁸ A dialética de Sócrates confundia-se com o seu próprio dialogar, ou seja, “Ao fazê-lo, Sócrates valia-se da máscara do ‘não saber’ e da temida arma da ‘ironia’”. Pois, se “Os sofistas mais famosos punham-se em relação aos ouvintes na soberba atitude de quem sabe tudo. Sócrates, ao contrário, punha-se diante dos interlocutores na atitude de quem não sabe, tendo tudo para aprender. Porém muitos equívocos foram cometidos em relação a esse ‘não saber’ socrático, a ponto de se ver nele o início do ceticismo. Na verdade, ele pretendia ser uma afirmação de ruptura.” (Reale. 1990. P. 96/97)

¹⁹ “Trata-se, em suma, do que se chama aporias ou pensamento aporético, isto é, o pensamento que vem provocado pelo problema que assedia e do qual não se pode esquivar, suscitando aquela situação de ânimo que Boécio chamou dubitatio. Percebe-se o problema – de conduta humana prática – como algo dado e como algo que nos dirige, isto é, como o que suscita ou põe em marcha o pensamento” (RECASÉNS SICHES. 1971. P. 353).

²⁰ Dada a etimologia do termo, podemos inferir que dialética é a arte da palavra ou a arte da discussão; não no sentido de retórica cujo fundamento está na verossimilhança, mas, sim no sentido de arte da palavra que convence e que leva à compreensão, cujo fundamento é a probabilidade. Neste sentido abrange tanto a demonstração quanto a refutação, a partir da adoção do princípio de contradição.

O princípio de contradição ou de não-contradição

dição é dimensionado dentre duas proposições contrárias, ou seja, que uma delas seja a negação da outra e que uma delas deve ser falsa. Por exemplo, dado um certo número natural “n” e o dimensionamento dentre duas proposições temos: o número “n” é par e o número “n” não é par, mas uma delas deve ser falsa. Em outros termos, temos que proposições contrárias não podem ser verdadeiras simultaneamente; uma contradição, ou seja, uma proposição que é a conjunção de duas proposições contraditórias, como por exemplo o número “n” é par e o número “n” não é par, não pode ser verdadeira.

Aristóteles atribui a **Zenão** (490 A.C.) a dialética, pois, a usa, pela primeira vez na história, em defesa de seu mestre **Parmênides** (540-470 A.C.) que expõe uma filosofia diametralmente oposta à de **Heráclito** (546-480 A.C.). **Zenão** formula a idéia de que uma coisa é, ou não é. Quanto ao vir-a-ser é de todo impossível, pois, não se pode dimensionar ou conceber uma mistura de ser e não ser, ou seja, uma coisa que é preta e vira branca, não é nem preta nem branca; uma coisa, no caso, tem que ser preta ou branca. Assim, se pode inferir que a experiência parece indicar que tudo muda, mas, é um engano dos sentidos; trata-se do campo da opinião que se contenta com a aparência. Assim, entre opinião e verdade, o filósofo afirma que esta última não pode ser se não una e imutável, pois, o ser é unidade e imobilidade. **Zenão** não se preocupa em provar uma tese, mas, sim, destruir a tese do adversário. Esta *dialética negativa* só procura demonstrar que a tese daquele com quem se argumenta vai contra o princípio de contradição, e, por isto, sua tese é absurda. Com o célebre paradoxo de Aquiles, **Zenão** ilustra bem o caso, ou seja: perseguindo uma tartaruga, Aquiles percorre uma infinidade de pontos que o separa da tartaruga. Quando atinge o lugar de onde ela havia partido, deve tornar a partir para atingir o lugar onde ela está agora e assim por diante. Se ficarmos no mundo da razão, Aquiles nunca chegaria a apanhar a tartaruga. Entretanto, ele a alcança e, neste sentido, o movimento tal como é demonstrado no mundo da experiência é um absurdo. **Zenão** pouco se interessa pela veracidade das premissas daquele com quem argumenta, pois, certas ou erradas, o importante é que sejam admitidas. **Zenão**, então, parte do mesmo ponto de vista (argumento “ad ho-

mine”) e rebate pela dialética. Quando quer demonstrar, por exemplo, que não há pluralidade das coisas, argumenta: se as coisas são pluralidade (uma premissa pitagórica), elas devem ser grandes e pequenas. Pequenas a ponto de não terem qualquer grandeza e grandes a ponto de não serem infinitas. E sendo estas as premissas para conhecer a pluralidade, nos deparamos com o que acaba por ser uma contradição, pois, a pluralidade implica divisibilidade. E se são as coisas, então, infinitamente divisíveis, de forma que aquilo de que fazem parte é infinitamente grande, logo: não pode haver pluralidade das coisas. Neste caso, a soma dos elementos em grandeza não poderá dar qualquer coisa que tenha uma grandeza (Por exemplo: dois mais dois já não são quatro, dado o princípio de contradição, ou seja, $2+2 \neq 4$).

²¹ Os **sofistas**, que surgem no período de **Péricles**, conhecem e dimensionam a dialética como um “trunfo”, cujo objetivo é fazer com que seus discípulos vençam na vida política e tomem conta do poder. A dialética não é mais um método em que se busca a verdade, mas retórica e artística. Apenas uma habilidade em se servir de argumentos aparentemente válidos para iludir o adversário.

No entanto, à **Sócrates** (468 A.C.) coube o grande mérito de restabelecer a dialética, já não tanto no sentido de uma dialética negativa como em **Zenão**, mas, como uma dialética positiva ou maiêutica, ou seja, criando um clima de cordialidade e dispondo o discípulo a aceitar um ponto de partida comum com o mestre, em vez de dar a resposta de uma vez, **Sócrates** finge desconhecer o que o discípulo lhe perguntou. A resposta de **Sócrates** é uma pergunta, o que leva o interlocutor, aos poucos, a descobrir, por si mesmo, as verdades que indagou. **Sócrates** dá exemplos fáceis ao discípulo, obrigando-o a um raciocínio que o leva do particular para o universal, ou seja, pela indução chega-se a uma definição universal.

Platão (427 A.C.), discípulo de **Sócrates**, conservando, em parte, a arte do diálogo e da discussão socrática, dimensiona, com a teoria sobre as idéias, uma outra dialética que lhe é própria, ou seja, pela dialética é possível que certos homens ultrapassem o mundo das aparências. Mais especificamente, trata-se da alma

que viveu, outrora, no mundo das idéias, e que perdendo o mundo racional se rende a um corpo. A vista das coisas sensíveis, a alma se recorda ou se lembra do mundo das idéias, e, assim, se eleva do mundo que a cerca (múltiplo e mutável) para as idéias unas e imutáveis, ou seja, do mundo dos sentidos para o mundo da inteligência, pela dialética. Segundo Platão, pela dialética o filósofo foge do mundo visível e passa a conhecer a verdade, descobre a superioridade da unidade sobre a multiplicidade, da harmonia sobre a desordem (A aplicação prática da dialética platônica aparece exposta no “República”, mais precisamente, nos livros I à V.).

Em meados do século IV a.C., a academia de **Isócrates**, na perspectiva dos **sofistas**, propunha ao educando o desenvolvimento da “virtude” ou da capacitação para lidar com questões pertinentes à polis a partir da arte de emitir opiniões prováveis sobre coisas úteis (Na democracia ateniense, em que os destinos eram definidos em grande parte pela atuação dos oradores, a arte da persuasão, como a palavra manipulada com os recursos retóricos, era um fator imprescindível à eficácia do desempenho de um papel relevante na Cidade-Estado.); já, a academia de **Platão** propunha que a base para a ação política ou para qualquer outra ação deveria ser a investigação científica (epísteme), de índole matemática. A ação humana, segundo **Platão**, pretendendo ser correta e responsável, não pode ser norteada por valores instáveis, ou seja, formulada segundo o relativismo e a diversidade das opiniões (Em Platão, a negação do relativismo e da diversidade de opiniões para a determinação da ação humana como correta e responsável, ou seja, que a verdade, com um poder de coerção sem violência, é mais forte que a argumentação – o que vem a representar uma reação ao julgamento, à condenação e à morte (execução) de Sócrates descritos em Fédon.). O prof. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. argumenta que: “após a morte de Sócrates, Platão passara a descrever da persuasão como possibilidade de guiar os homens, descobrindo que a verdade é mais forte que a argumentação, ou seja, reconhecendo que a verdade tinha um poder de coerção sem violência”(FERRAZ JR., 1980. p. 12)

²² Aristóteles distinguindo raciocínio dialético, raciocínio apodítico e raciocínio erístico, buscando dar maior consistência à retórica - instrumental preferido dos sofistas -, se coloca em uma perspectiva distinta da de seu mestre. Neste período, se exaltavam as discussões doutrinárias que polemizavam a teoria das idéias, discussões como aquelas expostas na República de Platão. O poder da técnica retórica ou a capacidade de persuadir ou de convencer pelo discurso é de demonstração própria dos sofistas. No entanto, a relação do discurso com a verdade, para os sofistas, era algo secundário, ou seja, não se importavam em estabelecer uma distinção entre verdade (aletheia) e opinião (doxa).

Na fase do platonismo, iniciada com o diálogo de Teeteto, em que os conceitos dogmáticos e as opiniões irredutíveis deixam de ser o norte para aqueles que se propunham à busca da verdade. em que princípios e teorias eram partilhados e o argumento de autoridade (autos epha) era descartado, a independência e o amadurecimento intelectual de Aristóteles era determinado.

Em Teeteto, Sócrates a partir da maiêutica (trata-se de uma engenhosidade obstétrica para a parturição de idéias.), questiona o conhecimento e a sabedoria; argumenta sobre o movimento como a causa de tudo o que devém (O que vem a ser ou o que pode vir a ser. O devir em oposição ao ser e ao dever ser.) e parece existir e o repouso como o não-ser ou a destruição, de modo que, se nada podemos admitir como existentes em si mesmo, as cores, por exemplo, resultariam do encontro dos olhos com o movimento particular de cada uma e a cor por nós designada como existente não é nem o que atinge o sentiente nem o que é atingido, mas algo intermediário e peculiar a cada indivíduo; que os homens são a medida de todas as coisas (Protágoras), menos o homem inteligente. O conhecimento não pode ser, então, nem sensação, nem opinião verdadeira, nem a explicação racional acrescentada a essa opinião verdadeira.

O método socrático, de caráter ético e educativo, baseava-se na dialética. A dialética socrática se desenvolvia pela “refutação” e pela “maiêutica”. A primeira parte do método era a destrutiva, com a qual Sócrates procurava levar seu interlocutor a uma situação de *aporia*, forçando-o, ao menos intimamente, a reconhecer sua própria ignorância em relação ao assunto

examinado. Já a segunda parte do método era a construtiva, pela qual Sócrates procurava, através da maiêutica ou dialética bem conduzida, levar seu interlocutor a uma aproximação da verdade sobre o problema posto, qualquer que seja ele.

Neste sentido, as pesquisas, as oitivas e as disputas praticadas por Aristóteles eram direcionadas, a partir das críticas aos sofistas, para a restauração do valor da opinião e a sua desvinculação do arquétipo da mera arbitrariedade. **Aristóteles** distinguindo raciocínio dialético, raciocínio apodíctico e raciocínio erístico, estabelece a dessemelhança entre verdade e opinião; e restaura o valor da opinião que fundada no consenso, dada a persuasão e a crítica, é desvinculada do arquétipo da mera arbitrariedade. Mas o que é, essencialmente, a natureza do conhecimento jurídico?

²³ Mesmo os catálogos de topói ou pontos de vista satisfazem “tão pouco nosso espírito sistemático que nos sentimos impelidos a fazer urgentemente o trabalho dedutivo-sistemático. Sentimos o desejo de começar a estabelecer, por uma parte, uma série de conceitos fundamentais, com o fim de obter definições em cadeia, e, por outra parte, a fixar proposições centrais, com a finalidade de fazer deduções em cadeia ou algo parecido ao que aprendemos no que se relaciona com uma investigação de princípios. Com isto, não obstante, alteramos a peculiar função dos topói. Desligamo-los progressivamente de sua orientação para o problema quando tiramos conclusões extensas e absolutamente corretas. E, finalmente, notamos que estas conclusões se encontram muito longe já da situação inicial e são, apesar de sua correção, inadequadas, razão pela qual somos levados a afirmar que entre o sistema que havíamos projetado e o mundo do problema, que apesar de tudo não perdeu nada de sua problemática, se abriu uma notável fissura” (VIEHWEG. 1979. P. 39).

²⁴ A história da nova dialética, a partir de **Hegel**, tem Heráclito (546 – 480 A.C.) e **Aristóteles** (384 A.C.) como seus precursores e **Karl Marx** (com a dialética da alternativa) como um expoente contemporâneo desta nova dialética. Esta linha da dialética busca seu fundamento na síntese dos opostos e não mais no princípio da contradição. **Heráclito** que buscando descobrir a razão última das coisas serem, pergunta:

“o que de fato existe?” **Tales** afirma: “a água”. **Anaxímenes**: “o ar”. **Anaximandro**: “a matéria informe”. **Pitágoras**: “o número”. **Empédocles**: “os quatro elementos”. E dado o exame da filosofia, Heráclito afirma que nenhuma resposta lhe satisfaz, pois, nenhuma atinge a solução final da grande questão. Então, examinando a natureza, descobre um elemento que é comum à todas as coisas: o vir-a-ser ou devir, ou seja, o ser é essencialmente movimento, tudo flui e nada permanece. O vir-a-ser é a única realidade universal, e tudo o mais é apenas aparência. A inteligência deve penetrar no âmago das coisas e perceber o que o ser não é e que não-ser é não-ser.

O vir-a-ser dos seres é devido a um conflito dos contrários, que se opõem e se mantêm entre si, pois, todo o vir-a-ser está ligado a uma destas vias que na realidade não passam de uma só. Os contrários, como duas forças cósmicas antagonísticas, seguem a gênese e as destruições periódicas das coisas. Uma desagrega: a discórdia e a guerra, que é a causa e origem da pluralidade; A outra agrega: a concórdia e a paz, que reduz todas as coisas à unidade.

O vir-a-ser é colocado entre os contrastes e são justamente as oposições que formam a fonte desta dinâmica que produz o movimento. Os contrários são, pois, a coisa fecunda, cheia de vida. E assim, é a sucessão das coisas que nos deixa, então, apreciar os contrastes, ou seja, sem a doença não haveria saúde; sem o mal, o bem; sem a fome, a abundância; sem a fadiga, o repouso; sem o escuro, o claro; etc. E assim, Heráclito pôde afirmar que todas as antíteses são só aparentes. TUDO É NADA E NADA É.

²⁵ Na tópica, o ponto de partida ou consenso sobre o exame de uma premissa é mais importante do que o ponto de chegada ou decisão. Trata-se do consenso sobre o ponto de partida e, por conseguinte, a fundamentação da racionalidade para posterior decisão ou solução do problema. A tópica coleciona pontos de vista e os reúne em catálogos que, não estando organizados por um nexo dedutivo, são especialmente fáceis de serem ampliados e completados.

²⁶ A Escola da Exegese francesa e a Pandectística alemã, já no século XIX e dada a axiomática na determinação do raciocínio sistemático-dedutivo, foram tentativas fracassadas de recha-

çar a tópica do Direito, mas, o espírito tanto sistematizante quanto tópico, já no século XX, culminou no normativismo de Hans Kelsen que, contrariando os fracassos daqueles que o antecedeu, teoriza o Direito como um sistema fechado que, embora dinâmico, é uma ciência avessa a quaisquer valorações ou considerações extra-lógicas. Daí se dizer que Hans Kelsen afasta o político de sua teoria. Embora, nesse período tenham atravessado fases diversas, de apogeu e declínio, essas escolas podem ser caracterizadas, em linhas gerais, por seu positivismo legalista.

²⁷ O topos ou fórmula, variável no tempo e no espaço, dotado de força persuasiva, é usado mesmo nas argumentações não técnicas das discussões cotidiana, como, por exemplo, o topos do tipo “a vontade da maioria decide”. Neste sentido, no direito, há o topos do interesse, legalidade, legitimidade, soberania, direito individuais, autonomia da vontade, capacidade etc.

²⁸ Esta distinção é necessária para uma análise profunda do proposto princípio da sucessão dos discursos apodíctico, dialético, retórico e poético, na perspectiva da unidade do diverso, ou seja, da escala de credibilidade que, por sua vez, do possível ao verossímil, deste para o provável e finalmente para o *apodíctico*, busca a demonstração, o certo ou o verdadeiro. Daí, a imersão no conhecimento científico e na teoria aristotélica do silogismo.

²⁹ A semiótica moderna ou ciência dos signos tem sua origem em duas diferentes vertentes que, sintetizada, são a Semiologia, corres-

pondente à tradição europeia e iniciada por SAUSSURE, e a Semiótica, correspondente à tradição anglo-saxônica e iniciada por CHARLES SANDERS PEIRCE. As duas palavras traduzem duas maneiras diferentes de entender a ciência dos signos, ou seja, como parte da psicologia social e geral para SAUSSURE e como lógica para CHARLES SANDERS PEIRCE. (PEIRCE. 1977. P. 45/46 e NÖTH. 1998. P. 23/24)

³⁰ Assim, se alguém acreditar que um determinado objeto é uma colher, então a utilizará para levar alimentos à boca; mas, se for esse alguém chinês, por exemplo, e acreditar que se trata de uma pazinha, a utilizará para tratar de flores.

³¹ O estabelecimento de uma ponte entre o mundo prático e o ideal. A opinião como uma possível verdade.

³² Segundo a professora THEREZA CALVET DE MAGALHÃES, “uma teoria ‘semiótica’ do conhecimento (essa teoria, segundo a qual todo conhecimento é mediato, inferencial e articulado no tempo, envolve a rejeição não apenas de racionalismo cartesiano mas também do empirismo inglês).” (MAGALHÃES. 1998. P. 72)

³³ Ao contrário do que pretendia Descartes, a clareza das idéias não resulta das idéias inatas, mas da aplicação de uma máxima pragmatista, como formulada por CHARLES SANDERS PEIRCE, ou seja, a idéia de um objeto é a idéia dos efeitos sensíveis que concebemos que esse objeto tem. A concepção de certos aspectos práticos do objeto constitui a nossa concepção do objeto.

O PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO NO REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

THE PARTICIPATION PRINCIPLE IN THE BRAZILIAN LAW SYSTEM MANAGEMENT

JANAÍNA RIGO SANTIN*

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: O artigo apresenta um estudo do princípio participação no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, aborda a presença do princípio de forma implícita na Constituição Federal de 1988, em decorrência do princípio democrático. Em seguida, analisa a positivação explícita do princípio da participação na Constituição Estadual do Rio Grande do Sul para, por fim, analisar a positivação do princípio da participação na legislação infraconstitucional, em especial o Estatuto da Cidade e a Lei de Responsabilidade Fiscal. O método de abordagem utilizado foi o hermenêutico, a partir da pesquisa legislativa, jurisprudencial e bibliográfica. Intenta-se demonstrar que o princípio da participação está perfeitamente contemplado no ordenamento jurídico brasileiro, sendo um dos institutos que compõem a gestão administrativa moderna na busca de atingir um Estado Democrático de Direito, e não apenas um Estado de Direito. Sabe-se que o Estado de direito impõe a observância do princípio da legalidade; já o Estado democrático de direito exige também um controle da legitimidade das decisões administrativas. Essa legitimidade só poderá advir da participação popular na gestão da coisa pública; portanto, a mera representação política mostra-se instrumento insuficiente, neste limiar do século XXI, para a legitimação do poder estatal. Necessária a elaboração de novos paradigmas de legitimação do poder político, pautados no princípio da participação e na gestão administrativa participativa.

Palavras-chave: Princípio da Participação. Controle Social. Democracia Participativa. Cidadania. Estatuto da Cidade. Lei de Responsabilidade Fiscal.

Abstract: The present article shows a study on the participation principle in the Brazilian Law System. To that end, it focuses the implicit occurrence of such principle in the 1988 Federal Constitution as arising out of the democratic principle. Next, it analyses the participation principle as a law in the Rio Grande do Sul State Constitution and, finally, it also analyzes the participation principle as a law in the infra-constitutional legislation: mainly the City Statute and the Fiscal Responsibility Law. The study used the hermeneutic approach method based on legislative, jurisprudential and bibliographic researches. It also aimed at showing that the participation principle is fully considered in the Brazilian law system, since it is one of the modern management main requirements to establish a Legal Democratic State, instead of just a Legal State. The Legal State enforces compliance with the lawfulness principle; but the Legal Democratic State also requires control of management decision legitimacy. Such legitimacy is only possible if people can take part in public management; thus, the mere political representation has proved to be insufficient as a tool to legitimize the state power in the current beginning of the XXI Century. To legitimize the political power it is necessary to draw up new paradigms based on the participation principle and on a participative management.

* O presente artigo faz parte da tese de doutorado intitulada "O Poder Local e a Administração Administrativa Participativa", defendida e aprovada pela autora no Doutorado em Direito da Universidade Federal do Paraná. Doutora em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina. Advogada e professora da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Integrante do grupo de pesquisa no Constituição e Política, na linha de pesquisa Executivo e Políticas Públicas.

Key Words: Participation Principle. Social Control. Participative Democracy. Citizenship. City Statute. Fiscal Responsibility Law.

1. Introdução: princípios e regras

Em um ordenamento jurídico, há certos princípios que servem como base, alicerce impressor do seu caráter e aplicação. São verdadeiras normas superiores, orientadoras e informadoras da produção das demais, com relevante valor axiológico e grau de generalidade relativamente alto.

Os princípios intentam manter sempre atualizado o ordenamento jurídico, orientando a produção e aplicação das normas particulares e direitos subjetivos, que também lhes determinam o sentido e o alcance. J.J. Gomes Canotilho oferece acurada definição sobre em que consiste princípio jurídico:

Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proibem, permitem ou exigem algo em termos de ‘tudo ou nada’; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a ‘reserva do possível’, fáctica ou jurídica (1999, p. 1.177).

A partir das correntes neopositivistas encabeçadas por Norberto Bobbio (1996, p. 158-159), J. J. Gomes Canotilho (1999), Robert Alexy (1993) e Ronald Dworkin (1995), afastam-se as dúvidas de que os princípios têm um cunho normativo, já que trazem em si a própria normatividade do Direito, atribuindo um fundamento axiológico resgatando a dignidade das normas jurídicas. São normas com valor hermenêutico superior às regras, devendo orientar genericamente toda a interpretação do ordenamento jurídico. No conflito entre princípios e regras deverão imperar sempre os princípios.

Tanto as regras quanto os princípios são normas jurídicas, já que estipulam um dever-ser. Mas para distingui-las utilizam-se vários critérios. Um deles seria o do grau de abstração e de generalidade. Diz-se que os princípios são normas com um grau de abstração e generalidade relativamente alto. Não contêm ordens específicas e diretas, mas determinam que algo seja realizado da melhor forma possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. São denominados por Robert Alexy (1993) “mandatos de otimização”, tendo em vista que são caracterizados pelo fato de poderem ser cumpridos com diferentes níveis de graduação, na medida das condições normativas e fácticas existentes. Não contêm mandatos definitivos, mas, somente, *prima facie*.

Na colisão entre princípios de conteúdos diversos, Robert Alexy (1993) afirma que um dos princípios deverá ceder ao outro, num juízo de ponderação. Mas isso não importa em declará-lo inválido, nem importa em considerar-se uma cláusula de exceção, como o que ocorre com as regras. O que será analisado são as circunstâncias do caso concreto e, a partir daí, será definido qual princípio terá maior peso em relação ao outro, sem que se perca a validade do princípio com peso relativo menor. Faz-se um juízo de ponderação entre os princípios colidentes, verificando na circunstância fáctica qual deles preponderará.¹

Já as regras seriam normas com grau de generalidade e abstração menor, contendo maiores elementos de concretude, permitindo a estruturação de uma hipótese e de uma conseqüência. As regras exigem que se observe com exatidão o que nelas está ordenado. Ronald Dworkin (1995), criticando a tradição positivista moderna,

salienta que as regras são aplicadas de uma maneira do “tudo-ou-nada”, enquanto os princípios contêm uma razão indicativa de uma direção, mas que não determinam necessariamente a decisão.

Na colisão entre regras, não há meio termo, se uma regra é válida deverá ser cumprida em seu todo, afastando-se de plano da atividade interpretativa ou da aplicação pelo julgador a regra contrária, declarando-a inválida mediante critérios dogmáticos da hierarquia, temporalidade ou especialidade; ou então poderá ser introduzida em uma das regras uma cláusula de exceção que elimina o conflito (ALEXY, 1993).

Criticando a tese de Ronald Dworkin – de que as regras seriam aplicadas pelo modo “tudo ou nada” – Humberto Bergmann Ávila (1999, p. 151-179) sustenta que, da mesma maneira que os princípios, as regras também têm um conteúdo de vagueza, a ser explicitado por meio do fenômeno hermenêutico. Mediante esse procedimento prévio de interpretação e posterior aplicação do direito ao caso concreto estabelecer-se-ão o alcance da regra e as consequências daí decorrentes. As regras seriam normas mediatamente finalísticas, já que há previsão direta da conduta devida, sem ligação direta com os fins. Já os princípios seriam normas imediatamente finalísticas, pois visam a um fim a ser atingido, devendo ser relacionados com as outras normas, princípios e atos institucionalmente legitimados de interpretação para, a partir daí, obter uma conduta adequada para atingir aquele fim.

E um segundo critério de distinção entre princípios e regras apresentado por Humberto Bergmann Ávila (1999, p. 156) seria o fundamento de validade, “a partir do qual os princípios se distinguiriam das regras por serem decorrentes da noção do Estado de Direito, ao passo que as regras

seriam dedutíveis de textos normativos”. Tal entendimento adviria nas noções neopositivistas, que sustentam pertencerem ao direito não só “aquelas normas que têm uma hipótese e uma consequência determinada (regras), mas também aquelas que estabelecem prescrições ligadas indiretamente a valores, fins, idéias e *topoi* a serem *institucionalmente* determinados (princípios)” (ÁVILA, 1999, p. 156).²

Não há, portanto, necessidade de estarem positivados dogmaticamente os princípios, podendo ser extraídos das leis, da doutrina, dos costumes ou da jurisprudência, de forma implícita ou explícita, lançando suas luzes sobre todo o ordenamento jurídico.

No mesmo sentido tem-se a posição de Ana Maria D’Ávila Lopes (2001, p. 19-20), a qual acrescenta ainda que “no conflito entre regras, a solução encontra-se no âmbito da validade, ao passo que, no conflito entre princípios, o âmbito de solução é o da ponderação, isto é, a busca do princípio com maior peso”.

No que tange ao regime jurídico de Direito Administrativo, Jean Rivero (1981) bem aponta a importância dos princípios gerais na França, berço das noções atuais de Direito Administrativo tanto no Brasil quanto nos demais sistemas jurídicos, inclusive os anglo-saxões. Para o autor, ao lado das normas escritas, lei e regulamento, dá-se grande importância aos princípios gerais e às normas jurisprudenciais elaboradas pelo Conselho de Estado Francês.³ Já o regime jurídico-administrativo brasileiro ainda se encontra bastante apegado ao caráter positivista, necessitando da dogmatização dos princípios gerais de Direito Administrativo para seu reconhecimento e efetiva aplicação. Possui suas diretrizes básicas estabelecidas no texto da Magna Carta de 1988, que explicita os princípios administrativos constitucionais. São eles

os estabelecidos no artigo 37, caput da Constituição Federal de 1988: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, aos quais a Lei n.º 9.784, de 29.01.1999, que “regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal”, acrescentou os princípios da finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica e interesse público.

Porém, note-se que tal classificação não é exaustiva, constatando-se a existência de um número muito maior de princípios tanto explícitos quanto implícitos no ordenamento jurídico brasileiro. Nesta posição encontra-se o princípio da participação, presente em âmbito constitucional como princípio implícito, decorrente do princípio democrático, mas que também aparece como regra jurídica em inúmeros dispositivos das constituições estaduais e normas infraconstitucionais (o que será visto adiante, neste capítulo). Dessa forma, a partir da constatação do caráter principiológico e também regulativo da participação no ordenamento jurídico brasileiro deverão ser aplicados os métodos hermenêuticos acima explicitados, em especial o critério da ponderação, baseado em J.J. Gomes Canotilho, Ronald Dworkin e Robert Alexy, concretizando o princípio da participação nos casos concretos.

2. O princípio da Participação na Constituição Federal de 1988

A Carta Constitucional Brasileira de 1988 estabelece, em seu artigo 1.º, que o Estado brasileiro é um “Estado Democrático de Direito”, irradiando assim os valores democráticos sobre todo o ordenamento jurídico e sobre todos os elementos constitutivos estatais.

Para atendimento do valor democrático, José Afonso da Silva (2002, p.

104-105) entende que o funcionamento do Estado brasileiro deverá estar submetido à vontade popular, observando que o termo cidadania precisa ser visto com maior amplitude que a mera possibilidade de o cidadão ser titular de direitos políticos. A partir dessa visão, os participantes da vida do Estado devem ser reconhecidos como pessoas integradas a uma sociedade estatal, havendo uma conexão entre o conceito de soberania popular (art. 1.º, parágrafo único), o exercício dos direitos políticos (art. 14) e o conceito de dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III). Esses elementos serão aliados ao direito à educação (art. 205), consubstanciando-se em base e meta essencial do regime democrático.

Percebe-se que o Brasil elegeu o regime democrático de Estado de direito, mediante uma democracia representativa, isto é, as deliberações coletivas são tomadas não de modo direto pelos integrantes da sociedade, mas por representantes eleitos para esta finalidade. Porém, tratou de institucionalizar formas de democracia participativa, a fim de que os cidadãos não apenas elessem seus representantes, mas participassem pessoalmente de decisões sobre o interesse da coletividade, visando com isso uma participação democrática mais completa, capaz de ir além do direito de votar e ser votado. Classifica-se, portanto, o Brasil como uma democracia semidireta.

Além da tradicional participação política indireta, (por via da representação, com pluripartidarismo e sufrágio universal), tem-se também a participação política direta, definida no artigo 14 da Magna Carta por meio dos seguintes institutos: a) o plebiscito (o povo é chamado a decidir por meio de votação sobre mudança a ser introduzida nas instituições estatais) – art. 14, I; b) o referendo (submeter à apreciação do povo decisões de seus representan-

tes) – art. 14, II e c) a iniciativa popular (o povo pleiteia coletivamente seus interesses perante seus representantes) – art. 14, III. Tais institutos configuram a primeira manifestação da democracia participativa.

Ocorre que, mesmo passados dezesete anos da promulgação da Constituição de 1988, constata-se a exigüidade de proposições de leis por intermédio da iniciativa popular, possivelmente em virtude da imensa dificuldade em sua procedimentalidade. Há a exigência constitucional da adesão de um número considerável de eleitores (1% do eleitorado nacional), distribuídos pelo menos em cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles. Nota-se também a quase inexistência de referendos, talvez porque dependam de vontade política para tanto, situação também observada no plebiscito. A propósito, a utilização da instituição do plebiscito se dá, em concreto, apenas para decidir a formação de novas unidades federativas ou, como ocorreu em 1999, para escolha do regime político e da forma de governos brasileiros. E o referendo será utilizado em 2005, de maneira inédita, para a decisão a respeito da política de desarmamento do país.

Entretanto, há outros dispositivos de democracia participativa indicados na Constituição Federal de 1988, como os direitos fundamentais de acesso de todos à informação administrativa (art. 5.^o, XIV e XXXIII) e o direito de petição e de certidão em repartições públicas (art. 5.^o, XXIV). Mencionam-se ainda: a participação dos trabalhadores em colegiados de órgãos públicos em que se discutam seus interesses (art. 10); direito de fiscalização pelos contribuintes das contas dos Municípios (art. 31, § 3.^o); possibilidade de, na forma da lei, haver a participação do usuário na administração direta e indireta (art. 37, § 3.^o); direito de qualquer cidadão, partido

político, associação ou sindicato denunciar irregularidades ou ilegalidade perante as Cortes de Contas (art. 74, § 2.^o); obrigatoriedade de o sistema de seguridade social observar o caráter democrático e descentralizado da administração, numa gestão quadripartite (art. 194, VII). Por fim, observa-se a necessidade de uma gestão democrática no campo da saúde (arts. 197, 198, III e 227, § 1.^o); da assistência social (art. 204, I); da educação (arts. 205 e 206, VI); da cultura (art. 216, § 1.^o); do meio ambiente (art. 225); da criança e do adolescente (art. 227, § 1.^o); do aproveitamento de recursos naturais em terras indígenas (art. 231, § 3.^o), sendo que aqui estão referidos alguns dos mais relevantes.

No entender de José Afonso da Silva (2002, p. 145) houve uma opção pelo constituinte por um modelo de democracia representativa no qual os partidos políticos protagonizam quase com exclusividade a cena política, amparado por nuances de institutos e princípios de democracia direta, abrindo alguns espaços à participação dos cidadãos no processo decisório governamental. Ocorre que tais institutos ainda são em reduzido número e têm “baixo teor de eficacidae, patenteando o abismo que se rasga entre as promessas de arejamento político da Carta em vigor e os efeitos práticos que ela pode deflagrar por si mesma” (BRITTO, 1992, p. 122). A realidade demonstra que muitos dispositivos constitucionais continuam carentes de regulamentação para sua plena efetividade, e naqueles auto-aplicáveis observam-se as dificuldades das instâncias governamentais em partilhar seu poder decisório com a população que os elegeu, tornando quase que inócuos os dispositivos constitucionais supra elencados.

Para enfrentar essa situação, Konrad Hesse dispõe que é preciso fortalecer a força normativa da Constituição. Baseando-se

nos ensinamentos de Burckhardt, o autor salienta que aquele que se mostra “disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático” (apud HESSE, 1991, p. 22).

Logo, não há necessidade de se estabelecer uma lei específica que regule o princípio da participação popular, tendo em vista que este é um princípio intrínseco do ordenamento jurídico brasileiro, assim como o são os princípios da supremacia do interesse público ante o privado, da finalidade, da segurança jurídica, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação. Para esses, não se exige que estejam dogmatizados para serem reconhecidos e aplicados no regime jurídico-administrativo brasileiro, inclusive num patamar superior ao das regras dogmatizadas.

O que se busca defender no presente estudo é que o princípio da participação popular configura-se como um subprincípio decorrente do princípio democrático, da própria definição do Brasil como sendo um Estado democrático de direito, no qual o poder é exercido tanto pela forma representativa quanto participativa (art. 1.º da Constituição de 1988). Portanto, é preciso reconhecer a força normativa do princípio da participação popular, assim como são reconhecidos os demais princípios administrativos constitucionais explícitos e implícitos integrantes do ordenamento jurídico brasileiro.

Indo ao encontro do entendimento que eleva a categoria participação a princípio constitucional, advindo como derivação do princípio democrático, que lhe dá sustentação e efetividade, são as considerações de Humberto Bergmann Ávila (1999). Para o autor, ao se aplicarem as regras estipuladas no ordenamento jurídico brasilei-

ro tanto em âmbito constitucional quanto infraconstitucional deverá ser observado, em conjunto, o princípio democrático e da participação, ambos de força constitucional, bem como princípio da transparência, de força infraconstitucional.

Por sua vez, J.J. Gomes Canotilho (1999, p. 281-285) posiciona o princípio democrático como norma jurídica constitucionalmente positivada. É superior a um método ou técnica de os governados escolherem os governantes, aspirando tornar-se impulso dirigente de uma sociedade. E continua, afirmando ser o princípio da participação uma derivação do princípio democrático. No intuito de democratizar a democracia, o autor afirma que deverão ser intensificados os processos da participação direta e ativa dos cidadãos no processo decisório (1999, p. 293). Afinal, democracia, no dizer de José Afonso da Silva (2002, p. 126), não é só um valor-fim, mas um meio e instrumento de realização e valores essenciais de convivência humana. Não é um “conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantias dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história”. Trata-se de um “processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo” (2002, p. 126). Para tanto, Antonio Carlos Wolkmer (1997) enfatiza a necessidade de se atingir estruturas mais horizontalizadas na gestão pública, capazes de privilegiar uma aproximação maior do cidadão como usuário dos serviços públicos, métodos de gestão mais participativos e a instituição de critérios de avaliação de desempenho da representação política.

O Estado democrático funda-se nesses valores que expressam o princípio da soberania popular (poder emanado do povo, pelo povo e para o povo). A críti-

ca que aqui se faz é que, em sociedades complexas como a atual, esses valores democráticos não estão sendo alcançados apenas pela democracia representativa tradicional, advinda do Estado liberal. É preciso uma participação efetiva da população na gestão da coisa pública, unindo-se institutos de representação com institutos de participação, visando responder à crise de legitimidade de que padece a democracia moderna.

Na democracia representativa, caracterizada pelo direito de escolher, por meio do voto, os representantes no exercício do poder, o povo não produz democracia, mas a recebe. Não é produtor, mas sim consumidor: escolhe, entre duas ou mais ofertas, aquela que mais lhe convém. A partir disso, observa-se na democracia representativa a força dos detentores do poder econômico e das classes privilegiadas da sociedade, os quais têm acesso facilitado aos meios de comunicação, participando “dos processos eleitorais de uma forma muito mais favorável” (TARSO; SOUZA, 1997, p. 17-18). Isso não invalida a democracia representativa, mas alerta sobre a necessidade de serem criadas “novas e criativas formas de influir no poder, para torná-lo sempre mais democrático”. Um processo de democratização radical da democracia, obtido a partir de instituições novas, modificação das instituições já existentes ou ruptura de instituições tradicionais que apresentem um viés autoritário e unilateral (TARSO; SOUZA, 1997, p. 18).

Permitir, a partir dessa nova realidade, a partilha das decisões administrativas, gerando “dois focos de poder democrático: um, originário do voto; outro, das instituições diretas de participação” (TARSO; SOUZA, 1997, p. 19), inaugurando novos métodos tanto de decisão como de controle do Estado e do governo. Nesse sentido, salutar as considerações de Clémerson Merlin Clève, para o qual

“a questão da democracia não pode ser posta apenas em termos de representatividade. Não há dúvida que em Estados como os modernos não há lugar para a prescindibilidade da representação política. Os Estados modernos, quando democráticos, reclamam pela técnica da representação popular. A nação, detentora da vontade geral, fala pela voz de seus representantes eleitos. Mas a cidadania não se resume na possibilidade de manifestar-se, periodicamente, por meio de eleições para o Legislativo e para o Executivo. A cidadania vem exigindo a reformulação do conceito de democracia, radicalizando, até, uma tendência que vem de longa data. Tendência endereçada à adoção de técnicas diretas de participação democrática. Vivemos, hoje, um momento em que se procura somar a técnica necessária da democracia representativa com as vantagens oferecidas pela democracia direta. Abre-se espaço, então, para o cidadão atuar, direta e indiretamente, no território estatal” (1993, p. 16-17).

Assim, o princípio democrático abraça postulados de uma teoria democrática representativa e também participativa, prevenindo não só órgãos representativos, eleições periódicas, pluripartidarismo como também processos capazes de oferecer aos cidadãos efetivas condições de controle e de participação no processo decisório.⁴

Em realidade, em vista do acima exposto, constata-se que, mediante a efetivação do princípio da participação, surge uma “evolução da democracia representativa, exercida a cada quatro anos, para uma democracia participativa e permanente” (TARSO; SOUZA, 1997, p. 28), capaz de combinar a tradição política de democracia representativa (com eleições periódicas) com a participação popular (em formas de co-gestão), “para que os representantes eleitos pelo sufrágio universal e os participantes da democracia direta e voluntária

gerem decisões cada vez mais afinadas com os interesses da maioria” (TARSO; SOUZA, 1997, p. 22).

Acompanhando o entendimento de Carlos Ayres Britto, o princípio da participação popular é tido como expressão de poder político máximo, exercício da soberania do povo. Significa a participação do povo, de forma singular ou associativa, no exercício do poder de criar a norma jurídica estatal e na formação da vontade normativa do Estado. Uma instância deliberativa, exercida em conjunto com os representantes eleitos por esse mesmo povo. A participação popular

“introduz na democracia representativa do Brasil um elemento da chamada democracia direta, ou ‘participativa’ (...) em que setores privados têm sua presença assegurada nos colegiados dos órgãos e entidades da Administração Pública (...) Em suma, os novos institutos da democracia direta redimensionam o princípio constitucional da soberania popular, permitindo-nos falar de uma democracia participativa” (1992, p.114-122).

A respeito de participação popular e democratização, assim preleciona Pedro Jacobi:

“A noção de participação é concebida, principalmente, enquanto facilitadora de uma maior eficiência da ação estatal e de ampliação das garantias de cidadania. Participação é o encontro entre instituições representativas, partidos e administração, por um lado, e os movimentos e organizações sociais que existem, independentemente dos partidos políticos e dos mecanismos participativos, por outro. Quando se fala de participação dos cidadãos, deve-se enfatizar que se trata de uma forma de intervenção na vida pública com uma motivação social concreta, que se exerce de forma direta, e de um método de governo baseado num certo grau de institucionalização

das relações Estado/Sociedade. A extrema urgência do atendimento das demandas sociais força a necessidade de dar respostas, que viabilizem a possibilidade de implantar programas de forma ágil e democrática. Assim, num contexto de pressão social, a participação deve existir, num processo de interação entre Estado e Cidadãos. Neste sentido a administração se configura enquanto uma efetiva potencializadora de ampliação das práticas comunitárias através do estabelecimento de um conjunto de mecanismos institucionais, que reconheçam direitos efetivamente exercíveis. Para que isto ocorra é necessário que, da sociedade civil, surjam interlocutores coletivos, grupos comunitários e movimentos sociais, que tornem possível uma participação ativa e representativa, sem que o Estado exija quaisquer tipos de dependência administrativa e financeira, rompendo com os procedimentos populistas, autoritários e clientelistas” (JACOBI, 1993, p.21).

No que tange à similitude entre o instituto do controle social e o princípio da participação popular, ressalta-se o alerta de Juarez Freitas: (2001, p. 13-26) controle social não se equipara à participação popular na gestão da coisa pública, sendo esta mais abrangente que aquele. Embora para ambos seja imprescindível a atuação de uma cidadania ativa, tais mecanismos apresentam fins diversos. O controle social dá-se após os atos serem tomados pelo gestor público, dos quais deverá ser efetuada a devida prestação de contas e, a partir disso, a cidadania verificará o atendimento ao interesse público e aos princípios administrativos como a legalidade, eficiência, publicidade, moralidade, impessoalidade, dentre outros. Já a participação popular mostra-se um instituto democrático mais amplo, colocando a cidadania em posição conjunta ao poder público na definição dos destinos do governo e das políticas públicas.⁵

Já Fernando Herren Aguillar entende, ao contrário, que a “participação popular é uma espécie do gênero controle social”. Entretanto, o autor afirma que isso é um mero jogo de palavras, importando em realidade o escopo nelas embutido. Para ele, é preciso regulamentar o controle social a ser exercido pelos administrados, institucionalizá-lo, pois a sua ausência permite um “domínio regulatório absoluto do Estado nas atividades sociais”. É mister garantir que a população possa influenciar o exercício do poder, abrindo espaços institucionais para tanto, sempre albergados pelo aparelho jurídico estatal e pelo Direito (1999, p. 292).

Contrariamente, Fabiana de Menezes Soares (1997, p. 77) conclui que o controle social está inserido dentro do princípio da participação, mais amplo. Para ela, o controle social “é modo de participação popular, é expressão do poder político, o mesmo que cria normas e dá forma às instituições, não se traduzindo de modo algum em mera faculdade”. De nada adiantaria contar com o poder de participar da gestão pública, do exercício do poder, se não houver condições de controlá-lo quando este não atingir a finalidade maior para a qual está instituído: o bem comum. Mas a autora alerta a necessidade de criação de canais de operacionalização dessa participação popular, impedindo que ela caia no vazio por dificuldades de efetivação.

Por sua vez, Carlos Ayres Britto (1992, p. 114-122) também distingue o princípio da participação popular do instituto do controle social do poder – mecanismo integrante do regime jurídico-administrativo brasileiro, atuante de modo conjunto ao controle externo e interno da administração – dizendo que este se trata de expressão de direito público subjetivo derivado do exercício dos direitos de liberdade e cidadania, regulados no Título II,

capítulo I da Magna Carta e não expressão de poder, como é o princípio da participação popular. No mesmo sentido é a reflexão de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2001, p. 202), para o qual a participação pode ser caracterizada como um fenômeno do poder, uma manifestação de poder que atua sobre outra. Logo, haverá “participação no sentido juspolítico sempre que seja reconhecida pela ordem jurídica a possibilidade de atuação, mais ou menos formal, de indivíduos ou de grupos (poder individual ou grupal), na ação do Estado (poder estatal)”.

Ao exercitar a faculdade do controle, a pessoa privada apenas peticiona ao Poder Público, encaminhando-lhe uma representação, reclamação, requisição de certidão, denúncia (como, por exemplo, no artigo 74, parágrafo 2.º da Constituição Federal de 1988). É um direito subjetivo, assim como é o direito de locomoção, o respeito à integridade física e moral e tantos outros dispositivos constitucionais. Logo, controle é direito e não forma de exercício do poder político. Já a participação popular é emanção da soberania popular, é o poder do povo de intervir nos negócios do Estado e, em conjunto com os representantes eleitos, decidir sobre as questões de políticas públicas. Mediante a participação popular há a introdução na representação brasileira de elementos participativos ou de democracia direta “em que setores privados têm sua presença assegurada nos colegiados dos órgãos e entidades da Administração Pública” (BRITTO, 1992, p. 114-122).

Nesse sentido, a Constituição Federal Brasileira de 1988 representou um avanço em termos de admissibilidade de modalidades de participação política, tanto individual como coletiva. Visou, mediante a mobilização da participação popular na condução da política e das atividades do governo, fortalecer a legitimidade do po-

der, quebrando-se anos de afastamento entre o Estado e a sociedade, amordaçada por anos de ditaduras e golpes de Estado.

O Estado de direito impõe a observância do princípio da legalidade; já o Estado democrático de direito exige também um controle da legitimidade das decisões administrativas (MOREIRA NETO, 1992, p. 65). Essa legitimidade só poderá advir da participação popular na gestão da coisa pública; portanto, a mera representação política mostra-se instrumento insuficiente, neste limiar do século XXI, para a legitimação do poder estatal. E ainda, a participação popular, além de conferir a legitimidade às decisões, configura-se também como solução pedagógica, pois

“devolve à grande massa o interesse pela política, o trato da coisa comum, levando-a a um aprendizado permanente pelo *trial and error* e pelo exercício do senso comum. (...) Em suma, se a crise de governabilidade deve ser entendida, basicamente, como uma crise de legitimidade, a participação política está na raiz da solução. Em outras palavras: para preservar a democracia nada mais é preciso senão mais democracia” (MOREIRA NETO, 1992, p. 20; 31).

Para a concretização do princípio da participação será preciso elaborar uma articulação dialética entre a sociedade civil e o Estado. Romper-se com o modelo de desenvolvimento paternalista e altamente centralizado de o Estado assumir a responsabilidade total em resolver os problemas dos indivíduos. Reconhecer a idéia de que um Estado que devolve à comunidade o poder de decidir sobre seu futuro, potencializando a cidadania e a participação popular, fortalece-se a si mesmo (MOLINA SAUCEDO, 1996).

Nesse sentido, reconhece-se a forte presença do princípio da participação na legislação tanto em âmbito da Constitui-

ção Federal de 1988 como também nas constituições estaduais e, por fim, em âmbito infraconstitucional, abordando-se no próximo item alguns exemplos de dispositivos legais que acompanham a teleologia do princípio da participação presente na Magna Carta de 1988. Trata-se de uma tendência a institucionalizar novas maneiras de participação direta dos indivíduos na gestão da coisa pública, ultrapassando o aspecto formal da representação política.

3. Princípio da Participação na Constituição Estadual do Rio Grande do Sul

No que tange ao estudo do princípio da participação, é interessante trazer à baila a posição adotada pelo Estado do Rio Grande do Sul, em que o princípio da participação é recepcionado pela Carta Estadual. Desde o seu preâmbulo nota-se a adoção de um regime de governo democrático, a ser exercido mediante formas representativas e também participativas.

Ao trabalhar com o título I – Dos Princípios Fundamentais, em seu art. 1.º, a Constituição Estadual do Rio Grande do Sul adota os mesmos princípios fundamentais e direitos individuais, coletivos, sociais e políticos universalmente consagrados pela Magna Carta de 1988. Já o seu art. 2.º dispõe que a soberania popular será exercida mediante sufrágio universal, voto direto, secreto e de igual valor e ainda mediante as manifestações diretas do plebiscito, referendo e iniciativa popular (este, em particular, tratado na subseção IV do referido diploma legal, arts. 68 e segs.).

Ao dispor sobre Administração Pública, em seu art. 19 a Carta Estadual elenca dentre os princípios a serem observados pela Administração Pública direta e indireta o princípio da participação. Salienta-se que aqui a carta estadual foi além da Magna Carta de 1988, tornando explícito para a Administração Pública estadual e municí-

pal o princípio da participação. E reafirma no inciso III do referido artigo que a Administração organizar-se-á visando aproximar os serviços públicos dos beneficiários ou destinatários.⁶

Em continuidade aos dispositivos da Constituição Estadual que reafirmam o princípio da participação observa-se o art. 23, o qual possibilita a todos o acesso à informação administrativa, repetindo dispositivos constitucionais. No art. 25 determina-se que as empresas sob controle estatal e fundações públicas deverão ter na sua diretoria, no mínimo, um representante dos empregados. Ao tratar das funções e atribuições do Ministério Público, a Carta Estadual rio-grandense, em seu art. 111, V incumbe ao *parquet*, nos termos de lei complementar, “receber petições, reclamações e representações de qualquer pessoa por desrespeito aos direitos assegurados na Constituição Federal, nesta Constituição e nas leis”. No art. 126 possibilita-se a participação da sociedade civil atuante em Conselhos de Defesa e Segurança da Comunidade nos assuntos atinentes à segurança pública estadual, na forma da lei.

Ao tratar sobre finanças públicas, o art. 146 da Constituição Estadual do Rio Grande do Sul remete o assunto à lei complementar, devendo esta observar os princípios constitucionais e de lei complementar federal. Aqui se relembram os dispositivos da Magna Carta de 1988 referentes à participação popular, bem como os princípios e as regras dispostos na Lei Complementar n.º 101/2000. Salienta-se positivamente da participação popular na elaboração das peças orçamentárias (art. 149, parágrafo 4.º da Constituição Estadual), assim dispondo: “os orçamentos anuais, de execução obrigatória, compatibilizados com o plano plurianual, elaborados com participação popular na forma da lei, e em conformidade com a lei de diretrizes orçamentárias,

serão os seguintes: (...)” E ainda há a possibilidade, pelo art. 150, parágrafo 6.º, de serem “apresentadas emendas populares aos projetos de lei do plano plurianual, de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, desde que firmadas por, no mínimo, quinhentos eleitores ou encaminhadas por duas entidades representativas da sociedade”. Note-se no seguinte parágrafo 7.º a obrigatoriedade de plena divulgação à cidadania das leis orçamentárias, franqueando-as ao público trinta dias antes de sua submissão ao plenário.

No que tange à política de desenvolvimento estadual e regional, a Constituição Estadual rio-grandense, em seu art. 167 determina que a definição das “diretrizes gerais, regionais e setoriais da política de desenvolvimento caberá a órgão específico, com representação paritária do Governo do Estado e da sociedade civil”. Garantido pelo art. 168 o acesso aos cidadãos de informações sobre “qualidade de vida, meio ambiente, condições de serviços e atividades econômicas e sociais, bem como a participação popular no processo decisório”.

Já a política estadual de habitação deverá estar articulada com as comunidades organizadas (art. 173). Quanto à segurança social o art. 190 dispõe que “será estimulada e valorizada a participação da população, através de organizações representativas, na integração e controle da execução das ações mencionadas neste artigo”. A política de ensino, por sua vez, deverá embasar-se na democracia e no respeito aos direitos humanos (art. 196), primando pela gestão democrática do ensino público (art. 197, VI). Atenta-se para a instalação de um Conselho Estadual de Educação (art. 207), com poderes consultivos, fiscalizadores, normativos e deliberativos, composto em grande parte por membros indicados pela comunidade escolar. As es-

colas públicas deverão estar à disposição da comunidade e contarão com conselhos escolares constituídos pelos diretores da escola e por representantes da comunidade escolar. Os diretores serão eleitos pelo voto direto e uninominal da comunidade escolar (art. 213). No que tange à cultura também haverá um Conselho Estadual de Cultura para atingir a gestão democrática da política cultural (art. 225), devendo ser composto por representantes das entidades culturais. Já a política estadual de ciência e tecnologia estará destinada a órgão específico criado por lei, o qual deverá conter representação de segmentos da comunidade científica e dos cidadãos (art. 235). Para a comunicação social a carta estadual possibilita amplo acesso dos meios de comunicação social estatais aos partidos políticos, sindicatos, organizações profissionais, comunitárias, culturais e ambientais defensoras dos direitos humanos e da liberdade de expressão e informação social (art. 239).

No que tange à saúde, o art. 242, IV determina que as ações e serviços públicos de saúde deverão observar a “participação, com poder decisório, das entidades populares representativas dos usuários e trabalhadores da saúde, na formulação, gestão, controle e fiscalização das políticas de saúde”. Para a definição de políticas e programas de proteção da criança, adolescente e idoso possibilita-se a participação e entidades da sociedade civil (art. 260), destinando-se a coordenação, acompanhamento e fiscalização de tais programas a conselhos comunitários compostos também por segmentos da sociedade civil organizada (art. 260, parágrafo 1.º). E no que tange à política de defesa do consumidor, deverá ser planejada e executada pelo Poder Público, sempre com a “participação de entidades representativas do consumidor, de empresários e trabalhadores” (art. 267).

Nessa feita, por todos os dispositivos acima elencados enfatiza-se a necessidade

de observância do princípio da participação também em âmbito de Constituição Estadual, pelo menos no que tange ao Rio Grande do Sul. Trata-se de norma principiológica e também de regra, positivada em cada situação concreta acima tratada (saúde, educação, cultura, direito do consumidor, proteção à criança, adolescente, idoso, política de desenvolvimento estadual e regional etc.).

Por fim, ao tratar da política urbana, a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, em seu art. 177, aponta a necessidade de participação das entidades comunitárias na formulação do Plano Diretor Municipal e das diretrizes gerais de ocupação do território Municipal:

Art. 177 - Os planos diretores, obrigatórios para as cidades com população de mais de vinte mil habitantes e para todos os municípios integrantes da região metropolitana e das aglomerações urbanas, além de contemplar os aspectos de interesse local e respeitar a vocação ecológica, serão compatibilizados com as diretrizes do planejamento do desenvolvimento regional.(...)

§ 5.º - Os Municípios assegurarão a participação das entidades comunitárias legalmente constituídas na definição do plano diretor e das diretrizes gerais de ocupação do território, bem como na elaboração e implementação dos planos, programas e projetos que lhe sejam concernentes.

O dispositivo legal supra é destinado a atender ao mandamento constitucional federal disposto no artigo 29, XII, o qual prevê a efetiva participação das entidades locais no planejamento municipal. Dessa forma, no planejamento dos municípios integrantes do Estado do Rio Grande do Sul exige-se, como elemento obrigatório, a participação popular. Para tanto, não basta a mera publicidade dos atos administrativos dessa natureza, mas a efetiva assecuração da participação – mediante audiên-

cias públicas – de entidades comunitárias legalmente constituídas para a elaboração do plano diretor, diretrizes gerais de ocupação do território, bem como para a elaboração e execução dos planos, programas e projetos a eles concernentes. Nesse sentido, observa-se que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul vem atendendo a esses dispositivos constitucionais, declarando a inconstitucionalidade formal de planos diretores e de suas alterações que não contemplem o princípio da participação popular, conforme arestos abaixo relacionados:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO DE CAPÃO DA CANOA. LEI 1.458/2000 QUE ESTABELECE NORMAS SOBRE EDIFICAÇÕES NOS LOTEAMENTOS E ALTERA O PLANO DIRETOR DA SEDE DO MUNICÍPIO DE CAPÃO DA CANOA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. Ausência de participação das entidades comunitárias legalmente constituídas na definição do Plano Diretor e das diretrizes gerais de ocupação do território, bem como na elaboração e implementação dos planos, programas e projetos que lhe sejam concernentes. Violação ao § 5.º do art. 177 da Carta Estadual. Precedentes do TJRS. Eficácia da declaração excepcionalmente fixada, a teor do artigo 27 da Lei 9.868/99. Ação Procedente. RIO GRANDE DO SUL. Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 700003026564. Procurador-Geral de Justiça e Câmara Municipal de Vereadores de Capão da Canoa e Município de Capão da Canoa. Relator: Desembargador Clarindo Favretto. 16 set. 2002. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 17 nov. 2003.

ADIN. Lei n.º 526/99 do Município de Imbé, que dispõe sobre normas para edificações. Inconstitucionalidade por vício

formal na produção da norma. O art. 177, § 5.º da Carta Estadual exige que na definição do Plano Diretor ou diretrizes gerais de ocupação do território, os municípios assegurem a participação de entidades comunitárias legalmente constituídas. Dispositivo auto-aplicável. Vício formal no processo legislativo e na produção da lei. Ausência de controle preventivo de constitucionalidade. Leis municipais do Rio Grande do Sul sobre política urbana devem obedecer à condicionante da publicidade prévia e assegurar a participação de entidades comunitárias, pena de materialização de vício formal por ofensa à democracia participativa. Violação frontal ao § 5.º do art. 177 da Carta Estadual. ADIN julgada procedente. RIO GRANDE DO SUL. Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 70001688878. Procurador-Geral de Justiça e Município de Imbé. Relator: Desembargador Vasco Della Giustina. 03 dez. 2001. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 17 nov. 2003. No mesmo sentido verifica-se a ADIN n.º 70002576239, interposta contra Lei Complementar n.º 45, de 19 de março de 2001, a qual acrescenta parágrafo único ao art. 52 da Lei Complementar n.º 05, de 3 de maio de 1996, instituidora do Plano Diretor Urbano do Município de Bento Gonçalves, cujo teor da justificativa da ementa é o mesmo desta citação. RIO GRANDE DO SUL. Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 70002576239. Procurador-Geral de Justiça e Município de Bento Gonçalves. Relator: Desembargador Vasco Della Giustina. 01 abr. 2002. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 17 nov. 2003.

Nota-se que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul está trabalhando no sentido de garantir o atendi-

to dos dispositivos constitucionais concernentes à participação popular, em que pese privilegiar sua aplicação na definição do Plano Diretor e no planejamento municipal, a partir da fundamentação constitucional estadual acima posta. Mas, para os demais atos da gestão administrativa e nos demais Estados-membros da Federação brasileira há, ainda, dificuldades na efetiva aplicação do princípio constitucional da participação popular, como também das regras constitucionais que tratam desse assunto, como o artigo 29, inciso XII da Magna Carta e demais artigos supra mencionados.

4. Princípio da Participação na Legislação Infraconstitucional Brasileira

A partir das considerações apostas nos itens supra, nota-se o acolhimento do princípio da participação no ordenamento jurídico brasileiro em âmbito da Magna Carta de 1988 e também na Constituição Estadual do Rio Grande do Sul. Deriva-se, em especial, do princípio democrático estabelecido no art. 1.º, parágrafo único da Constituição Federal de 1988, o qual proporciona na democracia brasileira a utilização de mecanismos representativos conjugados a mecanismos diretos de participação da cidadania na gestão pública. Porém, recepcionando os mandamentos constitucionais, verifica-se que o princípio da participação lança suas luzes por todo o ordenamento jurídico brasileiro, presente também na legislação infraconstitucional brasileira, reguladora da Administração Pública e do fenômeno estatal.

Talvez a forma mais prestigiada de participação popular prevista na legislação infraconstitucional brasileira seja a das audiências públicas. Acompanhando a reflexão de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2001, p. 199-219), a audiência pública caracteriza-se – e nisso se distingue dos demais institutos de participação – pela

formalidade de seu processo e pela eficácia vinculatória de seu resultado. O autor classifica a audiência pública como uma espécie do subgênero participação administrativa, a qual está, por sua vez, inserida no gênero participação política. Trata-se de um instrumento de vanguarda para o aperfeiçoamento da legitimidade, contribuindo para que a democracia não seja apenas uma técnica formal de escolha periódica dos governantes, mas também de escolha permanente de como os administrados querem ser governados. Enfatiza-se aqui a relação que Diogo de Figueiredo Moreira Neto faz entre a legitimidade do exercício do poder, consensualismo e as audiências públicas. Para o autor as audiências públicas constituem-se num

“processo administrativo de participação aberto a indivíduos e grupos sociais determinados, visando ao aperfeiçoamento da legitimidade das decisões da Administração pública, criado por lei, que lhe preceitua a forma e a eficácia vinculatória, pela qual os administrados exercem o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a decisões de maior aceitação consensual” (MOREIRA NETO, 2001, p.204).

Além de garantir maior legitimidade às decisões, as audiências públicas servirão para o aperfeiçoamento do princípio da publicidade num duplo aspecto: de um lado, propicia a obtenção de dados sobre a gestão administrativa por parte dos administrados; de outro, leva a Administração a ter acesso a um mais amplo conhecimento acerca da realidade de seus administrados (MOREIRA NETO, 2001, p. 206-208).

Agustín Gordillo lembra que as audiências públicas são a concretização de um princípio clássico do direito constitucional argentino: a garantia de ouvir os interessados (cidadãos) antes de se tomar uma decisão que possa afetar direitos ou interesses

de uma comunidade. Essa conduta deverá ser um norte ao administrador, adotada, em especial, quando se trata do controle dos serviços públicos delegados à iniciativa privada, para os quais o autor ressalta a necessidade de incorporar a audiência pública como requisito prévio à emanção do ato de delegação, sob pena de nulidade absoluta. Lembra o autor que a obrigação de participação está reconhecida tanto na Constituição Argentina como também em outras normas e tratados supranacionais e internacionais: o Pacto de São José da Costa Rica (art. 23.1), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 21.1), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 25) e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (arts. XIX e XX) (GORDILLO, 1998, p. XI-1 a XI-7).

Mas a audiência pública não deve se restringir apenas às delegações de serviços públicos e sim ser estendida aos demais atos administrativos, tornando efetiva a participação popular como parte do procedimento decisório das políticas públicas. A cidadania participará do processo decisório de forma ativa, com direitos de natureza procedimental a serem respeitados e não só como mero telespectador passivo das decisões unilaterais dos governantes. Submeter ao debate público projetos de lei capazes de afetar substancialmente os interesses dos cidadãos, tudo com clareza, transparência e suficiente grau de detalhamento. Afinal, no dizer de Agustín Gordillo (1998, p. XI-1 a XI-14), ouvir os administrados, consumidores e interessados em geral constitui um critério de sabedoria política, favorecedor dos próprios administradores, os quais ao realizar a consulta popular terão maior facilidade na efetivação das políticas públicas, menor possibilidade de erro na escolha das prioridades e, portanto, maior legitimidade no exercício do poder. Trata-se de um mecanismo idôneo de

formação do consenso da opinião pública a respeito da conveniência e juridicidade dos atos administrativos; uma garantia objetiva de transparência dos procedimentos estatais; um elemento de democratização do poder e, por fim, um modo de participação do cidadão na gestão pública, indo ao encontro dos mais elevados princípios constitucionais e políticos e também das diretrizes supranacionais.

Infelizmente, é sabido que os gestores públicos são bastante reticentes em aplicar as regras de participação popular, em especial no que tange às audiências públicas, pois, em verdade, conforme denuncia Agustín Gordillo (1998, XI-10), têm medo de confrontar-se com seus eleitores e/ou temem precisar alterar suas metas pessoais em prol das escolhas da cidadania. Preferem atuar por si, sem consulta popular, e enfrentar *a posteriori* as críticas da opinião pública e da justiça.

Nos itens seguintes será tratada a previsão da participação popular em algumas leis que integram o regime jurídico-administrativo. Nota-se que, apesar de todas elas positivarem a obrigatoriedade da realização de audiências, na prática muitas vezes observa-se frustração dos dispositivos constitucionais. As causas são as mais diversas: falta do interesse público em vincular-se aos mandamentos legais, descumprindo o procedimento obrigatório de participação popular; ausência ou quase nenhuma divulgação à população da realização da audiência pública, a qual se dá apenas para cumprir uma formalidade legal; desinteresse dos cidadãos em participar do processo de audiência pública, o que torna inócuo todo o procedimento; caráter meramente consultivo e não deliberativo das audiências públicas, o que possibilita que o gestor consulte a população, porém não esteja vinculado às proposições advindas dos anseios populares.

4.1. A participação popular no processo licitatório

A participação popular no processo licitatório é observada em algumas regras que regulam o procedimento. Nesse sentido, a Lei de Licitações de n.º 8.666/93 permite a qualquer cidadão a participação em todas as fases do processo licitatório, desde que não venha a interferir ou perturbar os trabalhos (art. 4.º). Possibilita-se que qualquer cidadão participe da licitação, já que é pública e deverá respeitar o princípio da isonomia, selecionando a proposta mais vantajosa à Administração (art. 3.º).

Para facilitar o controle social, a lei de licitações garante a qualquer cidadão o direito de requerer “à Administração Pública os quantitativos das obras e preços unitários de determinada obra executada” (art. 7.º, parágrafo 8.º), bem como nos casos de dispensa ou inexibibilidade da licitação (parágrafo 9.º). E na publicação do edital de licitação abre-se a possibilidade de qualquer cidadão impugná-lo por irregularidades na aplicação da Lei n.º 8.666/93 (art. 41, parágrafo 1.º).

Já no que se refere ao mecanismo da audiência pública, tem previsão na matéria de licitações e contratos administrativos no artigo 39, caput da Lei n.º 8.666/93, o qual obriga a realização de audiências públicas para dar-se início ao processo licitatório sempre que o valor estimado do objeto de uma licitação ou de um conjunto de licitações sucessivas ou simultâneas exceder a cem vezes o limite previsto para a obrigatoriedade de concorrência para obras e serviços de engenharia (estabelecido no artigo 23, I, alínea “c”).

Assim, o procedimento licitatório deverá ser iniciado, obrigatoriamente, por uma audiência pública concedida pela autoridade responsável, com antecedência mínima de quinze dias úteis da data prevista para a publicação do edital e divul-

gada pelos mesmos meios previstos para a licitação. A ela terão acesso e direito a se manifestar e obter as pertinentes informações quaisquer interessados. Lembra Diogo de Figueiredo Moreira Neto que, se não realizada, poderá ser anulado todo o processo licitatório (MOREIRA NETO, 2001, p. 214).

E no seu artigo 43, parágrafo 1.º há a obrigatoriedade de abertura dos envelopes-documentação para habilitação e dos envelopes-proposta na licitação na modalidade de concorrência deverá ser feita em sessão pública designada com antecedência, a fim de serem apreciados e/ou impugnados pelos presentes, cuja ata será assinada por todos.

4.2. A participação popular na Legislação Ambiental

Em matéria ambiental, salienta-se que a ampla previsão participativa constitucional do artigo 225, caput é regulada pelo artigo 8.º, II, da Lei n.º 6.938/31, o qual autoriza o Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) a determinar, sempre que necessário, a convocação de entidades privadas para prestar informações na apreciação de estudos de impacto ambiental. Tal previsão está regulada na Resolução n.º 009/87 do Conama, disposto no seu artigo 2.º, caput, que esta prestação de informações deverá ser processada por meio de audiência pública sempre que se julgar necessário ou quando solicitado por entidade civil, Ministério Público ou cinquenta ou mais cidadãos. Caso solicitada e não observada essa formalidade, poderá ser declarada inválida a licença ambiental que vier a ser outorgada.

4.3. A participação popular no Processo Administrativo

Com relação ao processo administrativo federal, regulado pela Lei

n.º 9.784/99, verifica-se a positivação de cinco dispositivos que definem de modo específico alguns institutos de participação administrativa. Estão eles elencados nos artigos 31 a 35 daquele diploma legal, os quais tratam da consulta pública a ser aberta pelo órgão competente, mediante despacho motivado, se a matéria do processo envolver assuntos de interesse geral e não houver prejuízo para a parte interessada, a fim de possibilitar a manifestação de terceiros (art. 31). Diante da relevância da matéria em questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre o tema ou outros meios de participação dos administrados, de modo direto ou por meio de organizações ou associações legalmente constituídas (arts. 32 e 33). A divulgação da consulta será realizada pelos meios oficiais, no intuito de que os interessados possam examinar os autos e oferecer alegações escritas (art. 31, parágrafo 1.º). Destaca-se que conforme o art. 31, parágrafo 2.º a consulta pública não tem caráter deliberativo, entretanto, embora esses terceiros não sejam reputados partes no processo, terão “direito a obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais”.

Note-se a positivação concreta de regras de participação popular, eis que a juízo da Administração, em caráter facultativo, “antes da decisão, diante da relevância da questão poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria objeto do processo” (art. 32), ou então consulta pública (art. 31), sendo ambas utilizadas como instrumentos prévios à tomada de decisões administrativas relevantes. Também será possibilitado aos órgãos e entidades administrativas “em matéria relevante estabelecer outros meios de participação dos administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas” (art. 33). Nos casos supra,

os resultados da consulta pública, da audiência pública ou destes outros meios de participação de administrados no processo administrativo “deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado” (art. 34).

Romeu Felipe Bacellar Filho, ao comentar os princípios constitucionais do processo administrativo e a permissão aos destinatários da ação administrativa em influir na decisão final, sustenta que o primeiro passo para a vinculação do administrador aos princípios constitucionais legiferantes já foi dado com a positivação nos dispositivos supra referidos do princípio da participação popular. Já

“o segundo passo para o avanço democrático encontra-se na implementação de um sistema que permita ao cidadão participar, influir nas decisões que possam afetar diretamente sua esfera jurídica. Daí porque o consenso manifesta-se não somente de forma prévia (no momento de fixação da primeira regra abstrata de como os conflitos devem ser resolvidos), mas também de forma concreta (de como aquele conflito específico vai ser resolvido). (...) Afirmar a instrumentalidade democrática do processo e do procedimento administrativo não significa filiar-se a uma concepção procedimental e formal de democracia. O ‘democrático’ imprime ao Estado de Direito uma ordem ética. Através do processo e do procedimento administrativo pode-se controlar a vinculação da Administração aos valores constitucionais legitimantes” (1998, p. 133-136).

4.4. A participação popular nas concessões e permissões de serviços públicos

Também em matéria de concessões e permissões de serviços públicos estão previstos mecanismos de participação popular, em especial as audiências públicas. Na

Lei n.º 8.987/95 seu artigo 3.º; artigo 7.º, incisos II, IV, V e VI; e artigo 30, § único e 31, III estende a fiscalização das concessões e permissões, de competência do respectivo poder que concedeu ou permitiu o serviço, para a cooperação dos usuários do serviço público. No que tange à prestação de contas da gestão do serviço, exige-se que esta seja feita ao poder concedente e também aos usuários, nos termos contratuais. Tal procedimento, no entendimento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2001, p. 217), “tacitamente autoriza a sua regulamentação específica pelo Poder Executivo para optar, discricionariamente, pelos institutos participativos que venha a considerar mais adequados”.

Verifica-se na mesma lei a confirmação dos dispositivos do art. 37, § 3.º da Constituição Federal com os direitos do usuário de “receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos” (art. 7.º, II); de “levar ao conhecimento do Poder Público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado” (art. 7.º, IV) e de “comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço” (art. 7.º, V). Salienta-se ainda o art. 22, o qual garante a todos os cidadãos o direito de obterem certidões sobre “atos, contratos, decisões ou pareceres relativos à licitação ou às próprias concessões”.

Porém, nas palavras de Dinorá Adelaide Musetti Grotti, a maneira e a periodicidade de como se dará esse exercício de fiscalização concedido aos usuários dependerá de norma regulamentar editada pelo poder concedente. Nesse sentido

“não há previsão de nenhum poder de fato dos usuários para interferir nas tomadas de decisão ou para compartilhar a gestão operativa do serviço. Importa ainda dar a devida ênfase para o reforço à par-

ticipação dos usuários, introduzidos pelo art. 29, XII, da Lei 8.987/95, ao preceituar que as instituições políticas teriam e têm a obrigação de ‘estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço’ (art. 29, XII). Tal estímulo, porém, não é suficiente para garantir o acesso das organizações populares ao processo decisório” (2002, p. 137).

As prescrições supra-referidas foram novamente retomadas na Lei n.º 9.074/95, a qual estabeleceu “normas para a outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos”. Em seu artigo 33 houve uma transferência explícita ao Poder concedente da escolha da forma de participação dos usuários na execução dessa fiscalização. A partir disso, conclui-se que o regulamento de cada modalidade de serviço público deverá estabelecer a maneira como se dará a participação dos usuários na fiscalização, prestando ao público, se solicitado, relatórios sobre os serviços prestados.⁷

4.5. A participação popular no Estatuto da Cidade

O Estatuto da Cidade, normatizado pela Lei n.º 10.257/2001, também instituiu processos de gestão democrática e participativa na cidade, concretizando o princípio da participação popular em muitos de seus dispositivos e dando grande relevância à participação do povo na gestão administrativa local, na evidente busca de reerguer a cidadania na cidade.⁸

Tendo em vista os inúmeros problemas apresentados por gestões municipais burocratizadas, afastadas dos cidadãos e das reais necessidades da comunidade, conjugados com o alto índice de endividamento das administrações municipais, mostrou-se fundamental a edição de um estatuto capaz de introduzir a gestão democrática em âmbito municipal.⁹

Coadunando conceitos como de participação popular, legitimidade, eficiência e controle do poder, Mattos bem coloca a importância do Estatuto da Cidade na formação da gestão democrática municipal:

A garantia da participação popular, a par de conferir legitimidade à gestão das cidades, tem uma outra faceta, qual seja, a de funcionar como o *mais eficaz aparato de fiscalização dos atos da administração e do legislativo municipal*. Esse controle social é importantíssimo para assegurar a efetiva aplicação dos instrumentos de reforma urbana trazidos pelo Estatuto da Cidade, ainda mais quando outras modalidades de controle, previstas na Constituição, sobretudo a legislativa e a judiciária, têm-se mostrado de duvidosa operacionalidade e eficiência. As normas contidas no Capítulo IV do Estatuto prevêm, assim, diversas formas de participação que dão concreção a essa dupla função social da participação popular: a de aferir legitimidade às ações municipais e a de exercer o controle dessas mesmas ações (MATTOS, 2001, p. 301).

Nesse sentido, para concretização da gestão democrática da cidade será necessária a realização de debates, consultas e audiências públicas para a aprovação do Plano Diretor e demais projetos de lei, planos e programas de desenvolvimento urbano (artigo 43). As audiências públicas também serão requisitos obrigatórios para a aprovação pela Câmara Municipal das peças orçamentárias municipais (artigo 44). Constituem “passos valiosos, a depender, no entanto, de leis municipais, para a concretização crescente, entre nós, do princípio da participação popular” (FREITAS, 2001, p. 22-23).

Ao tornar plena a eficácia dos dispositivos democráticos na gestão da coisa pública previstos no Estatuto da Cidade, regulamentando-os no Município, o gestor público instrumentaliza o princípio cons-

titucional da participação, conjugando democracia representativa com democracia participativa. Há uma evolução da tradição autoritária da gestão pública, na qual relevantes decisões eram “tomadas no interior de gabinetes e simplesmente impostas à população”. A gestão democrática municipal exige do administrador público tanto competência decisória quanto a correspondência de suas escolhas às necessidades e objetivos da população. Para atingir este escopo conta-se não só com a sensibilidade do governante em captar as aspirações sociais, mas em especial, em adotar mecanismos para garantir direito de vez e voz à comunidade. Afinal, no dizer de Regis Fernandes de Oliveira, a democracia do século XXI deve superar sua visão de governo da maioria, pois para isso basta o processo eleitoral. A democracia deverá observar as regras do jogo, respeitar as minorias, possibilitar a participação dos cidadãos na tomada das decisões públicas, numa interação entre administrador e administrados. Logo, democracia é respeitar o “intersubjetivismo de ações e reações como forma de sentir o pulsar da coletividade” num processo complexo de tomada de decisões, capaz de superar a apatia do mero assentimento ou negação para ir mais além: captar o efetivo sentimento que pulsa dentro da sociedade. O autor afirma a necessidade de se combater o messianismo e os métodos carismáticos de gestão públicas, baseados no líder incontestado e dono absoluto do destino do Município. O que deverá prevalecer nas administrações municipais são os debates, as audiências públicas e as consultas mediante plebiscito e referendo. Afinal, no dizer do autor, “os debates são a essência da democracia. A ausência do debate leva à falta de raciocínio dialético, em que prevalece apenas uma opinião e, o mais das vezes, nem sempre a correta” (OLIVEIRA, 2002, p. 109) Portanto, o

processo decisório municipal, em especial após a edição do Estatuto da Cidade, deverá recepcionar a complexidade e a inter-subjetividade presente na cidadania.

Restringir a participação do povo nos processos decisórios que digam respeito ao seu Município é recusar sua cidadania e, além disso, uma afronta aos princípios constitucionais fundamentais. É preciso criar canais institucionais que possibilitem à cidadania a tomada de decisões com igualdade de oportunidade, o que ocasionará a racionalização de recursos e a redescoberta da cidadania em cada um e em grupo, levando a um maior comprometimento da população com o coletivo. Só assim será inaugurada uma gestão democrática participativa, de todos e para todos, a partir da construção de uma cidade mais humana e mais digna de se viver.

4.6. A participação popular na Lei de Responsabilidade Fiscal

No que tange ao princípio da participação, como já bem tratado no terceiro capítulo deste trabalho, com a edição da Lei Complementar n.º 101, de 04 de maio de 2000, também chamada de Lei de Responsabilidade Fiscal, pode-se apontar a evolução – quando não se dizer revolução, tendo em vista a quebra de paradigmas por ela gerados – apresentada por esse diploma legal na gestão pública brasileira e no próprio regime jurídico-administrativo. Essa evolução deu-se a partir de dois aspectos: a responsabilidade fiscal dos administradores públicos e a concretização do princípio da participação popular na gestão pública.¹⁰

A Lei de Responsabilidade Fiscal veio coroar uma tendência já presente no regime jurídico-administrativo brasileiro, em especial no que tange ao aspecto orçamentário e fiscal: o repensar na impor-

tância dos princípios na estruturação de um Direito realmente comprometido com valores substantivos da conduta humana – sem abandonar as conquistas dogmáticas – fator que fora esquecido e quase sepultado pelo positivismo jurídico.

A Lei de Responsabilidade Fiscal atribuiu grande destaque aos princípios garantidores de uma gestão eficiente, responsável e participativa, atualizando aqueles estabelecidos na Magna Carta de 1988 e propondo novos princípios complementares que passaram a integrar o regime jurídico de Direito Administrativo, a fim de que todos estejam mais afinados com o princípio maior que orienta todo o espírito da nova Lei Complementar: o princípio da participação. Reconhece-se e positiva-se o princípio da participação inserido na Constituição Federal de 1988, complementando-o com tantos outros dispositivos que agora passam a integrar o regime jurídico-administrativo brasileiro.

Não basta apenas a publicidade dos atos do gestor público, mas é necessária uma atitude positiva maior: a conduta administrativa transparente e a participação dos administrados nas decisões sobre disposição e execução orçamentárias. Por privilegiar a transparência como princípio norteador de uma gestão fiscal responsável, possibilita-se um controle social mais eficaz da administração pública, configurando-se a transparência como “um dos elementos fundamentais para a manutenção do equilíbrio das contas públicas” (ALVES et al, 2001, p. 119). Ao exigir dos gestores públicos uma atuação sincera e clara a respeito da prestação de contas de seus mandatos, cria-se a possibilidade de acesso a informações documentais detalhadas das respectivas gestões (ALVES et al, 2001, p. 119).

Mas não foi apenas no aspecto principiológico que a nova Lei de Responsa-

bilidade Fiscal inovou. Também no que tange à positivação de regras, o diploma legal em questão instituiu em vários dispositivos mecanismos formais para a participação popular na gestão do dinheiro público e nos processos decisórios sobre matérias públicas, mediante o acesso à população das contas públicas e à formação, elaboração e execução da peça orçamentária. Tais dispositivos estão expressamente elencados nos seguintes artigos: art. 1.º, parágrafo 1.º; art. 32, parágrafo 4.º; art. 45, parágrafo único; art. 48; art. 48, parágrafo único; art. 49 e seu parágrafo único; art. 51; art. 55, parágrafo 2.º; art. 56, parágrafo 3.º; art. 67.

Com participação efetiva da população tanto no controle da atividade de seus governantes – com vistas a garantir uma atuação responsável por parte do representante e que suas decisões realmente representem os interesses daqueles que o elegeram – como na decisão de como será aplicado o dinheiro público, potencializam-se todos os demais princípios que norteiam a gestão fiscal responsável (planejamento, equilíbrio fiscal, prudência, controle, responsabilidade, transparência e responsividade ou *accountability*). Alia-se a atuação dos representantes com a atuação dos administrados visando à melhoria da atividade pública brasileira e do modelo estatal.¹¹

Assim, a Lei de Responsabilidade Fiscal representa um avanço na maneira de administrar os recursos que os contribuintes colocam à disposição dos governantes com vistas ao bem-comum. A partir desse novo regramento todos os governantes, nos três entes federativos (União, Estados-Membros e Municípios) e nos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário, incluindo aqui o Ministério Público), passarão a seguir regras e limites claros para administrar suas finanças de modo trans-

parente e equilibrado, conferindo ainda à população o acesso na elaboração das peças orçamentárias, na prestação das contas e na execução orçamentária.

Comprometem-se os governantes com a elaboração de orçamentos programáticos e com o cumprimento das metas fixadas quando da operacionalização da atividade financeira estatal. Fixam-se limites às despesas, para as quais é necessário sempre corresponder uma receita. Evitam-se o déficit, com o nítido objetivo de impor a honradez dos compromissos financeiros assumidos pelo agente político sem o conseqüente comprometimento do orçamento e das metas por ele propostas (ALVES et al, 2001). Além disso, a participação popular é assegurada na determinação de realização de audiências públicas tanto pelo Executivo quanto pela Câmara Municipal durante os processos de elaboração e de discussão do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual e posterior execução orçamentária (KHAIR, 2000).

A participação do povo na gestão fiscal é instrumento fundamental para que as pessoas compreendam o funcionamento da administração pública e os seus limites, passando a decidir com efetivo conhecimento de causa. São informadas e deliberam sobre a aplicação do dinheiro público. Passam a saber qual é a receita e qual é a despesa, o que vai para cada secretaria, o que rende cada tributo, quais os principais tributos, quanto se destina para a folha de pagamento, onde e o que é possível investir. Assim, as pessoas tornam-se conhecedoras da origem e do destino das verbas públicas, e responsáveis por parte desse destino. Desnuda-se o Estado, aprendendo-se como ele funciona, como se organiza, ganhando-se o controle sobre ele.

Tudo isso é exercício de cidadania. O que antes era reclamação, requerimento ou

reivindicação muda de qualidade, adquirindo natureza e força política e tornando o indivíduo um cidadão. Essa consciência é fundamental para desenvolver o sentido de “pertencimento”, no qual cada um passa a ser um elemento politizador e conscientizador.

Ao aproximar-se o poder de decisão e de controle às pessoas que arcarão com o benefício ou prejuízo das decisões de seus representantes, ou seja, de uma boa ou má gestão, estando, por isso, interessadas nos resultados, por certo se impedirá que os governantes administrem o dinheiro público de maneira irresponsável, conseguindo pagar suas contas sem comprometer seu orçamento, orçamentos futuros ou aumentar impostos, reduzir investimentos ou cortar gastos da área social.

Dessa forma, a Lei de Responsabilidade Fiscal faz parte de uma “democracia do futuro”, adotando-se as palavras de Norberto Bobbio.¹² Confere à população o poder de não só controlar onde será destinado o dinheiro público, verificar quanto e como gastam os recursos da sociedade e se realmente as verbas estão sendo destinadas para o interesse da comunidade, mas também de controlar como é feita a arrecadação e se o governante está tomando todas as providências cabíveis para combater a sonegação (MEIRELLES, 2001). Afinal, a responsabilidade fiscal pressupõe tanto a responsabilidade na realização de gastos como a preocupação com o controle das receitas. Permite-se, portanto, que os mecanismos de mercado e o processo político sirvam como instrumento de controle e punição dos governantes que não agirem de maneira correta, e ao mesmo tempo reconhecimento da população e do mercado aos bons administradores.

Aplicando a Teoria da Ação Comunicativa de Jürgen Habermas ao presente estudo, com a participação ativa da po-

pulação na gestão da máquina pública, estar-se-á inserindo mecanismos de racionalidade comunicativa dentro do mundo sistêmico estatal, dominado por uma racionalidade instrumental. Habermas busca resgatar o potencial emancipatório da razão comunicativa – fundada na linguagem e expressada na obtenção do consenso entre os indivíduos, por intermédio do diálogo – encontrado na esfera cotidiana do “mundo da vida”. Para ele, é necessário fazer cessar a “reificação” e a “colonização” exercidas pelo “sistema” sobre o “mundo da vida”, mediante a lógica dialógica da ação comunicativa (HABERMAS, 1992). E os mecanismos de gestão democrática participativa e transparência inseridos na Lei de Responsabilidade Fiscal podem ser entendidos como um permear nas estruturas sistêmicas com as estruturas comunicativas do mundo da vida, conjugando instituições políticas representativas tradicionais e instituições democráticas participativas.

Entretanto, para a efetiva concretização do princípio da participação popular na gestão pública brasileira não bastam apenas mecanismos positivos e formais. Em qualquer sociedade em que se reduz o campo político ao campo do Estado, a democracia é apenas formal, ensejando a existência, em verdade, de um modo totalitário e “mascarado” de exercício do poder. Conforme preleciona Pedro Jacobi (1993, p. 21-23), a reflexão em torno do tema da participação está na ordem do dia, numa estreita vinculação com os processos de descentralização político-administrativas e de ampliação das possibilidades de democratização da gestão municipal, estimulando os caminhos que possibilitem a consolidação dos instrumentos de controle popular. A noção de participação é concebida como facilitadora de uma maior eficiência da ação estatal e de ampliação das garantias de cidadania.

Participação é, pois, o encontro entre as instituições representativas, partidos e administração, por um lado, e os movimentos e organizações sociais existentes, por outro. Nesse sentido, a Administração Pública detém um grande potencial de ampliação das práticas comunitárias, mediante o estabelecimento de um conjunto de mecanismos institucionais. Mas, para que isso ocorra, é necessário que da sociedade civil surjam interlocutores coletivos, grupos comunitários e movimentos sociais, capazes de tornar possível uma participação ativa e representativa, sem que o Estado exija quaisquer tipos de dependência administrativa e financeira, rompendo com os procedimentos populistas, autoritários e clientelistas (JACOBI, 1993, p. 21-23).

A força que a associação dos componentes da sociedade civil pode deter, independente de sua classe social, não passou despercebida por Aristóteles (2003, p. 195), afirmando que se a soberania encontra-se na massa do povo, então onde houver democracia os pobres irão possuir maior autoridade que os ricos, já que são em maior número. Porém, não é isso que ocorre nas sociedades modernas, em que minorias privilegiadas dominam o cenário político, cultural, social e econômico em detrimento das maiorias.

Portanto, é preciso o engajamento maciço da cidadania organizada no intuito de que os mecanismos de controle e de participação previstos na nova Lei de Responsabilidade Fiscal não fiquem expostos apenas como meros postulados formais e teóricos, mas que integrem a realidade política e social brasileira.

Nesse sentido, o espaço local mostra-se como um *locus* privilegiado para a efetivação dos mecanismos positivados tanto em âmbito constitucional como infraconstitucional relativos ao princípio da participação popular na gestão da coisa pública

expostos neste artigo, sem pretensões de exaurir a matéria. Ora, por estar o Município mais próximo ao cidadão, facilita-se o controle direto da cidadania sobre os atos de seus gestores públicos, assim como a participação da sociedade civil, tanto individual quanto coletiva, nas decisões sobre as políticas públicas a serem executadas em âmbito municipal.

Conclusão

Atualmente, quase a totalidade dos países mundiais se afirma democrática. O conceito de democracia é uma construção histórica, advinda desde a tradição grega, passando-se pela idade média e chegando até a idade contemporânea. Assim, o próprio conceito aqui apresentado advém de toda uma tradição histórica, por meio de tentativas de acerto, prova e erro, em que cada conceito tem sua história e que essa história está relacionada com o destino das sociedades e de suas organizações políticas. Mas afirma Giovanni Sartori (1997) que o homem, ao tentar definir a democracia, pode não se dar por satisfeito com esse conhecimento herdado, mas sim a partir dele construir algo novo. Aprender com o passado com olhos para o futuro, a fim de se buscar não o que a democracia foi, mas o que ela pode e deve ser. E é isso que visou o presente artigo.

A democracia é um ideal de todas as nações, um processo de busca, em que novos valores vão sendo incorporados, com o rompimento dos contrários e que, como tal, ela nunca se realiza inteiramente, pois a cada nova conquista feita abrem-se outras perspectivas, novos horizontes ao seu aperfeiçoamento. Cada nação deve encontrar o seu caminho, de acordo com a época vivenciada e o lugar, a cultura, as tradições, segundo o nível e caráter do seu povo. Mas é consenso geral de que tudo leva às formas democráticas, como ideal

maior, o qual marcha lado a lado com o reconhecimento do princípio da participação popular e a afirmação de que o poder emana do povo e para ele deve ser exercido.

A tradição administrativa brasileira e o modo como os gestores administravam as finanças públicas foram sempre e secularmente fincados no patrimonialismo, no clientelismo e no personalismo, fator agravado pelo exercício formal da democracia.

É impossível a democracia prescindir da representação, ante a magnitude dos Estados contemporâneos, totalmente diferentes das *polis* gregas. As eleições são fundamentais para a democracia, como um procedimento instrumental da expressão da confiança popular em seus representantes. Mas não absorvem a plenitude da democracia, que deve ser mantida viva durante toda a gestão pública do eleito. Assim, para efetivar realmente a democracia é preciso que o povo imponha limites e controle efetivos do poder, podendo impugnar sua atuação pelo caráter crítico, aberto e dialógico que devem possuir as sociedades democráticas.

Mas, o que nesse artigo se afirma é que não basta apenas o controle do poder. É preciso também que o povo participe do poder, indo além da representação, para conjugar-se a democracia representativa com a democracia participativa. Não se pode resumir a democracia apenas no poder do povo em eleger seus representantes de quatro em quatro anos. Essa concepção favorece o desinteresse sistemático dos administrados pela vida política, favorece a apatia, a abstenção, a resignação ante a corrupção, a falta de confiança nos governantes e a abdicação da participação na vida pública, fatores que corroem o ideal democrático. Tal é a realidade constatada nas democracias atuais, a qual gerou a profunda crise pela qual se deparam as de-

mocracias modernas, fundadas apenas na representação.

A falta de confiança do povo na classe política é a expressão do sentimento de alienação do poder de participar da gestão da coisa pública, a qual não é mais vista como questão sua, senão dos próprios titulares da gestão, que se apropriam dela e de seus fins, em uma ruptura com a legitimidade do sistema. O povo precisa sentir-se como o verdadeiro titular do poder e precisa crer que seus interesses são o verdadeiro objetivo dos governantes, como funcionários públicos que são.

Para tanto, é preciso absoluta transparência na atuação dos governantes, os quais como qualquer outro administrador precisam prestar contas aos administrados. A democracia não se constrói com palavras nem com dogmas, mas com fatos, fatos que o povo, reconhecido efetivamente como protagonista do sistema, precisa compreender e participar. Liberdade de informação, liberdade de investigação da gestão pública, liberdade de crítica, direito de pedir justificações ao poder e submeter este a um juízo independente, capaz de controlar todos e cada um de seus atos caso surgir qualquer dúvida razoável na correção de sua atuação (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2000).

Essa visualização formal da democracia faz com que se esvazie seu próprio escopo de prática de resistência ao poder do Estado. Um discurso destinado a oferecer a segurança que afasta toda a possibilidade de interrogação, interpretação e questionamento sobre as instituições estatais. Tal forma de encarar a democracia não é nada mais que um totalitarismo mascarado, um modelo com poucas oportunidades de práticas de resistência e criatividade; um modelo de democracia que funciona sutilmente como expressão dissimuladora de uma forma totalitária de poder (WA-

RAT, 1997). Eduardo García de Enterría (2000), acompanhando as observações de Luis Alberto Warat (1997), alerta que a ausência de queixas ou de reclamações pode ser devida a um consenso manipulado, um fatalismo, desesperança, apatia, internalização do dominado dos valores e crenças do dominador, adaptação do oprimido à opressão, o qual desenvolve, caracteristicamente, uma cultura do silêncio.

Uma sociedade democrática é aquela que realiza práticas democráticas, aceitando a pluralidade e a heterogeneidade de seu povo; que aceita a interpretação crítica de suas instituições e que principalmente aceita o conflito, negando as formas absolutas, plenas e completas de verdades. Realizar uma crítica desmistificadora às atitudes do poder. Reconhecer no conflito o caráter de elemento constitutivo da vida, da política e do saber, a fim de evoluir e alcançar o novo. Produzir resistência às práticas de dominação e disciplina mediante ações dialógicas, impedindo a solidificação das opiniões, condutas e crenças, para que novos direitos sejam reconhecidos, superando-se aqueles que já não refletem os anseios sociais.

Assim, para a efetivação do princípio da participação popular são necessários dois fatores: a institucionalização, pelo poder público de canais, que possibilitem essa participação, tornando efetivos os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que tratam da participação popular, e vontade dos administrados em participar das decisões que afetam a todos.

O regime jurídico-administrativo brasileiro ainda encontra-se bastante apegado ao caráter positivista, o qual necessita a dogmatização dos princípios gerais de direito administrativo para seu reconhecimento e efetiva aplicação. Conforme já exposto, e fundado na teoria de Robert Alexy, Ronald Dworkin e J.J. Canotilho,

dentre outros, não se concorda com tal posição.

Assim, com relação ao primeiro fator, conforme abordada a questão do princípio da participação popular na Lei de Responsabilidade Fiscal, não há necessidade de regulamentação de seus dispositivos, eles já são imediatamente aplicáveis, sem maiores ressalvas. Como o artigo 48, parágrafo único, onde não há dúvidas que o direito de participar da discussão e da elaboração dos orçamentos já está consagrado. Mesmo que alguns disponham que haja necessidade de “disciplinar o seu procedimento de modo a torná-lo efetivo e dotado de complementares mediações implementadoras” (FREITAS, 2001, p. 19), conforme conclusão do mesmo autor, não se pode admitir que tal ausência “represente óbice ao imediato acatamento do princípio da participação popular, o qual deve ser visto, invariavelmente, dotado de eficácia” (FREITAS, 2001, p. 19). E ainda, salienta-se o artigo 44 do Estatuto da Cidade, o qual determina ser condição obrigatória para a aprovação das peças orçamentárias pela Câmara de Vereadores municipal a participação dos cidadãos no seu processo legislativo.

Com relação ao segundo fator, afirma-se que nada adianta o Poder Público instituir canais de participação popular no exercício e no controle do Poder, se os cidadãos, que devem ser o sujeito ativo desse processo, não tiverem interesse em participar da gestão pública de seu país. É necessário o envolvimento dos cidadãos a iniciar a derrocada das fronteiras burocráticas que os separam do Estado, passando a cobrar dos gestores públicos que suas ações reflitam diretamente o interesse de sua comunidade, daqueles que os elegeram. Sair da comodidade representada pela inércia e pela ignorância política e participar de toda a avaliação crítica sobre as necessida-

des prioritárias dentro da sociedade e sobre os limites do poder público no atendimento das demandas. Cobrar a concretização das metas deliberadas e fiscalizar a aplicação do dinheiro público.

Não é o cidadão que está a serviço do Estado, mas o Estado que deve servir ao cidadão. Mas tal exigência só se realiza se houver uma cidadania atuante e organizada sob processos de gestão democrática. Dessa forma, o Estado e a máquina estatal serão tão úteis e eficazes quanto for qualitativa a cidadania organizada que os sustentam.

As condições necessárias para concretizar a participação popular no processo de formação das tutelas jurídico-políticas incluem o aprimoramento das instituições de educação e de responsabilização públicas e a necessidade de práticas políticas que encorajem as pessoas a deliberar sobre política. Pois participação sem uma educação que desenvolva a capacidade de autonomia, discernimento e visão crítica da população poderá facilmente tornar o povo presa fácil das militâncias organizadas e das ideologias, legitimando oportunistas ideológicos e carismáticos.

Ou seja, é necessário que se faça no Brasil uma revolução cultural, a qual somente poderá ser atingida mediante o processo educativo, que deverá incluir dentre as suas metas desenvolver a pessoa como um cidadão. Trata-se de um processo longo e difícil, já que o Brasil é um país sem cultura participativa. A transformação do nível de conscientização das pessoas é lento, mas não deve ser subestimado.

A Constituição de 1988 e os demais dispositivos infraconstitucionais, como o Estatuto da Cidade e a Lei de Responsabilidade fiscal, apontam o caminho e fornecem as ferramentas formais. Urge que o povo brasileiro valorize o poder da participação popular e da mobilização organi-

zada. Urge que utilize o poder de transformação que detém. Urge que assimile o seu dever político como cidadão e reconheça a sua responsabilidade para com o seu país. Viabilizar, com a sua participação, uma administração responsável, enxuta, competente e capaz de traduzir em ações os interesses públicos, da coletividade que elegeu os representantes políticos, a fim de que o princípio da participação, bem como as regras constitucionais e infraconstitucionais que o concretizam sejam um norte inviolável por parte do administrador público. Somente assim será possível concretizar o ideal democrático, em sua plenitude.

REFERÊNCIAS

- AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALVES, Benedito; GOMES, Sebastião Edilson R.; AFFONSO, Antônio Geraldo. *Lei de responsabilidade fiscal comentada e anotada*. 2.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.215, p.151-179, jan./mar. 1999.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Interesse Público*, Sapucaia do Sul, n.11, p.42-73, jul./set. 2001.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 8.ed. Tradução de: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1996.

- BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BRASIL. Lei Complementar n.º 101, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <<http://wwwwt.senado.gov.br/netacgi/nph-brs.exe?sect2=NJURLEGBRAS&s1=&s2=LCP%5BTNOR%5D&s3=%22000101%22&s4=&s5=&l=20&u=%2Flegbras%2F&p=1&r=1&f=s&d=NJUR>>. Acesso em 10. jun. 2004.
- BRASIL. Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <<http://wwwwt.senado.gov.br/netacgi/nph-brs.exe?sect2=NJURLEGBRAS&s1=&s2=LEI%5BTNOR%5D&s3=%22010257%22&s4=&s5=&l=20&u=%2Flegbras%2F&p=1&r=1&f=s&d=NJUR>>. Acesso em: 08 de jun. 2004.
- BRASIL. Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 27, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://wwwwt.senado.gov.br/netacgi/nph-brs.exe?sect2=NJURLEGBRAS&s1=&s2=LEI%5BTNOR%5D&s3=%22008666%22&s4=&s5=&l=20&u=%2Flegbras%2F&p=1&r=1&f=s&d=NJUR>>. Acesso em: 08 jun. 2004.
- BRASIL. Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://wwwwt.senado.gov.br/netacgi/nph-brs.exe?sect2=NJURLEGBRAS&s1=&s2=LEI%5BTNOR%5D&s3=%22008987%22&s4=&s5=&l=20&u=%2Flegbras%2F&p=1&r=1&f=s&d=NJUR>>. Acesso em: 08 jun. 2004.
- BRASIL. Lei n.º 9.074, de 07 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: <<http://wwwwt.senado.gov.br/netacgi/nph-brs.exe?sect2=NJURLEGBRAS&s1=&s2=LEI%5BTNOR%5D&s3=%22009074%22&s4=&s5=&l=20&u=%2Flegbras%2F&p=1&r=1&f=s&d=NJUR>>. Acesso em: 08 jun. 2004.
- BRASIL. Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <<http://wwwwt.senado.gov.br/netacgi/nph-brs.exe?sect2=NJURLEGBRAS&s1=&s2=LEI%5BTNOR%5D&s3=%22009784%22&s4=&s5=&l=20&u=%2Flegbras%2F&p=1&r=1&f=s&d=NJUR>>. Acesso em: 08 jun. 2004.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Resolução CONAMA n.º 009, de 03 de dezembro de 1987. Dispõe sobre a questão de Audiências Públicas. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama>>. Acesso em: 08 jun. 2004.
- BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 189, p.114-122, jul./set. 1992.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Gestão democrática da cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CLÈVE, Clémerson Merlin. *Temas de direito constitucional*. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Direito público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Promulgada em 5 out. 1988. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Promulgada aos 3 out. 1989. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Tradução de: Marta Guastavino. Barcelona: Editorial Ariel, 1995.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- FREITAS, Juarez. O controle social do orçamento público. *Revista Interesse Público*, Sapeucaia do Sul, ano 3, n.11, p.13-26, jul./set. 2001.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administración*. 5.ed. Madrid: Civitas, 2000.
- GENRO, Tarso; SOUZA, Ubiratan de. *Orçamento participativo: a experiência de Porto Alegre*. 2.ed. São Paulo: Perseu Abramo, 1997.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo: la defensa del usuario y del administrado*. 3.ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998. Tomo 2.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A participação popular e a consensualidade na administração pública. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 10, n.39, p.132-144, abr./jun. 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus, 1992. v.1-2.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.
- JACOBI, Pedro. Os desafios da participação e do protagonismo cidadão. In: *O papel do público e do privado na construção da cidade*, 1993, Porto Alegre. Resumos. Porto Alegre: Prefeitura de Porto Alegre, nov. 1993.
- KHAIR, Amir Antônio. *Lei de responsabilidades fiscais: guia de orientação para as prefeituras*. Brasília: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; BNDS, 2000.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Democracia hoje: para uma leitura crítica dos direitos fundamentais*. Passo Fundo: EDIUPF, 2001.
- MATTOS, Liana Portilho. Da gestão democrática da cidade. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). *Estatuto da cidade comentado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- MATTOS, Paulo (Coord.) et al. *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Ed. 34, 2004.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MENDES, Renato Geraldo. *Lei de licitações e contratos anotada*. 3.ed. Curitiba: ZNT, 1998.
- MOLINA SAUCEDO, Carlos Hugo et al. *Apre(he)ndiendo la participación popular: análisis y reflexiones sobre el modelo boliviano de descentralización*. La Paz: Offset Boliviana EDOBOL, 1996.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Comentários ao estatuto da cidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- RIO GRANDE DO SUL. Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 70003026564. Procurador-Geral de Justiça e Câmara Municipal de Vereadores de Capão da Canoa e Município de Capão da Canoa. Relator: Desembargador Clarindo Favretto. 16 set. 2002. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 17 nov. 2003.
- RIO GRANDE DO SUL. Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 70001688878. Procurador-Geral de Justiça e Município de Imbé. Relator: Desembargador Vasco Della Giustina. 03 dez. 2001. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 17 nov. 2003.
- RIO GRANDE DO SUL. Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 70002576239. Procurador-Geral de Justiça e Município de Bento Gonçalves. Relator: Desembargador Vasco Della Giustina. 01 abr. 2002. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 17 nov. 2003.
- RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Tradução de: Rogério Ehrhardt Soares. 8.ed. Coimbra: Almedina, 1981.
- SANTIN, Janaína Rigo. O estatuto da cidade e a gestão democrática municipal. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, ano 5, n.21, p.220-229, set./out. 2003.
- SANTIN, Janaína Rigo; RIBEIRO, Homero Cruz. Direito de Superfície: instrumento para efetivar a função social da propriedade à luz do Estatuto da Cidade. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 21, 2004.
- SARTORI, Giovanni. *Teoría de la democracia: 2. Los problemas clásicos*. Tradução de: Santiago Sánchez González. Madrid: Alianza Editorial, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito administrativo de participação: cidadania, direito, estado, município*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito III. O direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa Ômega, 1997.

NOTAS

¹ Nesse sentido, Luís Roberto Barroso enfatiza que “os princípios expressam os valores fundamentais do sistema, dando-lhe unidade e condicionando a atividade do intérprete. Em um ordenamento jurídico pluralista e dialético, princípios podem entrar em rota de colisão. Em tais situações, o intérprete, à luz dos elementos do caso concreto, da proporcionalidade e da preservação do núcleo fundamental de cada princípio e dos direitos fundamentais, procede a uma ponderação de interesses. Sua decisão deverá levar em conta a norma e os fatos, em uma interação não-formalista, apta a produzir a solução justa para o caso concreto, por fundamentos acolhidos pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral.” (BARROSO, 2001, p. 69)

² O autor conclui as idéias expostas por Ronald Dworkin e Robert Alexy desta forma: “a distinção entre princípios e regras, segundo Alexy, não pode ser baseada no modo ‘tudo ou nada’ de aplicação proposta por Ronald Dworkin, mas deve resumir-se, sobretudo, a dois fatores: diferença quanto à colisão, na medida em que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia; diferença quanto à obrigação que instituem, já que as regras instituem obrigações absolutas, porquanto não superáveis por normas contrapostas, enquanto os princípios

instituem obrigações prima-facie, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes” (ÁVILA, 1999, p.158).

³ Note-se a seguinte citação de Jean Rivero: “1.º Os princípios gerais do direito têm força obrigatória em relação à Administração: os actos dela que os transgridem são anulados e podem, se tiverem causado algum dano, originar responsabilidade administrativa. Têm, pois, valor de direito positivo. 2.º - Esta força não lhes advém da sua ligação a uma fonte escrita. O Conselho de Estado declara-os ‘aplicáveis mesmo quando não exista texto’; a sua autoridade é independente de qualquer elemento formal. 3.º - Não se trata de normas consuetudinárias: o juiz também não se refere à tradição nem ao consenso da opinião pública. 4.º - Tratar-se-á de normas jurisprudenciais? O juiz parece excluí-lo: apresenta os princípios como se existissem acima dele, sendo o seu papel o de os identificar e não o de os criar. É certo que o juiz não extrai das suas concepções os princípios cuja existência afirma; na raiz de qualquer sistema de direito há uma concepção do homem e do mundo, que implica um certo número de postulados. É a este fundo ético que se prendem os princípios gerais. Mas a verificação operada pelo juiz é na realidade largamente criadora: ao afirmar a existência de um princípio, o juiz dá-lhe a sanção de que estava desprovido e, por isso, insere-o no direito positivo” (RIVERO, 1981, p.87).

⁴ Explicando o sistema constitucional português, J.J. Gomes Canotilho faz uma ligação entre o princípio democrático e o princípio da participação. Para o autor, “as premissas antropológico-políticas da participação são conhecidas: o homem só se transforma em homem através da autodeterminação e a autodeterminação reside primariamente na participação política (orientação de ‘input’). Entre o conceito de democracia reduzida a um processo de representação e o conceito de democracia como optimização de participação, a Lei Fundamental ‘apostou’ num conceito ‘complexo normativo’, traduzido numa relação dialéctica (mas também integradora) dos dois elementos – representativo e participativo” (CANOTILHO, 1999, p.282-283). Ressalva-se aqui o objetivo de visualizar a doutrina de J. J. Gomes Canotilho dentro do regime

jurídico-administrativo brasileiro, já que ambos partem das mesmas premissas, diferindo apenas na questão terminológica. Os portugueses qualificam seu estado como Estado de Direito Democrático, qualificando o Direito e não o Estado. Já o Brasil define-se como Estado Democrático de Direito, qualificando diretamente o Estado, irradiando os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica, como bem lembra Afonso da Silva: “A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3.º, I) (...) participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício” (SILVA, 2002, p.119-120).

⁵ Na reflexão de Juarez Freitas, “O controle social não substitui nem faz dispensáveis os valiosos mecanismos da democracia participativa (...) o controle social deve viabilizar e fortalecer a democracia representativa, ciente de que representa, sobretudo, preciosa maneira adicional de participação popular, cuja ampliação permite sonhar com uma gestão pública menos irresponsável e assimétrica, mais madura, justa e legítima” (FREITAS, 2001, p. 16 e 26).

⁶ Art. 19. A administração pública, direta e indireta de qualquer dos Poderes do Estado e dos municípios, visando à promoção do bem público e à preservação de serviços à comunidade e aos indivíduos que a compõe, observará os princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade, da legitimidade, da participação, da razoabilidade, da economicidade, da motivação e o seguinte: (...) III - a administração pública será organizada de modo a aproximar os serviços disponíveis de seus beneficiários ou destinatários; (...).”

⁷ De acordo com as conclusões de Dinorá Adelaide Musetti Grotti, “nesse sentido encontram-se várias normas contemplando diferentes formas de participação do cidadão, com a instituição de ouvidores junto a diferentes órgãos públicos, audiências públicas, consulta pública, criação de Conselhos, sistemas de ‘disque-denúncia’, coletas de opinião e tantas outras, devendo ser destacadas suas virtualidades no Estado Democrático de Direito como instrumentos de legitimidade do poder, aproximando o Estado e a sociedade. Assim é que as leis que disciplinam as atividades das agências reguladoras foram mais avançadas nos mecanismos de participação estabelecidos do que a Lei das Concessões. É o caso da Lei 9.472, de 16.06.1997 (Lei Geral das Telecomunicações)” (2002, p.137-138). Note-se que a política de instituição de agências reguladoras para fiscalização e regulação dos serviços concedidos traz consigo o intuito da participação popular, ao estabelecer a necessidade de audiências públicas para definição de tarifas e política geral de prestação daquele serviço público tutelado pela agência reguladora. Com exemplo tem-se a Lei 9.427/97, a qual “institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel”, a qual disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica. Note-se a exigência de audiência pública quando o processo decisório puder afetar direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou consumidores (art. 4.º, parágrafo 3.º). Na Lei n.º 9.478/97, a qual dispõe sobre a política energética nacional e atividades petrolíferas e institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo, em seu art. 18 observa-se que o processo decisório e as sessões deliberativas da sua diretoria destinadas a resolver problemas entre agentes econômicos e entre estes e os consumidores e usuários de bens e serviços petrolíferos deverão ser públicos, possibilitando-se a sua gravação ou transcrição. Já o art. 19 dispõe que “as iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANP”. Salienta-se que o modelo de agências reguladoras brasileiro foi inspirado nas agências regula-

doras norte-americanas. Para aprofundamento sobre a regulação econômica norte-americana ver (MATTOS, 2004).

⁸ No que tange à palavra gestão, relevantes as constatações de Maria Paula Dallari Bucci, para a qual “deve-se frisar o sentido da palavra ‘gestão’, que difere do mero ‘gerenciamento’, na medida em que a primeira compreende grande amplitude de responsabilidades de coordenação e planejamento, enquanto a segunda, mais usual na tradição das cidades brasileiras, diz respeito à simples execução cotidiana de tarefas e serviços de administração. Assim, a gestão democrática das cidades implica a participação dos seus cidadãos e habitantes nas funções de direção, planejamento, controle e avaliação das políticas urbanas” (2002, p. 323).

⁹ Para um maior aprofundamento sobre os dispositivos legais previstos no Estatuto da Cidade, em especial no que tange à concretização do princípio constitucional da participação em âmbito municipal, ver (SANTIN, 2003) e (SANTIN; RIBEIRO, 2004).

¹⁰ Na reflexão de Diogo de Figueiredo Moreira Neto “Uma triste tradição de irresponsabilidade fiscal e orçamentária dos governantes brasileiros, em que o gastar mais do que se arrecada, o iniciar obras sem saber se é possível terminá-las, o superfaturar para obter proveitos ilícitos, o paralisar investimentos iniciados pelo antecessor e o endividar dos erários, entre outras mazelas administrativas do mesmo jaez, que se incorporaram ao cotidiano político, parece estar, enfim, com seus dias contados, assim como o flagelo da inflação, inevitável produto dessas práticas obnoxias. (...) Inaugura-se um novo conceito de gestão fiscal, em que o equilíbrio das contas públicas erige-se em dever do administrador público que, para cumpri-lo cabalmente, além de sua sujeição à legalidade, precisa ainda submeter-se à legitimidade, inclusive no exercício da prudência fiscal. (...) Esse novo passo importava na ampliação da responsabilidade legal dos governantes e dos

administradores públicos, em geral, com a dilatação dos marcos políticos e administrativos que já haviam sido postos pelo Estado de Direito, introduzindo-se parâmetros inovadores, de responsividade legítima, indispensáveis à realização do Estado Democrático.” (MOREIRA NETO, 2001, p.289-290, 306).

¹¹ No entendimento de Juarez Freitas, “não faz nenhum sentido que, ao cuidar do orçamento público, a participação popular se esgote em alguma das suas fases, ou seja, por exemplo, a escolha de prioridades deve ser vista como uma etapa decisiva, mas não a única, pois tão ou mais importante é a fiscalização do cumprimento das metas orçamentárias. Daí segue que a transparência alcançada por meios tecnológicos inovadores precisa ser real e dinamicamente considerada (exemplo: os relatórios de gestão fiscal, além de disponíveis eletronicamente, não podem continuar sendo peças cifradas e excludentes da observação do cidadão medianamente informado). (...) A participação popular é um processo dialético de avaliação e inovação, não funcionando como algo abstrato, formal e congelável no tempo ou no espaço” (FREITAS, 2001, p.48).

¹² Acompanhando a reflexão de Norberto Bobbio, a palavra democracia, na antiguidade, era diferente por completo do que se tem agora, assentada numa visão liberal e individualista da sociedade. Significava “o poder do *dêmos*, e não, como hoje, poder dos representantes do *dêmos*”. (BOBBIO, 2002, p. 372). Logo, a liberdade democrática seria autonomia, que corresponde a uma liberdade positiva. Segundo esse entendimento, devem os governantes tomar suas decisões às claras, permitindo que os governados vejam como e onde as tomam. Sem transparência democrática e visibilidade no poder nenhum controle do poder é possível. A partir disso, “a democracia do futuro goza do mesmo juízo de valor positivo da democracia dos modernos, embora retornando em parte, através da ampliação dos espaços da democracia direta”. (BOBBIO, 2002, p.382).

OPINIO JURIS VEL NECESSITATIS?
ACERCA DA TENSÃO ARGUMENTATIVA INTERNA À TEORIA DO
DIREITO ENTRE UMA
“TEORIA DAS FONTES” E UMA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO
JURÍDICA NO MARCO DE UMA COMPREENSÃO DISCURSIVA
DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO
OPINIO JURIS VEL NECESSITATIS?
ABOUT THE TENSION BETWEEN A “THEORY OF SOURCES” AND A “THEORY
OF LEGAL ARGUMENTATION” INSIDE A DISCOURSE THEORY OF LAW AND
CONSTITUTIONAL DEMOCRACY

LÚCIO ANTÔNIO CHAMON JUNIOR*

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: Este texto pretende problematizar a tradicional compreensão que se tem dos “costumes” como “fonte do Direito”. Afinal, a partir dos avanços da Teoria Constitucional contemporânea acerca dos direitos fundamentais, devedores de uma teoria da argumentação jurídica orientada a uma reflexão mais profunda a respeito do processo de modernização do Direito e da Sociedade, a releitura de temas da Teoria do Direito há que ser retomada de forma a se adequar às compreensões acerca do caráter moderno da Modernidade. Para tanto se fazem relevantes as propostas teóricas de RONALD DWORKIN e KLAUS GÜNTHER, e central a Teoria do Discurso aos moldes de JÜRGEN HABERMAS.

Palavras-chave: Interpretação constitucional. Hermenêutica Crítica. Princípios constitucionais. Costumes. “Fontes” do Direito.

Abstract: This article aims to put in doubt the traditional conceptions of legal uses as a “legal source”. Indeed, the debates of contemporary constitutional theory about civil rights, connected to the theory of legal discourses, intend to show us the importance of a reflection about Law and Society in Modern Age. In this way, the theoretical background offered by Ronald Dworkin, Klaus Günther and Jürgen Habermas can be adopted as the best comprehension for Theory of Law and for the modernity of Modern Age.

Key Words: Constitutional Interpretation. Legal Interpretation. Constitutional principles. Legal uses. Legal “sources”.

Uma questão com a qual as discussões de Teoria do Direito contemporâneas pouco se têm preocupado reflexivamente é a referida a um resgate crítico-argumentativo da chamada “teoria das fontes” do Direito, cuja apresentação, desde a Escola

Histórica de SAVIGNY, passando pelo pandectismo de WINDSCHEID, é muitas vezes assumida sem maiores e mais profundas problematizações.

Isso tudo se dá mesmo após as contundentes críticas de um neopositivista

* Mestre em Ciências Penais e Doutor em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

como KELSEN que, apesar de não comparilharmos de seus argumentos, desde sua época já apresentava críticas, que aqui nos interessam à reconstrução dessa matéria, a posicionamentos simplistas e ingênuos.

Afinal, será mesmo que podemos nos referir a “fontes” do Direito que não sejam as normas do próprio sistema jurídico-normativo?

Para responder a tal questão, sem cair em uma perigosa redução positivista-sociológica, à qual KELSEN, inclusive, se manteve preso, vamos, diante da consideração dos “costumes” como “fonte” do Direito, procurar problematizar tanto aspectos de uma teoria das fontes aos moldes inicialmente propostos pela Escola Histórica de SAVIGNY e PUCHTA e resgatados pelo pandectismo de WINDSCHEID (I).

Posteriormente apresentaremos uma reconstrução dos argumentos de KELSEN a tal matéria visto que, uma vez herdeiro de JELLINEK, introjeta de maneira mais sofisticada a questão das “fontes” em face de uma Teoria do Direito que teve que se rever para, diante da ruptura paradigmática proporcionada pelo Estado de Bem-Estar a partir das pré-compreensões liberais do Direito e do Estado, se adequar a um alargamento da atividade regulamentadora e intervencionista do Estado (II).

Trazendo à tona compreensões subjacentes a ambos paradigmas do Direito aqui tomados em conta como ponto de partida para a discussão, trilharemos rumo a uma proposta interpretativa que leve em consideração uma revisão teórica a partir de traços reconstrutivos da nossa própria *praxis* jurídica. Para tanto, uma teoria da argumentação jurídica assumida criticamente nos servirá como *chave interpretativa* a essa polêmica que aqui pretendemos instaurar (III).

Por fim, apresentaremos nossa contribuição à matéria, concluindo que os

“costumes” não são capazes de criar normas jurídicas, quando muito nos são valiosos como forma de se proceder a uma releitura do Direito em face de um caso concreto como forma de se reconhecer, em uma luta argumentativa, direitos e/ou deveres interpretados a partir de princípios jurídicos modernamente assumidos como determinantes da própria forma jurídica moderna (IV).

1. A tensão entre a “fenomenologia” da *praxis* e a “convicção nacional” como fundamento do “Direito consuetudinário”: as propostas de Puchta e Savigny resgatadas pela pandectística de Windscheid

Inicialmente cabe ressaltar que, desde a perspectiva assumida por PUCHTA, torna-se necessária uma explicação acerca do que significa, no contexto de seus escritos, a referência à *origem externa do Direito*. PUCHTA se refere à existência do Direito, que viria a determinar e ordenar as relações humanas, como fundada na *consciência jurídica dos homens*. Todavia, tal consciência, segundo o autor, há que ser compreendida não como algo capaz de se justificar profanamente, mas, pelo contrário, tal consciência jurídica seria algo advindo de Deus e o Direito, pois, seria, digamos, uma “ordem divina” revelada ao homem através, porque *por meio*, de sua consciência.¹ Afinal, o “verdadeiro criador” se esconderia como que por detrás do *espírito humano*, fazendo-nos acreditar que o Direito, por fim, seria fruto da criação da consciência humana, tanto no aspecto de seu desenvolvimento, quanto no que se refere também à sua formação.²

Acaba assumindo PUCHTA que a consciência do indivíduo, que assim a possui, vez que membro de um povo, é que teria o condão de estabelecer uma “ligação”, um “liame espiritual” deste mesmo povo. O *espírito do povo*, pois, é que seria a fonte

de seu próprio Direito e das convicções jurídicas que, todavia, poderiam se manifestar e tornar-se realidade ainda que em um único indivíduo.³

Entende PUCHTA que esta seria, então, a razão da contingência que os sistemas jurídicos apresentam; afinal, o Direito estaria atrelado às diferenças dos povos e, portanto, de seus espíritos. A especialidade das *opiniões jurídicas*, segundo o autor, seria não menos importante que o idioma na caracterização das diferenças de nacionalidade, na exata medida em que *a comunidade do Direito seria um dos vínculos espirituais* que se refeririam a um povo. Assume a posição, então, de que o desenvolvimento histórico da consciência jurídica formaria *um* dos elementos que nos permitiriam distinguir um povo de outros.⁴

Mas prossegue PUCHTA afirmando que para a “*existência real*” do Direito não bastaria a simples consciência: somente poderíamos atribuir realidade a esse quadro que se perfaz “naturalmente”, porque divinamente conduzido, quando percebêssemos que os vínculos da vida seriam realmente ordenados segundo os princípios de tal consciência jurídica.⁵ Na medida em que o Direito seria conformado por preceitos que ordenariam que algo ora fosse feito, outrora que não o fosse, não seria suficiente que a mera vontade dos indivíduos existisse para que o quadro da “realidade” do Direito estivesse conformado. Afinal, vai o autor entender que a vontade de mais indivíduos, quando orientada a “um mesmo Direito”, tende a se fazer valer e a impedir a injustiça.⁶ Mas também avança no sentido de que não satisfaria a mera vontade, pois seria necessário um órgão ao qual se reconheceria uma atuação, visto que imbuído de autoridade. Afinal, sem a existência do Estado, o Direito, para PUCHTA, apresentaria uma existência tão-somente precária e imperfeita.⁷

Na medida em que vai assumir que a origem imediata do Direito seria invisível, desenvolve a idéia de que alguns vieram a pensar que o povo viria a apreender suas opiniões jurídicas, no sentido de convicções, de especialistas, dos juristas. Outros, por sua vez, acreditaram que seria uma questão de mera observação: bastaria observar que, quando alguém empreende algo, outros podem facilmente fazer o mesmo e, quando alcançada um número maior, uma maioria, o povo, por força do hábito persuada a si mesmo de que realmente se deva agir como já se age.⁸

PUCHTA, discordando de tais posicionamentos, acreditou que o Direito, em sua origem poder-se-ia manifestar externamente por três formas, a saber, *a*) como uma “convicção imediata dos membros da nação”, isto é, o *Direito consuetudinário* vez que “imediate consciência nacional”; *b*) como lei e *c*) como produto da dedução científica.⁹ Neste momento nos interessa somente o que se refere ao chamado “Direito consuetudinário”.

Desenvolvendo sua proposta teórica, o autor aprofunda afirmando que o Direito consuetudinário, como fonte do Direito, seria estreitamente conexo com a origem fundamental de cada e específico “Direito humano”. E tal fonte seria, pois, a *consciência nacional* dos membros de um povo.¹⁰ A manifestação perfeita, na expressão de PUCHTA, desta consciência nacional seria o fato dos indivíduos agirem em conformidade às suas “convicções jurídicas”, conformando-as com a prática. Na medida em que a própria prática teria em seu fundamento um núcleo comum, a própria consciência nacional de um povo, tais práticas repetiriam *uniformemente* a partir de si mesmas, assumindo, pois, a forma dos *costumes*.¹¹ Mas adverte PUCHTA que não se poderia pretender acreditar que a repetição dos atos, que acabam por constituir o cos-

tume, é que poderia ser considerada como a fonte do Direito. Muito antes, entende que a opinião verdadeira é a contrária, pois a prática seria tão-somente o último momento, momento este em que *o Direito já se encontraria fecundado e vivo nas consciências individuais e que viria, portanto, a tomar forma externamente na prática*.¹²

Mas, afinal, como PUCHTA vem a explicar de que maneira poderíamos reconhecer o Direito consuetudinário? Na medida em que a *consciência espontânea do povo* surge como fonte do Direito, ao lado da legislação e da ciência, atribui o autor realce à questão acerca do modo de se reconhecer o Direito, pois interessaria a todos investigar sob quais condições se poderia afirmar a existência de um princípio jurídico, reconhecendo, destarte, a existência, no que aqui nos interessa, de um Direito consuetudinário.¹³

De maneira mais simplificada começa o autor a expor que o meio mais natural de reconhecer o Direito consuetudinário seria a própria prática na qual a convicção jurídica nacional, afinal, viria a se *manifestar e refletir*.¹⁴ Tal prática consistiria em atos que “conteriam” a aplicação de princípios jurídicos, podendo ser tanto uma prática extrajudicial, como também judicial, consubstanciando-se, nesta hipótese, em *usus fori*.¹⁵

Mas, ao indagar sobre quais condições são necessárias para que se pudesse identificar a prática como capaz de ser interpretada como um “meio incontestável de reconhecimento do Direito consuetudinário”, propõe PUCHTA que o que vai guiar esta interpretação seria, antes de mais nada, a verificação se a própria prática teria uma capacidade de ser assumida como *emanação de uma convicção comum e nacional*.¹⁶

Para tanto seria necessário a) que a aplicação do princípio subjacente à prática fosse assumido como a aplicação de um

princípio jurídico ou também interpretado como uma *necessidade jurídica*; e b) que tal prática pudesse se verificar como *constante e uniformemente repetida* nos casos particulares em que fora alegada a aplicação do então referido princípio — de onde, pois, PUCHTA nos recorda a idéia de *longa consuetudo*.¹⁷ Não basta a referência a tão-somente este pressuposto para que se fale em um Direito consuetudinário. PUCHTA mesmo nos alerta no sentido de que a mera repetição de um ato em épocas e momentos diferentes pode dar-se por questões “meramente fenomênicas”, não se ligando, espiritualmente, pois, à consciência nacional. Aproveita também para concluir no sentido de que quando uma prática costumeira vem a expressamente contrariar ou um *preceito religioso*, ou a uma *regra de direito que não admita qualquer exceção*, por mais antigo que seja referido costume, não poderia, por sua contrariedade, ser tomado como expressão de um princípio jurídico¹⁸ — afinal, a “prática” entraria em contradição com o fundamento último do Direito para PUCHTA, qual seja, a consciência nacional de um povo concebida por Deus.

A postura assumida e defendida por PUCHTA acerca do papel criativo dos costumes no seio do desenvolvimento do sistema normativo acabou recebendo guarida por parte de outros pensadores que, cada qual à sua maneira, acabaram por assumir o Direito consuetudinário como fonte do próprio Direito.

Ainda que não oferecendo uma justificação última em termos teológicos, SAVIGNY se mostrou extremamente simpático às propostas de PUCHTA no tema que aqui nos interessa, a ponto de em seu *System* seguir, em linhas gerais, a defesa empreendida por PUCHTA.

Começa SAVIGNY a explicitar, não em termos teológicos, mas em termos de uma justificação moral relacionada ao va-

lor intrínseco da tutela jurídica da própria capacidade moral, que o “Direito do povo” se desenvolveria não de uma maneira explícita ou exteriorizada mas, muito antes, de uma maneira invisível.¹⁹ Assim, toma o cuidado de nos alertar que a expressão “Direito consuetudinário” poderia nos induzir a compreensões falseadas. Poderia levar à interpretação de que a origem do Direito seria fruto de uma “casualidade”, ou que teria sido deixada ao “arbítrio”,²⁰ como se fosse algo que não estivesse amarrado a uma concepção espiritual de um determinado povo.

Afinal, também SAVIGNY vai assumir a posição de que uma análise mais apurada acerca do fundamento do Direito nos levaria a reconhecer a existência de uma *consciência geral do povo*, invisível por sua natureza, e que somente poderia ser, portanto, reconhecida nos atos *exteriores* que viriam a se manifestar vez que usos, hábitos e costumes.²¹

Não devemos incorrer no perigo de compreender que SAVIGNY se atrelaria àquela interpretação meramente “fenomênica” à qual PUCHTA fez referência como insuficiente para desvelar o “real” sentido de uma prática reiterada e uniforme. Antes, parte SAVIGNY à construção no sentido de que, ao seu ver, uma série de atos uniformes, uma prática constante, acusaria uma *origem comum*, a saber, e em sua opinião, “*a essência do povo*”. Caso não se pudessem alcançar esta origem comum, estar-se-ia em face da mera arbitrariedade e do acaso.²²

Para o autor, assim como também para PUCHTA, o costume não determinaria o Direito, mas seria o *signo* através do qual o Direito positivo (válido) poderia ser reconhecido. Isto porque assume o argumento de que os princípios fundamentais do Direito “viveriam” com a consciência de um povo, não podendo, pois, ser desconhecidos. Afinal, SAVIGNY, *na assunção de uma*

ética materializante, acredita ser possível interpretar uma distinção entre “princípios jurídicos fundamentais”, cujo desconhecimento não poderia ser alegado, e “princípios jurídicos secundários”, menos evidentes, mais obscuros e, portanto, passíveis de maiores confusões. Mas, quanto aos princípios jurídicos fundamentais, que viveriam na consciência do povo, o costume cumpriria um papel pedagógico para SAVIGNY: afinal, assume o autor a postura de que para que o povo tenha uma “consciência clara e distinta” de tais princípios, este mesmo povo necessitaria vê-los aplicados com uma certa frequência. Para reforçar seu posicionamento SAVIGNY faz alusão a uma frase de PUCHTA segundo a qual “o costume, para o povo que o estabelece, é um espelho no qual ele se reconhece”.²³

E conclui SAVIGNY no sentido de que não devemos ser levados por pensamentos no sentido de que o reconhecimento do Direito positivo por meio dos costumes deva ser interpretado como algo inferior. Somente estar-se-ia correndo este risco quando a “adoção de um costume” fosse fruto de um ato “irrefletido”, determinado por circunstâncias meramente acidentais — ou “fenomênicas”, no sentido de PUCHTA. Mas dito preço não se pagaria se tal adoção fosse resultado de uma “deliberação da inteligência” a manter a “dignidade do Direito”.²⁴ Afinal, o Direito consuetudinário se produziria não a partir das vontades dos indivíduos, mas porque oriundo da comunidade das convicções de um povo manifestadas, pois, em atos costumeiros: este, inclusive, é o motivo pelo qual não os usos reiterados haveriam que ser interpretados como produtores do Direito; antes, o costume seria tão-somente um meio através do qual se reconheceria o Direito manifestado pela convicção do povo.²⁵

WINDSCHEID, no giro positivista de sua pandectística, vai também comparti-

lhar, em linhas gerais, das compreensões de SAVIGNY e PUCHTA acerca da validade e formas de reconhecimento de um suposto Direito consuetudinário. Afirma WINDSCHEID que PUCHTA representou um papel importantíssimo no desenvolvimento de uma teoria do Direito consuetudinário, bem como SAVIGNY teve a importância de tê-la, em um primeiro momento, apresentado em seus lineamentos.²⁶

Entende WINDSCHEID que por Direito consuetudinário há que se assumir como aquele *Direito usado de fato sem que o Estado o haja estabelecido*.²⁷ Isto porque, segundo o autor, no uso se manifestaria a *convicção daqueles que usam, lançando mão de tal prática como sendo Direito*. E, exatamente nesta razão, estaria assentada a força obrigatória do Direito consuetudinário.²⁸ Se se perguntasse acerca do sentido de validade jurídica de uma prática usual levada adiante pelos cidadãos, a resposta seria: a convicção que eles teriam acerca da própria força jurídico-obrigatória deste uso.

Explicita WINDSCHEID, na pretensão de conformar esta compreensão à sua proposta teórica, que, ao final, a fonte última do Direito positivo há que ser vislumbrada como a *consciência do povo* (“ragione dei popoli”), na medida em que tanto para os indivíduos, como para o povo, *a razão apresentar-se-ia como a última instância de medida das coisas*.²⁹ E por meio desta consciência popular é que se poderia ter instituído, imediatamente por parte do próprio povo, um Direito que se positivaria não por via legislativa, mas através do uso.³⁰ Afinal, estabelece WINDSCHEID uma proporção entre a produção legislativa de um povo e a firmação de um Direito consuetudinário: entende o autor que na mesma medida que se desenvolve a legislação, também se daria a retração do Direito consuetudinário.

Isto estaria justificado no fato de que uma vez que a Sociedade teria se tornado mais complexa, no sentido de um maior desenvolvimento das relações humanas, mais difícil seria pretender a *formação homogênea de uma convicção jurídica*.³¹ Em razão das diferenças geográficas ou profissionais os indivíduos acabariam por assumir o “Direito dos juristas”.³²

Antes de prosseguirmos no desenvolvimento que WINDSCHEID empreende, cabe-nos aqui fazer um parêntese no que se refere à recente obra de um dos maiores processualistas da atualidade, ELIO FAZZALARI. A referência à obra de FAZZALARI torna-se neste momento interessante por nos oportunizar a compreensão de que todos esses desenvolvimentos desde SAVIGNY, passando por tantas tradições do Direito e da Ciência do Direito, se mantêm, em linhas gerais, vivos até os dias de hoje. Afinal, FAZZALARI é quem vai afirmar que a “juridicidade” de uma norma consistiria no fato desta mesma norma ser interpretada como *vinculante e exclusiva*. Vinculante no sentido de que a conduta dos indivíduos deve conformar-se à regra “na qual a norma consiste”; exclusiva porque esta mesma norma há que ser interpretada como prevalente em face de eventuais outras regras como, por exemplo, segundo o autor, aquelas regras de costumes.³³

Continua FAZZALARI dissertando no sentido de que a consideração da vinculatoriedade e exclusividade da norma há que ser concretamente analisada: afinal, e aqui é o que mais nos interessa, assume o autor a posição de que os membros de uma Sociedade nutrem, no que se refere à regra jurídica, a *opinio juris vel necessitatis*, isto é, o compartilhamento entre os indivíduos de que a norma seria vinculante e exclusiva e, portanto, jurídica.³⁴ Complementa ainda FAZZALARI no sentido de que o que poderia mais seguramente provar a *convicção*

destes cidadãos seria a prevalência, entre esses mesmos sujeitos, da observância da referida norma e sua *marginal* não observância.³⁵

A importância da referência à proposição de FAZZALARI se faz na exata medida em que o autor, ao se referir à questão da *opinio juris vel necessitatis*, acaba por estabelecer uma conexão à toda a discussão aqui desenvolvida por, em nota de pé de página, diretamente fazer menção aos escritos de PUCHTA. Não é sem sentido, afinal, a expressão *opinio juris vel necessitatis*... Na própria compreensão de WINDSCHEID, mas também nas colocações de SAVIGNY e PUCHTA, a expressão vem tão-somente densificar o que é exigido como pressuposto da constatação de um Direito consuetudinário para além da simples prática reiterada de atos.

É nesse sentido que WINDSCHEID, no que se refere aos “requisitos para o nascimento do Direito consuetudinário”, vai afirmar a existência de basicamente cinco pressupostos (“requisitos”). O primeiro haveria que ser o fato de *o uso não dever derivar de outros motivos que não aquele apontado pela convicção de sua necessidade jurídica*.³⁶ Isto é, a própria idéia de *opinio juris vel necessitatis* referida por FAZZALARI.

Além disso, entende WINDSCHEID que tal convicção não pode, para efeitos de reconhecimento de Direito consuetudinário, ser algo casual, um fato isolado, mas, antes, há que se *repetir, com uma certa duração*.³⁷

Mas não basta a *opinio juris vel necessitatis* e uma repetição prolongada no tempo, porque também haveria que se verificar uma *uniformidade* dos atos referidos ao uso,³⁸ pois, afinal, não se podem “perder” em seu sentido caindo na realização de atos exatamente opostos.

Acerca da convicção daqueles que lançam mão do uso, afirma WINDSCHEID

que haveria que existir uma “verdadeira convicção” por parte dos “usuários”, não devendo a *opinio juris vel necessitatis* ser guiada por compreensões errôneas.³⁹

Por fim, outro pressuposto na verificação da existência de um Direito consuetudinário seria o fato de que o conteúdo do uso não poderia ser irracional, não no sentido da prática ser inoportuna, *mas contraditória ao fundamento da ordem política e moral*.⁴⁰

O problema de toda esta concepção se encontra no fato de uma profunda justificação em termos ético-políticos do Direito e do Estado de Direito que merecerá, mais a frente, ser problematizada. Inclusive porque todos esses autores partem de uma compreensão materializada, eticizada, daquilo que haveria que ser assumido como convicção da Nação/do povo para, a partir de então, proceder a uma densificação de um projeto político pré-moldado pelas convicções supostamente assumidas como comuns a todos os membros da comunidade jurídica.

Mas resgatando a idéia de *usus fori* apresentada por PUCHTA, WINDSCHEID mesmo é quem também explicita no sentido de que a existência de referido Direito consuetudinário poderia se dar tanto pelo uso do próprio povo que *submete as relações de suas vidas* à certa norma — o que nos leva a crer a necessidade de se explicitar a distinção entre aceitação e aceitabilidade normativa —, ou ainda fruto do *uso dos juristas* que aplicariam certas normas nas sentenças, enfim, na prática jurisdicional, o que WINDSCHEID vem a chamar de “uso dos tribunais”.⁴¹

Interessante questão enfrentada mais diretamente por WINDSCHEID, mas não tanto bem elaborada por PUCHTA em seu *Cursum der Institutionen*, é a que diz respeito aos “costumes *contra legem*”. Assume WINDSCHEID que o Direito consuetudinário

rio teria força normativa tal qual a lei; o Direito consuetudinário não teria papel de tão-somente completar, mas também de “abolir o Direito vigente”.⁴² E tal fato se daria não somente entre normas de Direito consuetudinário, mas inclusive entre estas e a legislação. Todavia, alerta-nos o autor que o Direito consuetudinário *não teria qualquer força quando uma lei viesse a declará-lo como não obrigatório*.⁴³

Mas não fora esta a opinião sustentada pelo próprio WINDSCHEID em edição anterior de seu *Pandekten*. O autor mesmo fez questão de deixar claro que sua posição anterior, no sentido de que “a lei não poderia dispor que o Direito não fosse Direito”, tolhendo no futuro, como veio a explicar, a vigência de um Direito consuetudinário ou de uma lei, não poderia mais ser sustentada. No que interessa à matéria em foco aqui, WINDSCHEID veio explicar seu, então, novo posicionamento. Segundo este, uma lei, que viesse a excluir a força obrigatória de um futuro, posterior, costume, poderia também ser ab-rogada por um costume... Afinal, se uma convicção jurídica futura viesse a expressar, *especificamente*, que *referida lei não teria mais vigência*, aí sim, tal lei não mais regularia a proibição de se reconhecer força normativa a um costume num determinado sentido.⁴⁴ Mas veja o artifício empregado por WINDSCHEID: não é um costume qualquer aquele a ab-rogar a lei proibitiva, muito menos aquele outrora proibido pela própria lei em questão; antes, somente um costume que firmasse a convicção jurídica de que a lei proibitiva não haveria mais que ser considerada vigente é que poderia ab-rogá-la — em uma contradição patente, pois, do ponto de vista defendido pelo próprio autor, o fato de se ter a *opinio juris vel necessitatis* acerca de um uso já implicaria em uma produção imediata de Direito, tacitamente, pois, ab-rogando a lei proibitiva.

2. Arrumações no sótão da pirâmide normativa: o Direito Consuetudinário em face da Teoria kelseniana para além da proposta naturalizante da Escola Histórica

HANS KELSEN, estabelecendo uma crítica ferrenha à toda a *jurisprudência tradicional* que o antecedeu, vai, na construção de sua *Reine Rechtslehre*, proceder a uma reconsideração de uma série de questões fundamentais ao Direito e à Teoria do Direito. Partindo de uma proposta pretensamente “pura” à consecução de um estudo científico do Direito, no sentido de uma Teoria dogmática do Direito, KELSEN também enfrenta, no campo daquilo que entende como *dinâmica jurídica*, a problemática dos costumes como fatos criadores do Direito. Porém, cabe-nos desde já fazer o alerta de que a preocupação do autor não se orienta a uma justificação em termos de uma *convicção nacional* compartilhada em termos de um pressuposto espiritual, antes se orienta por uma releitura radicalmente funcional acerca da eficácia dos costumes, e da *eficácia do reconhecimento da eficácia dos costumes*.

Na medida em que na teoria kelseniana o fundamento de validade de uma norma positiva há sempre que ser considerado como outra norma hierarquicamente superior, norma esta posta por um ato de vontade ou, finalmente, pressuposta por um ato de pensamento (norma fundamental), todavia não bastaria para a constatação da validade normativa, em termos fracos, que uma norma fosse produzida em conformidade à outra que veio, para tanto, atribuir poder/competência à autoridade que expressou seu ato de vontade, que, em razão da norma hierarquicamente superior, passaria a ser interpretado como dotado não somente de um sentido subjetivo, mas também como supostamente dotado de um sentido objetivo: o sentido de “juridicamente válido”.⁴⁵

Seria necessário que além do fundamento de validade também se verificasse uma condição de validade, qual seja, para KELSEN, *um mínimo de eficácia* a ser constatado no tocante à norma em questão. Referido mínimo de eficácia surgiria como condição de validade da norma, pois não seria o bastante que a norma tivesse sido criada de acordo com normas de escalões normativos superiores. Afinal, ainda que uma norma assim produzida fosse *em princípio válida*, tal validade, segundo KELSEN, poderia ser limitada pela falta de verificação de eficácia da mesma norma. Surge, pois, o mínimo de eficácia normativa como *condição capaz de limitar* a validade de uma norma em princípio válida porque produzida em conformidade com outra hierarquicamente superior.⁴⁶

Referida explicação torna-se central se pretendemos enfrentar a questão dos costumes na teoria kelseniana. Isto porque, para KELSEN, uma norma poderia, perfeitamente, perder sua validade pelo fato de, por um longo período, permanecer inaplicada por quem haveria de cumprir o dever-ser, ou inobservada por quem teria o dever-jurídico estabelecido pela mesma. Esta é a figura da *desuetudo* que o autor explica como um “costume negativo”, cuja função seria, em suas palavras, em “anular a validade de uma norma existente”. Na medida em que a Teoria Pura assume o costume como um fato criador, gerador, do Direito, nada mais coerente que também assumir que o Direito legislado possa ser também derogado mediante práticas consuetudinárias.⁴⁷ E continua KELSEN: na medida em que a eficácia surgiria como condição de validade não tão-somente do ordenamento jurídico como um todo, mas inclusive das normas particulares, então os costumes, vez que dotados de uma *função criadora do Direito*, não poderiam deixar de ser considerados como tais pela legislação, enfim,

referida função dos costumes não poderia ser excluída pela legislação⁴⁸ — ponto no qual KELSEN, pela reconstrução aqui empreendida, toma partido contra a postura defendida finalmente por WINDSCHEID. Mas de que maneira poderiam os costumes, em face da Teoria Pura, ser considerados como fatos criadores do Direito?

Dentro da perspectiva escalonada que o autor empreende em sua interpretação no tocante ao Direito, entende KELSEN que o escalão normativo imediatamente seguinte ao da Constituição seria aquele referido a *normas gerais* criadas ou pela legislação, ou pelos *costumes*. Isto porque de uma maneira geral, vai afirmar KELSEN, as Constituições modernas instituem um “órgão legiferante especial” competente, pois, para a produção de normas gerais a serem aplicadas pelo seguinte escalão judicial/administrativo. Mas nada poderia impedir uma organização que suprimisse este órgão legiferante e que fosse concedido aos tribunais e às autoridades administrativas competência para que eles mesmos procedessem à criação das normas por eles entendidas como “adequadas ou justas para aplicar nos casos concretos”.⁴⁹

Mas deixando de lado esta hipótese, parte KELSEN para considerar, de maneira generalizada, a situação de uma ordem jurídica que instituiria um tal órgão legislativo especial.

Partindo de uma proposta convencionalista, assume que as normas criadas pela via legislativa seriam frutos de atos de vontade expressos, isto é, seriam normas *conscientemente postas*, e cujo sentido de validade adviria da norma hierarquicamente superior a atribuir competência a tal órgão para, exatamente, produzir, criar, tais normas.⁵⁰

Por outro lado, a Constituição, nesta perspectiva, poderia também vir a instituir como fato produtor de Direito práticas

consuetudinárias.⁵¹ E um tal fato consuetudinário teria como traço central a característica de os membros de uma determinada comunidade jurídica *a) agirem de forma sempre idêntica em certas e determinadas circunstâncias; b) que esta forma de agir se dê por um tempo “suficientemente longo”; c) de que, por essas razões anteriores, surja nos indivíduos, mediante seus atos, a vontade coletiva do dever de assim se conduzirem*.⁵² Enfim, seria a própria asunção, também por KELSEN, ainda que do ponto de vista da fundamentação apresente suas diferenças em face da Escola Histórica e da Pandectística, da tese da *opinio juris vel necessitatis*.

Tal proposta se coadunaria com o projeto presente na Teoria Pura, na medida em que o costume somente seria passível de ser considerado como um fato criador de norma juridicamente válida se o próprio fato consuetudinário fosse inserido na Constituição como um fato produtor de normas jurídicas...⁵³

Nos reporta KELSEN que, para a *jurisprudência tradicional*, a *opinio necessitatis* seria um elemento, um traço característico daquilo que poderia ser interpretado como fato consuetudinário, e que isto implicaria na necessidade de que os atos relativos ao costume fossem praticados na *convicção* que devem ser, pois, praticados. Mas acresce o mesmo autor que, em sendo o Direito consuetudinário Direito positivo, tal qual o Direito legislado, haveria que ser considerado como um ato de vontade coletivo cujo sentido subjetivo pudesse ser interpretado como norma juridicamente válida, como, pois, *Direito consuetudinário positivo*.⁵⁴

Assim, parte KELSEN para uma engenhosa construção no sôtão de sua própria pirâmide normativa. Quando poderia o Direito consuetudinário ser aplicado pelos órgãos aplicadores do Direito? O autor nos responde explicando-nos que isto somen-

te se poderia dar quando esses mesmos órgãos, jurisdicionais e administrativos, fossem competentes para tanto, isto é, tivessem esta competência atribuída constitucionalmente. Mas e se por acaso o costume não fosse instituído na Constituição como fato produtor do Direito? Engenhosamente constrói KELSEN uma saída para tal dilema afirmando que, caso ocorra dita situação, *teríamos, todos nós, que pressupor que a instituição do costume como fato capaz de criar normas jurídicas já se encontraria presente e marcante na própria norma fundamental*. Teríamos, pois, que pressupor “uma norma fundamental que institua como fato produtor de Direito não só o fato legislativo como também o fato do costume qualificado”!⁵⁵

Isto nitidamente se coaduna com outra crítica que já realizamos à teoria de KELSEN no sentido de que a verificação de um mínimo de eficácia não surge como uma mera condição de validade da norma, mas surge como o próprio fundamento último de todo o ordenamento jurídico, explicado em termos de uma redução da validade normativa à faticidade de sua imposição.⁵⁶

E estabelecendo um diálogo com a tradição que o antecedeu, KELSEN veio a explicitar que sua teoria, que vem a afirmar o costume como um fato produtor do Direito, se contrapõe à proposta da Escola Histórica de SAVIGNY, e aqui também dizemos de PUCHTA e resgatada por WINDSCHEID, que vem a afirmar que o costume teria um caráter meramente “declaratório”, no sentido de que o costume não seria o fundamento do Direito, mas tão-somente nos permitiria reconhecer o Direito positivo,⁵⁷ vez que reflexo de uma “convicção do povo”. Afinal, para esta tradição, o Direito não seria produzido nem pela legislação, muito menos pelo costume, mas antes, e tão-somente, pelo “espírito do povo”. A isto KELSEN dispara sua crítica segundo a qual diante de

uma teoria jurídica neopositivista não se poderia aceitar um “imaginário espírito do povo” dotado de uma função constitutiva, criadora, produtora do Direito — isto porque, como bem explicita, tal pretensão de se fazer vislumbrar um “espírito do povo” acabaria por naturalizar a discussão, vez que variante de uma concepção da teoria do Direito natural que viria a refletir uma tensão entre o Direito referido ao espírito do povo e o Direito *reproduzido* pela legislação/costume.⁵⁸

Também critica Kelsen compreensões orientadas às opiniões de que o uso consuetudinário dos membros da comunidade jurídica somente se *transformaria* em norma jurídica mediante, através, do reconhecimento por parte de um tribunal que viria a aplicar referida regra. Surpreendentemente, tal é a posição recentemente defendida por um autor oposto a Kelsen, e deste tão crítico, qual seja, NIKLAS LUHMANN.⁵⁹ Mas, continua Kelsen, tal posição de que os tribunais se encontram em face de normas consuetudinariamente produzidas em nada se difere daquela situação em que o foco se refira a normas legislativamente criadas. Isto porque, para o autor, o tribunal há que verificar, quando da aplicação normativa, se mesmo uma norma legislada há que ser considerada como uma norma juridicamente válida... E isto, referido órgão somente alcança mediante a referência a uma norma pressuposta (norma fundamental) que, por sua vez, também *incluía* a referência aos costumes como fatos produtores do Direito.⁶⁰ Assim, não seriam os tribunais os órgãos a transformar os costumes em normas de Direito consuetudinário, antes seriam tão somente uma instância de confirmação, porque de aplicação, de normas supostamente anteriores ao próprio caso concreto em consideração pelo órgão.

É claro que há diferenças, segundo Kelsen, entre a legislação e a produção

costumeira das normas. Naquela, a autoridade produtora das normas não se identifica com os indivíduos que serão submetidos às mesmas normas. Nesta há, até uma certa medida, uma coincidência segundo o autor: não há a exigência de que todos tenham participado na formação do costume. *Bastaria que a maioria dominante dos membros da comunidade jurídica tenha participado de tal produção normativa*⁶¹ — o que resgata a necessidade de se esclarecer a distinção entre aceitação e aceitabilidade normativa.

Por fim, conclui Kelsen: se por fonte do Direito, a uma melhor luz, podemos vislumbrar “o fundamento de validade jurídico-positivo de uma norma jurídica”, isto significa que a fonte de uma norma há que ser considerada, sempre, como a norma jurídica positiva do escalão superior que veio a regular sua produção. Destarte, a Constituição seria, pois, a fonte das normas produzidas por via legislativa ou consuetudinária e, por fim, a “fonte do Direito só pode se o Direito”.

3. Mais além da “convicção nacional”: os rumos para uma interpretação democrática do Direito e do Estado de Direito

Desde uma óptica que assuma as problematizações em torno das pré-compreensões referentes às interpretações liberais consubstanciadas na perspectiva assumida pela Escola Histórica e pelo pandectismo, bem como no que dizem respeito a um neopositivismo revisitado em termos de uma sofisticação funcionalista, podemos perceber que tanto em uma, quanto em outra proposta interpretativa, assume-se, sem maiores e maduros questionamentos, o subjugar de todos a uma identidade ética compartilhada pelos indivíduos de uma Sociedade, seja por se “ligarem” à comunidade em termos de um “espírito do povo” a permitir, suposta e fantasticamente, um

núcleo normativo comum co-determinante da vida comum, seja pela aceitação, desde uma perspectiva fraca de observação sociológica, de comandos normativos interpretados como válidos desde o centro detentor do monopólio do uso da força.

Desde já adiantamos um problema que não encontra uma interpretação coerente tanto em uma, quanto em outra proposta teórica: na medida em que a Modernidade implicou em não só uma dessacralização das formas de vida, mas também, e como questões co-implicadas, uma diferenciação funcional dos sistemas e uma “especialização” de esferas de racionalidade, enfim, tornando-se em um mundo mediado lingüisticamente desde uma perspectiva descentrada,⁶² como essa mesma Modernidade pode, legitimamente, lidar com a pluralidade ética sem perder a capacidade de alimentar um sistema normativo, de saber e de ação, que é o Direito?

Primeiramente, podemos desde já adiantar que as propostas teóricas de SAVIGNY e PUCHTA falham nesta empreita, seja por pretender um valor moral intrínseco aos indivíduos a justificar a legitimidade da própria tutela jurídico-jurisdicional, para aquele, seja porque, para este, o fundamento último do Direito e da própria normatividade do sistema jurídico moderno encontrar-se-ia na *voluntas dei*, a ser “acessada”, contínua e universalmente, pelos indivíduos que se reconheceriam, pois, e imediatamente, como criadores de seu próprio Direito positivo.

Sabemos que a justificativa de SAVIGNY, no sentido de entender a legitimidade do Direito atrelada a um valor intrínseco, naturalizado, portanto, da própria autonomia moral acaba, ao fim, por ser devedora de uma teoria aos moldes de uma justificativa naturalista, de uma proposta bem ao gosto da teoria do direito natural orientada a uma releitura em termos jusracionalistas.

Pretender, pois, o *espírito do povo*, como aquilo que nos viria a indicar o *sentido*, o *fim* do próprio sistema jurídico, na medida em que seria, por conseguinte, *refletido* nas construções normativas de uma dada e concreta Sociedade, ao mesmo tempo em que pretende uma leitura “oficial” a este “espírito” — na medida em que leituras diferenciadas são possíveis de serem vislumbradas na Modernidade, por já não estarmos mergulhados em um mundo-da-vida compartilhado em termos de imagens sacralizadas, mas, antes, profanas —, é incapaz de lidar legitimamente com a questão que, linhas acima, entendemos como central à própria Modernidade: afinal, como enfrentar a pluralidade sociologicamente marcante em tempos modernos sem perder a dimensão da validade, da racionalidade?

SAVIGNY, ao pressupor um *telos* ao *espírito do povo*, sentido este pretendido como divinamente revelado por PUCHTA, acaba retirando da própria Sociedade a construção reflexiva dos rumos a serem por ela mesma assumidos. Afinal, se não nos é mais possível falar em um “espírito do povo” metafisicamente pretendido, por outro lado nos parece mais que plausível pretender que construções sociais venham a determinar a própria Sociedade o que, inclusive, abarca a construção do Direito desta Sociedade.

Não mais temos a ingenuidade de crer na explicação da justificação de questões sociais como algo exorcizado para fora dela mesma. Sabemos que a Sociedade constrói a si mesma através de *media* da comunicação. Não mais podemos pretender uma fundamentação sacralizada desta Sociedade. O que a Sociedade medieval certamente não foi capaz de perceber é que a fundamentação divina que se encontrava subjacente ao pano-de-fundo constituído por seu mundo-da-vida, nada mais fora que uma construção da referida Socieda-

de. Ora, a explicação sacra de, e para, uma Sociedade estamental, como a Sociedade medieval, não nos pode mais ser sentida como um “dado”, mas sim como algo construído, e constantemente tomado, por esta mesma Sociedade.

Assim, nos surge, na Modernidade, como algo incoerente e inconsistente, a fundamentação sacralizada pretendida outrora por PUCHTA; pela dessacralização que a Sociedade moderna representou em face da Sociedade medieval, por ser a Sociedade moderna uma Sociedade descentrada, e pelo fato de termos aprendido que a Sociedade é fruto de processos comunicativos de sua própria construção, além de termos apreendido a especialização de esferas de racionalidade, não nos parece, de longe, plausível nem uma justificação em termos de um “espírito do povo” a ser desvelado e desdobrado na busca de um fundamento “firme” para o Direito, muito menos uma pretensão como a de PUCHTA: afinal, a própria concepção de Deus, com a Modernidade, passou a ser problematizável, porque compreendida enquanto fruto de processos comunicativos. Não mais temos pretensões de racionalidade legitimamente sustentáveis porque convencionadas e blindadas sacramente — as questões que outrora foram, desde sempre, retiradas, porque colocadas para fora, do redemoinho argumentativo,⁶³ pela referência religiosa ao inquestionável e ao intocável, passaram, na Modernidade, inclusive pela própria pluralidade religiosa, a ser passíveis de questionamentos e problematizações argumentativas. Não há que se pretender, pois, hoje — em uma alta Modernidade, por termos consciência do nosso tempo, das nossas limitações e das contextualizações, sempre necessárias, para bem se compreender as construções da própria Sociedade —, juízos e conclusões absolutas e eternas.

KELSEN, desde sua postura epistemológica assumida na construção de suas

propostas teóricas de interpretação e compreensão do Direito, ao menos enfrentou, ao seu modo, a questão da pluralidade ética sem, todavia, alcançar uma saída capaz de ser assumida como legítima. Afinal, quando do capítulo em que discute a distinção entre Direito e Moral, em sua *Reine Rechtslehre*, KELSEN veio a explicitar que a necessária distinção entre Direito e Moral se justificaria em termos de uma referência global tangente àquele, enquanto a Moral sempre se apresentaria como particular e referida a posicionamentos subjetivos. Ainda que não assumamos a distinção entre Direito e Moral nestes termos,⁶⁴ KELSEN vai, ao final, ao mesmo tempo que afirmar a distinção entre Direito e Moral, sobretudo em termos e para efeitos de uma Ciência e de sua “coerência” epistemológica, não excluir que na própria construção do Direito questões por ele então consideradas “morais” re-entram: afinal, uma norma positiva nada mais significaria que um ato de vontade da autoridade competente de “escolha” de *uma das* interpretações possíveis de uma norma dotado, pois, de um sentido subjetivo e também de outro objetivo porque interpretável em face de uma norma hierarquicamente superior que à autoridade atribuiria poder/competência, exatamente, para validamente perante o Direito realizar tal *escolha*.

Empregado tal raciocínio silogístico à própria matéria dos costumes como atos coletivos capazes de criar normas juridicamente válidas, além de nos permitirem vislumbrar a figura da *desuetudo* — em razão do não-cumprimento do mínimo de eficácia, vez que condição de validade da norma —, KELSEN veio a concluir que o Direito é que seria “fonte” do próprio Direito. Ora, ao final, seria o próprio Direito que determinaria quando e como determinados atos de vontade, individuais ou coletivos, haveriam que ser reconhecidos como dotados de um sentido jurídico.

Veremos, mais a frente, quando podemos afirmar o Direito como “fonte” do Direito... Por aqui nos basta, por enquanto, afirmar que a presença de um argumento de autoridade aos moldes de KELSEN, não nos permite, em face da modernidade da Modernidade, sustentar sua proposta interpretativa. Afinal, o autor entendia que o Direito sempre era uma ordem jurídica coercitiva que poderia ser interpretada como de uma determinada comunidade jurídica. A questão se torna mais delicada quando a própria ordem jurídica passa a ser assumida como referida ao monopólio do uso da força: somente assim, afinal, a ordem jurídica poderia ser interpretada como uma ordem coercitiva e globalmente eficaz. Avançando nos argumentos do autor, as normas tocantes à ordem jurídica garantida e imposta pelo Estado, vez que detentor do monopólio do uso da força, poderiam tanto ser *aceitas* pelos cidadãos, que se comportariam em conformidade ao dever jurídico que estas normas viessem a estabelecer, como também poderiam *não ser aceitas*, podendo, pois, ser ainda *aplicadas* pelos órgãos competentes que deveriam se orientar rumo à conduta devida (aplicação da sanção) estabelecida por cada, e toda, norma jurídica, não obstante a discordância dos cidadãos em face de uma norma sob questão.

Podemos já vislumbrar que a proposta teórica de KELSEN, percebendo a complexidade ética da Sociedade moderna, não vem a fundamentar o Direito em um suposto “espírito do povo” compartilhado em termos substancialistas, nem pressupõe, necessariamente, a aceitação coletiva das normas referentes à ordem jurídica: bastaria um aparato institucional e militar suficientemente forte capaz de fazer valer, em face da Sociedade civil, as “normas jurídicas” impostas por um determinado regime.

Este argumento de autoridade, tão fortemente marcante nas proposições neopositivistas do autor, não consegue se sustentar em face da seguinte indagação: a partir do momento em que um dos desafios que a Modernidade colocou a si mesma, qual seja, lidar racionalmente com a pluralidade ética, pressupõe uma justificação não mais sacralizada, porque esta sim é que estaria embebida em argumentos de autoridade que vedariam questionamentos-chave de auto-indagação social, como sustentar a “força” das normas jurídicas sem cair, mais uma vez, em um argumento de autoridade, vez que a própria Sociedade moderna se enxerga como autora de si mesma? Afinal, com base em que argumento, senão o de uma “autoridade intocável”, cuja força adviria da ameaça constante do uso da *violência*, posso pretender interpretar o Direito como uma ordem normativa coercitiva e globalmente eficaz a ser garantida por quem detém o monopólio do uso da força?

A proposta de KELSEN não leva a sério as conquistas subjacentes e muitas vezes não explicitadas da própria Modernidade. Não leva adiante o que significa, em um nível mais profundo, a superação de uma justificação sacra da Sociedade; é, pois, incapaz de compreender que a superação de uma justificação em termos de argumentos de autoridade, capazes de retirar da discussão pública determinadas questões, porque haveriam que ser sentidas como sempre constantes e inquestionáveis, também não permite espaços para uma justificação em termos meramente sociológicos de observação do fazer-valer o uso da força, aqui melhor interpretado, no sentido mesmo de ARENDT,⁶⁵ como *violência*. Isto tudo porque a Sociedade moderna, ao perceber que constrói a si própria, não mais consegue sustentar a exclusão de qualquer dos indivíduos desta mesma Sociedade porque não

há nada que não possa mais ser assumido como questionável, por esta Sociedade; não mais há a crença de uma fundamentação última desta Sociedade para além dela mesma. Não mais se sustentam interpretações que deixam implícitas exclusões naturalizadas ou naturalizáveis: afinal, percebendo em que sentido a Sociedade constrói a si mesma e, inclusive a imagem de si própria — enfim, a Sociedade da Sociedade —, concluímos que a força capaz de superar tais naturalizações, inclusive dos argumentos de autoridade, é a própria força do *poder comunicativo*.

Na medida em que, numa alta Modernidade, percebemos e temos a consciência de que as questões sociais são construídas comunicativa e argumentativamente no seio da própria Sociedade, e a partir de uma constatação *sociológica* de que o princípio da igualdade fora assumido pela própria Modernidade no seio de seu mundo social, equivale dizer, as questões de Justiça e de Licitude passaram a ser interpretadas não mais com base em argumentos naturalizados e de autoridade como “posição de nascimento” — pois somente assim é que se pode interpretar coerentemente a idéia de justiça e de *debitum* em SÃO TOMÁS DE AQUINO, por exemplo —, mas antes assumidos e compartilhados em um mundo-da-vida genuinamente moderno. Afinal, no que tange a questões do mundo social a Modernidade se construiu, e continuamente se constrói, sob a pretensão de um igual reconhecimento de liberdades.

Isto exatamente nos permite melhor refletir sobre a democracia como sendo, na Modernidade, o processo que nos permite co-construir o Direito de maneira legítima. Se, na alta Modernidade, apreendemos que a Sociedade constrói a si mesma através de processos comunicativos, e que a única força que se faz prevalecer é a própria força dos argumentos assumidos reflexivamente

em debates publicamente sustentáveis, não há mais que se pretender validade, na Modernidade, argumentos de autoridade que, contrariamente, retiram sua força não de processos comunicativos sustentáveis em face do mundo-da-vida, mas de uma naturalização que, no caso da teoria de HANS KELSEN, corre o tremendo risco de se dar mediante o uso de *violência*, e não de *poder comunicativo*.

Esta nota há que ser acentuada na teoria de KELSEN, mas que perfeitamente também cabe às propostas tanto de SAVIGNY, como também de PUCHTA e WINDSCHEID — este, aliás, grande responsável pela virada positivista na interpretação do Direito pela Pandectística —, porque, em *Reine Rechtslehre*, KELSEN, ainda que prescindindo da aceitação por parte dos cidadãos, afirmava a validade de uma ordem jurídica que se fizesse valer por simples imposição de órgãos orquestrados em face daquele, ou daquilo, que deteria o monopólio do uso da *violência* — violência, e não poder, porque não justificado o seu uso em termos de discursos racionais capazes de conferir legitimidade ao seu próprio uso.

Tudo isto, na teoria de KELSEN é nítido quando, na verdade, a norma fundamental somente cumpriria seu papel quando todos se submetessem aos ditames de uma Constituição que fosse eficaz, eficácia esta capaz de ser alcançada a qualquer preço, inclusive ao custo de uma imposição conseguida em termos de *violência* — que reflete numa aplicação das normas por parte dos órgãos competentes, e cuja competência é garantida pelo monopólio da força — ou, ainda, em razão de uma larga *aceitação* da ordem jurídica — refletida no cumprimento por parte de uma maioria dos cidadãos dos deveres-jurídicos que lhes são impostos; o que, definitivamente, não descarta hipóteses de “rebelião” a serem superadas em termos de uso da violência.

Isto porque a noção com a qual interpretamos a idéia de aceitação de normas não está necessária e diretamente atrelada ao assentimento por parte dos afetados dessas mesmas normas: uma postura passiva de não se querer algo diferente, seja por medo, seja pela própria força simbólica da imposição, por opressão ou por conveniência e comodismo, acaba tendo que ser interpretada como *aceitação* de “normas”, ainda que não em termos reflexivos e críticos capazes de garantir a racionalidade, em termos comunicativos, de uma *aceitabilidade* normativa.

Embora a concepção que perpassa a proposta teórica acima reconstruída acerca dos costumes como “fonte” do Direito esteja atrelada à idéia de *opinio juris vel necessitatis* — e não obstante tal postura, afinal, poder ser genericamente assumida como aceitação por parte dos membros de uma determinada comunidade jurídica de uma prática interpretada, nos termos da própria aceitação, como “juridicamente devida”, já que a “necessidade jurídica” há que, aqui, ser assim interpretada —, entendemos que, exatamente neste ponto, é que reside todo o problema de tal aceitação dos “costumes” como pretensamente dotados de uma força jurígena capaz de permitir a “criação” de normas supostamente válidas.

É nítido que tanto na vertente que defende um “espírito do povo”, seja em termos tendentes a um teologismo, como em PUCHTA, seja orientado a uma recepção positivista, como em WINDSCHEID ao pretender tal recepção como uma constatação sociológica de uma homogeneidade ético-política da e na comunidade jurídica, como também na proposta de KELSEN que, ao incorporar a questão da pluralidade ética, superando uma leitura ontologizante da Escola Histórica, não conseguiu, todavia, oferecer respostas para além da mera observação sociológica, típica, pois, do pró-

prio paradigma positivista de compreensão e interpretação do Direito, se encontra subjacente a pretensão de que as práticas reiteradas e uniformes dos cidadãos estejam envoltas na capa de uma *opinio juris*, isto é, apresentem o *pedigree* de serem práticas aceitas, ainda que não unanimemente, mas em face de um contingente represente a maioria (KELSEN).

E esta aceitação decorreria muito antes em termos de uma convicção nacional compartilhada (PUCHTA), porque refletora de um pretensioso “espírito do povo” (SAVIGNY, WINDSCHEID), ou de uma possível coincidência e repetição de atos que haveriam que ser considerados como dotados de um sentido objetivo para além do próprio significado coletivo da *praxis*: afinal, é assim que KELSEN, neste caso, consegue remeter à norma fundamental, pressuposta, a própria *pressuposição* da validade jurídica dos “costumes”.

Isto, tangente tanto à proposta da matriz da Escola Histórica, como também a referida à Teoria Pura, coloca a seguinte questão central na superação desse impasse: afinal, será que as questões atinentes ao Direito da Modernidade não que ser racionalmente conformadas em termos de uma mera constatação sociológica de uma *aceitação*, possível de se alcançar, inclusive, mediante ações instrumentais de emprego de violência, ou tratar-se-ia de algo somente apreensível adequadamente não em face de uma simples aceitação, mas de uma *aceitabilidade* construída argumentativamente?

A partir do conceito de aceitabilidade racional aprofundado pela Teoria do Discurso, de JÜRGEN HABERMAS,⁶⁶ podemos resgatar o que aqui já havíamos apresentado, avançando no sentido de que não se tem mais a ilusão de uma fundamentação da Sociedade para além dela mesma, nem que haja, pois, uma naturalização do discurso

em termos de argumentos de autoridade. Isto porque, se libertando dos grilhões de uma Sociedade sólida, como a Sociedade medieval, para usarmos a expressão de ZYGMUNT BAUMAN,⁶⁷ a Modernidade se *liquefez* em razão de uma descentração, uma dessacralização, um processo de diferenciação funcional dos sistemas, um processo de especialização das esferas de racionalidade, todos co-implicados e somente possíveis porque construídos em termos de uma *praxis* comunicativa a exigir de cada, e de todos, os indivíduos envolvidos nesse projeto do passado, e que se abre continuamente ao futuro (mas também ao passado, paradoxalmente), a assunção de uma postura *realizativa*,⁶⁸ isto é, de uma postura que, em termos comunicativos, signifique a defesa de pontos de vista e de opiniões não com base no uso da violência ou “garantidos” por um argumento de autoridade sacado quando conveniente, mas mediante as próprias regras da linguagem e que deságam, ao final, na força de um sempre *melhor argumento*.

Somente compreendendo a força do poder comunicativo gerado, pois, nos processos de comunicação, equivale dizer, tão-somente a partir da apreensão de que *aquilo a garantir, a todos os co-implicados, a aceitabilidade de determinadas construções da Sociedade, é a força do melhor argumento*, podemos, reflexivamente, pretender não só, mas também, um Direito modernamente legítimo.

Como Kelsen muito bem nos alertou, a referência, por parte da Escola Histórica, a um “espírito do povo” apresentava embutida um argumento de autoridade no sentido de que tal “espírito”, enquanto dotado de um *telos* não dominável pelo indivíduo, acabou por se apresentar como uma vertente devedora da tese do “Direito natural” a ser *refletido* no “Direito positivo” — e pelos “costumes”, inclusive. Vimos também

a proporção que a força da *violência* acaba tomando em sede da Teoria Pura. E, exatamente por estas razões, é que podemos refutar ambas propostas porque incapazes de lidar com os pressupostos subjacentes à própria *praxis* social moderna.

A tese da *opinio juris vel necessitatis* parte da pressuposição de que os indivíduos compartilham ou de uma identidade ética comum, a guiar e a ser refletida em suas condutas constantes e rotineiras, ou de uma vontade assumida como vontade coletiva de se orientar de determinada forma. O problema destas teses é, exatamente, não problematizar a legitimidade dessas práticas em face da pluralidade e complexidade da Modernidade; é não levar a sério que nada referente ao mundo social nos é “dado”, mas, antes, construído em processos que, por sua vez, pressupõem a própria dimensão normativa da comunicação, isto é, que pressupõem que algo não pode ser validamente assumido como racional senão em face de um processo comunicativo garantidor de um espaço capaz de construir um *melhor argumento* acerca de determinada questão.

Na medida em que argumentos naturalizados de autoridade não podem mais garantir a sustentabilidade da racionalidade a qualquer pretensão na Modernidade, essa mesma Modernidade se construiu, desde sempre, com pretensões de reconhecimento, a todos, de iguais liberdades — inclusive, e sobretudo, comunicativas. Aquilo capaz de ser considerado e pretendido como racionalmente válido, pois, passou a depender de uma sustentabilidade pública a ser confirmada, ou refutada, em discursos em que *todos, pois, têm iguais possibilidades de participação*.

Esta é a peça-chave daquilo que podemos entender como aceitabilidade racional: esta não implica uma concordância ou uma anuência com o conteúdo de uma,

por exemplo, Lei aprovada no Congresso Nacional. Não significa que através de um “melhor argumento” se possa convencer o outro acerca de suas preferências pessoais...⁶⁹ Mas se abre a possibilidade para a compreensão de que por um “melhor argumento”, sempre assim interpretado em face de um pano-de-fundo intersubjetivamente compartilhado, podemos assumir determinadas pretensões de verdade, ou de correção normativa, ou de veracidade como *rationais*.

A idéia de aceitabilidade, pois, nos permite vislumbrar a Sociedade como uma Sociedade aberta, em constante processo de construção e de convencimento argumentativo sustentável em face das pré-compreensões compartilhadas no mundo-da-vida. É inevitável, pois, interpretar aceitabilidade como atrelada a uma concepção procedimental, já que a aceitabilidade, como fruto de um jogo argumentativo em que os participantes têm iguais possibilidades de participação, somente é capaz de florescer na medida exata em que tal processo garanta as regras da própria *liberdade de igual argumentar*...⁷⁰

Assim, não significa que a aceitabilidade, isto é, “o fato de algo ser aceitável a todos, porque construído em um discurso, vez que processo, em que todos os interessados poderiam, ou podem, levantar pretensões argumentativas a serem tomadas em conta, sendo admitidas, ou rechaçadas, já que todos têm reconhecidas iguais liberdades comunicativas de participar da construção pública das próprias questões pela Sociedade colocadas”, não abra espaços para a aceitação. Nitidamente um debate público, e aqui mais especificamente o de aprovação de um Projeto de Lei, envolve pontos de vista passíveis de serem justificados, mas não somente, em preferências ou valores pessoais. O fato de uma tal proposta ser aprovada, não significa que

todos passaram a compartilhar dos valores daqueles que defendiam referido Projeto de Lei, nem que os “vencidos” na disputa argumentativa possam deixar de discordar da forma como uma determinada matéria fora regulamentada. A questão há que ser analisada em termos do processo comunicativo de construção da decisão que, no caso em tela, há que ser assumido como o próprio processo legislativo.

O fato de em um processo legislativo argumentos éticos, mas também morais e pragmatistas, serem trazidos na defesa ou na repulsa de um determinado Projeto em discussão, jamais significa que para a aprovação deste mesmo Projeto tenhamos que convencer a todos e a cada dos participantes, deste processo público de discussão, dos “argumentos centrais”. Mas ao mesmo tempo tem-se que garantir a *possibilidade de participação*, considerada a especificidade do caso, de qualquer afetado por esta decisão em sua construção: do contrário, não estaríamos levando a sério a dimensão *argumentativa* subjacente à construção da Modernidade; estaríamos vedando a participação a um co-implicado com base em um argumento de autoridade incapaz de se sustentar, mais uma vez, argumentativamente em face do mundo-da-vida moderno.

A aceitabilidade, pois, é dependente de um processo social de construção discursiva. Algo, no mundo moderno, há que ser tido como *aceitável* na medida em que seja fruto de um processo público e argumentativamente sustentável em face daquilo que nós mesmos compartilhamos. E isto é algo do qual não podemos dispor: as regras do jogo argumentativo não estão disponíveis para os seus participantes. As regras do jogo argumentativo são atreladas à Modernidade, e a própria Sociedade não tem como dispor destas regras sem deixar de ser, pois, moderna.

Isto HABERMAS entende como atinente à uma dimensão pragmática-universal que se construiu com, e pela, própria Modernidade;⁷¹ isto, afinal, é que nos permitiria continuar projetando o caráter moderno de nossa Sociedade que, ao compreender isto, aprende e se torna mais complexa, altamente moderna, pois.

Conclusões alcançadas em respeito tão-somente à força do melhor argumento, geradas, enfim, pelo *poder comunicativo* sendo, assim, aceitáveis a todos que deste processo tiveram e têm a possibilidade de participar, não excluem espaços de aceitação, como já insinuado anteriormente. Uma Lei, por exemplo, legitimamente produzida, isto é, racionalmente aceitável, pode ser, por vários concidadãos também aceita no sentido de se concordar com a forma com que trata de determinado assunto. Mas ainda que do ponto de vista particular, de minha compreensão de vida-bona, eu discorde de uma determinada regulamentação legal, esta mesma regulamentação é para mim *aceitável* se eu tive *possibilidade* de participar em sua construção — seja, exemplificadamente, participando do processo de eleição dos representantes no Poder Legislativo e no Poder Executivo, seja participando dessa discussão na esfera pública, através de manifestações públicas, liberdade de imprensa ou ainda fazendo valer minhas pretensões em vias institucionalizadas abertas, inclusive, à Sociedade civil. “O fato de algo ser para todos aceitável não significa, ou não depende, da aceitação de todos. Não temos todos que compartilhar de convicções aclamadas em termos de uma unidade nacional ou de um “espírito do povo” para sermos membros de uma mesma comunidade jurídica. O poder comunicativo gerado em discursos racionais é aquilo a garantir a legitimidade, inclusive, da produção do Direito. Não temos que pretender vislumbrar, portanto,

uma unidade ético-política para que seja possível uma vida sob o império de um Direito legítimo” — não temos que compartilhar dos mesmos *valores*, mas temos que assumir, por sua vez, a dimensão procedimental subjacente à *praxis* argumentativa referida à Modernidade.

Somente em respeito a esta dimensão, de respeito às iguais liberdades comunicativas e de participação reconhecidas nesse processo público de discussão, é que o Direito é capaz de retirar sua força de legitimação. “Isto implica afirmar que somente a democracia é capaz de justificar o Direito,⁷² em face desta idéia de aceitabilidade, na Modernidade que se construiu como plural e como complexa; como uma Sociedade incapaz de ingenuamente pretender explicações ético-materializantes para questões que envolvem uma infinidade de pontos de vista e preferências. Disto se pode concluir que o papel da Constituição, na Modernidade, há que ser assumido como o de garantidor das próprias condições comunicativas de produção de legitimidade e geração de poder comunicativo”.⁷³

Disto se infere que esta dimensão, que aqui especificamente está recortada em termos do Direito, é constitutiva da própria *forma jurídica moderna* da qual o Direito, por sua vez, não pode dispor: do contrário, repita-se, o Direito não poderia ser considerado “moderno”. Esta é a razão pela qual sustentamos o entendimento de que o “Direito” nazista não pode ser interpretado como Direito moderno, ou como paradigma do Direito moderno; antes o “Direito” nazista há que ser interpretado como antimoderno por, justamente, se colocar na contra-mão do projeto moderno de igual reconhecimento de liberdades pelos concidadãos. Afinal, o “Direito” nazista não pode ser pretendido como racionalmente justificado em face do caráter moderno da

Modernidade: antes, justifica-se não em um poder comunicativo, mas em termos de um argumento de autoridade, bem ao gosto da teoria kelseniana.

É claro que as problematizações referentes a um discurso de justificação⁷⁴ sempre nos conduzem a questionamentos acerca do processo legislativo, porque processo democrático de produção do Direito. Por outro lado também é relevante o processo de aplicação do Direito, processo esse que envolve pretensões de correção normativa em face de um caso concreto. Acima já tivemos a oportunidade de rapidamente apontar no sentido de que a racionalidade na Modernidade sofreu um processo de especialização, e uma das pretensões de racionalidade que podem ser assumidas pelos falantes é, pois, a pretensão de correção normativa que, obviamente, envolve um juízo de adequabilidade normativa em face de uma situação concreta recortada e problematizada em termos comunicativos.

O mérito dos escritos de KLAUS GÜNTHER⁷⁵ reside, dentre outros, em problematizar as diferenças entre um discurso jurídico de justificação da norma, atinente a um processo democrático, e um discurso de aplicação da norma jurídica, referido a um processo jurisdicional — mas não só. HABERMAS, assumindo a proposta de GÜNTHER, mas a redimensionando em face da dimensão pragmática-universal à qual já nos referimos, vai aprofundar esta discussão, sobretudo em face dos processos comunicativos e da diferenciação funcional dos sistemas.⁷⁶

O processo de modernização há que ser assumido, dentre outras questões, como um também processo de diferenciação funcional dos sistemas. Isto significa que, diferentemente da Sociedade medieval centrada na Religião, os sistemas sociais, ao longo da modernização da Sociedade, passaram a se diferenciar, sendo

cada um dotado de uma função que lhe é própria e sustentável argumentativamente em face do mundo-da-vida. Não nos cabe aqui aprofundar qual seria a função do Direito. Por ora basta esclarecer que argumentos religiosos, políticos, morais, econômicos, dentre outros, *não podem encontrar*, no processo de *aplicação* do Direito, *aquela força do melhor argumento*. Isto porque se a Sociedade moderna é uma Sociedade descentrada, o é exatamente na medida em que cada sistema passou a ser seu próprio centro, assim também refletido em termos de uma diferenciação de argumentos capazes de serem assumidos como determinantes em processos argumentativos de problematização de pretensões de racionalidade.

Assim, é que nem argumentos éticos — referentes a concepções de vida-bom, a valores, enfim —, nem argumentos morais — tocantes ao justo, isto é, àquilo capaz de ser interpretado como decidido no igual interesse de todos —, nem argumentos pragmatistas⁷⁷ — que digam respeito aos meios de se alcançar uma finalidade, sempre parcialmente eleita —, podem ser assumidos como *argumentos determinantes em uma aplicação jurídico-normativa*.⁷⁸ O juízo de correção normativa, em razão da especialização dos juízos de racionalidade co-implicada no processo de diferenciação funcional dos sistemas, no que diz respeito ao Direito, somente se sustenta em face de argumentos que tomem por centro, pois, o próprio Direito. Com isto estamos afirmando que a Modernidade exige que argumentos jurídicos, e tão-somente argumentos jurídicos, sejam assumidos como determinantes do juízo de correção em um processo argumentativo de aplicação normativa. Somente assim é capaz de se garantir uma aplicação do Direito que respeite a condição moderna de nosso tempo, que respeite o processo social que se constituiu, e se constituiu, na própria Moderni-

dade, que respeite, portanto, a *racionalidade* e a *aceitabilidade*, argumentativamente sustentáveis, na construção da *praxis*.

As conseqüências da assunção desses pressupostos subjacentes à *praxis* comunicativa se refletem mais concretamente em algo que tanto o paradigma liberal, quanto o paradigma de bem-estar, foram incapazes de perceber. A aplicação do Direito não pode se prender a uma determinada concepção ética, axiológica, a introjetar, no seio da argumentação jurídica de aplicação, uma ordem ou uma hierarquia de valores a serem assumidas como determinantes do próprio juízo de correção normativa. Antes, cabe-nos esclarecer que se questões éticas — como também as morais e pragmatistas —, surgem na argumentação das partes na reconstrução do caso concreto e nas *suas* interpretações parciais do Direito, o desafio da imparcialidade do julgar exige, justamente, o afastamento dessas questões de modo a permitir que a argumentação que venha a fundamentar o juízo de adequabilidade normativa seja, sempre, um argumento jurídico, *o melhor argumento jurídico*, assim sustentável em face do pano-de-fundo que o sistema jurídico moderno, e seus princípios, representam.

Que estas questões éticas, morais e pragmatistas sejam assumidas como determinantes em um processo legislativo em que *todos têm iguais possibilidades de fazer valer seu ponto de vista no debate público*, não decorre que possam ser determinantes da aplicação do Direito. Afinal, na medida em que o Direito é um sistema funcionalmente diferenciado, temos que respeitar esta característica se pretendemos levar a sério uma aplicação racional do próprio Direito — e isto significa tomar em consideração, de maneira determinante na aplicação do Direito, somente argumentos jurídicos... Do contrário, a própria legitimidade da aplicação normativa estaria posta em cheque: afinal, o lugar de se pre-

tender fazer valer uma convicção pessoal, ou grupal, na construção de uma norma, há que ser num processo democrático, em que todos tenham iguais chances reconhecidas de participar em um discurso público, e não em uma decisão jurisdicional que ilegitimamente firmaria um determinado conteúdo ético não com base em um “melhor argumento” — já que nenhum argumento é capaz de legitimamente pretender afirmar uma concepção ética como superior à outra, na medida em que a Modernidade se construiu aberta à pluralidade axiológica —, mas sob o peso de um mero argumento de autoridade a *blindar argumentativamente* tal decisão.

Podemos, então, brevemente concluir que a problemática da legitimidade de normas jurídicas não se trata de uma questão relacionada nem a uma determinada e concreta concepção ético-política materializada no espírito do povo, nem a argumentos de autoridade a retirar da democracia a possibilidade de construção *aceitável* do Direito. Como se pode apreender, trata-se de algo que vem a transcender de contextos e paradigmas específicos da Modernidade, vez que atrelado a uma pragmática-universal, a uma forma jurídica que não é *daquela* comunidade *concreta e circunstanciada*, mas que a transcende, porque é referente à Modernidade — somente assim podemos compreender, afinal, a ilegitimidade do nazismo...

4. A insustentabilidade da pretensão acerca dos “costumes” como “fonte” do Direito moderno: a assunção de uma teoria da argumentação jurídica orientada ao constitucionalismo moderno para além de uma “teoria das fontes”

Toda a reconstrução teórica que apresentamos linhas acima mostra-se de suma importância neste ponto, já que toda a discussão da Teoria Constitucional contem-

porânea parece estar envolvida no próprio desafio de uma teoria da argumentação que seja capaz de explicitar pontos a serem tomados em consideração de maneira reflexiva rumo a uma aplicação constitucionalmente orientada, pois, à garantia dos direitos fundamentais. Isto se torna uma peça-chave, e o Direito Constitucional assume a centralidade em termos argumentativos que possui: somente o reconhecimento recíproco de direitos fundamentais, garantidores de uma autonomia pública e de uma autonomia privada, é capaz de “criar as condições necessárias de geração racional, e legítima, pois, de poder comunicativo a partir de discursos públicos, porque argumentativamente, sustentáveis”. Somente o reconhecimento construído pela Sociedade moderna, através de discursos racionais, dos direitos fundamentais indistintamente assim reconhecidos a todo e a qualquer membro dessa mesma comunidade jurídica é capaz de simultaneamente garantir espaços privados de construção da personalidade e também espaços públicos de construção da Sociedade. É tão-somente da compreensão de que o mundo moderno se constituiu mediado lingüisticamente, e que tal mediação não se deu blindada por qualquer argumento de autoridade a retirar dos participantes qualquer indagação ou questionamento, é que podemos reconhecer a possibilidade de construções que se desenvolvem paralelas entre uma esfera pública e outra privada. E tudo isto somente se torna possível mediante o reconhecimento igual de liberdades fundamentais a todos os membros de uma referida comunidade. Afinal, não mais podemos pretender o caráter moderno do Estado de Direito se não vislumbrarmos o reconhecimento indistinto a todos de direitos fundamentais a garantirem liberdades subjetivas e liberdades comunicativas, cujas pretensões que trazem consigo mesmas encontram-

se também subjacentes ao próprio caráter moderno da Modernidade.

A relevância dos direitos fundamentais, para além da co-implicada luta política de seu reconhecimento, levou o pensamento constitucionalista contemporâneo a centralizar as discussões em torno da hermenêutica constitucional e da compreensão da jurisdição constitucional⁷⁹ como forma de se explicitar o caráter moderno do Direito, e as co-implicações disto na própria aplicação/interpretação do Direito, cujo desafio acaba por ser aquele que desde sempre a Modernidade colocou a si mesmo, qual seja, levar adiante o projeto de iguais reconhecimentos de liberdades...

Assim, é que desde as propostas de DWORKIN, refletidas em termos de uma hermenêutica crítica herdeira das conquistas, obviamente, do giro lingüístico e hermenêutico, argumentos capazes de serem considerados legítimos na interpretação do Direito somente podem ser *argumentos de princípio*,⁸⁰ isto é, argumentos que tenham por referência somente, e tão-somente, normas jurídicas. Aquilo que DWORKIN outrora chamou de diretrizes políticas não podem ser capazes de, legitimamente, afastar a aplicação de um princípio; afinal, os argumentos de princípio seriam trunfos na argumentação que se manteriam de pé exatamente pela força que geram em uma argumentação *jurídica*. Isto porque, diante de argumentos de princípios, argumentos orientados a uma determinada concepção política não podem se manter de pé: ora, a aplicação do Direito é uma tarefa que tem que ser levada adiante sem que nós modifiquemos, ao nosso gosto sempre deverdor a um posicionamento *parcial*, o próprio Direito ao pretensamente “dotá-lo” de uma finalidade a ser alcançada...⁸¹ O desafio que DWORKIN lançou foi o de, em certos limites, resgatar a própria racionalidade em aplicação do Direito.

Para tanto, para que alcancemos uma aplicação racional, válida, legítima do Direito da Modernidade é necessário que apreendamos a condição comunicativa moderna a que este mesmo Direito se encontra preso. Afinal, somente a partir da explicitação de uma dimensão hermenêutica é que nos é possível interpretar qualquer fato, qualquer texto: somente quando compreendemos que nosso mundo-da-vida é construído por pré-compreensões intersubjetivamente partilhadas é que entendemos como é possível, a partir destas mesmas pré-compreensões, nos comunicar, problematizando ora alguns aspectos desse mundo-da-vida, ora outros traços, mas nunca problematizando todo este mundo-da-vida... O mundo-da-vida é este universo de questões silenciadas, de questões que um dia tomamos contato e que, por ser impossível sempre trazê-las, a todo momento, à tona, refogem, *quando não problematizadas argumentativamente*, para este próprio mundo-da-vida silencioso, mas sempre presente, pois, sem ele, não seria possível nos comunicarmos.⁸²

A construção do Direito e a interpretação do Direito também têm que levar em consideração este aspecto da construção comunicativa. Não é possível, quando da produção normativa, problematizar todas e quaisquer hipóteses imagináveis e futuras que o Direito terá que enfrentar. Não mais acreditamos que seja possível, mediante um processo de codificação, esgotar o conteúdo normativo de determinada matéria: os duzentos anos que já se passaram desde a entrada em vigência do Código de Napoleão já nos serviram de um grande aprendizado neste sentido. Quando da produção normativa em um processo legislativo, sempre são pensados casos-padrão, mas nunca se pretende, ou se pode pretender, vislumbrar esta atividade como capaz de esgotar os casos que virão.

E é este desafio, o de interpretar o Direito em face de um caso concreto antes não ocorrido ou não sequer imaginado quando da própria construção legislativa, que a teoria constitucional vem se debatendo ao longo dos últimos anos. E para enfrentar este desafio é necessário mergulhar nas dimensões hermenêutica e pragmática-universal da linguagem, no processo de modernização da Sociedade, de forma que alcancemos uma adequada compreensão do Direito moderno, como aqui se tem feito, e da própria Sociedade.

E levando isto adiante, somente podemos concluir que o Direito não mais pode ser pretendido desde uma postura convencional; não podemos pretender mais encarar o Direito como um “conjunto de normas convencionalmente acordadas por seus afetados ou por seus representantes”... Esta compreensão é incapaz de levar a sério todo o processo de modernização do Direito... É incapaz de compreender que o Direito não pode ser assumido como esgotado em regras convencionadas, porque sempre surgirá o problema daquelas questões sobre as quais antes sequer não houve qualquer “acordo travado”, o que acaba abrindo espaços para o julgador, em face desta “nova” situação, decidir com base não no Direito,⁸³ já que não haveria uma regra para o caso, mas com base naquilo em que pretensamente poderia ser apreendido como o “espírito do Direito”, ou o “espírito do povo”, ou a “finalidade da lei”, enfim, com base em diretrizes ético-políticas, ou morais, incapazes de garantir a imparcialidade do julgar.

Exatamente por esses problemas é que, retomando DWORKIN, este afirma que somente podemos interpretar o Direito adequadamente na medida em que o assumamos como uma construção que vem se desenvolvendo desde o passado. O Direito há que ser interpretado como fruto de

um único autor, qual seja, a comunidade jurídica, que vem desenvolvendo esta sua “obra” desde o passado... Assim, o desafio nosso hoje é continuar, da melhor maneira possível, aquilo que desde o passado vem se desenvolvendo; seria alcançar o sentido dessa prática de forma a melhor desenvolvê-lo aqui, mas este sentido não pode ser dado pela convicção particular de um juiz que *se julga* como legitimado a oferecer o rumo do Direito. Afinal, o Direito tem uma ambição para si mesmo,⁸⁴ qual seja, a busca da sempre correta interpretação para um caso concreto, e este desafio há que ser alcançado mediante um esforço hermenêutico do intérprete de se afastar de argumentos que não sejam referidos ao Direito e, em face dos argumentos jurídicos possíveis em face do caso, decidir por aquele *melhor*, isto é, por aquele que permite, diante do caso, levar a sério esse sentido do Direito que vem se desenvolvendo.⁸⁵ Mais a frente veremos que tal sentido somente pode ser melhor compreendido quando se percebe que, como HABERMAS explicita, há uma *forma jurídica moderna* que transcende de contextos específicos, isto é, que se encontra por detrás dos específicos paradigmas liberal, de bem-estar e procedimental, e que inclui o próprio desafio e projeto atinente ao Direito moderno, qual seja, *o igual reconhecimento de liberdades indistintamente a todos*; somente assim podemos melhor entender o que DWORKIN propõe como “ambição do Direito para si mesmo”.

Ou seja, diante de um caso há sempre que se buscar uma resposta que é a melhor resposta, ou a resposta correta, e o que nos vai dizer qual resposta há que ser assim assumida é o próprio caráter moderno do Direito e tudo o mais que nisto se encontra co-implicado: a forma jurídica moderna, o projeto moderno do Direito, o fato do Direito ser um sistema diferencia-

do funcionalmente, a consciência de que o Direito é fruto de processos comunicativos sempre precários e nunca absolutos capazes de tudo prever. Isto tem um impacto tremendo em nossa concepção de Direito: afinal, em face de todas estas questões co-implicadas, somente podemos interpretar o sistema jurídico como um sistema de princípios compartilhados intersubjetivamente. Significa afirmar que o Direito não se pode pretender reduzido a normas convencionalizadas, porque isto seria desprezível a dimensão hermenêutica que perpassa nossas práticas comunicativas.

Ora, em razão da própria complexidade do mundo moderno, e diante da consciência que temos hoje da condição de construção do mundo moderno, o Direito há que ser assumido como um sistema de princípios compartilhados pelos membros de uma concreta comunidade jurídica, mas que desta mesma concreta comunidade transcende, não no sentido de um Direito natural, mas no sentido de conexão ao caráter moderno do Direito: tal nota há que se perceber atrelada não a contextos específicos, mas, embora dependentes destes para se verificar, é referida à Modernidade.

E neste sentido é que os direitos fundamentais cobram um papel central nesse mesmo sistema de princípios que compreendemos como Direito. Porque são direitos garantidores das condições de geração de legitimidade é que são, afinal, considerados fundamentais e centrais, a serem, pois, reconhecidos a todos os concidadãos sob o risco de, em não assim se reconhecendo, abrir mão da legitimidade do Direito construída e sustentável na comunicação.

Assumido como um sistema de princípios, aqui na melhor interpretação proporcionada pela Teoria do Discurso de HABERMAS, atrelado a uma forma jurídica moderna, que constrói a si mesmo legitimamente mediante processos públicos

de discussão em que todos temos a possibilidade de participar reconhecida, e ao mesmo tempo interpretado como incapaz de ser encarado como fruto de convenções explícitas, como é possível ao Direito decidir sobre um caso difícil, para usarmos a expressão de DWORKIN, sem abrir mão do seu caráter moderno e, por conseguinte, em respeito aos direitos fundamentais dos envolvidos?

O desafio da interpretação constitucional se reside exatamente em permitir uma reflexão crítica acerca desta situação, de uma tensão entre a faticidade das pretensões levantadas pelos envolvidos e a validade destas mesmas pretensões. Nesse sentido é que a Teoria do Discurso é bastante devedora da compreensão que GÜNTHER,⁸⁶ a partir do aprofundamento das questões levantadas por DWORKIN, vai oferecer no sentido de que todo o Direito, vez que sistema principiológico, é sempre, em face de um caso a ser problematizado argumentativamente, *em princípio aplicável*. Isto é, *todas as normas do Direito, que em abstrato hão que ser assumidas como princípios, são, sempre, em princípio aplicáveis diante de um caso*. São as problematizações do caso, as especificidades do caso apresentadas pelas argumentações das partes que participam em igualdade no processo de aplicação do Direito, bem como as interpretações do Direito que as partes constroem, é que permitirão, ao próprio processo de aplicação normativa, afastar aquelas normas que antes eram tão-somente *em princípio* aplicáveis, rumo à norma capaz de ser agora interpretada como a norma adequada, enfim, a regra para o caso concreto.⁸⁷ Tal juízo de adequabilidade normativa somente é possível de ser alcançado quando se leva em consideração que o Direito, vez que sistema principiológico, há que ser interpretado como um sistema de princípios *idealmente*

coerente, para utilizarmos a expressão de GÜNTHER, ou ainda de maneira a garantir a Integridade do Direito, na perspectiva de DWORKIN.

Conectando estas questões àquilo que HABERMAS chama de forma jurídica moderna, podemos entender que tal coerência normativa, ou integridade, há que ser interpretada em face do próprio projeto moderno de reconhecimento de iguais liberdades a todos. Isto retoma a temática no sentido de que o problema de interpretações normativas concorrentes acerca de um determinado caso haverá que ser superado a partir da assunção da forma jurídica moderna e suas implicações. O Direito não pode ser interpretado a partir de uma determinada concepção ética pretensamente materializada no “espírito do povo”; nem uma decisão jurisdicional, ainda que irrecorrível, pode ser assumida como válida, racional ou legítima.⁸⁸ Não podemos pretender qualquer interpretação do Direito como sendo interpretações igualmente válidas: não é qualquer uma das pretensões interpretativas que concorrem na decisão de um caso que podem ser assumidas como indistintamente adequadas. Afinal, somente uma resposta há que ser considerada a resposta adequada, aquela que impõe sua força pela do *melhor argumento* que então se sustenta em face das regras da comunicação, do poder comunicativo, do respeito aos direitos fundamentais, da forma jurídica moderna, enfim, do caráter moderno do Direito moderno. E essa resposta, assumindo toda esta dimensão complexa, poderá, ao final, ser sentida, exatamente por tudo isto, como coerente ao Direito... Afinal, o desafio do intérprete é resgatar, do pano-de-fundo constitutivo da própria *praxis* comunicativa referida ao Direito, os princípios que, enquanto tais, hão que ser assumidos como *jurídicos*; também aqui, quando não problematizados, os princípios

refogem neste pano-de-fundo, devendo, sobretudo em face de novos casos difíceis, serem resgatados de maneira reconstrutiva, de forma a permitir, ao final, a reconstrução do Direito diante do caso.

Somente assim é que podemos vislumbrar, agora, a atividade de aplicação do Direito como *aceitável*, como capaz de ser racionalmente justificada em termos comunicativos de respeito recíproco e igual às liberdades dos envolvidos. Este é exatamente o motivo pelo qual não se pode pretender validamente introjetar na interpretação do Direito uma ordem, ou uma hierarquia axiológica, bem ao gosto de uma jurisprudência dos valores que tão alto ainda fala na teoria de ROBERT ALEXY.⁸⁹ Não é *aceitável* submeter o outro aos meus valores, sempre parciais; mas é a todos *aceitável* decidir um caso tomando por base aquilo pública e comunicativamente construído em respeito às liberdades de participação de todos os possíveis afetados.

Neste sentido é que nos interessa agora retomar, em outro nível, a discussão a respeito dos costumes como supostamente “fonte” do Direito. Como pudemos perceber, a doutrina tradicional, seja aos moldes da Escola Histórica, seja aos moldes de um neopositivismo como o de Kelsen, vem propondo que uma prática uniforme, contínua, à qual os cidadãos, ou a maioria dos cidadãos, interpreta como “juridicamente necessária”, equivale dizer, como “vinculante” e “exclusiva”, no sentido de FAZZALARI, seria capaz de ou fazer refletir uma norma jurídica a partir do “espírito do povo”, do qual o costume seria uma manifestação, ou criar uma norma jurídica, porque tal ato de produção estaria pressuposto na norma fundamental.

Um traço interessante de aqui se expor é que todas estas propostas acabam assumindo a *aceitação do costume* por parte de

membros da comunidade como o núcleo gravitacional da própria idéia de *opinio juris vel necessitatis*. Com isso afirmamos que para estas interpretações somente quando os indivíduos assumem uma prática constante, ao longo de um determinado período, com traços gerais uniformes e envolvida numa *capa de aceitação do seu “significado jurídico”*, é que se estaria diante de um “costume”. Do contrário, se a prática fosse uniforme, constante e reiterada, sem essa suposta aceitação do seu sentido, tão-somente sociologicamente constatável, não se poderia falar de um “costume” a refletir/criar normas jurídicas.

Tudo isso acaba por inserir o pressuposto da *opinio juris vel necessitatis* numa discussão que é, por final, referente à própria Modernidade. Será que o simples fato de os indivíduos, membros de uma determinada comunidade, passarem a *aceitar* que uma certa compreensão normativa há que reger suas vidas, é capaz de estabelecer novos parâmetros normativos, refletidos em uma “nova norma” a ser, a partir de então, assumida como uma “norma jurídica”? Ou será que esta questão também há que ser problematizada em face do caráter moderno do Direito a tomar em consideração toda a dimensão lingüístico-pragmática subjacente?

Aqui já podemos com firmeza perceber a insustentabilidade da justificação do Direito apresentada tanto pela Escola Histórica de SAVIGNY e PUCHTA, bem como a proposta positivista de Kelsen. Restamos, em face da distinção entre discursos de aplicação e justificação normativas, enfrentar a questão dos costumes como pretensamente capazes de nos permitir vislumbrar uma nova norma jurídica.

A referência e crítica que Kelsen faz a compreensões que vão assumir que os costumes somente se *transformariam* em

normas jurídicas quando assumidos pelos Tribunais tem uma razão: afinal, na medida em que o Direito da Modernidade, em face da Moral, possui um diferenciado aparato institucional central para sua própria operacionalização, o reconhecimento do Direito de uma Sociedade é co-dependente, pois, de seu próprio “processamento” em foros institucionalizados. Com isto queremos dizer que as intuições normativas dos cidadãos acerca do Direito dependem, *em uma certa medida*, de reconhecimento institucionalizado — por sua vez dependente de um reconhecimento capaz de gerar legitimidade em termos comunicativos — a estabilizar, muitas vezes, o sentido jurídico dessas mesmas intuições. Com isto, não estamos afirmando que os “costumes” sejam capazes de serem *transformados* e reconhecidos como dotados de “força jurígena” quando um tribunal decide acerca de um caso que os envolva.

Muito antes pelo contrário, *afirmamos que os “costumes” não são capazes de serem assumidos como “fonte” do Direito*, quando se tem problematizada a condição moderna do Direito moderno. Estamos aqui defendendo a posição de que não é uma mera constatação sociológica de repetição reiterada, contínua e uniforme de uma prática, prática esta *aceita* pelos seus realizadores como dotada de um “sentido jurídico”, aquilo a garantir a legitimidade, a racionalidade, enfim, da interpretação desse mesmo ato como sendo dotado de um sentido jurídico determinante.

Afinal, como vimos, o Direito somente pode ser assumido como construído legitimamente quando todos temos iguais possibilidades de participar em sua produção; com isso não afirmamos, jamais, que o Direito possa ser compreendido como esgotado nas normas surgidas desse jogo público de discussão em um processo legislativo. Antes, tomamos o cuidado de esclarecer que o sistema jurídico há que

ser apreendido como um sistema principiológico, sistema este capaz de sempre se reinterpretar em face de novos casos rumo àquela capaz de ser considerada uma resposta correta para cada caso. O fato de criarmos normas em processos legislativos de discussões e acordos, não decorre que o Direito há que ser entendido como esgotado nesses acordos: o respeito à dimensão hermenêutica e pragmática-universal referida ao Direito nos permite, argumentativamente, ir “desenrolando”, “desenvolvendo”, “des-cobrando” o Direito em face de novos casos, vez que assumido como sistema principiológico. Tudo isto em respeito à forma jurídica moderna, e ao próprio projeto moderno do Direito, qual seja, a busca pelo igual reconhecimento de liberdades a todos os concidadãos — igualdade esta a ser sempre interpretada diante das especificidades dos casos, e não em “bloco”.

Dessa forma é que quando percebemos que a referência aos costumes nada mais se trata do que uma constatação sociológica de uma repetição *aceita* dessa mesma atividade, podemos concluir o quão problemática é tal interpretação. Afinal, como visto, não podemos assumir como legítimo aquilo tão-somente *aceito* pelos membros de uma comunidade jurídica; há vários sentidos para a interpretação da aceitação que não aquele atrelado à *aceitabilidade*. A legitimidade de uma interpretação principiológica em face de um caso concreto há que, sempre, levar em consideração a necessidade do respeito às condições de racionalidade, de aceitabilidade do próprio juízo de correção normativa que se pretende — assim é que é, pois, possível superar validamente a tensão entre a faticidade das pretensões levantadas e a legitimidade da solução que se pretende.

Não é a simples referência a uma prática realizada uniforme, constante e reiteradamente com a “convicção” aceita

por aqueles que a realizam de que assim se deve portar aquilo capaz de criar uma norma a ser assumida por *toda* a comunidade jurídica. Se é verdade que determinadas práticas, determinados atos, podem ser, apoblematizadamente, sentidos pelos indivíduos como que *dotados de um sentido jurídico*, não podemos, assim, ainda que esses indivíduos *aceitem* que aquilo é algo a regular suas vidas comuns, encarar esse quadro como determinante do sentido jurídico-normativo da referida atividade.

Isto porque somente uma interpretação capaz de assumir o Direito como um sistema de princípios coerente, somente quando a Integridade do Direito é assumida reflexivamente na interpretação de novos casos difíceis, é que podemos pretender alcançar, discursivamente, o sentido legítimo de tais casos. “Os costumes, dessa forma, não são capazes de criar normas jurídicas; não é a mera constatação sociológica da *opinio juris vel necessitatis* aquilo a garantir um escudo interpretativo a “blindar” a própria interpretação da praxis”. O que vem a garantir o sentido jurídico de uma determinada atividade é a reinterpretção, em face desta mesma atividade, que se é possível fazer do Direito, assumindo sua forma jurídica e seu projeto modernos, como aquilo a ser encarado como essencial nesse processo de interpretação.

Destarte, a *opinio juris vel necessitatis* referida aos tradicionais “costumes” é definitivamente capaz de servir como forte intuição acerca do Direito, e de sua interpretação, diante de um caso concreto. Mas tal intuição não pode ser, de maneira não problematizada, assumida como determinante do Direito pelo simples fato dos indivíduos compartilharem dessa convicção, porque entre eles aceita... Antes, a pretensão de validade subjacente a esta intuição normativa há que ser problematizada em face do Direito como sistema de princípios a serem reinterpretados em face daque-

la mesma intuição. Pode-se concluir pela validade da pretensão normativa levantada pelos participantes do discurso, como também se pode verificar sua ilegitimidade. Mas este juízo há que ser alcançado argumentativamente em face do Direito, há que vencer somente, e tão-somente, a força do melhor argumento: e esta se atrela não à concepção de aceitação, mas antes à idéia de aceitabilidade racional...

Uma prática reiterada somente poderá ser assumida como capaz de ser interpretada como coerente ao sistema jurídico quando os argumentos que sustentam esse seu sentido se mantêm de pé diante de uma interpretação assumida reflexiva e criticamente pelos participantes do discurso. Destarte, a conclusão é de que somente o Direito é que pode ser assumido como “fonte” do próprio Direito. Mas não no sentido de KELSEN, a tomar como central a *efetividade* e a *aceitação* de determinados atos reiterados pelos concidadãos. Muito antes pelo contrário, há que se compreender no sentido de que somente a partir dos princípios jurídicos é que podemos reinterpretar o próprio Direito em face de novos casos, sempre desafiadores à sua Integridade e à sua coerência, pois.

Os “costumes” podem ser interpretados como consoantes, ou como contrários, ao sistema jurídico. *Mas não é o fato de um contingente de indivíduos passarem a se portar de tal forma, ou deixarem de se portar de outra forma, aquilo a justificar, de maneira sustentável, a criação de uma norma jurídica ou a não mais existência de outras...* Estas são questões que se referem à comunicação, que terá que assumir e desenvolver o projeto moderno e a forma moderna do Direito, enfim, o respeito à liberdade e à igualdade de maneira reflexiva por parte de um sistema normativo institucionalizado. *Os costumes, quando muito, na interpretação da aplicação do Direito, não que ser assumidos como intuições*

normativas, como pré-compreensões compartilhadas, a serem sempre problematizadas argumentativamente em face do caso concreto e do Direito como um sistema normativo idealmente coerente.

Nada disto nos impede, muito antes pelo contrário, porque nos convida, a entender que os chamados “costumes *contra legem*” tenham um papel de alta relevância na interpretação do Direito. Diante de um caso os argumentos referidos aos “costumes contrários à Lei” haverão que ser analisados reflexivamente de maneira a permitir a constatação ou a refutação da pretensão normativa subjacente a estes argumentos. Com isto dizemos que a referência aos “costumes *contra legem*”, vez que melhor assumidos como intuições normativas criticáveis, podem pôr em realce determinados traços do Direito que deverão ser sempre analisados diante de cada caso apreendido em sua especificidade e perante o Direito principiologicamente interpretado. Afinal, o fato de algo ser interpretado como “contrário à Lei” não significa que não esteja em conformidade ao Direito...

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. [*Theorie der Grundrechte*, 1986]
- ALEXY, Robert. Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica. In: *Derecho y razón práctica*. Mexico: Fontamara, 1993. [Original alemão, 1988]
- ALEXY, Robert. Justification and Application of Norms. *Ratio Juris*, vol. 6, p. 157-170, 1993.
- ALEXY, Robert. *A theory of constitutional rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002. [*Theorie der Grundrecht*, 1986]
- ALEXY, Robert. Constitutional Rights, Balancing and Rationality. *Ratio Juris*, vol. 16, p. 131-140, 2003.
- ARENDT, Hannah. *Crises da república*. Trad. José Wolkman. São Paulo: Perspectiva, 1999, p. 123 *et. seq.* [*Crises of the Republic*, 1969]
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. [*Liquid Modernity*, 2000]
- CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do Direito Administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v.01, p. 11-20, março, 2001.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. Teoria da constituição: os marcos de uma doutrina constitucional adequada ao constitucionalismo. In: MAGALHÃES, José Luiz Quadros, *et. al. Direitos humanos e direitos dos cidadãos*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2001.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. Paradigma e aplicação do Direito: por uma compreensão constitucionalmente adequada do Direito Penal sob a perspectiva de um caso concreto. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, n. 155, jul./set. 2002.
- CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Tertium non datur*: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do Direito na Alta Modernidade*: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria Geral do Direito Moderno*: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. [No prelo]
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1999. [*Taking Rights Seriously*, 1977]

- DWORKIN, Ronald. Law's Ambitions for itself. *Virginia Law Review*, v. 71, n. 2, p. 173-187, 1985.
- DWORKIN, Ronald. De que maneira o Direito se assemelha à literatura? *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. [*A Matter of principle*, 1985]
- DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. [*Law's Empire*, 1986]
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 4.ed. Padova: Cedam, 1994.
- GADAMER, Hans-Georg. *Philosophical hermeneutics*. Trad. David Linge. University of California: Berkeley, 1976. [Original alemão]
- GÜNTHER, Klaus. Communicative Freedom, communicative power, and jurisgenesis. In: ROSENFELD, Michel, ARATO, Andrew. *Habermas on Law and Democracy*. Berkeley: California, p.234-254, 1998.
- GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in Morality and Law*. Trad. John Farrell. Albany: State University of New York, 1993. [*Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, 1988]
- GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo. *Doxa*, v. 17-18, p. 271-302, 1995. [*Ein normativer Begriff der Kohärenz. Für eine Theorie der Juristischen Argumentation*, 1989]
- HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: crítica de la razón funcionalista*. Trad. Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Taurus, 1987, t.I. [*Theorie des kommunikativen Handelns*, Band I, 1981]
- HABERMAS, Jürgen. *Verdad y justificación*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2003. [*Wahrheit und Rechtfertigung*, 2002]
- HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão destranscendentalizada*. Trad. Lucia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. [*Kommunikatives Handeln und detranszendentalisierte Vernunft*, 2001]
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998. [*Faktizität und Geltung*, 1994]
- HABERMAS, Jürgen. Il nesso interno tra stato di diritto e democrazia. *L'inclusione dell'altro: studi di teoria politica*. Trad. Leonardo Ceppa. Milano: Giangiacomo Feltrinelli, 1998. [*Die Einzelbeziehung des Anderen*, 1996]
- HABERMAS, Jürgen. O Estado Democrático de Direito — uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? *Era das transições*. Trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. [*Zeit der Übergänge*, 2001]
- HABERMAS, Jürgen. On Law and Disagreement. Some Comments on "Interpretative Pluralism". , v. 16, p. 187-194, 2003. [*Original alemão*]
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997. [*Reine Rechtslehre*, 1960]
- PUCHTA, Georg. *Corso delle istituzioni*. Trad. A Turchiarulo. Napoli: Tipografia all'insegna del Diogene, 1854, v. I. [*Cursus der Institutionen*, 18??]
- SAVIGNY, Friederich Carl von. *Derecho Romano Actual*. Trad. Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madrid: Góngora, 1847, t. I. [*System des heutigen Römischen Rechts*, Band I, 184?]
- WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*. Trad. Carlo Fadda e Paolo Bensa. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1902, v. 1. [*Pandekten*, 18??]

NOTAS

¹ PUCHTA, Georg. *Corso delle istituzioni*. Trad. A Turchiarulo. Napoli: Tipografia all'insegna del Diogene, 1854, v. I, p. 7.

² PUCHTA, Georg. *Corso delle istituzioni*, cit., p. 7.

³ PUCHTA, Georg. *Corso delle istituzioni*, cit., p. 7.

⁴ PUCHTA, Georg. *Corso delle istituzioni*, cit., p. 7.

⁵ PUCHTA, Georg. *Corso delle istituzioni*, cit., p. 8.

⁶ PUCHTA, Georg. *Corso delle istituzioni*, cit., p. 8.

⁷ PUCHTA, Georg. *Corso delle istituzioni*, cit., p. 8.

⁸ PUCHTA, Georg. *Corso delle istituzioni*, cit., p. 8.

⁹ PUCHTA, Georg. *Corso delle istituzioni*, cit., p. 9.

¹⁰ PUCHTA, Georg. *Corso delle istituzioni*, cit., p. 9.

¹¹ PUCHTA, Georg. *Corso delle istituzioni*, cit., p. 9.

¹² PUCHTA, Georg. *Corso delle istituzioni*, cit., p. 9.

¹³ PUCHTA, Georg. *Corso delle istituzioni*, cit., p. 10.

¹⁴ PUCHTA, Georg. *Corso delle istituzioni*, cit., p. 10.

¹⁵ PUCHTA, Georg. *Corso delle istituzioni*, cit., p. 10.

¹⁶ PUCHTA, Georg. *Corso delle istituzioni*, cit., p. 11.

¹⁷ PUCHTA, Georg. *Corso delle istituzioni*, cit., p. 11.

- ¹⁸ PUCHTA, Georg. *Corso delle istituzioni*, cit., p. 11.
- ¹⁹ SAVIGNY, Friederich Carl von. *Derecho Romano Actual*. Trad. Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madrid: Góngora, 1847, t. I, p. 80.
- ²⁰ SAVIGNY, Friederich Carl von. *Derecho Romano Actual*, cit., p. 81.
- ²¹ SAVIGNY, Friederich Carl von. *Derecho Romano Actual*, cit., p. 81.
- ²² SAVIGNY, Friederich Carl von. *Derecho Romano Actual*, cit., p. 81.
- ²³ SAVIGNY, Friederich Carl von. *Derecho Romano Actual*, cit., p. 81.
- ²⁴ SAVIGNY, Friederich Carl von. *Derecho Romano Actual*, cit., p. 82.
- ²⁵ SAVIGNY, Friederich Carl von. *Derecho Romano Actual*, cit., p. 109.
- ²⁶ WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*. Trad. Carlo Fadda e Paolo Bensa. Torino: Uninone Tipografico-Editrice Torinese, 1902, v. 1, p. 50.
- ²⁷ WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*, cit., p. 50.
- ²⁸ WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*, cit., p. 50.
- ²⁹ WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*, cit., p. 51.
- ³⁰ WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*, cit., p. 51-52.
- ³¹ WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*, cit., p. 52.
- ³² WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*, cit., p. 53.
- ³³ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 4.ed. Padova: Cedam, 1994, p. 22.
- ³⁴ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*, cit., p. 22-23.
- ³⁵ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*, cit., p. 23.
- ³⁶ WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*, cit., p. 54.
- ³⁷ WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*, cit., p. 54.
- ³⁸ WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*, cit., p. 54.
- ³⁹ WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*, cit., p. 54.
- ⁴⁰ WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*, cit., p. 55.
- ⁴¹ WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*, cit., p. 56.
- ⁴² WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*, cit., p. 59.
- ⁴³ WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*, cit., p. 60.
- ⁴⁴ WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*, cit., p. 60.
- ⁴⁵ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do Direito na Alta Modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Tertium non datur: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito*. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- ⁴⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- ⁴⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 237.
- ⁴⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 238.
- ⁴⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 250.
- ⁵⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 250.
- ⁵¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 251.
- ⁵² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 251.
- ⁵³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 251.
- ⁵⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 251.
- ⁵⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 252.
- ⁵⁶ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Tertium non datur: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito*, cit.; Cf. as reflexões desenvolvidas no capítulo 2 em: CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria Geral do Direito Moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- ⁵⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 252.
- ⁵⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 253.
- ⁵⁹ Cf., acerca desta questão na Teoria dos Sistemas: CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do Direito na Alta Modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas*, cit., p. 136
- ⁶⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 254.
- ⁶¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 254.
- ⁶² CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do Direito na Alta Modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas*, cit.; Cf. o

capítulo primeiro, em que HABERMAS procede a toda uma reconstrução revisitada da problemática desde seus escritos anteriores: HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998; Cf. ainda: HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: crítica de la razón funcionalista*. Trad. Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Taurus, 1987, t.I, p. 43 *et seq.*; HABERMAS, Jürgen. *Verdad y justificación*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2003; HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão destranscendentalizada*. Trad. Lucia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

⁶³ Cf. o capítulo primeiro como um todo em: HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, cit. Cf. ainda: CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do Direito na Alta Modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas*, cit.

⁶⁴ Cf. a seção quatro do terceiro capítulo em: CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do Direito na Alta Modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas*, cit..

⁶⁵ ARENDT, Hannah. *Crises da república*. Trad. José Wolkman. São Paulo: Perspectiva, 1999, p. 123 *et seq.*

⁶⁶ Cf., como um todo, as conclusões alcançadas em: HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: crítica de la razón funcionalista*, cit.; HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, cit.; HABERMAS, Jürgen. *Verdad y justificación*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2003.

⁶⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

⁶⁸ GÜNTHER, Klaus. Communicative Freedom, communicative power, and jurisgenesis. In: ROSENFELD, Michel, ARATO, Andrew. *Habermas on Law and Democracy*. Berkeley: Califórnia, p.234-254, 1998.

⁶⁹ Aliás, mesmo porque a *praxis* comunicativa da Modernidade não apresenta qualquer pretensão de convencimento do outro acerca de gostos ou preferências pessoais. Muito antes pelo

contrário, tal *praxis* se construiu em espaços de pluralidade ética sem qualquer ambicioso projeto de construção de uma homogeneidade ética, ou valorativa, dos concidadãos. Embora não possamos convencer o outro sobre concepções de vida-bona, podemos, todavia, em face de uma pretensão levantada por um mesmo indivíduo, problematizar acerca de um juízo de veracidade. Desenvolvimentos estes feitos a partir das reflexões em HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: crítica de la razón funcionalista*, cit., p 122 *et seq.*

⁷⁰ GÜNTHER, Klaus. Communicative Freedom, communicative power, and jurisgenesis, cit.

⁷¹ Construções devedoras aos desenvolvimentos presentes no capítulo primeiro em: HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, cit.

⁷² HABERMAS, Jürgen. O Estado Democrático de Direito — uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? *Era das transições*. Trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 152 *et seq.*; HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, cit., p. 61.

⁷³ HABERMAS, Jürgen. Il nesso interno tra stato di diritto e democrazia. *L'inclusione dell'altro: studi di teoria política*. Trad. Leonardo Ceppa. Milano: Giangiacomo Feltrinelli, 1998, p. 249 *et seq.*

⁷⁴ Nesse sentido cf. os desenvolvimentos em: GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in Morality and Law*. Trad. John Farrell. Albany: State University of New York, 1993.

⁷⁵ Cf. nesse sentido: GÜNTHER, Klaus. Communicative Freedom, communicative power, and jurisgenesis, cit.; GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in Morality and Law*, cit.; GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo. *Doxa*, v. 17-18, p. 271-302, 1995.

⁷⁶ Reflexões sobretudo desenvolvidas no capítulo quinto em: HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, cit.

⁷⁷ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Tertium non datur*: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito.

⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, cit.; HABERMAS, Jürgen. On Law and Disagreement. Some Comments on “Interpretative Pluralism”. , v. 16, p. 187-194, 2003; CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. Paradigma e aplicação do Direito: por uma compreensão constitucionalmente adequada do Direito Penal sob a perspectiva de um caso concreto. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, n. 155, jul./set. 2002; CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Tertium non datur*: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito, cit., CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria Geral do Direito Moderno*: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade, cit.; CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do Direito na Alta Modernidade*: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas, cit.

⁷⁹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria Geral do Direito Moderno*: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade, cit.; CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do Direito na Alta Modernidade*: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas, cit.; CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Tertium non datur*: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito, cit.; CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. Paradigma e aplicação do Direito: por uma compreensão constitucionalmente adequada do Direito Penal sob a perspectiva de um caso concreto. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, n. 155, jul./set. 2002; CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v.01, p. 11-20, março, 2001; CARVALHO NETTO,

Menelick de. Teoria da constituição: os marcos de uma doutrina constitucional adequada ao constitucionalismo. In: MAGALHÃES, José Luiz Quadros, et. al. *Direitos humanos e direitos dos cidadãos*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2001; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

⁸⁰ Cf. sobretudo a partir do capítulo segundo em: DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1999.

⁸¹ DWORKIN, Ronald. De que maneira o Direito se assemelha à literatura? *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

⁸² Noção devedora dos desenvolvimentos de GADAMER, Hans-Georg. *Philosophical hermeneutics*. Trad. David Linge. University of California: Berkeley, 1976. Assumido criticamente por HABERMAS a partir da pragmática-universal, dentre outros textos, no capítulo primeiro em: HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, cit.

⁸³ Isto é o que podemos apreender em: DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁸⁴ Cf. texto central para a compreensão do pensamento de DWORKIN em: DWORKIN, Ronald. Law’s Ambitions for itself. *Virginia Law Review*, v. 71, n. 2, p. 173-187, 1985.

⁸⁵ DWORKIN, Ronald. De que maneira o Direito se assemelha à literatura? *Uma questão de princípio*, cit.; DWORKIN, Ronald. Law’s Ambitions for itself, cit.

⁸⁶ Noções devedoras a: GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness*: application discourses in Morality and Law, cit.; GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo. *Doxa*, v. 17-18, p. 271-302, 1995.

⁸⁷ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Tertium non datur*: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito, cit.

⁸⁸ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Tertium non datur*: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito, cit.

⁸⁹ Cf. escritos centrais do autor que nos permite concluir pela perda do caráter normativo do Direito quando assumida sua proposta: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro

de Estudios Constitucionales, 1993; ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. In: *Derecho y razón práctica*. Mexico: Fontamara, 1993; ALEXY, Robert. Justification and Application of Norms. *Ratio Juris*, vol. 6, p. 157-170, 1993; ALEXY, Robert. *A theory of constitutional rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002; ALEXY, Robert. Constitutional Rights, Balancing and Rationality. *Ratio Juris*, vol. 16, p. 131-140, 2003.

NORMA Y VALOR EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO

RULES AND VALUE IN THE NEOCONSTITUTIONALISM

ALFONSO GARCÍA FIGUEROA

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumen: El énfasis sobre las peculiaridades del Derecho de los Estados constitucionales ha sido uno de los ingredientes básicos del paradigma jurídico al suele hacerse referencia con el nombre de “neoconstitucionalismo” (Carbonell 2003). Han sido, pues, las particularidades del Derecho constitucionalizado (vid. Guastini 2003), singularmente la estructura y el contenido de los derechos fundamentales, las que han inducido esta nueva concepción del Derecho. En la primera parte de este trabajo mostraré algunos de los rasgos y presupuestos que cabe hallar en el neoconstitucionalismo (1) con el fin de enmarcar dos aspectos conexos de las actuales Constituciones que han sido cruciales en el desarrollo de esta nueva concepción del Derecho: la configuración de las normas jusfundamentales como principios (2) y la dimensión axiológica de la Constitución (3).

Palabras clave: Teoría del Derecho. Derecho fundamental. Principio. Derrotabilidad.

Abstract: The emphasis about the peculiarities of Rights in the constitutional States has to be a basic ingredient of the juridical paradigm when we make reference with the neoconstitucionalism (Carbonell 2003). Has to be the peculiarities of the constitutionalized Right (Guastini 2003), especially the structure and the content of the fundamental rights, which motivate this new conception of Right. In the beginning of this work will be showed some purposes of the neoconstitucionalism (1) with the effect to mention the aspects of the present Constitutions that has to be very important in the new conception of Right: the configuration of the jusfundamental rules as principles (2) and the dimension without exactly rules of Constitution.

Key Words: Rights Theory. Fundamental Right. Principles.

1. Neoconstitucionalismo

En su célebre obra *La definición del Derecho*, Hermann Kantorowicz sostenía que es posible desarrollar una pluralidad de definiciones de Derecho y que debemos seleccionar entre ellas de acuerdo con su utilidad comparada (Kantorowicz 1964, 37). Sin embargo no todos están dispuestos a compartir esta propuesta pragmatista. Quienes no admitan que pueda coexistir una pluralidad de conceptos de Derecho, deben determinar *el* concepto de Derecho y por tanto deben desarrollar teorías *generales* capaces de abarcar todos los sistemas normativos posibles (pretéritos, presentes

y futuros) a los que nos referimos normalmente como “Derecho”. Las teorías generales son muy ambiciosas en el plano conceptual, a veces al precio de no atender a cierta utilidad. Kelsen expresaba así el carácter general de su teoría:

La teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional (Kelsen 1977, 15).

Las grandes teorías positivistas y jusnaturalistas clásicas coinciden en desarrollar teorías generales. Esta coincidencia

* Profesor Titular de Filosofía do Direito da Universidad de Castilla-La Mancha (España).

no es casual. Es interesante constatar que, a pesar de sus notorias diferencias, positivistas y jusnaturalistas comparten un común acervo. El coincidente carácter general de estas teorías no es sino una manifestación de un acuerdo más amplio. Positivistas y jusnaturalistas están plenamente de acuerdo al menos en algo: en que su discusión tiene *sentido*. Si no compartieran esta creencia, cabe esperar que no perderían el tiempo discutiendo entre sí. Normalmente positivistas y jusnaturalistas coinciden (salvo improbable cinismo o flagrante contradicción performativa) en que tiene sentido discutir sobre las propiedades que comparten *todos* los sistemas jurídicos. Coinciden, singularmente, en que tiene sentido discutir si la moralidad es en alguna medida una propiedad necesaria de todos los sistemas jurídicos. Desde este punto de vista es engañoso contraponer positivismo y jusnaturalismo como encarnizados adversarios. Por usar una imagen, también los jugadores de ajedrez son adversarios. Sin embargo, siguen unas mismas reglas (que por cierto son las que hacen de ellos jugadores de ajedrez) y con cada enfrentamiento contribuyen a desarrollar y mantener vivo ese juego. A veces gana Kárpov y a veces Kaspárov, pero con cada victoria no se pretende aniquilar al otro. ¿Qué sería de un ajedrecista que no pudiera jugar con otros? Pues bien, y por seguir con la imagen, del mismo modo que para jugar al ajedrez necesitamos dos contrincantes, para desarrollar el discurso de la teoría del Derecho tradicional hemos necesitado dos adversarios: positivistas y jusnaturalistas. Como los ajedrecistas, los teóricos del Derecho son adversarios que al mismo tiempo se definen constitutivamente por utilizar unas comunes reglas del discurso de la teoría del Derecho tradicional, uno de cuyos presupuestos dice que es posible y tiene sentido preguntarse por la *naturaleza*

del Derecho; dice, singularmente, que es posible y tiene sentido preguntarse por la naturaleza *moral* del Derecho. Sin embargo, que debamos asumir tales presupuestos dista de ser algo indiscutible.

Desde este punto de vista, cabría concluir que positivistas y jusnaturalistas son parte de un mismo paradigma (llamémoslo el “paradigma positivista/jusnaturalista”) que ha sido el dominante en la teoría del Derecho, pero que, en efecto, no tiene por qué ser el único. ¿Cómo se define este paradigma? Al ya indicado carácter general de sus teorías, cabría sumar otros presupuestos conexos: dualismo Derecho/moral, objetualismo y esencialismo.

Positivistas y jusnaturalistas han compartido un *dualismo* Derecho/moral en el sentido de que ambos discuten sobre la existencia o no de una relación conceptual entre dos esferas normativas diversas, que son el Derecho y la moral. Creo que es importante subrayar este común dualismo porque la articulación del discurso de la teoría del Derecho en torno a Derecho y moral como dos sistemas normativos claramente diferenciados entre los que se afirman o niegan relaciones resulta incompatible con la tesis de la unidad del discurso práctico de la tradición kantiana (e.g. Alexy 1999). Por otro lado, positivistas y jusnaturalistas han compartido *objetualismo*, en el sentido de que han concebido el estudio del Derecho como si éste fuera un objeto estático y acabado, ignorando la vertiente dinámica e interpretativa que presenta. En otro lugar, al que me permito remitirme (García Figueroa 2004), me he ocupado de estos dos presupuestos. En cuanto al tercero, autores diversos (e.g. Nino 1985, 175 ss.) han denunciado el esencialismo de la teoría del Derecho, así que ahora habrá de bastar con recordar lo que Popper entendía por esencialismo en la primera ocasión en que se refirió a ello:

La escuela de pensadores que me propongo llamar *esencialistas metodológicos* fue fundada por Aristóteles, quien enseñaba que la investigación científica tiene que penetrar hasta la esencia de las cosas para poder explicarlas. Los esencialistas metodológicos se inclinan a formular las preguntas científicas en términos como “¿qué es materia?” o “¿qué es fuerza?” o “¿qué es justicia?” y creen que una respuesta penetrante a estas preguntas, que revele el significado real o esencial de estos términos y, por consiguiente, la naturaleza real o verdadera de las esencias denotadas por ellos, es por lo menos un indispensable requisito previo de la investigación científica, si no su principal tarea.¹

Los presupuestos de un paradigma resultan indiscutibles dentro del propio paradigma, en la medida en que presenten carácter constitutivo (análogamente nada le impide al ajedrecista proponer que movamos los peones como caballos, pero en tal caso lo que propone es dejar de jugar al ajedrez). En este sentido, las reglas y presupuestos que definen un paradigma jurídico resultan *irrebasables* dentro de él. Por tanto, cuestionar las reglas constitutivas del paradigma supone necesariamente proponer uno alternativo. Como veremos a continuación, no todos los desarrollos del neoconstitucionalismo del que tanto se ha hablado (Carbonell 2003) suponen una ruptura con el paradigma positivista/jusnaturalista. Sólo en la medida en que las tesis del llamado neoconstitucionalismo pongan en duda al menos alguno de los presupuestos constitutivos del paradigma positivista/jusnaturalista de forma coherente, puede el neoconstitucionalismo erigirse en un nuevo paradigma para la teoría del Derecho.

La alternativa a las grandes teorías generales del paradigma positivista/jusnaturalista ha consistido en el desarrollo de *alguna* teoría particular del Derecho. Las

teorías particulares del Derecho reconstruyen teóricamente un modelo jurídico concreto que presente interés. De hecho, así suelen hacerlo en la actualidad los representantes del llamado *neoconstitucionalismo*. Esta atención especial y deliberada a un modelo histórico concreto singulariza las teorías del Derecho neoconstitucionalistas hoy imperantes, frente a las tradicionales. Los representantes del neoconstitucionalismo han tomado el Derecho de los Estados constitucionales (el Derecho constitucionalizado) como el modelo central de su reconstrucción teórica. Sin embargo, ello no implica necesariamente renunciar a una teoría general. Todo depende del alcance que se confiera a los resultados de la teoría particular de que se trate o, dicho de otro modo, depende del propósito con el que desarrollemos la reconstrucción de un Derecho en particular.

Desde este punto de vista, una teoría particular puede servir a dos propósitos diametralmente opuestos: o bien funcionar como *test* para una teoría general (de modo que la teoría particular meramente *ilustra* la general) o bien fijar una teoría particular del Derecho que, en efecto, renuncie a extender los resultados de su investigación al resto de ordenamientos jurídicos (no constitucionalizados). Llamemos al primer tipo de teoría particular “teoría particular de alcance general” y al segundo “teoría particular pura”. De este modo, si una teoría particular en su reconstrucción del modelo de Derecho en el Estado constitucional llega a la conclusión de que el Derecho constitucionalizado exhibe una vinculación necesaria con la moral, entonces caben dos interpretaciones de esa teoría. Si se interpreta como una teoría particular de alcance general, entonces la particular vinculación del Derecho constitucionalizado a la moral ilustra la teoría general según la cual todo Derecho está vinculado a la moral. Si se

interpreta como una teoría particular pura, entonces se afirma que el Derecho constitucionalizado (y sólo él) está vinculado a la moral sin comprometerse con una teoría general. Por tanto, la primera vía del neoconstitucionalismo considerado como una teoría particular de alcance general supone el anclaje del neoconstitucionalismo en alguna teoría general. En otras palabras, las teorías particulares de alcance general no escapan del paradigma positivista/jusnaturalista.

Al menos en algunos de sus aspectos clave, las teorías del Derecho de Alexy y Ferrajoli serían (entre otras) teorías particulares de alcance general en este sentido aunque con resultados contrapuestos. El *no positivismo* de Alexy (e.g. 1994) defiende la vinculación conceptual de Derecho y moral y entiende que la vinculación del Derecho a la moral que cabe reconocer en los Estados constitucionales es una manifestación de la vinculación conceptual necesaria entre Derecho y moral (teoría general no positivista). En la misma dirección, pero en sentido opuesto, el *positivismo crítico* de Luigi Ferrajoli (e.g. 1995, 852 ss.) desarrolla una teoría particular del Derecho basada también en el Derecho constitucionalizado, pero con el fin de defender que no existe una vinculación conceptual necesaria entre Derecho y moral (teoría general positivista). En esta medida, ambas teorías se inscriben dentro del paradigma positivista/jusnaturalista y se hallan expuestas a las objeciones que éste soporta (García Figueroa 2004, 2005).

El cambio de paradigma al que las teorías neoconstitucionalistas se orientan (incluso bajo la versión particular de alcance general que no lo consuma) tiene que ver con un trasfondo filosófico que opone al esencialismo una cierta dosis de pragmatismo (e.g. Ramos Duarte 2003, 219 ss.). En términos muy generales parece que la

teoría del Derecho evoluciona desde teorías generales hacia teorías particulares y singularmente hacia teorías particulares puras. Una teoría particular pura resulta más pragmática a pesar de ser menos ambiciosa en el plano conceptual. Es menos ambiciosa porque sólo aspira a ofrecer *un* concepto (más) de Derecho y es más pragmática porque pretende reconstruir el Derecho que parece más útil reconstruir. Esta estrategia renunciaría en alguna medida a la búsqueda de lo sublime y eterno para contentarse con lo bello y finito, por decirlo con Rorty (2000, 7 ss.). Articular en el mundo del Derecho esta estrategia y especificar la utilidad que ha de satisfacer una teoría del Derecho pragmatista es tarea que excede los límites de un trabajo como éste. Baste dejar constancia de la evolución de la teoría del Derecho pues esta trayectoria permite prever en alguna medida sus futuros desarrollos.

Con independencia de su alcance (general o no), en el actual estado de cosas parece que existe cierta unanimidad a la hora de estudiar el Derecho tomando como central el modelo de los Estados constitucionales. Obviamente en una teoría particular del Derecho constitucionalizado adquiere un indiscutible protagonismo la Constitución y ello ha tenido importantes consecuencias para la teoría del Derecho. En relación con las teorías del Derecho tradicionales, la Constitución se manifiesta como una fuente inquietante. Por un lado, la Constitución satisface los criterios de validez del positivismo (la Constitución es una norma jurídico-positiva), del jusnaturalismo (la Constitución expresa una serie de ideales de justicia) y del realismo (el contenido de los derechos fundamentales obedece sobre todo a la actividad jurisdiccional). Pero por otro lado, que las tres teorías tradicionales en pugna tengan razón sólo puede significar, trivialmente, que ninguna de ellas tiene *toda* la razón. El

hecho de que las tres grandes tradiciones de pensamiento iusfilosófico nos suministren buenos argumentos para ofrecer una explicación de la Constitución, pero que al mismo tiempo tales argumentos sean insuficientes aisladamente considerados, permite pensar que la teoría del Derecho requiere una teoría por lo menos integradora y seguramente superadora para explicar satisfactoriamente la constitucionalización del Derecho. Y ello es así porque en la Constitución, más que en ninguna otra norma del sistema, se advierte con especial intensidad el tridimensionalismo al que gusta referirse el iusfilósofo brasileño Miguel Reale (e.g. 1997). La Constitución es una norma positiva, que expresa unos valores y cuyo sentido no puede entenderse fuera de su efectiva interpretación y aplicación por parte de órganos jurisdiccionales, singularmente por parte del Tribunal Constitucional. Norma, valor y hecho se hallan, pues, fuertemente imbricados en la Constitución. A continuación me referiré a esta trabazón entre los aspectos normativo y valorativo de la Constitución.

2. Las normas de la Constitución

Las normas constitucionales son muy poco precisas en algunas cuestiones muy relevantes, si bien lo más grave quizá sea el agravio comparativo que supone su precisión en cuestiones de menor trascendencia. Por poner dos ejemplos recurrentes, la Constitución española es relativamente precisa regulando los colores de la bandera española:

La bandera de España estará formada por tres franjas horizontales, roja amarilla y roja, siendo la amarilla de doble anchura que cada una de las rojas (art. 4.1 Const.)

O determinando la ciudad que es capital del Estado:

La capital del Estado es la villa de Madrid (art. 5 Const.)

Pero no lo es tanto cuando hablamos de derechos fundamentales. De hecho, Robert Alexy (2003, 35) ha destacado de forma muy expresiva que el empaquetado de productos cárnicos merece una regulación por parte de las directivas europeas mucho más detallada que nuestros derechos fundamentales en la Constitución. Realmente si el cuidado con el que se dicta una norma fuera, como parece razonable, acorde con la importancia de la materia regulada, parecería inaceptable que el envoltorio de una salchicha mereciera una regulación más sofisticada que los derechos fundamentales de un ser humano.

Desde este punto de vista, las normas sobre derechos fundamentales presentan algún tipo de debilidad en su formulación, impropia de su importancia sustancial. Este tipo de objeción a la formulación de derechos individuales no representa una novedad (las declaraciones de derechos fueron en su momento blanco de la severa crítica de Bentham²). Quizá sí lo sea la terminología con que hoy en día se expresa y la especial insistencia sobre ciertos aspectos de la cuestión. Hoy ya es un lugar común referirse al problema cuestionando que los derechos fundamentales se expresen a través de principios y no de reglas. En este sentido, la objeción ha sido muy bien formulada por Rodríguez-Toubes cuando ha escrito sobre la garantía de los derechos fundamentales que se trata de “una cuestión de principio, pero al mismo tiempo impropia de principios” (Rodríguez-Toubes 2000, 13). Cuestionar la conveniencia de formular los derechos fundamentales como principios exige precisar qué significa principio y si realmente existe una incompatibilidad entre la importancia de los derechos fundamentales y su configuración como principios. Ambas preguntas presentan un gran alcance, que aquí sólo puede insinuarse muy brevemente.³

¿Qué se entiende por principio? ¿En qué sentido los derechos fundamentales están formulados como principios? Como es bien sabido, las teorías sobre los principios son múltiples, pero aquí me interesa referirme a los principios jusfundamentales como normas derrotables (*defeasible*). Por ejemplo, la norma

N: Todos los ciudadanos tienen garantizada su intimidad presenta una estructura análoga al enunciado

E: Todos los pájaros vuelan.

En ambos casos y suponiendo que hayamos sido capaces de enumerar exhaustivamente el conjunto *actual* de excepciones, es posible que hallemos en el futuro *nuevas* excepciones que no son previsibles *ex ante*, al momento de formular el derecho a la intimidad o de declarar que los pájaros vuelan. Es lo que sucede respectivamente cuando en un caso concreto mi derecho a la intimidad se ve superado por el derecho a la libertad de expresión o cuando nos damos cuenta de que el pingüino del zoo no vuela a pesar de ser un ave. Estas excepciones sobrevenidas no nos llevan a renunciar sin embargo al cuantificador universal “todos” que aparece en ambos enunciados. Afirmamos más bien que N y E expresan enunciados *derrotables*.⁴

Es interesante subrayar que la derrotabilidad que se predica de las normas iusfundamentales es una propiedad disposicional. Las propiedades disposicionales se caracterizan porque su manifestación está condicionada a que tenga lugar un cierto suceso (condición de la manifestación). El ejemplo clásico de propiedad disposicional es la solubilidad en agua. La sal es soluble, no porque toda la sal del mundo esté disuelta, sino porque la sal, sólo *en caso de* ser introducida en agua, se disuelve. Análogamente, si y sólo si hallamos una excepción a N no anticipable *ex ante*, entonces se *manifiesta* la propiedad disposi-

cional de la derrotabilidad. En tanto no se materialice tal condición de la manifestación y la subsiguiente manifestación, la norma N (derrotable) presenta una *apariciencia* igual a la de una norma no derrotable. En tal medida, una propiedad disposicional es una propiedad de algún modo latente y no se exterioriza en tanto no se materialice su condición de manifestación. Lo que una norma de este tipo ordena, permite o prohíbe es algo siempre a expensas de lo que pueda deparar un futuro relativamente incierto.

Este carácter disposicional de la derrotabilidad debería afectar poderosamente nuestra imagen del Derecho y de hecho ello parece un elemento muy considerable en el posible desarrollo del llamado paradigma neoconstitucionalista (García Figueroa 2003, 212 ss.; 2004) en particular si a ello añadimos que la determinación de las nuevas excepciones no enumerables *ex ante* sólo puede llevarse a cabo con el concurso del discurso práctico general. Los derechos fundamentales nos hablan de *igualdad*, de *dignidad*, de *libertad* y de muchos otros conceptos que forman parte del léxico moral antes que del jurídico. Por utilizar una analogía: ¿Acaso no sospecharíamos intuitivamente que dos aparatos con un aspecto exterior diverso tienen un funcionamiento parecido si una buena parte de sus piezas fueran semejantes o si una buena parte del glosario de sus respectivos manuales de instrucciones coincidieran? Derecho y moral comparten un vocabulario que permite pensar que el Derecho no puede ser ajeno a la *mecánica* del discurso práctico, de modo que el discurso jurídico sería, en relación con el moral, un *genus proximum* (Alexy 1999). Como es sabido, la llamada “tesis del caso especial” (*Sonderfallthese*) de Robert Alexy viene a fundamentar esta intuición: el razonamiento jurídico es un caso especial de razonamiento práctico general.

Dicho en otras palabras, no podemos razonar jurídicamente sin razonar moralmente. Por eso cuando queremos resolver un conflicto entre derechos fundamentales y *excepcionar* uno de ellos debemos recurrir a una argumentación moral. En el plano jusfundamental la administración de la derrotabilidad remite así a razones morales. En este sentido, se puede decir que la derrotabilidad de los derechos fundamentales tiene “bases éticas” (Celano 2002, 37).

Así pues, si asumimos, como aquí se hace, que las normas iusfundamentales son *derrotables* y lo son sobre *bases éticas*, entonces el Derecho no puede ser contemplado como un conjunto estático y acabado de normas que nos dicen qué hacer, como presupone el objetualismo anteriormente referido. Si yo me pregunto qué ordena, prohíbe o permite el Derecho en un Estado constitucional, mi respuesta siempre se hallará condicionada por dos elementos importantes que no puedo determinar de forma inmediata. Por un lado, la *derrotabilidad* de las normas iusfundamentales provocará que mi respuesta dependa de las específicas e imprevisibles circunstancias que puedan concurrir en un caso futuro. Por otro, que la derrotabilidad de las normas iusfundamentales tenga bases *éticas* provocará (si mi ética es constructivista) que mi respuesta dependa además de las futuras fluctuaciones de las concepciones morales (de los participantes en el discurso moral) que condicionan las futuras excepciones a la norma (pensemos en las transformaciones sociales de la sociedad norteamericana durante los doscientos años de vida de su Constitución). Por razones puramente conceptuales, si una excepción a un principio iusfundamental no es anticipable *ex ante*, entonces no podemos conocer el conjunto de excepciones de una norma y no podemos conocer plenamente su contenido. Si las normas sobre derechos fun-

damentales son derrotables, entonces no puedo afirmar *ex ante* con plena seguridad qué sea obligatorio, prohibido o permitido de acuerdo con los derechos fundamentales. Si ello es así y si aceptamos además que los derechos fundamentales *impregnan* o *irradian* (la interpretación de) todo el Derecho, entonces el diagnóstico recién indicado no sólo afecta a las normas sobre derechos fundamentales, sino que se extiende a todo el sistema jurídico en su totalidad. He aquí la explicación de la especial incidencia de la derrotabilidad de los derechos fundamentales sobre el concepto de Derecho.

Llegados a este punto, podría parecer que la incertidumbre a que nos aboca el fenómeno de la derrotabilidad de las normas jusfundamentales es un argumento a favor de alguna forma de escepticismo sobre el Derecho a la manera que proponía el realismo jurídico o ciertas corrientes críticas: dado que no podemos saber *ex ante* qué está jurídicamente ordenado, prohibido o permitido, el Derecho deja de ser una guía para la acción. Sin embargo, la teoría del Derecho actual que se desarrolla al amparo del paradigma neoconstitucionalista sólo puede aceptar esta conclusión hasta un cierto punto y no sólo porque no todos los casos resultan ser casos difíciles en la práctica. Es cierto que el carácter derrotable de las normas jusfundamentales desplaza la centralidad del estudio del Derecho desde el sistema jurídico hacia el momento de la efectiva aplicación del Derecho (cuando la *derrotabilidad* de los principios jusfundamentales *se manifiesta*) de modo que, como expresivamente afirma Habermas (1998, 266), “el proceso judicial constituye el punto de fuga para el análisis del sistema jurídico”. Ello explica que la teoría del Derecho de las últimas décadas haya desplazado el foco de interés desde la teoría de los sistemas normativos hacia la

teoría de la argumentación. En este (pero sólo en este) sentido, se puede hablar de un *neorrealismo* implícito en el paradigma del neoconstitucionalismo. El Derecho tiende a ser concebido no tanto como un conjunto estático de normas, cuanto, más bien, como un conjunto dinámico de argumentos. Sin embargo, una vez asumida esta perspectiva, la teoría de la argumentación sobre la que se asienta buena parte del paradigma neoconstitucionalista se separa del escepticismo ante las normas del realismo y defiende la posibilidad de un control racional de la argumentación jurídica. Las normas jurídicas y singularmente las iusfundamentales adquieren su contenido en la concreta práctica jurídica, pero eso no significa que tengamos que renunciar a la objetividad en el discurso jurídico. No interesa *cualquier* aplicación del Derecho, sino sólo la aplicación *racionalmente justificada*. En suma, la incertidumbre que provoca la derrotabilidad de las normas del sistema jurídico (singularmente de las constitucionales) nos aboca a un escepticismo de corte realista sobre el sistema jurídico que es sin embargo compensado con un objetivismo en la aplicación del Derecho que se apoya en la teoría de la argumentación jurídica (García Figueroa 2000, 201 ss.). Por buscar la simetría, cabría concluir que al específico *neorrealismo* lo corrige un cierto *neojusnaturalismo*. Que no sepamos exactamente qué dice el Derecho en abstracto no impide que podamos dar respuestas jurídicas racionales a cada caso. De este modo, los principios iusfundamentales parecen abocarnos por su estructura derrotable y su base ética a un particularismo jurídico (e.g. Celano 2005). El particularismo es la teoría que rechaza toda virtualidad de las normas abstractas en el discurso moral.

¿Son los derechos fundamentales cuestiones de principio impropias de ser

reguladas por principios? Frente a algunos críticos (singularmente Habermas 1998, 311 ss.) y con cierta independencia del concepto de principio que asumamos, la “teoría de los principios” (Alexy 2004, 14 ss.) sostiene que los derechos fundamentales no sólo *pueden*, sino que *deben* venir configurados a través de principios. La derrotabilidad sobre bases éticas de los principios iusfundamentales puede parecer a primera vista un inconveniente, pero en realidad es consecuencia de un rasgo de éstos que bajo la ideología del Estado constitucional representa una virtud: su fuerte carga axiológica. Desde este punto de vista, la configuración de los derechos fundamentales como principios es una manifestación más de la toma de posición del Estado constitucional ante el viejo conflicto entre seguridad y justicia. Más específicamente, entre perfección formal y corrección material. El reforzamiento de la corrección material tiene lugar a costa de cierta *imperfeción* formal en el Derecho del Estado constitucional. Por eso, como escribe Ferrajoli:

La posible imperfección es, paradójicamente, su mayor mérito. Una perfecta coherencia y plenitud y una total ausencia de antinomias y de lagunas sólo sería posible si no se hubiera incorporado a las normas sobre la producción algún vínculo sustancial (Ferrajoli, 1999, 24).

Sin embargo, no todos contemplan esta transacción en el Estado constitucional que cede perfección formal a cambio de un vínculo sustancial (de dimensión ética, de dimensión axiológica, si se quiere) con ese optimismo. Por ejemplo, esta *ventaja* es considerada por Habermas como una *desventaja*. Habermas insiste en que la dimensión axiológica que adquieren las Constituciones comporta una indeseable flexibilización y consiguiente judicialización del Derecho que anula los

“cortafuegos” (Habermas 1998, 332) de nuestros derechos fundamentales. Sin embargo esta crítica no parece del todo justa. Es cierto que con su derrotabilidad sobre bases éticas las normas jusfundamentales incrementan el grado de incertidumbre, pero a cambio permiten aspirar a un mayor grado de justicia. Mayor grado de justicia en un doble sentido. Hacia arriba, los principios jusfundamentales determinan ideales a los que debemos aproximarnos. Hacia abajo, los principios jusfundamentales ven su eficacia condicionada al caso concreto con el fin de tratar igual los casos iguales y desigual los casos desiguales, con el fin, dicho de otro modo, de considerar las particularidades del caso. De esta forma, la configuración de los derechos fundamentales como principios representa el instrumento normativo de la institucionalización de ideales en el Derecho, algo que parece a todas luces deseable. Los principios son por su parte el intento de salvar el desfase entre el plano deontológico del Derecho (su configuración normativa) con el plano axiológico (los valores incorporados). La nueva configuración normativa del Derecho (como principios) en el plano deontológico responde a la nueva configuración valorativa del Derecho (axiológicamente cargado) en el plano axiológico.

Desde este punto de vista, la crítica de Habermas a la teoría de los principios parece sesgada. La dimensión axiológica del Derecho consuetudinario no es el problema que los principios incorporan, sino que los principios son precisamente el instrumento que sirve a la articulación de la dimensión axiológica y la dimensión deontológica en el Derecho del Estado constitucional. En efecto, esta dimensión axiológica, el “vínculo sustancial” del que nos habla Ferrajoli, la “dimensión ética sustancial” (Celano 2005, 3) del Estado de Derecho constitucional exige un tipo ade-

cuado de normas. La configuración de las normas de derechos fundamentales como principios constituye el intento de adecuar las normas en el plano deontológico a los valores en el plano axiológico. De este modo, los principios permiten con su derrotabilidad dar entrada a las fluctuaciones del discurso moral derivadas de la contingencia de los participantes en el discurso moral. De este modo la configuración normativa de los derechos fundamentales nos remite a la dimensión valorativa de la Constitución. Esta cuestión nos lleva a considerar el papel de los valores en el Derecho y la relación de estos con los principios.

3. Los valores de la Constitución

Las disposiciones de los ordenamientos jurídicos normalmente ordenan, prohíben o permiten una acción. Ya hemos visto que a veces lo hacen de forma más terminante o concluyente (a través de reglas) y en otras menos (a través de principios, especialmente de principios iusfundamentales). Sin embargo, reglas y principios no son los únicos tipos de enunciados que encontramos en un sistema jurídico. Como todos sabemos, a veces el Derecho además de dictar normas (que ordenan, prohíben o permiten), hacen otras cosas. Por ejemplo, estipulan definiciones, expresan sentimientos o formulan valores. Quizá sea este último uno de los rasgos más destacables (si no el que más) del Derecho en el Estado constitucional. Es claro, pues, que el Derecho no sólo se formula en un lenguaje prescriptivo (deontológico). También expresa otros actos de habla. Singularmente el Derecho constitucionalizado se expresa a través de un lenguaje valorativo (axiológico). En este sentido se ha hablado de la *materialización y remoralización* del Derecho. Podríamos decir que el paso del Estado de Derecho al Estado constitucional de Derecho ha supuesto en buena parte la

transformación de un Derecho deontológico (puramente normativo) en un Derecho axiológico (marcadamente valorativo). El Derecho ya no sólo nos dicta una *norma* como el art. 14 de la Constitución española que determina el *principio* de no discriminación o principio de igualdad:

Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Sino que también consagra el *valor* de la igualdad en su art. 1.1:

España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Al menos en España, ni la doctrina, ni la jurisprudencia, ni el constituyente distinguen claramente entre *principios* como el art. 14 y *valores* como los formulados en el art. 1.1 (cfr. Díaz Revorio 1997, 101 ss.), de modo que con frecuencia tratan principios y valores indistintamente. Sin embargo, *norma* es una categoría deontológica y *valor* una categoría axiológica (von Wright 1993, 6; Alexy 1993, 139 ss.), así que formular una norma y formular un valor son actos distintos. Es cierto que el contexto puede determinar el carácter de un acto de habla. En ejemplo de Bernard Williams (1987, 58): si alguien dice “el hielo está fino” está describiendo algo, pero su aseveración también puede interpretarse, según el contexto, como una advertencia. Esto demuestra que un mismo enunciado puede interpretarse como dos actos de habla distintos. También es cierto que al contraste con los enunciados descriptivos (verdaderos o falsos), se ha agrupado lo valorativo y lo normativo bajo el más amplio rótulo de lo *normativo-valorativo* (Celano 1994, 42-3). Sin embargo, nada de

ello debe hacernos perder de vista el valor analítico de la distinción entre diversos actos de habla. En nuestro caso, no debe impedirnos distinguir entre normas y valores y ver hasta dónde llegan sus conexiones una vez salvadas las discrepancias interpretativas. Parece claro que no es lo mismo decir: “no debemos discriminar” que decir “la discriminación no es buena”. No es lo mismo decir “debemos tratar a todos por igual” que decir “tratar a todos por igual es bueno”. Una cosa es decir que algo es debido y otra decir que algo es valioso. Ahora bien, ¿existe algún tipo de conexión intrínseca entre normas y valores que explique la confusión de normas y valores incluso en la propia jerga filosófica?⁵ Por ejemplo, ¿implica el enunciado valorativo “la discriminación no es buena” el enunciado normativo “no debemos discriminar”? Y si es así, ¿de qué modo?

David Lewis se pregunta si un valor es un sentimiento, una creencia o bien un deseo y concluye que valorar algo es formular un deseo. Sin embargo no valoramos todo lo que deseamos. En ejemplo del propio Lewis (2000, 70), un drogadicto podría *desear* “colocarse” en trance pero no *valorar* tal experiencia. De hecho lo más seguro es que él *desea no desear* tener tal experiencia. Esto le sirve a Lewis para decir que “ser un valor (...) significa ser aquello que nosotros estamos dispuestos bajo condiciones ideales a desear desear” (Lewis 2000, 71). Lewis sigue aquí la idea de Moore cuando afirma que “ser bueno puede significar ser aquello que deseamos desear” (Moore, 2002 secc. 13, p. 38). A partir de aquí Lewis vincula valor y motivación del siguiente modo bajo una concepción disposicional de valor:

Si algo es un valor, y alguien forma parte del “nosotros”⁶ apropiado, y si está en condiciones ideales, entonces se sigue que lo valorará. Y si lo valora, y si lo desea

como desea desearlo, entonces lo deseará. Y si lo desea, y si este deseo no es desplazado por otros deseos en conflicto, y si tiene la racionalidad instrumental para hacer lo que sirve a sus deseos, de acuerdo con sus creencias, entonces lo perseguirá. Y si las creencias relevantes son prácticamente lo bastante verdaderas, entonces lo perseguirá tan efectivamente como sea posible (Lewis 2000, 72).

De forma similar, von Wright (1993, 176) explica la conexión (el *anclaje*) entre valor y norma a través de la idea de “necesidad práctica”. La necesidad práctica de una norma deriva de un valor o un fin deseado cuando éste se combina con una “necesidad natural” en nuestros “silogismos prácticos”. El ejemplo de silogismo práctico que nos ofrece von Wright (1993, 161) es el siguiente:

Deseas habitar la cabaña (enunciado de deseo)

A menos que calientes la cabaña, no conseguirás habitarla (enunciado de necesidad natural)

- Debes calentar la cabaña (enunciado de necesidad práctica)

Similarmente, podríamos decir que si la igualdad es un valor constitucional, esto es, se trata de algo constitucionalmente *deseable* (se desea la igualdad) y se atiende a las necesidades sociales y jurídicas (a menos que establezcamos normas de conducta apropiadas que excluyan la discriminación no conseguiremos situaciones de igualdad), entonces el principio de no discriminación del art. 14 Const. es la formulación expresa de una necesidad práctica en el Derecho constitucionalizado derivada del valor constitucional de la igualdad. Existe una conexión práctica entre los valores y los principios constitucionales.

Sin embargo, la conclusión “no se debe discriminar” no parece que se pueda plantear en términos absolutos. Seguramente no podemos exigir el cumplimien-

to de “no se debe discriminar” del mismo modo que exigimos el cumplimiento de la norma “no se deben rebasar los 100 kilómetros por hora” o “no se debe circular por el carril izquierdo de la calzada”. Tras la norma “no se debe discriminar” existe una carga axiológica inmediata no presente necesariamente en las otras dos. Admitida la conexión práctica entre valores y normas jusfundamentales, la cuestión es entonces determinar la incidencia de esta conexión sobre la específica configuración de las normas jusfundamentales como principios. Recordemos de nuevo que esta configuración, esta *imperfección* deóntica que trasluce la dimensión ética sustancial de la Constitución es precisamente lo que critica Habermas (1998, 311 ss.), la “teoría de los valores” que por otra parte sostiene el Tribunal Constitucional alemán (vid. Cruz 2005).

Tradicionalmente de la conexión entre valores y normas se había inferido una correlación directa entre lo bueno y lo debido: lo que es bueno es debido. Si la igualdad es un valor, entonces es debida. Sin embargo, en un trabajo clásico Urmson (1969) subrayó una relevante asimetría entre el lenguaje valorativo y el lenguaje prescriptivo que es relevante aquí y que surge del análisis de las acciones supererogatorias. La idea central es la siguiente: la filosofía moral ha distinguido normalmente tres tipos de acciones en relación con su valor moral: deberes, acciones indiferentes, y acciones incorrectas. Urmson considera esta tripartición inadecuada porque no contempla las acciones supererogatorias, las acciones de los héroes y los santos que van más allá de lo debido y en ese sentido, no son debidas a pesar de ser valiosas. El ejemplo de Urmson (1969, 63) es el del soldado que se abalanza sobre la granada de mano a punto de estallar para salvar, con el sacrificio de su propia vida, la de

sus compañeros. Esta conducta es valiosa, pero no es debida. En este sentido existe al menos una asimetría entre el lenguaje valorativo y el prescriptivo: las conductas supererogatorias demuestran que existen acciones valiosas que no son debidas. No existe correlación plena entre deberes (normas) y valores.

Esta asimetría también se percibe en el Derecho constitucionalizado. La igualdad se manifiesta como un valor, cuya realización queda ordenada expresamente por un principio, pero debe someterse también a las posibilidades jurídicas y fácticas que puedan surgir en el caso. En este sentido, la igualdad se parece a la conducta supererogatoria en que no se traduce de forma inmediata en un deber, pero se diferencia porque la igualdad no deja de ser debida *en alguna medida*. La igualdad además de como valor, funciona como *ideal*. El ideal es valioso y no puede ser debido de forma absoluta por la propia naturaleza contrafáctica del carácter ideal, pero tampoco puede considerarse no-debido como sucede con los actos supererogatorios. Por eso el valor de la igualdad, a pesar de su carácter ideal, no se traduce en un no-deber sino en una forma distinta de deber.

La norma “no se debe discriminar” se torna así derrotable para poder conservar la carga axiológica que comporta, pues sólo el carácter derrotable posibilita articular el vínculo sustancial en su aplicación. No decimos que no sea debida. Sí decimos que no es debida del mismo modo en que lo son otras normas del ordenamiento al que ya es usual referirse como *reglas* y que cabe (al menos pragmáticamente) aplicar sin atención especial a su carga axiológica. En el caso de la prohibición de la igualdad, a diferencia del caso de las conductas supererogatorias, la acción es debida, pero no es *absolutamente* debida. Aquí el valor al que se apela constituye un ideal. Un ideal se caracteriza precisamente por-

que *debemos* aspirar a su plena realización, pero no es *posible* cumplirlo en toda su extensión. Los derechos fundamentales funcionan así como ideales que exigen el *mayor* cumplimiento *posible* y ello excluye un cumplimiento absoluto. Así que el ideal (lo valioso debido lo más posible) se sitúa entre lo valioso debido y lo valioso no-debido (supererogatorio).

Visto así, adquiere nuevo valor la concepción de los principios jusfundamentales que nos ofrece Robert Alexy, cuya concepción de los principios como mandatos de optimización ofrece una respuesta a esta apelación de los principios constitucionales a una dimensión valorativa e ideal del Derecho. Recordemos que para Alexy un principio es una norma que debe aplicarse en la mayor medida posible de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Su fórmula de compromiso consiste así en configurar las normas jusfundamentales como “mandatos de optimización” (Alexy 1993, 86). El mandato de optimización establece que se debe realizar una cierta acción o llevar a cabo un cierto estado de cosas en la medida posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Cuando decimos que tenemos un derecho a la igualdad, según Alexy estamos diciendo en realidad que en lo posible (jurídica y fácticamente) no se me debe discriminar. Es decir, cuando digo que tengo derecho a la igualdad o no discriminación, estoy exigiendo que se lleve a la realidad una acción o un estado de cosas valiosos, pero esas acciones o estados valiosos no pueden ser debidos del mismo modo en que lo son otras acciones o estados de cosas que no apelan (al menos directamente) a un ideal, que no están cargados axiológicamente del modo en que lo están los principios jusfundamentales.⁷ Frente a las objeciones, parece clara la conexión práctica entre las normas y los valores de la Constitución y la idoneidad de los principios para articularla.

Conclusión

En la primera parte de este trabajo me he referido a algunos de los rasgos que distinguen a los autores que suelen identificarse como neoconstitucionalistas. De entre esos rasgos quizá convenga retener ahora dos de ellos: por un lado, la adopción de una teoría del Derecho particular y no propiamente general en el sentido de que asumen como objeto de investigación un concreto modelo jurídico, que es el de los Estados constitucionales, y, por otro, el desplazamiento de la centralidad desde la teoría de los sistemas jurídicos a la teoría de la argumentación jurídica. Estos dos rasgos (más teoría particular y más teoría de la argumentación) determinan la centralidad del estudio de la dimensión argumentativa de los derechos fundamentales en el discurso jurídico.

Aquí me he referido a dos particularidades de los derechos fundamentales que condicionan su dimensión argumentativa: la configuración de las normas jusfundamentales como principios, en el sentido de normas derrotables, y la carga axiológica que comportan. La derrotabilidad de las normas jusfundamentales expresa una debilidad deóntica que ha sido criticada precisamente por afectar a normas con un contenido valorativo muy importante. Sin embargo, aquí se ha indicado que esta debilidad responde precisamente a la necesidad de que la cobertura en el plano deontológico de los valores sea la adecuada. Por paradójico que parezca, si queremos considerar ciertos derechos como *triumfos*, entonces debemos dotarles del grado suficiente de flexibilidad que les permita conservar su validez incluso frente a las posibles *derrotas* que deban soportar dentro del discurso jurídico. Por utilizar una imagen, para ganar la guerra es necesario sobrevivir a la pérdida de algunas batallas (es necesario *poder perder* algunas batallas). Esto expli-

ca la correlación entre la dimensión axiológica y la dimensión deontológica de los principios jusfundamentales.

Naturalmente en su conjunto esta estrategia comporta riesgos, singularmente la judicialización excesiva de nuestros derechos constitucionales. La administración de estos riesgos es tarea compleja en la que factores como la cultura jurídica y política de un sistema o los resortes específicos de un diseño institucional revisten gran importancia. Sin embargo, junto a ellos cobra particular relevancia una cuestión ideológica. En sus términos más simples la cuestión es qué grado de seguridad jurídica estamos dispuestos a comprometer para poder ampliar los horizontes jurídicos de nuestros ideales. Seguramente la ideología del neoconstitucionalismo sea la que está dispuesta a asumir riesgos y en este sentido se trata de una ideología progresista. Uno de los rasgos fundamentales de un planteamiento progresista consiste en el optimismo, en la confianza en que las transformaciones y los riesgos no son necesariamente perjudiciales (vid. Kolakowski 1970, 123 ss.).

REFERÊNCIAS

- Alexy, R. (1993), *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, CEPC, Madrid.
- Alexy, R. (1994), *El concepto y la validez del Derecho*, trad. J.M. Seña, Gedisa, Barcelona.
- Alexy, R. (1999), "La tesis del caso especial", trad. Isabel Lifante, en *Isegoría*, nº 21, pp. 23-35.
- Alexy, R. (2003), "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", trad. A. García Figueroa, en Carbonell 2003, pp. 31-47.
- Alexy, R. (2004), *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, trad. C. Bernal Pulido, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid.
- Bentham, J. (1987), "Anarchical Fallacies" (1843), en Waldron, J. (ed.), *Nonsense upon*

- Stilts. *Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, Metheun, Londres.
- Bentham, J. (1991), "Examen crítico de la declaración de derechos", en *Bentham. Antología*, edición de Josep M. Colomer, trad. G. Hernández Ortega y M. Vancells, Península, Barcelona, pp.109-158.
- Carbonell, M. (comp.) (2003), *Neoconstitucion alismo(s)*, Trotta, Madrid.
- Celano, B. (1994), *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Giappichelli, Turín.
- Celano, B. (2002), "'Defeasibility' e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili", en *Diritto e questioni pubbliche* (www.dirittoquestionipubbliche.org), nº 2, pp. 34-46.
- Celano, B. (2005), "Diritti, principi e valori nello Statu costituzionale di diritto: tre hipótesis di ricostruzione", en *Diritto e questioni pubbliche* (www.dirittoquestionipubbliche.org), nº 5, pp. 1-15.
- Cruz, L.M. (2005), *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo*, Comares, Granada.
- Díaz Revorio, F.J. (1997), *Valores superiores e interpretación constitucional*, CEPC, Madrid.
- Ferrajoli, L. (1999), *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid.
- Ferrajoli, L. (1995), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. P. Andrés Ibáñez & al., Trotta, Madrid.
- García Figueroa, A. (2000), "Haciendo justicia desde el lado activo del Derecho. Teoría de la argumentación y teoría del Derecho", en *Revista de Ciencias Sociales*, nº 45, (monográfico *Sobre el razonamiento jurídico*), pp. 193-218.
- García Figueroa, A. (2003), "La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho", en *Diritto e questioni pubbliche* (www.dirittoquestionipubbliche.org) nº 3, pp. 197-227. Puede consultarse una versión ligeramente modificada, bajo el título "Principios y derechos fundamentales", en Díaz, E. & al. (eds.), *Constitución y derechos fundamentales*, CEPC, Madrid.
- García Figueroa, A. (2004), "Bemerkungen zu einer dispositionellen Erklärung des Rechts anhand der Diskussion der Verbindungs- und Trennungsthese", texto presentado al seminario del Prof. Dr. Robert Alexy en Kiel el 8 de junio de 2004, de próxima publicación en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*.
- García Figueroa, A. (2005), "Las tensiones de una teoría cuando se declara positivista quiere ser crítica, pero parece neoconstitucionalista. A propósito de la teoría del Derecho de Luigi Ferrajoli" en Carbonell, M y Salazar, P. (eds.), *Garantismo*, Trotta, Madrid.
- Guastini, R. (2003), "La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: el caso italiano", trad. J.M. Lujambio, en Carbonell 2003, pp. 49-73.
- Kantorowicz, H. (1964), *La definición del Derecho*, trad. J.M. de la Vega, Revista de Occidente, Madrid.
- Kelsen, H. (1977), *Teoría pura del Derecho* (primera edición de 1934), trad. M. Nilve, Eudeba, Buenos Aires.
- Kolakowski, L. (1970), *El racionalismo como ideología y ética sin código*, trad. J. Muñoz, Ariel, Barcelona.
- Lewis, D. (2000), "Dispositional theories of value", en *Papers in Ethics and Social Philosophy*, Cambridge University Press.
- Moore, G.E. (2002), *Principia Ethica* (1903), trad. M. Vázquez Guisán, Crítica, Barcelona.
- Nino, C.S. (1985), *La validez del Derecho*, Astrea, Buenos Aires.
- Popper, K. (1961), *La miseria del historicismo*, trad. P. Schwarz, Alianza, Madrid.
- Popper, K. (2002), *Búsqueda sin término. Una autobiografía intelectual*, trad. C. García Trevijano, Alianza, Madrid.
- Ramos Duarte, É. O. (2003), *Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito. Aproximação à Metodologia Discursiva do Direito*, Landy, São Paulo.
- Reale, M. (1997), *Teoría tridimensional del Derecho*, trad. Ángeles Mateos, Tecnos, Madrid.
- Rodríguez-Toubes, J. (2000), *Principios, fines y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid.
- Rorty, R. (2000), *El pragmatismo, una versión. Antiautoritarismo en epistemología y ética*, trad. J. Vergés Gifra, Ariel, Barcelona.
- Sieckmann, J.-R. (1990), *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Nomos, Baden-Baden.
- Urmson, J.O. (1969), "Saints and Heroes",

en Feinberg, J. (ed.), *Moral Concepts*, OUP, Oxford.

Villanueva Flores, R. (1995), *Los derechos humanos en el pensamiento angloamericano*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca.

Williams, Bernard (1987), *Introducción a la ética*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Cátedra, Madrid.

Wright, G.H. von (1993), *The Varieties of Goodness*, Thoemmes Press, Bristol (reimpr. facsímil a partir de la primera edición en Routledge 1963).

NOTAS

¹ La cita, que merece la pena ampliar, continúa así: “Los *nominalistas metodológicos*, por el contrario, expresarían sus problemas en términos como “¿cómo se comporta este pedazo de materia?” o “¿cómo se mueve en presencia de otros cuerpos?”. Porque los nominalistas metodológicos sostienen que la tarea de la ciencia es sólo describir cómo se comportan las cosas, y sugieren que esto se ha de conseguir por medio de la libre introducción de nuevos términos, cuando sea necesario, o por medio de una re-definición de los viejos términos, cuando sea conveniente, olvidando tranquilamente su sentido original. Porque consideran a las *palabras* meramente como *útiles instrumentos de descripción*” (Popper 1961, 42 s.). Popper mantuvo siempre su “exhortación antiesencialista” (Popper 2002, 30).

² La aversión a este tipo de declaraciones queda clara en su “Examen crítico de la declaración de derechos” (Bentham 1991). Para Bentham la impropiedad en la formulación de derechos fundamentales podía conducir nada menos que a la anarquía: “En un cuerpo de leyes —especialmente leyes constitucionales o fundamentales— una palabra impropia puede ser una calamidad nacional —y la guerra civil puede ser su consecuencia. A partir de una palabra

tonta, pueden salir mil puñales” (Bentham 1987, 49, cit. por Villanueva 1995, 28 ss.).

³ En García Figueroa 2003 me he ocupado de ello con cierto detenimiento.

⁴ Los enunciados devienen provisionales en un sentido popperiano.

⁵ La confusión de lenguaje normativo y valorativo se halla implícita incluso en la jerga filosófica, como lo ilustra von Wright (1993, 155) con el siguiente ejemplo: quien defiende una ciencia libre de valores en realidad está defendiendo que la ciencia nos diga cómo es el mundo y no cómo debe ser. Sin embargo, una cosa es que la ciencia no tenga valores y otra distinta que no nos dicte normas.

⁶ Se refiere al “nosotros” de la cita de Lewis que reproduzco pocas líneas atrás: “ser un valor (...) significa ser aquello que *nosotros* estamos dispuestos bajo condiciones ideales a desear desear” (énfasis mío).

⁷ Volvemos así al apartado de las normas. La dimensión axiológica del Derecho constitucionalizado exige, en efecto, que en su dimensión deontológica el deber se exprese a través de normas derrotables, de mandatos de optimización, nos diría Alexy. Cabría plantear entonces si los principios alexyanos son realmente derrotables. En otras palabras, cabría plantear si son derrotables los mandatos de optimización (agradezco a Carsten Bäcker que me haya llamado la atención sobre este problema en comunicación privada). Realmente para responder a esta cuestión debe resolverse previamente una ambigüedad en la concepción de los principios como mandatos de optimización. ¿Un principio dice “prohibido discriminar por razón de raza, sexo, etc.” (Php) o bien dice “Obligatorio optimizar la prohibición de discriminar por razón de raza, sexo, etc.” [O OPT (Php)]? (vid. Sieckmann 1990, 59). Creo que cabe interpretar que la norma Php es derrotable, pero no en cambio la metanorma de carácter técnico O OPT (Php). El carácter derrotable de Php permite la no-derrotabilidad de O OPT (Php).

OS DIREITOS SOCIAIS ENQUANTO DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

THE SOCIAL RIGHTS WHILE FUNDAMENTAL RIGHTS INSIDE THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

JOSÉ CARLOS MOREIRA DA SILVA FILHO*

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: Neste breve artigo procura-se situar os direitos sociais enquanto direitos fundamentais, dando-se especial atenção ao problema da sua efetividade e à polêmica de estarem ou não inseridos entre os limites materiais à reforma constitucional. Pretende-se, igualmente, a partir do desenvolvimento da noção de Estado Democrático de Direito, tomar posição em relação a tais temas.

Palavras-chave: Direitos Sociais. Direitos Fundamentais. Cláusulas Pétreas. Estado Democrático de Direito. Constituição.

Abstract: This essay tries to elucidate the social rights while fundamental rights, giving special attention to the effectiveness' problem and the polemic for to be or not added between the material limits inside the Constitutional reform. In addition from the evolution for the idea of Democratic State of Law, intends to define a position about these topics.

Key words: Social Rights. Fundamental Rights. Unchangeable Clauses. Democratic State of Law. Constitution.

1. Introdução

Ao tratar-se do tema dos direitos sociais, não há como escapar à análise de sua projeção no constitucionalismo contemporâneo. A relação entre a dinâmica social e econômica de elaboração e reivindicação de direitos foi acompanhada, desde o liberalismo, pela sua contrapartida jurídico-constitucional. A construção dos direitos sociais, no plano jurídico-filosófico, insere-se na tradição dos direitos humanos, no sentido de que são direitos inerentes à própria pessoa, isto é, revelam-se como condições que devem ser respeitadas em prol da valorização e dignificação da pessoa humana.

A idéia de direitos do homem, decorrente do pensamento jusnaturalista que in-

formou a sistematização do Estado Moderno, contudo, nem sempre teve a sua força jurídica e a sua presença realçadas no texto constitucional, estando mais associada às declarações de direitos. Isto gerou um certo senso comum de que esses direitos faziam parte de um ideal assumido pelos países signatários, mas não eram eficazes do ponto de vista estritamente jurídico. Assim, sob influência do pensamento constitucional alemão, a expressão “direitos humanos” (*Menschenrechte*) é preterida pela expressão “direitos fundamentais” (*Grundrechte*), exatamente com o fito de realçar o aspecto jurídico destes direitos, procurando com isto garantir-lhes efetividade e destaque na seara jurídica, fazendo-se, portanto, referência aos direitos da pessoa inseridos nos textos constitucionais.

* Doutor em direito das relações sociais pela UFPR; Mestre em teoria e filosofia do direito pela UFSC; Professor do programa de pós-graduação em direito (mestrado), da especialização em direito privado e da graduação em direito da UNISINOS-RS

Contudo, se atualmente é consensual a noção de uma eficaz juridicidade dos direitos fundamentais, o mesmo não pode ser dito com relação a todos eles. Ainda persiste uma inadequada clivagem entre direitos individuais e direitos sociais, reservando-se a estes últimos, uma situação menos efetiva e mais retórica. O tratamento segmentado que se costuma dar aos direitos fundamentais desemboca, muitas vezes, no argumento de que parte deles, especialmente os relativos aos direitos sociais, não integraria o rol dos limites materiais à revisão constitucional.

Neste breve artigo, pretende-se adentrar nessas questões, inserindo, primeiramente, os direitos sociais em sua emergência histórica enquanto direitos fundamentais. Em seguida, enfrenta-se a questão da efetividade dos direitos sociais fundamentais, tradicionalmente tidos como programáticos, concluindo-se pela não procedência deste enfoque. Busca-se, igualmente, analisar alguns argumentos que sustentam não estarem os direitos sociais inseridos na blindagem constitucional para, finalmente, a partir do desenvolvimento da noção de Estado Democrático de Direito e a título de considerações finais, concluir pela insuficiência destes argumentos.

2. Os direitos sociais nas dimensões de direitos fundamentais

Percebe-se uma íntima conexão entre os tipos de Estado que se descortinaram a partir da fundação do Estado Moderno e as espécies de direitos que foram elaborados, reivindicados e consignados nas Constituições. É nesse sentido que se utiliza a tipologia das gerações de direitos, para indicar uma sucessão cronológica na maturação dos mesmos. Assim, é comum encontrar-se a menção aos direitos de primeira, segunda e terceira geração. INGO SARLET

prefere utilizar o termo “dimensão” ao invés de “geração”, pois este dá uma idéia de alternância, como se os direitos de segunda geração, por exemplo, excluíssem os da primeira, logo, o termo “dimensão” seria preferível por dar uma noção de cumulatividade, de sobreposição (SARLET, p.46-48, 1998)¹.

A **primeira dimensão de direitos**, remissível cronologicamente (em sua formulação teórica) ao século XIX, diz respeito aos direitos individuais negativos ou *direitos de defesa* do indivíduo perante a ação do Estado, funcionando para este como um dever de abstenção. Segundo a clássica formulação dessa dimensão de direitos, ao Estado não cabe intrometer-se na esfera privada do indivíduo, seja no que se refere ao âmbito das atividades econômicas seja no concernente à sua integridade física e liberdade de locomoção. Tais direitos, tradicionalmente também chamados de *direitos de liberdade*, foram uma resposta ao período de exceção protagonizado pelo Estado Absolutista e a pedra angular do pensamento liberal. A constitucionalização desses direitos foi a contrapartida da proeminência dos princípios inerentes ao direito privado moderno. Logo, para que tomasse corpo e volume, o princípio da autonomia da vontade atraía, no campo público, a noção de *Estado Mínimo*, sendo a instituição estatal vislumbrada sob o aspecto *negativo*, ou seja, a ela cabendo um *dever negativo*, de abstenção, expressando, pois, a desconfiança dos cidadãos em face do Estado.

Na segunda metade do século XIX, ao lado das liberdades individuais, formalizaram-se as chamadas liberdades políticas e sociais, concernentes à participação política (voto secreto, universal e periódico) e à expressão coletiva (direitos de associação e de reunião)².

Vê-se, portanto, que, mediante os direitos de expressão coletiva, principia um

interesse pela dimensão social e coletiva do homem, ainda que aqui se trate tão somente de um dever negativo do Estado.

A **segunda dimensão de direitos**, cujo contexto remonta à primeira metade do século XX, traz a lume os direitos sociais, que, em sua versão constitucionalizada, enunciam como principal característica uma situação de *dever positivo* do Estado, por isso são também chamados de *direitos prestacionais*, posto que correspondem a um dever de prestação por parte do Estado. Materialmente, tais direitos são relacionados ao trabalho, à educação, à saúde, cabendo ao Estado não apenas um dever de não se intrometer na vida privada dos cidadãos, mas também um dever de intervenção, fadado a garantir a fruição satisfatória desses direitos, procurando compensar as desigualdades sociais concretas que o processo econômico acaba acarretando. Um dos sentidos para o qualificativo “social” parte exatamente da noção de “justiça social”³.

O caráter coletivo dos direitos sociais evidencia-se pelo fato de que as desigualdades que geram a sua premência se concretizam em diferenças coletivas, unindo certos grupos ou setores da sociedade diante de reivindicações que sintetizam a carência em comum sofrida pelos indivíduos que os compõem, distinguindo-os de outros estratos que não passam pelas mesmas vicissitudes. Tais grupos são identificados, basicamente, a partir do papel que ocupam na dinâmica econômica da sociedade, revelando, nesse contexto, uma situação de desigualdade⁴. É por esse motivo que os direitos trabalhistas, também em função de sua mobilização histórica, inauguram tal preocupação, que, com o passar das décadas, vai transcendendo a própria questão trabalhista para incluir grupos que se situam à margem do próprio trabalho, no entendimento geral de que o Estado

deve propiciar a estes setores atendimento médico, seguro-desemprego, educação fundamental entre outros benefícios. Tal é o fundamento do Estado do Bem-Estar Social.

Há, portanto, um deslocamento de foco do indivíduo isolado para o indivíduo inserido em grupos que se distinguem no seio da sociedade. Nas palavras de RADBRUCH:

“É precisamente na medida em que este direito social se esforça por tornar bem evidente a diferenciação social dos indivíduos, atendendo à sua diversa situação de fraqueza ou de força e tornando possível a proteção de uns e a limitação do poder de outros, que, pode dizer-se, ele substitui ao pensamento liberal da igualdade o pensamento social da equiparação – à justiça comutativa a justiça distributiva – e coloca, enfim, no lugar do *governe-se cada um como puder* a assistência social organizada e especialmente a assistência do Estado” (RADBRUCH, p.256, 1979).

Os **direitos de terceira dimensão**, por sua vez, remissíveis, em sua formulação, ao final do século XX, são também chamados de *direitos de solidariedade*. Isso porque envolvem toda a sociedade. Aqui já não cabe o enfoque de que há uma desigualdade a ser superada, pois o problema atinge a todos indistintamente, com uma clara tendência de efeitos planetários. Tal é o que acontece, em especial com os chamados *interesses difusos*, geradores de um direito à sua proteção. São assim chamados por atingirem uma série indeterminada de indivíduos, não sendo passíveis de uma tutela parcial para cada um, como possibilitado pelos direitos sociais. O indivíduo é parte de um todo indissociável, sendo beneficiado enquanto cidadão, não como membro de um grupo ou como unidade atomizada. Nesse rol se inserem, principalmente, o direito a um meio-ambiente sadio

e equilibrado, o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural, o direito de autodeterminação dos povos, o direito de comunicação, os direitos contra a manipulação genética e os direitos do consumidor⁵.

O reconhecimento constitucional dessas dimensões de direitos fundamentais foi paulatino na cultura jurídica ocidental, como já se frisou, podendo-se concluir, portanto, que os direitos fundamentais, desde seu aparecimento conceitual, estão sempre sendo reformulados e acrescidos de novos direitos, o que, inclusive, é assumido pelo próprio texto constitucional pátrio no art.5º, §2º, do qual se deduz o *princípio da abertura material do catálogo dos direitos fundamentais*⁶.

No constitucionalismo brasileiro, como ressalta ANDERSON CAVALCANTE LOBATO (LOBATO, p.146-147, 1998), os direitos de primeira dimensão foram consignados na Constituição imperial, de 1824 (liberdades individuais) e na primeira Constituição republicana, de 1891 (liberdades políticas e de expressão social); já os direitos de segunda dimensão encontraram guarida nas Constituições de 1934 e de 1946. Quanto aos direitos de terceira dimensão, há uma certa indecisão e controvérsia na doutrina em reconhecê-los enquanto direitos fundamentais a partir do texto da Constituição de 1988. No art.5º, XXXII, há menção aos direitos do consumidor, contudo, o direito ao meio-ambiente sadio e equilibrado vem inserido no art.225, portanto fora do catálogo dos direitos e garantias fundamentais, que consta do Título II. O fato é que o atual texto constitucional, ao molde de outros países, não contempla de maneira inequívoca a amplitude dos direitos de terceira dimensão⁷. Os direitos de primeira e segunda dimensão, todavia, restam indubitavelmente consagrados como direitos fundamentais,

figurando os capítulos respectivos no Título II da Carta Brasileira, denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

3. A efetividade dos direitos fundamentais de segunda dimensão

Tratando das duas primeiras dimensões de direitos em sua mútua relação, nota-se que os grandes questionamentos quanto à noção de direito social, na ótica constitucional, em especial no tocante à sua efetividade, surgem a partir de uma costumeira contraposição entre estes e os direitos individuais, entendendo sob este rótulo aquela classe de direitos comuns à primeira dimensão, os clássicos *direitos de defesa*.

Sem dúvida alguma, existem diferenças entre as duas classes de direito, algumas das quais já ressaltadas acima. Tais diferenças vêm a lume principalmente quando se trata de inquirir sobre a efetividade das normas constitucionais que asseguram esses direitos. É visível que, em meio ao extenso rol de direitos fundamentais listados na Constituição Brasileira, encontram-se regras mais precisas, ainda que em alguns casos o constituinte remeta a completude da norma para a lei ordinária ou complementar, e encontram-se normas de caráter mais vago e indeterminado, mormente associadas a princípios, demandando outra ordem de efeitos na ordem jurídica.

A existência desta última espécie de normas nos textos constitucionais dos países de cultura ocidental levou à construção de categorias hoje bem conhecidas na doutrina constitucional brasileira. Assim, a partir da doutrina norte-americana das normas *self-executing* e *not self-executing*, de que deu notícia RUI BARBOSA ao pensamento jurídico brasileiro, originou-se a contraposição entre normas *auto-executáveis* e *não auto-executáveis*, ou *dependentes de regulamentação*. Mais conhecida é

a expressão *normas programáticas*, trazida da jurisprudência italiana por JOSÉ AFONSO DA SILVA, significando normas diretivas, isto é, que estabelecem programas a serem alcançados, mediante tarefas positivas, pelo Estado e pela sociedade⁸. Dessa forma, tais normas inseridas no texto constitucional seriam apenas *ideais* a conquistar, entendimento que diminui consideravelmente a sua importância jurídico-constitucional, praticamente anulando a sua eficácia⁹.

Preocupado com o processo de inferiorização dessas normas, e conseqüentemente de parcela não desprezível dos direitos fundamentais, notadamente os direitos sociais, o constituinte elaborou, ainda que pecando na sistematização¹⁰, dispositivo que determina a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Como adequar a aplicabilidade imediata enquanto característica comum das normas que definem os direitos e garantias fundamentais à distinção mencionada? Uma conclusão já pode ser facilmente produzida: a de que a designação *normas programáticas*, se por estas se entender normas desprovidas de eficácia, não se aplica aos direitos e garantias fundamentais. É por esse motivo, que, para designar as normas de direitos fundamentais que esbarram no já aludido caráter programático, INGO SARLET prefere a utilização da expressão *normas de cunho programático*, argumentando que as mesmas, embora não tenham o mesmo grau de eficácia que os direitos de defesa, não se encontram destituídas de efetividade¹¹.

Alguns obstáculos são insistentes nas colocações teóricas acerca da efetividade dos direitos sociais (entendidos, em sua maioria, como expressos em normas de cunho programático). Nesse contexto, avulta, pela sua realidade e presença, a tese

da *reserva do possível*. Tal argumento escore-se nas limitações de ordem econômica enfrentadas pelo Estado para oferecer a todos os cidadãos as condições mínimas de existência social asseguradas pelos direitos fundamentais sociais, logo, tais direitos só poderiam ser atendidos na medida das possibilidades econômicas do Estado. Traz à baila, também, o raciocínio de que tais direitos merecem ser reivindicados dentro de uma esfera do *razoável*, não sendo aceitável, por exemplo, a reivindicação de assistência social feita por desempregado sustentado por família rica. Nesse aspecto, esclarece INGO SARLET, não é apenas a ausência de recursos econômicos que integra o óbice para a prestação social do Estado, mas também a capacidade jurídica de disposição do Estado sobre qual seja a melhor forma de aplicação dos recursos obtidos para se atingir a finalidade estatuída na lei (SARLET, p.260-261, 1998).

Outra colocação a respeito das dificuldades de efetivação das prestações correspondentes aos direitos sociais é a que concerne à qualidade jurídica das pretensões por eles despertadas. Ora, os direitos individuais (por serem claramente delimitáveis) geram para cada membro da sociedade um direito subjetivo, que, ao ser exercido contra o Estado, transforma-se em *direito subjetivo público*. Aqui se emprega o sentido tradicional de direito subjetivo, como sendo aquela pretensão individual cujo titular poderá exercer em relação ao seu destinatário (pretensão esta vinculada a um pretense interesse que o direito protege), podendo garantir que este o respeite através do exercício do direito de ação judicial. Pergunta-se: os direitos sociais geram um direito subjetivo oponível ao Estado às prestações mencionadas em suas normas, podendo-se exigir judicialmente o seu cumprimento? Poucas indagações, na doutrina jurídico-constitucional,

propiciam tanta polêmica como esta. De qualquer sorte, destaca-se o entendimento majoritário de que as normas de cunho programático que definem os direitos sociais não produzem direitos subjetivos públicos que o cidadão possa exigir no Judiciário, até porque o magistrado, ao interferir na determinação de aplicação dos recursos públicos, com nítida implicância na política orçamentária, estaria exorbitando de sua esfera de competência e avançando no espaço reservado à função legislativa.

É de se mencionar um relevante argumento que mitiga a objeção acima relatada. A reserva do legislador não poderia ser invocada quando se tratasse de assegurar àquele que procura a prestação jurisdicional um padrão mínimo e indispensável para a sua própria sobrevivência física, conferindo ao indivíduo verdadeiro direito subjetivo à prestação em questão¹². Tal entendimento ganha justificativa a partir do princípio da dignidade humana, inserido entre os princípios fundamentais da Constituição. Ora, partindo do mesmo princípio, como frisa INGO SARLET, deduz-se que tal eficácia deve alcançar não apenas os direitos que garantam a existência física, mas também a cultural, como seria o caso do direito à educação fundamental.

Em verdade, partindo do *princípio da ponderação de bens e valores*, sustentado por ROBERT ALEXY, INGO SARLET defende uma relativização do conceito de direito subjetivo, logo, seria sempre necessária a ponderação diante de cada direito e suas possibilidades de realização no caso concreto, levando-se em conta o princípio da dignidade humana como linha demarcatória do que integra o padrão mínimo de existência social, passível de ser exigido judicialmente, e estabelecendo diferentes níveis de eficácia¹³.

Admitindo-se tal conclusão, além da eficácia peculiar determinada pela idéia de

padrão mínimo de satisfação de direitos sociais (tese que demonstra desenvolvimento no direito alemão, mas pouca aceitação na jurisprudência e doutrina brasileiras), como se configuraria, enfim, a efetividade das normas de direitos sociais de cunho programático, levando-se em conta os obstáculos já mencionados?

Primeiramente, avulta uma eficácia derogatória. Esta implica na revogação das normas infraconstitucionais promulgadas antes da Constituição (já que o Supremo Tribunal Federal não acolheu a tese da inconstitucionalidade superveniente) que sejam incompatíveis com a defesa e promoção dos direitos sociais, ou que venham a propor a revogação de alguma lei que os concretize (destacando-se um *princípio de proibição de retrocesso*). Da mesma forma, evita-se de inconstitucionalidade a legislação promulgada após a Constituição que revele incompatibilidade com as normas constitucionais em questão.

Entendendo-se o ordenamento jurídico como um sistema e evitando a interpretação isolada das normas, resta evidente o papel hermenêutico da Constituição, exigindo nova interpretação de todas as normas a ela anteriores de acordo com seus princípios, aplicando-se tal função de forma inequívoca aos direitos sociais, partindo igualmente do *princípio de máxima efetividade dos direitos fundamentais*, que impõe sempre, dentre possíveis exegeses do texto legal, a interpretação que garanta ao máximo a efetivação desses direitos (a isto também pode se dar o nome de *eficácia irradiante* dos direitos fundamentais).

As normas de cunho programático, além de se revelarem imposições ao legislador, no sentido de concretizá-las em legislação ordinária ou complementar, delimitam parâmetros aos quais o mesmo deverá cingir-se. Tais parâmetros são mais ou menos específicos, dependendo da norma

de que se trate. Procurando proporcionar uma garantia de cumprimento da tarefa legislativa, o constituinte instituiu a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção¹⁴.

Outro importante aspecto quanto à eficácia das normas de cunho programático definidoras de direitos fundamentais é aquele trazido por LUÍS ROBERTO BARROSO e CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. Tais autores chamam atenção para o direito que assiste aos particulares de se oporem judicialmente a atos, seja de particulares¹⁵ ou do poder público, que conflitem com o preceito constitucional, bem como o de obter, por parte dos órgãos jurisdicionais (ensejando a via recursal no caso contrário), decisões e interpretações que o respeitem (o que remete à já aludida *eficácia irradiante*) (BARROSO, p.122, 2001).

Por fim, há que se mencionar que, independente de se conferir um direito subjetivo público ao cidadão, as normas de conteúdo programático estabelecem objetivamente uma imposição ao poder público no sentido de tudo fazerem para concretizar os direitos aí estabelecidos, determinando ao Estado deveres *prima facie*.

Convém ressaltar que todas as considerações feitas a respeito da eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais sociais de cunho programático referem-se à eficácia originária destas normas, isto é, aquela que decorre de sua expressão no texto constitucional, independente de sua concretização na lei infraconstitucional.

Não é apenas em relação à eficácia que se costuma estabelecer uma profunda clivagem entre os direitos de primeira e de segunda dimensão. Leva-se em conta, igualmente, o conteúdo material que informa as duas espécies, sendo, nessa perspectiva, os direitos sociais percebidos como uma ameaça aos direitos de liberdade, na

medida em que defendem e promovem uma intervenção do Estado em setores privados da sociedade civil, em especial na economia. Objetando esse modo de compreender a relação entre as duas modalidades de direitos fundamentais, destacam-se dois argumentos.

Em primeiro lugar, há que se ressaltar a inadequação, em termos absolutos, de atribuir aos direitos de liberdade um caráter tão-somente negativo e aos direitos sociais um caráter positivo. Isso porque existem direitos de liberdade que implicam em uma prestação do Estado (assistência judiciária, direitos políticos, garantias do processo penal e normas que dependam de regulamentação) e direitos sociais que implicam em uma abstenção estatal (liberdade de associação sindical, direito de greve). Além disso, todos os direitos sociais possuem uma dimensão negativa, como observa JORGE MIRANDA. De acordo com o constitucionalista português, quando a Carta Magna institui formas de participação que exorbitam da cidadania política, adentrando nos princípios do direito social, o Estado assume um dever de não impedir ou minorar essa participação. Da mesma forma, o poder público não pode restringir, por intermédio de medidas arbitrárias, o acesso aos direitos sociais garantidos na lei ordinária e na Constituição, não podendo também abolir direitos sociais já concretizados em lei (MIRANDA, 1992).

Em segundo lugar, ganha coerência a interpretação de que os direitos sociais, na verdade, ao contrário de limitarem ou impedirem os direitos de liberdade, são pressuposto indeclinável para a realização dos mesmos, dado que ninguém é verdadeiramente livre sem as condições necessárias para exercer tal liberdade¹⁶. Por exemplo, como é possível exercer o direito de livre expressão da atividade cultural sem que se tenha assegurado ao menos a educação

fundamental¹⁷? Como é possível exercer a liberdade de escolha de profissão ou trabalho se o desemprego se impõe como uma realidade incontornável? Enfim, como é possível exercer o direito de inviolabilidade do domicílio se não há habitação? Quando, portanto, abandona-se a liberdade tão-somente formal em prol de uma liberdade concreta e efetiva para todos, se está a adicionar um outro ingrediente à fórmula liberal: a busca da igualdade material. Sobre a relação entre liberdade e igualdade, manifesta-se JORGE MIRANDA:

Tanto na concepção liberal como na concepção social, deparam-se a liberdade e a igualdade; porém, na primeira, igualdade é a titularidade dos direitos e demanda liberdade para todos, ao passo que, na segunda, a igualdade é a concreta igualdade de agir e a liberdade a própria igualdade puxada para ação. Na concepção liberal, a liberdade de cada um tem como limite a liberdade dos outros; na concepção social, esse limite prende-se com a igualdade material e situada. Os direitos constitucionais de índole individualista podem resumir-se num direito geral de liberdade, os direitos de índole social num direito geral à igualdade (MIRANDA, p.199-200, 1992).

4. Os direitos sociais como cláusula pétreas na Constituição

Um último tópico que se relaciona com a garantia constitucional dos direitos sociais é o que se refere à polêmica questão de considerá-los como limite material à reforma constitucional. Tal controvérsia é gerada, entre outros aspectos, pela inapetência terminológica à qual o legislador constituinte pátrio entregou-se ao redigir o inciso IV do parágrafo 4º do art.60. O texto em questão relaciona um dos limites ao poder reformatório da Constituição, qual seja “os direitos e garantias individuais”. A ce-leuma que cerca o tema instaura-se sobre

a interpretação desta expressão: ela aponta apenas para os direitos e garantias listadas no art.5º ou também abraça todos os outros inseridos no Título II, incluindo aí não só os direitos sociais como os direitos políticos e os de nacionalidade?

A corrente que defende o posicionamento mais restrito escusa-se, basicamente, nos seguintes argumentos: em primeiro lugar, o termo “individuais” indica que os direitos e garantias que integram as cláusulas pétreas consistem tão-somente nos tradicionais direitos de defesa, que se encontram inseridos no art.5º da Constituição. Tal entendimento é justificado, entre outras colocações, a partir de uma análise do processo constituinte, levando a crer que o jogo de forças conservadoras e progressistas (caso se entenda por estas as que buscam concretizar e destacar os direitos sociais), determinou por um lado a inclusão dos direitos sociais como direitos fundamentais, mas por outro a limitação de sua eficácia, consistente não só na natureza programática dessas normas, sem instrumentos que garantam, em caráter coercitivo, a sua implementação, mas também na exclusão das mesmas do rol de cláusulas pétreas¹⁸.

Em segundo lugar, a compreensão restrita da expressão “direitos e garantias individuais” estaria sustentada pela tradição constitucional brasileira¹⁹. E, finalmente, para citar um argumento incomum no que se refere à constância de sua utilização, o caráter flexível atribuído pelo constituinte, desde que interpretado de maneira ampla, às duas vigas de sustentação do direito trabalhista, quais sejam o salário e a jornada de trabalho, são indícios mais que suficientes de que os direitos sociais (que, na concepção constitucional, abrangem os direitos trabalhistas, mas a eles não se limita) não integram as cláusulas pétreas (aliás, haveria até uma contradição terminológica entre *flexibilização* e *pétreas*)²⁰.

Há ainda posições intermediárias, como as que reconhecem blindagem constitucional apenas para os direitos sociais considerados intimamente relacionados aos clássicos direitos de liberdade²¹.

Malgrado a relevância dos argumentos indicados acima, não parece ser a interpretação restritiva a mais consentânea com o espírito da Constituição brasileira. Em primeiro lugar, o tratamento português não pode ser invocado como justificativa para a exclusão dos direitos sociais (ou parte deles) dos limites materiais à revisão constitucional. E isso não só porque inexistente um regime jurídico especial expressamente previsto na Carta brasileira para os direitos fundamentais de liberdade, mas também pelo fato de que a Constituição de um outro país (ainda que seja a antiga metrópole), não vincula necessariamente as disposições jurídicas máximas que a Assembléia Geral Constituinte brasileira, insuflada pelo amplo debate que se estabeleceu entre diversos setores da sociedade civil, concretizou em seus trabalhos.

Além disso, é perfeitamente defensável a afirmação de que a expressão “direitos e garantias individuais” equipara-se a “direitos e garantias fundamentais”, e isso por uma série de fatores. Primeiramente, há que se ressaltar não existir no texto constitucional brasileiro nenhuma outra passagem que repita a expressão do art.60, §4º, IV (no capítulo I do Título II utiliza-se “direitos e deveres individuais e coletivos”). O fato de que o significado para “direitos e garantias individuais” perfile na tradição constitucional brasileira como sinônimo dos clássicos direitos de liberdade também não é justificativa convincente para o enfoque restritivo, pois, evidentemente, não se pode, por exemplo, interpretar da mesma forma uma Constituição produzida em um período ditatorial (como é o caso da Carta de 1967 e da Emenda nº 1/69) e uma

outra num momento de redemocratização. Além disso, a prevalecer o sentido literal do termo “individuais”, forçosamente haveria por terem-se excluídos os direitos e garantias que se expressam coletivamente, muitos dos quais encerram-se no art.5º²². Isto sem falar que não só os direitos sociais seriam excluídos das cláusulas pétreas, mas também os direitos de nacionalidade (que entremostam de maneira cristalina a sua fundamental importância ao estabelecerem o vínculo jurídico do indivíduo com o Estado) e os direitos políticos (essenciais para a concretização do princípio democrático, enunciado no art.1º entre os princípios fundamentais) como bem lembra INGO SARLET (SARLET, p.359-361, 1998).

O termo “individuais” poderia perfeitamente abrigar um sentido mais amplo, pois, enfim, em que pese serem os direitos sociais externados e exercidos coletivamente (embora nem todos assim o sejam de modo pleno, como é o caso dos direitos do empregado diante de seu empregador), eles possuem um reflexo individual claramente delimitado. O beneficiado pela proteção do direito será, antes do grupo, o indivíduo que o integra. Nesse ponto, é importante ter-se em conta que o caráter coletivo dos direitos sociais diz muito mais respeito aos valores basilares que os cercam. Ora, se o objetivo precípua de tais direitos é corrigir as desigualdades, é fato cada vez mais constatável que, na sociedade, tais distorções acontecem em uma dimensão coletiva, intergrupala, ainda que seja o indivíduo o destinatário concreto dos benefícios corretivos da situação desigual. Assim, os miseráveis têm direito à assistência social; os trabalhadores a direitos que compensem a relação desigual repousada no liame contratual que mantém com seus patrões; aqueles que, em função da idade avançada, não possuem mais con-

dições de prover o seu sustento têm direito à aposentadoria; os enfermos, em especial os que não podem pagar planos de saúde, ensejam a assistência médica dos hospitais públicos; e assim por diante. É importante frisar esse aspecto, especialmente para fazer face aos posicionamentos que atribuem ao direito do trabalho (e, conseqüentemente, à maioria dos dispositivos do art.7º) um aspecto tão-somente individual (concernente ao empregado) ou, no máximo, indiretamente social, entendendo que direitos sociais, efetivamente, são apenas os relacionados no art.6º e nos Títulos VII e VIII da Carta brasileira.

A propósito, já que se mencionou os direitos trabalhistas, importa referir que a flexibilização da tutela jurídica emprestada aos empregados nas relações de emprego não desmerece o caráter fundamental desta proteção. Em primeiro lugar, porque só pode ocorrer mediante acordo ou convenção coletiva, o que, teoricamente, diminui a desigualdade da negociação (a depender concretamente da maior ou menor força sindical). Em segundo lugar, porque, evidentemente, a elasticidade desses direitos deve ser interpretada restritivamente, dentro do espírito do direito trabalhista, claramente referendado pelo art.7º da Carta Magna. Ou seja, o *princípio da tutela* no direito do trabalho estabelece, entre outras conclusões, que diante de duas interpretações possíveis para um mesmo dispositivo legal (*princípio da norma mais favorável*), deve-se optar por aquela que mais favoreça o empregado, considerado hipossuficiente contratual. Logo, não se pode inferir que por flexibilizar o *quantum* salarial e o número de horas diárias de trabalho, a Constituição está autorizando a flexibilização de todas as outras normas trabalhistas. Ocorre a autorização para flexibilizar os casos indicados devido a um objetivo de proporcionar o bem-estar ou o “mal-me-

nor” ao trabalhador em situações de dificuldades pelas quais a empresa venha a passar, ou então na dependência do usufruto de outras vantagens. Dessa feita, o fato de estar autorizada a negociação coletiva sobre certos direitos trabalhistas, além de não excluir o seu caráter fundamental, não retira a utilidade e a coerência em inserir os mesmos na proteção constitucional constante do artigo 60. Assim, por exemplo, embora o salário possa ser reduzido mediante acordo ou convenção coletiva, não seria permitida a aprovação de Emenda Constitucional que determinasse ser tal redução negociável individualmente entre empregado e empregador, quando então a desigualdade tornar-se-ia flagrante.

Por fim, mesmo os dogmáticos mais tacanhos, não concordam totalmente com a pertinência de uma interpretação meramente gramatical ou literal (até porque ela não seria possível de fato, pois como bem ensinou LYRA FILHO, o *que se diz já se encontra desde sempre vinculado ao para que se diz*²³), fazendo-se imperativa, portanto, uma interpretação constitucional *autêntica*²⁴, na qual suas normas e conceitos sejam considerados conjuntamente com seus princípios e considerados a partir do horizonte interpretativo de uma sociedade periférica como a brasileira, na qual as promessas da modernidade, nem de longe restaram por aqui atendidas. Tendo isso em vista, cabe inquirir a respeito da função das cláusulas pétreas. Ora, é consensual na doutrina que os limites materiais à revisão constitucional almejam preservar a identidade da Constituição, indicada pelos princípios e valores fundamentais que a mesma busca preservar e implementar²⁵.

Voltando os olhos para a Constituição Federal de 1988, mais especificamente para o artigo 1º, vislumbra-se que o Estado brasileiro é definido como um *Estado Democrático de Direito*. Nesta expressão

encerra-se a essência da identidade constitucional, para a qual concorrem de forma iniludível os direitos fundamentais. Como arremate conclusivo destas linhas cabe esmiuçar tal noção, utilizando-a de maneira favorável ao argumento de que os direitos sociais fundamentais constituem limite material à revisão constitucional.

5. Considerações finais

Desde a luta contra o Estado absolutista, a expressão “Estado de Direito” tem sido utilizada. Contudo, a sua significação experimentou uma série de mudanças ao longo do tempo. Primeiramente, apontava tão-somente para um Estado no qual o governo se submetesse a regras jurídicas elaboradas previamente. Tal sentido era consentâneo com a preocupação basililar do pensamento político liberal: a limitação dos poderes do Estado.

Em um primeiro momento, portanto, o Estado de Direito significou a supremacia da lei, ainda não analisada a partir de um enfoque constitucional, ou seja, não cabia impor à lei o respeito às regras constitucionais. O Estado legal teve desenvolvimento particularmente acentuado no Direito francês.

O conceito meramente formal e hierárquico de Estado de Direito não resistiu às exigências contemporâneas, introduzindo-se um elemento adicional de conteúdo material nessa definição. O Estado de Direito, paralelamente ao avanço do aspecto formal para a submissão ao controle constitucional, experimentou uma adjetivação relacionada às finalidades perseguidas pelo Estado e pelas regras jurídicas²⁶. É nesse ponto que assumem grande relevância as dimensões de direitos fundamentais, pois, a partir delas, se precisará a natureza desse aspecto teleológico.

Esse é o sentido das expressões *Estado Liberal de Direito*, *Estado Social de*

Direito e Estado Democrático de Direito. Todas elas apontam para um Estado no qual os cidadãos e o governo submetem-se às leis pré-elaboradas, buscando proteger e efetivar determinados valores, princípios e direitos.

No Estado Liberal de Direito, privilegia-se os valores individualistas, entendendo-se que um Estado não pode ser considerado um Estado de Direito caso não respeite os direitos fundamentais concernentes à liberdade dos cidadãos. Compreende-se nessa noção os clássicos direitos de defesa, já comentados quando se tratou dos direitos fundamentais de primeira dimensão. Aderindo à concepção liberal de Estado de Direito, estão, igualmente, o princípio da separação de poderes, a soberania popular, o princípio da legalidade e o controle de constitucionalidade das leis.

O Estado Social de Direito, por sua vez, entende que a tarefa do Estado não deve ater-se apenas a uma atitude de respeito e abstenção em relação à vida privada dos cidadãos, devendo aquele realizar a passagem do *Estado Mínimo* para o *Estado Intervencionista*, com o fito de combater a desigualdade concreta, evidenciada pelo desenvolvimento do capitalismo industrial e pela deflagração de conflitos armados de proporções mundiais. Em que pese ter assumido a questão social (que desloca o foco de interesse do indivíduo para os grupos), o modelo estatal permanece cingido ao liberalismo e busca sanar suas deficiências através de uma atitude promocional, que, ao incentivar as condutas desejadas, bem como espelhar uma hipertrofia do Estado, não deixa brechas para a efetivação de uma cidadania mais ampla, que supere o modelo da democracia representativa liberal.

Percebe-se, portanto, alguns pontos de contato entre o Estado Liberal e o Estado Social. Ambos apoiam-se em uma inci-

siva separação entre Estado e sociedade civil (público e privado), estabelecendo esta uma expectativa de ação ou omissão àquela. Ambos estão firmemente comprometidos com a noção de igualdade. O liberal enfatiza a igualdade *a priori*, combatendo toda forma de dominação e privilégio na qualificação formal dos sujeitos²⁷, o social contempla a igualdade *a posteriori*, isto é, através da garantia de condições estruturais, principalmente de caráter econômico, busca-se eliminar as diferenças concretas, consideradas insustentáveis, para que, assim, haja uma efetiva igualdade. Percebe-se, pois, que, embora de modo diferente, ambas as perspectivas priorizam uma visão negativa da diferença.

O Estado Democrático de Direito, por sua vez, não se contenta apenas com esta noção simplificada da diferença, percebendo que ela pode demarcar não somente uma situação de exclusão, mas também um aspecto positivo, tão em voga atualmente: o da afirmação de diferentes identidades e do respeito a diferentes culturas e expressões de participação no cenário público (o que se dá tanto no plano nacional quanto internacional)²⁸. No marco do Estado Democrático de Direito, portanto, caracterizando de modo incisivo o seu adjetivo de “democrático”, vislumbra-se o objetivo de ampliação e resgate da dimensão pública.

O adjetivo “público” pode assumir duas conotações: uma relativa ao Estado e outra relativa ao interesse da coletividade. Em muitas situações, esses dois sentidos podem não se encontrar, como sói acontecer na ação de Estados autoritários e em espaços sociais que a instituição estatal simplesmente não alcança. O conceito de *Estado Democrático de Direito* supera o entendimento (predominante na modernidade) de que o “público” remete apenas ao Estado, uma vez que não mais o indica como o espaço exclusivo para o interesse

da coletividade. Como assinalam LÊNIO LUIZ STRECK e JOSÉ LUIZ BOLZAN DE MORAIS, um Estado Democrático de Direito é aquele que conjuga o ideal democrático ao Estado de Direito, apontando para uma idéia de transformação social na qual os valores democráticos perpassem toda a ordem jurídica (STRECK e MORAIS, p. 92-99, 2003). Essa transformação, longe de ser um período transitório, revela-se uma constante. O ideal democrático aponta para um perene estado de incerteza, no qual todos os cidadãos são chamados a assumir a responsabilidade sobre si próprios e sobre a sua comunidade ao invés de delegar as preocupações políticas para os governos constituídos.²⁹ A democracia pressupõe a manutenção de um espaço aberto para a manifestação do outro³⁰, sendo por demais restrita a sua delimitação aos espaços institucionais do Estado. Somente no zelo pela manutenção dessa abertura é que se poderá legitimamente, e em respeito aos mais elevados graus de convivência democrática, perseguir o interesse coletivo³¹.

Das duas uma, ou se realiza uma limitação aos contornos do direito público, notando-se que, em muitas situações, em nome do interesse da coletividade, o Estado deverá ceder espaço para outros atores sociais (inclusive reconhecendo, através das instâncias oficiais, os mesmos em suas atuações); ou então, se considera um sentido mais amplo para a expressão “direito público”, na qual “público” não signifique simplesmente “estatal”, mas aponte para uma dimensão relativa à “pluralidade” ou à “coletividade”.³²

De qualquer modo, no Estado Democrático de Direito, ainda que se busque a participação e não só a reivindicação, ainda que se focalize outros espaços de manifestação pública além dos estatais (como o dos movimentos sociais), o Estado e suas

ações permanecem sendo um alvo central, especialmente no que toca às suas promessas liberais e sociais não cumpridas³³.

O Estado Democrático de Direito incorpora os objetivos de limitação e promoção da atividade estatal em prol dos direitos fundamentais dos cidadãos, acrescentando, porém, uma concepção de cidadania que ultrapassa, sem deles abrir mão, os mecanismos participativos consagrados pelo ideário liberal. Tal estado de coisas se caracteriza especialmente diante de uma certa abertura do texto constitucional para novos direitos fundamentais, bem como pela nota solidária que permeia seus dispositivos, deixando entrever um aspecto comunitário, o qual se encontra presente, por exemplo, na menção aos direitos de terceira dimensão e na enunciação de novos atores na seara pública (como sindicatos, associações e movimentos sociais)³⁴.

Enfim, o que se busca concluir é que o *telos* abraçado pelo Estado Social de Direito não deixa de integrar de forma essencial o significado do Estado Democrático de Direito em função da mera ausência do termo “social”, pois o Estado Democrático de Direito, conforme se discorreu, pressupõe em seu cerne os direitos fundamentais sociais. Se a falta do qualificativo “social” na expressão escrita da definição constitucional da República Federativa do Brasil acarretasse a exclusão da questão social, forçosamente, pelo mesmo raciocínio, diante da ausência do termo “liberal”, restaria duvidosa a abrangência dos direitos fundamentais de primeira dimensão na qualificação do *telos* estatal.

Ademais, o artigo 1º da Carta Brasileira define como fundamentos do Estado Democrático de Direito a *soberania*, a *cidadania*, a *dignidade da pessoa humana*, os *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* e o *pluralismo político*. Diante desta evidência revela-se incontestemente a

abrangência de todos os direitos fundamentais relacionados no Título II pelo termo *Estado Democrático de Direito*.

A constatação que se depreende desses breves argumentos é que, portanto, os direitos fundamentais sociais integram a identidade constitucional, dando coerência para a interpretação do art.60, §4º, IV, que resulta na inclusão de todos os direitos fundamentais, cumprindo, dessa forma, a razão de ser da existência de limites materiais à revisão constitucional: a preservação da identidade e da essência da Constituição.

REFERÊNCIAS

- ARENDRT, Hannah. *A condição humana*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- CARVALHO, Salo de. O direito de resistência e o seu alcance constitucional. *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, Unisinos, vol.29, n.76, p. 87-115, maio/ago. 1996.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os direitos fundamentais. Problemas jurídicos, particularmente em face da Constituição brasileira de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.203, p.1-10, jan./mar. 1996.
- GOMES CANOTILHO, Joaquim José, MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- LEDUR, José Felipe. *A realização do direito ao trabalho*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- LOBATO, Anderson Cavalcante. O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 141-159, jan./mar. 1998.

LYRA FILHO, Roberto. Direito do capital e direito do trabalho. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de, AGUIAR, Roberto A. Ramos de (Orgs.). *Introdução crítica ao direito do trabalho*. Brasília: Universidade de Brasília, 1993. p. 62-76.

MANCUSO, Rodolfo. Interesses coletivos no Código do Consumidor. *Revista de Informação Legislativa*, n. 111, jul/set, 1991.

MARTINS Filho, Ives Gandra da Silva. Os direitos fundamentais na Constituição de 1988 – os direitos sociais, sua defesa e a proteção contra a omissão inconstitucional. *LTr - Suplemento Trabalhista*, São Paulo, v.34, n.167, 1998.

MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais – sua dimensão individual e social. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v.1, n.1, p.198-208, out./dez. 1992.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais* – o Estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

PIETRO BARCELLONA: *Postmodernidad y comunidad*. 2.ed. Madri: Trota, 1996.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. “Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada* – construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.107-163.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da Silva. “O direito social e suas significações: o princípio da alteridade”. In: RUBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Orgs.). *Anuário ibero-americano de direitos humanos (2001/2002)*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p.365-399.

_____. *Hermenêutica Filosófica e Direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. 2.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise* – uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, Lênio Luiz, MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

NOTAS

¹ Acataremos aqui a sugestão do autor quanto a essa nomenclatura, entendendo por razoáveis e adequadas suas justificativas.

² Há uma certa variação terminológica que, de qualquer sorte, não compromete a importância didática e histórica desse tipo de classificação. Assim, enquanto SARLET e grande parte dos autores inserem as liberdades individuais, políticas e coletivas, dentro de uma espécie - a primeira geração ou dimensão (obviamente levando em conta o critério de serem todos *direitos de defesa*) – outros preferem situar as liberdades políticas e coletivas em uma segunda geração (certamente buscando realçar a diferença cronológica de manifestação dos mesmos em relação às liberdades individuais), denominando de terceira geração os direitos sociais e de quarta geração os difusos ou de solidariedade.

³ INGO SARLET inclui na segunda dimensão direitos que não desembocam em uma atitude positiva do Estado, mas sim negativa, e as denomina de *liberdades sociais*, referindo-se, neste particular, aos direitos de greve e associação sindical (SARLET, p.49-50, 1998).

⁴ Sobre os fundamentos axiológicos inerentes aos direitos sociais, ver nosso artigo: SILVA FILHO, 2002.

⁵ Todavia, no seio das relações de consumo, podem configurar-se diversas classes de interesses, como se pode depreender do seguinte trecho de RODOLFO MANCUSO: “Se, dentre uma série de bens de consumo vendidos ao usuário final, um deles foi produzido com defeito, o lesado tem interesse individual *na indenização cabível*. Já seu interesse pode ser individual homogêneo *quando uma série de um*

produto saia de fábrica com o mesmo defeito, ou pode ser coletivo (em sentido estrito) quando de um aumento indevido das prestações do mesmo consórcio. Nestes dois últimos casos, em sentido lato, trata-se de interesses coletivos. Mas o interesse só será verdadeiramente difuso se impossível identificar as pessoas ligadas pelo mesmo laço fático ou jurídico, decorrente da relação de consumo (como destinatários de propaganda enganosa, veiculada pela televisão)” (MANCUSO, p.313, 1991).

Cabe esclarecer, não só para tornar inteligível o texto transcrito, mas pela relevância e conexão com a matéria em análise, que o *interesse individual* corresponde à clássica noção de *direito subjetivo*, na qual o interesse de um indivíduo sobre um bem da vida é protegido juridicamente, pela norma jurídica, conferindo a ele o direito de deduzir judicialmente as pretensões daí decorrentes. *Interesse individual homogêneo* ocorre quando existe uma soma de diferentes interesses individuais calcados em uma causa comum. Os *interesses coletivos*, expressão que BOLZAN DE MORAIS procura dissociar da noção de *interesse individual homogêneo* ao classificá-la ao lado dos *interesses difusos* sob o gênero de *interesses transindividuais*, remetem aos interesses dos membros de um grupo unidos por um laço jurídico, sem que haja a *disponibilidade* dos direitos daí decorrentes por indivíduos pertencentes ao grupo, sendo, da mesma forma vedada a fruição excludente dos direitos em questão por qualquer membro, dado que eles representam e sintetizam os diversos interesses individuais em jogo, havendo, portanto, uma despersonalização dos mesmos. Os *interesses coletivos* tendem a aproximar-se das características dos individuais na medida em que se tornam corporativos, assemelhando o comportamento do grupo ao do indivíduo.

Para BOLZAN DE MORAIS, o que faz os *interesses coletivos* integrarem a categoria dos *interesses transindividuais* é o fato de *passarem* pelo indivíduo sem excluí-lo (daí o prefixo *trans*), mas inserindo-o em uma perspectiva comunitária. É por isso que o corporativismo seria uma degenerescência, na medida em que contamina o espírito comunitário (que propicia uma vinculação tênue entre os diversos grupos) de uma eiva egoística, mais afeita ao orbe individual. Nesse sentido, o vínculo solidário seria

muito mais intenso em termos de abrangência nos *interesses difusos*, que não possuem titularidade determinável e tão pouco pressupõem um vínculo jurídico entre os sujeitos potenciais (MORAIS, p.105-155, 1996).

Com relação aos direitos do consumidor, é preciso ainda que se diga, malgrado a sua potencialidade difusa, que se aproximam sobremaneira do enfoque dos direitos sociais, pois são expressão, sem dúvida alguma, da desigual relação de forças entre produtores ou fornecedores e a grande massa de consumidores, de tal sorte que, consensualmente, são tidos como direitos protetivos, que buscam conferir uma tutela especial seja ao consumidor *stricto sensu* (o destinatário final e econômico do bem ou serviço) ou ao consumidor *equiparado* (fornecedor de bem ou serviço que se encontre em situação de vulnerabilidade técnica, econômica ou jurídica diante de outro fornecedor, ou ainda terceiro atingido pela relação de consumo). Não possuem, portanto, o mesmo nível de abrangência e “solidariedade” (no sentido de que todos os membros da sociedade estejam aí envolvidos) que os direitos ambientais.

⁶ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - Art.5º, §2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Aliás, importa frisar que este princípio foi, à primeira vista, reforçado pela Emenda Constitucional nº45, promulgada em 30 de dezembro de 2004, que acrescentou mais um parágrafo ao Art. 5º: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - Art.5º, §3º - Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Todavia, um olhar mais atento irá perceber que esta emenda representa um retrocesso, já que praticamente leva à conclusão de que os tratados sobre direitos humanos, até aqui ratificados pelo Brasil e possuidores de um *status* ordinário, não poderão ser considerados direitos fundamentais com *status* constitucional até que sejam aprovados mediante o rito previsto

na nova emenda. Não houve, pois, previsão de tratamento dos tratados de direitos humanos já incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro. Uma saída para o impasse, talvez, poderia ser uma interpretação restritiva da emenda (evitando assim a sua inconstitucionalidade, já que fere cláusula pétrea), na qual a sua prescrição não atinja a situação intermediária dos tratados já incorporados. Eis uma questão intrincada que, porém, não se pode desenvolver aqui neste breve espaço.

⁷ O que não nos impede, todavia, de nos posicionarmos favoravelmente à sua inserção entre os direitos fundamentais integrados ao ordenamento pátrio (pois, como se não bastasse a clara importância de tais direitos para o preenchimento dos princípios e conceitos relativos ao art. 1º da Carta Magna – especialmente o *Estado Democrático de Direito* e a *dignidade da pessoa humana* – pelo viés formal, no caso do direito ao meio-ambiente, e não mencionando os pactos internacionais sobre a matéria, percebe-se sua presença no art. 5º, LXXIII, que prevê o direito dos cidadãos de propor Ação Popular para anular ato lesivo, entre outros, ao meio-ambiente), não sendo, porém, esse o espaço para a abordagem desse tema específico.

⁸ A respeito da utilização tradicional que se tem empregado para essas categorias, comenta SALO DE CARVALHO que “historicamente a classificação de normas não auto-aplicáveis, principalmente em se tratando de direitos e garantias fundamentais constitucionalmente tutelados, tende a ser utilizada quando os agentes públicos querem inviabilizar conquistas árduas, que chegaram ao patamar legal pela luta incessante dos representantes e dos partidos vinculados organicamente aos movimentos sociais. Trata-se de uma prática perversa da lógica de dominação na qual, através de um instrumento retórico, inviabiliza-se a concretude do anseio social e democrático” (CARVALHO, p.106, 1996).

⁹ É consensual na doutrina que os direitos de defesa não se enquadram nessa espécie, tendo em vista o fato de preconizarem uma atitude de abstenção, a ser reclamada sempre que se configurar no mundo dos fatos a ameaça ou violação aos mesmos, logo não haveria indeterminação a respeito do comportamento a ser exigido do

destinatário da norma, circunstância que já não ocorre quanto aos direitos prestacionais, já que a conduta positiva a ser implementada resta indeterminada no comando constitucional.

Importa igualmente esclarecer que, embora JOSÉ AFONSO DA SILVA tenha contribuído para a fixação do termo entre nós, não é tal autor de opinião que alguma norma constitucional possa ser destituída de eficácia (mesmo quando venha em forma de programas).

¹⁰ Embora o texto do artigo 5º, §1º da Constituição Federal faça referência, indistintamente, aos direitos e garantias fundamentais, ele vem inserido no corpo do Capítulo I, que trata basicamente dos direitos individuais, quando deveria aparecer em um capítulo que abordasse de forma genérica as características comuns a todos os direitos fundamentais. A mesma crítica pode ser feita em relação ao segundo e ao terceiro parágrafo do mesmo artigo (que tratam, como já visto, do *princípio da abertura do catálogo de direitos fundamentais*).

¹¹ Assim, justifica INGO SARLET que “ao utilizarmos a expressão genérica escolhida (normas de cunho programático), o fazemos convictos de que também estas normas são dotadas de eficácia e não podem ser consideradas meras proclamações de cunho ideológico ou político, pois, se assim fosse, efetivamente haveríamos de compartilhar o ponto de vista dos que sustentam a inexistência de normas programáticas” (SARLET, p.265-266, 1998).

¹² Para INGO SARLET não “parece absurda a observação de que negar ao indivíduo os recursos materiais mínimos para manutenção de sua existência (negando-lhe, por exemplo, uma pensão adequada na velhice, quando já não possui condições de prover seu sustento) pode significar, em última análise, condená-lo à morte por inanição, por falta de atendimento médico, etc. Assim, há como sustentar – na esteira da doutrina dominante – que ao menos na esfera das condições existenciais mínimas encontramos um claro limite à liberdade de conformação do legislador” (SARLET, p.319, 1998).

¹³ Eis a síntese do autor sobre tal postura: “Assim, em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do Legislativo (assim como o da separação dos poderes e as demais objeções aos direitos sociais na condição

de direitos subjetivos a prestações) esbarrar no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes (fundamentais ou não) resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e Canotilho, que, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, quando tal mínimo é ultrapassado, tão-somente um direito subjetivo *prima facie*, já que – nesta seara – não há como resolver a problemática em termos de um tudo ou nada” (SARLET, p.320, 1998). O conceito de direitos fundamentais *prima facie* é estabelecido por ROBERT ALEXY em contraposição aos direitos *definitivos*. Estes não necessitam de ponderação, contudo aqueles são delimitáveis a partir de uma ponderação que determinará graus distintos de eficácia.

¹⁴ Como apontado por JOSÉ AFONSO DA SILVA, todavia, esses instrumentos revelam-se de pouca eficácia, pois no primeiro caso, na falta de norma regulamentadora que assegure o cumprimento de norma constitucional, não há maior consequência prevista para a decretação de inconstitucionalidade por omissão do que proporcionar a ciência ao Poder Legislativo, não estando este, contudo, obrigado a legislar. Já no caso do mandado de injunção, a partir de decisão do Supremo Tribunal Federal, parece a interpretação de que o juízo deva proporcionar a satisfação do direito reclamado e não gozado até então por falta de regulamentação, prevalecendo o entendimento de que tal ação funcionaria como uma espécie de ação pessoal de declaração de inconstitucionalidade por omissão (SILVA, p.48-49 e p.391-396, 1994).

¹⁵ Esse ponto reveste-se de peculiar interesse dada a discussão, que ganha volume no universo doutrinário brasileiro, quanto à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Entre outras denominações, tal tema comporta a expressão *eficácia horizontal dos direitos fundamentais* (preterida por SARLET em prol de outra, mais precisa, a saber: *eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*). Sobre o tema ver o clássico texto: SARLET, 2000 e o importante estudo: SARMENTO, 2004.

¹⁶ Sustentando esse entendimento, escreve JOSÉ FELIPE LEDUR: “A íntima conexão entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais é cada vez mais enfatizada, a ponto de se levantarem dúvidas acerca da consolidação da democracia e do Estado de Direito, se não forem enfrentados problemas como a crescente desigualdade social e o desemprego. Na verdade, se a pessoa não tem como prover adequadamente a sua existência mediante o acesso a uma moradia, à educação, à saúde, à previdência, ao trabalho, não terá aptidão para ser ‘cidadão privado’, mesmo porque sua dignidade estará comprometida. A falta dessas condições vitais não permitirá que venha a ser um ‘cidadão público’, que contribua na formação da vontade política direta e na pré-formação da vontade política da Nação (...)” (LEDUR, p.162, 1998). No mesmo sentido, manifesta-se JOSÉ AFONSO DA SILVA ao procurar definir os direitos sociais: “Assim, podemos dizer que os *direitos sociais*, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se conexionam com o direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade” (SILVA, p.258, 1994).

¹⁷ Obviamente, não é intenção destas linhas menosprezar as diversas formas de manifestação artística e cultural que, não obstante o nível de miséria e ausência de acompanhamento escolar, são externadas por setores significativos da população brasileira. Todavia, resta cristalino que a privação de ensino fundamental limita consideravelmente os horizontes daqueles que a ela são submetidos. Basta imaginar a diferença entre letrados e analfabetos para deduzir que a liberdade destes é muito mais restrita, isto sem falar que a tarefa de encontrar um emprego torna-se, nesses casos, uma tarefa árdua e de difícil concreção.

¹⁸ Esse entendimento, por exemplo, é perfilado por ANDERSON CAVALCANTE LOBATO

que interpreta o princípio democrático, dedutível da expressão “Estado Democrático de Direito”, que consta no art.1º, como significando, entre outras coisas, um compromisso assumido entre duas posturas contrárias sobre a natureza material da Constituição, liberalizante ou socializante, que integraram os debates na Constituinte e explicam uma série de contradições existentes no texto constitucional. Assim, no tocante aos limites materiais ao poder reformador, o autor entende que prevaleceu a concepção liberalizante. Assim, “o Estado democrático de Direito é justamente fruto do compromisso assumido entre as concepções liberalizante e socializante do Estado. É por esta razão que encontramos muitas vezes preceitos constitucionais aparentemente contraditórios entre si ou que deixam sérias dúvidas sobre o seu modo de aplicação. Somente a idéia de compromisso pode explicar e contribuir na interpretação e aplicação concreta destes preceitos e princípios constitucionais”. Referindo-se ao art.60, § 4º, IV, constata o autor: “Prevaleceu aqui a concepção liberal dos direitos fundamentais, posto que se concedeu o caráter permanente e imutável somente aos direitos individuais da primeira geração. Os direitos coletivos, sociais, econômicos e culturais, da segunda e terceira geração de direitos e que estão inseridos especialmente no capítulo II, do título II, e são desenvolvidos detalhadamente nos títulos VII e VIII da Constituição, foram considerados, por via de consequência, conjunturais, admitindo-se, pois, modificação através de emenda constitucional” (LOBATO, p.150-151, 1998).

¹⁹ MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO analisa sucintamente esta tradição constitucional brasileira: “Na Constituição de 1934, essa expressão era o título do capítulo II do Título III da Constituição. Este tinha como capítulo I: ‘Dos direitos políticos’; como capítulo II: ‘Dos direitos e das garantias individuais’. E neste capítulo enumeravam-se os direitos que a Constituição assegurava aos brasileiros e estrangeiros residentes no País: liberdade, subsistência, segurança, propriedade...Ou seja, as liberdades clássicas de liberalismo, pois o direito à subsistência é o direito à vida. Não compreendia esse capítulo os direitos sociais, que se arrolavam no Título IV: ‘Da ordem econômica e social’.

A Carta de 1937 empregava a expressão nesse mesmo sentido (art.122). Os direitos sociais vinham noutra capítulo, o da Ordem Econômica. A Constituição de 1946, também, o seu título IV: ‘Da declaração de direitos’ tinha um capítulo II: ‘Dos direitos e garantias individuais’, onde não se encontrava senão os direitos consagrados pelo liberalismo político. Os direitos sociais estavam noutra Título, o V: ‘Da ordem econômica e social’.

Exatamente essa era a posição da Constituição de 1967, e da Emenda nº 1/69. ‘Direitos e garantias individuais’ é expressão que abrange somente as liberdades clássicas. Esses direitos não poderiam ser abolidos pela revisão. O mesmo não ocorreria com os direitos sociais” (FERREIRA FILHO, p.9, 1996).

²⁰ Esse é o argumento divulgado por IVES GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO. Comentando a flexibilização das normas trabalhistas que, mediante acordo ou convenção coletiva, é autorizada pelos incisos VI (reduzibilidade salarial), XIII (jornada de trabalho) e XIV (trabalho em turnos ininterruptos de revezamento) do art. 7º da Carta de 1988, preconiza que “admitindo-se a flexibilização dos dois pilares básicos do Direito do Trabalho, que são o salário e a jornada de trabalho, todos *os demais*, ainda que não previstos expressamente, são suscetíveis de flexibilização, na medida em que constituem vantagens de natureza salarial ou garantias do descanso periódico ou circunstancial.

Mais do que isso: admitindo a Constituição o princípio da flexibilização para os Direitos Sociais, reconhece que não constituem *cláusulas pétreas* (CF, art.60, §4º), sendo passíveis de alteração e redução por Emenda Constitucional. Na realidade, o que se assegura ao trabalhador é o direito a um *salário justo* e uma jornada de trabalho limitada, mas a *quantificação* desse direito é suscetível de adequação às circunstâncias de cada momento” (MARTINS FILHO, p. 779, 1998).

²¹ Essa posição é defendida de maneira inequívoca pelo constitucionalismo português que reserva um regime especial (art.288 da CRP) para os “direitos, liberdades e garantias” (situados no Título II e que expressam os clássicos direitos de liberdade), mediante o qual os mesmos constituem limite material à revisão constitucional (o que já não ocorre com os “direitos

econômicos, sociais e culturais”, listados no Título III), inserindo-se no mesmo tratamento os direitos fundamentais de *natureza análoga* (art.17 da CRP). Assim, é defensável a proteção para os direitos sociais que não possuem caráter prestacional, como é o caso do direito de associação sindical e do direito de greve, não sendo a mesma consequência invocada para os direitos sociais de cunho prestacional.

²² Debate INGO SARLET que, preponderando a interpretação literal para o art.60, §4º, IV, “por uma questão de coerência, até mesmo os direitos coletivos (de expressão coletiva) constantes no rol do art.5º não seriam merecedores desta proteção. Já esta simples constatação indica que tal interpretação dificilmente poderá prevalecer. (...) Paradoxalmente, em se levando ao extremo este raciocínio, poder-se-ia até mesmo sustentar que o mandado de segurança individual integra as ‘cláusulas pétreas’, ao passo que o mandado de segurança coletivo por estas não se encontra abrangido!” (SARLET, p.360, 1998).

²³ Fica aqui, como registro, a argumentação de ROBERTO LYRA FILHO, autor que mesmo priorizando o discurso das fontes jurídicas paralelas ao Estado, não deixou de assinalar a importância de uma nova hermenêutica para dar conta de um melhor aproveitamento do direito positivado: “Estimáveis e respeitados autores ainda repetem que a interpretação pode ser literal, gramatical e lógico-sistemática, enquanto outros, embora já não falem na interpretação literal, englobam esta última na referência ao ‘gramatical’, antes que se ligue o ‘exato sentido’ (a semântica, portanto) das palavras e proposições às estruturas sociais. (...) De fato, o isolamento, ainda que metodológico e operacional, já desloca a questão, porque não vê a passagem da jurisprudência dos conceitos à jurisprudência dos valores como uma *superação*, que *não* permite aproveitar tal e qual elemento da dicção, para extrair os ‘conceitos’, só em seguida ligando-os à teleologia. O *que* se diz já se acha vinculado, no conjunto, ao *para que* se diz, e o alcance de cada termo, em concreto, é *determinado* pelo fim, de tal sorte que (...) ‘fica o dito por não dito’, se o fim contrasta com a dicção; ademais, acrescentaríamos, a ciência moderna indica que o ‘dito’ *não* é um produto ‘gramatical’, mas social, como ‘código’ de expressão e comunicação, que instaura, em denotações e

conotações, o social *ab initio*, e *não após* um estabelecimento de alcance ‘gramatical’. As palavras e proposições (estruturas verbais) operam num conjunto de sinais que designam, *desde logo*, a estrutura social e as posições nela ocupadas pelo emissor e receptor da mensagem. (...) o simples ‘dizer’ (...) não estabelece algo fixo, que *cessat in claris* e permanece inabalável, pois que *refere* uma carga semiológica (...) que não é fixa, porém móvel contraditória, segundo a estrutura social e a posição ocupada pelo ‘intérprete’.” [grifos do autor] (LYRA FILHO, p. 66-67, 1993).

²⁴ O sentido desta palavra aqui está longe daquela clássica interpretação da lei fornecida pelo próprio legislador. Trata-se de se harmonizar com a leitura heideggeriana de uma *ética da autenticidade*, na qual o *autêntico* aparece quando assumimos conscientemente nosso horizonte hermenêutico e nossa condição de *ser-no-mundo*, procurando *suspender* nossos *pre-conceitos* e saber que todo ato de interpretação é criativo e deve procurar *desvelar* o sentido da lei diante das situações concretas que pedem sua consideração pelo intérprete. Defende-se aqui, pois, um enfoque hermenêutico que disto da abordagem metodológica (na qual a hermenêutica é tida como *método* ou *ferramenta* desentranhadora de sentidos pré-existentes) e que afirma um enfoque ontológico e substancialista. Diante dos limites deste ensaio, porém, tal tema não será aprofundado, todavia, uma análise mais completa, inclusive das categorias da hermenêutica filosófica aqui apenas mencionadas, pode ser verificada no nosso livro: SILVA FILHO, 2005.

²⁵ Sobre o tema, assim ensinam CANOTILHO e VITAL MOREIRA: “A revisão constitucional, embora se possa traduzir na alteração de muitas disposições da Constituição, conserva um valor integrativo, no sentido de que deve deixar substancialmente idêntico o sistema constitucional. A revisão serve para *alterar a Constituição* mas não para *mudar de Constituição*.”

Nesse sentido, afirma-se que a revisão deve ser solidária com o fundamento político-filosófico da Constituição ou que a fisionomia constitucional não deve ser subvertida pelas leis de revisão. É esta consideração que leva a admitir limites superiores à revisão, sejam eles *limites expressos*, sejam eles, inclusivamente, *limites*

implicitos, que pretendem impedir as revisões aniquiladoras da *identidade constitucional*” (CANOTILHO e MOREIRA, p.293, 1991).

²⁶ Essa abordagem conteudística, como lembra BOLZAN DE MORAIS (p.68, 1996), aproxima o Direito alemão e francês ao Direito britânico, pois sabe-se que desde a Magna Carta, em 1215, estabeleceu-se uma tradição de declarações de direitos, extensível, inclusive, à futura colônia americana, que, direcionadas à realeza britânica, objetivavam limitar sua atuação e garantir certos direitos aos súditos.

²⁷ Importante não esquecer que a emergência das liberdades modernas tinha como adversária a sociedade hierárquica e estratificada do medievo, ainda resistente em certa medida durante a preponderância do Estado absolutista.

²⁸ LUIZ EDSON FACHIN descreve, abrangendo do século XVIII até o momento atual, quatro momentos para a noção de igualdade: o primeiro revela a dignidade jurídica do princípio e a sua consideração dentro do sistema, o segundo, a partir do reconhecimento já efetivado, contenta-se com a projeção de uma igualdade meramente formal e abstrata, o terceiro, que ainda se revela como algo a ser conquistado, especialmente em países que, como o Brasil, abriga uma intensa desigualdade social, vê na igualdade um objetivo a ser alcançado mediante um tratamento desigual para os que são desiguais, especialmente aos que, em virtude desta desigualdade são atingidos concretamente em sua dignidade. O quarto momento seria o do reconhecimento das desigualdades. Afirma FACHIN: “O fator decisivo deixa de ser apenas a busca de uma igualdade a todo e qualquer custo, mas o de reconhecer que certas diferenças, em si mesmas, não são necessariamente discriminatórias” (FACHIN, p.286, 2000).

²⁹ LENIO STRECK e BOLZAN DE MORAIS, com base nos estudos de GUILHERMO O’DONNELL, classificam, de um modo geral, as democracias latino-americanas como “democracias delegativas”, nas quais “quem ganha a eleição presidencial é autorizado a governar o país como lhe parecer conveniente”(STRECK e MORAIS, p.109, 2003). Nesse contexto, uma vez eleitos os representantes, a “democracia” hibernaria durante o mandato para despertar apenas nas próximas eleições. Ao contrário, o novo sujeito democrático, ao assumir-se em

sua transitoriedade e autenticidade, aponta para uma incerteza que “significa uma tomada de atitude responsável perante a vida”, importando na “responsabilização frente ao mundo e àqueles que nele estão” (STRECK e MORAIS, p. 120, 2003).

³⁰ HANNAH ARENDT ensina que a esfera da ação, característica do plano público (entendido em sua obra como próximo à noção de “político”), é a “única atividade que se exerce diretamente entre os homens sem a mediação das coisas ou da matéria, corresponde à condição humana da pluralidade, ao fato de que homens, e não o Homem, vivem na Terra e habitam o mundo” (ARENDR, p.15, 2001). Ademais, a autora assinala, nessa dimensão, a inerente imprevisibilidade dos negócios humanos, vindo no espaço público o *locus* dessa instabilidade: “Pelo fato de que se movimenta sempre entre e em relação a outros seres atuantes, o ator nunca é simples ‘agente’, mas também, e ao mesmo tempo, paciente. Agir e padecer são como as faces opostas da mesma moeda, e a história iniciada por uma ação compõe-se de seus feitos e dos sofrimentos deles decorrentes. Estas conseqüências são ilimitadas porque a ação, embora possa provir do nada, por assim dizer, atua sobre um meio no qual toda reação se converte em reação em cadeia, e todo processo é causa de novos processos. (...) Além disso, seja qual for o seu conteúdo específico, a ação sempre estabelece relações, e tem, portanto a tendência inerente de violar todos os limites e transpor todas as fronteiras” (ARENDR, p.203, 2001). Exatamente por isso, acrescenta a autora, é que o homem necessita, para viver com seu semelhante, desenvolver as habilidades de perdoar (já que não pode se responsabilizar totalmente pelas conseqüências de seus atos, já que imprevisíveis em muitas direções) e de prometer e cumprir promessas (para, assim, possuir balizas mínimas às quais as ações possam se reportar e divisar uma identidade). “Se não fôssemos perdoados, eximidos das conseqüências daquilo que fizemos, nossa capacidade de agir ficaria, por assim dizer, limitada a um único ato do qual jamais nos recuperaríamos; seríamos para sempre as vítimas de suas conseqüências (...). Se não nos obrigássemos a cumprir nossas promessas, jamais seríamos capazes de conservar nossa identidade; seríamos condenados

a errar, desamparados e desnorreados, nas trevas do coração de cada homem, enredados em suas contradições e equívocos – trevas que só a luz derramada na esfera pública pela presença de outros, que confirmam a identidade entre o que promete e o que cumpre, poderia dissipar. Ambas as faculdades, portanto, dependem da pluralidade; na solidão e no isolamento, o perdão e a promessa não chegam a ter realidade: são, no máximo, um papel que a pessoa encena para si mesma” (ARENDDT, p.249, 2001). Essas promessas, contudo, não podem apenas se reportar às regras procedimentais descritas pela democracia liberal, elas vão mais a fundo, exigindo de cada homem o desenvolvimento de tal habilidade e a sua projeção nesse espaço plural. Nesse sentido, a democracia seria uma constante dialética entre o perdão e a promessa, em que ambos só adquirem sentido na relação intersubjetiva.

³¹ Quando mencionamos expressões tais como “interesse coletivo”, “comunidade”, “coletividade”, “bem-comum”, entre outras, não podemos deixar de apontar (ainda que, em função de seus limites físicos, este não seja o espaço para o aprofundamento do tema) para as perplexidades que as cercam. Assim, quando fazemos alusão, com STRECK e MORAIS, à democracia como incerteza, percebemos, igualmente, que esta incerteza é fruto de um crescente esvaziamento de categorias políticas duradouras que, até então, impunham-se como marcos referenciais da ação no plano público (o Estado-nação, a idéia de comunidade nacional, a política tradicional encetada pelos partidos políticos, as relações estáveis entre os empresários capitalistas e os trabalhadores, enfim, tudo aquilo que argutamente BAUMAN quis referir com a expressão *modernidade pesada*). Aliás, em plenos anos 50, em uma verdadeira demonstração de talento analítico e, por que não dizer, de capacidades de predição, HANNAH ARENDT já apontava para o esfacelamento do espaço comum, colonizado pela projeção do privado para o público, o que, por sua vez, criou algo distinto, que ela denomina de “social” (ARENDDT, p.59-83, 2001). Esta mesma questão é explorada por BAUMAN em seu provocante livro *Modernidade Líquida*, trazendo à tona o argumento de que o “comum” concentra-se, predominantemente, em tudo aquilo que diz respeito à vida pessoal

dos membros da sociedade. O que aparece em seus holofotes são as experiências pessoais de homens e mulheres que podem servir de exemplo ou modelo para a resolução dos problemas pessoais de cada um. Cada vez mais não há distinção entre políticos e celebridades, sobre ambos recai o interesse maior no conhecimento de sua vida privada e não de suas atividades propriamente políticas. O comum tornou-se ainda um espaço de acirramento dos interesses individuais. Um bom exemplo são os centros de consumo, onde as pessoas se encontram fisicamente, mas não estabelecem uma interação mais profunda, sendo as diferenças maquiadas e não enfrentadas (BAUMAN, p.107-127, 2001). Vivemos uma época na qual as pessoas parecem capitular diante da tarefa de reconstruir um espaço comum no qual a alteridade possa florescer e dar vazão a uma organização social verdadeiramente democrática. Desafortunadamente, parece que estamos longe sequer de assumir a importância desse objetivo, preferindo a cumplicidade diante das galopantes violência e miséria. Todas essas inquietações devem estar presentes quando avançamos no estudo do tema conhecido como “publicização do direito privado” (uma das portas de entrada para o tema dos direitos sociais). Na verdade, em que pese todo o empenho jurídico-doutrinário em estabelecer uma vinculação coletiva e pública ao exercício dos clássicos direitos civis (principalmente dos que se referem às relações contratuais e à propriedade), assiste-se à possibilidade presente de um movimento inverso (isto é, de uma “privatização do público”). O direito, contudo, permanece insistindo no necessário discurso da constitucionalização e da publicização, sabedor, porém (ao menos os seus autores mais atentos), de que parece estar nadando contra a maré, e que, talvez, por isso mesmo, deva ser um dos bastiões (fortificado com sua *força normativa*) da aspiração humana de reconstrução da comunidade (ver também o importante estudo de PIETRO BARCELLONA: BARCELLONA, 1996). Uma comunidade que, no entanto, não mais acredita nos contos da carochinha da modernidade clássica e que assume sua condição incerta e sua diversidade.

³² Nessa mesma direção é que o direito social (por vezes entendido como um terceiro campo jurídico, ao lado do direito público e do direito

privado) também pode ser tido como uma instância de delimitação do público a partir de um sentido mais amplo do que o estatal. Nesse sentido, ver: SILVA FILHO, 2000.

³³ A esse respeito, LÊNIO STRECK é esclarecedor: “O Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado Social. É nesse sentido que ele é um *plus* normativo em relação ao direito promovedor-intervencionista próprio do Estado Social de Direito. Registre-se que os direitos coletivos, transindividuais, por exemplo, surgem, no plano normativo, como conseqüência ou fazendo parte da própria crise do Estado-Providência. Desse modo, se na Constituição se coloca o modo, é dizer, os instrumentos para se buscar/resgatar os direitos de segunda e terceira gerações, via institutos como substituição processual, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção (individual e coletivo) e tantas outras formas, *é porque no contrato social – do qual a Constituição é a explicitação – há uma confissão de que as*

promessas da realização da função social do Estado não foram (ainda) cumpridas” (grifos do autor) (STRECK, p.37, 1999).

³⁴ BOLZAN deixa claro que, apesar do Estado Democrático de Direito superar o Estado Liberal e o Social, ele incorpora em grande medida suas principais finalidades: “O *Estado Democrático de Direito* tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação *melhorada* das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e, passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o *democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica*. E mais, a idéia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência.” (grifos do autor) (MORAIS, p.74-75, 1996).

O SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA

THE CONSTITUTIONAL MEANING OF THE ACCESS OF JUSTICE

ADRIANA FASOLO PILATI SCHELEDER*

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: O estudo do direito processual deve partir do ordenamento constitucional, pois as previsões constitucionais, hierarquicamente superiores, conferem unidade ao sistema jurídico. É o direito processual, como instrumento, que deve assegurar o exercício regular das funções do Estado e conferir efetividade às garantias constitucionais, eleitas democraticamente. Só haverá processo justo se esse for compreendido através dos ditames constitucionais, através do devido processo legal. Somente a partir desse princípio fundamental é que se efetivarão os demais princípios constitucionais processuais, tanto no aspecto procedimental como no substancial. A partir de tal entendimento, tem-se que acesso à justiça não significa mera disponibilidade ao cidadão de um instrumento processual; mas implica, necessariamente, um procedimento que atenda ao devido processo legal. Disso se infere que não haverá justiça se não houver respeito às garantias constitucionais processuais do cidadão em juízo.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Devido processo legal. Garantias constitucionais processuais. Princípios constitucionais processuais.

Abstract: The study of the *processual* Law must start from the constitutional order, because the constitutional predictions, hierarchically superior, award unity to the legal system. It is the *processual* Law, as an instrument, that must assure the State's functions' regular exercise and award effectiveness to the constitutional warranties, democratically elected. The process will be fair only if it is included among the constitutional ditames. The access to the Justice does not mean mere availability of a processual instrument to the citizen; it implies, necessarily, a procedure that answers to the due legal process. Only based in this fundamental principle will be put in effect the others *processuais* constitutionals principles, as much in the procedural aspects as in the substantial ones. From this it infers that it will not have justice if there is no respect to the *processuais* constitutional of citizen in judgment warranties.

Key Words: Access to the justice. Due legal process. *Processuais* constitutional warranties. *Processuais* constitutional principles.

Introdução

É na Constituição que se encontra o ápice da hierarquia das fontes do Direito Processual, onde se concentram e se condicionam todos os princípios de natureza processual, os quais devem ser resguardados em toda e qualquer tarefa do legislador e do hermeneuta.

A Constituição Federal de 1988 representa a norma fundamental do ordenamento jurídico nacional. Fundamental porque é por meio dela que se consolidam os objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito. A Constituição conduz à unificação política e constitui um instrumento da unidade nacional; é suprema frente a todo o ordenamento jurídico,

* Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Especialista em Direito Civil pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Professora de Direito Civil e Estágio II (Processo Civil) da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo.

funcionando como um sistema de freios perante o sistema infraconstitucional.

Por tais motivos, o processo, além de ser compreendido simplesmente como instrumento técnico, deve ser entendido através dos valores constitucionais. O processo deve ser estudado segundo um enfoque constitucional, associando-se a teoria constitucional à prática processual, pois tem como tarefa a busca da justiça e o efetivo cumprimento das garantias expressas na Constituição, dentre elas, a garantia do acesso à justiça.

1. A constitucionalização do processo civil

A idéia de Constituição originou-se como uma forma de organização de uma comunidade. Qualquer comunidade política, qualquer sociedade, tem de ter uma Constituição para sua organização. As primeiras constituições no século XVIII, basicamente em 1787 e 1791, trouxeram a idéia de poder constituinte, um poder com supremacia hierárquica em relação a todos poderes jurídicos e públicos. Então, a partir da Assembléia e de um estudo sobre o processo democrático - fruto da expressão da soberania popular - surgiram normas fundamentais que vinculam tanto o governante quanto os governados, incluindo, neste rol, o próprio legislador. Desse processo, resultou um documento formal, fruto do poder constituinte, cujo intento foi inserir todas as normas materialmente constitucionais, ou seja, todas as normas fundamentais à organização do Estado em sociedade. Assim, ao poder constituinte, atribuiu-se a tarefa de constituir o Estado.

Em decorrência, à Constituição deve ser atribuída força superior, devendo ser interpretada como hierarquicamente superior a qualquer outra norma e ter uma força normativa. Konrad Hesse, ao escrever *A força normativa da Constituição*, reconhe-

ceu que “a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade”. (1991, p.14)

Foi com a Constituição de 1988 que se marcou o campo do moderno Direito Processual Civil brasileiro. Nenhuma das cartas políticas anteriores havia traduzido igual preocupação com as garantias das partes na seara civil. Com ela surgiu o chamado “direito processual contemporâneo”, expressão que quer significar a inegável ligação existente entre o estudo do processo e as normas constitucionais com que aquele se relaciona.

A vontade da Constituição deve ser honestamente preservada, mesmo que, para isso, tenha-se de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. “Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático”. (HESSE, 1991, p.22)

É a Constituição que confere unidade de sentido ao ordenamento jurídico, o qual representa todo um sistema ordenado, harmônico e hierarquizado de normas, princípios e valores que regulam a conduta jurídica das pessoas enquanto inseridas numa sociedade. É nela que estão as linhas gerais para guiar o ordenamento jurídico, a atividade estatal e social, no sentido de promover o bem-estar individual e coletivo dos integrantes da comunidade que soberanamente a estabelece. (GUERRA FILHO, 2000. p. 16)

Sobre essa superioridade da Constituição perante as demais normas que compõem o ordenamento jurídico como um todo, Rogério Lauria Tucci e José Rogério

Cruz e Tucci (1989, p. 1) afirmam que re-pousam na Constituição numerosos dispositivos e institutos de processo civil, pois, como lei suprema que é, situa-se no ponto culminante da hierarquia das fontes do direito, contendo fundamentos institucionais e políticos de toda a legislação ordinária.

A Constituição estabelece o processo justo, ou seja, estabelece princípios, normas e valores para assegurar a devida solução jurisdicional de conflitos, para assegurar um acesso qualitativo à justiça e uma efetiva tutela jurisdicional constitucional. A supremacia da Constituição deve ser assegurada, no entanto, não basta a disposição de meios para se ter o acesso à justiça de forma quantitativa; deve-se assegurar a justiça processual, ou seja, um acesso qualitativo à justiça, que efetive as garantias processuais constitucionais, em especial o devido processo legal.

A tarefa de efetivar a superioridade constitucional e de assegurar uma devida solução jurisdicional, que atenda ao devido processo legal, também cabe ao hermenauta, que, por sua vez, deve valer-se da Lei Maior para interpretar, especialmente diante da colisão de um texto legal com um princípio. Neste caso, conforme doutrina Couture, o hermenauta resolve “por el predominio del principio, ya que él es la revelación de una posición de carácter general, tomada a largo del conjunto constante de soluciones particulares”. (COUTURE, 1979, p. 55)

Assim, por ser a Constituição um reflexo da sociedade, - eis que todas as classes sociais são representadas na sua elaboração - as normas devem ser interpretadas de forma a interagir com o normativo maior. Por outro lado, qualquer inconstitucionalidade, formal ou material, “apresenta-se como grave e inaceitável violação, antes de tudo, à sistematicidade da Constituição em sua característica estrutura

principalista” (FREITAS, 2004, p. 183). Na medida em que a Constituição se transforma em força ativa, devem suas tarefas ser efetivamente realizadas e estar presentes na consciência geral - particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*) (HESSE, 1991, p. 19). Cabe a todos essa tarefa de efetivar a Constituição, de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, de identificar a vontade de concretizar essa ordem e ter consciência da vontade da Constituição.

A tarefa do hermenauta, além de atender às previsões constitucionais e o limite das meras necessidades de estar em consonância com as suas previsões, adentra nos limites da moral e da ética. Isso porque, conforme assevera Moacyr Caram Júnior (2001, P. 67), os preceitos de ordem constitucional trazem em seu bojo não simples regras de condutas, mas verdadeiros conceitos, dogmas ou posicionamentos axiológicos. A Constituição é a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não poderão ser jamais ofendidos¹ e de que o processo judicial será instrumento efetivo do sistema jurídico, devendo respeitar as garantias constitucionais.

O direito constitucional, como já advertia Enrico Tullio Liebman (1962, p. 149) em 1962, representa o centro da unidade jurídica, o tronco comum do qual os vários ramos partem, a *linfa vitale* dos mais variados direitos. O direito constitucional regula a formação das leis, derivando todas as normas. O direito constitucional regula, em seus aspectos fundamentais, as pessoas, os grupos sociais e os poderes públicos na sociedade legalmente constituída, de forma que o Código de Processo Civil é a regulamentação da garantia de justiça contida na Constituição.

Por esse entendimento, como alude Jorge Miranda (1981, p. 545 e ss), as normas processuais devem ser lidas à luz dos princípios e das regras constitucionais. Deve-se verificar a adequação das leis à letra e ao espírito da Constituição. A tutela do processo efetiva-se pelo reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais (DANTAS, 2003, p. 120) e realiza-se pelo império das previsões constitucionais, cuja maior função é a proteção das garantias dos cidadãos. Assim, a Constituição, além de ser uma garantia, é o limite do exercício processual. São os princípios constitucionais que asseguram um sistema coerente e homogêneo, determinando a própria atuação do Estado.

A garantia jurisdicional da Constituição, isto é, a justiça constitucional, deve estar interligada com o sistema jurídico, ou seja, o direito processual, através do processo, deve assegurar o exercício regular das funções do Estado e deve conferir efetividade às garantias constitucionais, eleitas por meio de um processo democrático. Para Kelsen a criação da lei e sua própria execução são funções do Estado: “Queste funzioni hanno esse medesimo carattere giuridico, giacchè consistono in atti giuridici. Sono o atti di creazione del diritto, cioè norme diuridiche, oppure atti di esecuzione del diritto dià creato, cioè di norme diuridiche già poste” (1981, p. 145).

Logo, enquanto a Constituição regula em sua linha essencial a formação das leis, a legislação aplica o Direito. Na concepção de Kelsen (1981, p. 145), a liberdade do legislador, subordinada somente à Constituição, encontra limitação relativamente fraca e seu poder de criação resta relativamente grande. Cândido Rangel Dinamarco cita dois sentidos vetoriais das relações entre processo e Constituição:

a) a Constituição dita regras fundamentais e princípios a serem observados

na construção e desenvolvimento empírico da vida do processo (tutela constitucional do processo);b) o processo é, por sua vez, instrumento para preservação da ordem constitucional, seja mediante a chamada “jurisdição constitucional” (inclusive a “jurisdição constitucional das liberdades”), seja através da sua utilização cotidiana, em que, ao dar atuação às normas legais ordinárias, está, em última análise, valendo como penhor da observância dos valores constitucionalmente amparados e nelas refletidos. (1999, p. 312)

O sistema processual deve estar continuamente ligado e deve ser entendido através dos valores constitucionais, pois o processo não pode ser concebido simplesmente como mero instrumento técnico. Assim, o conceito moderno de processo envolve, obrigatoriamente, o devido processo legal. A título de exemplificação, será inconstitucional o processo que não atender à ampla defesa e ao contraditório; o processo deve atender, efetivamente, à ordem constitucional.

O direito de ação e o Judiciário apresentam-se como instrumentos de efetivação de todas as garantias constitucionais; constituem a estrutura de toda a pirâmide, a qual não teria a menor consistência se não houvesse mecanismos eficientes de manutenção (GRECO FILHO, 1998, p. 32). E esse “mecanismo eficiente de manutenção” está substanciado no processo, que tem “o significado e escopo de assegurar a conformação dos institutos do direito processual e o seu funcionamento aos princípios que descendem da própria ordem constitucional”. (1999, p. 25)

Nas lições de Dinamarco, “o processo é meio, não só para chegar ao fim próximo, que é o julgamento, como ao fim remoto, que é a segurança constitucional dos direitos e da execução das leis” (1999, p. 27). Assim surgiu o chamado “direito processual constitucional”, que significa o

método consistente em examinar o sistema processual e os institutos do processo à luz da Constituição e das relações mantidas com ela. O método constitucionalista inclui em primeiro lugar o estudo das recíprocas influências existentes entre Constituição e processo - relações que se expressam na tutela constitucional do processo e, inversamente, na missão deste como fator de efetividade dos preceitos e garantias constitucionais de toda ordem. (1999, p. 188)

O direito processual civil integra o ramo do direito público e é regulado, além das normas infraconstitucionais, por normas, princípios e valores constantes na Constituição Federal. Assim, o direito constitucional processual² é o conjunto de normas, princípios e valores do processo previstos na Lei Maior (CRUZ E TUCCI, 1999, p. 91). Segundo dita Guerra Filho, as análises da conexão do processo com a Constituição ampliam-se a ponto de se poder encarar o direito processual como uma espécie de “direito constitucional aplicada”. (2000, p. 24)

A efetividade dos princípios processuais constitucionais conduz a que o processo cumpra sua função de instrumento a serviço da ordem constitucional e legal, o que traduz “a existência de um processo acessível a todos e a todas as suas causas, ágil e simplificado, aberto à participação efetiva dos sujeitos interessados e contando com a atenta vigilância do juiz sobre a instrução e sua interferência até ao ponto em que não atinja a própria liberdade dos litigantes” (DINAMARCO, 1999, p. 32) e assegure as garantias processuais constitucionais.

O acesso almejado à ordem jurídica justa e, conseqüentemente, à efetividade do processo, será alcançado com o cumprimento das garantias processuais constitucionais no processo, que, por sua vez, deve efetivar os preceitos e garantias que a

própria Constituição contém e projeta sobre todo o ordenamento jurídico.

Por outro lado, a ordem constitucional também sofre influências do processo, na medida em que será ele o instrumento de efetivação e de preservação das normas constitucionais. Entre os diversos escopos de processo, fala-se em “justiça e celeridade”, ou de “celeridade e ponderação” (DINAMARCO, 1999, p. 318), o que implica a necessidade de adotar meios tais que proporcionem o mais rapidamente possível a pacificação social no caso concreto, sem prejuízo da qualidade da decisão.

A boa qualidade da decisão constitui, por um lado, fidelidade ao direito material (aí o escopo jurídico), mas também, acima disso, é penhor da justiça das decisões. Toda a tessitura de princípios e garantias constitucionais do processo (com destaque para o *due process of law*) é predisposta à efetiva fidedignidade aos desígnios do direito material.

Cumprir destacar que a Constituição garante a tutela dos direitos fundamentais da pessoa e de suas liberdades em função do processo e da administração pública da justiça processual, “na medida em que cristalizam princípios axiológicos recolhidos do poder jurídico global do Estado e que se consolidam na sociedade política pela via direta da consciência pessoal e do sentimento jurídico do povo” (HESPANHA, 1986, p. 247). Portanto, a Constituição é o ápice da hierarquia das fontes do Direito Processual, na qual se concentram e se condicionam todos os princípios de natureza processual, os quais devem ser resguardados em toda e qualquer tarefa do legislador e do hermeneuta.

Os princípios constitucionais processuais “pressupõem todo o conhecimento fundamental de que o legislador deve dispor para a criação das leis processuais, ou seja, das normas jurídicas gerais do

processo” (HESPANHA, 1986, p. 224). Assim também pensa Couture, que, ao tratar das garantias constitucionais, descreve suas premissas como sendo:

a) la Constitución presupone la existencia de un proceso como garantía de la persona humana; b) la ley, en el desenvolvimiento normativo jerárquico de preceptos, debe instituir ese proceso; c) pero lo ley no puede instituir formas que hagan ilusoria la concepción del proceso consagrada en la Constitución; d) si la ley instituyera una forma de proceso que privara al individuo de una razonable oportunidad para hacer valer su derecho, sería inconstitucional; e) en esas condiciones, deben entrar en juego los medios de impugnación que el orden jurídico local instituya para hacer efectivo el controlador de la constitucionalidad de las leyes³. (1993, p. 148)

Basicamente, os princípios constitucionais processuais regulam a criação das normas processuais e põem toda a estrutura do sistema político e do ato global em uma unidade sistemática, à qual tem direito todo cidadão. Isso traduz o que Hans Kelsen chama de *judicial control* de constitucionalidade das leis e também, por evidente, das leis processuais. (CARAM JÚNIOR, 2001, p. 67)

Os princípios processuais constituem um conjunto de idéias, inter-relacionadas e interdependentes, que expressam a visão que um povo tem do processo (TESHEINER, 1993, p. 30). A união dos princípios constitucionais compõe o sistema processual, razão pela qual aos princípios constitucionais atribui-se a característica de supralegalidade em virtude da supremacia conferida à Constituição.

Além disso, infere-se que o processo deve ser estudado segundo um enfoque constitucional, por ter como tarefa a busca da justiça e o efetivo cumprimento das garantias expressas na Constituição. Nesse

sentido, surge também a concepção contemporânea do acesso à justiça e do devido processo legal, que vem a ser prolongamentos da ordem constitucional com o escopo de guiar a criação e a regulamentação das leis processuais.

Sem dúvida alguma, observa oportunamente Ivo Dantas (2003, p. 119), de qualquer perspectiva pela qual se estude o processo na Constituição, o ponto fundamental é a análise do devido processo legal, porque é este o princípio fundamental ao denominado Estado Democrático de Direito, também objeto de estudo na presente pesquisa.

O sistema constitucional de garantia do próprio processo é o instrumento de efetivação dos direitos constitucionais. É através das garantias constitucionais que se verifica a regularidade das regras imediatamente subordinadas à Constituição, isto é, a constitucionalidade ou não das leis ordinárias. O respeito às garantias constitucionais processuais confere segurança e efetividade ao processo, outorga aos cidadãos um julgamento segundo os ditames constitucionais e concede às partes em juízo um efetivo acesso à justiça.

2. A efetivação processual através do devido processo legal

O devido processo legal é princípio fundamental do processo civil e serve como instrumento para a efetivação de todos os demais princípios processuais, traduzindo-se num efetivo acesso à justiça, esse entendido em seu sentido *lato sensu*, ou, como a expressão adotada neste trabalho, um acesso qualitativo à justiça.

Devido processo legal é expressão oriunda da inglesa *due process of law*. A *Magna Charta* de João Sem Terra, do ano de 1215, que continha exemplos de institutos originais e eficazes do ponto de vista jurídico, teria sido o primeiro ordenamento

a mencionar, de forma implícita, a referida locução, mas somente na esfera do processo penal, em seu aspecto protetivo.

Foi a Constituição Federal americana de 1787 que incorporou o princípio do *due process of law*, embora, antes disso, algumas constituições estaduais daquele país já o tivessem consagrado. A partir daí, então, o direito constitucional no sistema do *common law*, como a Suprema Corte dos Estados Unidos, passou a respeitar e conceder eficácia ao *due process of law* com determinação e firmeza. Em outras palavras, a corte, a partir da promulgação da Constituição de 1787, passou a interpretar a cláusula *due process* de sorte a solucionar os casos concretos que lhe eram submetidos. (NERY JUNIOR, 2002).

No sistema jurídico brasileiro a garantia do devido processo legal foi positivada com a Constituição Política de 1988, em seu artigo 5º, inciso LIV, nos seguintes termos: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Até então, nenhuma das constituições anteriores havia previsto expressamente tal princípio. Com a positivação constitucional desse princípio, passou-se a discutir acerca de sua densificação e significação no contexto jurídico brasileiro, e não mais sobre sua presencialidade normativa.

Todo cidadão que sofre lesão ou ameaça de direito está autorizado a utilizar o devido processo legal. A vida, para se garantir o mínimo de dignidade, precisa de ordenamento, mesmo porque seria impossível entre indivíduos livres, em sociedade, viver sem solução de seus litígios. Então, o “processo é este mínimo de liberdade que o Estado dá a cada indivíduo, no sentido de impelir as partes a resolverem publicamente as suas relações jurídicas litigiosas”. (HESPANHA, 1986, p. 93).

Assim, em decorrência da natureza dialética e dinâmica do processo, o Esta-

do cria constitucionalmente, conforme já exposto, o direito de ação, que é também um direito público subjetivo, o qual dá ao titular da pretensão jurídica o direito da tutela jurisdicional através do processo. Esse direito de ação deve sempre vir acompanhado do devido processo legal, que visa assegurar a liberdade e igualdade das posições entre as partes no processo.

A inclusão do devido processo legal no texto constitucional ainda é muito comemorada, eis que sua explicitude do novo texto alçou a Carta ao nível das mais avançadas do mundo no que concerne os termos de garantia da tutela jurisdicional. “Aquilo que se deduzia da análise sistemática e indireta dos princípios implícitos é agora proclamado aos quatro ventos por enunciados de meridiana clareza”. (THEODORO JÚNIOR, 1991, p. 11 e ss)

Calmon de Passos enfatiza que o devido processo legal ganhou nova dimensão, revestindo-se do caráter mais abrangente de “devido processo constitucional”. O autor salienta que, “assim como o direito processual não poderia existir sem o direito material, igualmente o direito material, deve-se acrescentar, não poderia existir sem o direito processual” (PASSOS, 2001, p. 59 e ss). Portanto, há uma dependência recíproca entre direito material e direito processual. Prosseguindo em sua análise, Calmon de Passos esclarece que o escopo do processo é, precisamente, assegurar o que, e tão só, foi prometido pelo direito material, sem poder desvirtuar-se para outro objetivo nem deixar de estar a serviço desse objetivo.

Entende-se, portanto, que o devido processo legal, tanto no aspecto procedimental (perante o Judiciário), quanto no aspecto substantivo (perante os poderes Executivo e Legislativo), não é simplesmente uma garantia processual - visto que contém um aspecto substantivo que

instrui qualquer atuação restritiva do Estado nos direitos fundamentais tutelados a fim de evitar intromissões arbitrárias. A posituação do devido processo legal no texto constitucional de 1988 “tem provocado um rompimento no dogmatismo processual, fazendo com que suas regras formais sejam vivificadas pelos preceitos constitucionais” (LIMA, 1999, p. 180). Assim agindo, obtém-se uma visão unitária do ordenamento jurídico, pela qual se interpreta a norma em conformidade com a Constituição.

Considerando tal concepção, surgem determinados subprincípios, chamados a concretizar o devido processo legal. Maria Rosynete Oliveira Lima (1999, p. 180) esclarece que tais subprincípios “não são colorários, deduções, ou conseqüências do princípio do devido processo legal, mas princípios, que têm um grau de concretização mais elevado”. Por isso, a autora denomina-os de “subprincípios”, não os considerando, portanto, subespécies do devido processo legal. “A independência, e não dedutibilidade, destes subprincípios é visível na medida em que podem servir para concretizar, ou realizar, mais de um princípio, além de poderem gozar também de outros subprincípios que o concretizam” (LIMA, 1999, p. 181).

A garantia do devido processo legal efetiva ao cidadão o direito ao processo, mas o direito a um processo em consonância com os ditames constitucionais, ou seja, de acordo com determinadas garantias constitucionais processuais, que, de um lado, asseguram às partes o exercício de seus direitos subjetivos e processuais e, de outro, são indispensáveis ao exercício da jurisdição de acordo com os ditames constitucionais.

Por conseguinte, o devido processo legal, além de significar a igualdade de tratamento entre as partes em decorrência

de um processo judicial com a finalidade de propiciar uma solução justa do processo - sentido processual, também vincula o Poder Legislativo em sua primordial tarefa de elaborar leis, vinculando-as às normas constitucionais - sentido substantivo. A lei deve ser formada de acordo com os ditames constitucionais, pois, como já se viu, esses emanam da sociedade; a legislação é uma função de atuação dos direitos e da justiça totalmente vinculada aos princípios constitucionais. O devido processo legal constitui-se, pois, em referência de constitucionalidade, quando o legislador, a pretexto de conformar determinado direito fundamental, acaba por atingir seu núcleo essencial. (LIMA, 1999, p. 234)

Com efeito, a garantia do devido processo legal vai além de instrumento de controle de legalidade, pois seu alcance serve também de “limite constitucional à imposição judicial ou administrativa de ordens ou decisões legislativas ou governamentais, que se afigurem contrárias ao direito” (GRINOVER, 1985, p. 20), e de proteção processual-constitucional do cidadão contra eventuais abusos praticados pelo Estado. Ada Pellegrini Grinover (1985, p. 20), em 1985, já incentivava determinado comportamento do juiz na condução das ações judiciais, pois assegurar às partes o direito à prova e às atividades instrutórias (*lato sensu*), em geral, não é suficiente: não basta que toda a atividade instrutória seja produzida em contraditório, que a autoridade jurisdicional presida a colheita de todas as provas, nem que o livre convencimento do juiz se baseie exclusivamente sobre as provas produzidas judicialmente. É necessário que o juiz estimule e promova um contraditório efetivo e equilibrado, cabendo-lhe verificar se a atividade defensiva, no caso concreto, foi adequadamente desempenhada pela utilização de todos os meios necessários para

influir sobre seu consentimento, sob pena de se considerar o réu indefeso e o processo irremediavelmente viciado.

Assim, para a realização do devido processo legal em seu âmbito substantivo, conforme Maria Rosynete Oliveira Lima, é essencial a atenção a dois postulados⁴: o da proporcionalidade (de origem germânica) e o da razoabilidade (de origem norte-americana)⁵. É necessário proteger as garantias constitucionais do cidadão contra qualquer modalidade de legislação, e deve haver um equilíbrio entre essas garantias e o exercício do poder estatal.

Carlos Roberto Siqueira de Castro (1989, p. 380) assinala que o “postulado da ‘razoabilidade das leis’ promana forçosamente da aplicação de caráter ‘substantivo’ (substantive due process) da cláusula do devido processo legal, a ser empreendida com criatividade e senso de justiça pelos órgãos incumbidos da salvaguarda da supremacia da Constituição”. O limite do princípio da proporcionalidade, no entanto, encontra-se no princípio da isonomia. Ambos devem ser aplicados de forma concomitante e harmônica, pois a igualdade de tratamento deve ser proporcional entre as partes.

Com base em Calmon de Passos (1981, p. 86), infere-se que, para a realização efetiva da garantia do devido processo legal, é indispensável a presença de três condições: “a) só é devido processo legal o processo que se desenvolve perante um juiz imparcial e independente; b) não há processo legal devido sem que se assegure o acesso ao judiciário; c) [...] as duas garantias precedentes se mostram insuficientes se não assegurado às partes o contraditório”.

Desse modo, no tocante ao devido processo legal em sua perspectiva procedimental, é essencial que o juiz assegure às partes a efetividade de outros princípios

previstos constitucionalmente, como o contraditório e a ampla defesa (art. 5, inc. LV), o julgamento por um juiz natural (art. 5, inc. XXXVII e LIII), o segundo grau de jurisdição, a igualdade processual entre as partes (art. 5, inc. 1º), a publicidade e a motivação das decisões judiciais (art. 5, inc. LX e art. 93, inc. IX), a proibição de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5, inc. LVI), e a inviolabilidade do domicílio e do sigilo das comunicações em geral (art. 5, inc. XI e art. 52, inc. XII).

O devido processo legal apresenta-se como um instrumento de efetivação da garantia de acesso à justiça, sem o qual não haverá acesso, ou, ainda, não se estabelecerá um acesso qualitativo, ou seja, de modo a cumprir o Estado Democrático de Direito estabelecido constitucionalmente. É nesse diapasão que tal princípio deve ser entendido.

3. A garantia constitucional ao acesso à justiça

A expressão “acesso à justiça” tem um significado e uma idéia que variam no tempo. O instituto sofreu influências de natureza política, religiosa, sociológica, filosófica e histórica, traduzindo a evolução da luta do cidadão pela afirmação de seus direitos fundamentais.

Inicialmente⁶, como norma escrita, tal garantia foi prevista no Código de Hamurabi no período antigo, ao menos teoricamente: “assegurava proteção às viúvas e aos órfãos e, ainda, incentivava o homem oprimido a procurar a instância judicial – o soberano – para que este resolvesse a questão”⁷ (CARNEIRO, 2000, p. 3). No auge da democracia grega, todos os cidadãos poderiam acionar a justiça e o acesso era amplo e quase irrestrito. Porém, frisa-se que, então, o número de cidadãos era muito menor em relação à totalidade das pessoas. Foi também Atenas, segundo

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, o berço da assistência judiciária aos pobres. Lá, anualmente, eram nomeados dez advogados para prestar assistência jurídica às pessoas consideradas na época como carentes.

No período medieval, séculos IV e V, até o começo do pensamento moderno, nos séculos XV e XVI, predominou o cristianismo, que trouxe forte concepção religiosa ao direito, fazendo nascer a concepção de que o homem justo fosse julgado pela sua fé. Nesse período, a influência da religião e do pensamento religioso sobre a filosofia e o direito foi marcante. “Os ordálios ou juízos de Deus (provas de água, de fogo, duelos) constituíam a fonte primária de julgamento. [...] Talvez isto não significasse acesso à justiça, [...] mas certamente significava acesso a um julgamento, tido como justo pelo grupo social”. (CARNEIRO, 2000. p. 13)

De 1712 a 1778, no apogeu do período moderno, a natureza humana passou a ser considerada a fonte do direito natural, com o que houve uma evolução da concepção patrimonialista do Direito para uma visão humanista e racionalista. Nessa época, em virtude dos vários processos revolucionários, como a Revolução Gloriosa de 1689, a Revolução Inglesa e, finalmente, a Revolução Francesa, ocorreu a universalização dos direitos do homem. A partir da revolução burguesa, com a separação dos poderes, foi limitado o poder do Estado. Havia a concepção do princípio da legalidade de forma individualista; protegiam-se a propriedade e a autonomia privada a partir de uma previsão utópica da igualdade formal, o que, em tese, deveria também assegurar um igual acesso à justiça. Contudo, a realidade era bastante diversa. A partir do poder soberano de manter sob sua potestade um grupo num território, criou-se um novo conceito de Estado Nacional, que resultaria, mais tarde, na criação da Constituição.

Houve, a partir da metade do século XIX, uma série de conquistas sociais que fizeram emergir uma nova disputa entre burguesia e proletariado. Desse modo, no âmbito trabalhista, surgiu a discussão sobre o significado do acesso à justiça, o que projetou no plano teórico da justiça uma concepção voltada ao valor do homem.

Atualmente, com o surgimento de novos meios de comunicação e das conquistas trabalhistas, formam-se novos movimentos sociais das mais variadas segmentações, o que resulta na luta pela efetivação das garantias abarcadas pelo ordenamento jurídico e na discussão do real significado do acesso à justiça. Assim, acaloram-se os debates acerca de questões que envolvem celeridade processual e efetivação da justiça e de questões ligadas diretamente com a pessoa, como a proteção à dignidade e à justiça de forma ampla.

Entretanto, foi através da garantia do acesso à justiça que todo o cidadão passou a ter o direito de buscar a defesa dos seus direitos individuais. Evidencia-se tal garantia na redação do inciso XXXV, entre outros, do art. 5º da Constituição Federal de 1988: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Como bem referencia Araken de Assis (In CRUZ E TUCCI, 1999, p. 9), o Estado, ao proibir aos cidadãos resolverem por si suas contendas, avocou a si o poder de resolver os conflitos de interesses inerentes à vida social e, correlatamente, adquiriu o dever de prestar certo serviço público, que é a jurisdição. O autor, remetendo à doutrina de Augusto Tavares Rosa Marcacini (1996, p. 31), esclarece a distinção de três institutos: a) a assistência jurídica integral, que compreende a consulta e a orientação extrajudiciais, representação em juízo e gratuidade do respectivo processo; b) a assistência judiciária, ou seja, o

serviço público organizado, consistente na defesa em juízo do assistido, que deve ser oferecido pelo Estado, mas que pode ser desempenhado por entidades não estatais, conveniadas ou não com o poder público; c) a gratuidade da justiça, que envolve a gratuidade de todas as custas e despesas, judiciais ou não, relativas a atos necessários ao desenvolvimento do processo e à defesa dos direitos do beneficiário em juízo, objeto da Lei 1.060, de 05.02.1950, e alterações posteriores.

O acesso à justiça, entretanto, não se resume ao acesso ao processo. Nessa perspectiva, decorrem normas constituidoras de direitos e de garantias fundamentais não só do inciso citado, mas de outros, tais como nas normas que garantem indenização pela violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas; a necessidade de pressupostos de flagrante delito e de ordem judicial para prisão ou violação do lar e as garantias do devido processo legal e da legítima defesa.

Ao dissertar sobre a diferenciação entre “direitos naturais”, “direitos fundamentais”, “direitos do homem” e “direitos do cidadão”, Bezerra leciona que, quando se pensa em justiça, não se está apenas querendo observar o aspecto formal da justiça nem seu caráter processual. O acesso à justiça é um direito natural, um valor inerente ao homem por sua própria natureza, e a sede de justiça que angustia o ser humano tem raízes fincadas na teoria do direito natural⁸.

Outrossim, no sentido de direito fundamental, previsto pela Constituição e pela legislação infraconstitucional, o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes acesso à justiça formal e material. Cappelletti e Garth (1988, p. 8) esclarecem que o acesso à justiça formal não corresponde a uma igualdade efetiva, mas apenas formal. O acesso à justiça deve ser real-

mente alcançado a todos, igualmente.

Para John Rawls (1981, p. 97), a equitativa igualdade de oportunidades, associada ao princípio da diferença, é um modo justo de arrostar a arbitrariedade da natureza, de modo que as instituições que aceitam essa teoria tornam-se justas.

Lembram ainda Cappelletti e Garth (1988, p. 9) que a justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; para aqueles que não pudessem fazê-lo, restava serem considerados os únicos responsáveis por sua sorte.

No entender de Benedito Espanha (1986, p. 82), como o processo apresentase como meio de se administrar a justiça e de se garantir a ordem constitucional, deve ser alcançado a todos os cidadãos. O processo é uma instituição jurídica do Estado, um instrumento público, hábil e técnico, de composição do litígio jurídico pela função jurisdicional do Estado, que, por conseguinte, tem o dever, dentro dos limites de respeito ao poder jurídico e de liberdade de agir das partes e dentro dos limites de formalismo do Direito Positivo, de manter incólume o direito de cada um.

Benedito Hespanha (1986, p. 154 e ss) esclarece ainda que justiça é um sentimento jurídico interior que se projeta para o exterior. A justiça interior não passa de justiça subjetiva; a justiça exterior é a justiça objetiva. A primeira é um ideal universal, sem o qual a vida da relação não teria finalidade; e por ser um ideal a que se aspira e, portanto, inatingível, de certa forma é alcançada por meio da justiça objetiva, que, na realidade prática, é a meta-valor do Direito de qualquer sociedade. Por isso, a justiça social é bem ou valor supremo almejado pelo Direito, a qual consiste em estar ao serviço do bem comum. No entendimento de Recásens Siches, a noção de

justiça vem sempre ligada à de igualdade, “a balança de pratos nivelados”. (1936, p. 289)

A problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais. O acesso não se identifica com a mera admissão ao processo, ou a possibilidade de ingresso em juízo (DINAMARCO; CINTRA; GRINOVER, 1998, p.33), ou seja, não se trata, apenas, de possibilitar o acesso, mas esse acesso deve ser qualificado, possibilitando que os cidadãos se defendam adequadamente. De fato, como afirmam Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 10 e ss), o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, mas, também, o ponto central da moderna processualística, cujo estudo pressupõe um alargamento e um aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.

É o entendimento também de José Rogério Cruz e Tucci (1999, p. 9), que, ao discorrer sobre as dilações indevidas no processo, afirma não bastar que se assegure o acesso aos tribunais e, conseqüentemente, o direito ao processo; delinea-se inafastável, também, a absoluta regularidade desse direito ao processo, com a verificação efetiva de todas as garantias resguardadas ao consumidor da justiça e dentro de um tempo justo para a consecução do escopo que lhe é reservado.

A Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece, em seu art. 6º, parágrafo 1º, que a justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitas pessoas, uma justiça inacessível:

“Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale deciderà sia delle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che le venga rivolta. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l’accesso alla sala d’udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell’interesse della morale, dell’ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità può pregiudicare gli interessi della giustizia”⁹.

Nessa perspectiva, os Juizados Especiais são considerados um notável meio de acesso à justiça. Todavia, um acesso somente quantitativo, não qualitativo; um procedimento, do ponto de vista constitucional, especial para o cidadão comum, diferenciado dos demais.

A Defensoria Pública também traduz um exemplo de efetivação dessa garantia. Além de propiciar o acesso à justiça por meio da assistência jurídica para quem comprova insuficiência de recursos para tanto, também efetiva a garantia de assistência judiciária.

De outra banda, como bem observa Bezerra ao discorrer sobre o acesso à justiça numa visão sociológica, o processo tem, sobretudo, função política no Estado social. Por isso, deve ser organizado, entendido e aplicado como instrumento de garantia constitucional, assegurando a todos pleno acesso à tutela jurisdicional, como uma das vias de acesso à justiça que há de se manifestar sempre como atributo de uma tutela justa.

O fenômeno do acesso à justiça deve ser compreendido em sua totalidade. O uso equivocado do sentido de acesso à justiça através de uma única visão possível, a saber a via judicial, é fruto de preconceito fortemente arraigado (2001, p. 188). Nesse sentido é a interpretação da Lei dos Juizados Especiais Cíveis para alguns doutrinadores¹⁰, posição da qual se discorda. O acesso à justiça não pode simplesmente ser alcançado aos cidadãos através do acesso a uma ação, sem que lhe seja assegurado um procedimento adequado, de acordo com os ditames constitucionais, ou seja, conforme as garantias necessárias para que, por exemplo, as partes possam defender-se e produzir provas para influenciar o livre convencimento do juiz.

Quando o acesso à justiça é negado a determinados segmentos da sociedade, obviamente os mais pobres, a comunidade cria meios específicos de solução de seus conflitos e de satisfação de seus direitos. Essa prática reiterada cria um direito não oficial, paralelo, como acontece com as relações estabelecidas no interior das favelas. (2001, p. 105)

Ao contrário do que várias decisões judiciais¹¹ demonstram, o acesso à justiça, além de ser um direito supraconstitucional, não se concretiza somente com a dispensa de custas (assistência judiciária) e assistência advocatícia (assistência jurídica), como se verifica na maioria dos juízos. Para que o acesso à justiça não seja meramente formal, o que seria pensar numa perspectiva leiga, deve ir ao encontro dos direitos já consagrados nas leis e, em especial, na Constituição Federal. Como afirmam Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 12), a garantia ao acesso à justiça é o mais básico dos direitos humanos; é requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda, efetivamente, garantir, não apenas proclamar, os direitos de todos.

Outrossim, numa perspectiva técnico-jurídica¹², o acesso à justiça, em seu sentido formal, deve oferecer a mais ampla admissão de pessoas e de causas ao processo (universalidade da jurisdição), bem como garantir a todos a obediência ao devido processo legal e à legítima defesa, assim como possibilitar intensa participação na formação do convencimento do juiz que julga a causa.

Para a efetividade do processo, como comentam Dinamarco, Cintra e Grinover (1998, p. 33), assim cumprindo sua missão social de eliminar conflitos e de fazer justiça, é preciso tomar consciência dos escopos motivadores de todo sistema, tais como: a) a admissão ao processo (ingresso em juízo), eliminando-se as dificuldades econômicas que impeçam ou desanimem as pessoas; b) o modo-de-ser do processo (observação do devido processo legal); c) a justiça das decisões (critérios justos de apreciação de provas, enquadramento dos fatos em normas jurídicas); d) a utilidade das decisões (dando a quem tem direito tudo e precisamente aquilo que tem direito de obter).

Acesso à justiça não significa, simplesmente, acesso ao Poder Judiciário, ou uma mera disponibilidade ao cidadão de um instrumento processual; implica, necessariamente, um procedimento que atenda ao devido processo legal. Somente a partir desse princípio fundamental é que se efetivarão os demais princípios constitucionais processuais, tanto no aspecto procedimental – perante o Judiciário – como no substancial – perante o Executivo e o Legislativo. Disso se infere que não haverá justiça se não houver respeito às garantias constitucionais processuais do cidadão em juízo.

Conclusão

O Poder Judiciário brasileiro tem sido alvo de críticas pela sua morosidade

processual, por apresentar custos altos e um sistema jurídico burocrático. É evidente, pois, que se necessita de mecanismos que conduzam ao “desafogo dos tribunais superiores” e a um rápido e célere acesso à justiça ao alcance do cidadão. Não se pode, entretanto, em nome de uma demanda processual quantitativa, renegar um processo justo, conforme os ditames constitucionais. A efetividade meramente instrumental não conduz a um efetivo acesso à justiça.

O processo e a garantia de seus predicamentos aparecem como instrumento de atuação da justiça, sendo o devido processo legal meio de efetivação do acesso à justiça, ambos alçados ao nível de direito fundamental. Entretanto, com tal afirmação não se quer apenas vislumbrar o aspecto formal do acesso à justiça, que, como já visto, também significa a garantia dos direitos fundamentais. Não basta a garantia do acesso à justiça compreendida apenas como ingresso do pleito frente ao Judiciário, mas, sim, deve este acesso ser qualitativo, ou seja, deve efetivar o direito processual e material legitimando o exercício da função jurisdicional, atendendo ao devido processo legal, garantia esta que assegura um procedimento adequado com determinados postulados constitucionais.

Hoje não se estuda mais a disciplina de processo em sua esfera fechada, mas faz-se uma interpretação sistemática do Direito, ou seja, interpreta-se o processo de acordo com os institutos constitucionais que o regem. Com esse direcionamento, evolui o entendimento de processo como instrumento técnico, ou seja, o processo também passa a ser entendido como meio de efetivação das garantias constitucionais.

Nesse sentido, surge também a concepção contemporânea do acesso à justiça e do devido processo legal, que são prolongamentos da ordem constitucional com

o escopo de guiar a criação e a regulamentação das leis processuais.

Qualquer processo judicial deve efetivar o devido processo legal, deve traduzir o acesso à justiça, não como um mero acesso ao Poder Judiciário, mas como um acesso ao justo processo, sem entraves nem delongas, proporcionando a solução dos conflitos e efetivando as garantias das partes. O acesso à justiça, como já tratado, não se confunde nem se exaure com a possibilidade de o cidadão levar sua pretensão ao Judiciário, mas significa a efetiva oportunidade de proteção judiciária, mediante o justo processo e à concretização das garantias do cidadão em juízo.

Assim, resta que, no novo século, o direito processual seja entendido como instrumento para a preservação da ordem constitucional, efetivando os direitos fundamentais, pois só haverá processo justo se esse for compreendido através dos ditames constitucionais.

REFERÊNCIAS

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- ASSIS, Araken. Garantia de acesso à justiça: benefício da gratuidade. In: CRUZ E TUCCI, (Org.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999.
- AVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 215, jan./mar.1999.
- _____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BEZERRA, Paulo César Santos. *Acesso à justiça*. Um problema ético-social no plano da realização do direito. São Paulo: Renovar, 2001.
- BRASIL. Supremo Tribunal Superior. Ação direta de inconstitucionalidade, nº 293-7/600. Relator: Celso Mello. In: *Revista dos Tribunais*, n. 700, maio., 1994.

- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- CARAM JÚNIOR, Moacyr. *O julgamento antecipado da lide, o direito à ampla defesa e ao contraditório*. Curitiba: Juarez de Oliveira, 2001.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: RT, 1998.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed (póstuma). Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1993.
- _____. *Estudios de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1979. t. III.
- CRUZ E TUCCI, (Org.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: CRUZ E TUCCI (Org.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999.
- DANTAS, Ivo. *Constituição & processo*. Introdução ao direito processual constitucional. Curitiba: Juruá, 2003. v. 1.
- DINAMARCO, Cândido Range. Reflexões sobre direito e processo. *Arquivos do Ministério da Justiça* Brasília, ano XXIX, n. 117, mar. 1971.
- _____. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo constitucional em marcha e as garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Max Limonad, 1985.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.
- HESPANHA, Benedito. *Tratado de teoria do processo*. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1986.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- KELSEN, Hans. *La giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè Editore, 1981.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Problemi del processo civile*. Milão: Morano, 1962.
- LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantias do tratamento paritário das partes. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Org.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999.
- MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Lisboa: Coimbra Ed., 1981. v. 1, t. II.
- NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2002.
- PASSOS, J.J. Calmon de. *O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição*. São Paulo: Saraiva, 1981.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Vamirech Chacon. Brasília: Ed. UnB, 1981.
- RECÁSENS SICHES, Luís. *Estudios de filosofia del derecho*. Barcelona: Bosch, 1936.
- ROCHA, José de Albuquerque Rocha. *Teoria geral do processo*. 5. ed., rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2001.
- TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. A garantia do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no direito processual civil. *Revista dos Tribunais*, n. 665, mar. 1991.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo*. Regramentos e garantias constitucionais do processo. São Paulo: Saraiva, 1989.

NOTAS

¹ Nesse sentido, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Adin 293-7/600, rel. Min. Celso Mello, 1994.

² Existe, na doutrina, vasta divergência conceitual em torno das expressões “direito constitucional processual” e “direito processual constitucional”. Por um lado, significam as normas constitucionais que visam à garantia processual da própria constituição e, por outro, de garantias constitucionais em relação ao processo. José de Albuquerque Rocha observa que “a) os que usam a expressão ‘direito constitucional processual’ fazem-no por entenderem ser esta disciplina constituída de normas constitucionais que consagram princípios processuais. O direito constitucional processual é assim um conjunto de normas constitucionais fixadoras de princípios sobre o processo; b) por sua vez, os que optam pela expressão ‘direito processual constitucional’ fazem-no por entenderem o mesmo constituído de normas processuais embutidas na Constituição. O direito processual constitucional é assim composto substancialmente de normas de natureza processual, embora formalmente inseridas na Lei Fundamental” (2001, p.57). Entretanto, Ivo Dantas, ao comentar os ensinamentos de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (texto enviado por e-mail ao referido autor), escreve que “não se pode levar tão a sério a distinção entre um Direito Constitucional Processual e um Direito Processual Constitucional a ponto de se chegar a distinguir o que deva estar intimamente relacionado, Processo e Constituição. Ainda que se admita a existência de um Processo Constitucional, enquanto disciplina a congrega o estudo de instrumentos especiais e complementares de garantia, no Brasil, qualquer processo é constitucional, quer em razão de sua estrutura e de seus fundamentos, que pelo fato de garantir as condições institucionais para a problematização e para a resolução de questões constitucionais subjacentes às situações concretas de aplicação do Direito Penal, Civil, Comercial, Administrativo, Tributário etc...” (2003. v. 1, p. 119). Diante do exposto, as expressões “direito constitucional processual” e/ou “direito processual constitucional” querem significar, na presente pesquisa, a interligação existente entre a Constituição e o Processo; as normas processuais, além de serem

editadas de acordo com o modelo de Constituição adotado numa determinada sociedade, devem ser interpretadas à luz da Constituição, respeitando-se as garantias constitucionais do cidadão no processo.

³ Tradução: a) a Constituição pressupõe a existência de um processo como garantia da pessoa humana; b) a lei, no desenvolvimento normativo hierárquico de preceitos, deve instituir esse processo; c) pois a lei não pode instituir formas que fazem ilusória concepção do processo consagrada na Constituição; d) se a lei instituiu uma forma de processo que privou o indivíduo de uma razoável oportunidade para fazer valer seu direito, é inconstitucional; e) nessas condições, devem entrar no jogo os meios de impugnação que a ordem jurídica local instituiu para fazer efetivo o controle da constitucionalidade das leis. (Tradução nossa).

⁴ Humberto Bergmann Ávila afirma que proporcionalidade e razoabilidade são *postulados normativos aplicativos* (p.82). *Postulados normativos* são normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação dos princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos (bens, interesses, valores, direitos, princípios, razões) com base em critérios. (p.120). Entretanto, além de haver a harmonização entre elementos, exige-se a proibição do excesso, que estabelece que a realização de um elemento não pode resultar na aniquilação de outro. Humberto cita dois tipos de postulados normativos: os *postulados inespecíficos (ou incondicionais)*, os quais se constituem em meras idéias gerais, despidas de critérios orientadores da aplicação; e os *postulados específicos (ou condicionais)*, os quais são relacionados a elementos com espécies determinadas, como exemplo, os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade (p.85). “O *postulado da razoabilidade* aplica-se, primeiro, como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte

empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas”. “*O postulado da proporcionalidade aplica-se nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim concretamente perceptível. A exigência de realização de vários fins, todos constitucionalmente legitimados, implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito*” (p.121).

⁵ Na visão de Maria Rosynete Oliveira Lima, com arrimo em EMILIOU, Nicholas (*The principle of proportionality in european law, London, Kluwer Law international, 1996. p. 39*), a proporcionalidade diz respeito a uma comparação entre duas variáveis: meio e fim, de acordo com padrões de adequação, necessidade e proporcionalidade *strictu sensu*, os quais proporcionam uma avaliação objetiva entre as ferramentas utilizadas e os fins perseguidos pelo ato. Enquanto a proporcionalidade trabalha com componentes objetivos, na razoabilidade as variáveis são subjetivas, englobam todas as circunstâncias do caso. A razoabilidade não tem como requisito uma relação entre dois ou mais elementos, mas representa um padrão de avaliação geral. (1999, p. 282).

⁶ A evolução histórica apresentada a seguir tem por base, entre outras, a doutrina de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (2000) e a doutrina de José Carlos Moreira Alves (1999).

⁷ O autor ainda refere que o Código de Hamurabi continha o texto: “Em minha sabedoria eu os refiro para que o forte não oprima o fraco e para que seja feita justiça à viúva e ao órfão. Que cada homem oprimido compareça diante de mim, como rei que sou da justiça. Deixai ler a inscrição do meu monumento. Deixai-o atentar nas minhas ponderadas palavras. E possa o meu monumento iluminá-lo quanto à causa que traz e possa ele compreender o seu caso”.

⁸ Na concepção de Bezerra, os “direitos naturais”, como o nome indica, são inerentes ao indivíduo e anteriores a qualquer contrato social, conferidos pela própria natureza do homem; os “direitos do homem” atendem ao caráter universal dos direitos naturais, válidos para todos os povos e em todos os tempos; “direitos do ci-

dadão” são aqueles que os franceses elevaram ao nível constitucional, previstos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão; os “direitos fundamentais” são os direitos do homem jurídico, institucionalmente garantidos e limitados no espaço e tempo. (2001, p.114)

⁹ A Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais conta, atualmente, com a ratificação de 43 países, sendo que a Rússia (05.05.1998), a Geórgia (20.05.1999), o Azerbaijão (15.04.2002) e a Armênia (26.04.2002) foram os últimos quatro países a apoiarem. Disponível em <http://www.dirittiuomo.it/Convenzione/convenzione2.htm>. Acesso em: 21 out. 2003: Toda pessoa tem direito que sua causa seja examinada equitativa e publicamente, dentro de um tempo razoável e de um tribunal independente e imparcial, estabelecido por lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiência pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo no interesse da moral, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando assim exigem os interesses dos menores ou a proteção da vida privada das partes no processo, ou na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando em circunstâncias especiais a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça. (Tradução nossa).

¹⁰ V. CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: RT, 1998.

¹¹ V. RIO GRANDE DO SUL. Extinto Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul. Processo nº 190021428 de 19/04/90, Processo nº 190009365 de 19/04/90, Processo nº 1900033118 de 10/04/90.

¹² Para Bezerra, o acesso à justiça pode ser analisado em diversos aspectos, em várias perspectivas: “De fato, o estudo do acesso à justiça terá conotações diferenciadas, conforme seja feito por um leigo, um jurista dogmático, um sociólogo, um filósofo ou um político”. (2001, p.124)

DIREITO POSITIVO, CONSTITUIÇÃO E VINCULAÇÃO DO JURISTA

POSITIVE LAW, CONSTITUTION AND JURIST ENTAILING

ANDREA NÁRRIMAN CEZNE*

IGOR ANDREI CEZNE**

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: Este trabalho visa discutir a definição de direito positivo, e as relações entre o jurista, o direito ordinário e a Constituição nesse contexto. Embora uma pesquisa histórica sobre o termo ‘direito positivo’ mostre que este tem suas origens na oposição clássica entre direito natural – direito positivo, e no movimento para a unificação das fontes do direito, somente estas razões não explicam todas as significações que ‘direito positivo’ tem atualmente. Este artigo tenta definir o termo ‘direito positivo’ em seus diversos significados, procurando por uma definição instrumental, que necessariamente reflita o direito positivo atualmente como um conceito em evolução. Após definir direito positivo, discute-se a ligação formada a partir do jurista como intérprete do direito, e os limites desta interpretação, investigando como o vínculo entre o jurista e o direito é criado, e em que senso essa relação com o direito positivo obriga o jurista. O direito positivo passa a ser visto como um vínculo substancial para o jurista, como a leal execução de um ‘pacto social fundamental’, que não se esgota no texto escrito, mas é continuamente reconstruído através da interpretação pelos atores sociais. Este pacto social é a própria Constituição, como documento fundamental e fundador do sistema jurídico. Ressalta-se aqui o contraste entre o plano do direito codificado, mais fechado à interpretação, e o plano constitucional, no qual se exprimem a sociedade e os seus valores, não restritos somente à interpretação do direito pelo Estado.

Palavras-chave: Direito positivo. Positivização do direito. Constituição. Interpretação. Papel do jurista.

Abstract: This paper intends to discuss the definition of positive law, and the relations between the jurist, ordinary law and Constitution in this context. Although an historical survey on the definitions of “positive law” shows that the term has its origins on the classical opposition with the “natural law” and in the movement to unify the law sources, only these reasons are not enough to explain all the signification that “positive law” has nowadays. This paper tries to define the “positive law” term according to its several meanings, searching for a instrumental definition that necessarily reflects the current concept in evolution. After defining positive law, this paper discuss the link formed as the jurist is a interpret of law, and the limits to this interpretation, investigating how this link is created, and also in which sense this relation with positive law oblige the jurist. Indeed, positive law becomes a substantial concept for the jurist, as for example the execution of a ‘fundamental social pact’, which doesn’t limit to the written text, but its continuously being rebuilt by the social actors’ interpretation. This social pact is the Constitution itself, which represents the founding document of the law system. Hence, in this paper we emphasize the contrast between the codified law plan, essentially rigid in its interpretations, and the constitutional plan, in which the society and its values express themselves, not restricted by the law interpretation provided by the State.

Key Words: Positive law. Positivation process. Constitution. Interpretation. Jurist role.

* Doutoranda junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (PPGD - UFRGS). Professora do Centro Universitário Franciscano – UNIFRA (Santa Maria, RS).

**Advogado em Santa Maria (RS).

Introdução

Este trabalho visa discutir as questões relacionadas ao conceito de Direito Positivo, suas raízes históricas, demonstrando a evolução no conceito, bem como a espécie de vínculo que une o jurista ao Direito Positivo, modificadas atualmente pelo influxo constitucional. Nesta perspectiva, inicialmente procurou-se examinar os conceitos colocados pelo Positivismo Jurídico, que se pode dizer ser a matriz teórica no qual a conceituação de Direito Positivo, sua delimitação e a defesa de sua relevância sobre quaisquer outras fontes de Direito foram magistralmente defendidos.

A relação do jurista a partir de uma visão de positivação diversa da visão apresentada por essa matriz positiva, ligada necessariamente ao poder do Estado, ressalta o papel criador e reconstrutor de sentido do jurista, como partícipe essencial do processo. O aspecto da interpretação do direito positivo ganha, nesse sentido, novo significado a partir do influxo do direito constitucional. O trabalho visa apresentar um histórico dessas conceituações, e as novas possibilidades apresentadas a partir da Constituição como eixo hermenêutico do processo, influenciando o jurista na aplicação e reconstrução do direito positivo ordinário.

1. Contexto Histórico e Conceituação

A positivação do Direito, conjuntamente ao processo de monopolização das fontes jurídicas no Estado Moderno, através do qual o direito positivo absorveu todo o campo do que é considerado fenômeno jurídico, são tão presentes na mentalidade dos juristas contemporâneos, que é difícil conceber outros conceitos de direito não ligados exclusivamente ao fenômeno da positivação do direito pelo Estado. Entretanto, este fenômeno construiu-se histo-

ricamente, e antes da formação do Estado Moderno, não havia monopólio estatal da produção normativa, mas uma pluralidade de fontes. Essa característica da sociedade medieval, na qual a fonte normativa era a própria sociedade civil, somente foi modificada através da centralização política e jurídica realizada na Modernidade, em um processo que se cristalizou somente no Estado Contemporâneo. Neste sentido, Bobbio ensina (1995, p. 26-27):

“A sociedade medieval era uma sociedade pluralista, posto ser constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais cada um dos quais dispoendo de um ordenamento jurídico próprio: o direito aí se apresentava como um fenômeno social, produzido não só pelo Estado, mas pela sociedade civil. Com a formação do Estado moderno, ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. Assiste-se, assim, aquilo que em outro curso chamaremos de processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado.

A esta passagem no modo de formação do direito corresponde uma mudança no modo de conceber as categorias do próprio direito. Estamos atualmente tão habituados a considerar Direito e Estado como a mesma coisa que temos uma certa dificuldade em conceber o direito posto não pelo Estado mas pela sociedade civil. E, contudo, originalmente e por um longo tempo o direito não era posto pelo Estado: basta pensar nas normas consuetudinárias e em seu modo de formação, devido a um tipo de consenso manifestado pelo povo

através de um certo comportamento constante e uniforme acompanhado da assim chamada ‘*opinio juris ac necessitatis*’”.

Conforme destaca Matteucci, o papel relevante que assume o poder legislativo, entre o Medieval e a Idade Moderna, ressaltando a atividade legislativa através de uma concepção voluntarista e decisionista de direito (através do qual a autoridade passa a representar a base da produção normativa) vem a afrontar a concepção medieval de atividade legislativa como simplesmente o dizer o direito, no sentido de acordo e integração entre normas consuetudinárias. Esse processo acirra o conflito entre o princípio e os estamentos, definindo-se o Estado Moderno entre outros elementos a partir de sua soberania, ou seja, o poder de fazer e desfazer leis. Essa característica vai se desenvolver através do Estado Absoluto, que realiza um monopólio de forças em três níveis: jurídico, político e sociológico. A respeito do monopólio jurídico, Matteucci (1998, p. 33) expõe: “(..) con la afirmación del concepto de soberanía que confía al Estado el monopolio de la producción de las normas jurídicas, por lo que no existe un derecho vigente por encima del Estado que pueda limitar su voluntad.”

O processo de formação do Estado, e a normalização da categoria do direito positivo como única fonte juridicamente positiva, através do processo supra exposto, ainda estão presentes no Estado Contemporâneo e na formação dos seus juristas. Obviamente, aqueles conceitos originalmente construídos, tanto sobre a estabilidade do Direito Positivo, processo que atingiu seu ápice com as codificações, quanto a respeito da interpretação do Direito, colocando-a como mera explicitação do que já estava contido na lei, e fundamentalmente a pretensão de um Direito apartado de outras considerações que não as puramente lógico-normativas, em uma tentativa de reali-

zar uma ‘purificação do Direito’, são idéias já modificadas no mundo de hoje, pela sua inadequação em responder a demandas de uma sociedade complexa, pluralista e globalizada. A necessidade de contínuas adaptações e modificações traz novos desafios para o campo jurídico, levando-se a afirmar que o excesso de produção normativa do Estado trouxe mais problemas do que soluções no presente contexto. O direito positivo como técnica de estabilização das relações jurídicas e, portanto, de realização da segurança jurídica encontra enormes dificuldades porque tenta estabilizar relações que pela sua natureza, são instáveis. Conforme ZACCARIA (‘*Presentazione*’, 1991, p. VII e VIII):

“Oggi invece non soltanto la cultura giuridica non presenta più l’altro grado di omogeneità di un tempo, ma ciò che abitualmente si chiama ‘diritto positivo’ è caratterizzato da un’estrema mutevolezza di contenuti e da scarsissima univocità dei significati normativi.(..) Può valere oggi un diritto che ieri non valeva e che, probabilmente, domani non varrà: in tal modo l’era della continua modificazione del diritto, della sua radicale contingenza è paradossalmente caratterizzata dallo smarrimento dell’originario carattere di razionalità della volontà giuridica e dal prevalere della labilità e dell’opportunismo. L’esito ultimo di quel processo di positivizzazione che è presupposto e insieme acquisto della società moderna è insomma una crescente difficoltà ad esercitare il proprio compito stabilizzatore di relazione di per sé instabili.”

Não se pode esquecer que a noção de Direito Positivo colocado como fonte primeira depende essencialmente do conceito de soberania estatal, conforme supra exposto. O contexto do fim do século XX colocou o Estado (e sua soberania) em posição de questionamento e mesmo de en-

fraquecimento, pela internacionalização da economia, formação e fortalecimento de blocos econômicos e ressurgimento de pretensões separatistas de cunho regional. Portanto, o Estado-nação encontra desafios nos planos intra-estatal e supra-estatal, embora não se vislumbre possibilidade de se perder este ente como base da organização sócio-política e jurídica. Entretanto, neste processo o conceito de monopólio da produção jurídica é questionado, pois se há de conviver com múltiplos ordenamentos, advindos destes organismos supra-estatais, questionando-se a cogência das normas estatais sobre certas situações que ultrapassam as fronteiras do Estado-nação. Veja-se, a exemplo, a dificuldade de regular o fluxo do capital financeiro e os crimes via Internet. Precisa-se de novas formas de ordenação, através da colaboração interestatal e de órgãos supra-estatais com poder de cogência. Neste sentido, colocam-se novos desafios ao Direito, e ao Direito Positivo como técnica, pelo que se afigura importante o estudo e a revisão deste arsenal teórico, que é objetivo deste trabalho.

A origem da expressão direito positivo é encontrada inicialmente como contraposição à expressão direito natural, como o direito criado pelo homem. Era relevante porque na época o Direito tinha uma significação múltipla, relativa às diversas formas de produção e aplicação atribuídas à sua substância operante (FROSINI, 1969). Esta é uma forma de definição que predominou até o fim do século XVIII, e colocavam-se os direitos natural e positivo essencialmente em planos diferentes, considerando-se, portanto como espécies diversas, por vezes uma superior à outra. Esta distinção conceitual, conforme Bobbio (1995, p.15) ensina, já se encontra na Antiguidade Clássica, embora a expressão “direito positivo” seja mais recente, aparecendo primeiramente nos textos latinos

medievais. A distinção conceitual feita por Aristóteles opõe o direito positivo, chamado ‘direito legal’ (nomikón díkaion) e o direito natural (physikón) a partir dos seguintes critérios: a universalidade do direito natural oposta à particularidade do direito positivo, válido apenas nas comunidades políticas onde é posto; e o objeto de regulação dos dois direitos, os comportamentos a que ele se dirige: comportamentos bons ou maus objetivamente (regulados pelo direito natural) e comportamentos indiferentes que assumem uma qualificação quando prescritos pela lei (regulados pelo direito positivo). Estes dois critérios aparecerão posteriormente na obra de outros autores, como Grocius.

A dicotomia aparece também no direito romano, distinguindo-se o direito natural (incluindo aí o jus gentium) e o direito positivo, correspondendo a este o jus civile. O jus gentium refere-se à natureza e o jus civile às estatuições do populus (Bobbio, 1995, p. 18), colocando como critérios: a universalidade/ particularidade (já referido), a fonte do direito – a natureza e as instituições políticas e a temporalidade – mutabilidade do direito positivo e imutabilidade do direito natural. Também aparece, em outra definição apresentada no Digesto (um fragmento de Paulo), um critério de valoração das ações: o direito natural estabelecendo aquilo que é bom (critério moral) e o direito civil aquilo que é útil (critério econômico).

Na época clássica o direito natural não era considerado um direito superior ao positivo: o direito natural era concebido como direito comum e o positivo como direito especial ou particular da civitas. Prevalecendo o direito particular sobre o geral, o direito positivo poderia prevalecer sobre o natural em caso de conflito entre ambos (Bobbio, 1995, p. 25).

Já no período medieval, modifica-se a situação, estabelecendo-se uma relação

hierárquica entre o direito natural e o direito positivo: “o direito natural é considerado superior ao positivo, posto seja o primeiro visto não mais como simples direito comum, mas como norma fundada na própria vontade de Deus”. (BOBBIO, 1995, p. 25) Segundo Matteucci (1998, p. 38), o direito natural é algo vago, ao mesmo tempo relacionado com o direito divino, e por outro lado imanente aos próprios costumes, validando-os. Encontra-se nesta concepção a superioridade do direito natural sobre o positivo, que sobreviveu no pensamento jusnaturalista.

Voltando à origem histórica do termo *jus positivum*, as pesquisas indicam como primeiro pensador a utilizá-la Abelardo, em fins do século XI. Define o direito positivo essencialmente pelo seu critério de origem, o direito posto pelos homens, opondo-se ao direito posto por algo que está além destes homens, como Deus ou a natureza. Esta última definição metafísica do Direito Natural encontra-se presente em todos os escritores medievais e no jusnaturalismo racionalista.

Dentre as definições de direito natural e direito positivo do Jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII, a definição mais célebre considerada pelo autor é a de Grocius (BOBBIO, 1995, p. 20-21), na qual se destaca como critério a origem do direito: o direito positivo (civil) como derivado do poder civil, que é posto pelo Estado. Um novo critério é colocado pela definição de Glück, em seu *Commentario alle Pandette* (BOBBIO, 1995, p. 21): o modo como se conhece o direito – o direito natural através da razão e o direito positivo através de uma declaração de vontade alheia, a vontade do legislador. Observe-se que todas as definições colocam a coexistência dos dois direitos. A exclusão do direito natural como espécie de direito ocorreu posteriormente, principalmente através do positivismo ju-

rídico, que reduz todo o direito somente ao direito positivo, considerado o direito em sentido próprio.

A crítica ao direito natural pressupôs uma crítica à filosofia jusnaturalista, que baseava esta concepção. Esta “dessacralização” do Direito Natural ocorreu no contexto da crítica anti-racionalista realizada pelo historicismo, movimento que surgiu e difundiu-se na Alemanha, entre fins do século XVIII e início do século XIX (Bobbio, 1995, p. 45). Como obra pioneira destaca-se o tratado de HUGO, “Tratado do direito natural como filosofia do direito positivo” (*Lehrbuch des Naturrechts als eine Philosophie des Positiven Rechts*, de 1798), de acordo com FROSINI (1969). Nesta obra, o direito natural vinha concebido como “uma filosofia do Direito Positivo”, ou seja, como uma consciência racional, uma elaboração conceitual e uma sistematização orgânica “daquilo que se pode dizer Direito no Estado”, como havia dito Hugo: com exclusão, portanto, de tudo quanto, com aparência pseudojurídica, não tivera aplicação na realidade dos ordenamentos estatais, que são determinados histórica e territorialmente. Portanto, o direito natural não é aqui considerado como um sistema normativo auto-suficiente. Esta crítica ao direito natural, como direito universal e imutável deduzido pela razão, pode ser considerada um pressuposto necessário para o positivismo jurídico. Entretanto, ao direito natural a Escola Histórica contrapõe o direito consuetudinário, como expressão imediata da realidade histórico-social.

O direito natural como doutrina teve ainda um período de grande florescimento doutrinário e prático nas concepções do Racionalismo do século XVIII. Apesar dos escritores teorizarem sobre a onipotência do legislador, ainda baseiam-se nos conceitos básicos da filosofia jusnaturalista, que teve grande influência na formação

das Constituições americana e das Constituições da Revolução Francesa (Bobbio, 1995, p. 42). Portanto, o Estado realmente se constitui baseando-se no estado de natureza e no contrato social, e mesmo na organização do Estado os homens ainda conservam certos direitos naturais fundamentais.

As conseqüências desta concepção manifestam-se naqueles espaços que o legislador deixou de regular: as lacunas da lei. Os autores dos séculos XVII e XVIII reconhecem a existência destas lacunas e afirmam que nestes casos o juiz deve decidir utilizando o direito natural. Esta função sub-rogatória é praticamente uma opinião comum entre os escritores desta época. Sobrevive até o período das codificações, e ainda propaga-se na própria codificação. Exemplo dessa situação trazido por Bobbio é o Artigo 7º do Código Austríaco de 1811, estabelecendo que sempre que um caso não puder ser decidido com base em disposição expressa de lei, nem por analogia, deve-se recorrer aos princípios de Direito Natural.

Até o próprio Código Napoleônico, considerado como início absoluto de uma nova tradição (baseada somente no direito positivo) passou a ser assim tratado em razão de seus primeiros intérpretes (a chamada 'Escola da Exegese', que será posteriormente referida), ao adotarem o princípio da onipotência do legislador, e não por obra dos redatores do próprio Código. Estes não excluíram a aplicação do direito anterior, dos costumes ou da equidade, conforme interpreta Bobbio (1995, p. 74-75), ao comentar a solução dada pelo artigo 4º do referido Código, aplicável aos casos de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei. Originalmente, este artigo intencionava deixar aberta a possibilidade de livre criação do direito por parte do juiz nessas situações. Como argumento, Bobbio traz o

discurso de Portalis, um dos idealizadores do Código, ao apresentar o projeto do Código ao Conselho de Estado (PORTALIS *apud* BOBBIO, 1995, p. 76):

“(...) na falta de um texto preciso sobre cada matéria, um uso antigo, constante e bem estabelecido, uma série não interrompida de decisões similares, uma opinião ou uma máxima adotada, funcionam como lei. Quando não há relação nenhuma com aquilo que está estabelecido e é conhecido, quando se trata de um fato absolutamente novo, remontam-se aos princípios do direito natural. Pois, se a previdência dos legisladores é limitada, a natureza é infinita e se aplica a tudo que possa interessar aos homens.”

Portanto, a exclusão completa do Direito Natural deu-se por influência dos intérpretes posteriores do Código Napoleônico, que interpretaram a norma proibindo a denegação da justiça com base no princípio da onipotência do legislador, e portanto da completude do ordenamento jurídico. As discussões sobre o problema da distinção e independência do direito positivo em relação ao direito natural, confundiam-se ainda com a discussão sobre a independência entre direito e moral, segundo FROSIANI (1969).

A par desta oposição direito positivo/ direito natural, ainda hoje uma definição interna da positividade é discutida, ou seja, de que modo o direito pode definir-se como positivo, ou quais são as características intrínsecas do direito positivo. Para tentar esclarecer a questão, outros critérios de definição de direito positivo foram levantados, como o critério das fontes formais, e o critério temporal, como direito vigente.

Segundo LIBERTINI (1991, p.61-62), pode-se distinguir três acepções diversas de direito positivo, e três significados de positividade correspondentes: a

primeira como ‘direito positivo’ o direito criado pelos homens, opondo-se ao direito natural; a segunda, direito positivo como o direito consistente no conjunto de normas formalmente postas, isto é, reconduzíveis a fontes formalmente reconhecíveis em um ordenamento dado, e a terceira direito positivo como direito vigente.

Estas formas diversas de conceber o Direito Positivo implicariam também em vínculos diversos do jurista com o Direito Positivo, portanto estão ligados à operacionalização do Direito, e não são conceitos colocados apenas no plano teórico. A definição de um vínculo mais restrito e vinculante para o jurista responderia, sobretudo a um valor de certeza, mas também à exigências de justiça, coerência entre decisões concretas e valores professados (LIBERTINI, 1991, p. 66) Uma definição de direito positivo é útil se: indica claramente o que não é Direito Positivo e é suscetível de tradução em termos prescritivos, podendo fornecer a base conceitual para uma prescrição metodológica e assim se possa falar de um “vínculo do direito positivo para o jurista”.

Tratando da definição de direito positivo como direito criado pelo homem, em oposição ao Direito Natural, portanto, coloca a insuficiente significação atual desta definição. Embora reconhecendo a vitalidade contemporânea do jusnaturalismo, por uma exigência lógica de um mínimo de regras de convivência humana (LIBERTINI, 1991, p. 68-69) e, portanto a existência de um princípio ordenador que justifique os atos jurídicos, critica esta concepção colocando que esta não é uma razão lógica ou ontológica que impediria de se substituir a uma ordem natural uma ordem convencional das coisas. Neste sentido, uma ordem convencional satisfaz melhor à necessidade de ordem do direito, por fundar-se no livre arbítrio dos indivíduos, e, em última análise, em uma idéia de pacto social fun-

damental, pelo qual se enfatiza a responsabilidade de todos em garantir e respeitar certos valores. Colocando o fundamento da norma na idéia de ‘pacto entre irmãos’, o convencionalismo constitui-se no modelo arquetípico da democracia (LIBERTINI, 1991, p. 70).

A idéia de Direito Positivo como direito vigente refere-se a uma qualidade do Direito que é necessariamente limitada a um determinado contexto espaço-temporal e tipicamente relacional. Um direito, de fato, é ‘vigente’ somente com referência a qual sujeito ou a qual jurista que esse se refere (para os outros sujeitos e para os outros juristas isto constituirá sempre um ‘fato’, um possível objeto de conhecimento, não um sistema de regras vinculantes). (LIBERTINI, 1991, p.63) Neste sentido, pode diferenciar o ponto de vista interno do ponto de vista externo do direito: o primeiro, do jurista positivo como conhecedor e crítico do direito concreto, e o segundo, do filósofo ou historiador do direito. Além de estudar o direito positivo, o jurista também objetiva ‘resolver problemas concretos’ em um ordenamento dado.

Direito Positivo como direito vigente é um conceito interessante porque permite falar de um “vínculo substancial” do jurista com o direito positivo – um “senso de pertencimento” a um ordenamento e dever de lealdade ao mesmo, pressupondo-se aí um mínimo de adesão ideológica ao mesmo (LIBERTINI, 1991, p. 73) A lealdade ao ordenamento deve operar como um vínculo substancial, deontológico para o jurista. Neste sentido, uma reconstrução da idéia de ‘fidelidade à lei’ (ao direito vigente) deve ser vista como a leal execução de um ‘pacto social fundamental’.

A noção de direito positivo como norma formalmente posta e promulgada – expressa em fontes formalmente reconhecíveis – permite uma distinção clara

do que é direito positivo, através de um critério formal. Entretanto, o direito positivo não se exaure nas disposições normativas formalmente expressas, mas é fruto de uma contínua criação jurisprudencial (criticando-se aqui a noção do positivismo tradicional na qual a interpretação é vista como desvelamento do que já estava contido na lei) (LIBERTINI, 1991, p.86-87). Apesar da crítica que se possa fazer, não se invalida a idéia da necessidade de argumentar qualquer solução jurídica com base em um critério de compatibilidade com um sistema de fontes formalmente reconhecíveis. As vantagens deste conceito seriam a possibilidade de um controle racional das decisões jurídicas e ser um modo de 'levar a sério' o Estado, indispensável para proteger certos valores políticos (como os direitos fundamentais). Assim, uma metodologia positivista envolvendo estes dois aspectos (vínculo substancial e vínculo formal com o direito positivo), expressos no direito positivo como direito vigente e direito formalmente reconhecido, poderia realizar uma boa síntese entre a exigência de coerência interna do ordenamento e de dinamismo do mesmo (LIBERTINI, 1991, p. 89).

Outros conceitos de direito positivo admitem elementos como a efetividade do direito no corpo social, ou reconhecem como fontes um espectro mais amplo, dando maior liberdade ao jurista na criação do próprio Direito. Conforme ZACCARIA (1991, p.XI e XII), um conceito mais complexo de direito positivo, constituído de normas legislativas, decisões judiciais e o reconhecimento pela prática social dos cidadãos, significa delinear um modelo de direito que não pode prescindir da norma mas que a vê existente somente em seu uso no comportamento geral e comum dos cidadãos, neste sentido reconhecendo a necessidade de basear-se na prática interpre-

tativa acumulada na experiência de todos os sujeitos do ordenamento. Neste sentido, Letizia GIANFORMAGGIO (1991, p.9-10) coloca como conceito de direito positivo um conjunto de palavras (textos, enunciados, disposições normativas), significados (implicitamente e explicitamente produzidos), argumentações (através das quais se estruturam percursos de reconhecimento e interpretação) e práticas sociais (aquelas práticas jurídicas e/ou produtoras e/ou aplicadoras do direito por parte de seus próprios artifices e idealizadores).

Pode-se dizer, portanto, que os conceitos de direito positivo podem variar em seus elementos e na sua maior ou menor rigidez, de acordo com várias concepções jurídicas e filosóficas de quem o descreve. Influencia nesta variação a própria vinculação que se dá ao jurista ao direito positivo, na hermenêutica da norma jurídica, existindo mesmo a possibilidade de incorporação da interpretação no próprio processo de positivação da norma jurídica, em uma concepção mais aberta e flexível do que é direito positivo. Neste sentido, é importante examinar-se o que é afinal, a positivação do Direito, como processo gerador do direito, atribuindo uma qualidade especial ao Direito, a sua positividade.

2. A Positivação do Direito como Processo Social e Jurídico

Pode-se conceituar de um modo sintético o Direito como um conjunto de normas de conduta visando a regulamentação de relações fundamentais para a convivência e sobrevivência da sociedade (como as relações familiares, políticas, econômicas), bem como a regulação dos procedimentos de reação social ao descumprimento destas regras (institucionalização da sanção). São normas utilizadas para a solução de conflitos e estabilização geral do corpo social, tendo como traço diferencial de outros sis-

temas sociais normativos seu recurso em última instância à força física para obter o respeito às normas estatuídas (BOBBIO, 1993, p. 349) Portanto, a coercibilidade das regras coloca-se como elemento central no sistema jurídico, identificado contemporaneamente com o Estado, na medida em que se converte em um de seus instrumentos mais fortes, pelo monopólio estatal de exercício legítimo da força.

Entretanto, a norma jurídica colocada como ato do poder estatal não se impõe simplesmente pelo poder coercitivo do Estado. O problema da legitimidade do direito foi respondido de modos diversos no campo da teoria do Direito. A legitimidade da norma pode ser reconduzida a valores metajurídicos, nos quais uma ordem jurídica seria legítima se correspondendo a um modelo jurídico ideal, em uma concepção jusnaturalista, ou buscar sua legitimidade formalmente, através do próprio processo de positivação, em um modelo positivista. Aqui na questão da gênese da regra, no processo de impô-la e legitimá-la se apresenta a análise do conceito de positividade da norma jurídica e do processo de positivação do Direito.

Tratando-se deste processo, há de examinar as questões da natureza e legitimidade da criação do Direito, necessariamente ligadas às relações entre o próprio Direito e o Estado. Weber, teorizando sobre a relação entre o Estado e o Direito, através das diversas formas de poder legítimo, identificou o surgimento do Estado Contemporâneo na passagem das formas de poder tradicional – características de Estados patriarcais e patrimoniais, em que o Direito é fundamentalmente consuetudinário ou judiciário, ao poder legal, onde o Direito assume sempre mais a forma de norma estabelecida (criando um Estado representativo e administrativo) (BOBBIO, 1993, p. 352).

Desta forma, o Direito em um Estado de poder tradicional é transmitido pela tradição e renovado pelo corpo judiciário, enquanto os Estados de poder legal são caracterizados pela existência de órgãos diversos para produzir novas regras e para aplicar as regras já estabelecidas; traço relevante é a importância que assume sobre todas as outras formas de Direito, o Direito sob a forma de lei. De acordo com Bobbio (1993, p. 352):

“Um dos pressupostos do poder legal, segundo Weber, é que ‘qualquer Direito pode ser estatuído racionalmente quanto ao valor e quanto ao escopo ou quanto a ambos, mediante um pacto ou uma imposição.’ Um segundo pressuposto é que ‘todo Direito é em essência um cosmos de regras abstratas e de normas estatuídas propositalmente. (Economia e sociedade, I, p.212)”

Observa-se hoje que a ênfase no poder estatuído como a única fonte do direito positivo, atrelado essencialmente ao papel ocupado pela lei, apresenta-se hoje como insuficiente, e antes bastante contestável. Em busca de uma purificação do Direito, retirando deste uma necessária legitimação a partir de um ordenamento superior (em oposição ao direito natural), procurou o positivismo fundar o conceito de direito no processo formal de nascimento da norma, referindo-se aqui ao procedimento legislativo, o direito que se põe por obra de uma autoridade coercitiva formalmente reconhecida (ZACCARIA, 1991, p. 335). O direito passa a ser considerado como um processo que se autolegitima, que se estatui por força própria.

O conceito de positividade adotado neste contexto baseia-se em dois postulados: o postulado da existência do Direito dependente essencialmente do ser posto da norma ou do direito (buscando seu fundamento em uma autoridade específica, no próprio ato subjetivo de determinação da

parte do poder) e na pretensão do positivismo de limitar-se à percepção empírica do Direito, ao dado jurídico como algo definitivamente posto. O problema destes postulados é realizar uma redução empiricista do Direito, identificando-o com um objeto já determinado, como uma realidade naturalística, dada e conclusa, não modificável. O Positivismo assume, portanto, um conceito voluntarístico de Direito, acentuando o papel de quem pode colocar (impor) o direito, identificando e exaurindo desta forma o direito na mera voluntas estatal, o ato mesmo da imposição do direito colocando como aspecto decisivo da positividade, assumido como diferenciação entre este e outros sistemas normativos.

Além disso, a ênfase colocada no ato de imposição do direito colocava uma conexão necessária entre o Estado, como único criador da norma, e o direito positivado. Essa ligação é difícil de ser sustentada no mundo de hoje, no qual o monopólio da produção normativa é questionado, tornando-se cada vez mais difícil demonstrar a validade da teoria imperativística, ligada ao monismo jurídico.

Entretanto, o direito não se pode permitir não ser positivo. Este é elemento essencial, que não se confunde com uma concepção de direito como dado pronto e disponível. A positividade não pode prescindir de se referir a elementos fáticos, a textos e documentos vinculantes, como forma de prova certa e notícia do que foi deliberado na organização da sociedade. (ZACCARIA, 1991, p. 343) Além disso, atua o texto literal como limite negativo, colocando o espaço de concretização da norma, e portanto o vínculo hermenêutico do jurista com o direito positivo, principalmente no sentido de dar-se uma certa previsibilidade às decisões judiciais. A cadeia normativa apresenta gradações diversas de determinação e identidade: as regras detêm

maior determinação de casos que os princípios; e as sentenças são dotadas de maior determinação do que as regras. E esta presença de graus diversos de definição e determinação no ordenamento obedece a necessidade de se garantir duas exigências conflitantes: certeza- estabilidade de um lado e renovação –mobilidade do outro (ZACCARIA, 1991, p. 347-348).

Da mesma forma, ressalta Paolo Grossi que o direito moderno não pode abrir de ser positivo, mas ressalta a necessidade de compreendê-lo como um constructo histórico, não um dado posto, mas concreto resultado de conflitos e escolhas realizados por uma sociedade no tempo (2003, p. 63-64):

“El derecho – y menos aún el derecho moderno – no puede abdicar de su dimensión formal, abasteciendo de categorías la incandescente fluidez de los hechos sociales y económicos, pero con la conciencia siempre de que esas categorías dan forma y figura a un saber encarnado, a una historia viva. En suma, siempre se debe tratar de categorías ordenadoras, que pesquen dentro de la realidad – que no floten sobre la realidad – como es propio de todo fenómeno auténtico y no ficticiamente ordenador. Ser y deber ser necesariamente se mezclan condenando las teorías puras entre los admirables ejercicios retóricos de ingeniosos juristas.”

Todavía, o conceito de positividade procurou modificar-se para atender a demandas antes inexistentes, e a uma sociedade complexa e plural, na qual o papel do jurista como interpretador do direito se afigura como concretização progressiva da norma, relacionada a casos concretos. Segundo ZACCARIA (1991, p. 345), o movimento circular da lei ao caso concreto, e do caso concreto à lei, produzido na atividade interpretativa, ou seja, a espiral hermenêutica, faz com que uma norma tor-

ne-se positiva graças à sua diferenciação dos elementos constitutivos de sua forma inicial, de modo tal que na reformulação de seu conteúdo ainda se permite ao intérprete reconhecê-la nas concretas circunstâncias do fato.

Desta forma, a Positividade é hoje conceituada como um processo que não é dado unicamente na norma, mas construído, abandonando-se uma descrição definitiva de direito positivo, e colocando-se a positividade como uma relação entre uma pluralidade complexa de sujeitos, variável no tempo: “Il diritto non è piu (se maio lo stato) una grandezza oggettiva bell’è pronta, ma piuttosto risultato, sempre aperto, di un lungo processo, in cui la norma non rappresenta che uno soltanto, anche se certamente imprescindibile e tra i più rilevanti fattori costitutivi.” (ZACCARIA, 1991, p. 330)

O processo de positividade não se pode dizer concluso no mero ato de autoridade que coloca a norma, mas se prolonga além da função legislativa, reformulando de modo progressivo seu conteúdo normativo. Neste sentido, relevante é sobretudo a interpretação elaborada historicamente sobre ela expressa pela jurisprudência. Construindo-se incessantemente a partir daquele enunciado normativo sobre o qual exercita-se a ação hermenêutica, a positividade implica inevitavelmente em todos os atos aplicativos subseqüentes à normatização, que determinam possibilidades sempre novas de concretização do direito existente. (ZACCARIA, 1991, p. 331)

Retomando a criação normativa, e realizando uma crítica à conceituação estreita de direito, a fim de desvinculá-lo de seu ranço potestativo, GROSSI (2001, p. 73) ressalta a necessidade de conceber a normatização como um processo que não se esgota com a produção legislativa da norma, de forma que o direito positivo

deve envolver também o momento subseqüente: o da interpretação, como formador da realidade complexa da norma e condição necessária para a concretização de sua positividade. Para chegar a isto, é necessário que o jurista mude seu ponto de vista, ou na linguagem do autor, os óculos sobre o nariz do jurista, de forma a reconhecer o vínculo necessário do direito com a realidade:

“Certamente, per arrivare a questo, occorrono altri occhiali sul naso dei giuristi; occhiali che non sminuiscono l’interpretazione a una dimensione meramente conoscitiva ma la colgano come vita della norma nel tempo e nello spazio, carnalità della norma in quanto esercizio, prassi, uso; occhiali che siano disposti ad accogliere entro il paesaggio giuridico anche la comunità degli utenti in funzione non meramente passiva, che siano disposti ad ammettere non un solo protagonista monocratico (il detentore del potere) ma una pluralità folta di sujeite. Forse, è proprio giunto il tempo di cominciare a costruire il diritto anche dalla parte di quilo che la tradizione ha chiamato, com implicito dispregio, i destinatarii del comando” (GROSSI, 2001, p. 73-74).

Nessa linha de raciocínio, a positividade do Direito não é um dado, mas um vir-a-ser que se constrói através do tempo, seja no processo social formativo da norma (no qual não se pode ignorar a influência dos padrões sociais formatados juridicamente, aliados às necessidades técnicas que motivam a criação legislativa) seja na sua interpretação pelos atores sociais. Corrobora-se, nesse sentido, a abertura interpretativa do texto normativo, em especial, da Constituição, na linha preconizada por Häberle. Conforme ressalta BONAVIDES (2000, p. 465-467), a teoria do eminente professor alemão leva a tópicos às últimas conseqüências, inserindo fortemente a de-

mocratização no processo interpretativo, alargando o círculo dos participantes do processo. A interpretação deve ser compreendida em seu sentido amplo, abrangendo não somente a interpretação restrita da esfera jurídica (especialmente a interpretação dos Tribunais), mas a interpretação advinda da comunidade de cidadãos. Para tanto, Peter Häberle entende ser essencial a tarefa de todos os participantes da sociedade, como intérpretes autorizados e legitimados pela própria Constituição:

“O processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto. O raio de interpretação normativa amplia-se graças aos “intérpretes da Constituição da sociedade aberta”. Eles são os participantes fundamentais no processo de “*trial and error*”, de descoberta e de obtenção do direito. A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e habitualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. A interpretação constitucional jurídica traduz (apenas) a pluralidade da esfera pública e da realidade (*die pluralistische Öffentlichkeit und Wirklichkeit*), as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a eles (1997, p. 42-3).”

A abertura e a publicidade do processo hermenêutico conferem legitimidade ao texto (CITTADINO, 2000, p. 31), ou, como sustenta Inocência Mártires Coelho, “só assim, entendida como ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade, a Carta Política será também uma constituição aberta, de uma sociedade aberta e verdadeiramente democrática” (2002, p. 14). Conclui-se nesse sentido, que a construção hermenêutica é um processo incessante no qual todos são intérpretes do Direito, seja como operadores diretos do sistema jurídico (com funções de defender/ acusar em

juízo ou julgar), seja como parte da administração estatal, seja como cidadãos que querem guiar seus comportamentos naquilo que consideram como conforme ao Direito. É o reconhecimento da necessária abertura interpretativa do direito, abertura que permite que o mundo real, a vida invada o Direito.

3. A Crise da Teoria das Fontes e do Sistema Jurídico Fechado

Quando se analisa a questão do direito positivo, e de seu papel no sistema jurídico, e do vínculo do jurista a esta estrutura, deve-se tratar necessariamente da configuração da teoria das fontes a partir de uma ótica positivista, bem como deve ser examinada a questão do fechamento do sistema a partir de determinada interpretação anteriormente posta do conceito “direito positivo”. Desta forma, se conceituado direito positivo como direito legislativo vigente, e for considerado como próprio do jurista a interpretação da norma estritamente na sua literalidade, ou buscando uma ‘vontade do legislador’ que sirva de norteador na sua interpretação, ter-se-á uma vinculação estrita do jurista a um direito positivo rigidamente delimitado, como norma posta, pronta e acabada.

Esta interpretação, que adquiriu seu ápice na Escola da Exegese francesa, amarra o jurista aos desígnios do Poder que, naquele contexto histórico, pôde criar a norma. Desta forma, restringe o papel do jurista, que se limita a subsumir em um raciocínio hipotético-dedutivo, as situações concretas à norma abstrata. Na sua formulação, propugnava a Escola da Exegese que “a atividade do intérprete resumia-se a isolar o fato e identificar a norma jurídica a ele aplicável, como se fosse tal atividade uma operação lógico-formal” (FINGER, 2000, p.88). Como salientou Montesquieu,

o juiz devia ser la bouche de la loi, “a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força nem o rigor” (1992, p. 176). A esta vinculação necessariamente associar-se-á os dogmas da completude do ordenamento jurídico (negando-se a existência de lacunas) e a própria noção do Direito como um sistema fechado, no qual as soluções estão tão somente em seus próprios elementos, cujas relações devem ser buscadas pelo intérprete sem recorrer ao meio social circundante ou qualquer referências externas. De acordo com COUTO e SILVA (1976, p.78):

“A fim de que se pudesse tratar da subsunção apenas como problema lógico-formal, conforme fazia a corrente dominante no século XIX e em boa parte deste século, seria necessário considerar-se o mundo jurídico como totalidade, preenchendo-se a eventual lacuna legislativa com o raciocínio axiomático. Daí decorreria o postulado de que não haverá direito sem fundamento em lei ou que dela pudesse ser deduzido. Essa teoria rígida das fontes encontrou sua justificação com o positivismo, ou com o conceito positivista de ciência. Não se pense que essa orientação do pensamento jurídico se tenha feito pregoeira apenas do método exegético gramatical e se haja filiado à jurisprudência dos conceitos. A integração das lacunas legislativas realizava-se através do sentido e finalidade das demais leis integrantes do código, levando-se também em consideração a base típica de interesses que as ditou. E a própria ‘analogia legis vel juris’ não lhe era estranha. À parte este instrumento teórico utilizado pelo exegeta, todos os princípios que não pudessem ser deduzidos por aqueles processos, não deveriam se considerar jurídicos. Daí porque os juristas da escola positivista não têm apreço pelas possibilidades criadoras decorrentes

de ‘cláusulas gerais’. De tal atitude resulta que as soluções jurídicas ganham, inegavelmente, em certeza, com prejuízo, no entanto, do aspecto propriamente ético”.

Esta concepção de sistema jurídico como sistema fechado, com a rígida vinculação do intérprete ao direito legislado, demonstra suas falhas especialmente nas experiências totalitárias da Europa, nas quais uma vinculação estrita do Judiciário ao direito legislado por regimes de exceção não permitiu o questionamento destas normas, dando forma e respaldo jurídicos às atrocidades cometidas por estes regimes, em nome de uma atuação puramente técnica destes juristas.

Percebeu-se que a dogmática jurídica da forma como se estruturava não apresentava formas de garantia possíveis contra estas situações de exceção, e mais, que não conseguia sequer tratar destas questões conceitualmente. As questões de justiça e de conteúdos das normas não se introduziam em um mundo asséptico de um direito dado, posto pelo Estado, no qual a norma é início e fim do raciocínio hermenêutico. Não se questiona o fundamento da norma, mas apenas a sua origem: a validade é analisada formalmente através dos requisitos da competência e do procedimento previsto.

O esgotamento teórico corporificou-se na chamada crise da teoria das fontes, pela qual percebeu-se que colocar unicamente o Estado, através do Direito legislado, como única fonte normativa, ou a principal delas, já era insuficiente frente aos problemas colocados pela realidade.

A falência estrutural da dogmática jurídica trouxe mesmo o renascimento do direito natural e de outros conceitos anteriormente expulsos da teoria jurídica, como forma de retomar uma ligação perdida com elementos que não tinham forma de entrar no mundo jurídico (ou efetividade na sua

aplicação), valores ou princípios que permitissem o contraste das normas positivadas pelo poder estatal. Esta incorporação deu-se em todos os campos do Direito, tanto Público quanto Privado. De acordo com COUTO e SILVA (1976, p.74), tratando de direito das obrigações, mas que pode aqui ser utilizada:

“A crise da teoria das fontes resulta da admissão de princípios tradicionalmente considerados meta-jurídicos no campo da ciência do Direito, aluindo-se, assim, o rigor lógico do sistema com fundamento no puro raciocínio dedutivo. Em verdade, outros fatores passaram a influir poderosamente no nascimento e desenvolvimento do vínculo obrigacional, fatores esses decorrentes da cultura e da imersão dos valores que os Códigos revelam no campo social e das transformações e modificações que produzem. A crise decorre da concepção de que um código por mais amplo que seja não esgota o ‘corpus juris’ vigente, o qual se manifesta através de princípios, máximas, usos, diretivas, não apenas na interpretação judicial, como também na doutrinação”.

Entretanto, não se poderia deixar que estes elementos, indefinidos e fluídos, entrassem no mundo jurídico de qualquer forma, sem limitações ou controle sobre sua aplicação, do contrário o poder absoluto apenas deixaria de ser o de legislar para ser o de julgar. Substituir-se-ia uma forma de ditadura por outra, no julgamento sem parâmetros definidos. Além disso, a necessidade de formas de proteção de um regime democrático era premente, e questionava-se quais os mecanismos para esta manutenção.

A solução encontrada representou uma verdadeira re-fundação e transformação do Estado através de um pacto fundamental: a Constituição. Não a Constituição apenas como documento político,

mas como elo efetivo entre a democracia e a proteção de direitos fundamentais, que deveria efetivar-se sempre na aplicação do Direito. A Constituição fundante, carta de valores da sociedade e garantidora de direitos, trouxe uma nova forma de Estado: o Estado Democrático de Direito. Esta nova dimensão trouxe uma re-interpretação do ordenamento jurídico, tendo que adaptar-se às previsões da Carta Constitucional, e mais, novas possibilidades na medida em que se incorporaram princípios, expressões de valores da sociedade consensualmente alcançados e positivados no texto constitucional.

Todo este movimento aliou-se a uma nova cultura jurídica, nascida pela quebra do mundo da segurança, transformando-se o paradigma sobre o qual trabalham os operadores jurídicos: de um sistema fechado, auto-referenciado de modo absoluto para um sistema aberto, de auto-referência. Este mundo da segurança anteriormente (supostamente) existente permitia ao jurista uma forma de interpretação ‘segura’, estática e linear, na medida em que alicerçava-se sobre dois fundamentos principais: primeiro, a identidade entre o direito e a lei e entre a lei e a norma (que conduzia em última ratio, ao mito da identidade entre a norma e seu texto) e em segundo lugar, a própria sistematicidade externa aos textos legais codificados, permitindo que os campos jurídicos fossem rigidamente demarcados nos seus vários códigos correspondentes (MARTINS-COSTA, 1999, p. 275-276). Esta estrutura foi abalada pelas mudanças das condições históricas que configuraram seus elementos, necessitando-se de reformulações paradigmáticas a fim de enfrentar esta crise teórica e prática (MARTINS-COSTA, 1999, p. 276):

“Hoje vive-se, diversamente, no ‘mundo da insegurança’. Esta não reside apenas na circunstância da multiplicidade

dos textos legais que abalaram a estrutura codificada, mas, fundamentalmente, da impossibilidade de manter-se, no universo em que vivemos, a integridade lógica do sistema. Profundas fissuras fizeram ruir a tríplice ideologia que sustentava a relação sistema-código, vale dizer, a ideologia da sociedade, a ideologia da unidade legislativa e a ideologia da interpretação.”

Explicitando o que seriam estes elementos componentes da ideologia sistema-código, coloca-se que a ideologia da sociedade referia-se fundamentalmente aos valores liberais-burgueses, a idéia de um progresso individual, sustentada por uma idéia de unidade entre Estado e sociedade civil. A ideologia da unidade legislativa consistia na visualização do Código civil como um sistema completo, harmônico, “auto-referente das leis civis” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 277), a verdadeira Constituição da vida privada: uma unidade legislativa que refletia a unidade das relações sociais representadas pela unidade da classe hegemônica, portanto a impossibilidade de existência de um espaço de expressão de outros valores que não os da burguesia. A ideologia da interpretação refletia-se nos limites colocados aos juristas, adstritos a interpretação através de uma plana subsunção operada através da lógica silogística, decorrente do próprio postulado de unidade sistemática do ordenamento.

Estes postulados foram minados e impossibilitaram a continuação deste paradigma jurídico. Já não há mais a suposta unidade cultural sob a qual baseava-se a ideologia da sociedade, e em seu lugar instalaram-se a massificação social, com a perda de relevância do individualismo como motor de desenvolvimento do progresso econômico, e o pluralismo social e cultural. A tese da unidade legislativa foi derrubada pela inflação legislativa, re-

presentando a agregação de inúmeras leis especiais, fugindo à sistematização característica da codificação, pela constatação da impossibilidade de unificação de todos os interesses em um único instrumento legislativo, não havendo mais um sujeito comum como interlocutor (MARTINS-COSTA, 1999, p. 281). O estreitamento das fronteiras entre o direito público e o direito privado, com as crescentes intervenções do Estado, o reconhecimento da força normativa da Constituição sobre o direito privado e o questionamento da doutrina clássica da divisão de poderes, além da recepção de modelos de raciocínio advindos da common law em sistemas romano-germânicos (levando à uma redefinição do papel da jurisprudência como fonte normativa) colaboraram na chamada “crise da lei”.

Em relação à chamada crise da lei, especialmente no campo do Direito Privado, agravou-se em função do papel centralizador e vértice do sistema representado pelo Código Civil – e nesse sentido, pode-se dizer de uma crise da codificação. Segundo Gustavo Tepedino (2000, p.5), o monossistema codificatório transformase em polissistema – formado por vários microsistemas, regulações específicas dentro do campo maior. Destaca também o agravamento da crise, a partir da relação entre o sistema normativo nacional e a importância cada vez maior das normas supranacionais (tratados, convenções, pactos, regulamentos de mercados regionais) que aprofundam a crise das fontes normativas. Questiona-se como deverá ser o comportamento do intérprete perante a fragmentação e multiplicidade do sistema. Nas palavras do autor:

“Afim, como agir o intérprete diante do sistema fragmentado e do pluralismo tão acentuado de fontes, não raro de difícil gradação hierárquica? E o quadro ainda se agrava, posteriormente, em face da prolifera-

ração de produção legislativa, estimulada pelos avanços da tecnologia e por uma realidade econômica cada vez mais complexa, a reclamar novos mecanismos de regulamentação. (TEPEDINO, 2000, p. 5)”

Destaca o autor que com o já referido ocaso da chamada era da segurança, o fim do período marcado pelo delicado equilíbrio entre as fontes normativas, há uma premente necessidade de um repensar dos parâmetros interpretativos. (TEPEDINO, 2000, p. 6) Percebe-se, desta forma, a insustentabilidade da antiga teoria das fontes e da ideologia da interpretação através unicamente da norma posta, que foi atingida por ancorar-se em um conceito de positividade do direito que se verificou ultrapassado. Todo este processo implicou em verdadeira reformulação teórica e metodológica dentro do campo jurídico, e à formação de uma nova cultura, baseada no constitucionalismo, em um código aberto às influências do corpo social (plural e complexo), e na absorção de valores, metas, diretivas e princípios a serem aplicáveis na concretização do Direito.

4. A vinculação do jurista ao Direito Positivo: Uma Reconstrução a Partir da Constituição

A análise da vinculação do jurista com o direito positivo leva a questões já examinadas, tais como a definição de direito positivo e do processo de positivação do direito, que refletirão cada uma delas uma determinada espécie de vínculo para o jurista. Frente a toda esta revolução paradigmática, implicando na modificação do conceito de direito positivo, da hermenêutica jurídica, e da metodologia do Direito, abandonando sistematizações fechadas e abrindo-se à realidade social, como deve o jurista portar-se? Qual o papel do jurista, qual a natureza do seu vínculo ao direito positivo hoje?

Anteriormente, a resposta a esta questão seria fácil, pela pressuposição da adesão ao direito positivo como um vínculo estreito, adesão ao direito estatal posto, mais ainda quando sistematizado sob a forma de um código. Hoje, entretanto, a resposta não se apresenta tão pacífica ao jurista, visto que este se encontra em um espaço normativo que lhe permite maior liberdade na interpretação. Interpretando, recria e refunda a norma jurídica. Entretanto, como se pode fazê-lo sem restar traído o Direito, sem deformá-la sob o peso de uma interpretação arbitrária? Este é um dos problemas fundamentais na ciência do Direito, a questão da interpretação da norma. Como adaptá-la à novas situações, sem torná-la irreconhecível?

As ilusões de segurança jurídica e da possibilidade de sistematizações fechadas que tranquilizassem o jurista na aplicação da norma já foram abandonadas. Resta a angústia de como realizar o direito, como “levar os direitos a sério”, parafraseando Ronald Dworkin, entre o fim do legalismo e um relativismo total arbitrário.

Parece que se afigura aqui a importância do papel da Constituição hoje, e de uma interpretação baseada na concretização de seus princípios. Hoje, um dever de lealdade ao direito, operando como vínculo deontológico para o jurista, implica fundamentalmente na coerência axiológica necessária na interpretação da norma. Este dever de fidelidade à lei não se expressa mais como obediência a um comando normativo, mas como leal execução de um pacto, dever de encontrar as soluções jurídicas à luz de princípios e juízos de valor que pertencem ao momento fundativo de uma coletividade organizada, e aceitos por toda a comunidade (LIBERTINI, 1991, p.75). Este pacto social que fundamenta o texto normativo não pode ser outro senão a Constituição.

A compreensão atual do Direito deve partir de uma interpretação sistemático-transformadora, na concepção defendida por Juarez Freitas, reconhecendo-se na Constituição o eixo central, o nexa a partir do qual os princípios gerais e tópicos atingem todos os ramos do Direito, entendido o sistema jurídico como prioritariamente, sistema constitucional. Não se pode isolar totalmente o direito positivado na especificidade dos subsistemas temáticos e perder a sua totalidade, pois conforme ressalta Freitas: “interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro”, ou, no mesmo sentido, “qualquer exegese comete, direta ou indiretamente, uma aplicação de princípios gerais, de normas e de valores constituintes da totalidade do sistema” (1998, p. 47). Também Eros Roberto Grau afirma a necessidade de interpretar o Direito como um sistema:

“A interpretação do direito é interpretação do direito, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum (2003, p. 40; id., *ibid.*, p. 121-2).”

A interpretação visa a manter, assim, a unidade e a coerência do sistema jurídico, por intervenção criativa do operador do Direito, relacionada com a pré-compreensão do modelo de Estado racionalizado e justificado pelo ser (Sein) da pessoa humana, a propósito da lição de Hans-Georg Gadamer:

“O jurista sempre tem em mente a lei em si mesma. Mas seu conteúdo normativo tem que ser determinado com respeito ao caso ao qual se trata de aplicá-la. E para

determinar com exatidão esse conteúdo não se pode prescindir de um conhecimento histórico do sentido originário, e só por isso o intérprete jurídico tem que vincular o valor posicional histórico que convém a uma lei, em virtude do ato legislador. Não obstante, não pode sujeitar-se a que, por exemplo, os protocolos parlamentares lhe ensinariam com respeito à intenção dos que elaboraram a lei. Pelo contrário, está obrigado a admitir que as circunstâncias foram sendo mudadas e que, por conseguinte, tem que determinar de novo a função normativa da lei (1997, p. 485).”

Nesse círculo (GADAMER, 2002, p. 72), a Constituição é concretizada pela hermenêutica do direito positivado de forma comprometida, tornando-se, assim, uma força ativa. A interpretação da norma constitucional dá-se comprometida e inserida numa determinada realidade concreta, fornecendo novos sentidos aos fatos jurídicos, que se transformam nesta relação entre direito positivo, realidade e Constituição. Corroborando essa idéia de interpretação da Constituição, ressalta HESSE (1991, p. 19):

“A força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes,

na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)”

Nesse patamar interpretativo, deve-se considerar a capacidade de intervenção da Constituição na realidade concreta, demonstrada através de sua “força normativa”. A chamada força normativa é condicionada pela realidade histórica de inserção da Constituição, ao mesmo tempo que influi nessa realidade, no jogo entre essas determinações e a obrigatoriedade de aplicação das normas constitucionais, dependente também do que Hesse chama de “vontade de Constituição”, isto é, a disposição para sua aplicação. Segundo o autor, “A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. (...) Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). (HESSE, 1991, p. 24)”

A concretização da Constituição é exigência de unidade do sistema, e realiza-se na relação da norma constitucional, do direito positivo e do caso concreto, influenciando tanto o campo do Direito Público como o Direito Privado. No mesmo sentido, Simone Goyard-Fabre afirma que

“A teoria constitucionalista, ao ordenar todas as regras de direito sob a Constituição do Estado num todo substancial, também ele articulado, como o Código Civil, segundo encadeamento das razões e

que é precisamente chamado de ordem jurídica, caracteriza-se necessariamente por sua homogeneidade e sua unidade lógica (2002, p. 115-6).”

A inspiração da Constituição, através de sua modelagem aberta, espalha-se para outros campos do próprio Direito, atingindo os Códigos, que passam a configurar-se de outra forma. A técnica legislativa perde a sua preocupação somente com a abstração e generalidade, passando a preocupá-la a resposta a problemas determinados e concretos. A abertura do sistema deu-se por utilização de diversas figuras normativas, tais como os princípios, presentes na própria Constituição, permite uma nova hermenêutica e a flexibilização do Direito, a fim de se adaptar a diversas e novas situações:

Conforme GROSSI (2001, p. 80), uma velha idéia de legalidade formal vai sendo cada vez mais substituída por uma legalidade diversa que leva em conta plenamente os dois planos de legalidade nos quais se articulam os modernos ordenamentos jurídicos: o plano codificatório e o plano constitucional. Neste segundo plano, exprimem-se a sociedade e os valores que esta comporta e não somente aqueles advindos da cristalização muito mais pobre do aparato do Estado.

Ressalta-se também a necessidade do respeito às soluções normativas encontradas ao longo do tempo, não implicando em uma aceitação acrítica, mas em reconhecer também a sua mutabilidade, como uma relação que se desenvolve através do tempo, mas que reconhece-se em uma lógica fundadora. E uma interpretação principiológica é o mecanismo efetivo que se encontra neste trabalho de contínua adaptação, buscando sempre confrontar as diversas soluções encontradas à luz do conjunto dos princípios do ordenamento. Estes princípios não são concebidos aqui como apriorísticos e absolutos, mas como espécie de norma que deve procurar ser realizada na

maior medida do possível, não implicando com isso seu esvaziamento, mas concretização caso a caso. Não se perde a visão da especificidade, mas se respeita essencialmente o caráter sistemático do Direito, e nesse mister, não há liberdade absoluta na interpretação. Segundo Juarez Freitas (1998, p. 120):

“Se é certo que a interpretação sistemática tem por objeto o Direito como um todo, elegendo critérios hermenêuticos e, sobretudo, hierarquizando sentidos teleológicos dos princípios, das normas e dos valores, então é igualmente certo que tal interpretação não é – nem deve ser – livre inteiramente, tampouco presa às deliberações ou vontades prévias. É o resultado do exercício de um pensamento sistemático e tópico, ao mesmo tempo. Sistemático, porque sempre atuante o metacrítério racionalizador da hierarquização, que assegura a garantia de racionalidade do processo. Tópico, porque a hermenêutica se mostra como o processo empírico e aporético de sistematização discursiva, sendo que o sistema somente ganha contornos definitivos justamente por força da intervenção do intérprete na sua atuação eletiva entre sentidos necessariamente múltiplos”.

Esta concretização da Constituição e de seus princípios, realizada através da argumentação jurídica vinculada a certos parâmetros, tem a vantagem de fazer com que a interpretação não seja arbitrária, mas que tenha que justificar-se racionalmente. Neste sentido, importa destacar as contribuições de autores no campo da teoria dos direitos fundamentais, como Ronald Dworkin e Robert Alexy, assim como de constitucionalistas que trataram da questão interpretativa de forma magistral, como Hesse, Zagrebelsky e Canotilho, para citar somente alguns dos grandes teóricos.

Nesta concepção, ganha importância central o papel do juiz como interpretador

e construtor da norma, e mais ainda, o papel do Poder Judiciário na concretização da Constituição. Esta relevância aumenta com a utilização cada vez maior dos controles de constitucionalidade, seja pelo controle difuso, seja pelo controle concentrado pelas Cortes Constitucionais. Uma vinculação efetiva do jurista teria que ser aderência às garantias e direitos presentes na Constituição, aplicadas ao sistema do direito positivo.

Desta forma, a relação do jurista com o Direito Positivo seria de um vínculo orgânico, vivo em relação às fontes normativas e sua aplicação, em um compromisso ideológico com o ordenamento, e, mais ainda um vínculo vivo com a Constituição e a corporificação de seus valores e princípios fundamentais. O complexo das relações jurídicas assim entendidas abre-se às relações sociais, sem perder sua identidade fundamental, mantendo o Direito na Constituição um compromisso com esta mesma sociedade, expresso no texto e através do texto da norma constitucional.

A positivação do Direito afigura-se hoje inevitavelmente como processo complexo, no qual os vários atores sociais tem seus papéis diversos como interpretadores e recriadores da norma. O direito não se limita a seu texto escrito, posto, mas antes vive, em uma dialética complexa: criação e aplicação da norma como pólos em uma mesma relação. Desta forma, o direito positivo não se apresenta em crise, mas antes em revolta recriação de seu conceito, da qual certamente sairá renovado, permanecendo ainda como uma categoria válida e útil na teoria do direito.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. Direito. In: *Dicionário de política*. BOBBIO, Norberto, MATTEUCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco Trad. Carmen C. Varriale..[et al.]; coordenação da

- tradução João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cascais. 5ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1993 P. 349-353.
- _____. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Compilado por Nello Morra; Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de teoria da Constituição e de interpretação constitucional. In: MENDES, Gilmar Ferreira (Org.). *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica e Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, 2002.
- CORSO, Guido. In che senso il diritto positivo costituisce un vincolo. In: ZACCARIA, Giuseppe (Org.). *Diritto Positivo e Positività del Diritto*. Torino: Giappichelli, 1991.
- COUTO e SILVA, Clóvis do. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.
- FINGER, Júlio Cesar. Constituição e Direito Privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do Direito Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- FROSINI, Vittorio. Verbete: Diritto positivo In *Enciclopedia del Diritto*. Vol XII P. 653- 659. Milano: Giuffrè Editore, 1963.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 2. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução de Ênio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.
- _____. *Verdade e método II: complementos e índice*. Tradução de Ênio Paulo Giachini. Revisão da tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuck. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.
- GIANFORMAGGIO, Letizia Il filosofo del diritto e il diritto positivo In: ZACCARIA, Giuseppe (Org.). *Diritto Positivo e Positività del Diritto*. Torino: Giappichelli, 1991.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Os Fundamentos da Ordem Jurídica*. Traduzido por Claudia Berliner. Revisão da tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GROSSI, Paolo. *Mitologie Giuridiche della Modernità*. Milano: Giuffrè Editore, 2001.
- _____. *Mitología Jurídica de la Modernidad*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Ed. Trotta, 2003.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- HESE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- LIBERTINI, Mario. Il vincolo del diritto positivo per il giurista. In: ZACCARIA, Giuseppe (Org.). *Diritto Positivo e Positività del Diritto*. Torino: Giappichelli, 1991.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad. Historia del constitucionalismo moderno*. Trad. Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Ed. Trotta, 1998.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo: a divisão dos poderes*. 2. ed. Traduzido por Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1992.
- ZACCARIA, Giuseppe. Presentazione In: ZACCARIA, Giuseppe (Org.). *Diritto Positivo e Positività del Diritto*. Torino: Giappichelli, 1991.
- _____. Sul Concetto di Positività del Diritto. In: ZACCARIA, Giuseppe (Org.). *Diritto Positivo e Positività del Diritto*. Torino: Giappichelli, 1991.
- TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de Direito Civil – Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS

CONSTITUTION THEORY AND THE RIGHTS CONSTITUTIONALIZATION

MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS*

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: O presente estudo traz uma visão sobre o desenvolvimento do conceito de Constituição iniciada pelos jusfilósofos gregos e romanos, que a estabeleceram como o centro de concentração de poder do Estado. Com a evolução da humanidade, surgiu a Teoria da Constituição, responsável por um amplo redimensionamento, onde a Constituição passou a se preocupar com os valores fundamentais do homem. E a atual fase da teoria da Constituição constitucionalizou o direito para estabilizar as relações públicas e privadas. Esse é um fenômeno mundial, pois os povos evoluídos juridicamente se uniram para estabelecer o Estado Democrático de Direito, como o responsável pelo equilíbrio entre o poder do Estado confrontado com fundamentais direitos do cidadão. Assim, os direitos são lidos a partir do que vem estabelecido na Teoria da Constituição.

Palavras-chave: Filosofia. Estado. Conceitos. Princípios. Ordenamento. Constitucionalismo. Estabilidade.

Abstract: This essay brings a vision about the develop of the Constitution concept began by the Greeks and Romans philosophers, that established it as the center of the State power concentration. With the human being evolution, comes to sight the Constitution Theory, liable for a new dimensioning, where the Constitution begins to interest with the man's fundamental values. And the actual stage of Constitution theory secures the right to stabilize the public and private relations. That is a world phenomenon, because the country legally developed to unite to established the Democratic State of Law, as responsible for the balance between the State power with the fundamental rights of the citizen. Therefore, the rights are read as established in the Constitution Theory.

Key Words: Philosophy. State. Concepts. Principles. Legal System. Constitutionalism. Stability.

1. Considerações preliminares

O conceito de “*Constituição*” foi desenvolvido inicialmente pelos Gregos, que distinguiam o fundamento do Estado e as Leis simples, como forma de ordenar o *poder* e não permitir a instalação da anarquia na “*polis*”.

Aristóteles (384 a.C.- 322 a.C.), filósofo pagão, através de suas inúmeras Obras influenciou os pensadores e a filoso-

fia européia ocidental com os seus escritos sobre a pobreza, em sua obra denominada “*Política*”, deixando várias composições literárias sobre a Teoria da Constituição, inclusive em sua “*Constituição de Atenas*”. (Cf. VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoría de La Constitución como Ciencia Cultural*. 2. ed. Madrid: Dynkinson, 1998. p. 23).

Pela filosofia, os Gregos foram expandindo suas idéias sobre o *direito natural*, anterior e posterior às leis escritas,

*Advogado no Rio de Janeiro-RJ. Autor de inúmeras Obras Jurídicas. Vice Presidente do Instituto Ibero-Americano de Direito Público (Capítulo Brasileiro) – IADP. Membro da Sociedade Latino-Americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social. Membro do IFA – International Fiscal Association. Conselheiro efetivo da Sociedade Latino-Americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social. Co-Coordenador da Revista Ibero-Americana de Direito Público – RIADP (Órgão de Divulgação Oficial do IADP).

a fim de melhorar a coexistência humana e tornar o homem mais feliz, vez que este compõe o Estado e, portanto está predisposto à vida social.

Tendo a Constituição a função de Lei Geral, capaz de vincular o poder a uma regra pré-estabelecida, os inúmeros pensamentos filosóficos foram responsáveis pela sua instituição e pela respectiva humanização das formas de Governo e dos Tipos de Estado, visto que a concentração do poder pelo Monarca/Soberano já não poderia ser despótica, tirânica, opressiva e absolutista.

Partindo dessa premissa, Jellinek afirmou que: “Todo Estado, pues, necesariamente ha menester de una Constitución. Un Estado que no la tuviera, sería una anarquía. El propio Estado arbitrario, en el antiguo sentido, tiene necesidad de ella, tanto cuando se trata de un Estado despótico, como cuando se trata de un comité de salvación pública de índole democrática, del tipo francés de 1793. Es suficiente la existencia de un poder de hecho que mantenga la unidad del Estado para tener el minimum de Constitución preciso para la existencia del propio Estado; mas por lo común, en los pueblos cultos existe un orden jurídico reconocido en principios de Derecho.” (JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Tradução de: Fernando de los Ríos Urruti. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1943. p. 413).

Os Romanos também distinguem a Constituição do Estado e as disposições legislativas particulares, referindo-se a Lei Maior como *rem publicam constituere*.

O poder de modificar a Constituição foi atribuído nos momentos cruciais da história romana aos Magistrados extraordinários que possuíam poder constituinte, os quais reuniam de fato a outorga ilimitada da comunidade. (Cf. JELLINEK, Georg. Op. cit. ant., p. 414.).

Estas relações antigas foram importantes para as concepções modernas da

natureza da Constituição do Estado, pois serviram para demonstrar o valor que têm “los principios constitucionales del Estado frente a las instituciones que se han desenvuelto ya de acuerdo con ciertos principios.” (JELLINEK, Georg. Id.).

Portanto, o conceito de Constituição reconhecido em um primeiro momento na Idade Antiga em sentido material, radiou a idéia de um poder constitucional romano ilimitado vinculado “a la colectividad soberana de los ciudadanos, y que há de ser ejercitado por ésta libremente.” (JELLINEK, Georg. Id.).

Esta filosofia foi divulgada pela “Escola de Direito Natural”, representada especialmente por Barão Samuel Von Pufendorf (1632-1694), historiador e jurista alemão, também conhecido pelo nome de Severinus de Monzambano, (Para Pufendorf, no Estado de natureza só cabe a sanção moral, porque, como Hobbes, ele estima que a coação é um rótulo da sociedade civil.), John Locke (1632-1704), filósofo inglês e Christian Wolff (1679-1754) – este considerado o maior de todos os filósofos racionalistas dogmáticos alemães, e se aplicou, primeiramente, nos Estados Unidos da América (1776 em diante) e depois, num segundo momento, no decorrer da Revolução Francesa (1789-1799), tida como a grande revolução burguesa, que ao seu próprio tempo utilizou-se da doutrina do “*pouvoir constituant*”, na qual todos os poderes do Estado possuíam o seu ponto de partida.

Com esse alcance, o conceito de Constituição é inseparável da própria essência do Estado, pois sem a sistematização de atividades da organização política de uma nação, ela não poderia subsistir. (Cf. LIMA, Eusébio de Queirós. *Theoria del Estado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1939. p. 407).

Assim, influenciada pela “Teoria do Direito Natural”, se verifica uma profunda

investigação sobre os vários aspectos das “Leis Fundamentais”. E a doutrina popular do *contrato social* é acolhida por Thomas Hobbes (1588-1679), jusfilósofo inglês, precursor do positivismo jurídico, que funda sua Teoria doutrinária Política do Absolutismo do Estado em contradição com as exigências democráticas da época. A filosofia hobbesiana aceita a expressão de “Lei Fundamental” e a define como aquela norma que ao ser suprimida destruiria o corpo do Estado e daria oportunidade ao surgimento da anarquia e do despotismo. A “Lei Fundamental” se identifica, portanto, como *contrato social*, sobre o qual se funda o Estado, assim como com as consequências que se depreendem imediatamente dele. Este contrato, que se leva a efeito com o consentimento unânime, é poder inalterável enquanto o príncipe assim designar ou desejar.

Tanto Hobbes, como Pufendorf estimam que a “liberdade individual” está sempre condicionada às leis civis e às ordens emanadas por quem ostenta o poder *summum imperium* e, portanto, restringida aos interesses da República, de maneira tal que jamais o poder de um cidadão pode ser superior ou prevalecer sobre o da “*civitas*”.

Hobbes era o jusfilósofo mais aguerrido na defesa da unidade do poder estatal, como centro das decisões políticas e não pela vontade do povo. Ele afirmava que o *princípio das desigualdades*, tanto de riqueza como de poder ou de nobreza, eram produtos da lei civil, e que pela lei natural, que é o mesmo da lei moral, todos os homens não de ser considerados iguais. (Cf. ALONSO, Clara Álvares. *Lecciones de Historia del Constitucionalismo*. Madrid: Marcial Pons, 1999. p. 97).

Em seu *contrato social* ou *pacto de sociedade*, os homens renunciam a uma parte dos seus direitos, em prol do Estado, do poder político e do soberano. (Cf.

MARTINS, Ana Maria Guerra. *As Origens da Constituição Norte-Americana* : Uma lição para a Europa. Lisboa: Lex, 1994. p. 48).

Suas idéias foram fundamentais para a evolução constitucional, desenvolvimento teórico do conceito de Estado e ideação da libertação dos cidadãos do jugo dos Governantes déspotas e Monarcas Absolutos, sendo Hobbes o primeiro dos pensadores políticos da Idade Moderna, a abrir caminho para a fundamentação/concretização do Direito e do Estado.

Sucedem, que outros autores ingleses, também influentes na época áurea da filosofia defendiam o “governo limitado por leis”, sendo que as suas lições e pensamentos foram decisivos para o surgimento da primeira Constituição Norte-Americana, promulgada em 17 de setembro de 1787.

Uma das grandes expressões da época, que recebeu uma verdadeira herança no plano filosófico – filosofia moral e política, jurídica e *iusracionalismo* – foi John Locke, criador e fundamentador de célebres lições em seus *Tratados*.

Sendo inclusive um dos fundadores do movimento intelectual iniciado na Inglaterra, no século XVII e difundido na Europa, denominado “Iluminismo”, que atingiu seu apogeu, principalmente na França, no século XVIII.

Desde as suas publicações, nos finais do século XVII, os *Tratados Lockianos* são conhecidos pelo vínculo que estabelecem entre propriedade e sistema político, elaborados a partir de sua interpretação do “pacto social de raiz popular”, onde o homem, no entanto, possui um conjunto de direitos naturais inatos e originários que não são delegáveis ao Estado, limitando deste modo o poder político.

Locke formula a mesma Teoria, divergindo apenas quanto ao aspecto democrático, quando afirma que o “contrato fundamental” determina a obrigação de

se considerar a vontade da maioria como vontade própria. Via de conseqüência, a Inglaterra reconhece como fundamento natural o princípio da maioria para todas as classes de leis, não admitindo mais a distinção prática entre Leis Constitucionais e Leis Civis (simples).

Isto porque Locke acreditava e defendia que o poder político é uma qualidade dos homens em sua condição natural: “antes de, y con independencia de la existencia de una comunidad con un poder político institucionalizado, los hombres tienen capacidad para gobernarse a si mismos; la ley natural, como ley de la razón, enseña al hombre en su condición natural deberes que tiene que cumplir derivados de ser una criatura de Dios; como tales criaturas deben los hombres conservar su vida y la de los demás; también tienen los hombres en su estado natural un Derecho para juzgar y castigar a quienes no cumplan el deber – mutuo y recíproco – de respetar la vida, la libertad y la propiedad.” (LOCKE, John. *Dos Ensayos sobre el Gobierno*. In: DOMINGO, Rafael (coord.). *Juristas Universales* : Juristas Modernos ; Séculos XVI a XVIII. Madrid: Marcial Pons, 2004. v. 2. p. 436).

A doutrina dos “direitos naturais dos homens” teve grande influência no constitucionalismo americano, que incorporou as idéias de Locke como forma de limitar o poder político. Tais princípios foram defendidos em um segundo momento por Charles-Louis de Secondat - Baron de la Brède- MONTESQUIEU (1689-1755), que preocupado com a liberdade individual dos homens, defendeu a “repartição do poder político” entre diversos órgãos do Estado. Os poderes deveriam estar separados para que, por meio deles, seus representantes não praticassem atos arbitrários e abusos que fossem prejudiciais aos cidadãos.

Assim, para MONTESQUIEU os três Poderes do Estado (Legislativo, Exe-

cutivo e o Judiciário) não poderiam estar reunidos em uma só pessoa e deveriam ser repartidos por órgãos diferentes, com a finalidade de assegurarem a liberdade política de cada cidadão. Cada Poder do Estado seria responsável pelo desempenho de sua função, independentemente um do outro, não havendo supremacia e ou hierarquia de um sobre o outro.

De outra forma se conduziu a “Teoria do Direito Natural” na Alemanha, onde Pufendorf apesar de adepto, atenuou a doutrina de Hobbes, tendo também a adesão de Jakob Boehme, conhecido como Böhmer (1575-1624) e Wolff (discípulo de Leibniz), dentre outros, que transformaram o conceito de “Lei Fundamental” de um modo peculiar, no sentido de que ela era constitucional exclusivamente, mas também limitadora do poder do príncipe pelo povo. De sorte que a teoria posterior que identifica a “Lei Fundamental” como Constituição (*Konstitutio nelle werfassung*), manteve seus principais traços.

Immanuel Kant (1724-1804), de nacionalidade alemã e filósofo-professor parte de uma dualidade, tendo o direito como ciência: “es el conjunto de todas las leyes jurídicas, pero en la medida que denota legitimidad, estriba en la conformidad de la acción con la regla de derecho, siempre y cuando [...] la acción no contradiga a la ley moral”. (ALONSO, Clara Álvarez. *Op. cit. ant.*, p. 162).

Portanto, Kant construiu a idéia de uma “Administração Moral” preocupada com o bem estar dos cidadãos, tendo no Monarca o verdadeiro tutor dessa missão.

Pois bem, pela filosofia, através de grandes pensadores e jusfilósofos, o *Estado* foi tomando forma mais humanizada, pois a sociedade já não suportava mais conviver com o poder ilimitado, despótico e absoluto do Monarca.

Este processo histórico fez nascer o ideal de Constituição, como “Lei Funda-

mental” de uma nação, capaz de organizá-la política e socialmente, inclusive com a segurança/afirmação de liberdades, inicialmente burguesas, contendo certas garantias de liberdades gerais, como explicitado por Carl Schmitt: “En el proceso historico de la Constitución moderna, há prosperado tanto un determinado concepto idela, que desde el silo XVIII, solo se han designado como constituciones aquellas que correspondían a las demandas de libertad.” (SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Tradução de: Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996. p. 59).

Nessa vertente, os séculos XVII e XVIII foram cruciais para que uma parte da Europa se libertasse dos resquícios norteadores do “Feudalismo”, regime este que vigorou durante a Idade Média, mais acentuadamente entre os séculos IX e XII regendo no referido Continente – parte ocidental- a ordem política, social e econômica, ou seja, ocorrendo a libertação da relação Rei (suserano dos suseranos)/Grandes Feudatários/Senhores Feudais/Suseranos/Vassalos/Servos/Vilões, bem como dos princípios norteadores do “Absolutismo”, regime político no qual todos os poderes se concentravam nas mãos dos Soberanos e seus Ministros, ou seja, da relação despótica, tirânica entre Monarca e súdito, para dar lugar a uma “Lei Fundamental” mais liberal.

Promulga-se então a primeira Constituição escrita no sentido moderno, que foi a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, visto que a Constituição inglesa não era escrita – predominantemente costumeira -, cujas normas são sempre incorporadas à legislação ordinária, constantemente em contínua adaptação.

A sua importância para o cenário político-ideológico-social da época na qual ocorreu a sua promulgação foi bem grande, pois a Constituição Americana foi a primeira “republicana” em um contexto

onde reinava na Europa o domínio absoluto, tirânico e despótico da Monarquia, representando o Rei a fonte divina do Poder.

Surgiu, pela primeira vez, uma sistema presidencialista (MARTINS, Ana Maria Guerra. Op. cit. ant., p. 17) e também foi estabelecido, de forma pioneira, a fiscalização da constitucionalidade das leis. (Aprofundar em: AMARAL, Diogo Freitas do. *Ciência Política*. Coimbra: Almedina, 1991. v. 2. p. 215).

Como muito bem expressou Ana Maria Guerra Martins: “A Constituição Americana é um verdadeiro laboratório de ensaio vivo das teses político-filosóficas imperantes na época. Mas ao mesmo tempo é o resultado de um pragmatismo que não hesita em afastar as teorias sem que tal se afigura necessário e útil.” (MARTINS, Ana Maria Guerra. Op. cit. ant., p. 17).

Portanto, apesar de ter um texto breve, (10 emendas), a Constituição Norte-Americana representa o repositório dos princípios fundamentais da soberania política, sem que ela despreze os direitos dos cidadãos. Pelo contrário, os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos foram estabelecidos para que a nação se desenvolvesse de forma democrática e equilibrada, deixando para trás o modelo do Estado Absolutista, que via no súdito um servo do poder do Monarca, absoluto e ilimitado.

Estes novos horizontes foram favoráveis para as mudanças constitucionais que se seguiram no curso da história.

Outro grande exemplo de mudança, incentivado pelo movimento iluminista no final do século XVIII, foi o Francês, “que levou os próceres da Revolução Francesa a redigir constituições segundo as teorias consideradas mais perfeitas. E quando uma constituição provava mal, procurava-se no arsenal filosófico nova doutrina para inspirar outra constituição.” (CAETANO, Marcello. *Direito Constitucional* : Direito

Comparado ; Teoria do Estado e da Constituição ; As Constituições do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. p. 126).

Vigorava na França o poder ilimitado e absoluto do Rei, sendo que a Revolução Francesa (1789-1799), reduziu o respectivo poder, para torná-lo um mecanismo mais humano, comum e racional, em favor do cidadão.

Todo pensamento político-social-ideológico da Revolução Francesa está fulcrado em seu primeiro documento escrito, qual seja, a “*Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão*”, votado na Assembleia Constituinte de 18 a 27 de agosto de 1789, e promulgada em 26 de agosto de 1789, ficando estabelecido em seu artigo 3º, que o princípio de toda soberania residia essencialmente na nação. 3. “Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation; nul corps, nul individu ne peut exercer d’autorité qui n’en émane expressément.”], bem como no seu artigo inaugural foi preconizado que todos os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos, sendo que as distinções sociais só podem estar fundamentadas na utilidade comum... [Art. 1º. “Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l’utilité commune.”].

O princípio básico sobre o poder que a Revolução Francesa adotou, incorporou as idéias, teses filosóficas e formulações ideológicas em especial, de François Marie Arouet, conhecido como Voltaire (1694-1778), Locke e Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), sendo que este último filósofo, em seu “Do Contrato Social”, citado por García de Enterría, deixou assente que: “El soberano, que nos es mas que um ser colectivo, no puede ser representado mas que por si mismo: el poder puede transmitirse, pero no la voluntad.” (ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Lengua de los De-*

rechos : La Formulación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa. Madrid: Alianza Editorial, 1999. p. 105).

Pois bem, aos 3 de setembro de 1791 foi promulgada a primeira Constituição européia originada da Revolução Francesa, baseada nos ideais estruturais sobre o poder, estabelecido por uma Assembleia Constituinte, criada para tal fim. E de consequência, este exemplo constitucional, foi adotado pelos demais países do Velho Mundo.

O Título III, da Carta francesa, intitulado -“Dos Poderes Públicos”- estabelece que a soberania é indivisível, inalienável e imprescritível, pertencendo a nação e não mais a um único indivíduo. O exercício do poder deixou de ser absoluto, para dar lugar a soberania da nação vinculada ao povo, de forma inseparável e permanente.

Surgiu, a seguir a idéia fundamental do governo limitado pela lei, o do “*régne de la loi*”, criada pelo “corpo legislativo”, que era representado por uma única Câmara, renovado pelo sufrágio universal todos os anos. É de competência desta Assembleia propor as leis à aprovação popular, bem como fazer decretos elegendo um conselho executivo de 24 membros, responsáveis pela execução dos seus diplomas legais.

Estas experiências foram verdadeiras lições para a humanidade, que passou a ter na função política da Constituição, o estabelecimento de limites jurídicos ao exercício do poder, que de ilimitado e irresponsável, ficou vinculado às normas e dispositivos legais. (Cf. KELSEN, Hans. ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?. Tradução de: Roberto J. Brie. Madrid: Editorial Tecnos, 1995. p. 5).

Essa garantia constitucional, na visão de Hans Kelsen: “significa generar la seguridad de que esos limites jurídicos no serán transgredidos. Si algo es indudable

es que ninguna otra instancia es menos idónea para tal función, que aquélla, precisamente, a la que la Constitución confiere el ejercicio total o parcial del poder y que, por ello, tiene en primer lugar la ocasión jurídica y el impulso político para violarla.” (KELSEN, Hans. Op. cit. ant., p. 5).

Assim, como a Constituição do Estado decide a unidade política de um povo (Cf. SCHMITT, Carl. Op. cit. ant., p. 29), ela delimita o poder, e estabelece uma orientação, em busca de um ideal, foi muito importante a fixação do “princípio da soberania popular”, como forma de limitar o poder, para evitar abusos.

Através da evolução dos tempos, tivemos grandes avanços no campo constitucional, pois o poder absoluto, despótico e tirânico passou a ser controlado por princípios até então ignorados.

Inicialmente, as Constituições, responsáveis pela geração de Poder Jurídico do Estado, ainda guardavam uma posição mais conservadora. A partir do século XIX, o Direito Constitucional foi considerado como ciência autônoma e sistematicamente ordenada, responsável pela transformação fundamental da estrutura jurídico-política tradicional, e que deu lugar a um sistema de normas e princípios valorativos, capazes de vincular todo o sistema legal. (Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 41).

Foi o ápice do Direito Constitucional que unificou a imagem jurídica do mundo, para a expansão de uma crença de que tal sistema representa uma fórmula definitiva da convivência harmônica-política-social, e de que era uma das grandes e definitivas intervenções da humanidade, efetiva e radicalmente vinculada ao progresso e a prosperidade dos povos, de maneira que o

Estado atrasado que pretendia entrar na esfera da evolução legal e juridicidade, teria inevitavelmente que efetuar a implantação do regime constitucional em seus domínios. (Cf. PELAYO, Manuel García. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1993. p. 29.).

Surge em um segundo momento, na Alemanha o “Positivismo” (escola filosófica fundada na França, no século XIX, pelo filósofo francês Isidore Auguste Marie François Xavier COMTE (1798-1857), introduzido por Gerber (1865) e Laband (1876) e em seguida, por Orlando (1888) na Itália, com influência nos demais países, inclusive fora do citado Continente, pois que os tratadistas franceses e ingleses nunca eliminaram as considerações de caráter filosófico, social, político e histórico, que deveriam guarnecer o sistema jurídico constitucional.

Com o estabelecimento da necessidade de uma constituição, o século XX revela uma crise na “Lei Fundamental”, que entre guerras e conflitos internacionais, teve que passar pela devida maturação, para dar lugar a uma concepção mais moderna e atual de uma verdadeira “Teoria da Constituição”, como forma de humanizar as relações dos povos e evitar que direitos e garantias fundamentais da sociedade fossem massacrados pelo Poder.

Exsurge, assim, no meio para o final do século XX, um Direito Constitucional clássico, que deu origem à atual “Teoria da Constituição”.

2. Conceito de Constituição e o fundamento de sua teoria.

O Estado, desde os primórdios da humanidade, tem atraído a atenção dos mais variados autores/pensadores/filósofos/sociólogos políticos- jurídicos/cientistas políticos, que se dispuseram a refletir sobre sua origem, fundamentação, natureza, modelo,

finalidade, soberania, entre outros muitos aspectos, sempre com a preocupação de encontrar um ideal de poder e de liberdade para a sociedade e por conseguinte para o cidadão.

Estes estudos, mesmo não aparecendo sob o título de “Teoria do Estado”, como hoje em dia, foram feitos por notáveis estudiosos/filósofos, sob outra designação, mas com a mesma preocupação de se vislumbrar o estudo do Estado. Isto se deu em “A República”, de Platão, em “A Utopia”, de Thomas Morus, “Nova Atlântida”, de Francis Bacon, “A Cidade do Sol”, de Tomaso Campanella ou no “Leviatã”, de Thomas Hobbes, dentre outros notáveis.

Com as inúmeras transformações das situações políticas, não existia a figura do poder ao qual estamos acostumados, o que leva alguns autores a não reconhecerem a existência de “Estados” na Idade Média, dado ao sistema de dominação existente do Monarca sobre os demais. Todavia, como sujeito de Direito Internacional, a figura do Estado se confundia com o próprio reino. Cabral de Moncada, (MONCADA, Luís Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado*. Coimbra: Coimbra Ed., 1996. v. 2. p. 192) em precioso estudo utiliza-se da expressão de um “policentrismo da degradação feudal e municipalista” da respectiva época, até o século XVI, onde apareceu a figura do Estado Moderno, capaz de designar grupos, territórios e poder de domínio. (CALHEIROS, Maria Clara. Do Estado: História e Conceitos; *Teoria do Estado Contemporâneo*. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 2003. p. 111).

Surge, portanto, a figura do Estado, como fator da concentração de poderes públicos na figura do Rei e do controle de um território, que significava a sua soberania.

A “palavra do Estado ficou geralmente associada ao grupo de domínio dotado do poder supremo.” (ZIPPELIUS, Rei-

nhold. *Teoria Geral do Estado*. 3. ed. Tradução de: Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 73). No sentido do Direito Público, Estado é o agrupamento de indivíduos, estabelecidos em um determinado território e submetidos a um poder público soberano, vinculado às regras constitucionais, que lhes outorga autoridade orgânica e vinculada aos princípios e as regras supremas. Assim, o Estado passou de Absoluto ao Constitucional, vinculando o poder ao Direito.

Sobre um outro prisma, Jorge Miranda, estabelece o seguinte conceito: “O Estado é uma sociedade política com indefinida continuidade no tempo e institucionalização do poder significa dissociação entre a chefia, a autoridade política, o poder, e a pessoa que em cada momento tem o seu exercício; fundamentação do poder, não nas qualidades pessoais do governante, mas no Direito que o investe como tal; permanência do poder (como ofício, e não como domínio) para além da mudança de titulares; e sua subordinação à satisfação de fins não egoísticos, à realização do bem comum.” (MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002. p. 35).

Deixando de lado a definição de Jorge Miranda, o Estado na atualidade é constitucional, “com qualidades”. Sendo certo que duas de suas qualidades são descritas por J. J. Gomes Canotilho como: “Estado de Direito” e “Estado Democrático” (“Estado Constitucional”). (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 93).

O Estado de Direito limita o poder político pelo ordenamento jurídico, estabelecendo o governo de leis.

Outro traço marcante do Estado de Direito é o estabelecimento jurídico de uma divisão de poderes, que hoje em dia é

mais conhecido como divisão de funções.

O Estado de Direito exige uma conformação com a democracia, para que não seja violada a soberania popular.

O Estado Constitucional é o Estado Democrático, instituído como fonte reguladora de uma estabilidade entre o poder central e o indivíduo. Esta estabilidade vem delineada geralmente pela “Lei Fundamental”, que ao mesmo tempo em que dota os poderes constituídos de direitos e garantias de governabilidade, estabelece limites para a sua atuação, quando elenca princípios e normas voltados para a consecução do bem comum de todos.

Assim, a soberania do poder que designava a superioridade do poder político do Estado, inverteu o seu papel, para dar lugar ao conceito democrático de liberdade do povo, através de princípios, direitos e garantias fundamentais constitucionais.

Esta é uma das conseqüências do Estado Democrático de Direito, que estabeleceu a “soberania popular” como uma forma de gerar a paz social, equilibrando o poder pelos direitos da coletividade.

Nesse cenário, o poder constituinte possui grande representatividade, visto que os representantes do povo são eleitos para elaborar uma Constituição, através da convocação/instalação de uma Assembleia Nacional Constituinte, ou do poder supraconstitucional.

Dessa forma, o poder de elaborar a Constituição pelos representantes do povo no Parlamento é responsável pela organização política da sociedade.

Em assim sendo, temos, em igualdade de pensamento com Paulo Bonavides (BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 37), que o Estado Constitucional ostenta três distintas características essenciais, ou seja, ele é liberal (separação de poderes), social (direitos fundamentais) e Democrático-Partidário (participação de todos).

Surge a “soberania constitucional”, que possui a mesma fórmula da soberania instituída para possibilitar que os indivíduos possuam direitos e garantias fundamentais individuais que os coloquem no “centro do poder”.

A soberania de um povo ou de um Estado, em igualdade de condições, se encontra regulada na Constituição, que instituiu a face do direito como a responsável pela salvaguarda dessa soberania.

Após este rápido esboço sobre a evolução e os traços fundamentais do Estado, há necessidade de se delimitar a *conceituação de Constituição*, que segundo Carré du Malberg, representa a existência do nascimento do Estado, através da sua primeira “Lei Fundamental”, seja ou não escrita. (MALBERG, R. Carré du. *Teoria General del Estado*. Tradução de: José Lión Depetre. México: Faculdade de Derecho/UMAM, 2001. p. 76).

Não se equivocou Carl Schmitt quando inicia a sua Teoria da Constituição destacando que a palavra constituição apresenta uma diversidade de sentidos. (SCHMITT, Carl. Op. cit. ant., p. 29).

Até chegarmos ao atual e presente estágio constitucional, muitos doutrinadores se debruçaram no estudo dessa ciência do direito para compreender a origem do Estado e estabelecer os direitos e as garantias fundamentais para toda a coletividade.

Desde as priscas eras, o homem se atormenta com o poder absoluto e ilimitado do Estado. E, acreditando que o império da lei seria suficiente para combater arbítrios do poder estatal, deixou a Constituição estagnada, no sentido de que ela apenas regulasse os poderes políticos e estipulasse os valores inerentes à soberania nacional.

Por esta razão, a doutrina se manteve firme na busca de uma real evolução da Carta Magna, e o ponto de partida foi a estruturação do Estado, como ente jurídi-

co, para após estabelecer a sua permanente importância perante a Nação.

Portanto, houve uma pluralidade de conceitos, como, por exemplo, o de Ferdinand Lassalle, que em abril de 1863, proferiu conferência perante um auditório composto de cidadãos (intelectuais e operários) da antiga Prússia, onde aduziu: “Constituição é um pacto juramentado entre o rei e o povo, estabelecendo os princípios alicerçais da legislação e do governo dentro de um país. Ou, generalizando, pois existe também a Constituição nos países de governo republicano: A Constituição é a lei fundamental proclamada pela nação, na qual baseia-se a organização do Direito público do país.” (LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição (Über das Verfassungswesen)*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 6).

Para Lassalle, o conceito de Constituição “é a fonte primitiva da qual nasce a arte e a soberania constitucionais.” (Ibid., p. 7).

Segundo Jellinek, toda associação permanente necessita de um princípio de ordenação, conforme o qual se constitui e desenvolva sua vontade. Este princípio de ordenação será o limite da situação de seus membros dentro da respectiva associação e em relação com ela. Essa ordenação se chama Constituição, assim definida pelo citado mestre: “La Constitución de los Estados abarca, por consiguiente, los principios jurídicos que designan los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, fijan el círculo de su acción, y, por último, la situación de cada uno de ellos respecto del poder del Estado.” (JELLINEK, Georg. Op. cit. ant., p. 413).

Carl Schmitt distingue os conceitos “absoluto”, “relativo”, “positivo” e “ideal”. Constituição em sentido absoluto para ele pode significar, no primeiro momento,

a concreta maneira de ser resultante de qualquer unidade política existente. A unidade política e a ordenação social, para o ilustre mestre, se pode chamar Constituição. O Estado, nas palavras de Schmitt: “no tiene una Constitución ‘según la que’ se forma y funciona la voluntad estatal, sino que el Estado es Constitución, es decir una situación presente del ser, un status de unidad e ordenación. El Estado cesaria de existir si cesara esta Constitución, es decir, esta unidad y ordenación. Su Constitución es su ‘alma’, su vida concreta y su existencia individual.” (SCHMITT, Carl. Op. cit. ant., p. 30).

Em uma segunda acepção absoluta, Carl Schmitt atribui ao termo Constituição o conceito de uma especial ordenação política e social, significando o modo concreto da supra ordenação e subordinação, em face à uma realidade social.

Por outro lado, em uma terceira significação de Constituição, ainda em sentido absoluto, para Carl Schmitt, é o princípio dinâmico de uma unidade política, renovada continuamente, sem perder, contudo, a sua força e energia subjacente, mantenedora da respectiva base de apoio. Aqui se entende o Estado, não como algo existente em repouso ou estático, senão como em evolução, buscando novos caminhos.

A Constituição, em sentido absoluto significa portanto uma regulação legal fundamental, que decide sobre um sistema de normas supremas, que radiam sobre todo o sistema jurídico, de forma permanente e atual.

A relativização do conceito de constituição, ainda de acordo com Carl Schmitt, significa, pois, as leis constitucionais (constituição como lei formal), distintas e formalmente iguais, regulando a vontade estatal ou outro interesse legalmente previsto. A prescrição legal-constitucional necessita ser fundamental (*grundlegend*).

Desse modo, considera-se relativizador o aspecto formal, “hace indistinto todo lo que está en una Constitución; igual, es decir, igualmente relativo”. (SCHMITT, Carl. *Ibid.*, p. 37). Em outras palavras, uma prescrição legal/constitucional necessita ser fundamental (*grundgesetz*), para representar a sua validade no cenário jurídico.

Por fim, o citado autor conceitua o aspecto positivo de Constituição quando se distingue constituição e lei constitucional, concebidas pelo Poder Constituinte.

Rafael Bielsa, em exame sumário da Constituição adverte que as suas disposições principais estabelecem o sistema de governo (formação, estrutura, funcionamento e atribuições dos poderes e órgãos que constituem a função estatal) e os direitos dos habitantes da nação, abrangendo o âmbito privado e o público.

Bidart Campos estabelece a Constituição em dois sentidos; a “formal” e a “material”: (CAMPOS, German Bidart. *Manual de Derecho Constitucional Argentino*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 1980. p. 12).

A formal possui as seguintes características: - ela é uma lei escrita e codificada, reunida em um texto único; - por ser suprema é considerada como superlei; - produto de poder constituinte.

Já o aspecto material é a parte da realidade constitucional que se integra com benefícios exemplares, que compõe uma ordem de conduta, representada por um modelo em todo universo jurídico.

Outro grande expoente do Direito Constitucional argentino, Linares Quintana, define a Constituição em “sentido genérico” e em “sentido específico”.

Nas duas hipóteses, é sustentado: “a) el concepto genérico de Constitución, que designa simplemente el ordenamiento u organización de un Estado: así como todo ente animado o inanimado, posee una

Constitución, cualquiera sea el contenido de ésta o los principios que la informen (...) b) el concepto específico de Constitución - del cual deriva el adjetivo constitucional, calificativo de un determinado tipo de Estado - que única y exclusivamente expresa la idea de un ordenamiento jurídico estatal orientado a la consecución de un fin supremo y ultimo: la garantía de la libertad y la dignidad del hombre en la sociedad; régimen que implica derechos individuales y derechos sociales.” (QUINTANA, V. Linares. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1978. v. 3. p. 106 e 108).

Marcello Caetano define a Constituição como “conjunto de normas fundamentais que regulam a atribuição e o exercício do poder político, definindo a competência dos seus órgãos, as funções específicas destes e os direitos dos indivíduos e das sociedades primárias com força obrigatória para todos os poderes constituídos e vinculativa dos seus atos.” (CAETANO, Marcello. *Op. cit. ant.*, p. 397).

Constituição em “sentido material” para Santi Romano é: “entendida como sendo sinônimo de organismo ou corpo social, ou seja, de instituição, tendo uma estrutura, uma ordem, um *status*, uma organização, mais ou menos estável e permanente, que reduz à unidade os elementos que o compõem, conferindo-lhes individualidade e vida própria.” (ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. Tradução de: Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1977. p. 3).

Já a Constituição em “sentido formal” para Santi Romano é: “Constituição, em sentido formal ou instrumental, nada mais é senão o documento, a ‘carta’, o ‘estatuto’ ou ainda a ‘lei’ que estabelece ou da qual resulta a Constituição em sentido material. Urge salientar que não é diversa

essa significação da palavra Constituição em sentido material quando esta resulta não de um documento escrito, mas dos costumes, como ocorre com a Inglaterra.” (Ibid., p. 4).

A “Constituição moderna”, na visão de J.J. Gomes Canotilho, seria: “a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político.” Em complementação à sua definição, Canotilho estabelece a incorporação das seguintes características: documento escrito, estabelecimento de direitos fundamentais e as suas garantias e a organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um poder limitado e moderado. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. ant., p. 52).

O único reparo que se faz ao grande mestre Canotilho, quanto ao seu conceito de Constituição é que a mesma pode derivar de um documento não escrito. Sabemos que constitui exemplo minoritário, pois a maioria dos Países adota o texto escrito, para a existência de maior segurança jurídica.

Jorge Miranda, também imbuído da modernidade, estabelece que: “as Constituições do século XX (todas ou quase todas) estendem o seu domínio e as novas regiões, garantindo não só direitos do homem, do cidadão, do trabalhador, como princípios objectivos da vida social, permitindo ou impondo intervenções económicas, modelando ou remodelando instituições públicas e privadas.” (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1996. t. 2. p. 21-22).

O conceito de “Lei Fundamental”, em um primeiro momento, que Paolo Biscaretti di Ruffia, desenvolve, utilizando-se de uma genealogia das Constituições modernas é o que indica em referência ao alu-

dido termo “Constituição”: “o conjunto de normas jurídicas fundamentais escritas ou não escritas, que estabelecem la estructura esencial del Estado.” (BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. p. 499).

Entendemos que a Constituição moderna “*constitucionalizou os direitos*” com regras e princípios, explícitos e implícitos, que afastaram os antigos princípios gerais de direito constantes no Código Civil Brasileiro, com a finalidade de tornar o Estado Democrático Social, voltado aos direitos e às garantias fundamentais dos cidadãos.

Houve uma mudança de posicionamento constitucional, em virtude de duas grandes guerras, em especial da segunda grande guerra mundial, que aterrorizou o mundo com violações arbitrárias e desumanas, nunca vistas dantes, contra os direitos e garantias fundamentais da humanidade. Sendo a “Gestapo” um dos grandes instrumentos das referidas violações.

Portanto, a Constituição atual é voltada para o disciplinamento amplo do ordenamento jurídico, a fim de torná-lo mais rígido, com normas e princípios fundamentais direcionados à uma proteção mais efetiva dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, em todos os ramos do Direito. A Constituição deixou de ser fonte protetora do Estado para ser a garantia fundamental absoluta da coletividade, vez que ela possui direitos fundamentais que não podem ser sufragados por ideais políticos ou por vontade do poder central.

Ou, pelas considerações de Konrad Hesse, “a característica decisiva da ordem estatal-jurídica da Lei Fundamental é, finalmente, que ela é a de um estado de direito social.” (HESSE, Konrad. Op. cit. ant., p. 169).

Assim, o Estado de Direito Social vincula e controla o *poder* pela Constituição, sendo que o mesmo deve submeter-se

e orientar-se pelos princípios constitucionais fundamentais, suas regras e garantias.

O constitucionalismo atual, estabeleceu princípios objetivos estatais na Constituição como forma de vincular o Estado, que deixou de ser intervencionista para ser prestador de serviços.

Dessa forma, o Estado fundamental é o que planifica, guia, presta, distribui e cumpre os princípios fundamentais, explícitos e implícitos elencados na Constituição.

Através do seu sucessivo “pensamento constitucional”, que é todo aquele referente à Constituição, surgiu no século XX a sua Teoria, voltada para o atingimento da modernidade de seus conceitos.

Ou, segundo Nelson Saldanha, “a teoria da constituição do século vinte envolve indagações mais peculiares e problemas mais definidos do que as indagações e os problemas que enfrentam, ou entraram, na evolução do pensamento constitucional no sentido mais amplo do termo.” (SALDANHA, Nelson. *Formação da Teoria Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 2).

Pela “Teoria da Constituição”, foi estabelecida a efetividade da Constituição, questionando o *status* pleno das normas jurídicas, através das quais se lêem ou se interpretam todos os atos públicos, de todos os Poderes.

Com o aparecimento do “Estado Constitucional”, após longa luta da humanidade contra o Estado absoluto, tirânico e despótico, o pensamento constitucional se tornou algo pleno e corrente, pertencendo ao cotidiano, pois não se admite mais que o poder subtraia do povo os seus direitos e garantias fundamentais. Essa é a principal característica da “Teoria da Constituição”, que visa interpretar a “Lei Fundamental” como forma de mantê-la sempre respeitada, observada, compreendida, eficaz e concretizada.

Como ordem fundamental jurídica da coletividade, a Constituição deve ser interpretada, para trazer estabilidade e paz para todos os cidadãos, através da limitação do poder pelos princípios, direitos e garantias fundamentais estabelecidos como imposição ao Estado. Segundo Pablo Lucas Verdú, (VERDÚ, Pablo Lucas. *La Lucha Contra el Positivismo Jurídico en la República de Weimar*. Madrid: Editorial Tecnos, 1987. p. 109) a “Teoria da Constituição” nasceu no período da Constituição de Weimar, alemã, de 11 de agosto 1919 (1918-1932); Em assim sendo, a 9 de novembro de 1918, o Imperador abdicou, quando a República já fora proclamada em Berlim e Munique. O Tratado de Versalhes (1919) prejudicou duramente a Alemanha. Com a fuga de Guilherme II o poder passou para um Conselho Provisório de Comissários do Povo, composto pelos social-democratas e formado em Berlim. Em período de grande crise política e econômica, com enorme agitação política, elegeu-se a Assembléia Constituinte convocada pelo Conselho. Reunida na cidade de Weimar, a Assembléia votou, em agosto de 1919, a Constituição Weimariana, na aparência republicana e democrática, estendendo o voto a todos os cidadãos com mais de vinte (20) anos, que elegeriam o *Reichstag* e o Presidente. A atmosfera de pobreza, miséria absoluta e violência reinante no País, propiciou ao austríaco Adolf Hitler fundar o Partido Nacional Socialista Operário Alemão, anticomunista, antijudaico e reivindicatório da superioridade racial alemã. Posteriormente, Hitler reuniu as funções de Chanceler e Presidente, tornando-se o *Reichsführer*. Em assim sendo, a Constituição Weimariana abriu o caminho para Hitler tentar dominar o mundo.

A aparição da “Teoria da Constituição” supõe a revisão profunda do método e do conteúdo do Direito Constitucional, da interpretação dos direitos e garantias

fundamentais e do novo enfoque da Teoria do Estado. E Pablo Lucas Verdú, citando o prefácio de Smend na “Constitución y Derecho Constitucional”, trouxe a visão do mestre germânico: “... la inseparable conexión entre la filosofía del Estado, la Teoría de la Constitución y la Teoría Jurídica del Estado; como ejemplo de que estas três disciplinas se complementan...” (VERDÚ, Pablo Lucas. Op. cit. ant., p. 111).

O Estado de Direito no qual os países modernos preconizam a democracia limita o poder estatal através da “Lei Fundamental”, garantidora da segurança jurídica e da liberdade legal.

Outro fator muito importante para a constante evolução da “Teoria da Constituição” é que o Estado intervencionista passou a ser prestador de serviços. Ele tem de exercer, doravante, tarefas essenciais, como assistência social e previsão planificadora ampla, capaz de garantir para toda a sociedade o respeito aos seus direitos fundamentais, instituídos como verdadeiros dogmas.

3. Classificação doutrinária de Constituição

As constituições se classificam quanto ao “conteúdo” (materiais e formais), à “forma” (escrita ou não escrita), ao “modelo de elaboração” (dogmáticas e históricas), à “origem” (promulgadas ou outorgadas), à “estabilidade” (imutáveis, rígidas, flexíveis ou semi-rígidas) e quanto à “extensão e finalidade” (analíticas ou sintéticas).

A Constituição *material* é aquela que se baseia no conjunto de regras materialmente constitucionais, codificadas ou não em um único documento. Estas normas materiais são importantes para a determinação do conteúdo de leis ordinárias.

Por outro lado, a Constituição *formal*, mais comum nos dias de hoje, é aquela estabelecida pelo poder constituinte ori-

ginário, possuindo forma escrita, através de um documento solene.

Pode a Constituição ser *escrita*, representando um conjunto de regras codificado em um único documento *ou não*. Geralmente elas são escritas, tendo como exceção a Constituição Inglesa que se utiliza de regras não aglutinadas em um texto solene, para basear-se em leis comuns (*common law*), costumes, jurisprudências e convenções.

Exemplificando a Constituição da Inglaterra, Jorge Miranda aduna: “Diz-se muitas vezes que a Constituição inglesa é uma Constituição não escrita (*unwritten constitution*). Só em certo sentido este asserto se afigura verdadeiro: no sentido de que uma grande parte das regras sobre organização do poder político é consuetudinária; e, sobretudo, no sentido de que a unidade fundamental da Constituição não repousa em nenhum texto ou documento, mas em princípios não escritos assentes na organização social e política dos Britânicos.” (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1990. t. 1. p. 126).

Segue este tipo não escrito a Constituição da Hungria e prevalece também em Israel.

Ao citar a Constituição dos Estados Unidos da América (escrita) e a da Inglaterra (não escrita), Linares Quintana traça a seguinte diferença entre elas: “surge claramente la diferencia esencial que existe entre las dos concepciones: la de la constitución no escrita, dispersa o inorgánica cuyo ejemplo típico es la de Inglaterra, y la de la Constitución escrita, codificada u orgánica, cuyo modelo es la de los Estados Unidos. La primeira es el resultado de una loga, lenta y laboriosa evolución a través de los siglos, hasta el extremo de que las instituciones políticas inglesas podrían compararse a esas majestuosas e incon-

movibles formaciones de la naturaza en el devenir de miles de años; la segunda es un plan institucional que por un acto reflexivo de los hombres y de una sola vez se elabora en un documento escrito.” (QUINTANA, V. Linares. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1978. t. 3. p. 116).

Por outro lado, quanto ao modo de elaboração, as Constituições podem seguir a aceção *dogmática* ou *histórica*.

Tal qual a forma escrita, a regra mais comum está na Constituição *dogmática*, representada por um sistema elaborado e escrito por um órgão constituinte, que estabelece princípios e normas fundamentais do direito dominante e da teoria política. A Constituição *histórica* é aquela que representa uma síntese de tradição de um determinado povo, que através do fato histórico estabelece a sua Magna Carta (v. g.: Constituição Inglesa).

No que concerne à origem, as Constituições *promulgadas* são tidas como populares e democráticas, ao contrário das *outorgadas*. Isto porque, na primeira situação, elas derivam do trabalho de uma Assembléia Nacional Constituinte, composta de parlamentares eleitos pelo povo com a finalidade de elaborarem uma Constituição (constituinte originário), ao passo que as outorgadas são impostas pelo poder vigorante da época, através de um ato de força (v.g.: Constituição Brasileira, EC nº 01/1969).

Sobre a estabilidade da Constituição, ela pode ser *imutável*, *rígida*, *flexível* e *semi-rígida*. A *imutável* é aquela que não permite alteração, constituindo-se relíquias históricas. (Cf. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 41). *Rígidas* são as Constituições que poderão ser alteradas por um processo legislativo mais rigoroso, onde são estabelecidas as condições. Ela, portanto, poderá ser

emendada mediante um determinado *quorum* de parlamentares, ou de um ritual legal, podendo ser restringida a futura alteração, como por exemplo, os direitos e garantias individuais que não podem ser objeto de deliberação a proposta de emenda que tente aboli-la (Art. 60, § 4º, CF).

Portanto, Constituições *rígidas* são aquelas em que estão previstas constitucionalmente a possibilidade de reformas ou serviços, através de procedimentos especiais de maior dificuldade.

Flexíveis são as Constituições que poderão ser alteradas pelo processo legislativo ordinário, através de “ley constitucional” (Cf. SCHMITT, Carl. Op. cit. ant., p. 41). Geralmente as Constituições flexíveis, em regra não são escritas.

Semiflexível ou *semi-rígida*, são as Constituições que poderão ser alteradas pelo processo legislativo ordinário, sem as dificuldades das duas anteriores.

Estes conceitos são ilustrativos para situar a formação e a evolução da “Teoria Constitucional”, visto que a partir do século XX, os povos evoluídos passaram a se dedicar à preservação de direitos e de garantias fundamentais para a coletividade, que já não admite mais uma nação sem uma “Lei Fundamental Democrática de Direito”.

Assim sendo, para encerrar o presente ciclo ilustrativo, as Constituições se subdividem quanto à sua extensão e finalidade, em *analíticas* e *sintéticas*. As primeiras (*analíticas*) são aquelas que examinam e regulamentam todos os assuntos que entendam relevantes à formação, destinação e funcionamento do Estado. As Constituições do Brasil, Portugal, Espanha, dentre outras, são analíticas, tendo em vista que em seus textos são veiculados os assuntos que serão constitucionalizados, pelos princípios e normas elencados como indispensáveis a este moderno processo.

As Constituições *sintéticas*, seguida pela Norte-Americana, estabelecem princípios ou normas gerais que regem o Estado, através de uma organização, bem como limitam o poder público pelos direitos e garantias fundamentais estabelecidas em prol da coletividade.

4. A nova interpretação constitucional.

Vivemos atualmente a fase da plena efetividade e aplicabilidade das normas e princípios constitucionais.

Isto porque, a efetividade e a aplicabilidade da Constituição conquistaram o *status* pleno de normas jurídicas, através das quais se lêem e se interpretam todos os atos públicos, inclusive os legislativos, consoante lição de Luís Roberto Barroso: “E a efetividade da Constituição, rito de passagem para o início da maturidade funcional brasileira, tornou-se uma idéia vitoriosa e incontestada. As normas constitucionais conquistaram o *status* pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam. Mais do que isso, a Constituição passa a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais. A Lei Fundamental e seus princípios deram novo sentido e alcance ao direito civil, ao direito processual, ao direito penal, enfim, a todos os demais ramos jurídicos. A efetividade da Constituição é a base sobre a qual se desenvolveu no Brasil, a nova interpretação constitucional.” (BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. 3. p. 5-6).

Portanto, essa idéia de nova interpretação constitucional não se limita aos atos legislativos e nem tampouco aos atos administrativos, visto que a efetividade da Constituição projeta-se por todo o sistema/ordenamento jurídico.

Há a “constitucionalização dos Direitos”, que se desgarram dos princípios gerais do Direito Civil, abrigados em seu Código ou exteriorizados pela legislação infraconstitucional para tomar assento na própria “Teoria Constitucional”, representada por suas regras e seus princípios.

Quanto aos princípios constitucionais, ainda no meio para o final do século passado, a doutrina, abolindo o recurso à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, utilizados para validar o mecanismo do sistema jurídico, demonstrou que constituem-se preposições básicas e fundamentais a serem seguidos por todos os ramos do direito.

Pois bem, os *princípios constitucionais* são fontes permanentes de direito, irradiando-se por todo o ordenamento jurídico infraconstitucional como diretrizes, a produzirem uma orientação legal, sob pena de violar-se a própria Constituição.

Para Robert Alexy as diretrizes que denominam princípios, supõem mandatos de otimização, é decidir, ou seja, são “normas que ordenam que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.” (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 86).

Trata-se, pois, relacionando também a terminologia de Dworkin, (DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Tradução de: Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1999. p. 213) não de valores ou de meros princípios (principies), senão de diretrizes (policies), isto é, de critérios pelos quais se fixam metas e objetivos políticos, sociais ou econômicos.

Para Paulo Bonavides, os princípios “são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucio-*

nal Positivo. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 84).

Assim, a elevação dos princípios no plano constitucional permitiu uma maior valoração dos direitos fundamentais, como aventado por Karl Larenz: “Entre os princípios ético-jurídicos, aos quais a interpretação deve orientar-se, cabe uma importância acrescida aos princípios elevados a nível constitucional. Estes são, sobretudo, os princípios e decisões valorativas que encontram expressão na parte dos direitos fundamentais da Constituição, quer dizer, a prevalência da ‘dignidade da pessoa humana’ (art. 1º, da Lei Fundamental) (...); o princípio da igualdade, com as suas concretizações no art. 3º, parágrafos 2º e 3º da Lei Fundamental e, para além disso, a idéia de Estado de Direito, com as suas concretizações nos artigos 19, parágrafo 4º e 20, parágrafo 3º, da Lei Fundamental e na secção relativa ao poder judicial, à democracia parlamentar e à idéia de Estado Social.” (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991. p. 479).

A seguir, o citado mestre germânico arremata: “É reconhecido que estes princípios não de ter-se em conta também na interpretação da legislação ordinária e na concretização das cláusulas gerais.” (LARENZ, Karl. Op. cit. ant., p. 479).

Os princípios constitucionais possuem grande valor normativo, constituindo-se a própria essência da realidade jurídica, com reflexo em todos os ramos do direito.

Ao constituírem, os princípios constitucionais, a base do ordenamento jurídico, “la parte permanente y eterna del Derecho y también la cambiante y mudable que determina la evolución jurídica” são idéias fundamentais e informadoras da organização jurídica da Nação. (Cf. PÉREZ, Jesús González. *El Principio General de*

La Buena Fe en El Derecho Administrativo. 2. ed. Madrid: Civitas, 1989. p. 59).

Portanto, pela nova interpretação constitucional é estabelecida a necessidade de se cumprirem e efetivarem não só as normas mas também os princípios.

Os “princípios gerais de uma ciência”, na visão de Norberto Bobbio, nada mais são que “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais graves”. (BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6. ed. Brasília: UNB, 1995. p. 256).

Também merecem destaque, as colocações de Bidart Campos, que ao se referir à hermenêutica constitucional, pontificou que “si hay principios generales del derecho constitucional (y no sólo la integración) deve girar en torno de ellos, em cuanto gozan de la supremacia de la constitución a la que pertenecen.” (CAMPOS, German Bidart. *La Interpretación y el Control Constitucionales en la Jurisdicción Constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1988. p. 234).

Para Marcello Ciotola, “os princípios são definidos como verdades de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de Juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Entendidos como verdades fundantes de um sistema de conhecimento, os princípios, tendo por base sua generalidade ou abrangência, se dividem em onivalentes, plurivalentes e monovalentes.” (CIOTOLA, Marcello. *Princípios Gerais de Direito e Princípios Constitucionais*. In: PEIXINHO, Manoel Messias (coord.) e outros. *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 29).

Como alicerce do conhecimento, os princípios constitucionais não podem ser dissociados do contexto geral, cabendo, nesse particular, registrar as colocações feitas por Miguel Reale: “Um edifício tem

sempre suas vigas mestras, suas colunas primeiras, que são o ponto de referência e, ao mesmo tempo, elementos que dão unidade ao todo. Uma ciência é como um grande edifício que possui também colunas mestras. A tais elementos básicos, que servem de apoio lógico ao edifício científico, é que chamamos de princípios, havendo entre eles diferenças de destinação e de índices, na estrutura geral do conhecimento humano.” (REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 61).

Constata-se, portanto, que a “Teoria da Constituição” vive um momento de vertiginosa ascensão científica e política, desgarrando-se por completo da grande crise que viveu no final do século XIX e início do século XX, para ser efetiva e permanente na vida social. (Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*. In: BARROSO, Luís Roberto (coord.). *A Nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 2).

Isto porque, a moderna dogmática jurídica já não exterioriza na lei um sentido de perfeição, pois o protagonismo é da Constituição, com o definido papel de unificar o sistema/ordenamento jurídico no âmbito interceptativo de suas normas e de seus princípios.

O Direito Constitucional estabelece a forma dentro da qual o intérprete deverá seguir para buscar a essência do direito e da justiça, pois a Constituição “instituiu um conjunto de normas que deverão orientar sua escolha entre as alternativas possíveis: princípios, fins públicos, programas de ação.” (BARROSO. Luís Roberto. Op. cit. ant., p. 9).

O princípio da subordinação à lei surgiu com a Revolução Francesa, elencado o princípio da legalidade, como uma das grandes contribuições à humanidade. Sucede que prevalece hoje em dia a subor-

dinação da lei à Constituição, após a confrontação com as regras e os princípios estabelecidos na Norma Fundamental, como uma supremacia a ser adotada pelo direito positivo.

Esta é uma vitória da “Teoria da Constituição”, que trouxe ao século XXI, propostas alternativas de não se repetir as fases das Revoluções e das Guerras, através da construção de uma sociedade livre, justa e de um Estado Democrático de Direito. A “*Constitucionalização do Direito*” é resultado desta evolução, eis que a lei já não representa mais “a expressão da vontade geral institucionalizada” (Art. 6., da “*Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*” de 1789: “A lei é a expressão da vontade geral institucionalizada.” -[6. La loi est l’expresion de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation...]-) representando o direito “um sistema aberto de valores” (BARROSO. Luís Roberto. Op. cit. ant., p. 35), que se realizam pelos princípios e regras contidos na “Lei Fundamental”.

A idéia de sistema jurídico, atualmente parte da unidade da Constituição, para valorar o Direito e evitar contradições de valores, indicando que o mesmo será bem sucedido.

A aplicação prática do Direito, em um “Estado Constitucional” não se dissocia dos princípios objetivos e das regras da Lei Fundamental, que possuem “incidência sobre o entendimento hermenêutico da lei.” (ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 180).

Os valores da Constituição são objetivos e se destinam a concretizar um “direito justo”, que segundo Platão (427 a. C.- 384 a. C.), para encontrá-lo seria necessário traduzir com pureza a estrutura da idéia de justiça.

Assim, pelo atual movimento constitucional, nascedouro da sua Teoria, o sistema de fontes formais do direito são definidos pela Constituição, “condicionado, por esta via, a validade e a inerente vinculatividade de todas as normas, funcionando como a norma das normas ou a fonte de todas as fontes de Direito...” (OTERO, Paulo. *Fundamentação da Constituição*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva e CAMPOS, Diogo Leite (orgs.). *O Direito Contemporâneo em Portugal e no Brasil*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 7-8).

A Constituição deixa de estabelecer somente normas de organização para disciplinar as relações jurídicas, instituindo princípios e regras que se projetam nos diversos ramos do Direito.

Essa redefinição da posição da Constituição na ordem jurídica brasileira está ligada ao movimento mundial que ao fortalecer a “Lei Fundamental”, coloca-a como “centro” do sistema jurídico pela normatividade de seus princípios.

Ou, como dito por Luís Roberto Barroso, a ascensão científica e política do Direito Constitucional criou uma “verdadeira filtragem”, tendo em vista que a Constituição deixou de ser um sistema em si, para dar lugar a uma nova tarefa, que é a de “interpretar todos os demais ramos do Direito.” (BARROSO. Luís Roberto. *Op. cit. ant.*, p. 44).

Esse fenômeno, a “Constitucionalização do Direito Infraconstitucional” não se perfaz apenas com a inclusão da Lei Fundamental nos diversos ramos do direito, mas, sobretudo, com a reinterpretção de seus “institutos” sob uma ótica constitucional. (“A principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo.” (CANOTILHO, J.J. Gomes ; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991. p. 45).

Expandiu-se, por outro lado, a “Teoria da Constituição”, que ao estabelecer uma “filtragem infraconstitucional”, não só estruturou, como sempre fez a própria esfera pública do Estado (öffentlichkeit), como dispôs também de setores da vida privada.

A filtragem constitucional foi sustentada por Clèmerson Merlin Clève (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito e os direitos – elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. São Paulo: Acadêmica, 1988. p. 149) desde o final da década de 80 e reproduzida por seu ilustre discípulo Paulo Ricardo Schier, (SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional : Construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 25) que a define como a força normativa da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico.

Por esta nova e atual dogmática, a norma infraconstitucional é interpretada a partir da Constituição Federal, visto que ela é vinculada à uma realidade social totalmente voltada para os “direitos fundamentais do cidadão”. Deixa, portanto, a Constituição de ser um catálogo de princípios políticos, para ter o encargo de definir o Direito, através de sua normatividade. Essa releitura do Direito, em conformidade com o posicionamento de Paulo Ricardo Schier, pode ser assim entendido: “Destarte, verifica-se que o discurso de filtragem constitucional e da constitucionalização do direito infraconstitucional inserem-se num momento teórico de superação de algumas conseqüências advindas do discurso crítico e, tomando seus referenciais epistemológicos, propõe o resgate da dignidade normativa do Direito, como um todo e, especificamente, do Direito Constitucional, possibilitando vislumbrá-los como instrumentos de atuação, intervenção e transformação da realidade social injusta, na me-

dida em que suas normas, produtos de uma constituinte democrática, dialogam com aquela “estrutura” da qual, anteriormente, eram vistos como simples reflexos, possibilitando a recuperação do espaço jurídico enquanto espaço de lutas e, também, de emancipação.” (SCHIER, Paulo Ricardo. *Op. cit. ant.*, p. 59).

Esta passagem da Constituição para influenciar o direito público e o privado resulta em uma grande evolução, que foi a de considerar os direitos fundamentais como primazia do sistema jurídico, tornando, via de consequência, efetiva a “Lei Fundamental”, em todos os segmentos jurídicos. Já estava na hora da mudança constitucional, visto que a coletividade clamava por um sistema jurídico mais atualizado, voltado às garantias dos direitos fundamentais, tendo em conta que os princípios gerais do direito não concretizavam isoladamente esta missão, como dito alhures.

Os direitos fundamentais do homem, portanto, se constituem bases da ordem jurídica (Cf. HESSE, Konrad. *Op. cit. ant.*, p. 239) pública e privada, como elementos objetivos: “Nessa perspectiva, não há mais limites precisos que separam direito constitucional e direito privado, não sendo possível concebê-los como ‘compartimentos estanques, como mundos separados, impermeáveis, governados por lógicas diferentes.” (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (coord.). *A Nova Interpretação Constitucional*. *Op. cit. ant.*, p. 120).

Assim, todos os dispositivos constantes da Constituição são dotados de “normatividade”, sendo certo, que o papel da Teoria da Constituição passa a ser o de “incrementar a força normativa da Constituição”, (SOUZA NETO, Cláudio Pereira

de. *Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 22) como um todo, sem fragmentação, pois como averbado por Norberto Bobbio, “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-lo, mas o de protegê-los.” (BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24). Funcionam os princípios como marco do desenvolvimento da concretização da Constituição, sendo substituída a idéia de Teoria do Estado pela Teoria da Constituição, responsável pela “constitucionalização do direito”.

Isto porque as atuais Constituições estabelecem diretrizes impositivas e permanentes para o legislador. Sendo que para Peter Lercher (LERCHER, Peter. *Übermass und Verfassungsgesetz: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*. 2. ed. Keip Verlag: Goldbach, 1999. p. 61-62) estas diretrizes são o que ele estabelece como “Constituição Dirigente”, aquela que “estabelece fins, tarefas e objetivos para o Estado e sociedade.” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de direito constitucional (e de teoria do direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1988. p. 41).

A seguir será demonstrada sumariamente e a título explicativo a “Constitucionalização do Direito Brasileiro”, após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

5. Constitucionalização do Direito brasileiro

Uma das consequências do atual estágio de evolução da “Teoria da Constituição” foi a *constitucionalização do direito brasileiro*, que através dos direitos e

garantias fundamentais estabeleceu regras e princípios explícitos ou implícitos que substituíram a involução então existente, onde o núcleo do Estado Constitucional passou a ser a vinculação do legislador a esta nova dogmática.

Nessa vertente, o *Direito Administrativo* passou a ter princípios fundamentais objetivos elencados no *caput*, do art. 37, onde a Administração Pública é obrigada a seguir, dentre outros, em todos os seus segmentos, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência e publicidade.

Independentemente das regras Constitucionais, os princípios explícitos elencados no *caput*, do art. 37, da CF, são diretrizes a guiar todos os atos públicos, inclusive os discricionários.

Ou pela dicção de Juarez Freitas, discricionariade é liberdade vinculada aos princípios constitucionais. (FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 76).

Assim, pela nova sistemática da “Teoria da Constituição”, a conveniência e a oportunidade dos atos administrativos não podem se desgarrar dos objetivos da Constituição, alterando o rumo do Direito Administrativo, que se constitucionalizou.

Por essa nova filosofia constitucional temos uma Administração Pública mais homogênea e cristalina, privilegiando a racionalização de seus atos, através de uma nova sistemática constitucional, não se admitindo mais atos fisiológicos, onde o aspecto político era o imperante.

O Direito Administrativo passado não garantia preceitos de ordem maior como o *due process of law* aos acusados em processos disciplinares, pois prevalecia a verdade sabida, em detrimento da verdade real.

Importante foi o estabelecimento do direito da ampla defesa e do contraditório no processo administrativo disciplinar, por

imposição do art. 5º, LV, da CF. Este salutar princípio colocou um ponto final em demissões sumárias, levadas a efeito sem as devidas garantias de que o acusado era realmente culpado.

Subprincípios constitucionais como o da razoabilidade/proporcionalidade passaram a fiscalizar também a dosagem da pena disciplinar, dentre outras relevantes tarefas, para não mais permitir que os atos públicos possam ser irrazoáveis. Tal lição também foi incorporada para os dispositivos elencados em edital de concurso público, onde não se permite que tais exigências maculem o necessário princípio da razoabilidade, estabelecendo limites às descabidas exigências.

Como visto, o Poder Público passou a ser absolutamente controlado pelas normas e princípios Constitucionais como um todo para dar lugar aos atuais “direitos fundamentais dos administrados”, que de subjugados passaram a ostentar importante papel na relação jurídica com o Estado, visto que o fim público se inicia quando se cumpre o que vem estabelecido na “Lei Fundamental”.

Esta importante transformação do Direito Administrativo estabelece um maior equilíbrio na então desequilibrada relação do Poder com os administrados, deixando a Administração Pública de ser extremamente poderosa para se encaixar em um conjunto de regras e de princípios constitucionais compatíveis com a atual conjuntura política e social que não admite mais o Estado agressivo e intervencionista.

Pela sua “constitucionalização”, o Direito Administrativo deixou ou deixará de ser arbitrário e despótico, causador de inúmeros abusos de poder, para dar lugar à proteção da pessoa humana e de sua dignidade, com a expressa proibição de transformar o homem em objeto de processos e ações estatais.

A disseminação do “princípio da dignidade humana” (art. 1º, III, da CF) teve o seu momento inicial depois da Segunda Grande Guerra, onde o mundo parece ávido pela reentronização dos valores civilizatórios, visto que o aludido princípio até então era uma verdadeira “utopia”. Após a criação da “Organização das Nações Unidas”, em 1948, houve a preocupação de recuperar os valores históricos da “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, que foi adotada e proclamada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembléia Geral das Nações Unidas.

Fixou-se a partir do impulso do “princípio da dignidade da pessoa humana” o desenvolvimento dos demais direitos e garantias fundamentais.

E o Direito Administrativo Francês, pelo curioso caso Monsangesur-Orge, Cidade da região metropolitana de Paris, onde é relatado pelo Ministro do STF Joaquim Barbosa (BARBOSA, Joaquim. O Poder de Polícia e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência Francesa. *ADV Advocacia Dinâmica*, Rio de Janeiro, p. 17-20, dez. 1996), que o Prefeito daquela região interdito certamente conhecido como “arremesso de anão” (*lançer de nain*) e consistente em transformar um anão em projétil a ser arremessado pela platéia de um ponto a outro de uma discoteca. A empresa interessada e o próprio anão, em litisconsórcio ativo, obtiveram do Tribunal Administrativo de Versalhes a anulação do ato do Prefeito. Mas o Conselho de Estado, órgão de cúpula da jurisdição administrativa, reformou a decisão do Tribunal à consideração de que o respeito à dignidade da pessoa humana é um dos componentes da ordem pública. (Cf. BARBOSA, Joaquim. Op. cit. ant., p. 17).

Incidências do postulado também se apontam, em matéria administrativa, em nossos Tribunais. Um dos mais conheci-

dos e no âmbito da prestação de serviços de eletricidade e do fornecimento de água, onde o Poder Judiciário têm-se declarado essencial à dignidade do ser humano, sendo vedado o súbito corte do aludido serviço por falta de pagamento do consumidor.

Também administrativa é a índole de significativa aplicação do princípio em questão, decidido pelo Supremo Tribunal Federal no caso de licenciamento de táxis e credenciamento de taxistas, onde havia o quadro de exploração iníqua, pelo homem, do trabalho do homem, cronicamente propiciada no Município do Rio de Janeiro.

Tem-se, portanto, que o “novo Direito Administrativo” foi “constitucionalizado” para humanizar a relação do poder com os administrados, no atual estágio do Estado Social de Direito, vigorando, dentre outros, não só os estabelecidos na “Lei Fundamental”, como também os princípios administrativos gerais, subsidiariamente àqueles.

Os princípios constitucionais/administrativos podem ser explícitos ou implícitos. Na primeira situação eles são estabelecidos de forma expressa e inequívoca, ao passo que na outra hipótese eles se deduzem do contexto das normas constitucionais implicitamente.

Vinculam, portanto, os princípios e regras constitucionais à Administração Pública quando ela pratica seus atos, tendo em vista que de rígida e autoritária ela se tornou flexível e democrática, interligando-se ao Estado Social de Direito e às suas finalidades.

Por outro lado, as ligações do *Direito Penal* com o Direito Constitucional além de extremamente entrelaçadas, são fundamentais, pois envolvem o conflito entre os direitos do cidadão e os da sociedade.

Ao definir o “Direito Penal” como disciplina jurídica, Luis Jiménez de Asúa (ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de De-*

recho Penal. Buenos Aires: Editorial Losada, 1964. t. 1. p. 33), aduziu que trata-se do: “Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionar y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora.”

Ao tempo em que escreveu sobre a definição do Direito Penal, o insigne mestre Luis Jiménez de Asúa (ASÚA, Luis Jiménez de. *Ibid.*, p.195) estabeleceu as suas relações com a ciência do Estado e com o Direito Constitucional, a partir da “*Magna Charta Libertatum*”, de 1215, da “*Bill of Rights*”, de 1689, e da “*Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão*”, de 1789.

Portanto o Direito Penal, como parte integrante da ordem jurídica, “se vincula con la ciencia del derecho constitucional, que abarca los principios fundamentales del Estado y del Derecho y, especialmente, del Estatuto político del Estado, que es la primera manifestación legal de la política penal.” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Tratado de Derecho Penal : Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 1988. t. 1. p. 183).

O “Estado Constitucional de Direito” que vigora (Aprofundar em ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1991) na atualidade vincula o Direito Penal, através de regras e princípios básicos garantidores da estabilidade entre o *ius puniendi* do Estado e as cláusulas pétreas elencadas como instituidoras de compromissos com os direitos dos acusados. Este elo é indissolúvel e influencia a legislação penal infraconstitucional, ou seja, “el saber del derecho penal debe estar sujeto siempre a lo que informe el saber del derecho constitucional.”

(ZAFFARONI, Eugênio Raúl ; ALAGIA, Alejandro ; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal : Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 191).

Vigora a “*constitucionalização*” do Direito Penal, tal qual a do Direito Administrativo, como uma forma de evitar a prática de ilegalidades, abusos e arbitrariedades por parte do Estado, “fixando-lhes diretrizes do Direito Penal liberal.” (MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Atualizado por Antônio Cláudio Mariz de Oliveira, Guilherme de Souza Nucci e Sérgio Eduardo Mendonça Alvarenga. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1. p. 59). Encontra-se albergado esse novo direito do Estado Constitucional e Democrático de Direito, que é o da “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III, CF), sendo que nenhuma ordem jurídica pode afrontá-la, por ser um valor absoluto onde repousa a própria existência do poder público, visto que o aludido princípio representa a essência da humanidade.

A elaboração do direito não pode se descuidar de um valor moral superior, ou seja, o Estado deve se empenhar em absoluto na tutela e proteção da “dignidade humana”, como forma de validade de seus próprios atos. Do contrário haveria a quebra da unidade do sistema jurídico, tendo em conta que o texto constitucional estabelece o princípio da justiça e a idéia de direito decorrentes do respeito pela dignidade da pessoa humana. Ou como muito bem averbado por Paulo Otero, a dignidade da pessoa humana é dotada “de uma natureza sagrada e de direitos inalienáveis, afirmase como valor irrenunciável e cimeiro de todo o modelo constitucional, servindo de fundamento do próprio sistema jurídico: o homem e a sua dignidade são a razão de ser da sociedade, do Estado e do Direito.” (OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública - O Sentido da Vinculação*

Administrativa à Juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003. p. 254).

Como verdadeira fonte formal do Direito Penal e do Direito Processual Penal, a Constituição brasileira estabeleceu, dentre outras regras e princípios, os seguintes: o juiz natural tanto na esfera judicial como administrativa (art. 5º, LIII, CF); que não haverá juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII, CF); do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF); da legalidade dos delitos e das penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) ou princípio da reserva legal (art. 5º, XXXIX, CF); o Tribunal do Júri para julgamento dos crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII, CF); irretroatividade da lei penal, salvo para beneficiar o réu (art. 5º, XL, CF); imprescritibilidade e inafiançabilidade do crime de racismo (art. 5º, XLII, CF); obrigação de a lei considerar inafiançável e insuscetível de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos (art. 5º, XLIII, CF); imprescritibilidade e inafiançabilidade de crimes de grupos armados, civil ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CF); princípio da intransmissibilidade da pena (art. 5º, XLV, CF); individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF); impossibilidade de pena de morte, de caráter perpétuo, trabalhos forçados, de banimento e cruéis (art. 5º, XLVII, *a, b, c, d e e*, CF); cumprimento da pena em estabelecimentos próprios (art. 5º, XLVIII, CF); respeito à integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX, CF); direito das presidiárias de permanecerem com seus filhos durante o período da amamentação (art. 5º, L, CF); o brasileiro não poderá ser extraditado (art. 5º, LI, CF); o estrangeiro não será extraditado por crime político ou de opinião (art. 5º, LII, CF); inadmissibilidade de prova

ilícita (art. 5º, LVI, CF); rol dos culpados somente após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória ou princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF); o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, exceto nas hipóteses previstas em lei (art. 5º, LVIII, CF); ação penal privada, nos casos de crimes de ação pública, se não for intentada no prazo legal (art. 5º, LIX, CF); publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX, CF); hipóteses constitucionalmente definidas para a privação da liberdade (art. 5º, LXI, CF); direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, CF); identificação dos responsáveis pela prisão do preso (art. 5º, LXIV, CF); relaxamento de prisão ilegal (art. 5º, LXV, CF); liberdade provisória com ou sem fiança (art. 5º, LXVI, CF); inexistência de prisão civil por dívidas, salvo a decorrente de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia ou de depositário infiel (art. 5º, LXVII, CF); *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII, CF); mandado de segurança (art. 5º, LXIX, CF); indenização por parte do Estado ao condenado por erro judiciário, bem como ao que ficar preso além do tempo fixado na sentença (art. 5º, LXXV, CF) e crimes de responsabilidade do Presidente da República (art. 85, CF).

Serão inconstitucionais leis que violem as regras e os princípios elencados na Constituição Federal com radiação para o âmbito do Direito Penal e do Direito Processual Penal, tendo em conta que a “constitucionalização desses direitos” é levada à efeito para tutelar os direitos e as garantias fundamentais do homem e também balizar corretamente os órgãos de soberania nacional. Essa foi a fórmula que o constituinte moderno concedeu para estabelecer limites às normas punitivas penais que o legislador infraconstitucional deva promulgar.

Impende salientar a grande relevância do “princípio da presunção de inocência”

para a humanidade, visto que compete à acusação provar a culpa do acusado, ou seja, o ônus da prova compete à quem alega.

O princípio da presunção de inocência foi um dos atributos instituídos pela Revolução Francesa de 1789, onde não se admitia mais que se presumisse a culpa do acusado. Funciona esse salutar princípio como um limite à acusação penal ou administrativa, que deve ser provada através de elementos lícitos pelo órgão público, não competindo ao acusado demonstrar a sua inocência. Cabe ao representante do órgão do Ministério Público Federal ou Estadual comprovar, de forma inequívoca, a culpa do investigado/denunciado, pois a mera suspeita/indício não dá azo a inversão do ônus da prova.

O processo passou de inquisitivo para acusatório, elevando-se a presunção de inocência em princípio fundamental da ciência do direito, como pressuposto de todas as garantias dos procedimentos acusatórios, sendo proibida a condenação por meras suspeitas, indícios ou presunções. Devendo, em matéria probatória, imperar a “verdade real”.

Os princípios informadores da presunção de inocência também estavam presentes, há vários séculos, na Constituição não escrita dos britânicos, e se traduzia na condição de elevar a necessidade da certeza como pressuposto para um veredicto condenatório: *beyond any personable doubt*.

Na emenda número V, da Constituição dos Estados Unidos da América, se reconhece o direito à todo cidadão ao *due process of law* que, segundo interpretação do Tribunal Supremo Constitucional daquele país, pressupõe a presunção de inocência.

A Revolução Francesa presenteou o mundo com a “*Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*”, incorporando as idéias dos pensadores (filósofos) ante-

cessores e da época e a ilustração, muito especial, de Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, pertencente ao movimento filosófico-humanitário da segunda metade do século XVIII, que havia publicado em 1764 sua obra imortal “*Dei Delitti e delle Pene*”, que teve enorme repercussão em toda Europa, onde se criticava abertamente a falta de garantias do procedimento inquisitório, sendo o acusado tratado em um primeiro momento como culpado, de tal forma que para afastar esse dogma ele tinha que provar a sua inocência, tornando a apuração viciada e inconclusiva.

A solidificação desse salutar princípio se tornou uma realidade mundial, onde os povos sentiam-se e sentem-se “obrigados” a não mais condenar ninguém por “mera presunção”.

Nesse sentido, o artigo XI. 1. da “*Declaração Universal dos Direitos Humanos*”, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948, dispõe que: “*toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras que no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y em juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.*”

O “*Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*”, aprovado também pela ONU, em 16 de dezembro de 1966, estabeleceu em seu artigo 14.2, que: “*toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.*”

No mesmo sentido, a “*Convenção Européia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*”, de 4 de novembro de 1950, dispõe em seu artigo 6.2, que “*qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.*”

Comentando a citada Convenção, Ireneu Cabral Barreto, define a “presunção

de inocência” no seguinte sentido: “A presunção de inocência é um dos elementos do processo equitativo, que abarca o conjunto do processo independentemente do seu destino e que se dirige antes de tudo aos juizes, ao seu estado de espírito e a sua atitude mental. No momento da decisão, o juiz sem *parti pris* ou prejuízo, deve basear-se apenas em provas diretas ou indiretas, mas suficientemente fortes aos olhos da lei para estabelecer a culpabilidade, ele não deve partir da convicção ou da suposição de que o acusado é culpado.” (BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção Européia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1995. p. 112).

O princípio da “presunção de inocência” em nosso direito positivo vem contido no artigo 5º, LVII, da CF. Funciona esse princípio como uma garantia de que ninguém será considerado culpado, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Esta esfera jurídica, que priva a liberdade de pessoas e estabelece pesadas sanções, tem na Constituição o verdadeiro respaldo jurídico-constitucional para combater excessos ou abusos de poder, bem como a denúncia penal sem uma justa causa. Essa é uma das maiores injustiças, revelada pela perseguição estatal ao inocente, que não infringiu um tipo penal para ser investigado e *a posteriori* denunciado por um representante do órgão do Ministério Público Estadual ou Federal, em Juízo. O uso da jurisdição pelo poder público deve ser responsável.

Desse modo, o Estado, no desempenho de sua finalidade de assegurar a ordem jurídica, não pode ser irresponsável na sua atuação, tendo em vista que, como parte, representado por um dos seus entes públicos, deve trazer para a sociedade a “segurança” de que não perseguirá pessoas ou grupos com a propositura de ações temerárias, que trazem no seu âmago o espírito da

perseguição ou da vingança política. (Cf. MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Ilegalidade e Abuso de Poder na Investigação Policial e Administrativa, na Denúncia, e no Ajuizamento de Ação de Improbidade Administrativa, quando ausente uma Justa Causa*. In: *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, n. 20, ano 5, p. 77-124, abr./jun. 2005).

Pelo princípio da inviolabilidade, da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, de cunho Civil/Constitucional (art. 5º, X, CF), o homem só poderá ser molestado juridicamente, na esfera penal ou administrativa, se houver um indício ou uma robusta prova capaz de afastar o princípio da presunção de inocência, pois do contrário, existindo denúncia pelo esforço intelectual do seu subscritor, “a ausência de um justo motivo” autoriza o Poder Judiciário “trancar” a aludida ação ou investigação penal, através da medida cabível, bem como mandar “arquivar” o processo administrativo disciplinar pelo mesmo motivo.

Funciona o “princípio da legalidade constitucional” como forma de possibilitar a segurança jurídica da sociedade, como muito bem colocado por Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend, devendo, por conseqüência, serem respeitadas todas as regras, fundamentos e princípios da “Lei Fundamental”, sob pena de invalidação dos atos legislativos infraconstitucionais. (“De este modo, el principio de legalidad es una fuente de seguridad jurídica para los ciudadanos y consigne establecer un enlace entre los tribunales y las decisiones del legislador.” (JESCHECK, Hans-Heinrich ; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal : Parte General*. 5. ed. Tradução de: Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 136).

O *Estado Constitucional* como resultado/conseqüência da era moderna superou

o Estado de Direito, alterando seu modelo da legalidade pelo princípio da constitucionalidade, onde as garantias, os direitos fundamentais, regras e os seus princípios constituem a base da ordem jurídica como um todo.

Nesse contexto, houve a “*constitucionalização do direito privado*”, influenciado também pelos princípios, pelas garantias e pelos direitos fundamentais da nova ordem constitucional. Essa talvez tenha sido a “grande prova da constitucionalização de todo o ordenamento jurídico”, visto que as instituições privadas sempre foram resolvidas pelo Código Civil e legislação infraconstitucional esparsa, dissociada dos institutos de direito público albergados na Constituição. Isto porque as instituições privadas informavam-se por conceitos costumeiros que sofriam o impacto dos interesses individuais onde prevaleciam os dispositivos do Código Civil Brasileiro e da tradição, subordinados ao princípio geral da autonomia da vontade, que somente era limitada pelos preceitos de ordem pública, estabelecidos em prol da paz social. Hoje o Direito Civil não é o responsável pela posição do indivíduo frente ao Estado, por ser matéria regulada pela Constituição. Esta mudança de perfil do direito privado deve-se em grande parte aos direitos fundamentais inseridos na Constituição, “como elementos da ordem objetiva do processo de formação da unidade política e da atividade estatal”, com radiação imediata para a relação privada (HESSE, Konrad. Op. cit. ant., p. 296).

Em uma fiel análise sobre a evolução do Direito Civil após a “Lei Fundamental” de 1988, Maria Celina Bodin de Moraes, afirma: “Afastou-se do campo de Direito Civil a defesa da posição do indivíduo frente ao Estado, hoje matéria constitucional.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitu-

cional. In: *Revista de Direito Civil*. São Paulo, nº 65, p. 22, jul./set., 1993).

Nessa linha, a ilustre civilista traça o atual perfil do Direito privado que passou a ser “publicizado” para se correlacionar com uma certa “privatização do direito público”, encurtando-se a clássica dicotomia “Direito Público – Direito Privado”, para defender a construção de uma “unidade hierarquicamente sistematizada do ordenamento jurídico”. Sendo certo que esta unidade se inicia com a idéia de que “os valores propugnados pela Constituição estão presentes em todos os recantos do tecido normativo, resultando, em consequência, inaceitável a rígida contraposição.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit. ant., p. 31).

Outra não foi a conclusão de Pietro Perlingieri, notável civilista italiano, que em 1975, com esteio na Constituição da Itália, de 1948, já advertia: “O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo texto constitucional. Falar de decodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microordenamentos e em diversos microssistemas, com ausência de um desenho global. (...) O respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e vigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos. A questão não reside na disposição topográfica (códigos, leis especiais), mas na correta individualização dos pro-

blemas. A tais problemas será necessário dar uma resposta, procurando-a no sistema como um todo, sem apego à preconceituosa premissa do caráter residual do Código e, por outro lado, sem desatenções às leis cada vez mais numerosas e fragmentadas.” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil : Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2. ed. Tradução de: Maria Cristina de Cicco. São Paulo: Renovar, 2002. p. 6).

Ou, como dito por Caio Mario da Silva Pereira: “Diante da primazia da Constituição Federal, os ‘direitos fundamentais’ passaram a ser dotados da mesma força cogente nas relações públicas e nas relações privadas e não se confundem com outros direitos assegurados ou protegidos.” (PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Atualizado por Regis Fichtner. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 3. p. XI).

Os princípios gerais de direito eram os responsáveis pela solução dos conflitos privados quando a lei fosse omissa. O Juiz, segundo o disposto no art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, quando omissa o texto legal, decidirá de acordo a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Agora “já não mais vigora esta posição anteriormente ocupada pelos princípios gerais de direito”, visto que os “princípios constitucionais” se sobrepõem a eles, “constitucionalizando o Direito Civil”.

Deixa o Código Civil e a legislação infraconstitucional de ser a única responsável pela regulação do direito comum (privado), pois vigora a consolidação da idéia de “Constituição” como norma suprema dos direitos fundamentais, “inclusive nas relações privadas”, onde os direitos foram constitucionalizados para transformar toda a cultura jurídica, no sentido “de demonstrar a plena consciência do impac-

to da Constituição nas relações de direito privado.” (TEPEDINO, Gustavo. A Parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na Perspectiva civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Crise de Fontes Normativas e Técnicas Legislativas na Parte Geral do Código Civil de 2002*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. XVII).

Salienta-se também que o art. 5º, da Constituição Federal, preconiza como direito fundamental a “igualdade perante a lei”, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança, dentre outros. O que significa dizer que são vedadas discriminações fortuitas ou injustificadas.

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias fundamentais do ser humano tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana, independentemente de cor, raça, sexo, profissão e outros critérios. Sendo adotado pela Constituição o “princípio da igualdade de direitos”.

A finalidade dos direitos e garantias fundamentais, dentre outras é a manutenção da essência do “princípio da igualdade”, definido pelo Supremo Tribunal Federal como: “O princípio isonômico releva a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas.” (STF, Rel. Min. Marco Aurélio, AI nº 207.130/SP, 2ª T., DJ de 3.04.68, p. 45).

É de se sublinhar que nas relações de direito privado as normas fundamentais estabelecidas na Carta Magna Federal (*Dirtwirkung*) são “aplicadas imediatamente”, não podendo o ser humano sofrer discriminações de qualquer forma, sob pena de infringência à cláusula contida no *caput*, do art. 5º, da CF.

Como peça matriz do ordenamento jurídico, a “Constituição” se projeta sobre todos os ramos do direito, inclusive o Direito Civil, onde as relações privadas devem seguir fielmente as normas da CF, como, também, defendido por um dos maiores constitucionalistas da Europa Continental, J. J. Gomes Canotilho: “É crescente o número de trabalhos dedicados às relações entre o direito constitucional e o direito civil. Por vezes, os estatutos denotam logo a matriz constitucionalista ou civilista dos seus autores. Com efeito, uns falam com arrogância de ‘civilização do direito constitucional’ e outros respondem com igual sobranceira com a ‘constitucionalização do direito civil’. Num tom mais sereno, abordam-se aqui questões onde convergem importantes problemas dogmáticos do direito constitucional e do direito civil. Haja em vista o problema da eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica (*Drittwirkung*) (...) Podemos afirmar, com relativa segurança, que, hoje, um dos temas mais nobres da dogmática jurídica diz respeito às imbricações complexas da irradiação dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos (*Drittwirkung*) e o dever de protecção de direitos fundamentais por parte do poder público em relação a terceiros (*Schutzpflicht*) na ordem jurídico-privada...” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. p. 192).

Os direitos e a liberdade limitam o poder e afirmam-se sem limites, e, mesmo que esteja em questão uma relação privada, existe a vinculação às regras constitucionais fundamentais e aos seus aludidos princípios.

Pois bem, antes mesmo de constarem em textos legais, fazendo parte do ordenamento positivo das sociedades políticas e democráticas, os filósofos já proclamavam a existência dos direitos fundamentais da

pessoa, mínima exigência para o convívio em sociedade.

Estes direitos fundamentais na antiguidade vieram sob o rótulo de “direito natural”, a cuja evolução se liga, por isso, corretamente a sua própria história. (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p.11).

Não foi em vão que Del Vecchio projetou “la idea de la justicia, en función de la dignidad de la persona individual y en función de la paridad o igualdad jurídica, implica la idea de la reciprocidad, la cual significa que un sujeto al obrar respecto de otros debe hacerlo sólo sobre la sabe que se reconozca como legítima en las mismas circunstancias una conducta igual de los otros respecto de él.” (DEL VECCHIO, Giorgio. *La Giustizia*. 4. ed. Roma: Editrice Studium, 1951. p.5).

Em uma perspectiva contratualista, John Locke justificava a limitação da liberdade natural pela necessidade da paz comunitária.

A era dos direitos iniciada no século XX se preocupa com a tutela da pessoa humana, integrando este valor supremo em todo o sistema jurídico, através da sua “constitucionalização”.

No campo do *Direito Processual Penal* e do *Processual Civil* também são verificados importantes avanços constitucionais, onde o princípio de uma ampla defesa e do contraditório (*due process of law*) passou a ser direito fundamental em todas as lides forenses e processos administrativos (art. 5º, LV, CF), sendo inconstitucional a utilização de prova ilícita. Quanto às balizas constitucionais dos princípios e das regras do processo penal já declinamos anteriormente as inovações.

Sendo que o “Direito Processual Constitucional tem por fim sistematizar as normas e os princípios da constituição con-

cernentes ao processo.” (MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 3). Ada Pellegrini Grinover identifica o direito processual constitucional como: “A condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo”, incluindo em seu conteúdo programático “de um lado, a tutela jurisdicional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; de outro lado, a jurisdição constitucional.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1975. p. 7).

A priorização do “acesso à Justiça”, como direito fundamental do cidadão, também foi um dos grandes avanços na consolidação da Constituição como um todo, pois nem a lei e nem qualquer autoridade podem impedir que o jurisdicionado ingresse perante o Poder Judiciário para ver solucionado o seu pleito ou a ameaça de lesão (art. 5º, XXXV, CF) sem dilações indevidas. A duração de um processo judicial ou administrativo, em tempo razoável, passou a ser preocupação do constituinte moderno, que através da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, introjetou o art. 5º, LXXVIII, na Constituição, com a seguinte redação: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Esse novel princípio da celeridade dos procedimentos judiciais e administrativos teve como objetivo censurar a eternização das lides, que se arrastam em decorrência da grande quantidade de recursos que o Código de Processo Civil e Penal estabelecem, ou, na outra situação jurídica, pela inércia da Administração Pública.

Por essa nova filosofia da celeridade da tramitação das lides, fica reforçado o

disposto no art. 273, do Código de Processo Civil, que permite ao Magistrado a concessão da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional quando presente a verossimilhança das alegações da parte autora.

Essa constante preocupação, estabelece que os pilares do processo possuem os seus fundamentos na “Lei Fundamental”, tendo em vista que os institutos da teoria geral do processo (ação, jurisdição e processo) não são suficientes para humanizar as demandas. Com maestria, Paulo Roberto de Gouvêa Medina, ordena o ideal dos princípios processuais vinculados aos princípios constitucionais: “A lei processual orienta-se por princípios de duas ordens: os princípios estritamente processuais, que exprimem o sistema a que se filia, e os princípios constitucionais, que preordenam sua elaboração. (...) têm-se, assim, ao lado dos princípios constitucionais básicos de imediata repercussão no campo do processo.” (MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Op. cit. ant., p. 27- 28).

Sendo sublinhado pelo citado publicista (MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Op. cit. ant., p. 28), que o lado dos princípios constitucionais processuais agregam-se outros princípios constitucionais de ordem pública que são perfeitamente aplicáveis ao contexto *sub oculis*, decorrentes de princípios invocáveis em juízo, tais como, dentre outros: isonomia (art. 5º, CF); legalidade (art. 5º, II, CF), o direito de petição (art. 5º, XXXIV, a, CF) e o direito de certidão (art. 5º, XXXIV, b, CF).

A coisa julgada é outro instituto constitucional de grande relevância, pois estabelece para a sociedade a devida e necessária segurança jurídica. O tempo, mesmo que o passado seja injusto, possui a condição de estabilizar as relações jurídicas, que se não ficassem imortalizadas pelo transcurso dos anos, criaria uma verdadeira balbúrdia jurídica.

Outros princípios, como o da proibição da prova ilícita (art. 5º, LVI, CF), da publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX e art. 93, IX, CF) e o da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF), também são fundamentais, por instituírem regras mais democráticas nas lides forenses, nas investigações administrativas ou nas policiais.

Igual fenômeno de “constitucionalização” também se insere no contexto do *Direito Tributário*, que apesar de possuir o Código Tributário Nacional, também necessita da “Lei Fundamental” para humanizar a relação do fisco com os sofridos contribuintes. Sofridos e combalidos pela onerosa carga tributária, posto que o Estado não fornece a devida contraprestação de serviços públicos, cobrando caro e não disponibilizando à população a condição de ter supridas, suas necessidades básicas com qualidade e eficiência, apesar de estar constitucionalmente obrigado a fazê-lo.

O Sistema Tributário Nacional possui os seus princípios constitucionais gerais previstos no art. 145 e seguintes, da Lei Maior, que estipula, dentre as garantias dos contribuintes, às espécies de tributos: impostos, taxas e contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

Na definição de Geraldo Ataliba, o Sistema Constitucional Tributário, é o “conjunto de princípios constitucionais que informa o quadro orgânico de normas fundamentais e gerais de Direito Tributário vigentes em determinado país.” (ATALIBA, Geraldo. *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*. São Paulo: RT, 1968. p. 8).

A Constituição Federal consagrou as principais diretrizes do Direito Tributário, criando regras e princípios básicos responsáveis pela relação do Estado (fisco) com o particular (contribuinte), definindo as espécies de tributos com as suas limitações, bem como distribuiu competências

e estabeleceu a repartição das receitas tributárias.

Portanto, o Direito Tributário, como os demais ramos do direito, é projetado pela Constituição, através de regras e princípios, que devem ser observados por todos, eis que fundamentais na relação do Estado com o indivíduo, ou vice versa, e também quando a relação for entre particulares, estabelecendo as linhas mestras de condutas, direitos, deveres e de garantias de todos.

Essa é a fase da “constitucionalização do sistema jurídico como um todo”, que visa estabelecer, pela Constituição, uma idéia de estabilidade do sistema jurídico, onde os direitos fundamentais tutelam a vida e a liberdade.

Para não dar dimensão maior ao presente tópico, deixaremos para uma outra oportunidade a análise mais aprofundada da constitucionalização de todos os ramos do direito.

6. Constitucionalização do direito como fenômeno mundial

A Constituição como um sistema de normas abertas estancou a possibilidade de decisões pessoais, mais comum em uma sociedade fechada, que Pablo Lucas Verdú (VERDÚ, Pablo Lucas. *La Constitución Abierta y sus Enemigos*. Madrid: Ediciones Beramar, 1993. p. 23) rotula como um tipo de “mágica tribal”. Com o propósito de uma visualização passaremos a analisar superficialmente algumas “Constituições estrangeiras”, começando pela francesa. A doutrina francesa, influenciada pelo predomínio do positivismo jurídico era renitente, desde Carré du Malberg a Louis Favoreu, a admitir a “abertura” da Lei Fundamental a qualquer conteúdo considerado extraordinário, a exceção de Maurice Hauriou, (HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Constitutionnel*. 2. ed. Paris: Sirey, 1929.

p. 611 e segs.) que já introduzia em seus estudos as “Bases da Constituição Social (os direitos individuais organizados e as instituições jurídicas como bases da Constituição Social).”

Em seu “Compêndio de Direito Constitucional” o mestre Hauriou, distingue a Constituição social e a Constituição política, considerando a primeira mais importante do que a segunda, pelo fato do poder político depender da sociedade para estabelecer a sua própria razão de existência.

Posteriormente René David (DAVID, René. *Les Grandes Systemes du Droit Contemporaine*. 6. ed. Paris: Dalloz, 1974. p. 363) distinguiu os sistemas jurídicos fechados e abertos, correspondendo esta última situação a uma interpretação da regra jurídica com a finalidade de se encontrar o melhor posicionamento para a solução dos conflitos.

A partir da Constituição Francesa de 1958, houve uma maior preocupação à proteção das liberdades públicas, onde o lema da República é: liberdade, igualdade e fraternidade (Art. 2º, da Constituição).

Logo em seu preâmbulo, a Constituição francesa já proclamava solenemente a “vinculação” da aludida Lei Fundamental aos Direitos do Homem e aos princípios da soberania nacional tal como definidos pela “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, de 1789.

Em seu artigo inaugural, a República francesa se declara democrática e social, assegurando a igualdade perante a lei para todos os cidadãos, sem distinção de origem, raça ou religião.

Estabeleceu o art. 34, da citada Lei Fundamental, que cabe à lei fixar normas referentes aos direitos cívicos e as garantias fundamentais reconhecidas aos indivíduos para o exercício das liberdades públicas, dentre outras obrigações legislativas.

Às matérias pertencentes ao âmbito da lei possuem caráter de regulamento (art. 37, da Constituição), podendo ser alteradas por Decreto, sujeito ao prévio parecer do Conselho de Estado. A Lei de 11 de julho de 1953, autorizou o Governo a modificar as leis anteriores mediante Decreto.

Louis Favoreu, descreveu que a jurisprudência do Conselho Constitucional e do Conselho de Estado “han prácticamente ‘neutralizado’ los artículos 34, 37 y 38 de la Constitución, lo que hoy por hoy constituye, apesar de todo, un heco incuestionable.” (FAVOREU, Louis. *El Legislador de Los Derechos Fundamentales*. In: PINA, Antônio Lopez (org.). *La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales : Alemania, Espanha, Francia e Itália*. Madrid: Civitas, 1991. p. 44-45).

A jurisprudência francesa do Conselho Constitucional se desenvolveu, a partir do final dos anos 80, ao ponto de exigir que a lei seja suficientemente compreensiva e detalhada, para que seja privilegiada a proteção às liberdades públicas reconhecidas pela Constituição. Deixou, portanto, a lei de ser a expressão de soberania nacional francesa para dar lugar à “constitucionalização dos direitos como um todo”. (“En este momento sólo la Constitución ocupa el lugar esencial en el ordenamiento de liberdades.”) – (FAVOREU, Louis. Op. cit. ant., p. 46).

Já na Alemanha, a Lei Fundamental é de 23.05.1949, reformada em 27.10.94, e logo no seu primeiro artigo ela se preocupou em estabelecer a proteção da dignidade da pessoa humana como direito intangível, vinculando aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

A Carta Fundamental Alemã é bem mais flexível aos direitos fundamentais do cidadão do que a francesa, apesar dos Direitos Sociais Democráticos possuírem origens históricas na Revolução Francesa.

Mesmo permitindo, em tese, restrição aos direitos fundamentais em virtude de lei, o art. 192, da Lei Fundamental da Alemanha, estabelece a impossibilidade de se afetar o conteúdo essencial do preceito constitucional: “19.2. En ningún caso se podrá afectar el contenido esencial de un derecho fundamental”.

A República Alemã é um Estado Federal Democrático e Social (art. 20.1).

A preocupação da Constituição da Alemanha é que os direitos fundamentais do cidadão e do homem não caiam no vazio, pois eles se constituem no núcleo Democrático e Social do Estado.

Precisas foram as considerações de Peter Häberle: “En la medida en que las crecientes tareas del Estado Constitucional son orientables en términos de derechos fundamentales (‘realización de derechos fundamentales como tarea’) aumenta la responsabilidad del Legislador, de volcarse en favor de la realización de los derechos fundamentales (‘leyes de derechos fundamentales’).” (HÄBERLE, Peter. *El Legislador de Los Derechos Fundamentales*. In: PINA, Antônio Lopez (org.). *La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales : Alemania, Espanha, Francia e Itália*. Madrid: Civitas, 1991. p. 105).

Em abono ao fenômeno da “constitucionalização dos direitos”, Peter Häberle, deixou bem claro que “um complejo sistema de derechos fundamentales y tareas estatales como núcleo del Estado Constitucional que requiere del ejercicio de un poder o de una función: sobre todo, de la acción del Legislador. Es una democracia el Legislador debe hacer algo esencial a fin de traducir en realidad los derechos, principios, mandatos, programas normados como derechos fundamentales y tareas estatales de asistencia a la realización de los derechos fundamentales; a efectos de hacerlos realidad, para hacer algo vivo de

los contenidos jurídico-fundamentales, y de las conexas tareas estatales de la Constitución”. (HÄBERLE, Peter. Op. cit. ant., p. 108).

Foi justamente pelas posições da doutrina e da Corte Constitucional alemã, que a “Teoria da Constituição” passou a ostentar a posição de ciência jurídica interpretativa de textos legais e também ciência da cultura.

Em outro importante e decisivo trabalho, Peter Häberle estabelece que os direitos fundamentais contidos na Constituição funcionam como ordenamento vinculado a valores que influenciam o “direito infraconstitucional”, defendendo, mesmo que de “forma indireta”, a “constitucionalização dos direitos”.

A Espanha também se constitui em um Estado Democrático de Direito, que estabelece como valores supremos de seu ordenamento jurídico a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político (art. 1.1, da Constituição).

Ao submeter o poder ao direito, o Estado de Direito Espanhol, tal qual o brasileiro, vincula o poder público às regras e aos princípios constitucionais de valores supremos, que estabelecem os princípios materiais da Justiça na moderna Administração Pública prestadora de serviços.

Vários “direitos fundamentais” são elencados na Constituição Espanhola como forma de garantir que eles serão projetados para o legislador, visto que a “constitucionalização dos direitos” também é um fenômeno real na aludida Lei Fundamental.

Nesse contexto, o artigo 9º, da Constituição da Espanha é claro em estabelecer os princípios da igualdade, legalidade, da hierarquia normativa, da publicidade, da irretroatividade das leis, segurança jurídica, responsabilidade e a interdição da arbitrariedade dos poderes públicos.

Já os direitos e deveres fundamentais, incluídos nesse contexto a dignidade

da pessoa humana e as liberdades que a Constituição reconhece se interpretam em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e se abrigam no art. 10, como imposição às leis infraconstitucionais.

De fato, a Carta Fundamental da Espanha é muito rica em princípios e em regras que ao tempo em que defendem os direitos fundamentais do cidadão, exigem uma série de providências legais, suficientes para “constitucionalizar todo o seu ordenamento jurídico”.

Ratificando o que foi dito, a sentença nº 4/1981 do Tribunal Constitucional da Espanha não dá margem à dúvidas: “Entendemos que los principios generales del Derecho, incluídos en la Constitución, tiene carácter informador de todo Ordenamento Jurídico, como afirma el art. 1.4. del Título Preliminar del Código Civil, que debe se así interpretado de acuerdo com los mismos. Pero es también claro que, allí donde la oposición entre las leyes anteriores y los principios generales plasmados en la Constitución sea irreductible, tales principios, en cuanto forman parte de la Constitución, participan de la fuerza derogatoria de la misma, como no puede ser de otro modo. El hecho de que nuestra norma fundamental prevea en su art. 53. 2 un sistema especial de tutela de las liberdades y derechos reconocidos, entre otros, en el art. 14, que se refiere al principio de igualdad, no es sino una confirmación del carácter específico del valor aplicativo y no meramente programático de los principios generales plasmados en la constitución.” (RIVAS, Juan José González. *La Interpretación de La Constitución por El Tribunal Constitucional (1980-2005)*. Madrid: Thomson Civitas, 2005. p. 235).

A Administração Pública espanhola serve com objetividade aos interesses gerais e atua de acordo com os princípios de

eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação, submetendo-se à lei e ao direito (art. 103, da Constituição). Essa submissão à lei e ao direito vinculam, em primeiro lugar, a Administração Pública às regras e aos princípios constitucionais, como verdadeiras diretrizes a guiar os atos públicos.

Por igual, o legislador também encontra o fundamento de validade dos seus atos na Constituição.

Abordando os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição da Espanha, como forma de vincular o legislador, Pedro Cruz Villalon aduna: “La garantía específica del Derecho fundamental es, sin embargo, la vinculación efectiva del Legislador. La capacidad de vincular al Legislador es lo que hace de un derecho fundamental.” (VILLALON, Pedro Cruz. *El Legislador de Los Derechos Fundamentales*. In: PINA, Antônio Lopez (org.). *La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales : Alemanha, Espanha, Francia e Itália*. Madrid: Civitas, 1991. p. 127).

Os direitos e as liberdades reconhecidos no capítulo segundo da Constituição (igualdade perante a lei sem distinção de qualquer natureza; direito à vida e à integridade física e moral; liberdade ideológica e religiosa; segurança e liberdade; direito à honra, à intimidade pessoal e familiar; ao sigilo telefônico, postal e de dados; direito à associação; direito à tutela efetiva, sem dilações indevidas; princípio da tipicidade na infração administrativa; direito à educação; direito à sindicalização; direito a petição; direito de propriedade; proteção à família, dentre outros), vinculam a todos os poderes públicos. Igual determinação é dirigida aos princípios reconhecidos também no capítulo terceiro da Constituição Espanhola, vinculando a legislação positiva ao Poder Judiciário e a atuação dos poderes públicos.

Ao comentar o presente preceito constitucional, Fernando Garrido Falla assinala: “Pues bien, como ya hemos dicho, el artículo 53 lo que viene cabalmente a establecer es el distinto tratamiento jurídico que unos y otros derechos subjetivos tienen desde el definitivo ángulo de las garantías jurídicas que a unos y otros se conceden.” (FALLA, Fernando Garrido. *Comentarios a La Constitución*. 3. ed. Madrid: Civitas, 2001. p. 976).

Este fenômeno da “constitucionalização dos direitos” também prevalece no direito português, que estabeleceu no artigo 1º, da sua Lei Fundamental a necessidade do respeito à dignidade da pessoa humana, estabelecendo no artigo seguinte que a República é um Estado de Direito Democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e de organização política democrática e em respeito à garantia da efetividade dos direitos e liberdades fundamentais.

Em abono ao que foi dito, o art. 3.2. da Lei Fundamental Portuguesa estabelece a vinculação direta do Estado a Constituição, fundando-se na legalidade democrática, bem como, condiciona “a validade das leis e dos demais actos do Estado, das regiões autónomas, do poder local e de quaisquer outras entidades públicas depende da sua conformidade com a Constituição” (3.3., da Constituição).

Os direitos e deveres fundamentais portugueses (art. 12 ao art. 23) e os direitos, liberdades e garantias pessoais constitucionais (art. 24 ao art. 57) vinculam diretamente todos os ramos da ciência jurídica, como poder-dever do legislador infraconstitucional.

Em igualdade de condições com a Constituição brasileira, a Constituição portuguesa, estabelece os princípios vetores do Direito Administrativo, Direito Penal, Direito Civil, Direito Processual Civil

e Penal, Direito do Trabalho e etc., como forma de manter a segurança jurídica vinculada aos respectivos ordenamentos contidos na “Lei Fundamental”.

A guisa de ilustração, o artigo 266.2. da Constituição de Portugal estabeleceu princípios fundamentais da Administração na prossecução do interesse público, tais como: “Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.”

Houve, portanto, a alteração do princípio da legalidade da Administração Pública, eis que já não é mais entendido como uma mera reserva de lei, para dar lugar a uma reserva de Constituição, onde o texto legislativo se vincula aos preceitos da “Lei Fundamental” como um dever, delineando “o interesse público concreto a prosseguir pela Administração Pública.” (SOUZA, Marcelo Rebello ; ALEXANDRINO, José de Melo. *Constituição da República Portuguesa Comentada*. Lisboa: Lex, 2000, p. 396).

Como consequência, o poder discricionário da Administração Pública, exemplo do que ocorre no Brasil, fica condicionado aos princípios e regras constitucionais.

Por fim, a República italiana, fundada na soberania do povo (art. 1º, Constituição), exercita esta finalidade dentro dos limites da Constituição, garantindo os direitos invioláveis do homem (art. 2º, Constituição).

Dentro desse contexto, a dignidade social dos cidadãos e a igualdade perante a lei, sem discriminação de sexo, raça, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais e sociais, na forma do art. 3º, da Constituição Italiana.

Outros valores supremos constitucionais também são essenciais ao núcleo dos

direitos, garantias, princípios e regras fundamentais, influenciando os futuros textos legislativos. A jurisprudência constitucional, citada por Angel Antônio Cervati, a partir de 1988, passou a ter como inviolável os princípios fundamentais do ordenamento constitucional pela lei. (CERVATI, Angel Antônio. El legislador de Los Derechos Fundamentales. In: PINA, Antônio Lopez (org.). *La Garantía Constitucional de Los Derechos Fundamentales : Alemania, Espanha, Francia e Itália*. Madrid: Civitas, 1991. p. 55).

Pois bem, a necessidade de se criar a estabilidade dos princípios e das regras constitucionais que elevaram o ser humano como centro das atenções, somado à necessidade de crescimento econômico dos países europeus, motivou a instituição de Maastricht, criando a “União Européia”, em dezembro de 1991.

Os aspectos mais inovadores do “Tratado de Maastricht foram: a criação da União Européia; o reforço do papel do cidadão da União, através da criação da respectiva cidadania, consagrando a proteção dos direitos e o fortalecimento do papel do Parlamento Europeu; união econômica e monetária; princípio da subsidiariedade; modificação no quadro institucional; criação de uma Constituição única; igualdade econômica e social, dentre outras.

Assim, originário da evolução dos tempos, pela primeira vez na história, um bloco econômico composto de Países do mesmo continente passa a ter cidadania, moeda e Constituição única, como forma de promover uma total integração dos referidos países.

Surge o projeto de “Constituição da União da Comunidade Européia”, que precisa ser referendado pelos países membros. Este referendo em alguns países é do povo, que através do voto, diz se aceita ou não pertencer a esta União Européia.

Este singelo fato dá conta que o constitucionalismo contemporâneo não mais admite o Estado como centro do Poder, visto que o homem é a essência de tudo, inclusive do direito.

A “Lei Fundamental” da União Européia influenciada pelas conquistas dos direitos fundamentais do homem, constitucionalizará todo o continente, visto que os atos jurídicos deverão gravitar sob a sua órbita. É mais uma real prova da “constitucionalização dos direitos” dos países evoluídos juridicamente.

7. Conclusão

Após a presente explanação, conclui-se que a “Teoria da Constituição” é a responsável pela mudança de conteúdo das Constituições que passaram a respeitar e dignificar o ser humano como o verdadeiro e único fundamento do Estado.

As Constituições de épocas passadas precisaram fortalecer o Estado como núcleo do poder, para depois democratizá-lo, como Estado Social de direitos, passando a Administração Pública de agressora para prestadora de serviços. Até chegarmos ao ponto do verdadeiro equilíbrio teremos ainda que evoluir mais constitucionalmente, para se atingir a uma posição de justiça social mais freqüente, com a erradicação da pobreza dos povos e a estabilidade jurídica, com o respeito integral dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Também entendemos que para se evoluir no campo Constitucional o Brasil necessita de um “Tribunal Constitucional”, dedicado somente à análise de matérias constitucionais e não como ocorre na atualidade onde até mesmo ação de despejo ou reclamações trabalhistas podem chegar à Corte Suprema.

Os Altos Tribunais Constitucionais europeus não possuem a densidade constitucional que a nossa “Lei Fundamental”

estabelece, onde o Supremo Tribunal Federal recebe todo o tipo de demanda, deixando de cumprir o seu ideal constitucional, de analisar somente as situações que envolvam a constitucionalidade das leis, contribuindo para a evolução da “Teoria da Constituição”.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ALONSO, Clara Álvares. *Lecciones de Historia del Constitucionalismo*. Madrid: Marcial Pons, 1999.
- AMARAL, Diogo Freitas do. *Ciência Política*. Coimbra: Almedina, 1991. v. 2.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.
- ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1964. t. 1.
- ATALIBA, Geraldo. *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*. São Paulo: RT, 1968.
- BARBOSA, Joaquim. O Poder de Polícia e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência Francesa. *ADV Advocacia Dinâmica*, Rio de Janeiro, p. 17-20, dez. 1996.
- BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1995.
- BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. 3.
- _____. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (coord.). *A Nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6. ed. Brasília: UNB, 1995.
- _____. *A Era dos Direitos*. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- CAETANO, Marcello. *Direito Constitucional : Direito Comparado ; Teoria do Estado e da Constituição ; As Constituições do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1.
- CALHEIROS, Maria Clara. *Do Estado: História e Conceitos ; Teoria do Estado Contemporâneo*. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 2003.
- CAMPOS, German Bidart. *Manual de Derecho Constitucional Argentino*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 1980.
- _____. *La Interpretación y el Control Constitucionales en la Jurisdicción Constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1988.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- _____. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.
- CANOTILHO, J.J. Gomes ; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.
- CERVATI, Angel Antônio. El legislador de Los Derechos Fundamentales. In: PINA, Antônio Lopez (org.). *La Garantía Constitucional de Los Derechos Fundamentales : Alemania, España, Francia e Itália*. Madrid: Civitas, 1991.
- CIOTOLA, Marcello. Princípios Gerais de Direito e Princípios Constitucionais. In: PEIXINHO, Manoel Messias (coord.) e outros. *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito e os direitos – elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. São Paulo: Acadêmica, 1988.
- _____. *Temas de Direito Constitucional (e de teoria do direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1988.
- DAVID, René. *Les Grandes Systemes du Droit Contemporaine*. 6. ed. Paris: Dalloz, 1974.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *La Giustizia*. 4. ed. Roma: Editrice Studium, 1951.
- DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Tradução de: Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1999.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

- ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Lengua de los Derechos : La Formulación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid: Alianza Editorial, 1999.
- _____. *La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1991.
- FALLA, Fernando Garrido. *Comentários a La Constitución*. 3. ed. Madrid: Civitas, 2001.
- FAVOREU, Louis. El Legislador de Los Derechos Fundamentales. In: PINA, Antônio Lopez (org.). *La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales : Alemanha, Espanha, Francia e Itália*. Madrid: Civitas, 1991.
- FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1975.
- HÄBERLE, Peter. El Legislador de Los Derechos Fundamentales. In: PINA, Antônio Lopez (org.). *La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales : Alemanha, Espanha, Francia e Itália*. Madrid: Civitas, 1991.
- HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Constitutionnel*. 2. ed. Paris: Sirey, 1929.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Tradução de: Fernando de los Ríos Urruti. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1943.
- JESCHECK, Hans-Heinrich ; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal : Parte General*. 5. ed. Tradução de: Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Editorial Comares, 2002.
- KELSEN, Hans. *Quién debe ser el defensor de la Constitución?*. Tradução de: Roberto J. Brie. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.
- LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição (Über das Verfassungswesen)*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- LERCHER, Peter. *Übermass und Verfassungsgrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*. 2. ed. Keip Verlag: Goldbach, 1999.
- LIMA, Eusébio de Queirós. *Theoria del Estado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1939.
- LOCKE, John. Dos Ensayos sobre el Gobierno. In: DOMINGO, Rafael (coord.). *Juristas Universales : Juristas Modernos ; Séculos XVI a XVIII*. Madrid: Marcial Pons, 2004. v. 2.
- MALBERG, R. Carré du. *Teoria General del Estado*. Tradução de: José Lión Depetre. México: Facultad de Derecho/UMAM, 2001.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Atualizado por Antônio Cláudio Mariz de Oliveira, Guilherme de Souza Nucci e Sérgio Eduardo Mendonça Alvarenga. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1.
- MARTINS, Ana Maria Guerra. *As Origens da Constituição Norte-Americana : Uma lição para a Europa*. Lisboa: Lex, 1994.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Ilegalidade e Abuso de Poder na Investigação Policial e Administrativa, na Denúncia, e no Ajuizamento de Ação de Improbidade Administrativa, quando ausente uma Justa Causa. In: *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, n. 20, ano 5, p. 77-124, abr./jun. 2005.
- MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.
- _____. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1996. t. 2.
- _____. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1990. t. 1.
- MONCADA, Luís Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado*. Coimbra: Coimbra Ed., 1996. v. 2.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. In: *Revista de Direito Civil*. São Paulo, nº 65, p. 22, jul./set., 1993.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública - O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. Fundamentação da Constituição. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva e CAMPOS, Diogo Leite (orgs.). *O Direito Contemporâneo em Portugal e no Brasil*. Coimbra: Almedina, 2003.

PELAYO, Manuel García. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1993.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Atualizado por Regis Fichtner. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 3.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (coord.). *A Nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PÉREZ, Jesús González. *El Principio General de La Buena Fe en El Derecho Administrativo*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1989.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2. ed. Tradução de: Maria Cristina de Cicco. São Paulo: Renovar, 2002.

QUINTANA, V. Linares. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1978. v. 3.

_____. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1978. t. 3.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RIVAS, Juan José González. *La Interpretación de La Constitución por El Tribunal Constitucional (1980-2005)*. Madrid: Thomson Civitas, 2005.

ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. Tradução de: Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1977.

SALDANHA, Nelson. *Formação da Teoria Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filragem Constitucional : Construindo uma nova dogmática*

jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Tradução de: Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SOUZA, Marcelo Rebello ; ALEXANDRINO, José de Melo. *Constituição da República Portuguesa Comentada*. Lisboa: Lex, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. A Parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na Perspectiva civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Crise de Fontes Normativas e Técnicas Legislativas na Parte Geral do Código Civil de 2002*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoría de La Constitución como Ciencia Cultural*. 2. ed. Madrid: Dynkinson, 1988.

_____. *La Lucha Contra el Positivismo Jurídico en la Republica de Weimar*. Madrid: Editorial Tecnos, 1987.

_____. *La Constitución Abierta y sus Enemigos*. Madrid: Ediciones Beramar, 1993.

VILLALON, Pedro Cruz. El Legislador de Los Derechos Fundamentales. In: PINA, Antônio Lopez (org.). *La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales : Alemanha, Espanha, Francia e Itália*. Madrid: Civitas, 1991.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Tratado de Derecho Penal : Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 1988. t. 1.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl ; ALAGIA, Alejandro ; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal : Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3. ed. Tradução de: Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

ESTRUTURA LÓGICA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO E RACIONALIDADE ARGUMENTATIVA NA REFORMULAÇÃO CONCEITUAL DA NORMATIVIDADE DO DIREITO

LOGICAL STRUCTURE OF THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES
POST POSITIVISM AND THE RATIONALITY OF LEGAL ARGUMENTS IN THE
CONCEPTUAL REBUILDING OF LAW'S NORMATIVE PATTERN

GUSTAVO RABAY GUERRA*

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: Superada a fase de “euforia” do reconhecimento de normatividade dos princípios constitucionais, a teoria jurídica contemporânea assiste a uma nova viragem de paradigmas em que a principiologia deixa de ser apenas mero alarde em torno da importância dos princípios e se caracteriza como concreta contribuição para a compreensão da estrutura lógico-argumentativa das normas jurídicas. O presente texto perfila alguma das condições para essa nova etapa do raciocínio jurídico, acenando com uma perspectiva crítica acerca da evolução conceitual dos princípios, sua estrutura lógica e peculiaridades de aplicação, com ênfase no seu papel de racionalização da argumentação e hermenêutica jurídicas. Para tanto, focaliza a “Teoria dos Princípios” de Humberto Ávila, destacando-se a crítica da distinção regras/princípios e a noção de postulados normativos.

Palavras-chave: Pós-positivismo. Neoconstitucionalismo. Hermenêutica jurídica. Sistema de regras e princípios. Racionalidade argumentativa. Postulados normativos.

Abstract: Once it's surpassed the “euphoric” stage of the recognition of normativity of the constitutional principles, the contemporary legal theory moves towards a new turn of patterns, where the principiology is not the simple awareness of the theme's importance but represents an effective contribution for the understanding of the logical-argumentative structure of law. The present text stands some of the conditions for this new stage of the legal reasoning, waving with a critical perspective concerning the conceptual evolution of the principles, its logical structure and peculiarities of application, with emphasis in the paper of rationality of the legal argument and hermeneutics. For in such a way, it overlooks the “Theory of Principles” by H. Ávila, specially his criticism about the distinguishing on rules x principles, as well and the notion of normative postulates.

Key Words: Post-positivism. Neoconstitutionalism. Hermeneutics of law. System of rules and principles. Argumentative rationality. Normative postulates.

Agradecimentos

Agradeço ao Prof. Dr. Humberto Ávila (UFRS) pela exortação à pesquisa madura que deve se almejar no contexto brasileiro, longe dos sabores acrílicos de

mera “reprodução de façanhas literárias estrangeiras”, manifestada em nossas comunicações, desde o primeiro contato. Sua preocupação com a epistemologia jurídica e com o direito constitucional sublinha todo o mérito de sua contribuição crítica à

* Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Professor e Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Euro-Americano (UNIEURO). Professor do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e do Centro Universitário do Distrito Federal (UniDF). Advogado.

teoria dos princípios e ao norte pesquisado. De igual monta, resto grato ao amigo e colega Prof. Bianor Arruda (IESP, João Pessoa-PB), sempre solícito às intempestivas solicitações que fiz para apreciar o texto e testar-lhe a consistência, sem o que não teriam sido corrigidos os erros mais graves. O presente estudo em muito se deve, também, às discussões e demais atividades levadas a efeito pelo Grupo de Pesquisa “Princípios Jurídicos: Estrutura Lógica e Hermenêutica”, desenvolvido através do Núcleo de Pesquisa e Extensão da Faculdade de Direito de Caruaru, no ano de 2004, e por mim coordenado. Assim, imperioso manifestar meus agradecimentos aos diletos participantes a seguir indicados: Alba Lúcia Lucena, Ana Roberta Cruz, Antônio Marcos Cordeiro, Elizabeth Mendes, Echelly Alencar Lins, Natureza Zion e Shirley Michele dos Santos.

1. Introdução

O atual momento metodológico da teoria jurídica fundamental e, sobretudo, do direito constitucional acentua, sobremaneira, a importância dos princípios no ambiente dogmático. No dizer de Humberto Ávila, verifica-se, hoje, a euforia de um “Estado Principiológico” (Ávila, 2004: 15)¹.

Em verdade, as grandes promessas de uma etapa posterior ao positivismo normativista e à hermenêutica jurídica tradicional impulsionaram corações e mentes para os rincões da principiologia jurídica, um estágio teórico em que a dogmática jurídica pudesse ter rediviva em suas entranhas a racionalidade argumentativa e valorativa que vinha sendo sistematicamente expungida da aplicação normativa por mecanismos reducionistas do direito à interpretação silogística e banal de textos legais.

Os sinais desta nova etapa do pensamento, que alguns chamam simplesmen-

te de pós-positivismo (Barroso, 2001), investem contra o padrão estratificado da dogmática jurídica, em especial nos planos epistemológico e interpretativo, inspirando, assim, diversas vertentes de revigoramento da Filosofia e da Teoria Geral do Direito: as teses da *argumentação jurídica*, que revolvem à discussão da força lógico-legitimante dos fundamentos que sustentam as decisões jurídicas (Cf. Camargo, 2001: 141-147) e, via reflexa, da moralidade do direito, apresentando-se em inúmeras variações teoréticas, tais como a *retórica* de Perelman, a *tópica* de Viehweg e a teoria que se convencionou chamar de “padrão”, formulada por Robert Alexy (2002; cf. Atinza, 2002 e Rabay, 2003); a *concretização jurídica* ou *metódica estruturante*, de Friedrich Müller, que propõe, em síntese, uma configuração procedimental-interpretativa de produção da norma jurídica, que não preexiste antes de vir ao encontro de *dados dogmáticos* (seu correspondente texto normativo, por exemplo), e de *dados reais*, que são os elementos naturais e sociais constantes do caso concreto (Cf. Müller, 1995; Adeodato, 2002; e Galindo, 2003); e a *Teoria Crítica do Direito*, que promove, como reflete Barroso (1999: 265), a contestação do saber jurídico tradicional, já denunciada por Warat, como o *senso comum teórico dos juristas*², posta a sugerir, de forma estrutural, perspectivas emancipatórias à epistemologia, hermenêutica e ideologia do direito, em que despontam Luís Fernando Coelho (2002) e Lenio Streck (2004).

De mais a mais, não se deve esquecer a íntima relação que conservam tais temas com a semiótica jurídica, cada vez mais implicada na compreensão e estruturação do direito, tal como a filosofia da linguagem no seu papel de construção das relações humanas.

Como recurso lógico comum a todas essas inflexões por que passam a filosofia

e teorias jurídicas contemporâneas, exsurge o primado da normatividade e hermenêutica dos princípios. No entanto, a ausência de um aporte filosófico-dogmático definitivo acerca da teoria dos princípios é presente. O estatuto epistemológico dos princípios jurídicos ainda está em gestão, e os mais significativos avanços advieram da hermenêutica constitucional contemporaneamente erigida.

Com efeito, apesar dos recentes esforços da doutrina na depuração teórico-dogmática daquilo que se convencionou chamar de princípio jurídico, ainda há muito por se produzir e clarificar.

Como ressalta Ávila, existem duas formas de se investigar a principiologia jurídica: a primeira forma trata-se de uma investigação apologetica, isto é, que exalta a importância incomensurável dos princípios, privilegiando-se a “proclamação da importância dos princípios, qualificando-os como alicerces ou pilares do ordenamento”, sem, contudo, indicar quais os cometimentos imprescindíveis à sua concreção e qual o aparato de justificação e aplicação dos mesmos; já a segunda, consiste na análise consecutiva e insistente de sua estrutura e o modo de aplicabilidade racional dos princípios, enquanto modelos normativos eminentemente argumentativos (Ávila, 2004: 56), como, aliás, são todas as normas jurídicas.

Apesar da unanimidade da doutrina pátria persistir em reiterar acriticamente as formulações de alguns marcos teóricos da temática dos princípios, especialmente as contribuições de Alexy e Dworkin, notam-se esforços isolados para romper com a mesmice do discurso do tão propalado estágio principiológico que está a se vivenciar. É o caso, à guisa de exemplo, do notável trabalho do Prof. Humberto Ávila e seu valioso “Teoria dos Princípios”.

No intento exclusivo e singelo de participar algumas noções preliminares

acerca do tema, esta breve incursão dirige-se à apreciação crítica da atual etapa de desenvolvimento da teoria dos princípios, de modo a perfilar como ela anda desgastada, especialmente no que toca à nunca suficientemente propalada distinção entre as regras e os princípios, e acenando, ao final, com algumas conclusões propositivas assimiladas da tese formulada pelo Prof. Humberto Ávila.

2. A normatividade Jurídica dos princípios: o pós-positivismo jurídico como paradigma emergente

A par do grande esforço conceitual hodierno de evitar-se a pura tautologia, o *princípio* pode ser focalizado como a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas, propiciado por uma idéia orientadora primeira, de onde as demais noções partem, se reconduzem ou a ela se subordinam (Espíndola, 1998: 47-48). Na Ciência Jurídica, têm função de grande relevo, com destaque na teoria dos direitos fundamentais (Guerra Filho, 1994-1995: 18) e, pela crescente complexidade das relações jurídicas dos dias atuais, o que enseja, não raras vezes, antagonismos de difícil solução, os chamados *casos difíceis* (*hard cases*), que terminam sendo examinados no exercício da jurisdição constitucional e cuja viabilização interpretativa depende de elementos de subsunção inexistentes em prescrições normativas de âmbito reduzido, as quais poderíamos qualificar como *regras jurídicas* (Guerra Filho, 1994-1995: 18).

De ordem a apresentar-se uma contemporânea definição de princípio (*Grundsatz*), necessário remontar a 1956, com Josef Esser. Para ele os princípios, ao contrário dos outros tipos de normas (regras), não explicitam uma ordem, mas apenas fundamentos, critérios para justificação de uma ordem (Esser, 1961: 40 *et passim*).

Com um artigo publicado em 1967, denominado *The model of rules*³, Ronald Dworkin, provoca uma ampla discussão internacional acerca da qualidade de norma jurídica aludida aos princípios, suscitando, assim, um “ataque geral contra o positivismo” (*general attack on positivism*), como bem lembra Luís Afonso Heck (2003: 54). Nas palavras do autor norte-americano, os princípios desempenham um papel fundamental na argumentação de sustentação das decisões judiciais (Dworkin, 2002: 45).

No sentir de Ruy Samuel Espíndola (1998: 55), os princípios possuem o caráter mesmo de norma jurídica, possuindo, assim, “positividade, vinculatividade, caráter obrigatório” e que comportam “eficácia positiva e negativa sobre comportamentos”, contribuindo, assim, para a “interpretação e a aplicação de outras normas, como as regras e outros princípios derivados de princípios de generalizações mais abstratas”.

Com vistas a um novo paradigma investigativo do tema, Humberto Ávila se baseia na dimensão finalística dos princípios, vez que são normas “primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (Ávila, 2004: 70).

Partindo da teoria atualmente considerada padrão acerca dos princípios jurídicos, consubstanciada nas teses conjugadas de Robert Alexy e Dworkin, chegou-se à firme convicção de que os *princípios* assim como as *regras*, *possuem a natureza de norma jurídica* (Alexy, 1993: 83), posição também defendida por Bobbio, para quem os “princípios gerais são normas como todas as outras” (Bobbio, 1999: 160).

Todo sistema jurídico compõe-se, portanto, de regras e princípios, conquanto

não se pode crer na existência de um ordenamento composto exclusivamente por regras de direta aplicação (Grau, 2002: 78). Os princípios, como se verá, cumprem a essencial função de fecundar, fundamentar e articular outras diretrizes normativas do ordenamento, sejam elas regras ou, até mesmo, outros princípios.

Cabe esclarecer que a noção em construção encontra eco na remota concepção dos *princípios gerais do direito*, até hoje difundida nas academias jurídicas e na tradição jurídica moderna⁴, mas que deve ser devidamente esclarecida.

A expressão “princípios gerais do direito” ora equivale a uma concepção axiomática, de valores absolutos e universais, derivados do jusnaturalismo racionalista, ora deduz-se ponto de vista positivista, porquanto valores subjacentes à norma escrita (aqui como noção reducionista de regra jurídica), com função meramente supletiva das lacunas jurídicas (Tavares, 2003: 28).

Esse segundo entendimento é francamente explorado pela tradição jurídica romanista, à vista da formação do direito europeu continental, em que se privilegiou a codificação do direito. Assim, erigiu-se uma definição contemporânea do que seriam os *princípios gerais do direito*, identificando-os como regras de direito positivo, “expressas ou não nos textos, mas aplicadas pela jurisprudência e dotadas de um caráter suficiente de generalidade” (Bergel, 2001: 109).

Na evolução do pensamento jurídico, portanto, constata-se, a implicação de uma nova base compreensiva dos princípios, tomando-os como normas jurídicas (princípios jurídico-positivos), concebidos, inclusive, dentro de um texto constitucional (princípios jurídico-constitucionais), comportando função deontológica, ao passo em que os princípios gerais do direito representam, ainda, a crença em valores ínsi-

tos à ordem jurídica, que, não raras vezes, limitam-se ao ângulo axiológico do direito, indicando máximas da conduta jurídica e alardeando a existência de bens e ideais absolutos. Para alguns autores, esses valores absolutos (princípios gerais) ligam-se a alguns ramos dogmáticos e permitem, tão somente, a colmatação de eventuais lacunas da ordenação legal.

De modo contrário, a concepção mais sofisticada de princípios jurídicos conduz a outra forma de pensar sua aplicação, não restringindo-os à mera função de integrar a ordem jurídica, mas, essencialmente, guiar toda e qualquer argumentação normativa, assumindo, assim, plúrima funcionalidade: (i) condensar valores, à conta de seu nítido viés axiológico; (ii) dar unidade ao sistema, enquanto elemento agregador de interpretação; e (iii) condicionar e possibilitar a racionalidade da interpretação. Ademais, surgem hodiernamente diversas classificações dos princípios jurídico-positivos, as quais especulam a existência de princípios, sub-princípios, sobreprincípios, princípios setoriais, princípios na ordem infraconstitucional etc, de sorte a ensejarem extensa funcionalidade (cf. Tavares, 2003: 40ss).

Para Paulo Bonavides, com apoio na lição de Ricardo Guastini, o vocábulo “princípio”, juridicamente empregado, se refere, em planos conceituais distintos, a normas (ou disposições legislativas que exprimem normas) providas de um alto grau de generalidade, indeterminação, de caráter “programático”, cuja posição na hierarquia nas fontes de Direito é muito elevada; desempenhando, assim, uma função fundamental no sistema jurídico político unitariamente considerado, ou num ou noutro subsistema do sistema jurídico conjunto (Guastini *apud* Bonavides, 2001: 230-1) e que, enfim, são dirigidas aos órgãos de aplicação, incubidos de fazer a escolha dos dispositivos ou das normas

aplicáveis nos diversos casos (Bonavides, 2001: 231).

Cumprido ressaltar, a essa altura, que a norma jurídica não se encontra enraizada apenas no referencial legislativo, oriunda exclusivamente de um ato emanado de fonte legal autorizada. Ela exsurge da interpretação, da conjugação entre a sua programação de variantes semiológicas e dos dados concretos que se propõe elucidar, ou seja, o seu âmbito de realidade (Saraiva, 2002: 10). Esse argumento inicial utiliza o vocábulo norma por ser essa a categoria desinencial dos comandos e preceitos jurídicos, em sentido lato, que descreve condutas, impõe cometimentos, propõe a organização da estrutura operacional estatal, em suma, referencia tudo aquilo que pode ser chamado disciplinamento legal. Mas texto e norma não podem e nem devem ser confundidos, pois o primeiro é forma como é enunciado lingüisticamente o núcleo de um ideário normativo, que se dirige a uma realidade prescrita, mas não completamente configurada. Como alude Ávila, normas não são textos ou conjunto de textos, mas “os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos” (Ávila, 2004: 22)⁵.

Ao dispositivo normativo expresso, enxergado como acepção mais comum de norma jurídica, confere-se a denominação *regra jurídica*, caracterizado por uma descrição de uma situação fática hipotética (*Tatbestand*), que exprime também consequência jurídica condicionada à ocorrência ou não da hipótese pré-estabelecida (Grau, 2002: 97-8).

Justaposto a esse tipo de subsídio normativo, está o *princípio*, que fornece um lastro maior de informações para a decantação da norma em sua aplicação, invocando um valor genérico, multifacetado.

A distinção entre regras e princípios pode ser entelada partindo-se da noção de que esses últimos constituem a “expressão

primeira” dos valores fundamentais do ordenamento e que informam as demais normas (diferenciação material) e, ainda, com respeito à forma de apresentação (diferenciação formal) e conseqüente densidade semântico-normativa, de acordo com o alto grau de *abstração* ou *generalidade* ao qual adere o princípio, em detrimento da *especificidade* em relação ao caso concreto que flexiona a regra (Rothenburg, 1999: 16-8).

Com efeito, a dissociação das espécies normativas ocupa a centralidade das investigações acerca da estrutura dos princípios, traduzindo-se em franca exploração doutrinária, em que se destacam os tirocíneos de Alexy e Dworkin. Sobre os exames tradicionais de distinção entre regras e princípios, concentram-se as idéias a seguir.

3. A Constituição como ambiente normativo primígeno: o Sistema Interativo de regras e Princípios

A partir da distinção global dirigida à conceituação dos princípios, sobrejacente à idéia de sua abertura, maior grau de abstração ou inexauribilidade (Tavares, 2003: 37), encontram-se sintetizados diversos outros critérios diferenciadores face às regras, tanto de caráter material, quanto formal.

Com relação à distinção de índole material, elencam-se os seguintes: acentuada natureza normogenética, maior aproximação da idéia de direito e caráter de fundamentalidade, posto que os princípios constituem o próprio fundamento das regras, ligam-se estreitamente a exigências de justiça, ocupam posições de destaque no sistema das fontes de direito e detêm importância estruturante dentro do sistema jurídico (Canotilho, s.d.: 1124-5).

Alvitra-se resumir a essência normogenética dos princípios, com Alexy (1993:

103), quando afirma: “(...) puede decirse que siempre un principio es, en última instancia, una razón básica para un juicio concreto de deber ser, este principio es una razón para una regla que representa una razón definitiva para este juicio concreto de deber ser. Los principios mismos no son nunca razones definitivas”⁶

Trata-se, portanto, do caráter de “fecundidade” ostentando pelo princípio, que atribui a ele função interpretativa e integrativa, no sentido de impor-lhe a tarefa de clarificação das leis de teor obscuro ou de colmatação das lacunas existentes (Domenico Farias *apud* Bonavides, 2001: 246)

Quanto ao caráter distintivo formal, é visível que a regra jurídica, entendida como o produto específico da atuação legiferante do Estado, tem um campo de abrangência bastante delimitado em comparação com os princípios. A regra possui cores próprias, contendo em sua estrutura lógica uma descrição de uma situação factual hipotética e de seus desdobramentos jurídicos (Guerra Filho, 1994-1995: 18).

Se uma determinada regra jurídica, textualmente construída, choca-se com outra, de igual grau hierárquico, temporalização ou endereçamento, tem-se que uma delas não pode ser válida (Dworkin, 1977: 1948), trata-se, pois de uma *antinomia*, a ser solucionada mediante emprego dos critérios solucionadores (cf. Batista, 1993; e Bobbio, 1999: 84ss). As regras jurídicas são aplicáveis por completo ou são totalmente inaplicáveis, desempenhando a função de “tudo ou nada” (*all-or-nothing-fashion*), na concepção de Dworkin, a que alude Eros Grau (2002: 97). No caso de existência de duas regras que dispõem sobre a mesma situação, de maneira diversa, verifica-se uma antinomia jurídica, que deverá ser resolvida a partir de critérios previstos no próprio ordenamento (Guerra Filho, 2001: 55).

O princípio, em contraponto, não se visualiza como conectivo de uma só realidade, mas como uma orientação geral e abstrata que vincula a compreensão da norma, ao qual Dworkin (1997: 46) atribui o significado de *standard* (padrão). Com isso, se um princípio mostra-se incompatível com outro, ambos continuarão válidos, pois haverá apenas a *ponderação* de funcionalidade dos valores contrapostos, no sentido de equalizar o referencial normativo a ser empregado, de modo que toda *colisão entre princípios* pode expressar-se como uma colisão de valores, ao passo em que o choque de valores antagônicos também redundará em um choque de princípios (Alexy, 1998: 14).

Eros Roberto Grau salienta, portanto, que os princípios possuem a dimensão do peso ou importância, ao contrário das regras jurídicas, que não possuem maior ou menor peso, no interior do sistema normativo, exceto quando se verificar que determinada regra pertence a nível hierárquico superior, ou cuida de normatizações específicas ou especiais, ou é mais recente (Grau, 2002: 101). No dizer de Gomes Canotilho (s.d.: 1125), “princípios coexistem, as regras antinômicas, excluem-se”.

O sopesamento de princípios reclamaria, assim, a utilização de um princípio peculiar, o denominado princípio da proporcionalidade, o qual será perfunctoriamente analisado mais adiante.

Tratando-se a Constituição do ambiente natural dos princípios jurídicos (Guerra Filho, 2001: 54), esses constituem a síntese dos valores principais da ordem jurídica (Barroso, 1993: 171). Assim, os princípios constitucionais, além de refletirem a própria essência do regime político adotado e os exatos valores supremos da ordem jurídica, enquanto normas superiores e axiologicamente orientadas (função fundamentadora), exprimem, também, a função mesma de disposição efetiva, sub-

sumível ao caso concreto, ainda que, superficialmente, não possuam endereçamento definitivo.

Para além dessa função normativa, que se extrai automaticamente da sua própria natureza jurídica, o caráter de fecundidade dos princípios lhes confere a função interpretativa e a função integrativa (Barroso, 1999: 148; e Correia, 1998: 8), como assinalada à clássica noção de “princípios gerais do direito”. De tal modo, os princípios informam as normas jurídicas concretas, concebidas a partir da interpretação ou hermenêutica inventivas ou, ainda, da argumentação, de tal forma que a literalidade da norma pode ser desatendida pelo juiz quando viola um princípio que neste caso específico se considera importante, como pretende Dworkin, ao citar o arquetípico exemplo de prevalência principiológica contida no caso “*Riggs vs Palmer*”, decidido pela Corte de Nova Iorque, em 1889, no qual um neto foi condenado pelo assassinato de seu avô, com a intenção de receber sua herança, ficando desta privado, posto que aquela Corte justificou o seu entendimento no princípio de que “a ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seus próprios crimes”, a despeito da lei sobre sucessões dispor *a contrario sensu* (cf. Dworkin, 2002: 37).

Apesar da transição paradigmática por que passa o saber jurídico contemporâneo, centrada na idéia de resgate dos princípios jurídicos e toda a sua força normativa (Barroso, 2002), ainda existe certa resistência da doutrina e da jurisprudência, em reconhecer a importância dos princípios não escritos de um dado ordenamento (Correia, 1998: 8). No entanto, é inegável a presença e importância dos princípios implícitos, ou seja, aqueles que não foram frontalmente enunciados em normas

escritas, mas devem portar aplicabilidade normativa plena, prevalecendo, inclusive, sobre algumas regras expressas (Correia, 1998: 8-9).

Outrossim, faz-se obrigatório recobrir a possibilidade de arguição de direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, ou dos tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte, conforme disposto no § 2º do art. 5º, da Constituição de 1988.

Desse modo, os princípios não precisam estar estabelecidos explicitamente, pois, “podem ser derivados dos costumes ou de decisões jurisprudenciais específicas, as quais, na maioria das vezes, são a expressão de concepções difundidas a respeito de que como deve ser o direito” (Lopes, 2001: 20-1), bem assim decorrentes de outros núcleos irradiadores que permitam a divisão princípio-sobreprincípio (Carvalho, 2003: 355ss), isto é, na dialética operacionalização de princípios “abertos” por meio da obtenção racional-argumentativa de consectários lógicos por meio da obtenção de princípios mais específicos.

Os princípios “podem apresentar-se explícitos (com maior nitidez e segurança, embora então limitados pelas possibilidades da linguagem) ou implícitos, mas, numa formulação como na outra, exercendo idêntica importância sistemática e axiológica” (Rothenburg, 1999: 54).

Em trabalho específico, reporta Raquel Fernandes Perrini, citando Ferrara, a observância de que o direito não é só conteúdo imediato das disposições expressas; mas também o conteúdo virtual de normas não expressas, porém ínsitas no sistema (Perrini, 1996: 131). São assim explícitos, os princípios inseridos “fisicamente” no ordenamento, e implícitos, os retirados pelo intérprete com base no “espírito do sistema” (Mendonça Júnior, 2001: 17).

Não se pode claudicar, portanto, a importância do reconhecimento da norma-

tividade dos princípios, em que os mesmos assumem papel de fecundidade no ordenamento jurídico, elevando o direito dogmático a conexões mais pulsantes com a moralidade prevalente. Por outro lado, não se pode consentir a indeterminabilidade de conteúdo das normas principiológicas.

Por sua relevância enquanto base teórica e ponto de partida da dogmática, a principiológica jurídica não deve se cristalizar; Daí resulta a importância de consecutar-se uma nova viragem conceitual dos princípios do Direito, enfocando-se, precipuamente, os seguintes aspectos:

a) análise da extensão da carga axiológica dos princípios e interpenetração da moralidade;

b) realinhamento do perfil dos princípios na quadra geral da Teoria Jurídica contemporânea, desfazendo equívocos quanto à função por eles desempenhada (planos deontológico, axiológico e hermenêutico);

c) reformulação de sua estrutura lógica, especialmente face às regras, de modo a permitir maior precisão conceitual e taxionomia normativa;

d) especificação de conteúdo dos princípios, com vistas a uma melhor aplicação;

e) peculiaridades de aplicação, com atenção à racionalidade argumentativa do Direito.

Ditas as diretrizes, apesar da falta de unidade na doutrina sobre elas, é preciso partir para a identificação de algumas bases teóricas que assinalam a nova concepção projetada.

4. Regras, princípios e... postulados normativos: discutindo a estrutura lógico-argumentativa das normas jurídicas a partir do contributo crítico de Humberto Ávila.

Como suscitado na Introdução deste estudo, os limites atuais da teoria dos prin-

cípios não permitem uma compreensão clara e precisa do papel da principiologia e de sua metodologia. De certo, é preciso romper o consenso do conhecimento convencional do temário, e tal é possível, como ressalta Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2003: 109), com a produção de trabalhos críticos de qualidade, em que despontam Humberto Ávila e Klaus Günther⁷.

Em verdade, nota-se hoje, ainda que incipientemente, uma preocupação com os rumos da principiologia, em que o enfoque crítico de autores como Ávila avulta imprescindível. Como se passa em toda teoria crítica, o caminho é dispensar o modelo teórico atual, para repensá-lo (Boaventura Santos) em melhor grau conceitual. Desde Esser, passando por Larenz e Canaris, a questão dos critérios e métodos associados ao conhecimento jurídico está em visível transição de paradigmas; com os influxos da *teoria da argumentação jurídica* e mesmo da aproximação entre *direito e linguagem*, as bases compreensivas da epistemologia jurídica sofreram profunda reorientação. Mais que compreender os princípios, se faz necessário estudá-los por um prisma fenomenológico, da pré-compreensão de conteúdos particulares à metodologia de sua aplicação judicial.

É nesse contexto que a investigação de Ávila se insere: uma investigação densa, em que se privilegia o exame da estrutura lógica dos princípios, bem assim, sua aplicabilidade, especialmente no que concerne à sua fundamentação, de sorte a permitir a especificação dos comportamentos necessários à concreção dos valores por eles focalizados (Ávila, 2004: 56). A crítica formulada por Ávila ao padrão teórico predominante traz ao chão grandes laudatórios imunizantes da teoria principiológica convencional. De tal sorte, ao instituir-se uma construção teórica de maior densidade,

as indagações e perplexidades conduzirão, obrigatoriamente, a uma necessária reavaliação dos fundamentos qualificadores (justificantes) das decisões.

Teoria dos Princípios é uma obra recente de Ávila e que, após dois anos de lançamento já alcançou a 4ª edição e várias reimpressões a partir da 2ª. Eros Grau, no Prefácio da obra, sentencia tratar-se de leitura essencial, que rompe com a *corrente de banalização dos princípios* e puxa “o tapete dos gênios-para-si-mesmos”. Pungente, mas autêntico. A fascinação e deslumbramento com o tema não podem estancar a evolução conceitual e as preocupações crescentes quanto à determinação de seu conteúdo e eficácia (Barroso, 2003: 110).

Uma visão preliminar do ideário de Humberto Ávila já demonstra suficientemente o quanto se pode avançar em termos definitórios e aplicativos. A contribuição notável será aqui analisada apenas com ares de recensão.

Inicialmente, o autor torna preclara a insuficiência dos critérios convencionais de distinção entre regras e princípios (Ávila, 2004: 31ss), de sorte a apontar criticamente quais os pontos nevrálgicos de cada um dos seguintes modos de diferenciação: (i) o critério do “caráter hipotético-condicional”; (ii) o que leva em consideração o “modo final de aplicação”; e (iii) o que coloca o “conflito normativo” como elemento de distinção. Ávila faz referência, ainda, a um quarto critério: o da “fundamentação axiológica”.

O critério do “caráter hipotético-condicional”, consistente na verificação de que as regras possuem uma hipótese e uma conseqüência que predeterminam a decisão, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso concreto (Ávila, 2004: 30).

Contudo, objetiva Ávila, a regra seria, sempre, o *último passo* para a descoberta do conteúdo normativo, o que não é correto pensar, além de que a existência de uma hipótese de incidência é questão de formulação lingüística, não podendo tratar-se de elemento distintivo de uma espécie normativa (Ávila, 2004: 32). Tal inferência conduz, ainda, à constatação de que uma determinada norma, apesar de ostentar hipótese e consequência típicas de um dispositivo, poderá ser considerada como princípio pelo intérprete. Assim considerando, não seria correto afirmar que um dispositivo constitucional *contém* ou *é* um princípio ou uma regra, ou que determinado dispositivo, porque formulado dessa ou daquela maneira, deve ser considerado como um princípio ou como uma regra. Com isso, aduz que o “qualificativo de princípio ou de regra depende do uso argumentativo, e não da estrutura hipotética” (Ávila, 2004: 34-36).

Por fim, não é seguro afirmar que os princípios, em detrimento das regras, são desprovidos de consequências normativas e de hipóteses de incidências; os princípios, ressalta, também possuem consequências normativas e, de igual sorte, a despeito de não ostentarem caráter frontalmente descritivo de comportamento, podem apresentar, via concretização do intérprete, as espécies de comportamentos a serem adotados, especialmente por meio da análise de casos paradigmáticos. Assim, há que se observar, em cada situação normativa:

a) a razão (fim, tarefa) à qual o princípio se refere deve ser julgada relevante diante do caso concreto; e

b) o comportamento necessário para a realização ou preservação de determinado *estado ideal de coisas* (*Idealzustand*) deve ser adotado.

O segundo critério, o qual leva em consideração o “modo final de aplicação”,

baseia-se no fato de que as regras são aplicadas de modo absoluto (*all-or-nothing fashion*), ao passo em que os princípios são aplicados de modo gradual, à guisa do que preconiza Dworkin (1977: 45). Ao seu turno, como aduz Ávila, Robert Alexy define que as regras são normas cujas premissas são ou não diretamente preenchidas e que não podem nem devem ser ponderadas (Ávila, 2004: 36).

Em sua apreciação crítica, Humberto Ávila persiste na tarefa de construção do intérprete dos verdadeiros traços distintivos das espécies normativas: o modo de aplicação não está determinado pelo texto normativo, pois, mesmo tratando-se de regra válida perfeitamente aplicável ao caso concreto, é possível que a mesma seja excetuada ou, como se possa preferir, “ponderada” face a outras regras ou princípios.

Tome-se, como exemplo, o caso paradigmático em que o Supremo Tribunal Federal concedeu ordem de *habeas corpus*, por maioria de votos, e, por conseguinte, resultou a absolvição de paciente acusado pela prática de estupro com presunção de violência (arts. 213 e 214 do Código Penal), provado o fato de ter o mesmo mantido relações sexuais com uma jovem de 12 anos⁸. O dispositivo aplicável (art. 224 do Código Penal), prevê a presunção incondicional da conjunção carnal violenta cometida contra menor de 14 anos, de sorte que, se praticada a relação sexual com menor de 14 anos, então deve ser presumida a violência por parte do agente do delito. A regra não prevê qualquer exceção. No entanto, na decisão acima referida, o Supremo Tribunal Federal reputou de grande relevância algumas “circunstâncias particulares não previstas pela norma”, como a aquiescência da vítima ou a aparência física e mental de pessoa mais velha, por conseguinte influenciadoras do discernimento e conduta do agente. Assim, firmou-se o

entendimento de que o tipo não se configurava na hipótese entelada, apesar dos requisitos normativos expressos estarem presentes.

Como conclusões ao bastante exemplo ilustrado, mister colher-se o tirocínio de Ávila: “a consequência estabelecida *prima facie* pela norma pode deixar de ser aplicada em face de razões substanciais consideradas pelo aplicador, mediante condizente fundamentação, como superiores àquelas que justificam a própria regra” (Ávila, 2004: 37-38).

Em realidade, sucede ter-se possível o *exame da razão que fundamenta a própria regra (rule's purpose)*, para a individualização da hipótese, ou, se recorre a outras razões, baseadas em outras normas, para justificar o *descumprimento* daquela regra (*overruling*). Com isso, fica visível não ser adequado afirmar que regras podem ser classificadas como espécies normativas que funcionam na base do “tudo ou nada” e, assim, como os princípios, podem envolver a consideração a circunstâncias específicas de um determinado caso concreto.

Ávila propõe, ainda, outra refutação que toca ao critério do *modo de aplicação*, partindo da verificação de que a primazia de subsunção das regras pressupõe direto tratamento das questões normatizadas. No entanto, frisa o autor que as regras também possuem vagueza de determinação, à conta de se apresentarem por meio de enunciados prescritivos, como todo e qualquer conteúdo normativo. A suposta característica distintiva das regras ora enfocada (“implementação de consequência predeterminada”) só pode surgir após a interpretação. De tal sorte, afirma Ávila, “após a interpretação diante de circunstâncias específicas (ato de aplicação), tanto as regras quanto os princípios, em vez de se extremarem, se aproximam”. (Ávila, 2004: 40).

Não obstante, o grau de abstração, quando anterior à interpretação, continua

sendo critério distintivo entre regras e princípios: esses são, em geral, mais abstratos, à vista de inexistir vinculação a uma situação específica (“princípio democrático, Estado de Direito”), ao passo que nas regras as consequências são frontalmente subsumíveis à controvérsia que as enseja, apesar de necessitarem posterior ratificação de adequação por parte do intérprete (Ávila, 2004: 40).

A partir dessas constatações, exsurtem algumas das mais importantes iluminações de Humberto Ávila⁹: A medida em que os princípios estabelecem um *estado de coisas* que deve ser promovido sem, no entanto, possuir imediata direção fático-hipotética, pressupõe o acerto prévio de um determinado fim, de um objetivo a ser satisfeito, que, por seu turno, porta razões que lhe conferem substancialidade. Daí resulta que “o fim, independente da autoridade, funciona como razão substancial para adotar os comportamentos necessários à sua promoção”. (Ávila, 2004: 40).

Assim, os princípios são espécies normativas que geram, para a argumentação, razões substanciais (*substantive reasons*) ou razões finalísticas (*goal reasons*); o que importa é a finalidade e as razões comportadas pelo princípio, que dão lastro à situação jurídica, não identificar, precisamente, quais são os comportamentos que promoverão esses fins (Ávila, 2004: 40-1).

De maneira contrária, as regras poderiam ser entendidas como espécies normativas que geram, para a argumentação, razões de correção (*rightness reasons*) ou razões autoritativas (*authority reasons*): no caso do exemplo do estupro por presunção, “a violência sexual só deixa de ser presumida se houver motivos extravagantes com forte apelo justificativo, como a aquiescência manifesta da vítima e a aparência física e mental de pessoa mais velha” (Ávila, 2004: 41); com isso, a escolha de um comportamento e/ou consequência

diversas daquelas radicadas no dispositivo poderá ser operada argumentativamente, desde que a justificação lógico-legitimante seja devidamente operada (“*onus da argumentação*”).

Vê-se, portanto, que poderá ser ultrapassada a diretiva *a priori* da regra, como que tivesse lugar aí, um modo especial de ponderação (da regra). “É o caso de cancelamento da razão justificadora da regra por razões consideradas superiores pelo aplicador diante do caso concreto” (Ávila, 2004: 42).

O terceiro e último critério distintivo geral, posto à análise crítica, é o que leva em conta o “conflito normativo”, ou, em outros termos, o critério do “relacionamento normativo”: para alguns autores, os princípios poderiam ser distinguidos das regras pelo modo como funcionam em casos de conflitos normativos. Ao constatar-se a antinomia entre regras, a solução radicaria na declaração de invalidade de uma das regras ou na criação de uma exceção; os princípios, por sua vez, não se excluem, mas conjugam-se, possuindo cada qual diferente “peso”, para a correta aplicação em um caso concreto, de modo que um princípio poderia preferir a aplicação de outro, mas esse não seria expungido da ordenação positiva.

O que há de errado com tal critério? Como já argumentado, a *ponderação não é método exclusivo de aplicação dos princípios*: as regras também estão sujeitas ao crivo do intérprete, na interface fático-jurídica peculiar a cada situação concreta, de forma a tornar-se imperioso o sopesamento ou balanceamento (*Abwägung*) de razões que justifiquem ou contrariem o prévio acoplamento linguístico do dispositivo diante da hipótese ocorrida (Ávila, 2004: 44).

O exemplo de Ávila é peculiar: “uma regra do Código de Ética Médica determi-

na que o médico deve dizer para seu paciente toda a verdade sobre sua doença, e outra estabelece que o médico deve utilizar todos meios disponíveis para curar seu paciente”. Na hipótese concreta, em alguns casos, a revelação e descrição fiel do quadro clínico poderiam comprometer o tratamento, pois causaria um abalo psicológico lesivo ao bem estar do paciente. Haveria o intérprete de declarar a invalidade de alguma das regras? Não, mas tão só verter a possibilidade de sopesamento das razões fundantes de cada regra, para encontrar, no substrato da situação concreta, qual delas deveria prevalecer naquele instante.

Trata-se, como bem esclarece o autor, “de um conflito normativo entre regras, cuja solução, sobre não estar no nível da validade, e sim no plano da aplicação, depende de uma ponderação entre as finalidades que estão em jogo” (Ávila, 2004: 45)¹⁰.

A verificação de relatividade quanto ser a dimensão de peso exclusiva dos princípios interfere na própria qualificação destes como normas de cunho axiológico prevalente. A dimensão axiológica não é privativa dos princípios, nos diz Ávila, mas elemento integrante de qualquer norma jurídica (Ávila, 2004: 50). Em última análise, a dimensão de peso, propõe o autor, não é sequer relativa à norma, mas ao aplicador e ao caso.

À vista de tais incursões lógicas, Ávila apresenta fundamentos dissociativos próprios, em que se enxergam quatro possibilidades de dissociação: (i) a dissociação justificante; (ii) a dissociação abstrata; (iii) a dissociação heurística; e (iv) a dissociação em alternativas inclusivas.

Sobre as duas últimas cabem aqui algumas considerações. Primeiro, a distinção heurística que toma em consideração que as *normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos e do seu signifi-*

cado usual. Com efeito, a distinção entre regras e princípios funciona como “modelo ou hipótese provisória de trabalho para uma posterior reconstrução de conteúdos normativos, sem, no entanto, assegurar qualquer procedimento estritamente dedutivo de fundamentação ou de decisão a respeito desses conteúdos” (Ávila, 2004: 60).

A dissociação em alternativas inclusivas admite a coexistência das espécies normativas em razão de um mesmo dispositivo. Ocorre que, na concepção de Ávila, o modelo de bipartição das espécies normativas em *regras e princípios* não exaure a questão da racionalidade de argumentação e aplicação das normas.

Assim, para além da mera dicotomização das normas jurídicas em regras e princípios, o viés argumentativo conduz a adoção de “metanormas” ou normas de segundo grau, simplesmente denominadas *postulados normativos aplicativos*; a terminologia – diz Ávila, pouco importará – o decisivo passa a ser a análise, fundamentação e operacionalidade desse fenômeno (Ávila, 2004: 90).

Postulados normativos são tratados como normas estruturantes da aplicação de regras e princípios. A sua formulação oportuniza a identificação de três modos de aplicabilidade aos quais estaria uma norma jurídica sujeita: (i) a regra, que especifica um comportamento imediato; (ii) o princípio, que se revela como um fim adequado à situação jurídica; e (iii) o postulado normativo, enquanto método para a aplicação das espécies normativas em prospecção.

A idéia dos postulados normativos é um novo olhar sobre a metodologia das normas jurídicas. Cabe frisar que a idéia de normas de segundo grau não é nova na Ciência Jurídica. Tem sido suscitada, principalmente, quando da necessidade de solucionar antinomias entre regras, apresentando-se, pois como critérios para

equalização dos conflitos entre normas – hierárquico, cronológico e especial (cf. Batista, 1993; e Bobbio, 1999: 91ss).

A noção de *postulados normativos* encerra um avanço sensível para a própria conceituação de princípio jurídico. É que na fundamentação dos postulados, avulta como exemplo a questão da aplicação do *princípio da proporcionalidade*. Como já afirmado anteriormente, trata-se do “princípio dos princípios” (Guerra Filho, 2001: 64), eis que permite a ponderação de princípios em antagonismo, diante de uma determinada situação concreta.¹¹

Sucedo que, na visão de Ávila, o princípio da proporcionalidade não consiste num princípio, mas num postulado normativo aplicativo: em sua aplicação, o *dever de proporcionalidade* indica qual norma deverá prevalecer, a independer da situação concreta se houve ou não violação do conteúdo que representa a noção de proporcionalidade, tal como no caso em que o Supremo Tribunal decidiu que não se pode, por pretensão de terceiro, constranger o pai presumido ao fornecimento de sangue para a pesquisa do DNA, já que “à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação na perícia substantivaria”.¹² A rigor, diz o autor, “não é a *proporcionalidade* que foi violada, mas o princípio da dignidade da pessoa humana, na sua inter-relação horizontal, com os princípios da autodeterminação da personalidade e da universalidade da jurisdição, que deixaram de ser aplicados adequadamente”. (Ávila, 2004: 88; e Ávila, 2003: *passim*)¹³

Os postulados normativos, portanto, correspondem a normas articuladoras de regras e princípios, cujo funcionamento difere dessas espécies normativas, consideradas de 1º grau. São deveres estruturais

de aplicabilidade das normas em geral, cuja determinabilidade consiste na própria metodologia de decisão de um caso.

O problema de sua aplicação consiste exatamente na sua determinação: não se poderá especificar, em todos os casos, quais os elementos e critérios de sua utilização. Daí, a opção de Ávila em dividi-los em duas espécies: (i) *postulados inespecíficos*, dos quais se protraem a “ponderação”, a “concordância prática e a proibição de excessos”; e (ii) *postulados específicos*, tais como a “igualdade”, a “razoabilidade” e a “proporcionalidade” (Ávila, 2004: 93ss).

Sem imergir no detalhamento da classificação e em seus desdobramentos lógicos, a proposta de qualificação dos postulados normativos consagra a pré-compreensão na argumentação e hermenêutica do direito, em uma ampla cobertura de inferências lógicas postas à atividade decisional; enquanto alguns postulados aplicam-se sem pressupor a existência de elementos e critérios específicos, outros dependem de certas condições e prévios acertos de finalidade, para, enfim, dirigirem-se a seu consentâneo funcionamento.

5. Conclusão: a busca por um estado ideal de coisas

A adoção de princípios na esfera decisional revigorou pontos de confluência entre o discurso prático geral e o discurso jurídico. A racionalidade de sua aplicação, à conta de suscitar conectivos jurígenomorais, coloca-se em ordem a infirmar o abismo existente entre o discurso jurídico-dogmático e a ambiência social. Heck (2003: 67) recobra a lição de Alexy: “a pertença dos princípios ao sistema jurídico significa que o sistema jurídico é um sistema aberto diante da moral”.

O balanceamento de valores, a ponderação entre meios e fins de uma dada situação concreta, são, com excelência,

apelos ao raciocínio jurídico que um enfoque normativo principiológico pode factibilizar.

Ocorre que, para uma satisfatória aplicação dos princípios jurídicos, pressupõe-se a existência de um estatuto epistemológico confiável, que nos parece em construção, com franca adesão à análise da estrutura lógica, eficácia e metodologia de inserção em situações concretas. A compreensão desses dados implica até mesmo, como não soaria diferente, na evolução definitiva do que vem a ser um princípio jurídico e a extensão de seu caráter normativo.

Algumas percepções recentes da doutrina devem ser clarificadas.

Na medida em que os princípios indicam razões substanciais e finalísticas ínsitas à argumentação jurídica, estabelecem a determinação de realização de um determinado propósito. Transmutam-se, assim, na busca de um *estado ideal de coisas* a ser atingido (*Idealzustand*), ou seja, uma situação concreta qualificada por determinadas qualidades, em que se ordenam *bens jurídicos* e as *formas de sua preservação* (Ávila, 2004: 63)¹⁴.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, ao contrário das regras, que são imediatamente descritivas; as regras, pois, delimitam comportamentos de maneira frontal mas que poderão ser descumpridos em virtude da finalidade – mais adequada ao caso – que deriva de outras normas, sejam elas princípios ou regras.

Para melhor adotar um outro princípio, porquanto normas-do-que-deve-ser (*ought-to-be-norms*), é preciso inicialmente enquadrá-los no estado ideal buscado para a situação fática (*state of affairs*) (Ávila, 2004: 64).

Explorada em demasia pela teoria jurídica das últimas três décadas, a identificação da aplicabilidade normativa dos princípios proposta com base na sua apo-

díctica distinção face às regras cede espaço para reformulações conceituais acerca de seu caráter argumentativo. Com efeito, a maneira como é implicado em um determinado contexto normativo consistiria em uma ponderação (Atienza, 2002: 267), por meio de um exame da proporcionalidade ou razoabilidade dos comportamentos exigidos (componente deontológico) e dos valores adotados (componente axiológico) com vista às finalidades buscadas (componente teleológico).

Por outro lado, é preciso considerar a existência dos postulados normativos aplicativos, entendidos como normas estruturantes da aplicação das regras e princípios. A sua inclusão metodológica é extremamente proveitosa, levando-se em conta a atual situação do pensamento jurídico, em que o viés crítico sinaliza, cada vez mais, a necessária reformulação da idéia de norma de direito e sua interface com o discurso moral.

Acertos e erros fazem parte da construção do conhecimento. Até aqui, parece que muito foi escrito sobre o tema. Com o aporte de novas concepções que redirecionam o presente debate, fica evidente que o assunto avulta incipiente. Os influxos de bases teóricas como as que foram singelamente apontadas no texto, ainda em proemial desenvolvimento, assinalarão grande propriedade para a teoria jurídica fundamental e para a dogmática hermenêutica, especialmente se conjugados com outros importantes marcos do pensamento jusfilosófico do atual quadrante evolutivo, como, à guisa de exemplo, o primado da argumentação jurídica.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica – para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centros de Estudios Constitucionais, 1993.

ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. Trad. Wistano Orozco. México: Distribuciones Fontamara, 1998.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica – A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2002.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito - Teorias da Argumentação Jurídica (Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros)*. 2. ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, Centro de Atualização Jurídica, a. 1, n. 4, jul. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/dialogo-juridico-04-julho-2001-humberto-avila.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Princípios constitucionais brasileiros. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 1, p. 168-185, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicabilidade da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 abr. 2002.

BARROSO, Luís Roberto; e BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional dos princípios: Ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 101-135.

BATISTA, Roberto Carlos. Antinomias jurídicas e critérios de resolução. *Revista da Funda-*

- ção *Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. Brasília, a. 1, n. 1, p. 189-204, 1993.
- BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C.J Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação - uma contribuição ao estudo do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4.ed. Coimbra: Almedina, s.d.
- CARVALHO, Paulo de Barros. Tributo e segurança jurídica. In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 342-366.
- COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- CORREIA, Marcos Orione Gonçalves. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DELGADO, José Augusto. A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 31, n. 123, p. 35-46, jul-set. 1994.
- DWORKIN, R.M. Is law a system of rules? In: DWORKIN, R.M. (editor). *The Philosophy of Law*. Londres-Nova Iorque-Toronto: Oxford University Press, 1977, p. 38-65.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1997.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: Elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- ESSER, Josef. *Principio e norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961.
- GALINDO, Bruno. *Direitos Fundamentais: Concretização jurídica*. Curitiba: Juruá, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: Interpretação e crítica*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da isonomia, princípio da proporcionalidade e privilégios processuais da Fazenda Pública. *Nomos* [Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC]. Fortaleza, v. 13-14, n. 1-2, jan-dez. 1994-1995, p 18.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001.
- HECK, Luis Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 52-100.
- LOPES, Ana Maria D'Ávilla. *Democracia hoje: para uma leitura crítica dos direitos fundamentais*. Passo Fundo-RS: UPF Editora, 2001.
- MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MÜLLER, Friedrich. *Direito, linguagem, violência: elementos de uma teoria constitucional*, I. Trad. Peter Neuman. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.
- OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios – o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- PEIXINHO, Manoel Messias. *Interpretação da constituição e os princípios fundamentais: Elementos para uma hermenêutica constitucional renovada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- PERRINI, Raquel Fernandes. Os princípios constitucionais implícitos. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, n. 17, 113-169, out-dez. 1996.
- RABAY, Gustavo. O direito racional e o retorno ao argumento: as teses do direito argumentativo (Tópica, Retórica e Discurso Racional Procedimental) como canais para um pós-positivismo jurídico factível. *Revista da Faculdade de Direito de Caruaru*. Caruaru, n. 34, p. 165-190, 2003.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

SARAIVA, Paulo Lopo. *Direito, política e justiça na contemporaneidade*. Campinas: Edicamp, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. Elementos para uma Teoria Geral dos Princípios na perspectiva constitucional. In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 21-51.

NOTAS

¹ Fábio Corrêa Souza de Oliveira (2003: 10) assinala o emprego de outras designações congêneres, tais como “Estado principialista” (Paulo Bonavides), “Hermenêutica de Princípios” (Inocência Mártires Coelho), “Compreensão principial da Constituição” (Gomes Canotilho), “principiologia jurídico-constitucional” (Willis Santiago Guerra Filho), “dogmática principialista” (Clémerson Merlin Clève) e “jurisprudência de princípios” (García de Enterría).

² Esta expressão designa, no intento de uma Crítica Jurídica, o conjunto de pressupostos conceituais (princípios, dogmas, verdades, crenças, valores) sobre o qual se assenta a cultura e a epistemologia jurídica predominantes/tradicionais, sendo tal conjunto desprovido de legitimidade ideológico-social. Cf. Warat, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

³ O texto foi republicado como capítulo de destaque da obra *Taking rights seriously*, sob o título *The model of rules I* (“O modelo de regras I”). Cf. a tradução brasileira: Dworkin, 2002: 23-72.

⁴ Também estampada na legislação em vigor: é o caso do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

⁵ Essa distinção preliminar torna-se imprescindível para a correta aplicação do direito, encontrando-se sensivelmente presente em diversos aportes da nova metodológica da teoria jurídica. Com tal importância, encontra-se, por exemplo, na análise central do pensamento de

Müller e sua *metódica estruturante*, bem assim angularizada nas recentes teorias críticas do Direito, ambas bases teóricas mencionadas na introdução deste trabalho.

⁶ Em tradução livre: “(...) pode dizer-se que sempre um princípio é, em última análise, uma razão básica para um juízo concreto de dever ser, este princípio é uma razão para uma regra que representa uma razão definitiva para este juízo concreto de dever ser. Os princípios mesmos não são nunca razões definitivas”.

⁷ Cf. Günther, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

⁸ *Habeas corpus* nº 73.662-9. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Para conferir o voto vencedor, cf. Souto, Cláudio; e Falcão Neto, Joaquim de Arruda. *Sociologia e direito – textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica*. São Paulo: Pioneira, 1999, p. 371-376; Para uma análise da decisão sob a ótica da metódica estruturante de Friedrich Müller, cf. Adeodato, João Maurício. A concretização normativa – um estudo crítico. In: Adeodato, João Maurício. *Ética e retórica – para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 221-259.

⁹ Aqui se protraí a preocupação com a argumentação jurídica. O tema é será enfocado, ainda que de forma tímida, na sequência deste estudo.

¹⁰ Ávila, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 45. Outro exemplo argüido por Ávila põe em cena a regra que proíbe a concessão de liminar contra a Fazenda Pública que esgote o objeto litigioso (art. 1º da Lei nº 9.494/97). Outra regra, porém, determina que o Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos (art. 1º da Lei estadual 9.908/93, do Rio Grande do Sul). À vista da segunda regra, torna-se imperiosa a concessão de medida liminar em face do Estado, para determinar o fornecimento de remédio pelo sistema público de saúde a quem deles necessitar para viver.

¹¹ Mister esclarecer a plurissignificação que o princípio assume na doutrina tradicional, ora confundido com o “princípio da razoabilidade”, de difusão originalmente norte-americana, ora

como “princípio da proporcionalidade”, radicado no direito alemão, que por sua vez, pode ser empregado em duas acepções: (i) *princípio da proporcionalidade em sentido amplo*, consistente no dever de proibição de excessos (*Übermassverbot*); e (ii) *proporcionalidade em sentido estrito*, subprincípio equivalente à denominada “*máxima de sopesamento*” (*Abwägungsgebot*), e que integra, ao lado de outros dois subprincípios, quais sejam, o “*princípio da adequação*” e o “*princípio da exigibilidade*” ou da “*máxima do meio mais suave*” (*Gebot des mildesten Mittels*), o conteúdo do próprio princípio da proporcionalidade em sentido lato. Para uma visão plural do tema, cf. Barros, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000; Oliveira, Fábio Côrrea Souza de. *Por uma teoria dos princípios – O princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e aplicabilidade da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 209 e ss; Buechele, Paulo Armínio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; e Guerra Filho, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: Leite, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das*

normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 237-253.

¹² Hábeas Corpus ° 76060-SC, Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Publicado no DJU 15.05.98, p. 44.

¹³ Complementa, nesse mesmo texto, o autor: “O dever de proporcionalidade não é um princípio ou norma-princípio. Senão, vejamos: sua descrição abstrata não permite uma concretização em princípio gradual, pois a sua estrutura trifásica consiste na única possibilidade de sua aplicação; a aplicação dessa estrutura independe das possibilidades fáticas e normativas, já que o seu conteúdo normativo é neutro relativamente ao contexto fático; sua abstrata explicação exclui, em princípio, a sua aptidão e necessidade de ponderação, pois o seu conteúdo não irá ser modificado no entrechoque com outros princípios. Não bastasse, a proporcionalidade não determina razões às quais a sua aplicação atribuirá um peso, mas apenas uma estrutura formal de aplicação de outros princípios” (Ávila, 2003).

¹⁴ “Por exemplo – leciona Ávila - o princípio do Estado de Direito estabelece um estado de coisas, como a existência de responsabilidade (do Estado), de previsibilidade (da legislação), de equilíbrio (entre interesses públicos e privados) e de proteção (dos direitos individuais), para cuja realização é indispensável a adoção de determinadas condutas, como a criação de ações destinadas a responsabilizar o Estado, a publicação com antecedência da legislação, o respeito à esfera privada e o tratamento igualitário.”

TEORIA CONSTITUCIONAL: EM BUSCA DA DEFINIÇÃO DO BEM JURÍDICO-PENAL NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

CONSTITUTIONAL THEORY: IN SEARCH OF A DEFINITION FOR THE JURIDICAL-PENAL WELFARE IN THE CONTEMPORARY STATE

NIVALDO DOS SANTOS*

LIDIANY MENDES CAMPOS DE MELO**

Recebido para publicação em setembro de 2005

Resumo: O presente artigo busca a definição do bem jurídico-penal a partir de um pensamento jurídico desenvolvido sob o paradigma pós-positivista, no contexto de um modelo de Estado Constitucional compreendido como um Estado Democrático e Social de Direito. Para a consecução de tais objetivos, o estudo proposto se desenvolveu a partir de um raciocínio dialético, tendo como material de pesquisa textos e obras que abordam ou pelo menos tangenciam a problemática proposta. Sendo assim, a pesquisa demonstra que tal como os demais ramos do Direito, o Direito Penal não podem deixar de ser examinado sob a ótica constitucional, principalmente tendo em vista a compreensão de que dada a natureza repressiva deste ramo do Direito e a violência ensejada por sua atuação, por menor que seja, ele só deve ser chamado a atuar quando não houver outra alternativa, ou seja, deve funcionar como *ultima ratio* de um ordenamento jurídico. Em fim, por ora conclui-se que não há, na perspectiva do Estado Contemporâneo, melhor definição para o bem jurídico-penal que aquela que possa advir da Teoria Constitucional de caráter amplo, vez que a mesma é a única coerente com a necessidade que tem o Direito Penal de acompanhar as evoluções sociais para se fazer legítimo e justo, sem fazer dele um instrumento de manobra das ideologias dominantes. Isto é claro, se forem devidamente observados os Princípios Democráticos de Direito.

Palavras-Chave: Teoria do Bem Jurídico. Constituição. Princípios Democráticos de Direito. Política Criminal. Direito Penal. Pós-positivismo.

Abstract: This article seeks to define juridico-penal property according to juridical thinking developed in the post-positivist paradigm, in the constitutional context of a democratic social state of law. To achieve this aim, the proposed study was derived from dialectical reasoning, based on research among works dealing with or touching upon the questions under study. As such, this research shows that penal law, like all areas of law, can only be examined from a constitutional point of view. This is true principally since, given the repressive nature of penal law and the violence associated with its application, however minor, it should be applied only when no alternative exists, i.e., it should be treated as a last resort. Finally, it is concluded that there is no better definition in the contemporary state of juridico-penal property than that derived from broad constitutional theory. This is the only theory coherent with the need for penal law to keep pace with social evolution in order to remain legitimate and just instead of turning into a tool of the dominant ideology. For this to be true, however, the democratic principles of law must be observed.

Key Words: Theory of juridical property. Constitution. Democratic principles of law. Criminal politic. Penal law. Post-positivismo.

Introdução

O artigo ora desenvolvido tem por objetivo contribuir para a discussão da Teoria do Bem Jurídico a partir da ótica

Constitucional, tendo por paradigma o pensamento jurídico pós-positivista.

Assim, o raciocínio ora exposto se estabelece numa perspectiva contemporânea do Direito Penal segundo a qual esse

* Professor na UFG e na UCG. Doutor em Direito - PUC-SP.

** Advogada. Especialista em Direito Civil. Mestranda em Ciências Penais - UFG.

que é o sub-ramo do Direito responsável pela tutela de valores fundamentais (aqui compreendidos com os bens jurídicos) para a convivência social. Para isso seleciona os comportamentos humanos nocivos e os descreve como infrações penais, cominando-lhes sanções em conformidade com a gravidade e ofensividade da conduta e também de acordo com a periculosidade do agente.

Deste modo, o primeiro item do presente artigo busca a reconstrução do caminho evolutivo percorrido pelo bem jurídico ao longo do reconhecimento de sua existência enquanto instituto do Direito Penal, até o advento das Teorias Constitucionais, onde serão acentuadas suas contribuições, suas críticas e definida aquela que mais se adequa aos fundamentos de um Direito Penal que se quer Democrático.

O segundo item versa sobre a lamentável questão da perda do caráter fragmentário do Direito Penal em decorrência de uma exacerbação da atividade intervencionista do Estado por meio do Direito Penal. Para tanto serão tratados os seus aspectos originários e o seu ponto de encontro com uma das temáticas centrais do artigo que é o bem jurídico-penal.

Num terceiro momento será abordada a definição de bem jurídico-penal no Estado Democrático e Social de Direito, compreendendo este como o paradigma do Estado Contemporâneo.

Por fim, será tratado o enquadramento das concepções atuais do bem jurídico numa perspectiva pós-positivista, o que implicará numa descrição do caminho percorrido pelo pensamento jurídico até então e o significado desta concepção de pensamento para a elaboração, interpretação e aplicação da norma penal.

A pesquisa ora apresentada desenvolveu-se a partir de técnicas e recursos próprios de uma pesquisa bibliográfica,

tendo como fontes textos e obras jurídicas que abordaram ou pelo menos tangenciaram a problemática proposta.

Ressaltando que todo o material coletado foi analisado e interpretado tendo por Método o concernente ao desenvolvimento de um raciocínio dialético, no qual se demonstra a contribuição de cada teoria ao longo tempo e as confronta com as novas teorias para daí se ter uma síntese metodológica que consista numa resposta temporária ao problema, temporária porque novas antíteses estão a caminho na dinâmica do Direito que se quer que seja Justo e para tanto se faz necessário que seja, antes de tudo, Democrático.

1. Bem Jurídico-Penal: do iluminismo à Teoria Constitucional

Até o final do século XVIII o Direito Penal representava o direito de punição ilimitada praticada por parte de indivíduos contra indivíduos, num primeiro momento, ou do Estado contra os indivíduos dentro de uma perspectiva absolutista e autoritária, num segundo momento. Até então o Estado não havia se separado da religião o que implicava na confusão entre crime e pecado, logo todas as condutas humanas que afrontassem os interesses dominantes haveriam de ser incriminadas.

Somente a partir do final do século XVIII é que a humanidade começou se preocupar com a especificação da finalidade do Direito Penal, com a formulação ainda rudimentar de que tal ramo do Direito teria por objetivo tutelar certos bens e interesses. O Movimento responsável por esse pensamento foi o Iluminismo, este movimento substituiu a noção de religiosidade presente nos feitos da sociedade pela noção de racionalidade, diante disso o homem que até então ocupava um lugar secundário na concepção de mundo passa a ocupar o lugar central, ou seja, todas

as coisas a partir de então passam a girar em torno do homem, enquanto indivíduo portador de direitos inerentes a sua condição de ser humano (é o jusnaturalismo em sua concepção racional). Um dos autores responsáveis por essa nova concepção de Direito Penal foi Beccaria, por meio de sua obra imortal “Dos Delitos e das Penas”.

A partir de então o crime passa a ser compreendido como a violação de um direito subjetivo inerente a pessoa tal como a liberdade, a saúde, a integridade física, o patrimônio, etc.

Além desta noção do Direito Penal, o Movimento Iluminista culminou com mudanças em todos os níveis, inclusive da concepção de Estado, um dos pontos altos do Movimento foi a Revolução Francesa que também contribuiu para uma nova leitura do Direito como um todo. Assim, com a Revolução Francesa o Direito Penal passou a tutelar os bens individuais, medida esta que visava garantir a efetividade e limitar a quantidade de todas as leis, com ênfase especial para as leis de ordem penal.

Todavia na prática tal anseio não foi concretizado, o que de fato ocorreu foi a proliferação de leis penais de forma descontrolada, desta maneira “a necessidade de conter os excessos criminalizadores dá origem ao entendimento de que o Direito Penal tem por objeto não a tutela de direitos subjetivos, mas a de bens jurídicos” (LUISI, 2004, p. 01).

Diante disso, em 1834, Birnbaum defendeu o pensamento segundo qual o Direito Penal não deveria cuidar dos Direitos subjetivos como queriam os Iluministas, mas sim dos bens jurídicos matérias ou corpóreas passíveis de ação criminosa, desde que importantes para o indivíduo e a sociedade, vez que estariam mais próximos da realidade. Todo esse pensamento tinha por finalidade limitar o crescimento da legislação penal, logo, atribui-se a Birn-

baum a cunhagem da expressão “bem jurídico” (KIST, 2004).

Diante da dimensão do estudo proposto não se pode falar em bem jurídico sem mencionar a discussão provida por Birnbaum e Franz Von Liszt quanto ao objeto da proteção penal. Segundo Birnbaum, o bem jurídico subordina-se à norma penal, sendo portado criado pelo Direito, para ele “os bens jurídicos são criações do legislador e o delito é a lesão ao direito de mandar do Estado” (KIST, 2004, p. 04).

Já na concepção de Liszt, os bens jurídicos existiam independentemente de qualquer norma penal, eram, pois, interesses essenciais do ser humano e da sociedade, sendo que neste contexto, nada mais cabia ao Direito Penal, senão reconhecer e proteger tais interesses.

Embora válidas as duas concepções teóricas, dada à contribuição que deram para a evolução do conceito de bem jurídico, o proposto por Liszt se aproxima mais da necessidade, daquele tempo e ainda hoje, tão urgente de limitar a atividade incriminadora do Estado.

Seguindo o rastro histórico, o bem jurídico passa por uma nova concepção, de cujo metodológico (séc. XX) e que surge dada às divergências e incertezas dos posicionamentos a seu respeito.

A concepção metodológica do bem jurídico reconhecia “neste um valor abstrato, de cunho ético-social, tutelado pela norma penal, ou, um valor social juridicamente protegido” (KIST, 2004, p. 05).

Mas, é após a primeira grande guerra mundial que esta concepção se desenvolve tendo como fundamento o pensamento neokantiano, o que significa dizer que a partir de então o bem jurídico nada mais é que um valor cultural abstrato inerente ao grupo social, logo, verifica-se que diante desta concepção o bem jurídico não passa de um método interpretativo, não contendo

qualquer capacidade de limitar a atividade incriminadora do Estado.

Neste sentido segundo Kist, “o objeto de proteção é um produto dos conceitos jurídicos; ele não existe como tal, a não ser que, nos valores da comunidade, existam os objetos que constituem o objetivo das prescrições penais”.

Com o término da segunda grande guerra mundial surgem novas discussões em torno do bem jurídico, tais discussões decorrem da necessidade de se limitar à ação punitiva do Estado, de modo a evitar que novamente regimes autoritários se utilizassem o Direito Penal como instrumento não apenas de controle social, mas principalmente de imposição de uma ideologia, em fim de violência.

Neste contexto surgem as concepções funcionais ou sistêmicas do bem jurídico, que foram defendidas por diversos autores e que tinham cunho sociológico. Dentre os autores que trataram desta concepção vale destacar Jäger, que acreditava que por ser o Estado composto por pessoas que pensam de maneiras diferentes, os tipos penais não poderiam ser criados a partir de valores éticos e morais não compartilhados por todos os cidadãos, logo, “a criação de tipos penais deveria obedecer a um critério estritamente racional, qual seja, o de defesa frente a perigos que todos os homens regidos pela lei compreendam da mesma maneira” (KIST, 2004, p. 06).

Aqui cabe mencionar que o citado autor foi o que mais se aproximou da diretriz democrática que passou a orientar o Direito Penal no Estado Contemporâneo, vez que de seu pensamento se abstrai os princípios do pluralismo e da tolerância que devem constar na definição dos bens jurídico-penais hodiernamente.

Outro autor que contribui com esta concepção sob o enfoque sistêmico é Knut Amelung, para quem o Direito é um dos

subsistemas da sociedade e o Direito Penal um dos principais instrumentos deste subsistema, pois através da pena protege os bens jurídicos de fatos realmente nocivos ou danosos à sociedade.

Ressaltando que esta visão dos bens jurídicos como funções necessárias para a conservação do sistema social foi duramente criticada por Fiandaca por não precisar os limites da atividade incriminadora do Estado (KIST, 2004, p. 06).

Ainda no rol dos autores que se deram na análise do bem jurídico a partir da concepção funcional ou sistêmica encontra-se Hassemer, que elaborou três critérios em forma de fatores que deveriam ser levados em consideração pelo legislador no momento de criação de um novo tipo penal, quais sejam:

- A frequência da conduta criminosa;
- A intensidade da necessidade de preservação do objeto tutelado; e
- A intensidade da ameaça dirigida contra o bem jurídico.

Assim, de acordo com o pensamento de Hassemer, cada sociedade valora os comportamentos que considera intoleráveis e que ensejam uma repressão de caráter penal, logo, o bem jurídico é individualizado a partir da valoração subjetiva destes comportamentos.

Por fim, merece destaque por tratar do bem jurídico na perspectiva sistêmica o autor Hans Welzel. Para ele bem jurídico é um conceito pré-jurídico, por já existir na realidade social e por ser influenciado pela sociedade e por exercer sobre ela suas influências.

Diante deste pensamento fica clara a intenção do autor de classificar os bens jurídicos como algo dinâmico que se transforma junto com a sociedade, de maneira a abarcar todos os interesses individuais ou coletivos, logo são unidades funcionais das quais depende todo o sistema no qual

se insere a sociedade (RUDOLPHI, *apud* KIST, 2004, p. 07).

Depois de tudo o que já foi discutido quanto à necessidade da definição de valores capazes de limitar a atividade incriminadora do Estado, eis que surgem novas teorias que por sua fundamentação vislumbram algo que as demais não tinham a oferecer, ou seja, a definição, ou pelo menos os critérios para a definição do conteúdo dos bens jurídicos.

Essas teorias foram denominadas Teorias Constitucionais do bem jurídico e sua finalidade é buscar “critérios aptos a orientar o legislador penal quando da criação de tipos penais a partir da Constituição vigente” (KIST, 2004, p. 07).

Não é difícil compreender o porquê destas teorias, dado ao fato de que a Constituição de um Estado é o marco legislativo do qual devem partir todas as demais normas, é na Carta Política que vêem esculpidos os fundamentos do Estado e as diretrizes para a intervenção do mesmo.

Assim, as teorias do bem jurídico, denominadas Constitucionais nasceram na doutrina italiana e por ela foram aprofundadas, assim pode-se dizer que foram desenvolvidas sob a égide de um Estado Democrático e Social de Direito, de forma a buscar no texto constitucional a fundamentação material para o delito (BIANCHINI, 2002, p. 44).

Tais teorias se subdividem em dois segmentos: o primeiro constitui na Teoria Constitucional do Bem Jurídico de Caráter Amplo e o segundo na Teoria do Bem Jurídico Constitucional de Caráter Restrito.

Na concepção da Teoria Constitucional do Bem Jurídico de caráter amplo a Constituição seria o referencial de onde deveriam ser avaliados todos os bens, de modo a se elegerem a categoria de bens jurídicos apenas aqueles que estando ou não explícitos no texto constitucional não estejam em conflito com o mesmo.

Uma das conseqüências diretas dessa teoria é impossibilidade de cristalização do Direito Penal, vez que com essa teoria teria plenas condições de se adaptar as constantes alterações sócio-culturais, sem com isso descuidar da proteção inerente ao modelo de Estado proclamado pela Constituição Federal de 1988.

Sendo que um dos seus principais defensores é Roxin. Seguindo ele o desenvolvimento de uma existência digna para todos os cidadãos, tal como prevê a Constituição, passa pela proteção dos bens jurídicos constitutivos da sociedade e da garantia das prestações públicas necessárias à existência de cada indivíduo (PELARIN, 2002, p. 131).

Já na concepção da Teoria Constitucional do Bem Jurídico de caráter restrito a Constituição, embora também seja o referencial de onde se depreende os bens jurídicos, há a restrição segundo a qual só podem ser bens jurídicos penalmente tutelados aqueles provenientes de valores constitucionais.

Desta forma, Bianchini destaca como aspectos fáticos ainda não resolvidos no âmbito desta teoria, o fato dela impossibilitar o acompanhamento por parte do legislador infraconstitucional das mudanças sócio-culturais verificadas ao longo do tempo (2002, p. 49).

É preciso ressaltar que esta segunda teoria constitucional do bem jurídico trabalha com os mesmos elementos da primeira, todavia “delimita mais concretamente o poder criminalizador” (PERALIN, 2002, p. 138). São defensores desta teoria, Fian-daca e Bricola.

A compreensão de que a definição dos bens jurídico-penais encontra limites precisos no texto constitucional, mas sem que isso resulte na cristalização do Direito Penal (Teoria Constitucional de Caráter amplo), leva ao entendimento de que a não

observância do mesmo na elaboração das normas penais implica em inconstitucionalidade.

Neste sentido vale transcrever o pensamento de Kist, segundo o qual “efetivamente, as Constituições contêm as valorações fundamentais de uma sociedade, podendo-se captar nelas o fundamento para a elaboração de um conceito de bem jurídico prévio à legislação penal, mas ao mesmo tempo obrigatório para ela. Esta idéia, portanto, revela a preocupação quanto à formulação de critérios capazes de limitar a atuação do legislador penal no momento da criação de leis penais. Em consequência, este não é livre para elencar como bem jurídico qualquer juízo de valor, pois está vinculado às funções que a Constituição reserva ao Direito Penal”. (2004, p. 08).

Como se pôde observar, o bem jurídico, desde sua concepção como tal e a definição de sua finalidade, passou por diversos pensamentos até alcançar a Teorias Constitucionais que ao lado da concepção sistêmica ou funcional, foram as que mais perto chegaram da concreta limitação da atividade incriminadora do Estado e do vislumbre de uma efetiva aplicação das normas penais existentes por meio da sua interpretação sob a ótica constitucional.

2. Perda gradual do caráter fragmentário do Direito Penal

O Estado contemporâneo passa por transformações diárias que refletem no todo da convivência social. Num curto espaço de tempo o homem alcançou conquistas tecnológicas que jamais ousou imaginar como as pesquisas com as células-tronco, todavia todas essas inovações, paralelas as condições econômicas advindas com o processo de globalização, gerou nas pessoas um estado de insegurança, ora decorrente da falta de conhecimento, ora gerada pela marginalização própria de uma

economia de capital aberto na qual sobram desempregos e faltam políticas de diminuição das desigualdades sociais.

Figura corriqueira neste cenário é a violência e a excessiva criminalidade, diante disso os legisladores pressionados pela sociedade insegura, criminalizam mais e mais condutas sem se preocuparem com a finalidade precípua do Direito Penal ou com o descrédito na Justiça Penal gerado pelo excesso de normas penais e processuais penais que não atendem aos anseios sociais, e principalmente, sem se preocuparem em se fazer estabelecer o Estado Democrático e Social de Direito que ainda hoje se mostra frágil em sua concretização.

Segundo Zaffaroni (2001): “O crime é, indiscutivelmente, uma criação política. E se o crime é criação política, então aquele que tende a praticar condutas que o político resolve proibir e punir, num certo momento, tem direito de reclamar ao Estado para que seja treinado e ensinado a não praticar essas condutas”.

A profundidade dessas palavras do penalista argentino ressoa como um grito aos ouvidos mais sensíveis, grito de socorro, dos marginalizados em um Estado incapaz de gerir sua economia e que por isso relega boa parte de seus cidadãos ao esquecimento no desemprego e/ou na informalidade.

Exigir que o sistema penal seja eficaz é argumento de leigos, ou melhor de quem desconhece a realidade de que para evitar o sistema é preciso ter meios dignos de sobrevivência, é preciso ter educação, é preciso antes de tudo ser cidadão.

Ainda de acordo com o pensamento do mestre argentino (ZAFFARONI, 2001): “No terceiro milênio, a humanidade vai sobreviver, e, para sobreviver, vai ter que acabar com o sistema penal. E antes de acabar com o sistema penal, vai ter que

acabar com o discurso punitivo, vai ter que achar soluções reais para os problemas, não ilusões para solucionar os problemas [tais como a elaboração de novas leis]”.

Tem-se observado, assim, uma crescente expansão da intervenção penal, que resulta na criminalização desde infrações de pequena ofensividade, até ilícitos de ordem comercial, ambiental, administrativa, etc., que poderiam ser resolvidas de outra maneira que não a punição de ordem penal.

Toda essa expansão do Direito Penal resulta na perda por esse ramo do Direito de uma de suas principais características que é fragmentariedade. De acordo com essa característica, que é na verdade um sub-princípio decorrente do Princípio da Intervenção Mínima, o Direito Penal só pode intervir quando houver ofensa a bens jurídicos fundamentais para o grupo social com reflexos imediatos na órbita individual. Assim, uma norma penal só pode tutelar um determinado bem jurídico quando outro ramo do Direito não se mostre eficaz na sua defesa, isso vale dizer que além de fragmentário o Direito Penal é também subsidiário (que se constitui em outro sub-princípio do mencionado Princípio da Intervenção Mínima) frente aos outros ramos do Direito.

Ao longo da história do Direito Penal brasileiro, este se desenvolveu tendente a um pensamento que primava pelo seu caráter fragmentário e subsidiário, ou seja, cuja intervenção estatal é mínima, todavia nos dias hodiernos o Direito Penal tem-se demonstrado bem mais intervencionista, “objetivando aplacar a sensação coletiva de insegurança de corrente da escalada da criminalidade e proporcionar uma maior garantia de tranquilidade social” (CAPEZ, 2003, p.06).

A perda do caráter fragmentário, da subsidiariedade, em fim da intervenção mínima do Direito Penal, traz à tona a dis-

cussão sobre qual desvalor deve ser observado quando da punição pelo Direito Penal, o decorrente do resultado ou o da ação. Diante da perda das mencionadas características do Direito Penal o desvalor a ser observado seria o correspondente à ação o que levaria a infindáveis injustiças.

Neste contexto o Direito Penal deve cuidar para que não caia no utilitarismo exacerbado, útil ao controle social, mas incapaz de perceber as tensões, os conflitos e os anseios da sociedade.

3. Definição de Bem Jurídico-Penal no Estado Democrático e Social de Direito

Antes de iniciar a discussão pertinente à definição de bem jurídico no Estado contemporâneo, convém falar algo acerca do Estado Democrático e Social de Direito, já que segundo alguns autores, dentre eles Luiz Regis Prado, este é o paradigma do Estado brasileiro esculpido na Carta Magna da República Federativa do Brasil.

A justificativa para o acréscimo do qualificativo Social ao Estado Democrático de Direito postulado pelos artigos 1^a e 3^o da Carta Política é justamente a natureza dos compromissos assumidos por esse Estado, vez que são em regra de ordem social, tais como a redução das desigualdades sociais, a busca pela justiça social, dentre outros.

Desta maneira quando se fala em Estado Democrático e Social de Direito compreende-se o Direito Penal na perspectiva constitucional, segundo a qual o tipo penal deve estar em total consonância com os princípios constitucionais. Dentre esses princípios um de grande relevância para o estudo que se propõe é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (CF, art. 1^o, III).

De acordo com Fernando Capez “qualquer construção típica cujo conteúdo contrariar e afrontar a dignidade humana

será materialmente inconstitucional, posto que atentatória ao próprio fundamento da existência de nosso Estado” (2003, p. 10).

Ressaltando que segundo Luis Roberto Barroso, o princípio da dignidade da pessoa humana “representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar” (2001, p. 23).

No âmbito do Direito Penal, o princípio em comento não orienta somente a criação de um novo tipo penal, como também a aplicação da norma penal ao caso concreto. Daí a doutrina afirmar que dele decorrem outros princípios que igualmente devem ser observados pelo legislador e pelo intérprete da lei.

Capez (2003, p. 12) relaciona os seguintes princípios como decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana:

- Princípio da legalidade;
- Princípio da insignificância;
- Princípio da alteridade;
- Princípio da confiança;
- Princípio da adequação social;
- Princípio da intervenção mínima;
- Princípio da fragmentariedade;
- Princípio da proporcionalidade;
- Princípio da humanidade;
- Princípio da necessidade; e
- Princípio da ofensividade.

Quanto à definição de bem jurídico-penal, embora este tenha trilhado todo o caminho evolutivo narrado no primeiro item deste artigo, pode-se afirmar que o conceito de bem jurídico-penal ainda está em construção.

Tal constatação é fruto da natureza complexa do bem jurídico-penal, vez que até então a doutrina não foi capaz de determinar o núcleo essencial da definição de bem jurídico, não se sabe se está na sistemática dos fatos puníveis, no conteúdo

material do delito, na teoria da pena ou na legitimação do *jus puniendi* do Estado.

De forma que é diante dessas imprecisões que os críticos afirmam “que o conceito de bem jurídico não cumpre a sua função de limite do *jus puniendi*, convertendo-se facilmente em instrumento de manobra nas mãos do legislador, independentemente de sua linha ideológica, tendência democrática ou totalitária, minimalista ou intervencionista, o que leva, muitas vezes a cumprir um papel oposto, ou seja, de autorizar e incentivar a hipertrofia ou expansão do Direito Penal” (LAZZARIN, 2004, p. 02).

Apesar do exposto, se acredita, diante dos estudos ora desenvolvidos, que a definição buscada se encontra efetivamente na Constituição e que os seus limites são exatamente os princípios democráticos de Direito.

4. O Bem Jurídico-Penal Constitucional numa perspectiva pós-positivista

Partindo da compreensão de que existe uma definição constitucional de bem jurídico-penal, cabe analisá-lo frente à chamada perspectiva pós-positivista. Para tanto, se faz necessário compreender o que vem a ser o pós-positivismo, como e por que surgiu no cenário jurídico mundial e qual a sua influência no ordenamento jurídico brasileiro, já que se pressupõe que este deve ser o paradigma a ser seguido.

Assim, a sua compreensão exige que se compreenda com caminhos percorridos pelo pensamento jurídico ao longo da história desde o jusnaturalismo até esta nova corrente do pensamento jurídico.

Pois bem, o jusnaturalismo consistente na corrente filosófica de maior incidência sobre o Direito, fundado na existência de um direito natural inerente a todos os homens, foi aplicado em diversas fases históricas, desde a antiguidade clássica

até os dias atuais, com algumas variantes quanto ao conteúdo.

Durante a Idade média o jusnaturalismo esteve fundando na idéia de que todo o direito natural emanava de uma autoridade divina; já a Idade Moderna colocou a razão humana no centro das coisas, logo neste período o jusnaturalismo era fundando na crença de que o direito natural emanava da razão humana.

A importância dessa corrente do pensamento jurídico é tão grande, que no Estado Moderno, foi a responsável pelas revoluções liberais que se fundavam na crença de que o homem possui direitos individuais que devem ser respeitados pelo Estado, tais como a liberdade, a vida, dentre outros.

Segundo Luís Roberto Barroso (2001, p. 15): “O jusnaturalismo racionalista esteve uma vez mais ao lado do iluminismo no movimento de codificação do Direito, no século XVIII, cuja maior realização foi o Código Civil francês – o Código de Napoleão –, que entrou em vigor em 1804. Em busca de clareza, unidade e simplificação, incorporou-se à tradição jurídica romano-germânica a elaboração de códigos, isto é, documentos legislativos que agrupam e organizam sistematicamente as normas em torno de determinado objeto. Completa a revolução burguesa, o direito natural viu-se ‘domesticado e ensinado dogmaticamente’” (*Apud* LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*. 2000, p. 188).

A codificação como se vê trouxe para o jusnaturalismo um paradoxo, vez que ao mesmo tempo em que houve a sua consolidação nos códigos houve, também, a sua superação histórica, isto porque ao serem incorporados aos ordenamentos positivos os direitos naturais deixaram de ser elementos de revolução para se tornarem elementos de conservação, assim “o direito

natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX” (BARROSO, 2001, p. 16).

O positivismo filosófico e por consequência o positivismo jurídico é fruto do amadurecimento do pensamento racional humano, o qual acreditava que o único conhecimento válido é aquele obtido a partir da ciência e livre de qualquer interferência teológica ou metafísica. Assim, o conhecimento científico é objetivo, baseia-se no método descritivo que consiste na observação e experimentação do objeto independente da área de conhecimento. A crença na neutralidade científica era o ponto alto dessa corrente de pensamento.

Como se vê o positivismo jurídico tem início com a codificação, já que a partir de então não se admitia outro direito que não fosse aquele estabelecido nos códigos, logo a interpretação da norma codificada ou a simples utilização de princípios ou normas externas ao sistema do direito positivo era considerada ilegítima.

Em fim, “em sentido amplo, o termo positivismo designa a crença ambiciosa na ciência e nos seus métodos. Em sentido estrito, identifica o pensamento de Auguste Comte, que em seu Curso de filosofia positiva (seis volumes escritos entre 1830 e 1842), desenvolveu a denominada lei dos três estados, segundo a qual o conhecimento humano havia atravessado três estágios históricos: o teológico, o metafísico e ingressara no estágio positivo ou científico” (BARROSO, 2001, p. 16).

O positivismo jurídico impunha que o Direito, assim como as demais ciências, deveria fundar-se em juízos de fato e não em juízos de valor, ou seja, basta conhecer a realidade, não sendo necessário posicionar-se diante dela. Com esse raciocínio o positivismo retirou do âmbito do Direito as discussões acerca da legitimidade e da justiça.

É importante ressaltar, que assim como o jusnaturalismo, o positivismo jurídico comportou algumas variações, tendo seu ponto culminante com o normativismo de Hans Kelsen (BARROSO, 2001, p. 17).

Não se pode contestar a importância do positivismo para o Direito enquanto ciência, todavia é preciso reconhecer que o império da lei e do legalismo desprovido de qualquer interpretação crítica serviram de disfarces perfeitos para regimes autoritários, já que a positividade da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida, seja ela qual for.

Assim, na narrativa de Luis Roberto Barroso, “a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. (...) Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como um (sic) estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido” (2001, p. 18).

Como se vê, depois da superação histórica do jusnaturalismo e do fracasso político do positivismo jurídico que se converteu em instrumento de dominação, iniciaram-se as reflexões acerca do Direito e da sua função social e da necessidade de sua interpretação tendo em vista a Justiça. Assim, surge o pós-positivismo, que segundo Barroso (2001, p. 19) “é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais”.

Desta maneira, observa-se que a partir da metade do século XX, já não havia

espaço para o positivismo jurídico, muito embora o Direito estivesse impregnado pelo discurso científico o que impedia a simples volta ao jusnaturalismo. Logo, o pós-positivismo, surge não como uma corrente de pensamento de superação ou desconstrução do positivismo jurídico, mas sim como uma corrente de pensamento que permite a flexibilização do conhecimento científico obtido a partir do positivismo com a reintrodução no ordenamento jurídico das idéias de justiça e de legitimidade.

Neste contexto o Direito Constitucional moderno prevê o retorno dos valores, com a reaproximação entre Direito e ética, compreendendo que esses valores materializam-se em princípios que devem ser abrigados no texto constitucional, seja explicita ou implicitamente.

Aqui é preciso ressaltar que o pós-positivismo não cria os princípios, vez que sua origem remonta aos textos religiosos, filosóficos ou jusnaturalistas, desde a mais remota antiguidade, o que o pós-positivismo traz de novo é a compreensão de que os princípios são admitidos definitivamente como normas, ou seja, são normas-valores com positividade maior nas Constituições do que nos Códigos, daí a necessidade de interpretar os Códigos à luz da Constituição, sob pena de ir contra o ordenamento jurídico estabelecido pela Lei Maior.

Quanto aos princípios afirma Luis Roberto Barroso (2001, p. 20): “Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie”.

Diante do exposto, um dos sustentáculos do pós-positivismo é a distinção entre regras e princípios enquanto espécies do gênero norma. Tal distinção é indispensável para que se verifique a superação do positivismo legalista, onde as normas se restringem às regras jurídicas.

No contexto ora delineado a Constituição passa a ser um sistema aberto de princípios e regras, onde há a interferência de valores suprapositivos, e cujo objetivo principal é a efetivação da justiça e a concretização dos direitos fundamentais e humanos.

Alexy, numa citação de Paulo Bonavides (2004, p. 277), distingue princípios e regras da seguinte maneira: “os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade relativa, ao passo que as regras sendo também normas, têm, contudo grau relativamente baixo de generalidade”.

Isto vale dizer que os princípios têm haver com valor, enquanto que as regras têm haver com validade, tal percepção é possível quando do confronto entre princípios e do confronto entre regras.

Quem melhor explica sobre a generalidade encontrada em regras e princípios é Boulanger, também citado por Bonavides (2004, p. 266), segundo o qual a regra pode ser entendida por geral dado ao fato de que é estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos, ao mesmo tempo em que é específica por ser editada para ser aplicada a uma situação jurídica determinada. Já os princípios são gerais por comportarem uma série indefinida de aplicações.

Dworkin (*apud* BONAVIDES, 2004, p. 281), também, contribui para esta distinção ao estabelecer dois critérios baseados nas idéias do tudo ou nada e do peso ou da importância.

Diante desses critérios, as regras jurídicas são ou não aplicáveis, ou seja, ha-

vendo os pressupostos de fato aos quais a regra se refira e sendo ela válida, a regra deverá ser aplicada. O mesmo não ocorre com os princípios, vez que não são aplicados automaticamente, mesmo quando presentes as condições necessárias para a sua aplicação.

Já os princípios, de acordo com o segundo critério, possuem uma dimensão que não é própria das regras jurídicas, qual seja a dimensão do peso ou da importância, que só será possível estabelecer no caso de conflitos entre dois princípios.

Como se vê para Alexy o conceito de princípio é bem mais amplo do que para Dworkin, no que se refere a sua abrangência material.

Ainda quanto a critérios de distinção entre princípios e regras, Canotilho dá a sua contribuição estabelecendo cinco critérios que foram transcritos por Ruy Samuel Espíndola em sua obra *Conceito de Princípios Constitucionais* (2002, p. 70):

“a) O grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstracção relativamente reduzida.

b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? Do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta.

c) Carácter de fundamentalidade no sistema de fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).

d) “Proximidade da idéia de direito”: os princípios são *standards* juridicamente

vinculantes radicados nas exigências de “justiça” (Dworkin) ou na “idéia de direito” (Larenz); as regras podem ser normas vinculantes com um conteúdo meramente formal.

e) Natureza normogenética: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso uma função normogenética fundamentante”.

Vale ressaltar que, segundo Ruy Samuel Espíndola, a partir do pensamento de Eros Grau e Noberto Bobbio, que os princípios estão compreendidos tanto no conceito de lei como no de princípios gerais do direito, logo se pode falar em princípios jurídicos expressos e princípios jurídicos implícitos na ordem jurídica vigente.

Frente ao exposto, têm-se então, princípios gerais do direito e princípios constitucionais. Neste sentido segundo Carmem Rocha (*apud* ESPÍNDOLA, 2002, p. 82): “Os princípios gerais do direito são geradores de outros princípios e regras, logo é essa generalização que possibilita a Constituição cumprir o seu papel de lei maior concreta e fundamental do Estado, sem amarrar a sociedade a modelos inflexíveis e definitivos, que a vida não permitiria algemar-se em travas de lei”.

Antes de passar adiante é importante mencionar que nem sempre a distinção entre princípios e regra será pacífica, vez que a própria redação da norma ocasiona dificuldades de distinção. É o que ocorre com as regras que contém termo ou locução de conteúdo indeterminado, aberto ou flexível, nessas hipóteses “a regra desempenhará papel semelhante ao dos princípios, permitindo ao intérprete integrar com sua subjetividade o comando normativo e formular a decisão concreta que melhor irá reger a situação de fato apreciada” (BARROSO, 2001, p. 23).

No que se refere a evolução das Constituições, de acordo com Luiz Luisi (1991) as Constituições, desde o século XVIII até as contemporâneas expressam ideais iluministas (Rechtssaats) e do Estado Social (Sozialstaats), assim se pode afirmar que incorporam princípios do Estado Social e do Estado Social conciliando-os.

A manifestação mais contundente desta conciliação entre os dois tipos de Estado é a fixação de limites ao poder punitivo do Estado quando resguarda direitos individuais, ao mesmo tempo em que permite a expansão deste poder ao objetivar a tutela de bens cuja tutela é imprescindível para o alcance dos fins sociais do Estado (LUIZI, 1991, p. 10).

Desta maneira, a conciliação de princípios de caráter liberal e social no bojo das Constituições, tem ocasionado o surgimento de “um novo direito penal”. “Ou seja: de um novo direito criminal onde os princípios inarredáveis da herança iluminista se mesclam em convívio, as vezes tenso, mas plenamente possível com as exigências de proteção dos valores transindividuais e os imperativos de justiça material” (LUIZI, 1991, p. 10).

Diante do exposto, para se compreender a gênese do conceito de bem jurídico a partir da Constituição dentro de quaisquer umas das duas Teorias Constitucionais do bem jurídico, antes mencionadas, é necessário compreender o significado da expressão Política Criminal.

Pois bem, segundo Liszt, citado por Luiz Regis Prado (1997, p. 33) “a Política Criminal vem a ser um compêndio sistemático de princípios conforme os quais o Estado leva adiante a luta contra o delito”.

Segundo Luiz Regis Prado, para Liszt o bem jurídico se encontra no limite entre a Política Criminal e o Direito Penal (1997, p. 33). Já em se tratando do bem jurídico no contexto da Constituição o pensamen-

to não se difere muito, vez que segundo o mesmo autor “o conceito de bem jurídico deve ser inferido na Constituição, operando-se uma espécie de normatização de diretivas político-criminais” (1997, p. 51).

Isso significa que o bem jurídico-penal numa perspectiva constitucional deve partir da observância dos princípios constitucionais que ensejem caminhos mais profícuos para Estado na sua luta contra o delito.

Em fim, como se observa da contextualização evolutiva tanto do bem jurídico, feita no primeiro item deste artigo, como do registro evolutivo do pensamento jurídico do jusnaturalismo mais primitivo até o pós-positivismo, o bem jurídico-penal, hodiernamente deve ser enquadrado numa perspectiva pós-positivista, que dado o estudo ora realizado, melhor se desenvolve dentro da Teoria Constitucional de caráter amplo.

Assevera este argumento a afirmativa de Luiz Regis Prado (1997, p. 54) quando fala dos princípios fundamentais e bem jurídico: “O pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção de bens jurídicos – essenciais ao indivíduo e à comunidade –, norteadas pelos princípios fundamentais da personalidade e individualização da pena; da humanidade; da insignificância; da culpabilidade; da intervenção penal legalizada; da intervenção mínima e da fragmentariedade”.

Considerações Finais

A execução da tarefa proposta, qual seja, falar sobre a Teoria do Bem Jurídico-Penal em consonância com a Teoria Constitucional, revelou a certeza da pertinência desta e de futuras e necessárias incursões sobre o tema, além da convicção de que se não foi relevante à discussão tal como foi efetivada, em muito contribuiu para uma

visão panorâmica da problemática do bem jurídico-penal sob a ótica do pensamento jurídico pós-positivista.

Assim, diante do exposto ficou demonstrado que as concepções acerca do bem jurídico evoluíram em conjunto com a evolução do pensamento jurídico, sendo a perspectiva constitucional do bem jurídico uma resposta à evolução do pensamento jurídico, que na atualidade não comporta mais um direito posto inflexível, ou seja, incapaz de reconhecer os verdadeiros anseios sociais em matéria penal.

Ressalta do estudo realizado que desde a sua origem a Teoria do Bem Jurídico teve como ponto conflituoso à questão a bem jurídico-penal enquanto parâmetro de controle da atividade incriminadora do Estado.

Diante de tal constatação a Teoria Constitucional de caráter amplo é a que melhor possibilita a efetivação real do controle anteriormente mencionando, sem com isso cristalizar o Direito Penal.

Em fim, muito pelo contrário, vai ao encontro das expectativas quanto à efetividade da norma penal num Estado Democrático e Social de Direito.

REFERÊNCIAS

- BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7 ed. Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, a. I, n. 6, set. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2004.

- BIANCHINI, Alice. *Pressupostos Materiais Mí-nimos da Tutela Penal*. São Paulo: RT, 2002. (Série as Ciências Criminais no Século XXI – V. 7)
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- COSTA, Maria Isabel Pereira da. *Constitucionalismo ou Neoliberalismo: o que interessa e a quem?* {s. l.}: Síntese, {s. d.}.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*: Elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT: 2002.
- GOMES, Luiz Flávio. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal*. São Paulo: RT, 2002. (Série as Ciências Criminais no Século XXI – V. 5)
- KIST, Dario José. Bem Jurídico-Penal: evolução histórica, conceituação e funções. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto510.htm>>. Acesso em: 23 jul. 2004.
- LAZZARIN, Sonilde Kugel. O Bem Jurídico-Penal como limite ao poder punitivo do Estado. Disponível em: <<http://www.congopenal2003.com.ar/seccion/listaponencia.asp?t=2>>. Acesso em: 23 jul. 2004.
- LUIZI, Luiz. Direito Penal: Bens constitucionais e criminalização. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero4/artigo13.htm>>. Acesso em: 23 jul. 2004.
- _____. *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- PELARIN, Evandro. *Bem Jurídico-Penal: um debate sobre a descriminalização*. São Paulo: IBCCRIM, 2002.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Desafios do Direito Penal na era da Globalização. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano V, n. 106, junho/2001.

DIREITOS HUMANOS, IMPÉRIO DA LEI E SOCIALISMO
EM *O IMPÉRIO DA LEI* DE FRANZ NEUMANN
HUMAN RIGHTS, RULE OF LAW AND SOCIALISM ACCORDING TO
THE RULE OF LAW BY FRANZ NEUMANN

JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ*

Recebido para publicação em setembro de 2005

Resumo: O texto expõe a relação entre império da lei, direitos humanos e o socialismo em *O Império da Lei* (1936) de Franz Neumann. Defende que, de acordo com o diagnóstico de Neumann sobre o direito no capitalismo monopolista, a emancipação humana na direção do socialismo pressupõe o direito liberal burguês. Para demonstrá-lo, reconstrói seu diálogo teórico com Hans Kelsen e Max Weber e mostra como o potencial emancipatório do direito burguês relaciona-se com os direitos econômicos e os direitos sociais.

Palavras-chave: Marxismo. Teoria Crítica. Revolução. Direitos Humanos. Império da Lei.

Abstract: This text exposes the relations between the rule of law, human rights and socialism according to *The Rule of Law* (1936), by Franz Neumann. The text argues that, according to Neumann's interpretation of the law under monopolistic capitalism, human emancipation towards socialism presupposes the rule of law. To demonstrate that, it reconstructs Neumann theoretical dialogue with Hans Kelsen and Max Weber and shows how bourgeois law emancipatory tendencies relates economic rights and social rights.

Key Words: Marxism. Critical Theory. Revolution. Human Rights. Rule of Law.

Introdução

A história das relações entre marxismo e direito, ao contrário do que possa parecer ao senso comum, é problemática e plural. Se tomarmos como ponto de partida a obra de Marx e de Engels, avançando do debate austro-marxista (MARRAMAIO, 1985) para o exame da polêmica sobre a social-democracia alemã (WALDENBERG, 1982), passando pelos escritos de Antonio Gramsci (COUTINHO, 1999), pelas reflexões da Teoria Crítica (SHEUERMANN, 1997; RODRIGUEZ, 2004) e pelo debate contemporâneo - protagonizado por pensadores como Norberto Bobbio (BOBBIO, 1991), Nicos Poulantzas (POULANTZAS,

2000) e Jürgen Habermas (HABERMAS, 1998) - encontraremos muito pouca concordância entre autores e teorias.

Trata-se de uma paisagem variada, que, a despeito de sua extrema riqueza conceitual, permanece quase inexplorada pelos estudiosos brasileiros. Mesmo Karl Marx, cuja vulgata lhe imputa a condenação sumária do direito burguês como mera ideologia de classe, pode ser lido com mais sutileza, especialmente no que se refere à sua obra madura (ATIENZA, 1982:207 e ss; GIANNOTTI, 2000a:254 e ss; GIANNOTTI, 2000b:86 e ss). Engels também ressaltou a importância da luta pelo Estado em diversos escritos, especialmente em sua introdução ao texto de Marx, *A luta de*

*Coordenador de Pesquisas e Publicações da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Editor da Revista Direito GV. Pesquisador do Núcleo Direito e Democracia-CEBRAP

classes na França (1848-1850), respondendo ao sucesso da social-democracia alemã (ENGELS, 1980; NEGT, 1982:159-160). No caso do auto-marxismo, a lacuna é descomunal. A extrema densidade e variedade do pensamento de autores como Karl Renner, Otto Bauer e Max Adler fazem espantosa a ausência de estudos sobre suas obras.¹

Pode-se imaginar que esta ausência se deva, ao menos em parte, a um preconceito histórico contra autores classificados, muito comodamente, como social-democratas e, por isso mesmo, segundo esta caricatura, essencialmente contra-revolucionários. Os ecos da acusação de Lenin a Kautsky e à social-democracia alemã (LENIN, 2005; WALBERG, 1982; FETSCHER, 1982) parecem determinar, até hoje, a interpretação das obras de todos aqueles que se aventuraram a afirmar o direito como instância determinante para a revolução socialista.

Acusações acrílicas tomam o lugar da análise dos pressupostos teóricos e históricos que permitiriam colocar o direito nesta posição privilegiada. É como se o debate sobre direito e estado no marxismo estivesse definitivamente resolvido e nos restasse aplicar as análises de Lenin para toda e qualquer sociedade, independentemente de suas condições históricas específicas. Como lembra um importante historiador do marxismo:

Na base dessas divergências e desses contrastes, geralmente bastante ásperos, estavam opiniões, avaliações, prognósticos diferentes, referentes ao processo histórico, ao desenvolvimento da sociedade, à própria essência do capitalismo e do socialismo. (WALBERG, 1982:252).

Este artigo não pretende perseguir historicamente este preconceito da esquerda em relação ao direito. Nosso objetivo é mais modesto. Pretendo examinar o papel dos direitos humanos na obra *O Império da*

lei (The Rule of Law), escrita em 1937 por Franz Neumann.² Trata-se de um pequeno passo na tarefa de recuperar a reflexão marxista sobre o direito e sobre o estado em nosso país.³ Mas a densidade teórica da obra nos faz crer que esta não é uma tarefa despida de importância.

Os direitos humanos ocupam lugar central em *O Império da lei*, especialmente no que diz respeito a seu papel na construção do socialismo. Como demonstrarei, ao afirmar a centralidade dos direitos humanos para a emancipação da sociedade, Neumann pensa o direito liberal burguês como momento necessário para a passagem para o socialismo, além de elemento destinado a permanecer na sociedade futura. Por isso mesmo, refuta com veemência qualquer forma de instrumentalização do direito, esforçando-se por dar conta de sua racionalidade específica. É no interior do sistema jurídico o lugar de inscrição de uma certa tendência para a emancipação da sociedade na direção do socialismo e, por isso mesmo, a manutenção de sua racionalidade é crucial.

Este texto pretende reproduzir a estrutura de análise de *O Império da lei*. O livro parte das categorias abstratas, apresentando sua trama conceitual para depois expor seu processo de formação. Em alguns momentos, procuraremos relacionar as categorias abstratas com as análises concretas para explicitar sua interdependência. A forma de exposição de *O Império da lei* será tomada como pressuposto, a ser problematizado em outro lugar. No entanto, podemos afirmar com segurança que a inspiração hegeliano-marxista na estruturação do livro é evidente. Foi anunciada por Neumann logo em seu início (NEUMANN, 1986:11).⁴

O texto está dividido em três partes. A primeira, “Direitos humanos e revolução”, expõe a relação entre os dois conceitos pre-

sente, em abstrato, na apresentação de *O Império da lei*. Em “O direito do capitalismo competitivo e o problema da aplicação das normas gerais”, esta mesma relação será examinada em um nível mais baixo de abstração, a partir da descrição do direito, contemporâneo à escrita de *O Império da lei*. Seu ponto central será o debate com a primeira versão da teoria pura do direito de Hans Kelsen e suas conseqüência para a solução do “problema da aplicação das normas gerais”, conforme a formulação de Neumann.

Em seguida, ainda com a finalidade de expor o diagnóstico de Neumann sobre o direito de sua época, apresentarei a crítica que faz a Max Weber, especialmente quanto ao conceito de materialização do direito. A partir da reelaboração deste conceito Neumann, dará uma solução para o problema da aplicação que afirma a racionalidade própria ao direito liberal burguês e aponta para a tendência emancipatória que ele encerra.

Na terceira parte, “Direito e fetichismo da mercadoria”, aumentarei o grau de concreção da discussão, mostrando como a tendência à emancipação pôde, segundo Neumann, vir à consciência social, a despeito de não ter sido concretizada. A discussão nesta parte está centrada nos direitos sociais, mais especificamente, no direito do trabalho e seu papel de explicitar a exploração de classe.

Enfim, na última parte, “O direito na passagem para o socialismo”, procurarei mostrar como Neumann pensou eventuais mudanças no direito liberal em uma sociedade futura. O autor não antecipou as características deste direito, mas apontou algumas possibilidades de evolução, que procuraremos reconstruir. Nesta parte, será importante mostrar que Neumann nunca abrirá mão da estrutura essencial do direito liberal, centrando sua visão da evolução

do direito na mudança de função dos direitos fundamentais, especialmente quanto à regulação da propriedade privada. Neste momento da exposição, a análise dos conceitos em abstrato será relacionada com o diagnóstico do direito da época.

1. Direitos humanos e revolução

Os direitos humanos nasceram como direitos revolucionários. Em seu nome o antigo regime foi destruído, dando lugar às repúblicas burguesas. A burguesia, classe revolucionária de então, promoveu uma reforma das mais radicais nas instituições, acabando com os privilégios da nobreza e do clero. Para que isso fosse possível, foi necessário afirmar teoricamente e institucionalizar um domínio de liberdade em relação à soberania em que todos os homens foram considerados iguais. Além disso, consagrou-se a idéia de que o Estado soberano justifica-se ao atender aos interesses e às vontades de todos os indivíduos e não apenas de uma parcela deles (NEUMANN, 1986: 4-5).

Por isso mesmo, Neumann afirma que o Estado moderno caracteriza-se pela existência da esfera da soberania, além de uma esfera de liberdade em relação à soberania (NEUMANN, 1986:3). Esta é estrutura fundamental institucionaliza-se com as revoluções burguesas e, segundo Neumann, deve permanecer existente, mesmo no socialismo.⁵ O que permite a Neumann afirmar, contra certas obras de Marx e vários escritos marxistas (DRAPER, 1977; LÖWYY, 2002; ATIENZA, 1986), que o direito pode deixar de ser mera ideologia de classe e constituir-se em condição necessária para a emancipação?

Antes de enfrentar esta questão, é importante deixar claro que a posição de Neumann tem como antecedentes imediatos Leonard Berstein, Karl Kautsky, além dos austro-marxistas, especialmente Ro-

dolf Hilferding e Karl Renner, todos eles classificados, muito comodamente, como social-democratas. Pode-se afirmar, grosso modo, que todos partilham da opinião de que a abolição do estado não é condição necessária para a revolução socialista, embora justifiquem esta mesma posição com argumentos muito diferentes, alguns deles abandonando claramente qualquer pretensão revolucionária (ATIENZA, 1983:8; MARRAMAQ, 1985; SMALDONE, 2000). Evidentemente, a demonstração destas afirmações demandaria um exame detalhado dos escritos de cada um deles, tarefa que não cabe neste espaço.

Um breve parêntese: é interessante notar que *O Império da lei* afasta-se muito radicalmente da discussão de textos voltados para estratégias de ação imediatas. Não encontramos no livro, por exemplo, qualquer menção à controvérsia sobre a social-democracia na Alemanha e aos textos centrais para o debate. Trata-se de uma obra de teoria que escolhe seus interlocutores dentre aqueles capazes de atingir alta densidade conceitual. Para ficar apenas num exemplo, Hilferding, protagonista da queda da República de Weimar da qual foi ministro de Estado, além de autor de diversos textos de intervenção, aparece no livro representado apenas por *O Capital Financeiro*, sua obra capital. Do mesmo modo, Karl Renner é representado no livro por suas *Instituições de Direito Privado* e não por seus textos militantes.

Este procedimento dá o que pensar. O recorte privilegiado por Neumann faz crer que a tarefa inicial de qualquer interessado em dar conta da mal contada história da relação entre direito e socialismo, é tomar uma posição clara sobre o grau de abstração de cada um dos textos citados no que diz respeito à sua determinação pelas necessidades políticas de conjuntura.

O Império da lei figura a “história propriamente dita com um processo dia-

crônico” pela análise da formação e do funcionamento do sistema capitalista, reconstruído a partir de seu devir, do ponto de vista dos conceitos (GIANNOTTI, 1966:194). Não se trata de uma análise de conjuntura com vistas à ação imediata. Portanto, deve ser lido junto com textos que pretenderam realizar tarefas semelhantes, sob pena de anacronismo. Misturar textos com objetivos diferentes e escritos em circunstâncias históricas diversas é impreciso e contraproducente.

Esclareço que, propositadamente, este texto irá se preocupar com a travessão conceitual de *O Império da lei*, deixando em segundo plano os elementos de análise de conjuntura presentes no livro. Em minha opinião, estes elementos estão subordinados à discussão conceitual. Sirva de contraprova do que estamos dizendo a intenção de Neumann de escrever uma história social da república de Weimar, obra nunca levada adiante (SÖLLNER, 1982) na qual, certamente, a análise dos acontecimentos históricos ganharia o centro. Além disso, em *Behemoth*, livro escrito por Neumann em 1942, há claramente uma inversão de perspectivas: a análise conceitual fica em segundo plano (NEUMANN, 1966).

Retomando o fio da meada, pergunto: o que permite a Neumann afirmar que o direito liberal burguês é dotado de potencial emancipatório? Para responder a esta pergunta, Neumann afirma, como já vimos, a função revolucionária do império da lei e mostra como a estrutura do direito burguês pode ser voltada contra os interesses da burguesia. Vejamos como isso se dá.

A defesa da separação entre duas esferas, soberania e liberdade em relação à soberania, juntamente com a afirmação de que o Estado deve servir às necessidades e à vontade dos cidadãos, tem efeitos revolucionários. Permite que a burguesia se afirme como porta-voz de interesses não contemplados pelo Estado e se coloque na

posição de representante da nação (NEUMANN, 1986:5). Ao exigir que seus interesses sejam levados em conta pelo direito e pelo estado, a classe burguesa desnuda a ilegitimidade de instituições que servem a apenas parte da sociedade, a saber, clero e aristocracia. É esta maneira de justificar estado e direito, secularizada e racional, que abre espaço para a ação do proletariado.

So the claims of the bourgeoisie to be the nation is met by a parallel claim on the part of the proletariat constituting itself as the nation. In the same way as the bourgeoisie under the slogan "Representation of the Will of the People" has brought down the feudal rule and monarchical absolutism, so will the proletariat on its side represent the will of the people by merging the state into the proletariat after it has become the nation. "The weapons with which the bourgeoisie overthrew feudalism are now turned against the bourgeoisie itself" (NEUMANN, 1986:5).

O proletariado, excluído da política, reivindica seus interesses perante o Estado burguês, ou seja, coloca-se na posição da nação e cobra da democracia burguesa o cumprimento de suas promessas. Ao fazer este movimento, exaure o conceito de democracia, pois coloca a sociedade burguesa diante do dilema: satisfazer as reivindicações do proletariado e modificar a distribuição de riquezas ou abandonar a democracia. A solução para este impasse, ao menos à época em que o texto foi escrito; momento de consolidação dos vários fascismos europeus; é bastante conhecida. Tratou-se de abolir a democracia para evitar a satisfação dos interesses do proletariado e sua pressão redistributiva da riqueza social.

The concept of democracy is abandoned, when the masses, newly awakened and aroused to a political self-consciousness during the period of industrialism and world war, demand this democracy for

themselves, and when a society feudalized by monopoly-economy is unable to satisfy that demand (NEUMANN, 1986:5).

Este quadro permite a Neumann afirmar que a presença do império da lei em uma sociedade iníqua pode ter efeitos revolucionários. Como já sabemos, a existência de uma esfera de liberdade em relação à soberania abre espaço para a reivindicação de direitos. Ora, é possível que os direitos reivindicados estejam fundados nos interesses proletários, que incluem a abolição da propriedade privada dos meios de produção. Por esta razão, Neumann pode afirmar que a mera existência de normas jurídicas que regulam o comportamento do estado e dos indivíduos, ou seja, a presença do império da lei como forma de sociabilidade, contribui para a desintegração do *status quo* de uma sociedade desigual.⁶

Num quadro de iniquidade em que o proletariado, cada vez mais poderoso, dirige suas reivindicações ao estado e ao direito, não é possível afastá-las racionalmente sem negar o fundamento de legitimidade sobre o qual a democracia se assenta. Se o estado e o direito devem fundar-se na vontade e no desejo dos cidadãos é preciso incluir os excluídos do sistema de tomada de decisões para que seja aceitável afirmar, racionalmente, que se está sob uma democracia. A recusa da burguesia em acolher as reivindicações do proletariado choca-se frontalmente com a racionalidade do império da lei. Levar adiante tal recusa e manter o poder implica, necessariamente, em abolir o estado de direito e recorrer a formas irracionais de legitimação.

The abandonment of democracy is accompanied by a reversal in the system of values in the philosophical sphere. The *ratio* is devaluated, because the justification of the state by the wills of men is shown to be immanently revolutionary. The justification on the basis of the needs of men is not realizable because the increasingly ob-

vious contradictions between promise and fulfillment must necessarily disillusion. So, because of the impossibility of reversing the process of secularization, there remains only the charismatic justification, which is a typical case of an extreme attitude of irrationality (NEUMANN, 1986:6).

Neumann está se referindo, evidentemente, aos fascismos que se formavam na Europa, especialmente na Alemanha e na Itália. Toda a análise de *O Império da lei* funda-se num determinado diagnóstico de tempo, que gira em torno do conceito de capitalismo monopolista defendido por Rudolf Hilferding em *O Capital Financeiro*. (HILFERDING, 1985). Este diagnóstico coloca o direito no centro da reprodução social, palco privilegiado da luta de classes, como veremos adiante. Portanto, quando Neumann afirma que o direito liberal abre espaço para a emancipação social está se referindo a um momento histórico específico. Não se trata de uma afirmação de validade atemporal.

No entanto, fique claro: Neumann recusa uma relação de defesa estratégica ou tática do direito liberal burguês (Preuß, 2002:99-100). A racionalidade intrínseca ao direito e seu potencial revolucionário advêm do diagnóstico do capitalismo defendido pelo autor. Por esta razão, o direito é determinação necessária da revolução, postas determinadas condições históricas, e não um instrumento a ser usado apenas se favorecer os interesses da classe operária.

Para que isto fique mais claro, é importante reconstituir, ainda que sucintamente, o diagnóstico do tempo de Neumann, mais especificamente, sua visão do sistema jurídico de sua época. Desta forma, poderemos compreender como a possibilidade de emancipação, apresentada em abstrato na introdução do livro, é examinada em concreto. Afinal, não basta mostrar, em abstrato, que a forma direito tem potencial revolucionário. É preciso mostrar porque,

em determinado momento histórico, esta possibilidade se faz real ao tornar-se inteligível e, portanto, capaz de esclarecer e fundar uma *práxis* revolucionária.

Posto isso, afinal, o que faz do direito arena privilegiada na luta pelo socialismo? Que determinações permitem tratar esta instância como essencial para a luta e consolidação de uma sociedade socialista? Em outras palavras, o que faz o direito deixar de funcionar como mera ideologia de classe para se tornar um ambiente adequado para a luta emancipatória? Como os direitos humanos passam da condição de mera ideologia, construção simbólica que oculta a dominação de classe, para a posição de pressuposto da emancipação socialista?

2. O direito do capitalismo competitivo e o problema da aplicação das normas gerais

2.1. O problema da aplicação das normas gerais

A existência de direitos humanos positivados não é suficiente para descrever o funcionamento do direito e do estado liberal burguês. Esta é apenas a moldura no interior da qual funcionam as instituições características desta espécie de sistema jurídico. Neumann dedica toda a parte III de *The Rule of Law* a esta tarefa. Tal descrição permitirá identificar o potencial revolucionário do direito de sua época. Passo agora a reconstruí-la.

O direito liberal burguês caracteriza-se pela presença de normas gerais que regulam em abstrato o comportamento da sociedade e do Estado. Estas normas estabelecem um tratamento igualitário entre os cidadãos, além de constrangerem a ação do Estado. Todo ato de poder deve ser derivado delas.

A igualdade perante as normas gerais não é apenas formal. A forma direito

contém um elemento material que lhe é essencial, a saber, a proibição de retroação (NEUMANN, 1986:213). Esta característica das normas gerais é crucial para a estratégia argumentativa de Neumann. Gastemos com ela algum tempo.

Faz parte da idéia mesma de norma geral⁷ a proibição de retroação. Uma norma geral visa a regular apenas casos futuros, portanto, não passíveis de individualização antecipada. Uma norma retroativa é sempre individual, pois atinge um número definido de casos já ocorridos, que podem ser identificados por seus sujeitos e pela ação realizada (NEUMANN, 1986:213,222).

Neumann mostra que a irretroatividade das leis foi um dos princípios mais atacados pelos nazistas. Para justificar seus atos, o partido social-nacionalista alemão defendeu que a irretroatividade era um princípio alienígena, não aplicável à tradição do direito germânico, argumento que, diga-se de passagem, Neumann refuta veementemente, por meio de uma minuciosa análise da evolução do ordenamento jurídico de seu país (NEUMANN, 1986: 233).

A irretroatividade das normas tem pressupostos institucionais: a separação de poderes e a existência de uma esfera de liberdade em relação à soberania. Dizer que o Estado legisla por meio de normas gerais equivale a dizer que qualquer intervenção na esfera de liberdade individual precisa basear-se nelas e deve ser controlada por órgãos dotados de poder para aplicar leis e não para criá-las (NEUMANN, 1986: 213). Neumann esclarece que existem várias tradições na discussão das normas gerais, mas, em todas as versões examinadas - francesa, alemã e inglesa - a idéia de retroação lhes é essencial. (NEUMANN, 1986:214 e ss).

Esta estrutura de normas gerais e três poderes coloca a questão da aplicação das normas no centro da discussão:

“If law, and law alone, provides regulations for the relations between individuals and between individuals and the state; if enacted law is the sole means of social change; this naturally does not mean that the written words produce changes, but that the application of these words by organs of state, in the sphere of social relations, fulfils those tasks which are attributed to the law”.(NEUMANN, 1986: 224)

O problema da aplicação é central para a descrição do direito por Neumann. É a partir dele que poderemos compreender como as mudanças no funcionamento das instituições liberais abrem espaço para a emancipação social. Para abordar a questão da aplicação, Neumann parte da teoria de Hans Kelsen.⁸ Lembremos que *The Rule of Law* foi escrito em 1936, portanto, Neumann dialoga com a primeira versão da *Teoria Pura do Direito (Reine Rechtslehre)* de Kelsen publicada em 1934 (KELSEN, 2002).

Na reconstrução de Neumann, Kelsen teria demonstrado que o juiz, ao contrário do que dizia Montesquieu, não realiza apenas um ato de reconhecimento ao aplicar a lei. A aplicação não é apenas subsunção dos fatos às normas gerais e, portanto, o conteúdo da decisão não está completamente pré-determinado por elas (NEUMANN, 1986: 225, KELSEN, 2002, 80-81). A decisão do juiz é um ato político. Na verdade, Kelsen não foi o primeiro a constatar isso. A *Teoria Pura do Direito* é tratada por Neumann como a melhor formulação teórica de um fenômeno que já havia sido detectado tanto pela escola do direito livre alemã, quanto pelo realismo americano e a escola francesa da livre interpretação (NEUMANN, 1986: 228 e ss).

Neumann considera que nenhuma das teorias de seu tempo trata adequadamente da questão. Para avançar na solução do problema, nosso autor toma os resultados

da teoria pura como pressupostos. É verdade que o juiz não pratica apenas um ato de reconhecimento ao aplicar a lei. O raciocínio de aplicação é extremamente complexo. Mistura elementos teóricos e práticos, criativos e declaratórios, reprodutivos e produtivos, científicos e supracientíficos, objetivos e subjetivos (NEUMANN, 1986: 232). Até aqui, concordância:

Whoever, therefore, begins a book on the judicial process with the proof that this process does not consist of a mere act of recognition, is proving the obvious.

O problema aparece em outro lugar. Kelsen afirma a natureza política do ato do juiz, mas deseja manter a diferença entre jurisdição e legislação sem, contudo, fornecer elementos que permitam sustentá-la teoricamente (NEUMANN, 1986:233).⁹ A defesa da distinção confunde-se com a defesa do império da lei, pois a identificação entre elas equivale à destruição do princípio da retroação. Legislar para o caso concreto, ou seja, sem necessidade de reportar-se a normas gerais, é legislar por exceção. Sem a garantia da irretroatividade das leis, estaria estabelecido um estado de exceção permanente em que a soberania não encontraria nenhuma resistência para suas ações.

Ressalte-se que o poder pode ser obrigado a reportar-se tanto a normas de comportamento quanto a normas de organização. Grosso modo, as primeiras regulam condutas e as segundas visam a assegurar a aplicação das conseqüências jurídicas previstas pelas normas de comportamento, além de regularem a produção de novas normas jurídicas (HART, 1986: p. 104-107; LUMIA, 2003:55). A cada um deste tipo de norma corresponde, abstrato, um certo modo de regular. Ambos podem ser combinados.

Deixemos isso mais claro com a construção de duas situações-modelo. Numa, o

órgão aplicador recebe competência para julgar casos com amplo grau de discricionariedade, conforme certa atribuição de competência por normas de organização. Tal autoridade julga o caso concreto se recorrer a padrões abstratos. Noutra, o aplicador deve reportar-se, primordialmente, a normas de comportamento que descrevem, exaustiva e precisamente, vários comportamentos pertinentes a determinada espécie de casos.

Em ambas as situações, o poder está submetido a normas gerais e, portanto, vigora o império da lei. Só há estado de exceção quando não há norma à qual o poder deva reportar-se. “A lei é a vontade do Führer”: em uma sociedade que viva sob esta norma, não há estado de direito. Muda a vontade do Führer, mudam as normas, sejam elas de organização ou de comportamento. A soberania achata e suprime a esfera de liberdade e desaparecem os padrões de medida que limitam o poder, exceto aqueles que ele mesmo cria, de modo contingente e precário.

Dizer que o poder soberano é completamente ilimitado não é preciso. Sempre haverá os limites decorrentes de significados e práticas culturalmente consagradas. Nenhuma sociedade está livre delas. No entanto, mesmo em relação a elas, o detentor do poder é o único soberano e juiz. Pode decidir, por sua vontade, o que faz parte da tradição e o que dela deve ser excluído, promovendo a destruição física dos elementos considerados disfuncionais ou degenerados. Uma sociedade organizada desta forma não permite que os dominados tomem parte na definição e reprodução dos padrões de reprodução das instituições. Não há liberdade, senão para o Führer.¹⁰

Nesse estado de coisas, porque há soberania sem liberdade, não há estado de direito (NEUMANN, 1986: 286 e ss). Na ausência de normas gerais e de seus pres-

supostos institucionais, não pode haver direitos humanos, a não ser como artifício retórico, sem qualquer efetividade. A confusão entre legislação e aplicação abre espaço para a construção de um poder absoluto.

Neumann acredita, ao contrário de Carl Schmitt, que a sociedade burguesa não está condenada ao estado de exceção. Note-se que o conceito de soberania de Schmitt (poder de suspender a constituição e desrespeitá-la) torna o estado um fenômeno não jurídico, transformando a exceção em regra (NEUMANN, 1986:26-27). A partir deste aparelho conceitual, é impossível pensar o exercício do poder como algo normal, a não ser de forma contingente. A idéia de soberania confunde-se com o poder de fato, excluindo o direito como elemento de sua inteligibilidade. Com esta formulação, Schmitt produz um apenas um truísmo grosseiro. Afirmar alguém dotado de poder de fato pode suspender a constituição e romper a ordem jurídica não acrescenta nada à compreensão do papel do direito e do estado. Apenas reafirma uma obviedade (NEUMANN, 1966:45).

Há outra forma de resolver a questão da aplicação, diversa da instalação do estado de exceção como regra, ou seja, diversa da perda da racionalidade do direito. Uma ação previsível do estado, mesmo que opressiva, é preferível a uma ação arbitrária e, portanto, não sujeita a padrões (NEUMANN, 1986:32). Como produzir previsibilidade para a ação do estado? Sobre Neumann, afirma William Scheuermann:

“He wants both radical (and explicitly anticapitalist) social and economic reforms *and* all of the virtues of liberal general legal norms. Neumann tries not only to show that social and economic equality and classically liberal legal modes are compatible but that they need each other” (SCHEUERMANN, 1997: 101).

Neumann tem como pressuposto normativo a necessidade de manutenção da distinção entre aplicação e criação das leis. Defender o contrário abre espaço para a degeneração do direito liberal burguês em fascismo. Como afirma Preuß, a posição de fraqueza da classe operária durante a crise de Weimar (PREUß, 2002:102) fez Neumann perceber o caráter protetivo das normas gerais e, portanto, a necessidade de manter a separação entre aplicação e criação de normas jurídicas. Ao mesmo tempo, Neumann não abre mão do socialismo e da crença na emancipação. A dimensão revolucionária do direito assenta-se na separação soberania e liberdade, mas se alimenta de outra fonte. Vejamos a solução de Neumann para a questão da aplicação e, após, sua teoria sobre a emancipação da sociedade via direito.

2.2. Jurisdição, legislação e o conceito de ciência do direito

Não é possível resolver o problema da aplicação das normas jurídicas sem modificar o conceito de ciência do direito. O problema é radical assim.¹¹ Kelsen levou às últimas conseqüências sua teoria pura, excluindo o problema da ciência do direito. Para trazê-lo para seu interior é preciso romper com Kelsen. Vejamos como Neumann realiza esta operação.

Para compreender a aplicação das normas é preciso examinar o comportamento do aplicador, determinado pela estrutura social e por suas características pessoais (NEUMANN, 1986: 234). Neumann afirma a necessidade de trabalhos de pesquisa empírica para identificar tais elementos (NEUMANN, 1986: 236). Nesse registro, a diferença entre jurisdição e legislação deve ser compreendida dinamicamente, pelo movimento de todo o sistema jurídico, partindo-se da criação da

norma até os atos de aplicação. Esta visão do sistema jurídico exige um conceito de segurança jurídica que não se limite ao momento da criação normativa. Imaginar que as normas geram previsibilidade e calculabilidade em razão de seu enunciado é ingênuo e incorreto. A segurança jurídica está estreitamente ligada com o problema da aplicação.

Neumann não elabora sistematicamente este novo conceito de segurança jurídica em *O Império da lei*, mas podemos adivinhar alguns de seus traços a partir de certos argumentos presentes no livro. Em uma passagem, o autor afirma que a busca da segurança jurídica completa é um fenômeno da sociedade burguesa, sempre à procura de um ponto de sustentação absoluto com a finalidade de garantir a imobilidade *status quo* (NEUMANN, 1986, 234). Se combinarmos esta afirmação com a crença de que o direito tem o poder de desestabilizar as relações de uma sociedade iníqua, podemos afirmar que a busca de segurança jurídica total visa à manutenção dos privilégios da classe burguesa. Como afirma Gustav Radbruch:

“On pourrait se demander si ce n'est vraiment que l'égalité qui doit céder le pas à la sécurité, si n'est pas la sécurité du grand nombre qui est sacrifiée à celle de la minorité des possédants. N'est-ce pas l'insécurité totale de l'existence, la menace du chômage prochain, l'instabilité d'une semaine à l'autre, qui constituent l'essence de la destinée prolétarienne? Et l'ont voudrait pouvoir conclure que la sécurité du droit existant ne suffit pas pour créer une sécurité véritable, mais qu'il faut encore une transformation du contenu dans un sens précis, dans un sens socialiste”.(RADBRUCH, 1936:98)

Mas é importante notar que Neumann, como Radbruch, não abre mão, em nenhum momento, da forma direito e, conseqüentemente, da necessidade de segu-

rança jurídica (RADBRUCH, 1999,2004). É essencial para o autor encontrar uma solução razoável para o problema da aplicação que não abra espaço para o fascismo, instaurando a descrença na forma direito, pressuposto necessário da emancipação humana. Vejamos como Neumann procura resolver este problema, solução de que depende estreitamente do conceito de segurança jurídica pressuposto pelo autor.

A segurança jurídica não está na supressão da discricionariedade do aplicador, mas em seu controle. Neumann toma como sua a idéia de que administrar é agir sobre os indivíduos sem que exista um conflito entre eles. A jurisdição, de outro lado, é a ação do estado na solução de conflitos entre os cidadãos (NEUMANN, 1986:236). A ação administrativa tem alto grau de discricionariedade:

“We define as administrative disputes those disputes between individuals which are *exclusively or overwhelmingly decided on the basis of legal standards of conduct; that is to say, by free discretion*”. (NEUMANN, 1986: 238).

A definição é propositadamente vaga. Neumann não fornece nenhum critério formal que possibilite, a priori, diferenciar jurisdição de administração. A diferença é sociológica, ou seja, resolve-se no processo de funcionamento das instituições (NEUMANN, 1986: 238) e depende da percepção dos envolvidos neste processo. Nesse sentido, é uma diferença *produzida* pelos inúmeros atos de aplicação. A separação entre jurisdição e administração não está garantida de antemão. É algo pelo qual é preciso zelar. Por isso, Neumann afirma que é papel da pesquisa sociológica vigiar os órgãos de aplicação tendo em vista possíveis reformas legislativas:

“If we discover by a sociological analysis that a certain activity of the state is structurally and functionally administration and not justice, we might postulate in

certain circumstances the allocation of this matter to administration or to administrative tribunals, and not to ordinary courts". (NEUMANN, 1986: 238).

Se considerarmos que pesquisar a ação dos aplicadores do direito nestes termos *não é* fazer ciência do direito, estaremos excluindo do campo jurídico o centro do problema. Nós, juristas, teremos o papel de descrever a estrutura das normas jurídicas sem investigar sua aplicação. A jurisprudência ficaria em segundo plano, bem como o real funcionamento de todas as instituições responsáveis por aplicar normas.

Neumann é obrigado a reelaborar o conceito de ciência do Direito para dar conta deste problema. Para incluir a aplicação no âmbito do direito, afirma que a ciência do direito não é apenas a descrição e a sistematização de normas, mas inclui o estudo do comportamento de aplicadores e destinatários das normas:

"The science of law is just as much a science of norms as of reality. As a science of norms it has as its subject-matter the objective meaning of legal norms. As a science of reality it investigates the relations between legal norms, the social substructure (*Substrat*), the social behavior of the legal subjects, and of legal administrators". (NEUMANN, 1986:13).

Não há espaço para explorar todas as conseqüências desta reformulação do conceito de ciência do direito, que torna problemática a separação entre os domínios da filosofia do direito, sociologia do direito e dogmática jurídica, bem como a separação entre os diversos ramos dogmáticos. Para ficar apenas num exemplo, Neumann dirá que a separação entre público e privado, essencial para a manutenção do império da lei, depende de um exame de toda a ordem jurídica e não pode ser traçada sem a dimensão da aplicação. O Estado decide, em diversas instâncias, quais são os assuntos

que devem ficar sob seu controle direto e quais ficam à disposição dos súditos. Portanto, os contornos precisos do limite entre público e privado surgem *a posteriori* (NEUMANN, 1986:21).

Esta maneira de conceber a ciência do direito tem impacto sobre o pensamento dogmático: não é aceitável construir teorias sobre a separação público e privado sem examinar os vários atos de aplicação pertinentes ao problema. Um dogmático que não examine a dimensão da aplicação faz um trabalho parcial que pode se tornar esquizofrênico, caso ignore a efetividade do ordenamento jurídico sob a forma de jurisprudência. Ou seja, caso ignore o direito positivo: sem pesquisar "sociologicamente" a jurisprudência, não há boa dogmática.

Na verdade, o próprio conceito de estado de Neumann é construído para dar conta do problema da aplicação. Para ele, o estado tem uma dimensão jurídica, poder de estatuir normas individuais e normas gerais, e uma dimensão sociológica, o poder de impor suas normas sobre um determinado território. (Neumann, 1986:23-24). O estado não se reduz ao direito positivado em abstrato, mas se projeta em suas decisões concretas, tomadas pelos seus poderes e por todas as pessoas, públicas ou privadas, que atuem em nome do estado como universidades, igrejas e corporações, jurados e sindicatos (Neumann, 1986:23). Em todos os casos, estamos falando em objetos de estudo da ciência do direito.

2.3. Contra Max Weber

Um parêntese: a descrição da racionalidade do direito burguês que apresentamos deve ser lida como uma resposta direta a Max Weber, interlocutor explícito de Neumann. Seu objetivo é demonstrar, contra Weber, que a idéia de perda de sen-

tido do direito é equivocada. Para resumir o argumento, Weber afirma que a materialização do direito, ou seja, a incorporação ao direito de conteúdos morais, que demandam raciocínios de aplicação centrados em juízos de valor, ameaça a racionalidade do direito. Uma sociedade capitalista demanda calculabilidade e previsibilidade para que as trocas econômicas funcionem a contento.

Se o direito deixa de submeter-se exclusivamente a raciocínios de subsunção, ou seja, se os aplicadores ganham cada vez mais poder para decidir no caso concreto, esta demanda corre o risco de não ser mais atendida. Em outras palavras, o capitalismo exige do direito uma racionalidade formal, a saber, a presença de normas gerais que prevejam, abstrata e antecipadamente, hipóteses de comportamento com suas respectivas conseqüências jurídicas. O avanço da racionalidade material coloca em risco esta maneira de regular e, portanto, ameaça a reprodução do capitalismo.

O direito material não é intrinsecamente irracional, isso precisa ficar claro. Em Weber, a racionalidade é medida a partir da perspectiva privilegiada pelo intérprete. Uma sociedade que não tenha como valores centrais calculabilidade e previsibilidade certamente poderia considerar irracional um direito formal. A perda de sentido do direito é afirmada a partir dos valores de uma sociedade capitalista (NEUMANN, 1986: 25 e ss).

Estas afirmações de Weber tiveram impacto profundo em Neumann (KELLY, 2003:281) que discorda do diagnóstico da perda de sentido do direito. O direito liberal burguês não inviabilizou as trocas econômicas, muito pelo contrário. O aumento do espaço para a discricionariedade na aplicação da lei, como vimos, pôde ser equacionado por meio de procedimentos decisórios regulados, que também geram

previsibilidade e calculabilidade, ainda que de outra forma. Trata-se de *produzir* calculabilidade e previsibilidade. A simples existência do enunciado de normas gerais não é suficiente para efetivar tais valores. Cobrar tal coisa do sistema jurídico significaria desconsiderar ou subestimar o problema da aplicação.

A questão passa a ser: como lidar com os espaços de discricionariedade de modo a torná-los racionais, do ponto de vista das necessidades do capitalismo? Tal possibilidade, presente no próprio ordenamento jurídico liberal burguês, não foi percebida por Max Weber. Para comprovar o que diz, Neumann faz uma afirmação encantadoramente simples:

“In the realm of *rational* law we first make a subdivision which does not appear in Max Weber’s classifications; viz. between adjective and substantive law. The distinction is a simple one. If substantive law is complicated by, for instance, unclear formulations as is often the case where accurate codification is lacking, calculability of judicial decisions can be ensured by the fact that the organization of the judicial machinery has a particular structure”. (NEUMANN, 1986:30).

O direito substantivo regula comportamentos e o direito adjetivo procedimentos para a aplicação das normas substantivas.¹² A articulação entre normas substantivas e adjetivas é responsável por imprimir racionalidade ao sistema. O amplo espaço de discricionariedade que se configura com a criação de uma norma substantiva vaga pode ser compensado pela construção de um procedimento decisório rígido.

Discordo muito radicalmente da interpretação corrente sobre nosso autor quanto a este ponto (HASE & RUETE, 1984; RUETE, 1986:xxiii; LEVINE, 1987; SCHEUERMANN,1997; COTTERRELL,1995:176-177; THORNHILL,2000:

pp.96-97; KELLY,2003:285). Sirva de exemplo a seguinte análise:

“Although acknowledging the crucial role played by unharnessed state sovereignty in the emergence of the modern political and economic universe, Neumann tries to suggest how it can be tamed. In his view, modern politics still needs state organs holding a monopoly on the instruments of coercion (and law, unlike morality, must still be backed up by the possibility of state-based force), yet he hopes that this monopoly can take a significantly more acceptable form than it has in the past, and that the state should no longer need to act in a manner incompatible with general legal norms or above and against a system of neatly codified formal law”. (SCHEUERMANN, 1997: 103).

“Neumann’s concession that general law can only be of limited significance in contemporary non-homogenous social settings makes his positions, even more peculiar than Weber’s intent on emphasizing the ethical significance of the general legal norm, yet having to concede that law today often cannot take a classical structure, Neumann’s alternative analysis acquires nothing less than tragic qualities”. (SCHEUERMANN, 1997:117)

Neumann não quer eliminar o decisionismo da política pela construção de um sistema codificado. Isso significaria retroceder alguns séculos na compreensão do funcionamento de direito, reativando a utopia iluminista de construir códigos perfeitos.¹³ A articulação entre normas substantivas e adjetivas fornece a Neumann a base conceitual para pensar uma racionalidade jurídica que não aponte para o passado; adequada a seu momento histórico. E sua formulação do problema continua a ter interesse. Pode-se dizer que Neumann antecipa tentativas posteriores de encontrar uma racionalidade procedimental para

o direito (PREUß, 2002:97; HABERMAS, 1996) sem romper com o objetivo de alterar a regulação da propriedade dos meios de produção.

A possibilidade real de perseguir este objetivo por meio do direito dá a ele potencial revolucionário. Por isso Neumann afirmará que o direito liberal burguês é a realização parcial do ideal socialista, ou seja, tem um conteúdo ético que transcende as necessidades do capitalismo (NEUMANN, 1986: 256). A realização completa do império da lei se dá no momento em que, além de garantir liberdade e segurança para todos, permite a apropriação jurídica dos meios de produção, submetendo a distribuição do excedente social a um juízo político. Analisaremos este ponto adiante.

Retomando o exame da crítica de Schuermann, podemos dizer que ele exagera a influência de Rousseau sobre Neumann. Este, como Rousseau, afirma que as normas gerais têm um significado restrito no capitalismo, ou seja, que a racionalização do direito não se completou. Apenas com o advento de uma sociedade igualitária o direito liberal realizaria todo o seu potencial racional (SCHEUERMANN, 1997:106). De fato, a leitura que Neumann faz de Rousseau na parte II d’ *O Império da Lei*, dedicada a traçar a evolução das idéias políticas, corrobora estas afirmações (NEUMANN, 1986:126 e ss). Mas não é razoável imaginar que, em pleno século XX, Neumann compreendesse por “sociedade igualitária” algo semelhante a Rousseau. Como mostra Preuß,

“Vor diesem Hintergrund erst erschließt sich die Herausforderung, der sich Neumann gegenüber sah. Denn das Problem aller Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts bestand darin, dass sie das Rousseausche Erbe zwar in seinem moralischen Gehalt übernahmen, es als soziologische Beschreibung der Realität hin-

gegen nicht Ernst nehmenn kontenn. Das Rousseausche Modell einer vormodernen bauerlichen Gessellschaft – einer Gessellschaft der Kleineigentürmer mit geringen sozialen Unterschieden und weitgehender kultureller Homogenität – konnte zu Beginn des 20. Jahrhundert, zumal nach denn Furor der durch den Ersten Weltkrieg noch eimal vorangetriebenen technisch-industriellen Entwicklung, Urbanisierung und sozialen Entwurzelung breiter Volksmassenm kein soziales Modell für eine zeitgemäße politische Organisation der Gessellschaft sein”. (PREUß, 2002:100).¹⁴

A norma geral como expressão da racionalidade interna da sociedade, ou seja, como expressão da vontade geral, não dá conta de uma sociedade dividida em classes (PREUß, 2002: 100). Neumann toma o argumento de Rousseau sem comprar seu diagnóstico de tempo, seja quanto à sociedade de sua época, seja quanto à configuração do ordenamento jurídico. Por esta razão, se dará ao trabalho de descrever minuciosamente o funcionamento interno do direito liberal burguês sem limitar-se a analisar a estrutura das normas gerais. A realização completa do direito no socialismo, como veremos, não se identifica com a realização da norma geral em Rousseau, que pressupunha homogeneidade moral entre os cidadãos, além da eliminação dos grupos de interesse (NEUMANN, 1986:126).

Neumann afirma, muito claramente que, mais importante do que a substância do contrato social é sua forma, ou seja, a idéia de que a justificação do estado seja secular e racional (NEUMANN:1986,7-8). O *Império da lei* pode ser lido como a demonstração desta tese. Neumann se preocupa em encontrar uma racionalidade para o direito que não pressupunha indivíduos homogêneos e consiga lidar com a complexidade dos monopólios e com a diversidade de grupos sociais. É por esta razão que,

de novo, discordo frontalmente de Scheuermann (SCHEUERMANN, 1997: 116-117): Neumann procurou mostrar as possibilidades positivas da materialização do direito, sem adotar uma posição puramente defensiva. A racionalização completa do direito se dá com a abolição da propriedade privada dos meios de produção, que não se confunde com a perda de racionalidade do direito burguês, mas a pressupõe como sua determinação necessária.

Não é por outra razão que nosso autor distingue duas espécies de racionalidade das normas substantivas. Tais normas podem ser *formalmente racionais* caso suas conseqüências jurídicas estejam ligadas a certas características ou a normas gerais abstratas, definidas sem ambigüidades. Serão *materialmente racionais* caso sua aplicação seja baseada em generalizações não lógicas ou em normas pertencentes a domínios como religião, ética e política (NEUMANN, 1986:31).

“The most frequent case of such a material rationality of substantive law is provided by legal standards of conduct (*Generalklausen*) such as provisions to the effect of decisions of judges must be made on the basis of “good faith” (*Treu und Glauben* – Sect.242 of the German Civil Code); or violations of “good morals” renders liable to damage (Sect.826); or that a contract is void if it violates good morals (Sect.138); or that restrictions of free competition which are “unreasonable” or “against public policy” are void and renders liable to damages; in all these cases the legal norms represent “blank norms” (*Blankellnormen*) – they refer to general norms which are not legal norms; i.e. to evaluations which can only be elevated to the position of legally relevant clauses by the roundabout method through the legal standards of conduct (*Generalklausen*)”. (NEUMANN, 1986:31).

Neste trecho, Neumann deixa claro que mesmo as normas substantivas materializadas podem ser racionais. A presença de cláusulas gerais não impossibilita a produção de certeza e segurança jurídica, apenas muda a forma de fazê-lo, como vimos acima. A articulação das normas substantivas e adjetivas revela o potencial racional do direito materializado, permitindo que ele conviva com o capitalismo monopolista.

Atribuir a Neumann a melancolia do direito formal é desconsiderar sua análise do direito de sua época. Nosso autor demonstra que capitalismo monopolista demanda a materialização do direito. Para lidar com grandes concentrações de capital o estado precisa editar normas individuais, ainda que abstratas. Além disso, as cláusulas gerais multiplicam-se pelo ordenamento para dar conta da extrema complexidade social e dos conflitos de interesse entre os grupos sociais.

Nesse momento histórico, o direito ocupa posição central para a reprodução do sistema capitalista. Neumann adota como seu o diagnóstico de *O Capital Financeiro* de Rudolf Hilferding. Segundo esta obra, a integração entre capital industrial e capital financeiro provoca a centralização e a concentração do capital. Surgem grandes trustes e cartéis, controlados pelos financistas, os responsáveis pelo financiamento destas atividades. O aumento geral de produtividade em razão da racionalização da produção promovida pelos monopólios elimina o capitalismo dos pequenos empreendedores individuais. Os monopólios dependem da proteção do estado, pois precisam garantir o acesso privilegiado ao seu mercado interno e conquistar e garantir novos mercados, num processo de expansionismo constante (HILFERDING, 1985:342).

Nesse contexto, muda o papel do estado e sua forma de regular, mas nem por

isso o direito se torna irracional. Do contrário, sua centralidade para a reprodução do sistema demanda dele cada vez mais calculabilidade e previsibilidade. Neumann procura descrever este processo, ao contrário de Weber, que vê o processo sob a marca da negatividade, diagnosticando a perda de sentido do direito. Podemos dizer que, de acordo com Franz Neumann, o aparelho conceitual weberiano dá conta, como nenhum outro, da relação entre direito liberal burguês e capitalismo concorrencial, mas falha miseravelmente na tentativa de compreender a articulação entre direito e capitalismo monopolista. A materialização do direito não é uma ameaça para a racionalidade do direito liberal, mas sim um movimento de conformação da estrutura jurídica às necessidades do capitalismo.

Tal análise fica ainda mais clara com o exame da descrição neumanniana do nacional-socialismo, regime que, para colocar a questão no registro weberiano, promove a materialização completa do direito, ou seja, promove a supressão do direito. Sob o nacional-socialismo e sem direito, o capitalismo só fez florescer, imerso num espaço completamente aberto para a tomada de decisões economicamente racionais, sem possibilidade de resistência pela sociedade. O governo de uma pequena minoria facilmente controlável (NEUMANN, 1966), que funda suas decisões em cálculos economicamente eficientes, gera mais previsibilidade para as trocas do que um estado democrático, em que diversos grupos sociais têm o direito de questionar, a cada momento, as decisões dos poderosos. A desapareição da distinção entre soberania e liberdade é potencialmente favorável ao incremento da segurança jurídica e, conseqüentemente, ao florescimento do capitalismo.

O império da lei garante uma esfera de liberdade para os cidadãos que, além

de constituir um empecilho para a plena implementação da dominação fascista, permite que a classe trabalhadora, ou qualquer outro grupo que se julgar excluído, organize seus interesses e transforme suas demandas em legislação, via parlamento. No caso do proletariado, demandas de natureza redistributiva que ganharam a forma de direitos, instauraram uma contradição no interior do direito burguês, capaz de apontar para a superação do capitalismo. Veremos adiante como isso deu. Por ora, a identificação desta função ética *transcendente* do direito liberal burguês explicita a insuficiência da construção weberiana, capaz de figurar as mudanças no capitalismo, mas sempre sob a marca da negatividade.

The generality of the law, the independence of the judges and the doctrine of the separation of powers, have, therefore, functions transcending the needs of competitive capitalism, since they secure personal liberty and personal equality. The generality of the law and the independence of judges veil the power of one stratum of society; they render exchange processes calculable and create also personal freedom and security for the poor. All three functions are significant not only as is maintained by critics of liberalism that of rendering economic processes calculable. We repeat, all three functions are realized in the period of competition capitalism, but it is of importance to discriminate between them. If one does not draw these distinctions, and sees in the generality of the law nothing but a requirement of capitalist economy, then, of course, one must infer with Carl Schmitt that the general law, the independence of judges and the separation of powers, must be abolished when capitalism dies (NEUMANN, 1986, 257).

Weber não percebeu a funcionalidade da materialização para o capitalismo, muito menos identificou o cerne material do direito formal. A direção socialista desse “além de si mesmo”, inscrito na função éti-

ca transcendente do direito, só mostra seu potencial emancipatório com a entrada do proletariado no parlamento. A organização dos trabalhadores em partidos políticos e sindicatos permite que suas demandas tomem a forma de direitos sociais, que visam à redistribuição do excedente social. Este processo coloca a classe burguesa diante do dilema de atender às demandas do proletariado ou abandonar a democracia.

É importante ressaltar que o processo de materialização do direito teve efeitos regressivos claros durante a república de Weimar, que terminou na vitória nazista. Se Weber não percebeu as possibilidades progressistas deste processo, foi capaz de antecipar, como ninguém, suas possibilidades irracionais. Neumann mostra como as cláusulas gerais foram fundamentais para a derrota do proletariado durante a república de Weimar e como foram centrais na estruturação do modo de regulação do não-estado nazista (NEUMANN, 1986:278 e ss). Mas para além desta descrição, nosso autor pretende evidenciar o potencial progressivo que o estado de direito guarda em sua forma, passível de ser ativado desde que presentes determinados pressupostos históricos.

A entrada do proletariado no parlamento num contexto em que a política é central para a reprodução do sistema capitalista, torna perceptível que, por meio da legislação, é possível relativizar e, no limite, promover a completa apropriação do controle sobre os meios de produção pela classe operária. A propriedade privada dos meios de produção é resultado da regulação jurídica e, portanto, a luta por sua apropriação passa pelo direito.

3. Direito e fetichismo da mercadoria

Para que a possibilidade de apropriação dos meios de produção pelo proletariado via direito se torne real, o potencial

emancipatório do direito burguês precisa vir à consciência. O direito liberal e a categoria dos direitos humanos exercem a função de ocultar a dominação de classe. Trata-se de uma representação que figura a igualdade entre burguesia e proletariado para dissimular a apropriação da mais-valia pela burguesia. Ora, se os agentes sociais se movem pelas categorias que representam (GIANNOTTI, 2001:59), isso significa que a forma direito é determinante para dominação da burguesia sobre o proletariado e para a reprodução social. Nesse sentido, como vimos acima, Neumann afirma que o direito exerce três funções numa sociedade capitalista:

a) the general law has a socially and politically protective function. It is equalizing. In this lies the ethical value of the generality of law;

b) the general law has a disguising function. In a class society and in a competitive economic system, a general law conceals the realities. By the postulate that the state may rule only through general laws, the competitive economic system is invested with the dignity of a moral value;

c) the general law in a competitive economic system has finally the function of rendering the exchange processes calculable and predictable. (NEUMANN, 1986:213).

O caráter revolucionário inicial do império da lei desaparece na sociedade burguesa. As normas gerais tornam-se formas de pensamento¹⁵ que dissimulam a dominação de classe. Para que esta função seja desarmada, não basta sua explicitação teórica e posterior comunicação ao proletariado. A forma direito contribui para a reprodução do sistema na condição de forma de pensamento e, portanto, determina tanto proletariado como burguesia. Tomar consciência desta dissimulação exige a modificação dos pressupostos históricos do

funcionamento do sistema. É preciso que, de alguma maneira, as formas deixem de coincidir com os conteúdos para que surja espaço para desnaturalizar as figurações determinantes da configuração e reprodução do capitalismo.

As primeiras, as forças produtivas, configuram o conteúdo constituído pelos relacionamentos do homem com a natureza e consigo mesmo e que se torna responsável pelo movimento dessas mesmas forças. Num dado momento de equilíbrio, formas e conteúdos se correspondem. Mas a divisão social do trabalho, depois de quebrado o equilíbrio do comunismo primitivo, abre espaço para a luta pela apropriação do excedente então criado, o que move o desenvolvimento progressivo das forças produtivas até chegar ao limite em que a carapaça das relações de produção venha a explodir. Graças a este processo reflexionante, de condições necessárias essa relação transforma-se então em empecilho. (GIANNOTTI, 2000:60)

A sociedade capitalista aparece para seus agentes como algo diferente do que ela realmente é: “há uma espécie de ruptura interna entre as relações sociais predominantes e a maneira como elas são conhecidas empiricamente” e, por isso, “aquele que estuda cientificamente essa sociedade fica submetido à obrigação de construir a realidade contra as aparências.” (GERAS, 2005:193).

Adiante, veremos como Neumann busca antecipar certas características do direito sob o socialismo. Tal antecipação só é possível devido à transformação do direito liberal burguês pela entrada da classe operária no Parlamento. Nesse momento, a dissimulação torna-se aparência, pois esta forma de pensamento deixa de corresponder ao conteúdo figurado. A desigualdade fica estampada na letra da lei sob a forma de compensações materiais, os direitos sociais,

consagrados com a finalidade de redistribuir o excedente social com fundamento num juízo político, realizado no Parlamento.

Segundo Neumann, a invocação do império da lei numa sociedade burguesa dissimula a desigualdade entre as classes porque torna desnecessário nomear a classe dominante, além de revelar a falta de disposição desta classe para a realização de reformas, recobrando com um ar de correção moral sua dominação.

This, however, implies that the emphasis laid upon the rule of enacted law depends upon the fact that Parliament on the role is a representation of bourgeois interests, that is to say, that the proletariat has not reached the stage of being a political power dangerous to the interests of the bourgeoisie. The functioning of the Parliament is normal, only so long as the propertied classes dominate it. At the very moment in which the working class emancipates itself, becomes politically conscious, the bourgeoisie abandons the belief in the rule of enacted law, and either has recourse to a new “natural” law that cannot be changed by Parliament legislation and which consists in the main, in the existing property order – this, however, only in a transitional period – or it abolishes Parliament and its legislative function altogether. (NEUMANN, 1986:255).

O resultado deste processo é que a propriedade privada dos meios de produção deixa de garantir a apropriação dos lucros obtidos pela sua exploração, que podem ser redistribuídos por força da lei. O fato da propriedade privada dos meios de produção desnaturaliza-se e, portanto, passa a ser possível pensar em uma sociedade que não conte com esta instituição.

Um exemplo pode deixar isso mais claro. N' *O Capital* o contrato de trabalho dá forma contratual a uma troca essencialmente desigual. Para que haja apropriação de mais valia, o salário precisa ser sempre

inferior ao valor do trabalho. (MARX, 1984:130). Esta disparidade entre valor do trabalho e valor do salário é dissimulada pela forma contratual, expressão da relação de emprego. Nesse sentido, o trabalho é vendido por seu valor real, pois a dissimulação da desigualdade está funcionando. A troca aparece como igual para trabalhadores e empregadores.

A entrada da classe operária no parlamento transforma a natureza do contrato de trabalho. A iniquidade da troca torna-se explícita e consciente: os direitos sociais conquistados pelo proletariado na luta parlamentar são compensações, explicitamente consagradas na legislação, criadas para diminuir a fraqueza econômica do trabalhador diante do empregador. O empregado passa a receber, além do salário, outras verbas de natureza salarial que não são pagas como contraprestação pela utilização da força de trabalho. Por exemplo, intervalos de trabalho remunerados como as férias tornam-se conteúdo obrigatório dos contratos de trabalho, impostos por lei. Durante as férias, é devido salário sem a prestação de trabalho. Este instituto deixa claro que o salário não remunera completamente o valor do trabalho prestado: há um excedente que pode ser utilizado para remunerar os períodos de descanso. Por isso mesmo, a exploração do trabalho não está mais oculta sob a forma do contrato, mas explícita na letra da lei.

A entrada da classe operária no parlamento não é o único pressuposto histórico que permite ao direito ocupar posição privilegiada para o processo de emancipação humana. Este movimento coincide com a monopolização da economia que, como vimos, coloca a política no centro da reprodução do capitalismo (NEUMANN, 1986:267). Hilferding afirma que o colapso do capitalismo será político e social e não econômico (HILFERDING, 1985:342).

A centralidade da política e a presença de estados democráticos em que o poder deve ser exercido em função dos desejos e interesses dos cidadãos abrem espaço para que a reivindicação de direitos revele seu potencial desestabilizador do *status quo*. A entrada da classe operária no parlamento muda a natureza do direito liberal ao mesmo tempo em que modifica o sentido da luta pela revolução e, portanto, altera a concepção de *práxis* necessária para realizá-la.

4. O direito na passagem para o socialismo

Neumann pensa a emancipação social na imanência do direito. A exposição anterior mostrou que não há uma ligação necessária entre direito liberal e sistema capitalista, muito pelo contrário. Numa sociedade desigual, a forma direito pode ganhar caráter revolucionário ameaçando a distribuição de riquezas, devido à existência da possibilidade da apropriação dos meios de produção por força de lei.

Neumann aponta algumas dessas mudanças, mas não descreve positivamente o futuro direito socialista. Limita-se a indicar possibilidades de modificação interna do direito liberal na direção da emancipação. Estas mudanças centram-se na função desempenhada pelo direito de propriedade em relação aos demais direitos. Já demonstramos que a forma direito tem potenciais revolucionários em abstrato, na articulação entre soberania e liberdade. Neumann mostra que a materialização do direito tem potenciais regressivos, como se pode ver no nazismo, além de potenciais progressistas, que se assentam na articulação entre normas substantivas e adjetivas.

Nosso autor procura demonstrar como este potencial emancipatório se inscreve no sistema a de direitos fundamen-

tais. Para fazer isso, redescreve as relações entre forças produtivas e relações de produção, tornando ainda mais concreta sua tese sobre a emancipação social via direito. Neumann demonstra como instituições em funcionamento no capitalismo - como a propriedade privada - podem exercer funções diferentes num regime socialista. Para esta argumentação, é fundamental a idéia de mudança de função do direito, cuja fonte é o livro de Karl Renner, *Institutions of Private Law and Their Social Function* (Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion), publicado originalmente em 1905. Vejamos como isso se dá.

Os direitos fundamentais são direitos à liberdade individual, política, econômica e social. Seu pressuposto é que a liberdade em sentido sociológico, compreendida como a possibilidade de escolher entre duas oportunidades de ação, é garantida pelas normas gerais, que recortam um espaço de liberdade em relação à soberania. Só há liberdade de escolha num ambiente juridicizado em que uma esfera de liberdade esteja garantida por lei: tudo o que não é proibido por lei é permitido (NEUMANN, 1986:32-33).

Nesse sentido, podemos afirmar que os indivíduos têm a faculdade de fazer o que quiserem, desde que não desrespeitem as leis; e podem fazer valer esta faculdade perante qualquer pessoa que se oponha ao livre curso de suas ações. Fora deste ambiente temos a força bruta, o mundo da liberdade puramente negativa, ou seja, a ausência completa de impedimentos externos à ação humana, que se identifica com a ausência do império da lei.

A existência da liberdade jurídica, entretanto, não é suficiente para que os homens exercitem a liberdade em sentido sociológico. Para isso, é preciso que, de fato, haja várias opções de escolha para os indivíduos. A realização completa da liberdade só pode

se dar com a emancipação da sociedade, ou seja, com o fim da alienação. Neumann refere-se a esta possibilidade como “concepção concreta de liberdade” de acordo com Hegel, mas não avança no diálogo com o autor, seguindo sua estratégia de não falar positivamente da sociedade futura (NEUMANN, 1986:35). Prefere examinar os direitos fundamentais garantidos pelo estado, concentrando-se no esforço de explicitar seu potencial revolucionário.

É crucial para Neumann lembrar que, ao longo do desenvolvimento histórico, as liberdades tomam a forma de direitos, como resultado do processo de secularização e laicização do estado. Os direitos fundamentais são inteligíveis apenas sob a forma de direitos garantidos em lei (NEUMANN, 1986:35). Portanto, seu exame se dá na imanência do direito positivo. Como já tivemos oportunidade de explicar, a existência destes direitos (também referidos por Neumann como direitos humanos) recorta as esferas da soberania e da liberdade em relação à soberania, tornando possível a legitimação democrática do estado. A dicotomia soberania e liberdade está fundada nas instituições e não em uma instância transcendente ao direito.¹⁶

A realização completa da liberdade, entendida como capacidade de autodeterminação humana, implica na existência da liberdade jurídica (que garante um espaço de liberdade em relação à soberania) e na efetivação da liberdade sociológica, ou seja, na ampliação do espaço de escolha pelos indivíduos. Isto só é possível com o fim da dominação de classe. Esta, por sua vez, é determinada pela propriedade privada dos meios de produção. Com a entrada do proletariado no parlamento torna-se possível a apropriação jurídica dos mesmos. Tratemos de revisitar este tema em sua relação com os direitos humanos.

Neumann mostra como o processo de emancipação pode se dar sem o rom-

pimento do direito liberal, com a rearticulação das liberdades garantidas por lei. Afinal, se a liberdade jurídica e a liberdade sociológica são pressupostos da realização da liberdade numa sociedade futura, é preciso mostrar como as garantias dos direitos individuais, políticos, econômicos e sociais podem permanecer vigentes mesmo com a reformulação da regulação da propriedade privada. A mudança precisa ser possível a partir da imanência do sistema das liberdades. De alguma maneira, este sistema precisa ter o potencial de se rearticular sem se romper. A solução de Neumann será afirmar que os direitos podem mudar de função¹⁷ conforme as circunstâncias. Vejamos como ele dá conta desta verdadeira quadratura do círculo.

Para começar, nosso autor apresenta sua classificação das liberdades, que corresponde, apenas em parte, à visão clássica dos direitos fundamentais. Em Neumann não temos a superposição dos direitos individuais, políticos, econômicos e sociais, mas um sistema em que cada uma destas espécies relaciona-se com todas as outras.

Os direitos do indivíduo isolado são os direitos de liberdade clássicos, liberdade de religião e consciência, proteção da intimidade, da correspondência e proibição de prisão ilegal. Os direitos políticos são a liberdade de associação, imprensa, reunião e voto secreto. Estes direitos criam uma esfera de liberdade em relação ao estado e permitem a integração democrática de sua vontade. Garantem que as escolhas privadas sejam livres da influência determinante da soberania. Já os direitos econômicos têm como centro a propriedade privada, cujas garantias suplementares estão na liberdade de contratar, negociar e testar. A garantia da propriedade é, em princípio, universal, porque protege o proprietário contra qualquer pessoa que interfira no gozo de seu direito, além de ilimitada, pois o poder do proprietário sobre a coisa

é, também em princípio, absoluto. Enfim, a última categoria de direitos são os direitos sociais, cujo objetivo é a emancipação da classe trabalhadora. São direitos que nasceram dos direitos econômicos. O principal direito social é o direito de associação garantido aos sindicatos (NEUMANN, 1986:36-37).

Notemos em que esta classificação difere das tradicionais.¹⁸ Não encontramos aqui a divisão entre direitos de liberdade, direitos políticos e direitos sociais. Neumann apresenta os direitos econômicos como categoria especial, diferenciada dos direitos individuais. Tradicionalmente, a garantia da propriedade privada é vista como um direito deste tipo. Outra diferença é a classificação da liberdade de associação sindical como direito social e não como direito político, como seria de se esperar. Além disso, Neumann afirma que, no capitalismo, a propriedade privada é a instituições dominante, ou seja, todas as outras liberdades funcionam sob sua determinação.

A análise de Neumann neste ponto é bastante sucinta, quase telegráfica. Não somos apresentados ao processo histórico de formação destes direitos, tampouco a um exame detalhado de suas inter-relações. Entretanto, é possível reconstituir parte do raciocínio pressuposto pelo autor a partir de uma afirmação, central para esta análise. Neumann afirma que os direitos econômicos se formaram com o capitalismo competitivo, mas que não determinam completamente as outras três espécies de direitos. Os direitos políticos e individuais existiram antes do capitalismo competitivo e podem continuar a existir sem ele, mesmo que exercendo outra função (NEUMANN, 1986:38). Pode-se inferir, segundo o mesmo princípio, que os direitos sociais podem existir sem a determinação da propriedade privada dos meios de produção e dos outros direitos econômicos.

Os direitos econômicos giram em torno da propriedade privada, direito preexistente ao capitalismo, mas que ganha dimensão central neste regime econômico. Os direitos sociais nascem dos direitos econômicos. Nascem da reivindicação operária de redistribuição do excedente social. Tanto os direitos sociais quanto os econômicos pressupõem a existência de uma esfera de liberdade em relação à soberania e, por isso mesmo, assentam-se na garantia das liberdades individuais e políticas.

Neumann trata os direitos individuais e políticos como o mínimo necessário para a existência do império da lei. Conseqüentemente, os direitos econômicos e sociais são determinações que imprimem ao estado de direito características capitalistas ou socialistas, dependendo de sua articulação com os direitos individuais e políticos, ou seja, conforme a articulação entre o grupo de direitos fundamentais dominantes e os outros direitos.

Esta forma de pensar os direitos humanos fica mais clara com a introdução do conceito de *instituição* (NEUMANN, 1986:38 e ss):

“We understand by a legal institution the establishment of a relationship, intended to endure, either between men, or between properties, or between men and property, for the purpose of regulating social processes, either organized on a hierarchical basis or as a fellowship (*herrschaftlich* or *genossenschaftlich*), and belonging either to public or to private law”. (NEUMANN, 1986:38).

As instituições são complexos de direitos e deveres, organizados com o objetivo de regular determinadas relações sociais. Segundo Neumann, a propriedade privada é, além de um direito fundamental, uma instituição. Tem como função garantir a retenção, a administração e a obtenção de lucros pelo proprietário de determinado bem. Numa sociedade capitalista, sua

principal função é a última (NEUMANN, 1986:40).

A retenção garante a posse do bem e a administração o poder sobre seu uso, ou seja, a possibilidade de controlar os meios de produção, pessoas e coisas. Estas duas garantias podem ser juridicamente retiradas do proprietário dos bens e, por via de consequência, também a obtenção dos lucros. Neumann mostra que o controle do bem pode ser delegado a um empregado: nem sempre o dono de uma empresa controla pessoalmente seu negócio. Da mesma maneira, sua retenção pode ser transferida aos trabalhadores. Trata-se de uma necessidade da produção que o dono não tenha a posse física dos bens utilizados no processo produtivo (NEUMANN, 1986:40).

O direito de propriedade é plástico. Os direitos e deveres que o constituem podem ser atribuídos a sujeitos diferentes do dono. Não há uma coincidência necessária entre a pessoa do proprietário e os direitos de retenção, controle e obtenção de lucros. Aquele que retém o bem pode não ter seu controle e não gozar dos lucros obtidos com ele. Também o poder de retenção pode ser atribuído aos trabalhadores. Numa grande indústria, o dono perde o domínio físico sobre os meios de produção e, muitas vezes, o controle dos mesmos, atribuídos a um administrador.

Neumann avança sua análise, mostrando que uma instituição depende de instituições auxiliares para servi-la e protegê-la. A propriedade privada precisa da liberdade negocial e da liberdade de contratar para atingir seus objetivos. Para que o dono dos bens possa obter lucro com eles - sua função central - precisa ser capaz de vender, trocar e obter empréstimos, celebrar contratos de trabalho e aluguel, além de contrair hipotecas. Também precisa ter liberdade negocial, que funciona como um meio de seleção natural dos negociantes, excluindo aqueles incapazes de tomar

boas decisões econômicas (NEUMANN, 1986:42).

As instituições auxiliares podem servir a funções diversas, conforme variem as circunstâncias. Podem, inclusive, deixar de servir à instituição a que, originalmente, tinham a função de proteger e efetivar (NEUMANN, 1986:43).

“If freedom of trade in a monopolistic economy appears to be leading to diminish profits, the modern twentieth-century state does not hesitate to encroach on these liberties, or even to abolish them by ordering undertakings by administrative act or statute to join cartels, or by prohibiting the floating of new concerns. Regulations belonging to the public law then replace the rights of free contract and trade in their relationship with property in the means of production”. (NEUMANN, 1986:43).

Aqui, na imanência do sistema de liberdades, Neumann inscreve a possibilidade de transformar o capitalismo em socialismo. A relação entre instituições auxiliares e principal pode ser subvertida por dentro, por meio de mudanças na regulação, implementadas via parlamento. A propriedade, na condição de instituição dominante em uma sociedade capitalista, pode ser objeto de ações nesse sentido. Pois estamos diante não de uma substância dotada de poderes transcendentes, mas de um conjunto de direitos e deveres, passível de manipulação pela lei.

É possível desarticular a relação entre o dono de um bem e os poderes de retê-lo, controlá-lo e obter lucros, relação que, à primeira vista, aparece como natural. Além disso, é possível atuar sobre as instituições auxiliares, mudando seu sentido. A entrada da classe operária no parlamento desarma a função de dissimulação do direito liberal e permite que estas operações se tornem figuráveis e, portanto, possíveis em potencial.

A partir de sua exposição sobre as instituições em sua relação com os direitos fundamentais, Neumann redescreve a relação entre forças produtivas e relações de produção segundo Marx. A propriedade e suas instituições auxiliares identificam-se com as relações de produção, relações sociais nas quais os indivíduos produzem. Neumann apresenta as forças produtivas como o conhecimento técnico disponível em determinada época, bem como os meios de produção, pessoais e materiais (p. ex., terra, matérias-primas e capital fixo) (NEUMANN, 1986:43).

As relações de produção sofrem mudanças de função em sua relação com as forças produtivas. Se estas se expandem, em razão do avanço técnico, as instituições podem entrar em contradição com elas, passando a constituir um obstáculo para seu avanço. Para Neumann, Marx concentrou-se na análise dos momentos de ruptura de uma ordem social em relação à outra, negligenciando a análise das modificações institucionais internas a determinada ordem social. Por isso, Marx concentra-se no exame das instituições principais, propriedade privada e propriedade comunal dos meios de produção, sem levar em conta as alterações nas instituições auxiliares. Uma longa citação, neste ponto, é inevitável:

“The relationship of such supplementary institutions and liberties to the main institution can suffer a change of function in a like manner. With a certain degree of development of the productive forces *within* that society, the auxiliary institutions and liberties become fetters on and hinder the aims of the principal institutions they hitherto guaranteed. They lose their supplementary character. In a period of relatively free competition, freedom of contract and of trade are means for the realization of profit for the owner of the means or production. In this period the state guarantees

their existence (by constitutional or simple legal guarantees of the liberties as such) or their function (for instance, by laws relating to unfair competition).

In a period of monopoly economy the relationship is reversed. Freedom of trade facilitates at the same time the rise of competing undertakings undesired by monopolist: freedom of contract gives outsiders the possibility of keeping themselves alien from the monopolist organizations or to quit them at will. Workers are given the possibility of joining trade unions by freedom of association, and in such circumstances when the profits of the monopolists undertakings tend to diminish, it can very well happen that the auxiliary institutions and liberties are abolished in favor of new supplementary statutes and administrative acts more suited to monopoly interests.” (NEUMANN, 1986:44).

A articulação entre instituições principais e auxiliares permite descrever as relações entre forças produtivas e relações de produção de dentro das instituições, ou seja, na imanência do direito, compreendido sempre como norma jurídica, atos de aplicação e comportamento dos destinatários das normas. Estas mudanças podem seguir caminhos regressivos, como vimos no trecho acima, mas podem também apontar para a emancipação.

A entrada da classe operária no parlamento abre espaço para que a propriedade privada seja reformada por dentro, bem como suas instituições auxiliares. Os direitos de reter, controlar e obter lucros com os meios de produção podem ser manipulados pela lei. Do mesmo modo, a liberdade de contratar explicita seu fundamento político, desnaturalizando-se. A letra da lei explicita a dominação de classe na forma de direitos sociais. Do mesmo modo, no capitalismo monopolista, a liberdade de negociar torna-se objeto de juízos

políticos, que visam a proteger o mercado interno e conquistar novos mercados para os monopólios.

O resultado deste processo é a explicitação do caráter político de todas instituições capitalistas. Todas elas aparecem como escolhas que não se justificam em si mesmas, mas precisam servir à vontade e aos desejos dos cidadãos. Deste modo, Neumann demonstra que, mantida a separação entre as esferas da soberania e da liberdade, existe a possibilidade de que a classe operária transforme o direito a partir de dentro, promovendo a apropriação coletiva dos meios de produção por força de lei. Por isso mesmo, postas tais e quais condições históricas, o direito passa a ser mediação necessária para a emancipação humana.

Conclusão: por uma Teoria Crítica do Direito

Como vimos, na presença de determinados pressupostos históricos, os direitos humanos, e o direito liberal como um todo, deixam de ser encarados como obstáculo para a emancipação humana, para se tornarem seu pressuposto. Desta perspectiva, o marxismo pode falar de direito de dentro, sem procurar na economia o lugar de sua intelecção.

Para construir uma teoria crítica do direito¹⁹ que pense esta dimensão da realidade conforme sua racionalidade específica e, além disso, que não abra mão do projeto de reformar a estrutura da propriedade privada, é preciso ocupar o lugar de fala recortado por Neumann ou um lugar muito parecido com esse. Esta a maior contribuição d' *O Império da lei* e de todos os revolucionários que pensaram o direito como essencial para a emancipação humana: mostrar que direito e marxismo não são mutuamente excludentes como ainda quer a vulgata de esquerda e de direita.

Nos tempos que correm, pode ser útil voltar a escutar a lição desta heterodoxa tradição da esquerda ocidental. A recusa da mediação do direito não é privilégio da extrema esquerda. A extrema direita afirma a racionalidade econômica contra as instituições e a vontade política dos cidadãos. Diante destes extremos, o diálogo com a obra de Neumann, entre outros autores, pode ser útil para construir uma posição que veja o direito como relevante para explicar o mundo em que vivemos, sem abdicar da capacidade humana para a emancipação. Acima de tudo, é preciso colocar os ensinamentos destes autores em prática e interpretar a realidade. Mas para isso, é preciso assenhorear-se deles, trabalho que, em nosso país, está apenas começando.

REFERÊNCIAS

- ATIENZA, Manuel, *Marx y los Derechos Humanos*, Madrid: Editorial Mesquita, 1982.
- BENTHAN, Jeremy, *Pannomial fragments*, <http://www.la.utexas.edu/labyrinth>, consultado em 06 de setembro de 2006.
- _____. *Traité de Legislation Civile et Penale*, Paris: Rey et Gravier Librairies, 1830.
- BERCOVICI, Gilberto, *Constituição e Estado de Exceção Permanente: Atualidade de Weimar*, Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.
- BOBBIO, Norberto, *O Marxismo e o Estado*, Rio de Janeiro: Graal, 1991.
- CODATO, A. N. & PERISSINOTTO, R. M., O Estado como instituição: uma leitura das obras históricas de Marx, *Crítica Marxista*, São Paulo, v. 13, 2001.
- COELHO, Luiz Fernando, *Teoria Crítica do Direito*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- COTTERRELL, Roger, *Law's Community. Legal Theory in Sociological Perspective*, Oxford: Clarendon Press, 1995.
- COUTINHO, Carlos Nelson, *Contra a corrente*, São Paulo: Cortez, 2000.
- _____. *Gramsci*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

- _____. *Marxismo e Política: a Dualidade de Poderes e Outros Ensaio*, São Paulo, Cortez, 1996.
- _____. *A dualidade de poderes: introdução à teoria marxista do Estado e da Revolução*, São Paulo: Brasiliense, 1985.
- _____. *A democracia como valor universal*, São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1980.
- ENGELS, Friedrich, Introdução a A luta de classes na França (1848-1850), In: MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, *Obras Escolhidas*, São Paulo: Editora Alfa-Ômega, vol.1, 1980.
- FAUSTO, Ruy, *Marx: Lógica & Política. Tomo I*, São Paulo: Brasiliense, 1983.
- _____. *Marx: Lógica & Política. Tomo II*, São Paulo: Brasiliense, 1987.
- FETSCHER, Irvin, Bernstein e o desafio da ortodoxia, In: HOBBSBAWM, Eric J. (org.), *História do Marxismo: O Marxismo na Época da Segunda Internacional (Primeira parte)*, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.
- GERAS, Norman, Essência e aparência: a análise da mercadoria em Marx, In: COHN, Gabriel (org.), *Sociologia: para ler os clássicos*, Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2005.
- GIANNOTTI, José Arthur, *Origens da Dialética do Trabalho*, São Paulo: Difel, 1966.
- _____. *Certa herança marxista*, São Paulo: Companhia das Letras, 2000a.
- _____. *Marx: Vida & Obra*, Porto Alegre: LP&M, 2000b.
- GUASTINI, Riccardo, *Das Fontes às Normas*, São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge: MIT Press, 1998.
- HART, Herbert L. A., *O conceito de Direito*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.
- HASE, Friedhelm & RUETE, Matthias, Dekadenz der Rechtswirkung? Rationalität und Allgemeinheit des Gesetzes in der Rechtstheorie Franz L. Neumanns, In: PERELS, Joachim (org.), *Recht, demokratie und Kapitalismus. Aktualität und Probleme der Theorie Franz Neumanns*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1984.
- HILFERDING, Rudolf, *O Capital Financeiro*, São Paulo: Abril Cultural, 1985.
- HONNETH, Axel, Teoria Crítica, In: GIDDENS, Anthony (org.), *Teoria Social Hoje*, São Paulo: UNESP, 1999.
- JAY, Martin, *The Dialectical Imagination*, Berkeley: University of California Press, 1996.
- KELLY, Duncan, *The State of the Political: Conceptions of politics and the State in the Thought of Max Weber, Carl Schmitt and Franz Neumann*, New York: Oxford, 2003.
- KELSEN, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press, 2002.
- LEVINE, Andrew, *The End of State*, London: Verso, 1987.
- LOPES, José Reinaldo Lima, *Direito e Transformação Social: Ensaio Interdisciplinar das Mudanças do Direito*, São Paulo: Ciência Jurídica, 1997.
- LÖWY, Michael. *A teoria da revolução no jovem Marx*, Petrópolis: Vozes, 2002.
- LUMIA, Giuseppe, *Elementos de Teoria e Ideologia do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MAILLE, Michel, *Introduction critique au Droit*, Paris: François Maspéro, 1976.
- MARRAMAO, Giacomo. “Entre bolchevismo e social-democracia: Otto Bauer e a cultura política do austromarxismo”, In: HOBBSBAWM, Eric J. (org.), *História do Marxismo: O Marxismo na Época da Terceira Internacional, A Revolução de Outubro, O Austromarxismo*, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.
- MARX, Karl, *O Capital*, São Paulo: Abril Cultural, v.I., 1984.
- NAVES, Macio Binharino, *Marxismo e Direito: um estudo sobre Pashukanis*, São Paulo: Boitempo, 2000.
- NEUMANN, Franz, *Behemoth: The Structure and Practice of National Socialism 1933-1944*, New York: Harper Torchbooks, 1966.
- _____. *The Rule of Law. Political Theory and the Legal System in Modern Society*, Leamington: Berg, 1986.
- NOBRE, Marcos, *Teoria Crítica*, Rio de Janeiro: Zahar, 2004.
- PAULSON, Stanley L., Neumanns Kelsen, In: ISER, Matthias & STRECKER, David (orgs), *Kritische Theorie der Politik. Franz L. Neumann – eine Bilanz*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2002.
- POULANTZAS, Nicos, *O Estado, o Poder, o Socialismo*, Rio de Janeiro: Graal, 2000.

PREUß, Ulrich K., Formales und materials Recht in Franz Neumanns Rechtstheorie, In: ISER, Matthias & STRECKER, David (orgs), *Kritische Theorie der Politik. Franz L. Neumann – eine Bilanz*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2002.

RADBRUCH, Gustav, La securité en droit d'après la théorie anglaise, In: *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie*, Paris: Sirey, 1936.

_____. *Introdução à ciência do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Filosofia do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RENNER, Karl, *Institutions of Private Law and Their Social Functions*, London: Routledge, 2001.

RODRIGUEZ, José Rodrigo, Franz Neumann, o Direito e a Teoria Crítica, *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo: CEDEC, v. 61, 2004.

RUETE, Matthias, Post-Weimar Legal Theory in Exile, In: *The Rule of Law. Political Theory and the Legal System in Modern Society*, Leamington: Berg, 1986.

SADER, Emir, *Estado e Política em Marx Estado: para uma crítica da filosofia política*, São Paulo: Cortez, 1993.

SCHEUEMAN, William E., *Between Norm and Exception: The Frankfurt School and The Rule of Law*, Cambridge: MIT Press, 1997.

SMALDONE, William, *Rudolf Hilferding: The Tragedy of a German Social Democrat*, Illinois: Northern Illinois University Press, 1998.

SÖLLNER, Alfons, *Neumann zur Einführung*, Hannover: Soak Verlag, 1982.

SIÉYÈS, Emmanuel Joseph. Quelques idées sur la constitution applicables a la Ville de Paris. In: *Oevres de Siéyès*. Paris: Edhis, sdp.

TEUBNER, Günther, *O Direito como Sistema Autopoietico*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

THORNHILL, Chris, *Political Theory in Modern Germany – An Introduction*, Oxford: Polity, 2000.

WALBERG, Marek, A estratégia política da social-democracia alemã, In: HOBBSAWM, Eric J. (org.), *História do Marxismo: O Marxismo na Época da Segunda Internacional (Primeira parte)*, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

WEBER, Max. *Economia y Sociedad*, México DF: Fondo de Cultura Economica, 1992.

NOTAS

¹ A exceção é LOPES, 1997.

² Franz Neumann (1900-1954) é um representante da Teoria Crítica. Para um estudo detalhado de sua trajetória, veja-se: SCHEUERMANN, 1997. Ainda sobre Neumann, v. RODRIGUEZ, 2004. Sobre a Teoria Crítica, v. JAY, 1996; WIGGERHAUS, 1999; HONNETH, 1999 e NOBRE, 2004.

³ Estudos representativos deste esforço são, entre outros: COUTINHO, 2000, 1999, 1996, 1985, 1980; FAUSTO, 1987; SADER, 1993; NAVES, 2000; CODATO & PERISSINOTTO, 2001.

⁴ A discussão sobre o modo de exposição d'*O Capital*, que se confunde com a discussão sobre a relação entre Hegel e Marx, modelo para Neumann em *O Império da lei*, é um tema clássico da bibliografia marxista. No Brasil, as referências, são GIANNOTTI, 1966, 2000a, 2000b e FAUSTO, 1983, 1987.

⁵ Neumann prefere usar o termo “império da lei” no lugar de “estado de direito”, mais afeito à tradição romano-germânica, pois o primeiro não se refere apenas às leis do estado, mas abarca as práticas sociais relacionadas com estas normas, especialmente, a sua aplicação e o comportamento de seus destinatários (NEUMANN, 1986: 11 e ss).

⁶ Seria interessante investigar sistematicamente a presença desta tensão entre justiça formal e igualdade material na *Sociologia do Direito* de Weber. Ver, p.ex. WEBER, 1992:606-607. Como veremos adiante, Neumann não cita Weber como sua fonte para este argumento, apenas Rousseau.

⁷ “By general law we understand, with Carré de Malberg, an abstract rule which does not mention particular cases or individually nominated persons, but which is issued in advance to apply to all cases and all persons in the abstract.” (NEUMANN, 1986:213)

⁸ Para uma apreciação da leitura de Kelsen por Neumann ver PAULSON, 2002.

⁹ A diferença entre legislação e jurisdição continua sendo um problema para a teoria do direito.

Sirva de exemplo a seguinte argumentação, tubeteante, de Riccardo Guastini: “Antes de tudo, pode-se indubitavelmente admitir que a interpretação é, num certo sentido, produção de normas. Apesar disso, outra coisa é “produzir uma norma” no sentido de interpretar – isto é, decidir o significado de – um texto normativo preexistente; outro é “produzir uma norma” no sentido de formular um texto normativo *ex novo*. Talvez não haja uma diferença nítida, mas decerto há uma diferença de grau. Ambas as coisas comportam um certo grau de discricionariedade política, é verdade. Mas, para sermos exatos, trata-se de dois graus de discricionariedade. O legislador não está vinculado por textos preexistentes, o juiz sim. É ainda verdade que os textos legislativos jamais possuem um significado unívoco, que se presta a diversas e conflitantes interpretações, de sorte a constituírem, para o juiz, um vínculo – ao contrário – débil. Mas mesmo um vínculo débil é um vínculo, um limite: é, de fato, impossível para o juiz atribuir a um texto – literalmente – “qualquer” significado ao seu gosto. A atividade legislativa está livre de vínculos deste tipo” (GUASTINI, 2005:221-222).

¹⁰ Está para ser feita a relação entre esta descrição de Neumann e a figura da “liberdade absoluta” d’ *A Fenomenologia do Espírito* de Hegel. As semelhanças são gritantes.

¹¹ Para uma discussão contemporânea do problema, veja-se *O Direito como Sistema Auto-poietico* de Gunther Teubner, obra que elege a questão da aplicação de normas flexíveis como um teste para sua construção teórica. Ver TEUBNER, 1993.

¹² “1°. Lois substantives. 2°. Lois adjectives. Ce dernier est le nom que je donnerais aux lois de procedure, afin de pouvoir designer par un mot correlative les lois principales don’t on a souvenement besoin de les distinguer. Les lois de procedure ne peuvent ni exister ni même se concevoir sans autres lois qu’ elles tendent à faire observer. Qui entend le sens de ces deux mots en grammaire ne peut manquer d’ entendre celui que je voudrais leur donner en jurisprudence.” (BENTHAN, 1830 :203). “The substantive branch of the law has for its business the giving direction and effect to human conduct; the adjective has for its business the giving execution and effect to substantive law.” BENTHAN,

Jeremy, *Pannomial fragments*, Cap. II – Consideranda, <http://www.la.utexas.edu/labyrinth>, consultado em 06 de setembro de 2006.

¹³ Algumas formulações do ideal iluminista incluíam a defesa da abolição dos profissionais do Direito – *Gens de Loi*, como dizia Siéyès em seu projeto de criação de júris populares - bem como da Faculdade de Direito. Os códigos deveriam “falar por si”: sua construção seria suficientemente racional, simples e clara, a ponto de permitir que qualquer cidadão o aplicasse a um caso concreto. Todo o poder político estaria concentrado no Parlamento, local do assento dos representantes do povo. O projeto de Siéyès, p. ex., fazia de qualquer cidadão um jurado em potencial, abolindo os juízes profissionais da administração da justiça (SIÉYÈS, sdp).

¹⁴ “O desafio com que Neumann se confrontou liga-se a este pano de fundo. Pois o problema de todo o teórico do direito do século XX consiste nisso, que eles adotavam a herança rousseauiana em seu conteúdo moral e não podiam, por outro lado, levá-la a sério como descrição sociológica da realidade. O modelo rousseauiano de uma sociedade pré-moderna e agrária – uma sociedade de pequenos proprietários com poucas diferenças sociais e ampla homogeneidade cultural – não podia constituir um modelo para a organização política da sociedade do começo do século XX, compatível com o seu tempo, sobretudo depois furor do desenvolvimento técnico-industrial, urbanização e desenraizamento social de amplas massas, que receberam novo impulso pela primeira guerra mundial.” (minha tradução; agradeço a Flávia P. Püschel pela revisão das traduções do alemão).

¹⁵ “Examinaremos como a dialética marxista se torna possível porque o objeto de sua análise consiste em formas de pensamento (*Gedankenformen*) (K, I, 23, 90) que o pesquisador pensa a fim de revelar as formas pelas quais os atores pensam ao se engajarem nas relações sociais de produção.” (GIANNOTTI, 2000:33).

¹⁶ Neumann dedica a parte II d’ *O Império da lei* à exposição do processo de institucionalização do direito natural, que, na modernidade, toma a forma de direitos humanos.

¹⁷ Neumann deve este conceito a Karl Renner. Ver RENNER, 2001:74 e ss.

¹⁸ BERCOVICI aponta a semelhança entre a classificação dos direitos fundamentais de Neu-

mann e Carl Schmitt em textos anteriores a *O Império da lei* (BERCOVICI, 2004:32). Fica por investigar se a classificação que apresentamos é uma reelaboração destes textos, num debate velado com a classificação schmittiana. Neste ponto de *O Império da lei*, Neumann não

traz Schmitt ao centro da discussão.

¹⁹ A mais erudita tentativa de construir uma teoria crítica do direito no Brasil é a de COELHO, 2002. Na França, temos o influente MIAILLE, 1976.

NEOCONSTITUCIONALISMO E INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN*

NEOCONSTITUTIONALISM AND THE UNCONSTITUTIONALITY BY OMISSION

VÍCTOR BAZÁN**

Recibido para publicação em setembro de 2005

Resumen: En el presente trabajo el autor plantea que la discusión sobre la viabilidad del control de constitucionalidad para conjurar la inconstitucionalidad por omisión representa un capítulo más de la tensión entre el “constitucionalismo” y la “democracia”. Asimismo, defiende la existencia de posibilidades razonables de sustentación del ejercicio de la fiscalización constitucional sobre las omisiones contrarias a la Ley Fundamental –para preservar la supremacía, la normatividad y la eficacia de ésta– en el marco de las premisas que tipifican el denominado “neoconstitucionalismo” o “constitucionalismo contemporáneo”.

Palabras clave: Constitucionalismo. Neoconstitucionalismo. Democracia. Control de constitucionalidad. Inconstitucionalidad por omisión. Supremacía. Normatividad y eficacia de la Constitución. Ponderación de bienes constitucionales.

Abstract: In this essay the writer plans that the discuss about the viability of the Constitutionality control to finished the unconstitutionality by omission serve as a chapter of the tension between the “ constitutionalism” and the “ democracy”. Thus, protect the existence of reasonable possibilities of sustentation in the exercise of constitutional control about the omissions in the Fundamental rights- to protect the supremacy, the normativity and its efficacy – as a mark of the beginning that exemplify the “ neoconstitutionalism”, the “ contemporary constitutionalism”.

Key Words: Constitutionalism. Neoconstitutionalism. Democracy. Constitutionality control. Unconstitutionality by omission. Supremacy. Normativity and the efficacy of constitution. Consideration about constitutional goods.

1. Anuncio del itinerario por recorrer en el presente trabajo

En el trabajo que ponemos a consideración del lector, y para contextualizar *ab initio* la indagación que emprenderemos, efectuaremos en primer lugar una referencia a los perfiles semánticos del término “neoconstitucionalismo”, cuya polisemia es indiscutible.

A continuación, formularemos una aproximación anticipatoria a la tesis central que defenderemos en punto a las posibilidades de sustentación razonable del ejercicio del control de constitucionalidad sobre las omisiones contrarias a la Ley Fundamental en el marco de los pilares sobre los que se basa el neoconstitucionalismo.

En el siguiente sector de este aporte, examinaremos las distintas modalidades ti-

* Dedico este trabajo al querido amigo y maestro Dr. Germán J. Bidart Campos al haberse cumplido, en setiembre de 2005, el primer año de su lamentable deceso.

** Profesor Titular Efectivo de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo, San Juan, Argentina. Profesor de Cursos de Posgrado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y en otros programas de posgrado y doctorado en Argentina y el exterior. Miembro Titular e integrante del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

pológicas de omisiones inconstitucionales susceptibles de fiscalización constitucional y repasaremos enunciativamente las soluciones normativas –constitucionales e infraconstitucionales– y jurisdiccionales que exhibe el derecho comparado para conjurar la inconstitucionalidad por omisión.

Luego verteremos algunas apreciaciones adicionales en torno del neoconstitucionalismo y nos acercaremos a la problemática de la técnica de la ponderación de bienes constitucionales que, sin olvidar a la subsunción, recibe trato preferencial en el esquema de funcionamiento de aquel modelo de constitucionalismo.

Finalmente, y previo a dar paso a las observaciones de cierre que condensarán las ideas básicas que recorren el trabajo, ahondaremos en las principales líneas de contacto entre el neoconstitucionalismo y la inconstitucionalidad por omisión.

2. Descripción de los perfiles semánticos de la voz “neoconstitucionalismo”

Nada se descubre al expresar que la voz “neoconstitucionalismo” es polisémica.

En ese sentido, y en tren de resumir algunas de las perspectivas referentes a su alcance semántico, recrearemos ciertas visiones doctrinarias al respecto con el objeto de presentar un catálogo de sus acepciones, el que oficiará como punto de partida para contextualizar los rasgos fisonómicos de dicho término que serán utilizados preferentemente en el desarrollo de este trabajo.

En torno del tema, COMANDUCCI advierte que las palabras “constitucionalismo” y “neoconstitucionalismo” designan, en una primera acepción, una teoría y/o una ideología y/o un método de análisis del derecho; mientras que, en un segundo significado, designan, en cambio, algunos elementos estructurales de un sistema jurídico y político, que son descriptos y explicados por el (neo)constitucionalismo

como teoría, o que satisfacen los requisitos del (neo)constitucionalismo como ideología¹. Es así como, en esta última acepción “constitucionalismo” y “neoconstitucionalismo” perfilan un modelo constitucional, o sea, el conjunto de mecanismos normativos e institucionales realizados en un sistema jurídico-político históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales².

Por su parte, BARBERIS puntualiza que el término “neoconstitucionalismo” (empleado frecuentemente sobre todo en el debate filosófico-jurídico) evidentemente reenvía a “constitucionalismo”, el que se usa a su vez para indicar al menos tres cosas distintas: en un primer sentido, muy lato, reenvía al antiguo ideal del gobierno de las leyes o, más bien del Derecho; en un segundo sentido, más estricto, designa la traducción propia de los siglos XVIII y XIX de este modelo en la idea de la Constitución como instrumento para limitar el poder político; finalmente, en un tercer sentido (estrictísimo, y –según el autor glosado– no del todo adecuado) indica la doctrina del derecho constitucional³. A continuación señala que la posición filosófico-jurídica denominada neoconstitucionalismo retoma las ideas del constitucionalismo, al menos en los dos primeros sentidos del término, por lo que parece existen razones suficientes para admitir este uso todavía no consolidado de “neoconstitucionalismo”⁴.

A su tiempo, PRIETO SANCHÍS destaca que con el nombre de “neoconstitucionalismo” o “constitucionalismo contemporáneo” se hace referencia tanto a un modelo de organización jurídico-política o de Estado de Derecho, como al tipo de teoría del Derecho requerida para explicar aquel modelo; e, incluso, cabría hablar de neoconstitucionalismo como ideología, para referirse a la filosofía política que justifica la fórmula del Estado Constitucional de Derecho⁵.

Presentadas enunciativa y sucin- tamente las posiciones atinentes al cariz semántico del citado vocablo, creemos que una buena fórmula sintetizadora —que recreamos aquí— es brindada por SASTRE ARIZA, quien se refiere a aquél expresando que se trata de un nuevo modelo jurídico que representa el Estado Constitucional de Derecho, cuya peculiaridad viene representada por las características o funciones de algunas Constituciones que aparecen en la segunda postguerra mundial⁶ y que se contraponen a las Constituciones del constitucionalismo antiguo o decimonónico⁷, lo que —en la certera percepción de FIORAVANTI— supone que aquellas Constituciones “representan el intento de recomponer la gran fractura entre democracia y constitucionalismo”⁸.

3. Planteo preliminar de la cuestión cen- tral por abordar

La discusión acerca de las posibilida- des de sustentación del control de cons- titucionalidad sobre las omisiones incons- titucionales entraña, a nuestro juicio, un capítulo más de la tensión *constitucionalismo-democracia*⁹.

Para plantear la cuestión en térmi- nos absolutamente simplificados, y has- ta primarios, y partiendo de la casi obvia premisa de que ni democracia ni constitu- cionalismo son conceptos unitarios, puede ilustrativamente decirse —con ELSTER— que la *democracia* es el simple gobierno de la mayoría sobre la base del principio “una persona, un voto”¹⁰. A su tiempo, el voca- blo *constitucionalismo* alude a aquellos lí- mites sobre las decisiones mayoritarias¹¹ y está estrechamente asociado a un Tribunal Supremo, aunque los límites al gobierno mayoritario van más allá de la revisión en el ámbito judicial¹². Así, y en términos generales, puede ligarse la *democracia* con la asamblea elegida y al *constitucionalismo*

con el Tribunal Supremo; aquélla, encarna la participación popular, éste, las restric- ciones constitucionales¹³.

Avanzando en la argumentación, y como *mutatis mutandi* se afirmara, el cons- titucionalismo actual implica una profun- da renovación de la fórmula del Estado de Derecho, que ha permitido que ingrese en el orden jurídico un vasto catálogo de de- rechos y de normas materiales que no sólo pretende limitar al legislador, sino también diseñar las líneas fundamentales de la con- vivencia en numerosos ámbitos, y que lo hace acompañado de una vigorosa garantía judicial, cuyo reflejo en la teoría del Dere- cho provoca que los principios desplacen a las reglas, la ponderación a la subsunción (aunque con las matizaciones que veremos *infra*) y los jueces al legislador¹⁴. Ello ge- nera, a modo de contrapunto, que la otra pieza básica del modelo, la democracia, se debata entre la apelación al consenso y a la comunidad de diálogo en busca de un proceso de justicia compartido y la siem- pre presente vocación negociadora de inte- reses y utilidades¹⁵.

No resulta entonces extraña a tal ela- boración, y ya en conexión con la *fuerza normativa* que la Ley Fundamental ostenta, la circunstancia que evoca PRIETO SAN- CHÍS respecto de la profunda transformaci- ón que, sobre el sistema de relaciones entre Parlamento y judicatura, “ha propiciado el establecimiento de una Constitución con vocación de ser ella misma norma jurídi- ca y henchida además de valores y prin- cipios”¹⁶.

Con claridad, y luego de indicar que la promulgación de una Constitución escrita es prácticamente imprescindible para establecer una norma suprema en el ordenamiento (lo que considera que no es suficiente, y que no habrá tal norma supre- ma si no se determina que la infracción de lo dispuesto en la Constitución escrita es

antijurídico), pasa DE OTTO a expresar que si el ordenamiento no fija aquellas pautas, es decir, si la infracción de la Constitución escrita es lícita, los preceptos de ésta serán constitucionales sólo en cuanto están incluidos en ella, pero en realidad no serán ni siquiera normas, dado que una norma que puede ser infringida lícitamente *no es una norma*¹⁷. Añade que, por el contrario, si el ordenamiento preceptúa que es obligatorio acatar la Constitución escrita, *todos* sus preceptos son igualmente obligatorios, sea cual fuere la materia de que se ocupen, y a todos les corresponde por igual la condición de norma suprema¹⁸ [en ambos casos el énfasis corresponde al original].

Al hilo de las anteriores apreciaciones, y como puntualiza SAGÜÉS, es innegable que el principio de supremacía constitucional, además de sustento normativo, *requiere sustento conductista*, es decir, *el comportamiento* de los operadores de la Constitución y su voluntad de cumplirla, *como de castigar las infracciones a tal supremacía*¹⁹, las que —naturalmente— pueden llegar por vía de acción o de omisión.

Sin perjuicio de cuanto va dicho, es preciso demarcar el perímetro y la superficie del campo de acción con que cuenta la judicatura para analizar el cuadro situacional que le permita detectar la presencia de las omisiones inconstitucionales y decidir la producción de los remedios para superarlas. Tal labor requerirá dosis importantes de prudencia y rigurosidad en orden a sortear el riesgo de deslizarse hacia una banalización de las declaraciones de inconstitucionalidad al influjo de la irreflexividad o el apresuramiento.

Como puede suponerse, la tarea judicial que lleve a definir si convergen o no los requisitos configurativos de la inconstitucionalidad por omisión no debería prescindir de un balance serio y realista de las diversas pautas en juego: normatividad y

primacía de la Constitución; connotaciones axiológicas del derecho alegado o de la situación jurídica contraria a la Constitución que la omisión genera; lapso de tiempo por el que viene manteniéndose la inactividad del órgano silente; margen de acción (o de inacción) del legislador o de la autoridad pública comprometida; espectro de posibilidades al alcance de la judicatura para disponer la efectivización de una solución material y financieramente posible; e, *inter alia*, el deber de ejercer cabalmente el control de constitucionalidad.

La interacción de tales ingredientes exigirá del magistrado en cada caso puntual un ejercicio de ponderación (sin olvidar combinarlo con alguna dosis de subsunción) para articular una solución equilibrada que ni dé paso a una temeraria invasión jurisdiccional de sectores de atribuciones propios de otros poderes, ni obture la actuación judicial si el órgano competente margina arbitrariamente la vigencia de la supremacía constitucional al omitir *sine die* el cumplimiento de las imposiciones que le fueran dirigidas por la propia Ley Fundamental o, ya en tarea de desarrollo constitucional, excluya injustificada y discriminatoriamente a algunos de lo que concede a otros (tema sobre el que volveremos).

Mutatis mutandi, PRIETO SANCHÍS —quien, como veremos, ha defendido las bondades del método ponderativo— identifica como rasgo característico de éste el que con él no se logra respuesta válida para todo supuesto, sino sólo una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro supuesto²⁰.

Asimismo, el citado autor²¹ pone de manifiesto que el gran hallazgo de la jurisprudencia constitucional española es lo que suele conocerse con el nombre de juicio de razonabilidad y que representa el método característico para la aplicación

de las genuinas normas constitucionales, y muy particularmente para la aplicación del principio de igualdad. Añade que una versión más depurada de la genérica razonabilidad nos la ofrece el principio o máxima de la proporcionalidad, que es el método habitualmente utilizado por los Tribunales, constitucionales o no, para resolver la colisión circunstancial entre derechos fundamentales o, ya en general, el conflicto entre derechos y otros bienes constitucionales. Más adelante, advierte que en muchas ocasiones se utilizan las expresiones “proporcionalidad” y “ponderación” como sinónimas; sin embargo, aclara que, en realidad, parece que la ponderación representa la última fase del principio de proporcionalidad, esto es, lo que denomina como “proporcionalidad en sentido estricto”.

4. Tipología de omisiones inconstitucionales susceptibles de corrección

Como se pusiera de manifiesto hace ya bastante tiempo, en referencia a las normas que el legislador ordinario debía dictar para dar plena ejecución a la Constitución, cuando éste se abstiene de estatuir, por ese camino viene a violar gravemente la Constitución²².

En otras palabras, y aunque suene obvio, es claro que la Constitución puede ser vulnerada no sólo por *acción*, sino, también, por *omisión*; concretamente en este último caso, cuando no se actúa a pesar de la expresa previsión constitucional dirigida a que se lo haga o cuando se regula de modo deficiente plasmando una reglamentación insuficiente o discriminatoria al no dotar a algunos de lo que, en igualdad de condiciones o circunstancias, acuerda a otros. Ello sentado, ¿sería lícito (y, principalmente, legítimo) permitir que los órganos del poder constituido, mediante su inercia, inhibieran la vigencia de la Constitución o paralizaran el ejercicio de algún derecho

contenido en un mandato constitucional y sujeto a desarrollo normativo ulterior? Obviamente, la respuesta al interrogante debe ser negativa ya que la supremacía de la Constitución es indisponible para los mencionados órganos²³.

El ejercicio del control sobre las omisiones inconstitucionales persigue *–inter alia–* ‘recomponer’ el imperio de la Ley Fundamental, cuya primacía habría quedado momentáneamente bloqueada por la agresión negativa del órgano omitente. En línea con ello, cabe recordar que el control de constitucionalidad como noción jurídica es inseparable de la de Constitución como norma suprema de un ordenamiento jurídico dado²⁴.

Llegados a este punto es imposible evadir un reenvío a WESSEL²⁵ cuando de afrontar la tipología de omisiones inconstitucionales se trata. Básicamente, tal autor distingue entre omisiones absolutas y relativas.

En las *absolutas*, hay ausencia total de la norma que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente. En las *relativas*, el legislador, al propulsar la norma para “obedecer” el mandato constitucional, favorece a ciertos grupos y olvida a otros o acuerda ventajas a unos que no son dispensadas a otros, pudiendo tentativamente las hipótesis ser refundidas en la siguiente fórmula: habrá omisión relativa toda vez que en el cumplimiento del mandato constitucional (o del tratado internacional sobre derechos humanos con jerarquía constitucional en los sistemas jurídicos que –como el argentino²⁶– les acuerden tal valencia), el órgano legislativo o la autoridad pública encargados de efectivizarlo quiebren –en forma no intencional, pero produciendo un resultado discriminatorio y/o arbitrario– el principio de igualdad, o –como afirma FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ– cuando se produzca una re-

gulación deficiente a causa de la falta de “complitud” (*sic*) de la norma²⁷.

En este supuesto (omisión relativa), el control judicial de constitucionalidad –excitado por la omisión en perjuicio de algunos– sale al rescate de la supremacía constitucional, que ha sido momentáneamente neutralizada. Obviamente –y en sintonía con lo que hemos venido sosteniendo–, no cualquier omisión viabilizará el control; sólo aquélla cuya textura y efectos sean constitucionalmente relevantes y no concreten en forma *completa* una determinada imposición constitucional (o de un tratado internacional que recepte la valencia expuesta *supra*). Una de las opciones que tendría a su alcance el órgano jurisdiccional sería la complementación de la norma desaparecida, para calibrarla equitativamente a fin de restablecer la igualdad quebrada y proporcionar, de ese modo, satisfacción a la pretensión de los perjudicados.

5. Nómina enunciativa de las provisiones normativas o de los emprendimientos jurisprudenciales contra las omisiones inconstitucionales

Siempre tomando en consideración que *el Derecho propio no es el único posible*²⁸, seguidamente efectuaremos una breve reseña del catálogo de vías que ofrece el derecho comparado para la corrección de las omisiones inconstitucionales: normativas constitucionales y legales o empleo de la creatividad jurisprudencial.

De un rápido recorrido por el derecho comparado se percibe que tanto en las normativas constitucionales –nacionales o estatales [éstas en los sistemas de estructura federal]– o infraconstitucionales, como en la doctrina judicial, existen algunos antecedentes en el derecho comparado para afrontar la pasividad inconstitucional de las autoridades competentes, y que resul-

tan dignos de ser colacionados. Pasemos al detalle de los mismos²⁹:

1. En los *textos constitucionales nacionales*, encontramos antecedentes en:

- la *ex Yugoslavia*, donde se verificó el primer precedente normativo-constitucional expreso. Concretamente, aludimos al art. 377 de la Constitución de la –desaparecida– República Socialista Federativa de Yugoslavia, de 27 de febrero de 1974;

- *Portugal*, en el artículo constitucional 283 y el art. 68 de la Ley del Tribunal Constitucional;

- *Hungría*, en el art. 32.A.3. de la Constitución, de 20 de agosto de 1949, modificada en varias oportunidades, v.gr., Leyes XXXI/1989 y XL/1990; Ley XXII/1989, de 19 de octubre, reformada por Ley LXXVIII/1994, de 2 de diciembre³⁰;

- *Brasil*, donde la Constitución Federal de 1988 reguló expresamente la *acción de inconstitucionalidad por omisión* en el art. 103, § 2º, confiriéndole competencia originaria y exclusiva para resolverla al Supremo Tribunal Federal. El precepto en cuestión establece: “Declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida para tornar efectiva la norma constitucional, se dará conocimiento al Poder competente para la adopción de las medidas necesarias y, tratándose de un órgano administrativo, para que lo haga en treinta días”. Más allá de la normativa constitucional, cabe recordar también algunos preceptos subconstitucionales, por ejemplo, el Reglamento Interno del Supremo Tribunal Federal³¹ y la Ley Federal N° 9.868³², que entrara en vigor el 10 de noviembre de 1999 y que reglamenta el proceso y el juzgamiento de la acción directa de inconstitucionalidad y de la acción declarativa de constitucionalidad, normativa que a pesar de no referirse expresamente a la acción directa de inconstitucionalidad por omisión

ón puede ser aplicada a ésta con algunas observaciones³³ vinculadas principalmente con la naturaleza y el alcance de tal acción que busca combatir las omisiones inconstitucionales; y

- *Venezuela*, cuyo art. 336, numeral 7, de la Constitución de 1999 (en vigor desde 2000), atribuye a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia competencia para: “Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional, *cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta*, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección” – énfasis propio –.

2. En *textos legales*, aun cuando la institución no esté contemplada en la Constitución:

Dicho caso se configura en *Costa Rica*. Allí, y por medio de la Reforma Constitucional 7.128, de 18 de agosto de 1989 (*Gaceta* N° 166, de 1 de setiembre de 1989), se creó la Jurisdicción Constitucional, incluyéndose en el art. 10 de la Constitución que “corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público”.

Asimismo, se reformaron los artículos constitucionales 48, 105 y 128. El aspecto de la reforma constitucional de 1989 mencionado en primer término (Jurisdicción Constitucional), fue desarrollado por la Ley N° 7.135 (de 11 de octubre de 1989). Por imperio del art. 4 de tal ley se dispone –en cuanto a lo que aquí interesa– que “la jurisdicción constitucional se ejerce por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia establecida en el artículo 10 de la Constitución Política”

Específicamente, el art. 73 de la mencionada ley determina las hipótesis en que corresponde la articulación de la acción de inconstitucionalidad, incluyendo especificaciones en relación con el control de las omisiones inconstitucionales en los aps. ‘a’, ‘b’ y ‘f’.

Más allá del plano normativo, es interesante observar también la evolución de la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia costarricense, que se muestra paulatinamente permeable a analizar planteos referidos a inconstitucionalidad por omisión.

Al respecto, recomendamos compulsar lo resuelto recientemente en Expte. N° 04-008653-0007-CO, Resoluc. 2005-05649, de fecha 11 de mayo de 2005, en el marco de la acción de inconstitucionalidad interpuesta por José Manuel Echandi Meza, en su condición de Defensor de los Habitantes, y Gabriel Bonilla Picado, en su calidad de ciudadano.

En ese sentido, y superando una visión negatoria anterior reacia a controlar las omisiones legislativas (pues circunscribía el contralor a las pretericiones de la Administración Pública), en el caso individualizado en último término declaró inconstitucional la omisión absoluta de la Asamblea Legislativa en el ejercicio de su poder normativo y en el cumplimiento del mandato expreso impuesto por el poder constituyente derivado en la reforma parcial a la Constitución Política, entre otros, a los arts. 105 y 123 mediante Ley N° 8.281 de 28 de mayo de 2002, para dictar, según el Transitorio Único, en el plazo de un año siguiente a la publicación de ésta –el cual venció el 20 de junio de 2003– las leyes de desarrollo del referéndum y de iniciativa popular en la formación de la ley. Además, y luego de declarar la existencia de la omisión inconstitucional, otorgó al órgano silente el plazo de seis meses, contado a

partir de la notificación de la sentencia, para que dicte las referidas leyes.

3. Por conducto de las *Constituciones estadales* en países de estructura federal, pueden computarse los siguientes casos:

- *Brasil*, donde existen disposiciones relativas al control de las omisiones inconstitucionales en las Constituciones de numerosos Estados, v.gr., Río Grande do Sul (art. 95, inc. XII, letra 'd'), Río de Janeiro (art. 162, § 2), São Paulo (arts. 74, inc. VI y 90, § 4) y Santa Catarina (art. 85, § 3);

- *México*, visualizándose ciertos antecedentes en las Constituciones de los Estados de Veracruz (arts. 64, fracción III, y 65, fracción III), Tlaxcala (art. 81), Chiapas (art. 56, fracción III) y Quintana Roo (art. 103, fracción VIII); y

- *Argentina*, donde la figura es receptada explícitamente por la Constitución de la Provincia de Río Negro (en el artículo constitucional provincial 207, inc. 2°, ap. 'd') y, un tanto elípticamente, por la Constitución de la Provincia de Tucumán³⁴ (art. 134, inc. 2°).

4. Por vía *jurisprudencial*, pudiendo citarse –ejemplificativamente– los supuestos de:

- *Alemania, Austria, España e Italia*, en los que si bien no existen preceptos específicos en las respectivas Leyes Fundamentales, ha sido importante el despliegue de las correspondientes jurisdicciones constitucionales para controlar las omisiones legislativas *relativas o parciales*; por ejemplo, y en función de las particularidades de cada uno de los sistemas de esos países, es dable verificar la utilización de *remedios unilaterales*, que suponen la reparación inmediata de la omisión por la propia sentencia del Tribunal Constitucional, por ejemplo, las “sentencias interpretativas” y, dentro de éstas, las “ma-

nipulativas” y, más específicamente, las “aditivas”; y de *remedios bilaterales*, que generan la necesidad de colaboración entre el Tribunal Constitucional y el legislador, por caso, las declaraciones de mera incompatibilidad o de inconstitucionalidad sin nulidad, las “sentencias de apelación”, las que declaran que la ley “todavía no es inconstitucional”, el retraso de los efectos de la sentencia para dar tiempo a la intervención del legislador y las “sentencias aditivas de principio” o las “sentencias-delegación”³⁵. Aunque no sea ésta la ocasión más oportuna para ahondar en el tema, permítasenos recordar que –como plantea GONZÁLEZ BEILFUSS– la insuficiencia del paradigma kelseniano del legislador negativo no refleja la función normativa que realizan dichos tribunales tanto en el plano legal como en el constitucional a través de su labor interpretativa, además de que, con frecuencia, los pronunciamientos estimatorios de control de constitucionalidad no se limitan a expulsar del ordenamiento una norma inconstitucional³⁶. En apariencia, tal actitud de las correspondientes jurisdicciones constitucionales denota un intento por superar lo que MODUGNO denomina la ingenua alternativa entre constitucionalidad e inconstitucionalidad³⁷;

- también merece una mención –ya en nuestro contexto iberoamericano y entre otros– la experiencia de *Colombia*, cuya Corte Constitucional va moldeando pretorianamente ciertas pautas referidas a las “omisiones legislativas”, por ejemplo, en las Sentencias N^{os}. C-543/96, C-080/99, C-956/99, C-1.433/2000, C-007/2001, C-1.064/2001, C-185/2002, C-871/2002, C-402/2003; y,

- entre otros tribunales, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, básicamente, en el pronunciamiento de 24 de febrero de 1999 en la causa iniciada por ‘Productos Avon S.A.’, donde receptó la figura del amparo a partir no ya de una

norma local sino de una de fuente internacional, concretamente, el art. 25.1 de la CADH; y, por otra parte, ante la inexistencia de una ley reglamentaria del amparo, salvó lo que –a su entender– constituía una “*omisión legislativa*”, a través de un remedio unilateral –*per se*, y sin intervención del órgano legislativo– y con sustento en el 29, inc. 2º, de su Ley de Organización Judicial N° 821.

6. Consideraciones adicionales en torno del ‘neoconstitucionalismo’ y aproximación a la técnica de la ‘ponderación’ de bienes constitucionales

Retomando algunos conceptos vertidos precedentemente, en el presente sector del trabajo analizaremos con mayor detenimiento algunos perfiles característicos del neoconstitucionalismo y nos acercaremos a la técnica de la ponderación de bienes constitucionales y su relacionamiento con la subsunción en el esquema neoconstitucionalista.

Como punto de partida, resulta muy interesante –y pertinente a los efectos de sustentar la posición que aquí defendemos– el análisis que PRIETO SANCHÍS efectúa en el marco de la tensión constitucionalismo-democracia o judicatura-Parlamento, cuando afirma que la idea de los principios y el método de la ponderación (indisociablemente unidos) representan un riesgo para la supremacía del legislador y, con ello, para la regla de las mayorías que es fundamento de la democracia, riesgo que juzga “inevitable” si quiere mantenerse una versión fuerte de constitucionalismo (neoconstitucionalismo) el que, como modelo de organización jurídico-política pretende representar un perfeccionamiento del Estado de Derecho y si un postulado de éste es el sometimiento de todo el poder al Derecho, tal sometimiento a la Constitución alcanza también al legislador³⁸.

Añade el catedrático glosado que bien cierto es que el neoconstitucionalismo implica también una apertura al “judicialismo” –al menos desde la perspectiva europea–, “de modo que si lo que gana el Estado de Derecho por un lado no lo quiere perder por el otro, esta fórmula política reclama entre otras cosas una depurada teoría de la argumentación capaz de garantizar la racionalidad y de suscitar el consenso en torno a las decisiones judiciales”, sentido que tiene –a criterio del autor citado– la ponderación rectamente entendida³⁹.

Continúa puntualizando que el Estado Constitucional de Derecho parece exigir una nueva teoría del Derecho, el neoconstitucionalismo, cuyos rasgos sobresalientes son⁴⁰:

- Omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria;
- más principios que reglas;
- más ponderación que subsunción;
- omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y,
- por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica alrededor de un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.

En el sentido expuesto, y a modo de rápida aproximación a los componentes relevantes del neoconstitucionalismo condensados por PRIETO SANCHÍS, a continuación efectuaremos una síntesis de la percepción que tal autor exhibe al respecto, complementada también con aportaciones de otros doctrinarios. Concretamente, se examinarán por separado las tres primeras premisas, apareciendo en tal análisis intercaladas algunas referencias a las dos últimas.

1. Omnipresencia de la Constitución

Entiende PRIETO SANCHÍS que la Constitución ofrece un denso contenido material compuesto de valores, principios, derechos fundamentales, directrices a los poderes públicos, etc., por lo que es difícil concebir un problema jurídico medianamente serio que no encuentre alguna orientación –o distintas orientaciones– en el texto constitucional, corporizándose lo que se ha dado en llamar el efecto “impregnación” o “irradiación” de dicho texto constitucional⁴¹.

Luego advierte el autor que no es cierto, ni siquiera en el neoconstitucionalismo, que la ley sea una mera ejecución de dicho texto constitucional, pero sí lo es que éste “impregna” cualquier materia de regulación legal y, así, la solución que tal regulación ofrezca nunca estará por completo exenta de la evaluación judicial a la luz de la Constitución⁴².

En tanto útil para nuestra argumentación, nos parece imprescindible intercalar aquí –con algún detenimiento– una referencia a GUASTINI, quien ha examinado acabadamente el problema de la “constitucionalización del ordenamiento jurídico” –denominación para la que el propio autor reconoce que se ha servido de alguna sugerencia de FAVOREU al respecto⁴³–, concretando interesantes aportaciones para describirlo y entenderlo.

En tal sentido, concibe aquella cuestión como *un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual éste resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales*⁴⁴. Luego amplía el alcance conceptual de tal visión afirmando que *un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (‘pervasiva’, ‘invasiva’ en el texto italiano), capaz de condicionar*

*tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales*⁴⁵.

Para perfilar su posición, el autor italiano advierte que el concepto de “constitucionalización” no es bipolar (verdadero o falso), de forma que un ordenamiento únicamente pueda estar constitucionalizado o no estarlo en absoluto, sin algún punto intermedio⁴⁶.

Luego presenta una lista de siete condiciones que un ordenamiento debe satisfacer para ser considerado como “impregnado” por las normas constitucionales:

- *Una Constitución rígida*: es decir, que sea escrita, que esté protegida o garantizada contra la legislación ‘ordinaria’, en el sentido de que aquella no pueda ser derogada, modificada o abrogada por ésta⁴⁷.

- *La garantía jurisdiccional de la Constitución*: en el particular, considera obvio que la rigidez de la Constitución, aunque esté formalmente establecida, no está asegurada en ausencia de algún control sobre la conformidad de las leyes con aquélla⁴⁸.

- *La fuerza vinculante de la Constitución*: sobre el punto, cataloga como uno de los elementos esenciales del proceso de constitucionalización la difusión en el seno de la cultura jurídica de la idea de que toda norma constitucional –independientemente de su estructura o de su contenido normativo– es una norma genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos⁴⁹.

- *La “sobreinterpretación” de la Constitución*: esta condición depende de la postura de los intérpretes frente a la Constitución, es decir, los jueces (especialmente el Tribunal Constitucional, en caso de que exista); los órganos del Estado en general y, naturalmente, los juristas⁵⁰. Según entiende GUASTINI, se trata de una condición importante de constitucionaliza-

ción, añadiendo que tal sobreinterpretación presupone que la Constitución misma sea entendida como vinculante, por lo que existe un nexo muy estrecho entre ésta y la condición anterior⁵¹.

- *La aplicación directa de las normas constitucionales*: lo depende, por un lado, de la difusión en el seno de la cultura jurídica de cierta concepción de la Constitución; y, por otro, de la actitud de los jueces derivada de la misma⁵². Explica que en el constitucionalismo de nuestros días se tiende a pensar que la función de la Constitución es moldear las relaciones sociales y, por consecuencia, que las normas constitucionales –sobre todo, los principios generales y las normas programáticas– pueden producir efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez en ocasión de cualquier controversia⁵³. Por lo tanto, la idea es que la Constitución deba ser inmediatamente aplicada también en las relaciones entre particulares⁵⁴. Finalmente, señala que esta quinta condición de constitucionalización está estrechamente vinculada tanto a la tercera como a la cuarta, porque la aplicación directa de la Constitución presupone, por un lado, que ésta sea concebida como un conjunto de normas vinculantes para cualquiera; y, por otro, que el texto constitucional sea sometido a interpretación extensiva⁵⁵.

- *La interpretación conforme de las leyes*: dicha premisa se vincula –en la concepción del autor citado– con la técnica de la interpretación, no de la Constitución, sino de la ley⁵⁶. Desarrollando su visión sobre el particular, explica que la interpretación conforme (*Verfassungskonformgesetzauslegung* –en la doctrina alemana–) es, en suma, aquella que adecua, armoniza la ley con la Constitución (previamente interpretada), eligiendo –frente a una doble posibilidad interpretativa– el significado (o sea, la norma) que evite toda contradic-

ción entre la ley y la Constitución, con el objeto de conservar la validez de una ley que, de otra forma, debería ser declarada inconstitucional⁵⁷.

- *La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas*: confiesa el catedrático italiano que se trata de una condición que no es fácil de precisar y que depende de diversos elementos: *el contenido mismo de la Constitución*, pues, por ejemplo, existen Constituciones que establecen que ciertos conflictos puramente políticos –v.gr., conflictos de competencia entre órganos constitucionales– puedan ser resueltos por un órgano jurisdiccional –por ejemplo, el Tribunal Constitucional–, haciendo uso de normas constitucionales); *la postura de los jueces* (sobre todo del Tribunal Constitucional, si éste existe), lo que grafica afirmando que quien juzga la legitimidad constitucional de las leyes puede adoptar una postura de *self-restraint* frente a las *political questions*, respetando la discrecionalidad política del legislador, o, al contrario, incluir en la discusión las decisiones legislativas aun cuando no sean claramente inconstitucionales; y *la postura de los órganos constitucionales y de los actores políticos*, pudiendo en este ámbito las normas constitucionales ser más o menos usadas en la argumentación política para justificar las acciones y decisiones de aquéllos⁵⁸.

De los siete postulados precedentemente especificados, GUASTINI aclara que sólo los dos primeros *son condiciones necesarias de constitucionalización en el sentido de que la constitucionalización no es ni siquiera concebible en su ausencia*; mientras que las restantes son condiciones suficientes de un grado distinto de constitucionalización, al tiempo que asevera que las condiciones tercera, cuarta y quinta están vinculadas entre sí de un modo muy estrecho⁵⁹.

De hecho, y más allá de la primera y segunda premisas que el autor juzga como necesarias para la existencia de la constitucionalización, desde nuestro punto de vista y si asumiéramos como válido el esquema presentado por GUASTINI⁶⁰, deberíamos expresar que a los efectos de asumir y postular la viabilidad del control de las omisiones inconstitucionales, sería imprescindible internalizar la convergencia además de las condiciones tercera, cuarta y quinta, es decir, de la fuerza vinculante de la Constitución, la “sobreinterpretación” de esta última y la aplicación directa de las normas constitucionales.

2. Los principios predominan sobre las reglas

De regreso del recorrido por la argumentación de GUASTINI, y retomando el hilo de la formulación de PRIETO SANCHÍS sobre algunos de los rasgos salientes del neoconstitucionalismo, vemos que éste –apoyándose a su vez en ALEXY–, indica que cuando *dos reglas* se muestran en conflicto ello significa que o bien una de ellas no es válida o bien que una opera como excepción a la otra (criterio de especialidad); mientras que cuando la contradicción se entabla entre *dos principios*, ambos siguen siendo simultáneamente válidos, por más que en el caso concreto y de modo circunstancial triunfe uno sobre otro⁶¹.

Como recuerda RUBIO LLORENTE, al evocar una de las acepciones del término “principio” –con claro tinte *alexiano*⁶²–, a diferencia de la norma de tipo “regla”, el principio no determina el “derecho definitivo” de su titular, sino el derecho *prima facie*⁶³. En la aplicación de la regla, el juez determina definitivamente la existencia o inexistencia del derecho mediante la *subsunción* de los hechos en la norma; mientras que, al aplicar el principio, ha de analizar la validez de las restricciones, por ejemplo, legislativas, que se oponen a la atribución

a título definitivo del derecho que *prima facie* aparecía como tal⁶⁴. El principio lleva a la *ponderación* y a la aplicación inexcusable del criterio de la *proporcionalidad*⁶⁵.

En términos dworkinianos, si bien normas y principios pueden fundamentar una decisión jurídica sobre la existencia de una obligación en determinadas circunstancias, lo hacen de modo diferente: *las normas se aplican o no se aplican* (si se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida), *al tiempo que los principios* (que hacen referencia a la justicia y la equidad, su enunciado no determina las condiciones de su aplicación e informan las normas jurídicas concretas de tal modo que la literalidad de éstas puede ser desatendida por el juez cuando viola un principio que en ese caso específico se considera importante) *dan razones para decidir en un sentido determinado*⁶⁶, o sea –añadimos– conducen a la ponderación.

De ahí que PRIETO SANCHÍS afirme que las Constituciones parecen presentar en mayor medida que las leyes un género de normas –los principios–, que requieren el empleo de ciertas herramientas interpretativas⁶⁷, lo que nos tiende el puente para el tema que abordaremos a continuación.

3. Ponderación y subsunción

A juicio de PRIETO SANCHÍS, ponderar es buscar la mejor decisión (por ejemplo, la mejor sentencia) cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor, lo que sugiere que la ponderación es un método para la resolución de cierto tipo de antinomias o contradicciones normativas; no de todas⁶⁸. Por medio de la ponderación, se formula un “enunciado de preferencia condicionada”, se traza una “jerarquía móvil” o “axiológica”, afirmándose que en el caso concreto debe triunfar una de las razones en pugna, pero sin que ello implique que en otro no deba triunfar la contraria⁶⁹.

Por lo demás, el autor traído en cita expresa que suele decirse que la *ponderación* es el método alternativo a la *subsunción*: las *reglas* serían objeto de ésta, donde, comprobado el encaje del supuesto fáctico, la solución normativa viene impuesta por la regla; mientras que los *principios*, serían objeto de *ponderación*, donde esa solución es construida a partir de razones en pugna⁷⁰.

En torno del tema, advierte que si bien ello es cierto, no le parece que la ponderación constituya una alternativa a la subsunción pues ambas operan en fases distintas de la aplicación del derecho, dado que *antes* de ponderar es preciso de alguna manera *subsumir*, mostrar que el caso individual forma parte del universo de casos en el que resultan relevantes dos principios en pugna; y *después* de ponderar aparece de nuevo la exigencia de *subsunción* porque la ponderación se endereza a la formulación de una regla, de una norma en la que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se elimina o posterga uno de los principios para ceder el paso a otro que, superada la antinomia, opera como una regla y, por tanto, como premisa normativa de una *subsunción*⁷¹.

Es así como –concluye–, la *ponderación* es un paso intermedio entre la declaración de relevancia de dos principios en conflicto para regular *prima facie* un cierto caso y la construcción de una regla para regular *en definitiva* ese caso; de lo que extrae que dado ese carácter de juicio a la luz de las circunstancias del caso concreto, la ponderación constituye una tarea esencialmente judicial, lo que no significa que el legislador no pueda hacerlo sino que la ley, por muy ponderada que resulte, ha de dejar siempre abierta la posibilidad de que el principio que la fundamente pueda ser ponderada por otros principios⁷².

Nos permitimos advertir por nuestra parte que aquella prevención de PRIE-

TO SANCHÍS en cuanto a que negar que la ponderación constituya una alternativa a la subsunción pues ambas operan en fases distintas de la aplicación del derecho, se vincula de algún modo con la advertencia de MORESO en relación con que “*idealmente* el juez constitucional que aplica principios constitucionales opera con un conjunto delimitado de propiedades relevantes que permiten correlacionar de manera unívoca determinados casos genéricos con sus soluciones normativas. La ponderación consiste en la articulación de ese conjunto de propiedades relevantes, en la explicitación de las condiciones de aplicación que previamente eran sólo implícitas. Una vez realizada esta tarea, la aplicación de los principios consiste en la subsunción de casos individuales en casos genéricos. Si la aplicación del Derecho consiste en resolver casos individuales mediante la aplicación de pautas generales, entonces –por razones conceptuales– no hay aplicación del Derecho sin subsunción”⁷³ –bastardilla del original–.

7. Tendiendo puentes entre el neoconstitucionalismo y el control de constitucionalidad sobre las pretericiones contrarias a la Ley Fundamental

Es necesario reiterar aquí que la discusión acerca de las posibilidades de sustentación del control de constitucionalidad sobre las omisiones inconstitucionales entraña un capítulo más de la tensión constitucionalismo-democracia o Tribunal Constitucional (o judicatura)-Parlamento (Poder Legislativo) o de la delicada relación entre legislación y jurisdicción⁷⁴.

Es que como afirma CARRILLO, en Europa (aunque –agregamos por nuestra parte– también con irradiaciones hacia el ámbito iberoamericano), la configuración de la justicia constitucional como mecanismo de defensa de la Constitución, ha

supuesto una notable innovación en la función jurídica y política de la Constitución: desde el punto de vista político, porque no hay duda que la Constitución adquiere progresivamente la condición de norma jurídica exigible ante los poderes públicos y los particulares; y desde la óptica política, porque aquélla ordena el sistema político y los Tribunales Constitucionales se convierten en instrumentos de defensa del ordenamiento constitucional ante el legislador y el resto de los poderes del Estado⁷⁵.

El autor citado en último término agrega que esta evolución institucional ha comportado una cierta “revolución jurídica”, que consiste en que al legislador –depositario de la soberanía popular– le ha surgido un competidor que es la jurisdicción constitucional, dada la potestad puesta a su disposición de expulsar del ordenamiento jurídico una ley aprobada por el Parlamento⁷⁶. Asimismo, señala que pese al carácter traumático que sobre el ordenamiento siempre supone una sentencia estimativa de inconstitucionalidad, “se trata de una situación que en nada vulnera la legitimidad democrática del Estado, puesto que cuando el Tribunal Constitucional ejerce el juicio de constitucionalidad ha de actuar *de acuerdo con la Constitución y no frente a ella*”⁷⁷ –énfasis propio.

Como acertadamente se señalara, el modelo político e institucional se ha transformado profundamente y, con ello, también el sistema jurídico y sus patrones de comprensión, ya que frente al estatismo que confería a la ley el monopolio de la producción jurídica, hoy se incorporan nuevas fuentes supra e infraestatales y, fundamentalmente, la ley ha cedido su sitio privilegiado a favor de una norma cualitativamente distinta, la Constitución⁷⁸. En sintonía con ello, frente a la consideración uniforme de la norma jurídica como regla, en la actualidad se multiplican nuevas es-

structuras normativas: los valores, los principios, las directrices, que reclaman nuevas herramientas interpretativas⁷⁹.

Trazando líneas de contacto entre lo precedentemente expuesto y la problemática de la inconstitucionalidad por omisión, se constata la existencia de una estrecha vinculación entre la verificación y el contralor de la omisión legislativa por el poder judicial o el Tribunal Constitucional (según corresponda) y la labor interpretativa e integrativa del Derecho por éstos, visualizándose que dichas labores de constatación y control de la inactividad legislativa suelen requerir, en función de la naturaleza general, abierta e imprecisa de las normas que sujetan al legislador, un importante esfuerzo interpretativo o integrador del juzgador a fin de establecer la existencia y el alcance de los deberes de legislar e, incluso, suplir el vacío que provoca la inactividad⁸⁰.

No es ocioso resaltar –con GÓMEZ PUENTE– que si bien el control de la inactividad legislativa entraña riesgos de injerencia del juzgador en las funciones político-normativas del legislador, tales riesgos son inherentes a la propia función jurisdiccional, a la actividad de control en sí misma, e independientes del objeto de ese control y, además, están presentes tanto si se trata de controlar un acto, como de hacerlo sobre una omisión legislativa⁸¹.

A su vez, el autor citado en último término explica que el hecho de que ese control adquiera matices propios de la actuación normativa ello es perfectamente comprensible tratándose de reducir una omisión legislativa, y aunque no fuera así, sucedería lo mismo, pues dicho control se dirige contra un poder normativo, ya que no en vano suele reconocerse o reprocharse a los Tribunales Constitucionales la condición de legislador negativo⁸².

En línea con lo afirmado en otros sectores de este trabajo, en el que reitera-

damente hemos reclamado del Poder Judicial o del Tribunal Constitucional, en su caso, una tarea creativa y prudentemente activista para superar o conjurar las omisiones inconstitucionales, GÓMEZ PUENTE indica que resulta difícil negar el carácter esencialmente creativo, integrador o innovador de toda aplicación o interpretación jurídicas, sin que ello signifique invadir las competencias políticas de creación normativa⁸³. Advierte que no todo proceso interpretativo de integración, creación o innovación jurídica-normativa equivale necesariamente a la toma de una decisión de este último carácter⁸⁴.

Antes de pasar al sector que cierra el presente trabajo, conviene evocar que, atinadamente, PRIETO SANCHÍS defiende que el neoconstitucionalismo viene en cierto modo a resolver el dilema entre *Constituciones garantizadas sin contenido normativo* y *Constituciones con un contenido normativo más o menos denso, pero no garantizadas*⁸⁵. En ese sentido, el neoconstitucionalismo apuesta por una conjugación de ambos modelos, lo que puede sintetizarse en la siguiente fórmula: *Constituciones normativas garantizadas*⁸⁶.

Consiguientemente, tales Constituciones contienen normas supremas y con pretensión de eficacia, por lo que, justamente, uno de los instrumentos que cabe reivindicar para asegurar la normatividad y la aplicabilidad de la Constitución se centra en la viabilización del contralor de constitucionalidad sobre las omisiones contrarias a la Ley Fundamental.

Naturalmente, la labor de la judicatura (constitucional u ordinaria) al respecto deberá estar orientada y gobernada por la trascendente pauta de la “razonabilidad”, cuya manera de ser concebida ha cambiado, al pasar –en palabras de ZAGREBELSKY– de *requisito subjetivo del jurista a requisito objetivo del derecho*⁸⁷.

8. Epílogo

Del recorrido panorámico que efectuáramos, podemos extraer las siguientes consideraciones finales, que vienen a unirse a ciertas apreciaciones conclusivas ya intercaladas en varios pasajes de esta contribución:

1. El modelo jurídico-político del “neoconstitucionalismo”, representativo del Estado Constitucional de Derecho, nutre a las Constituciones que, aparecidas fundamentalmente a partir de la segunda mitad del siglo pasado, pretenden recomponer la fractura entre democracia y constitucionalismo.

Justamente, la discusión acerca de las posibilidades de viabilización de la fiscalización de la inconstitucionalidad por omisión configura un pliegue más de la aludida tensión democracia - constitucionalismo.

Como se mantuviera en el presente trabajo, no puede negarse la importante transformación que, respecto del esquema de relaciones entre Parlamento y judicatura, ha propiciado el establecimiento de una Constitución considerada como norma jurídica –por tanto, dotada de fuerza normativa–, impregnada de valores y principios, y presente en todos los espacios jurídicos y en todos los conflictos mínimamente trascendentes.

Así, si el dilema que evoca PRIETO SANCHÍS entre *Constituciones garantizadas sin contenido normativo* y *Constituciones con un contenido normativo más o menos denso pero no garantizadas*, viene en cierta manera resuelto por el neoconstitucionalismo al postular una armonización de ambos modelos traducible en una condensación sintetizadora que arroja como precipitado la fórmula de las *Constituciones normativas garantizadas*⁸⁸, se hace entonces perceptible que en el marco de acción del neoconstitucionalismo el control sobre

las omisiones inconstitucionales se erige como un trascendente vehículo para *asegurar la normatividad suprema y la efectividad*, justamente, de dichas *Constituciones normativas garantizadas*.

2. La violación de la Constitución por omisión no debe permanecer impune porque el propio órgano legisferante renuente deje de instrumentar los remedios procesales para atacar a la inconstitucionalidad omisiva; caso contrario, el antídoto contra ese tipo de inconstitucionalidad dependería de la voluntad del mismo sujeto violador; por tanto, es al Poder Judicial al que le corresponde diseñar tales vías procesales si el legislador común no lo hace⁸⁹.

Consistente con ello, el magistrado judicial deberá *–inter alia–*: proporcionar para el caso concreto el contenido mínimo de un derecho receptado en la Constitución y no desarrollado normativamente; efectuar recomendaciones al legislador; emitir sentencias aditivas si el órgano legisferante ha incurrido en omisión inconstitucional relativa o parcial, provocando una desigualdad verificable al conceder a unos lo que *–en igualdad de circunstancias–* detrae a otros. En todo caso, se impone la delimitación de herramientas procesales (ya propias del modelo *unilateral*; ya del *bilateral o multilateral*) adecuadas a las pautas fisonómicas del sistema jurídico de que se trate, pero siempre haciendo gala, desde la jurisdicción (ordinaria o constitucional), de una interpretación dinámica y evolutiva del texto y el espíritu constitucionales.

Obviamente, no por ello favoreceremos que el juez se filtre ‘invasivamente’ en órbitas regidas por el margen de discrecionalidad política del legislador (o, como la denomina el Tribunal Constitucional alemán: “libertad de configuración” del legislador); sin embargo, y en todo caso, tampoco resulta lícito (y, sobre todo, legítimo) que se obture la actuación judicial si el ór-

gano legisferante margina arbitrariamente la vigencia de la supremacía constitucional al omitir *sine die* el cumplimiento de las imposiciones que le fueran dirigidas por la propia Ley Fundamental o, ya en tarea de desarrollo constitucional, excluya injustificada y discriminatoriamente a algunos de lo que concede a otros en igualdad de circunstancias.

3. No ignoramos que el fenómeno del neoconstitucionalismo no está definitivamente consolidado y que algunas de sus características particulares, como la de su impronta judicialista, en ciertos sectores origina desconfianzas y reacciones desfavorables.

Al respecto, no deja de ser conveniente apelar a la prudencia y al mesurado equilibrio de los valores convergentes en la cuestión, pues *–como puntualiza CASAL–* la articulación de un sistema eficiente de protección de la Constitución ante las omisiones legislativas, que a la vez sea respetuoso del reparto constitucional de las funciones públicas y del principio democrático, exige de los jueces [y magistrados constitucionales] firmeza en el aseguramiento de la fuerza normativa de la Constitución, así como conciencia de los límites de sus poderes y una prudente aplicación de los mismos⁹⁰.

Como *mutatis mutandi* refiere NINO *–uno de los principales cultores del neoconstitucionalismo^{91–}*, la ‘independencia’ judicial en el ejercicio del control de constitucionalidad no quiere decir aislamiento del proceso político democrático, sino contar con fuerza independiente para intervenir en él, en una interacción discursiva, de modo de maximizar su valor epistémico y su operatividad⁹². Asimismo, añade que el carácter no necesariamente definitorio pero sí de estímulo y de participación en el debate democrático que pueden tener los jueces, *se facilitaría si se admitieran*

*remedios como el pedido de informes a comisiones parlamentarias para que justifiquen la omisión de legislar sobre ciertas cuestiones*⁹³ —énfasis agregado.

En conexión con el necesario involucramiento de los jueces o del Tribunal Constitucional —según corresponda— en el debate democrático, del examen de las experiencias normativas (constitucionales o subconstitucionales) y jurisprudenciales en Iberoamérica, se aprecia un creciente interés por institucionalizar o hacer aplicables en la práctica, aun pretorianamente, diversos mecanismos para superar o corregir las omisiones inconstitucionales.

Al menos, pareciera consolidarse una tendencia de apertura del debate en cuyo interior discurre la convicción (al menos, la percepción) en punto a que la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión *tiene algo que decir y aportar* en pro de la fluidez del tránsito de la supremacía constitucional, la vigencia (real y no sólo declamada) de los derechos y la consolidación del Estado Constitucional de Derecho.

A su tiempo, la observación de la praxis jurisprudencial de los Tribunales Constitucionales de Alemania, Austria, España e Italia, y pese a que en los respectivos ordenamientos constitucionales de tales países no existen expresas disposiciones acerca de la inconstitucionalidad por omisión, se verifica una importante actividad para controlar las omisiones legislativas relativas por medio del empleo *remedios unilaterales y bilaterales o multilaterales*.

Al examinar el nutrido repertorio de opciones sentenciales que en la práctica jurisdiccional comparada se viene diseñando, queda en evidencia la necesidad de buscar nuevas respuestas ante la insuficiencia del modelo del legislador negativo y la disfuncionalidad del binomio inconstitucionalidad-nulidad para hacer frente a las discriminaciones normativas, evitan-

do la expulsión inmediata de la norma en cuestión⁹⁴.

En línea convergente, el déficit de aquel paradigma se hace también ostensible al no reflejar la *función normativa* que llevan a cabo los Tribunales Constitucionales en los ámbitos legal y constitucional mediante su labor hermenéutica.

4. Sea cual fuera el órgano competente para conjurar las omisiones inconstitucionales (v.gr., cualquier juez o un Tribunal Constitucional), la labor que se realice en tal sentido exigirá dosis suficientes de prudencia y rigurosidad para sortear el riesgo de deslizarse hacia una banalización de las declaraciones de inconstitucionalidad al influjo de la irreflexividad o el apresuramiento.

Así, la tarea que conduzca a determinar si se presentan o no los recaudos configurativos de la inconstitucionalidad por omisión no debería obviar un análisis serio y responsable de los distintos factores en juego: normatividad y supremacía constitucionales; connotaciones axiológicas del derecho alegado o de la situación jurídica contraria a la Constitución que la omisión origina; período de tiempo por el que viene manteniéndose la inercia del órgano cuestionado; radio de acción (o de inacción) del legislador o de la autoridad pública comprometida; abanico de posibilidades al alcance de la judicatura para implementar una solución material y financieramente sustentable; y, entre otros, el deber de ejercer cabalmente el control de constitucionalidad.

La interacción de tales elementos requerirá del magistrado en cada caso un ejercicio de ponderación (sin olvidar combinarlo con alguna dosis de subsunción) para diseñar una solución equilibrada que ni abra las puertas a una inapropiada invasión jurisdiccional en sectores competenciales propios de otros poderes del Estado,

ni imposibilite la actuación judicial o del Tribunal Constitucional si el órgano público competente relega irrazonablemente la vigencia de la primacía constitucional al omitir *sine die* el cumplimiento de las imposiciones que le dirigiera la propia Norma Superior o, ya en tarea de desarrollo constitucional, excluya discriminatoria e ilegítimamente a algunos de lo que concede a otros en similitud de circunstancias.

5. Como parte sustancial del mensaje subyacente en este trabajo milita una premisa que en reiteradas ocasiones se declara desde el registro discursivo y en no pocas se incumple en el plano de la realidad, pero que –creemos– debe defenderse, reivindicarse e intentar que alcance encarnadura en la dimensión fáctica: *la Constitución no es poesía o mera retórica, sino por el contrario, contenido normativo con vocación de operatividad.*

Como enseña BIDART CAMPOS, la Constitución se ha *juridizado*, es “derecho de la Constitución”, es decir que se ha superado la idea de Constitución preponderantemente como un plan o proyecto político sin fuerza o vigor normativos⁹⁵. Por el contrario, al cambiar el enfoque y adjudicar a aquélla tal fuerza o vigor, se ha reforzado la tradicional doctrina de la *supremacía constitucional*, porque se le asigna aplicación directa como norma jurídica de base (o de vértice)⁹⁶. Ello implica que el contenido de la Constitución *se ha sustancializado* mediante el denso bloque axiológico que aglutina *valores, principios y derechos*, en un sistema axiológico que tiene como centro a la *persona humana*, por lo que la Constitución ya no admite ser visualizada desde el poder, sino desde la persona, de modo que su eje no es la organización del poder sino el *núcleo material de valores, principios y derechos* que asignan a la misma Constitución una unidad de orden y de sentido⁹⁷.

Y aunque no pueda dejar de reconocerse que explorar la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión supone internarse en espacios *incómodos* del control de constitucionalidad, pues conecta con intrincados problemas como los de la *eficacia y la aplicabilidad de las normas constitucionales* y toca puntos hipersensibles al procurar corregir inercias de las autoridades competentes que pueden sentirse *acosadas o invadidas* en ámbitos que entienden de su exclusiva discrecionalidad y por tanto creerse *limitadas antidemocráticamente*, el esfuerzo bien vale la pena.

Es que, justamente, el control sobre las omisiones inconstitucionales supone un mecanismo no desdeñable para sumar en el intento de *coadyuvar* al acercamiento de los extremos de la brecha erigida entre el exceso normológico y la inconsistencia pragmática a la que a veces se somete a la Ley Fundamental; *plasmarse* sin retaceos la voluntad del constituyente; *acortar* el camino entre la Constitución y sus destinatarios; *generar* un sentimiento constitucional que permita a éstos identificarse con los preceptos de la Norma Básica, su carga ideológica y su textura axiológica, al comprobar que las disposiciones de aquélla son cumplidas y cumplibles; y, finalmente, *vivenciar* que la Constitución *es para todos* y el Derecho no es sino un *instrumento de justicia*

6. En conexión con lo anterior, y como acertadamente se afirmara, la realización del derecho al cumplimiento de la Constitución envuelve a todos los protagonistas sociales, lo que torna cada vez más viva la creencia de que la formación de una sociedad democrática presupone la capacidad ciudadana que propicia la concretización del derecho a tener derechos⁹⁸.

Desde ese punto de mira, todo mecanismo que –como el encaminado a censurar y corregir las omisiones inconstitucionales

les— tienda a viabilizar la exigibilidad de los derechos y garantías deparados *ex Constitutione* o por vía de los tratados internacionales sobre derechos humanos⁹⁹, aun ante la falta de desarrollo legal de los mismos o la insuficiente o deficitaria reglamentación a su respecto, debe ser bienvenido.

NOTAS

¹COMANDUCCI, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, trad. de Miguel Carbonell, en CARBONELL, Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta - Universidad Nacional Autónoma de México, Madrid, 2003, p. 75.

² Ídem.

³ BARBERIS, Mauro, “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, trad. de Santiago Sastre Ariza, *op. cit. [Neoconstitucionalismo(s)]*, pp. 259/260.

⁴ *Ibid.*, p. 260.

⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis, voz “Neoconstitucionalismo”, en CARBONELL, Miguel (coordinador), *Diccionario de derecho constitucional*, Porrúa - Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2002, p. 420.

⁶ Por ejemplo, en un primer momento, las de Italia (1947) y Alemania (1949) y, más tarde, las de Portugal (1976) y España (1978).

⁷ SASTRE ARIZA, Santiago, “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”, *op. cit. [Neoconstitucionalismo(s)]*, p. 239.

⁸ FIORAVANTI, M., *Constitución. De la antigüedad a nuestros días [1999]*, trad. de M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2001, p. 163; cit. por SASTRE ARIZA, Santiago, ídem nota anterior.

⁹ Se ha advertido que es difícil analizar en abstracto la relación existente entre el constitucionalismo y la democracia pues algunas constituciones pueden promover a esta última y otras, subvertirla, por lo que la tarea en el futuro consistirá en descubrir concepciones apropiadas de democracia y disposiciones constitucionales que las apoyen en lugar de socavarlas (SUNSTEIN, Cass R., “Constituciones y democracias: epílogo”, trad. de Mónica Utrilla de Neira, en ELSTER, Jon, SLAGSTAD, Rune y colab., *Constitucionalismo y democracia*, Colegio Nacional

de Ciencias Políticas y Administración Pública, A.C., Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1999, p. 368).

¹⁰ ELSTER, Jon, en la “Introducción” a la obra citada en la nota anterior, p. 33.

¹¹ *Ibid.*, p. 34.

¹² *Ibid.*, p. 36.

¹³ Ídem.

¹⁴ Hemos seguido la explicación que se formula en la “Presentación” de los materiales de enseñanza del Curso de Posgrado: “Constitucionalismo y Democracia. Nuevos paradigmas de la Teoría del Derecho”, bajo la dirección de PRIETO SANCHÍS, Luis, Universidad de Castilla - La Mancha, Toledo, 2002.

¹⁵ Ídem.

¹⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 121.

¹⁷ DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 5ª reimpr., Ariel, Barcelona, 1997, pp. 17/18.

¹⁸ *Ibid.*, p. 18.

¹⁹ SAGÜÉS, Néstor P., en el Prólogo al libro de BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, Ábaco, Buenos Aires, 1992, pp. 13/14.

²⁰ Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, “Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico”, *Doxa*, N° 23, 2000, Alicante, p. 180.

²¹ *Ibid.*, pp. 178/180 y nota a pie de página 56.

²² BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho Constitucional*, trad. de Pablo Lucas Verdú, Colección de Ciencias Sociales, N° 48, Tecnos, Madrid, 1965, p. 269.

²³ Sobre la problemática de la inconstitucionalidad por omisión, pueden consultarse —entre otros— los siguientes trabajos de BAZÁN, Víctor, “Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva”, en el libro colectivo coordinado por el mismo autor, *Desafíos del control de constitucionalidad*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pp. 171/269; “Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina”, en la obra colectiva bajo la coordinación de dicho autor, *Inconstitucionalidad por omisión*, Temis, Bogotá, 1997, pp. 41/108; “Entre las omisiones inconstitucionales de las autoridades públicas y la necesaria justiciabilidad de los derechos”, *Revista de Derecho Constitucional*, N° 3, julio-

diciembre 2000, Sherwood, Caracas, 2001, pp. 15/44.

²⁴ VILLAYERDE MENÉNDEZ, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, M^cGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 3.

²⁵ WESSEL, W., “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde”, *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, cuad. 6, 1952, p. 164.

²⁶ El art. 75, inc. 22, párr. 2^o, de la Constitución argentina –de acuerdo con la reforma de 1994– elabora la siguiente nómina de instrumentos internacionales sobre derechos humanos a los que ha acordado jerarquía constitucional: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño.

A tal registro originario (que en total suma once documentos) se han añadido *ex post*, con idéntica alcurnia, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (a la que se ha deparado tal calidad por medio de la Ley N^o 24.820, publicada el 29 de mayo de 1997) y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (instrumento al que se le ha conferido esa valía mediante la Ley N^o 25.778, publicada el 3 de setiembre de 2003).

²⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado. El caso español*, Civitas, Madrid, 1998, p. 116.

²⁸ Paráfrasis de la afirmación de GORLA, G., en el libro colectivo dirigido por CASSESE, S., *Guida alla Facoltà di Giurisprudenza*, 3^a ed., Bolonia, 1984, pp. 91/92; citado por CASCAJO CASTRO, José L. y GARCÍA ÁLVAREZ, Manuel B., en el Estudio introductorio a la obra *Consti-*

tuciones extranjeras contemporáneas, 3^a ed., Tecnos, Madrid, 1994, p. 12.

²⁹ Se trata de una nómina meramente enunciativa. Ver para ampliar, BAZÁN, Víctor, “Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de derecho comparado”, en CARBONELL, Miguel (coordinador), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2003, pp. 91/286.

³⁰ Ver al respecto, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el Siglo XXI*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 160.

³¹ Tal Reglamento establece la composición y la competencia de los órganos del Supremo Tribunal Federal y regula el proceso y el juzgamiento de los hechos que le son atribuidos por la Constitución de la República (cfr. art. 1).

En la Parte II: ‘Del Proceso’, Título VI: ‘De la declaración de inconstitucionalidad y de la interpretación de la ley’, Capítulo I: ‘De la declaración de inconstitucionalidad de ley o acto normativo’, se despliegan los arts. 169 a 178 referidos específicamente a la declaración de inconstitucionalidad de ley o acto normativo, de cuyo contenido sólo cabe tomar en consideración específica –a los fines de este trabajo– aquel que resulte compatible con el control respecto de la inconstitucionalidad por omisión.

³² Entre otros aspectos, es útil destacar que la Ley N^o 9.868, en su Capítulo V: ‘De las disposiciones generales y finales’ y específicamente por medio del art. 30, añade mayor contenido al art. 8 de la Ley N^o 8.185, de 14 de mayo de 1991, que regula la organización judicial en el Distrito Federal y los Territorios.

En lo que aquí interesa, concretamente el art. 8, § 4^o, II, de esta última normativa, pasa a disponer que: “II - Declarada la *inconstitucionalidad por omisión* de medida para tornar efectiva una norma de la Ley Orgánica del Distrito Federal, la decisión será comunicada al Poder competente para la adopción de las providencias necesarias, y, tratándose de órgano administrativo, para que lo haga en treinta días” –énfasis agregado–.

³³ Cítar. HAMMES, Elia Denise, “Ação direta de inconstitucionalidade por omissão no Brasil: a dupla face do sentido da omissão”, *Revista Di-*

reito, N° 16, julio/diciembre de 2001, Editora da UNISC, Santa Cruz do Sul, 2001, p. 44.

³⁴ Aunque justo es indicar que existe el firme propósito del actual gobierno local de modificar la Constitución tucumana, entre cuyas innovaciones se plantea la necesidad de derogar la figura del Tribunal Constitucional (que por cierto nunca fue implementado), cayendo también con ello la previsión constitucional que atribuye competencia a tal órgano para ejercer control de constitucionalidad en un caso *sui generis* de inconstitucionalidad por omisión.

Concretamente, nos referimos al art. 134, inc. 2°, de dicha Constitución, que le acuerda la atribución de “entender en la acción que deduzca el Poder Ejecutivo contra el Poder Legislativo, o un Departamento Ejecutivo contra el Concejo Deliberante, por demora en pronunciarse sobre proyectos de leyes u ordenanzas que aquéllos hubieren presentado. El Tribunal, apreciando las circunstancias, fijará un plazo para que se expidan, vencido el cual sin que ello se hubiera producido, podrá autorizar al accionante para la directa promulgación, total o parcial, de la norma de que se tratare”.

³⁵ Cfr. DÍAZ REVORIO, Francisco J., “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 61, Año 21, enero-abril 2001, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 85/86.

³⁶ GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 12/13.

³⁷ MODUGNO, Franco, “Corte Costituzionale e potere legislativo”, en AA.VV., *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, 1982, p. 48; aludido por GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *loc. cit.* en nota anterior, p. 15.

³⁸ PRIETO SANCHÍS, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, *op. cit.*, [*Neoconstitucionalismo(s)*], p. 157.

³⁹ Ídem.

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 131/132.

⁴¹ *Ibid.*, p. 132.

⁴² *Ibid.*, p. 133.

⁴³ GUASTINI, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, trad. de José María Lujambio, *Estudios de teo-*

ría constitucional, 1ª reimpr., Doctrina Jurídica Contemporánea, Fontamara, México, D.F., 2003, p. 153.

⁴⁴ Ídem.

⁴⁵ Ídem.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 154.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 155.

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 155/156.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 158.

⁵⁰ Ídem.

⁵¹ *Ibid.*, p. 160.

⁵² Ídem.

⁵³ *Ibid.*, p. 161.

⁵⁴ Ídem.

Añadimos por nuestra parte que tal cuestión nos pone en contacto con la compleja temática de la *Drittwirkung* o eficacia horizontal de los derechos y las garantías constitucionales. Desde nuestro punto de vista, y más allá de vincular a las autoridades públicas, aquéllos también ostentan vigor y producen efectos en las relaciones entre particulares. En otras palabras, cabe expedirse por la procedencia del “efecto horizontal” de los derechos y garantías o los “efectos para terceros” de éstos.

Obviamente, un análisis exhaustivo del problema nos alejaría del propósito del presente trabajo, por lo que, en orden a profundizar respecto del mismo, remitimos –por todos– a los siguientes autores: DE VEGA, Pedro, “Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (El caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)”, en PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (coordinador), *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 265/280; BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997; y FERRERES COMELLA, Víctor, “La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares”, en AA.VV., *Los derechos fundamentales*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política 2001, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, pp. 41/52.

⁵⁵ GUASTINI, Riccardo, *op. cit.*, p. 161.

⁵⁶ Ídem.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 162.

⁵⁸ *Ibid.*, pp. 163/164.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 154.

⁶⁰ Pese a haberse recreado en el texto el esquema que ofrece GUASTINI con enfoque específico en Italia, es claro que el movimiento de la constitucionalización no es patrimonio exclusivo del sistema italiano, sino que se visualiza con mayor o menor magnitud en distintas latitudes jurídicas.

Así, como puntualiza BARBERIS, alcanza también a todas las grandes democracias occidentales, con la única y parcial excepción de Inglaterra. Al respecto, afirma que es conocido el papel central desempeñado por la Suprema Corte de Justicia en el sistema jurídico-político estadounidense: papel que explica –siempre en la visión del autor citado– por qué las tesis del jurista DWORKIN como las del filósofo RAWLS se resuelven cada vez más en argumentos que se dirigen a los tribunales. Añade luego que es igualmente conocido el activismo del Tribunal Constitucional alemán, “que desde finales de los años cincuenta no pierde ocasión de lamentar ‘el estrecho positivismo legalista’ y/o un ‘positivismo legalista de carácter neutral hace tiempo superado’; incluso el Consejo Constitucional francés, en la patria del ‘positivismo legalista’, ha asumido un papel bastante importante a la hora de promover el debate sobre la *constitutionnalisation* del Derecho francés” (BARBERIS, Mauro, *op. cit. [Neoconstitucionalismo(s)]*, p. 262).

⁶¹ PRIETO SANCHÍS, Luis, *op. cit.* [“Neoconstitucionalismo y...” en *Neoconstitucionalismo(s)*], p. 135, donde a su vez se basa –según su cita– en ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 81 y ss.

⁶² Ver ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, 2ª reimpr., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 81 y ss.

⁶³ RUBIO LLORENTE, Francisco, en el Prólogo a la obra de su autoría (con colaboradores), *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*, Ariel, Barcelona, 1995, p. XV.

⁶⁴ Ídem.

⁶⁵ Ídem.

⁶⁶ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, 1ª ed., 4ª reimpr., Ariel, Barcelona, 1999, pp. 72 y ss. Asimismo,

es recomendable consultar el interesante prólogo de CALSAMIGLIA, Albert, que, bajo el título “Ensayo sobre Dworkin”, presenta la obra (*vid.*, en concreto, pp. 9/10).

Debe quedar en claro que, además de las ‘normas’ y los ‘principios’, DWORKIN hace referencia a las ‘directrices’ que aluden a objetivos sociales que se deben alcanzar y que se consideran socialmente beneficiosos (*ibid.*, p. 72).

Sea como fuera, parece que dicho autor formula una primera distinción entre ‘normas’ y ‘principios’, utilizando en la mayoría de los casos –como se encarga de advertir– el término ‘principio’ en sentido genérico, para referirse a todo el conjunto de los estándares que no son normas; aunque, también aclara que, en ocasiones, será “más exacto” y distinguirá entre ‘principios’ y ‘directrices políticas’ –o ‘*policies*’, en la versión en inglés– (ídem, texto y nota a pie de página).

⁶⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis, *op. cit.* [“Neoconstitucionalismo y...” en *Neoconstitucionalismo(s)*], p. 136.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 137.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 142.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 144.

⁷¹ *Ibid.*, pp. 144/145.

⁷² *Ibid.*, pp. 145/146.

⁷³ MORESO, Juan José, “Conflictos entre principios constitucionales”, *op. cit. [Neoconstitucionalismo(s)]*, p. 121. Precisamente, MORESO advierte en las líneas iniciales de su trabajo que uno de los objetivos que pretende es presentar más precisamente la idea de ponderación, frente al argumento que a veces se formula acerca de que, cuando se trata de la aplicación de los principios constitucionales (en especial de principios que establecen derechos), la operación de la subsunción no es adecuada y debe sustituirse por otra operación denominada ponderación (*op. cit.*, p. 100).

⁷⁴ Tomamos esta última apreciación (“lo delicado de la relación entre jurisdicción y legislación”) de ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil [Ley, derechos, justicia]*, trad. de Marina Gascón, 3ª ed., Trotta, Madrid, 1999, p. 152.

⁷⁵ CARRILLO, Marc, “La Jurisdicción Constitucional en Europa: las funciones del Tribunal Constitucional Español y las hipotecas del caso chileno”, en MORODO, Raúl y DE VEGA, Pedro (directores), *Estudios de Teoría del Estado y*

Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú, Tº II, Universidad Nacional Autónoma de México (Instituto de Investigaciones Jurídicas) y Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, p. 1472.

⁷⁶ Ídem.

⁷⁷ Ídem.

⁷⁸ Cfr. *loc. cit.* en nota 14 (“Presentación”).

⁷⁹ Ídem.

⁸⁰ GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 270.

⁸¹ Ídem.

⁸² Ídem.

⁸³ Ídem.

⁸⁴ Ídem.

⁸⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis, *op. cit.* [voz “Neoconstitucionalismo”, en *Diccionario...*], p. 421.

⁸⁶ Ídem.

⁸⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo, *op. cit.*, p. 147.

Previo a tan clara sentencia, el citado jurista italiano menciona que “[l]a problemática coexistencia entre los distintos aspectos que constituyen el derecho (derechos, justicia, ley) y la adecuación entre casos y reglas son cuestiones que exigen una particular actitud espiritual por parte de quien opera jurídicamente. A esta actitud, que guarda una estrecha relación con el carácter práctico del derecho, se le denomina ‘razonabilidad’ y alude a la necesidad de un espíritu de ‘adaptación’ de alguien respecto a algo o a algún otro, con el fin de evitar conflictos mediante la adopción de soluciones que satisfagan a todos en el mayor grado que las circunstancias permitan. ‘Razonable’, también en el lenguaje común (‘sé razonable’), es quien se da cuenta de lo necesario que es para la coexistencia llegar a ‘composiciones’ en las que haya espacio no sólo para una, sino para muchas ‘razones’. Se trata, pues, no del absolutismo de una sola razón y tampoco del relativismo de las distintas razones (una u otra, iguales son), sino del pluralismo (unas y otras a la vez, en la medida en que sea posible)” [ídem].

⁸⁸ PRIETO SANCHÍS, Luis, *op. cit.* [voz “Neoconstitucionalismo”, en *Diccionario...*], p. 421.

⁸⁹ SAGUÉS, Néstor P., “Instrumentos de la Justicia Constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión”, en VEGA GÓMEZ, Juan y CORZO SOSA, Edgar (coordinadores), ‘Instrumentos

de tutela y justicia constitucional’, *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (México, D.F., 12 al 15 de febrero de 2002), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2002, p. 619.

⁹⁰ CASAL H., Jesús M., “La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas”, *Revista de Derecho Constitucional*, Nº 4, enero-julio de 2001, Sherwood, Caracas, p. 186.

⁹¹ Tal autor aborda la cuestión relativa a las relaciones entre constitucionalismo y democracia en su libro póstumo *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University Press, New Haven/London, 1996, cuya versión en español responde a las siguientes especificaciones: *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997.

⁹² NINO, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 705.

⁹³ Ídem.

⁹⁴ GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *op. cit.*, *passim*.

⁹⁵ BIDART CAMPOS, Germán J., “La positivización de la axiología constitucional (Para una teoría de la Constitución en el Estado Social y Democrático de Derecho)”, en MORODO, Raúl y DE VEGA, Pedro (directores), *op. cit.* nota 75, p. 729.

⁹⁶ Ídem.

⁹⁷ Ídem.

⁹⁸ Cfr. PIOVESAN, Flávia, *Proteção judicial contra omissões legislativas. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*, 2ª ed. revista, atualiz. e ampl., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, p. 198.

⁹⁹ Ilustrativamente y con respecto al caso argentino, conviene recordar que es innegable el fuerte impacto que, al menos desde la dimensión normativa, ha producido la reforma constitucional de 1994 en el contexto de los derechos humanos.

Como algunas señales claras en tal sentido, y sin ánimo de taxatividad, pueden computarse: la ampliación del plafón de derechos explícitos; la literalización de los procesos constitucionales de amparo, hábeas corpus y hábeas data; el diseño de un nuevo paradigma del principio de igualdad, caracterizado por la exigencia de

complementación de la *igualdad formal* con la *igualdad material*, debiendo esta última asegurarse a través de acciones positivas; y la adjudicación de jerarquía constitucional a diversos instrumentos internacionales en la órbita de los derechos humanos (ver nota 26 a pie de página). Este último factor (atribución de valencia constitucional a los instrumentos internacionales sobre la materia mencionada) a su vez ha generado no pocos, tampoco insignificantes, efectos directos y colaterales, entre los cuales pueden mencionarse, en lista no exhaustiva: la amplificación cuantitativa y cualitativa del repertorio de derechos implícitos y explícitos; la instauración del principio *pro homine* o *favor libertatis*, con los criterios hermenéuticos que vienen por añadidura: interpretación de buena fe, *pacta sunt servanda* y los atinentes al objeto y el fin de los tratados; la vigorización de la pauta que determina la imposibilidad de alegar la existencia o inexistencia de normas de derecho interno para dejar de acatar los compromisos internacionales; la ineludible responsabili-

dad internacional en caso de incumplimiento de éstos; y el hecho incontrastable de que el plexo de instrumentos internacionales con jerarquía constitucional viene a conformar con el texto y al espíritu constitucionales un remozado parámetro de control de constitucionalidad.

Siendo así, ya poco espacio queda para consentir violaciones a los derechos humanos reconocidos constitucionalmente o en los tratados internacionales con valencia homóloga a la Ley Fundamental sea que aquéllas provengan de acciones o *de omisiones* contrarias a ellos, pues ello supondría tolerar conscientemente una concreta agresión a la supremacía que Constitución y tratados ostentan en condición de igualdad.

Otras consideraciones sobre el particular pueden verse en BAZÁN, Víctor, por ejemplo en, "Impacto de la reforma constitucional en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales", *Jurisprudencia Argentina*, Número Especial 'A 10 años de la reforma constitucional', LexisNexis, Buenos Aires, 25 de agosto de 2004, pp. 12/29.

PARA COMPREENDER O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO NA TEORIA
CONSTITUCIONALISTA DO DIREITO: APONTAMENTOS A
PARTIR DE THEODOR VIEHWEG
UNDERSTANDING THE FUNCTION OF THE CONSTITUTION IN THE
CONSTITUTIONALIST THEORY OF RIGHT: NOTES FROM THE THEODOR
VIEHWEG

CLAUDIA ROSANE ROESLER*

Recebido para publicação em setembro de 2005

Resumo: O presente artigo explora os conceitos de teoria de base, dogmática jurídica e Filosofia do Direito, tal como propostos por Theodor Viehweg, com o intuito de esclarecer o papel da Constituição na teoria contemporânea do Direito, de viés constitucionalista. Analisa brevemente a passagem de um Estado Liberal Legislativo ao Estado de Bem-Estar Social Constitucional e aponta nesse processo a crescente importância que a Constituição adquire enquanto mecanismo político e jurídico de unificação das expectativas sociais e políticas da Sociedade contemporânea pluralista. Apresenta os conceitos de teoria de base, dogmática jurídica e Filosofia do Direito tal como propostos por Viehweg e em seguida os relaciona com a descrição do funcionamento do Estado Constitucional. Evidencia, assim, que a realidade do Estado Constitucional e a teoria constitucionalista do Direito adaptam-se bem ao que Theodor Viehweg apontou nos conceitos antes mencionados. A Constituição desempenha o papel da teoria de base e enquanto tal é objeto da análise de uma dogmática jurídica constitucionalista. Teoria de base e dogmática jurídica constitucionalista são, por seu turno, submetidas ao constante crivo reflexivo da Teoria Constitucionalista do Direito, que assume o papel dado pelo autor à Filosofia do Direito, funcionando em um primeiro momento como produtora, de modo indireto, do próprio conteúdo da teoria de base e da dogmática jurídica constitucionalista, e em um segundo momento como sua constante revisora.

Palavras-chave: Teoria constitucionalista do Direito. Pluralismo valorativo. Interpretação constitucional. Argumentação jurídica. Estado Constitucional. Estado Legislativo. Theodor Viehweg.

Abstract: This article explores the concepts of basis theory, legal dogmatics and Philosophy of Law as proposed by Theodor Viehweg. Our main purpose is to explain the role played by the Constitution in contemporary Law theory. It briefly analyzes the transformation of the State from a Liberal and Legislative model to a Welfare and Constitutional model and we demonstrate that in this process the Constitution took a very important place as a juridical and political mechanism to unify the expectations from a pluralistic contemporary Society. We discuss the concepts of basis theory, legal dogmatics and Philosophy of Law as proposed by Theodor Viehweg and connect them to our description of how a Constitutional State works to demonstrate that the reality of a Constitutional State fits well with Viehweg's concepts. The Constitution could be understood as basis theory and a research object for a legal dogmatics and both are reviewed by Philosophy of Law, which is indirectly responsible for its content and also works, at a later moment, as its reviewer.

Key Words: Law theory. Constitution. Liberal State. Welfare State. Theodor Viehweg. Juridical argumentation. Constitutional interpretation.

* Professora dos cursos de graduação em Direito e de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Doutora em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.

1. Considerações iniciais

1.1 Os propósitos e o percurso da análise

Se for possível fazermos alguma generalização sobre o Direito e sobre o conhecimento jurídico contemporâneos, sem dúvida que a centralidade da Constituição no sistema jurídico dos Estados ocidentais é uma delas. Essa percepção faz, inclusive, que chamemos a teoria jurídica contemporânea de uma *teoria constitucionalista*, não porque ela tenha se transformado em uma teoria do Direito Constitucional, mas porque em suas reflexões a Constituição ocupa um lugar de grande importância. Há quem prefira, nesse sentido, substituir a expressão *pós-positivismo*, cunhada também há pouco para dar conta do novo perfil da teoria jurídica, pela já mencionada *teoria constitucionalista*.¹

O presente artigo procura fornecer alguns subsídios, a partir dos conceitos elaborados por Theodor Viehweg, para que se compreenda o papel desempenhado pela Constituição na teoria constitucionalista do Direito, evidenciando a sua função de limite dogmático para as interpretações e argumentações no interior dos ordenamentos jurídicos. Essa noção de limite, conforme bem salienta Manuel Atienza, não se prende mais e apenas aos conceitos de validade formal pela congruência entre a norma infraconstitucional e a norma constitucional, mas incorpora uma visão de conteúdo da Constituição.

Entendemos, e procuraremos evidenciar os fundamentos desse entendimento ao leitor, que o conceito de teoria de base, desenvolvido por Viehweg e pouco explorado na literatura brasileira, pode ser útil para elucidar a situação teórica e prática da Constituição. A maneira como referido autor trata a questão fornece, ademais, uma boa explicação sobre a articulação entre a teoria de base e as análises que a ela se di-

rigem, consideradas por ele como uma teoria da argumentação jurídica. Essa segunda dimensão nos auxilia a compreender como e por que a teoria contemporânea do Direito pode ser considerada em larga medida uma teoria da argumentação jurídica, uma segunda generalização que também encontra respaldo na experiência prática e teórica dos juristas que se debruçam sobre os problemas jurídicos atuais.

O percurso de nossa análise será, portanto, o seguinte: ainda a título de considerações iniciais, apresentamos ao leitor algumas informações básicas sobre Theodor Viehweg. Em seguida, em item próprio, abordamos, ainda que sucintamente, a noção de um Estado Constitucional que sucede historicamente um Estado Legislativo e a presença da argumentação jurídica nessa passagem. Em continuidade dedicamos um item à apresentação da construção teórica de Theodor Viehweg a cerca da teoria de base e de seus vínculos com uma teoria da argumentação jurídica. Finalizamos com um esforço de vinculação entre as abordagens dos itens anteriores.

1.2 Breve apresentação de Theodor Viehweg

Theodor Viehweg nasceu na cidade alemã de Leipzig em 30 de abril de 1907 (Garzón-Valdés, 1997: 11). cursou Direito na mesma cidade e frequentou os seminários de filosofia ministrados por Nikolai Hartmann em Berlim antes da Segunda Guerra Mundial (Ferraz Jr., 1979: 6). Submeteu a sua tese de livre-docência, a qual daria origem ao seu único livro – *Topik und Jurisprudenz* – à Universidade de München em 1953 (Ferraz Jr., 1979: 1) e tornou-se Professor da Universidade Johannes Gutenberg, de Mainz, em 1962 (Garzón-Valdés, 1997: 11). Permaneceu nesta universidade como Professor Catedrático e, posteriormente, como Professor Emérito até a sua morte, em 1988.

Theodor Viehweg escreveu apenas um livro, *Topik und Jurisprudenz*. A sua publicação ocasionou, contudo, grande polêmica, e a obra tornou-se rapidamente um clássico do pensamento jurídico do século XX (Ferraz Jr., 1979: 1; García de Enterría, 1964:11; Crifó, 1962: XV-XXIII; Garcia Amado, 1988: 13). Publicada pela primeira vez em 1953, recebeu sucessivas edições até culminar na quinta e última, realizada em 1974. Foi traduzida para o italiano em 1962, para o espanhol em 1964, para o português em 1979, para o japonês em 1980, para servo-croata em 1987 e para o inglês em 1993.

Além dela, Viehweg escreveu artigos científicos e ensaios sobre temas pontuais, mas nenhum outro texto mais longo ou acabado. Esses “pequenos escritos” foram reunidos após a sua morte e publicados em duas coletâneas, organizadas por colaboradores seus. A primeira, editada em língua espanhola e por iniciativa de Ernesto Garzón-Valdés, amigo pessoal de Viehweg e Professor da Universidade Johannes Gutenberg de Mainz, veio a público em 1990 (Viehweg, 1990). A segunda, organizada por Heino Garrn, foi publicada em 1995 (Viehweg, 1995). A partir delas, novos aspectos do pensamento do autor puderam ser observados e nexos de sentido construídos a fim de esclarecer e avançar na compreensão das idéias propostas em *Topik und Jurisprudenz*.

A temática que serve de base à reflexão neste artigo surgiu em um dos artigos publicados nas coletâneas espanhola e alemã e as idéias nele contidas são, em função disso, menos conhecidas do público brasileiro que teve contato mais direto com a obra *Topik und Jurisprudenz*.²

2. Do Estado Legislativo ao Estado Constitucional

2.1 O Estado Liberal como Estado Legislativo

De acordo com Zagrebelsky (2003:21) podemos considerar o século XIX o século do Estado de Direito. Esta forma de Estado pode ser encontrada, na tipologia das formas de Estado, por distinção ao Estado Absoluto característico do Século XVII e ao Estado de Polícia característico dos regimes de despotismo esclarecido do Século XVIII. Ele se constitui, como afirma o autor, em uma das mais bem-sucedidas construções da ciência jurídica contemporânea e indica um valor a ser perseguido: a limitação do poder e a eliminação da arbitrariedade na relação entre Estado e cidadão. Suas características são, como veremos a seguir, perfeitamente compatíveis com o que conhecemos mais comumente como Estado Liberal, forma característica do período aqui analisado e fortemente marcada pela idéia de limitação do poder.

O conceito de Estado de Direito, aberto como é, foi utilizado durante as vicissitudes sociais e políticas de diferentes modos e por diferentes perfis reais ideológicos, chegando a ser invocado mesmo para nomear os regimes fascistas europeus durante a primeira metade do Século XX. (Zagrebelsky, 2003:22-23) Pode-se discutir, ainda, se a fórmula “Estado Constitucional” que vamos analisar adiante, nada mais é do que uma especialização da idéia de Estado de Direito.³

Dada a abertura do conceito de Estado de Direito cabe uma sintética recuperação dos principais traços do Estado e da Sociedade Liberais a fim de torná-lo mais concreto. Essa recuperação deve nos auxiliar a compreender melhor o modelo de Estado de Direito liberal como um Estado Legislativo e posteriormente compará-lo com a nova forma estatal que dará origem ao Estado Constitucional⁴.

Como consequência do conjunto de revoluções⁵ acontecidas ao longo dos séculos XVII, XVIII e XIX, a Sociedade dei-

xa de estruturar-se juridicamente em três estamentos distintos, com uma ordenação jurídica peculiar a cada um, e passa a ser regulada por uma normatividade que se pretende universal e igualitária. Ela atinge a todos os cidadãos sem distinção em relação a suas características particulares. As marcas desta nova normatividade são, portanto, a generalidade e a abstração⁶, capazes de garantir a igualdade de todos perante o Direito. (Zagrebelsky, 2003:29-30)

Esta exigência de igualdade e sua configuração normativa como generalidade e abstração estão ligadas a uma concepção do papel do Estado na vida social. Ele aparece como um órgão controlador das relações sociais entre indivíduos particulares e seu papel é apenas o de garantir as condições destas relações sem determinar-lhes o conteúdo. Em termos mais concretos o papel do Estado é o de garantir os contratos e zelar pela segurança pública para que os indivíduos encontrem as condições favoráveis para o livre desenvolvimento de suas relações. O Estado, nesta concepção, é visto como uma espécie de mal necessário que deve ser vigiado para não exceder suas funções.

Sua legitimidade é geralmente explicada através da metáfora contratualista e ele aparece como o fruto da vontade geral de todos os indivíduos, agora transformados em cidadãos pela sua voluntária submissão, orientada por um ponto de vista utilitarista e pragmático.

A Sociedade aparece, portanto, como um conjunto de indivíduos atomizados, portadores de interesses específicos. Cabe ao mercado equalizar estes interesses que se inter cruzam, produzindo uma racionalidade global. De certo modo, o bem comum é atingido pelo exercício errático do interesse de cada indivíduo. O Estado deve apenas garantir o funcionamento deste mecanismo de projeção e atingimento de interesses particularísticos através de uma

regulação mínima. Ele é, e deve ser, apenas o garantidor da “regra do jogo”.

A concepção de Sociedade que está presente neste modelo é, portanto, a de uma totalidade ética de indivíduos que são tomados abstratamente. A igualdade somente pode ser afirmada de uma perspectiva abstrata. Em uma Sociedade capitalista a igualdade formal vem acompanhada de uma profunda desigualdade material, a qual não pode ser levada em conta pela ordem jurídica na medida em que o Estado deve ser legitimado por representar a vontade geral e não os interesses de classe.

É construída, assim, uma lógica de distinções dicotômicas entre a Sociedade civil e o Estado, o espaço público e o espaço privado, a economia com sua racionalidade técnica e a política como espaço para opções valorativas etc., nas quais a abstração fundamental, das condições reais da existência do homem e das relações sociais em que ele vive, é mantida. Esta abstração tem conseqüências importantes para o Direito, seja do ponto de vista da estrutura do sistema normativo, seja da perspectiva do sistema judicial, como veremos oportunamente.

No movimento de passagem da Sociedade feudal organizada estamentalmente para a Sociedade burguesa, evidentemente surgem novos conceitos e categorias epistemológicas com pretensões de explicação da realidade. De uma maneira genérica podemos falar de um movimento de secularização e racionalização da concepção de realidade, que passa a ser explicada muito mais através da consideração do homem como sujeito capaz de construir sua história do que por predeterminações teologicamente orientadas. O modelo liberal situa-se dentro deste contexto e é nele perceptível esta orientação.

No plano do Direito ela aparece na progressiva perda de referenciais externos

de legitimação da ordem jurídica, que não é mais justificada por remissão a valores eternos e imutáveis, e sim pelo seu estabelecimento por órgãos representativos da vontade geral dos cidadãos (Ferraz Jr., 1996:24). É esta mesma vontade geral que fundamenta e legitima o próprio Estado, como mencionamos acima.

A ordem jurídica concebida nestes parâmetros é ao mesmo tempo fruto da vontade do cidadão e o submete. Enquanto cidadão ele tem direitos por ela instituídos, assim como é súdito do Estado que sua vontade cria.

O Estado pode aparecer, então, como órgão supremo dentro de um determinado território sem que sua pretensão de poder tenha de ser legitimada por referências exteriores. Esta noção de supremacia vai ser traduzida pelo conceito de soberania, que tem dois aspectos: de um ponto de vista interno revela-se como poder supremo e de um ponto de vista externo como poder independente (Ferraz Jr., 1996: 177-179). A supremacia do poder estatal na perspectiva interna implica no monopólio do uso da violência física e do poder normativo.

Mas este poder supremo deve ser, como vimos, exercido nos limites de sua função de garantidor das regras do jogo. Para melhor controlá-lo estabelece-se uma divisão tripartite de funções dentro do aparelho estatal que estrutura-se como uma organização complexa. Dela faz parte o Poder Legislativo, com a função de produzir as normas jurídicas e sede da legitimidade popular que fundamenta a existência do Estado; o Poder Executivo, que deve administrar e executar as determinações postas pelo Legislativo, nos limites da legislação; e o Poder Judiciário, com a missão de aplicar a legislação elaborada, dirimindo os conflitos. O Estado é, nestes termos, ao mesmo tempo um ente único e superior aos particulares, mas para a própria proteção

destes exige-se a divisão do poder para que não suplante os seus limites.

Essa necessidade de proteção diante do Estado acarreta também a presença de um conjunto de direitos individuais cuja delimitação pode ser considerada como negativa. São limites à interferência estatal na esfera da liberdade individual e expressam uma série de proibições ao Estado. Dentre eles encontramos a liberdade de ir-e-vir, a liberdade de pensamento e expressão, a liberdade de crença e culto religioso etc.

Centraliza-se no Estado o poder de dizer o direito e de aplicá-lo, e reduz-se o próprio direito ao estatalmente produzido. A fonte predominante das normas jurídicas será, portanto, a legislação e embora o costume não deixe de ser considerado enquanto tal, adquire um papel subordinado e subsidiário. Direito e legislação acabam por se tornar termos de igual extensão na teoria das fontes do direito moderno de caráter liberal. (Ferraz Jr., 1996:222-227)

A legislação expressa bem os postulados básicos do modelo de Direito liberal. Ela é genérica e abstrata - regulando as situações sociais naquilo que elas têm de constante e uniforme - e permite ao cidadão orientar previamente sua conduta e defender-se do poder estatal. Em outras palavras: ela proporciona certeza e segurança jurídicas, dois conceitos fundamentais para este modelo.

À dogmática jurídica que trabalha com este material normativo cabe organizá-lo de modo hierárquico e explicá-lo de maneira a exponenciar a certeza e segurança jurídicas, sem desenvolver juízos valorativos sobre a correção ou incorreção desta normatividade. Este postulado é amparado na separação que se opera entre os problemas atinentes à justiça e a legalidade. O jurista ocupa-se com a legalidade e não está legitimado para questionar se esta é capaz de instaurar a justiça. De certo modo

há uma difusa crença, não enunciada, de que a legislação, por ser fruto da vontade geral expressa pelo Parlamento, é intrinsecamente justa. Com a progressiva perda de referenciais externos ao Direito positivo, como o era o Direito Natural, torna-se cada vez mais difícil encontrar parâmetros para aferir a legitimidade da ordem jurídica positiva e esta acaba por legitimar-se a si própria, em um processo auto-referencial.

A noção central que estrutura o sistema normativo, enquanto objeto de trabalho da dogmática jurídica, é a validade, e seu fundamento é a produção da norma de acordo com o prescrito por outra norma jurídica de escalão superior.

O ordenamento jurídico vem concebido, então, como um todo completo, coerente e preciso. A estas propriedades correspondem três problemas clássicos da teoria geral do Direito: a inexistência de lacunas, a inexistência de antinomias e a univocidade de sentido das normas jurídicas.⁷

Para um ordenamento jurídico assim compreendido, a correspondente concepção de hermenêutica jurídica somente pode ser a de uma exegese literal dos textos legais, baseada na crença da univocidade e completude. Deste modo, a abstração que ignora a real desigualdade social é mantida imperturbável tanto no plano da norma quanto nos planos de sua sistematização doutrinária e de sua aplicação judicial.

A expressão cabal do modelo, do ponto de vista do sistema normativo, é a feitura de códigos que procuram abranger toda a normatividade de uma determinada esfera social e sobre a qual se debruça e se restringe a dogmática jurídica, na sua tarefa organizativa e hermenêutica. (Zagrebelsky, 2003:32-33)

De outra parte, o próprio conflito jurídico, no qual há a interferência estatal através da aplicação da norma jurídica, é entendido como um problema que se desenrola na relação entre dois indivíduos

que litigam em torno de um objeto determinado e que pode ser adjudicado a um deles. Não há consideração da situação social em que a relação é construída e que a determina.

A concepção de Direito que encontramos neste modelo estrutura-se predominantemente em torno do Direito Privado, com categorias como autonomia da vontade, contrato, propriedade etc.⁸, o que é facilmente compreensível se atentarmos para o fato de que sua função é a regulação do mercado competitivo, sem interferir diretamente na sua lógica de funcionamento. O centro da ordem política e jurídica no modelo liberal é o mercado.

Trabalha-se, portanto, com uma concepção de Direito que privilegia as normas de conduta com o intuito de balizar as atividades dos particulares, controlando-as. O princípio da legalidade dá a linha basilar do sistema e a sua estrutura pode ser classificada como condicional, traduzindo-se na avaliação do fato (“se...”) e respectiva qualificação jurídica e aplicação normativa (“então...”).

A ordem social é concebida como estável e permanente, cabendo aos juristas manejarem seu instrumental técnico de modo a equalizar os conflitos que são sempre pontuais e circunscritos às relações interindividuais.

O centro da concepção jurídica desse período histórico que analisamos até aqui está, portanto, na Lei, considerada tanto de um ponto de vista político quanto jurídico o ponto de partida para a organização social. Cabe bem a este Estado, nesse sentido, o adjetivo de Estado Legislativo.

2.2 O Estado de Bem-Estar, a transformação social e a Constitucionalização do Direito

O advento do Estado de Bem-Estar, também denominado de Estado Providên-

cia, significou uma substancial alteração na concepção do papel do poder público e do Direito a ele conexo. Evidentemente, teve como consequência alterações na teoria jurídica, com vistas à absorção dos novos aspectos do fenômeno, alterações essas que ainda estamos realizando e refletem, dentre outros pontos, na presente discussão do papel da Constituição e no conceito de Estado Constitucional.

A transformação mais visível é a que ocorre no papel do Estado, que passa de simples regulador do funcionamento do mercado a um interventor direto. Ele não apenas garante as trocas negociais, mas delas diretamente participa enquanto produtor e interfere nas próprias condições em que se realizam. De certo modo ele se torna responsável pela organização do mercado, formando um novo tipo de estrutura capitalista, que se pode chamar de “capitalismo organizado”.

Se no modelo anterior o Estado era responsável pela manutenção das regras do jogo sem determinar quem poderia ser o seu ganhador, aqui ele passa a proteger uma das partes - os “hipossuficientes” - que tem maiores chances de sair vencedora. Para continuar no âmbito da mesma metáfora: um jogo de “cartas marcadas”.

Aparecem, neste contexto, novas regulações jurídicas que vão constituir o Direito do Trabalho, o Direito da Seguridade Social, a mitigação dos princípios absolutistas do Direito de Propriedade etc. Sua característica comum é constituírem uma espécie de “solução de compromisso” entre as necessidades de manutenção da ordem capitalista e as reivindicações sociais crescentes, notadamente do sindicalismo e dos novos movimentos sociais em um segundo momento histórico. Canaliza-se institucionalmente a demanda por proteção social efetiva e ao fazê-lo neutraliza-se o poder socialmente desagregador deste conjunto de demandas, que ganhava força

organizativa e transparecia no crescimento dos partidos de esquerda no cenário político⁹.

De um Direito com forte viés privatístico passa-se a ter uma configuração jurídica publicística e de intervenção na liberdade privada, que gera a crise do próprio modelo de direito privado que se propunha a regular todas as relações socialmente relevantes e acaba por ter sua influência assaz diminuída.¹⁰ Este fenômeno de crescimento do Direito Público levará à criação do conceito de “constitucionalização do Direito Privado” e mesmo à diagnósticos bastante pessimistas sobre o destino dos tradicionais institutos do Direito Privado, como o contrato.

Se no modelo anterior podíamos identificar o predomínio da liberdade como valor fundamental da organização social e jurídica, aqui a igualdade torna-se o signo forte e é a partir dela que se constrói a intervenção estatal na Sociedade.

Esta busca de igualdade material acarreta o declínio da concepção de Sociedade como um conjunto de indivíduos contratantes cuja lógica individualizada de interesses era equalizada pelo livre jogo do mercado. A crença na capacidade auto-regulatória do mercado cai e com ela surge a necessidade de instituir mecanismos de subordinação dos interesses de alguns segmentos sociais em detrimento de outros. O Direito Público torna-se, portanto, o núcleo deste novo modelo.

Pode-se dizer, neste sentido, que a identificação automática entre legalidade e legitimidade que operava difusamente no paradigma liberal perde consistência e se exige um maior empenho do Estado para, através do Direito, alcançar a legitimidade pela qualidade de sua intervenção nas relações sociais.

Torna-se central neste contexto histórico a noção de política pública vinculada

ao próprio ordenamento jurídico. O direito positivo tem agora como função a regulação de esferas sociais novas com vistas à promoção de determinados objetivos em termos de melhoria da qualidade de vida e/ou disciplina da atividade econômica. Políticas de saúde, habitação, educação etc., passam a ser juridicamente reguladas.

É sua característica também a ampliação do rol dos direitos humanos que passam agora abranger direitos de cunho social e econômico, cuja principal distinção para com os anteriores é a de exigirem uma ação positiva por parte do Executivo na sua implementação. Se a noção anterior apontava para uma espécie de “barreira” ao poder público, aqui encontra-se uma nova noção de direito: como liberdade cuja consecução depende de uma igualdade material que deve ser propiciada pela ação estatal. É preciso que se crie algo novo para que possam ser exercidos estes novos direitos. Os direitos civis e políticos admitiam, quando de sua violação, remédios corretivos. Estes pedem uma ação estatal positiva e genérica. (Lopes, 1994:124-129)

Enquanto os direitos humanos tradicionais e peculiares ao modelo liberal tinham um caráter individualizável e admitiam remédios corretivos de sua violação, como mencionamos acima, os novos direitos são de exercício coletivo e implicam, portanto no alargamento da própria noção de conflito jurídico. Não há sempre e necessariamente uma parte litigando com outra igualmente determinada, mas um conjunto de possíveis atingidos litigando, via de regra, contra os próprios poderes públicos responsáveis pela sua garantia. Uma tal configuração do conflito presta-se também ao crescimento do papel dos atores políticos/sociais de defesa destes direitos, como os sindicatos, as associações etc., o que também acarreta adaptações no modelo liberal de processo judicial.

Diante da necessidade de legitimação da ordem social pela consecução de resultados em termos de políticas públicas o Estado se vê envolvido numa demanda crescente por novos direitos que expressem os interesses de grupos e classes sociais determinados. Se a demanda é infinita, os recursos para provê-la não o são. Esta tensão constante coloca-o diante da necessidade de desenvolver mecanismos paliativos de legitimação. Ao invés de conceder e implementar os novos direitos, acaba muitas vezes instituindo-os apenas simbolicamente, sem condições de efetiva implementação¹¹.

É possível afirmar, nestes termos, que o conflito jurídico deixa de se desenvolver apenas entre interesses individuais e particularísticos para ampliar-se no sentido de um confronto entre projetos de Sociedade que são defendidos por grupos e classes sociais. Na função de equalizar estes interesses e projetos o Estado recorre a formulações normativas cada vez mais genéricas e abertas, como mecanismos capazes de dar conta da contínua demanda e sua diversificação.

A função promocional do Direito, que aponta para um horizonte a ser atingido através da ação estatal, muda radicalmente a própria formulação técnica normativa. Ao invés de limitar-se a uma normatização protetiva e repressiva, com a atuação corretiva sobre um conflito ocorrido no passado, exige-se agora do Direito que seja capaz de orientar a ação social para a consecução de fins¹².

Uma ordem jurídica com alto caráter simbólico e com normas genéricas e carecedoras de uma posterior delimitação acaba acarretando uma contínua atividade de construção de sentido. A idéia de finalidade torna-se central nesta discussão e vai orientar a hermenêutica jurídica no seu esforço para fazer frente a estas transfor-

mações. Ao invés de uma atividade determinada no tempo, por exemplo quando do advento de uma nova norma, exige-se agora um trabalho constante de interpretação e adequação das normas à realidade em mutação, de acordo com finalidades que variam e apontam para uma atividade prolongada no tempo. (Cappelletti, 1993:41)

Diante desta tensão surgem novos conceitos jurídicos, como o de Constituição dirigente, de norma não dotada de eficácia plena mas diferida no tempo, de princípios que visam apenas orientar a aplicação normativa, etc., e ganha corpo a discussão sobre o papel criador da jurisprudência e seus condicionamentos político-ideológicos. A discussão surgida na filosofia do Direito em meados da década de 70 e que se propaga até hoje sobre a distinção entre princípios e regras é mais um exemplo desse fenômeno.

De certo modo, a divisão clássica do modelo liberal entre a esfera da política e a esfera do direito acaba sendo atenuada, porque os conflitos políticos em torno da distribuição de bens públicos e de escolha de quais interesses devem ser privilegiados, desembocam no Poder Judiciário, que é instado a manifestar-se sobre eles. Estes conflitos são, ademais, de difícil sistematização pois não são situações que ocorram sempre de um mesmo modo e sim configurações mutáveis e peculiares de uma dada realidade. A sua jurisprudencialização, portanto, é quase impossível, mesmo porque sua solução depende da interpretação de princípios genéricos e abstratos cujo sentido só é encontrado por referência ao caso concreto em questão¹³. Há uma espécie de delegação da atividade política ao Judiciário, que deve encontrar uma saída plausível dentro das premissas normativas que o sistema lhe oferece.

Neste contexto perde-se a antiga coesão e coerência das soluções judiciais

que instrumentalizavam a concepção da ordem jurídica como um todo completo e de sentido unívoco, com os corolários da segurança e certeza jurídicas. Perde-se em segurança e certeza ao precisar de normatização para situações específicas, não generalizáveis e também ao recorrer, por este mesmo fato, a uma normatização principiológica.

Obviamente que não é por um “capricho” do Legislador que a normatização toma este caráter principiológico. O Poder Legislativo, enquanto órgão encarregado de fornecer as premissas normativas ao sistema jurídico vê-se diante de uma dupla constrição. Por um lado é instado a legislar para atender as demandas sociais por novos direitos e sua viabilização. Por outro não consegue vencer a complexidade e a rapidez desta mesma demanda. Seu mecanismo de funcionamento, com um procedimento formalizado e burocratizado de produção normativa, não é suficiente ágil para dar respostas no tempo em que as transformações sociais o exigem. Recorre então à legislação principiológica, dada a sua incapacidade de fornecer uma solução específica para cada contexto que lhe é levado.

Como muito bem aponta Zagrebelsky (2003:37) as razões do desaparecimento das clássicas características da lei correspondem também ao desaparecimento daquela homogeneidade burguesa de valores e conceitos não-tematizados porque pressupostos de maneira estável. As Sociedades contemporâneas são pluralistas em termos valorativos e nelas, como diz o autor, diversos grupos e estratos sociais participam do “mercado da lei” com demandas e perspectivas muito diversas entre si. A homogeneidade liberal dá lugar à heterogeneidade do Estado Social, caracterizado por uma ampliação da democracia e pela busca de padrões de igualdade material.

Essas mesmas características da realidade social – mutabilidade, rapidez e heterogeneidade – fazem com que o Poder Executivo seja levado a recorrer a uma série de expedientes normativos que fogem dos padrões tradicionais da legislação liberal. Portarias, atos normativos e decretos que tentam canalizar e regular as situações sociais com a rapidez por elas exigidas.

A referida atividade normativa, seja do Legislativo, seja do Executivo, faz com que o sistema jurídico acabe sendo transformado num conjunto de difícil sistematização e hierarquização, embora de um ponto de vista formal todas as categorias forjadas no modelo liberal do Direito continuem sendo usadas. Sua capacidade explicativa e cognitiva, no entanto, é prejudicada pela nova realidade, que lhe escapa do controle.

Ao invés de um sistema hierárquico e formalizado, como tínhamos no modelo liberal, encontramos agora um sistema circular, no qual se cruzam diferentes normatividades que tendem a formar cadeias independentes entre si e que são organizadas de maneira mutável, pela remissão a alguns princípios basilares do sistema, quando necessário. É cada vez menos possível encontrar uma linearidade única no interior do sistema normativo. Uma série de subsistemas a substitui e eles se articulam entre si de modo não estático.¹⁴

Este novo modelo de sistema jurídico pode ter sua adequação funcional mensurada da seguinte forma:

A praticidade dos sistemas circulares reside no seu caráter pragmático. Uma vez reconhecida a heterogeneidade de fatores intercorrentes no mundo jurídico, os sistemas normativos passam a atuar como redes aptas a capturar a complexidade da realidade social. Qual o critério identificador das relações úteis ou significativas para o trabalho do julgador? Importa verificar, preliminarmente, que todas as eventuais

respostas esvaziam o paradigma dogmático da ciência do direito. Primeiramente, se valorizada a capacidade operacional e prática dos microsistemas de auto-regulação social, assegura-se a juridicidade às custas do sistema hierarquizado. Em segundo lugar, se evidenciada a necessária unicidade do sistema de regulação jurídica, perde-se a certeza da adequação da norma genérica ao caso particularíssimo. Por isso, a ‘desestruturação do direito’ revaloriza a temática da hermenêutica jurídica e da função social do magistrado. (Campilongo, 1994:40)

Muda-se, assim, o próprio perfil de conhecimento técnico exigido no âmbito jurídico. Inevitavelmente colhido pela crescente complexidade social e instado a operacionalizar a nova normatividade, o sistema tem de conviver com a ponderação de interesses sociais e políticos como determinantes de suas decisões, o que não lhe era exigido no modelo anterior¹⁵, assim como lidar com um sistema cuja estrutura está longe de ser facilmente operacionalizável com as categorias dogmáticas tradicionais.

Podemos sintetizar em três aspectos principais esta alteração que torna perplexo o jurista formado no paradigma liberal de Direito e dogmática jurídica:

a) hipertrofia legislativa, inclusive com legalidade produzida fora do parlamento (mudança quantitativa);

b) variabilidade de normas, modificando constantemente a regulação dos mais diversificados aspectos da vida social e tornando a legislação instável (mudança qualitativa);

c) como síntese dos aspectos negativos das duas características anteriores, problemas de coerência interna do ordenamento. (Campilongo, 1994:41).

Nesse contexto de transformação que estamos descrevendo a Constituição aparece como um mecanismo de unificação do Direito e conseqüentemente de contenção

do potencial destrutivo da contínua produção legislativa com as características que vimos acima. A idéia de uma Constituição surge, assim, vinculada à noção de um limite acima da legislação e à qual se submetem todos os participantes do jogo político. Uma unidade postulada, evidentemente, a partir de valores e princípios suficientemente gerais e abstratos para serem aceitos como produto de amplo consenso social e que passam a ser encarados como condições de possibilidade do próprio jogo político e da busca, a ele inerente, de benefícios sociais para os grupos que expressam a particularidade e a pluralidade dos interesses sociais. (Zagrebelky, 2003:39)

O Estado Constitucional como um conceito que nasce a partir da transformação do Estado de Direito Liberal em um Estado de Bem-Estar, com uma Constituição cujo papel é o acima descrito, procura apreender, portanto, essa natureza simbólica do documento constitucional e ao mesmo tempo transformá-lo efetivamente em um documento de compromisso e de viabilização dos acordos que este compromisso expressa.

A idéia chave, como bem demonstra Prieto Sanchís (1998: 33), passa a ser a presença da Constituição como um marco de limitação e controle do poder, de todo o poder, o que traz consigo a necessidade de se estabelecer um mecanismo de controle de constitucionalidade das atividades legislativas e um controle de legalidade das atividades administrativas do Estado. Esse controle não deve ser confundido, no entanto, com um controle meramente formal, atento aos pressupostos de validade presentes na concepção anterior, mas representa uma aferição dos atos legislativos e administrativos à luz da defesa dos direitos fundamentais, ampliados, como se viu nos parágrafos anteriores, para dar conta da idéia de igualdade material.

O núcleo desse novo modelo consiste, pois, em conceber-se uma norma suprema, fonte direta de direitos e obrigações, imediatamente aplicável por todos os operadores jurídicos, capaz de impor-se frente a qualquer outra norma e, sobretudo, com um conteúdo prescricional pleno de valores, princípios e direitos fundamentais. A novidade, como ressalta Prieto Sanchís (1998:35), não está nos elementos isolados, mas em sua conjugação.

Servindo-se de um argumento de Robert Alexy, Sanchís afirma que o constitucionalismo contemporâneo pode ser compreendido de forma muito esquemática a partir do seguinte perfil: mais princípios do que regras, mais ponderação do que subsunção, mais juizes que legisladores, mais Constituição que lei. (Sanchís, 1998:35)

Evidentemente que em um sistema jurídico tal como o que vínhamos descrevendo, altamente complexo e carecedor de uma constante atividade interpretativa, traz consigo a necessidade de um instrumental teórico e técnico diferenciado. Ao invés da teoria estrutural do Direito, característica do modelo liberal e preocupada com a aferição da validade em termos formais, há de se desenvolver agora uma teoria que permita discutir os conteúdos jurídicos, sejam os postos na legislação infraconstitucional ou nos atos da Administração Pública, sejam os postos na Constituição.

Uma teoria da argumentação jurídica é construção imperativa para esse novo modelo, pois, embora possamos dizer com larga margem de acerto que o Direito sempre foi aplicado por mecanismos argumentativos, sem dúvida que esses mecanismos ganham um papel muito mais importante quando nos deparamos com sistemas jurídicos como os do Estado Constitucional.

Como muito bem aponta Aienza (2004:17), uma idéia central presente no conceito de Estado Constitucional é a de

que as decisões públicas têm de estar motivadas para que sejam submetidas a controle. Ademais, o critério de legitimidade do poder nessa forma de Estado é, além de legal-procedimental, preso a considerações de caráter material, o que significa dizer que o espaço oferecido pelo Estado Constitucional à argumentação jurídica é maior do que o existente em outras formas de organização jurídico-política.

Como bem lembra o autor, isso não significa e não deve significar, contudo, uma idealização do Estado Constitucional como uma forma de Estado racional-argumentativo, mas a compreensão de que esta organização jurídico-política e sua ênfase argumentativa é a melhor das formas existentes, embora não seja perfeita. (Atienza, 2004: 17-18)

Se isso é verdade, também o é, no entanto, que essa mesma centralidade da Constituição, requer uma abordagem mais precisa. É o objeto da abordagem no próximo item.

3. Teoria de Base e o papel da Constituição

3.1 Teoria de Base, Dogmática Jurídica e Filosofia do Direito

Viehweg principia a abordagem da temática que aqui nos interessa fixando seu ponto de partida. Assim, observa que uma consideração de caráter sociológico indica que todo agrupamento social precisa fixar uma opinião sobre o que considera justo. Essa opinião jurídica deve ser entendida como uma resposta vinculante a uma problemática social e cumpre uma função social ao possibilitar a coordenação do comportamento de uma pluralidade de pessoas (Viehweg, 1995: 35 e 1997: 15)¹⁶.

Esta opinião pode, indiferentemente, advir ou se expressar em máximas transmitidas de geração para geração, de um

oráculo, de sentenças judiciais ou de leis. Se esta opinião for submetida ao controle do pensamento e com isso racionalizada tornar-se-á uma dogmática jurídica (Viehweg, 1995: 35 e 1997: 16)

Uma dogmática jurídica é estruturalmente formada por um ou mais dogmas fundamentais, conciliáveis entre si e considerados como inconstatáveis, no sentido de que são tomados como pontos de partida que não se submetem a questionamento, tendo sido postos como premissas básicas. Tudo o que é sugerido como resposta a um problema no interior desta dogmática deve ser conciliável com o sentido destes dogmas, pois este modo de pensamento é sempre imanente, ou seja, desenvolve-se internamente e a partir de seus próprios pressupostos (Viehweg, 1995: 36 e 1997: 16).

Para poder cumprir com sua função de unificação e coordenação do comportamento na Sociedade é preciso que os dogmas fundamentais contêm explícita ou implicitamente uma teoria material do direito que funciona como fundamentação última e isto significa que devem conter uma resposta relativamente concreta sobre o que é o justo¹⁷. Neste sentido Viehweg menciona vários exemplos históricos, como a teoria de base dos juristas romanos, tão oculta que é dificilmente reconstituível¹⁸, ou a de Tomás de Aquino que é bastante explícita. Contemporaneamente, diz o autor, podemos considerar a positividade dos Direitos Humanos nas Constituições escritas como uma fixação de uma teoria material do direito (Viehweg, 1995: 38 e 1997: 20).

Evidentemente que uma fixação deste tipo, consubstanciada em normas escritas, resolve apenas uma parte da questão, indicando o que se deve compreender como a teoria de base. A praxis requer ainda que se fixe uma teoria dogmática da interpreta-

ção, cujo papel seria justamente o de indicar como os textos devem ser interpretados a fim de que se encontre a referida teoria de base (Viehweg, 1995: 48-49 e 1997: 34-35).

Sem dúvida, diz Viehweg, o intérprete está remetido a uma ordem constitucional que contém em si uma teoria do direito não apenas formal como material. Se em tese isso é claro e coerente, na prática nem sempre o é, pois esta teoria surge dos costumes, dos hábitos, da eticidade.

Ademais, a unidade ou uniformidade de uma teoria jurídica material deste tipo é necessariamente postulada, mas na realidade está tão cheia de tensões que, no fundo, sua harmonização coloca, a todo jurista e em particular a um tribunal constitucional, consideráveis dificuldades. Uma teoria do direito assim constituída tem a função de evitar que a interpretação se torne interminável - embora se saiba perfeitamente que também a Constituição precisa ser interpretada - e indicar o que é considerado num determinado círculo jurídico como problemática da justiça fixando, com isso, o campo das argumentações jurídico-dogmáticas possíveis (Viehweg, 1995: 48-49 e 1997: 34-35).

A teoria de base aqui mencionada, cujo conteúdo são as opiniões fixadas sobre o que é justo num determinado momento histórico para uma Sociedade é também designada pelo autor de ideologia jurídica¹⁹. Independentemente de sua origem - leis, sentenças ou manifestações religiosas - o papel desempenhado por este tipo de enunciado e por seu conjunto é o fornecimento de orientação à praxis e à sua peculiar necessidade de decisão, formando o conteúdo de uma dogmática jurídica em um determinado momento histórico.

Mas se este é o perfil da dogmática, diferente é o que cabe à filosofia do direito. Esta é colocada por Viehweg como possui-

dora de um duplo papel. O primeiro é vinculado ao fato de que ela participa essencialmente no surgimento de uma teoria do direito. Da filosofia do direito nasce uma teoria de base que dá ensejo, por sua vez, a uma dogmática jurídica. O segundo papel é que depois de ter gerado uma teoria do direito, ela não fica em repouso e converte em objeto de investigação também a teoria do direito, agora dogmatizada (Viehweg, 1995: 39 e 1997: 21).

Viehweg concebe a Filosofia do Direito como uma investigação que nada mais é do que uma teoria da argumentação jurídica, eis que examina e critica os pressupostos dos discursos enunciados pelos operadores jurídicos e pelos doutrinadores. Ao analisar o discurso jurídico ela também acaba por fornecer, ainda que de modo indireto, premissas que serão utilizadas como pontos de partida dogmáticos.

Do ponto de vista da teoria material do Direito, como a designa Viehweg, a Filosofia do Direito ao investigar livremente os problemas sociais e questionar os condicionamentos históricos dos dogmas assumidos para a sua construção, fornece os conteúdos que a compõem. Aquilo que é objeto de reflexão filosófica em um determinado momento histórico, é conteúdo da teoria material em um momento subsequente e torna-se objeto de revisão exatamente por ter sido dogmatizado.

Um exemplo pontual pode nos auxiliar a compreender esse fenômeno circular. A distinção entre princípios e regras como espécies do gênero "norma jurídica" é hoje um *topos* da teoria jurídica. A discussão filosófica desse assunto pode ser localizada a partir do final da década de 1970 (Atienza, 1996). A sua disseminação nos últimos anos fez com que em praticamente todos os âmbitos da investigação dogmática do Direito passassem a utilizá-la, gerando uma maciça bibliografia destinada à sua

aplicação aos domínios técnicos do Direito Constitucional, Civil, Penal e todos os demais. Seguramente que a discussão permanece sendo realizada do ponto de vista filosófico e poderá acarretar a necessidade de uma revisão futura do seu uso na dogmática jurídica.

Para melhor compreendermos os papéis atribuídos pelo autor à dogmática jurídica, que traz em si uma teoria de base, e à Filosofia do Direito, que as analisa, corrige e indiretamente sustenta, vejamos com mais vagar os conceitos de enfoque dogmático e enfoque zetético.

3.2 Enfoque Dogmático e Enfoque Zetético

A distinção entre um modo de pensar dogmático e um modo de pensar zetético é proposta pelo autor como uma maneira de entender a complexidade gerada pela amplitude que o fenômeno jurídico abrange e que coloca ao jurista tarefas que vão desde uma análise de um determinado ordenamento jurídico até investigações de caráter científico ou filosófico (Viehweg, 1997:71-85 e 1995: 97-106).

Viehweg propõe que se considere, na análise de como podem surgir âmbitos do conhecimento como âmbitos temáticos, a estes âmbitos como esquemas de perguntas e respostas. Constrói-se, assim, um campo de problemas suficientemente descritível e se oferecem respostas que, de acordo com procedimentos de prova a serem precisados, são finalmente aceitas ou rechaçadas (Viehweg, 1997: 75 e 1995:100).

Nestes esquemas de perguntas e respostas é possível conferir maior importância às perguntas ou às respostas. Quando conferimos maior relevância às perguntas a estrutura aponta para a zetética. Quando salientamos as respostas, para a dogmática (Viehweg, 1997: 75 e 1995:100).

No primeiro caso, a reflexividade continua, que pode colocar em questão todas as respostas oferecidas na investigação (e por isso entende-se que a relevância é dada ao aspecto pergunta), aponta para um decurso infinito, ou ao menos sem um término definido. Na zetética, portanto, as respostas são tomadas sempre como tentativas, provisórias e questionáveis a qualquer momento e sua tarefa é caracterizar o horizonte de questões no campo escolhido (Viehweg, 1997: 118 e 1995: 109). No segundo caso, quando se salienta a resposta, a argumentação parte de alguns pontos que não podem ser questionados e sua reflexividade é, neste sentido, limitada pela impossibilidade do questionamento dos dogmas, os quais “dominam” as demais respostas que a eles devem se adequar (Viehweg, 1997: 76 e 1995: 101).

Como aponta Ferraz Jr., uma boa maneira de se entender a distinção entre enfoque zetético e dogmático reside em considerar que o zetético tem como ponto de partida uma evidência, frágil ou plena, mas uma evidência que é admitida como verificável ou comprovável e por isso não é, ao menos momentaneamente, questionada. No enfoque dogmático, ao contrário, o não questionamento acontece porque a premissa é considerada como estabelecida (seja de que modo for, por um ato de vontade, de poder ou de arbítrio) como inquestionável. Assim, propõe o autor, podemos dizer que uma premissa é evidente quando está relacionada com uma verdade e é dogmática quando relacionada a uma dúvida que não podendo ser sanada, requer uma decisão que fixe uma opinião (Ferraz Jr., 1996: 42-43).

O pensamento dogmático está, portanto, vinculado à opinião e à formação de opinião, enquanto que o zetético liga-se com a dissolução das opiniões pela investigação e seu pressuposto básico é a dúvida

(Viehweg, 1997: 77 e 1995:102). A peculiar função social cumprida pelos enfoques é responsável pela sua diferenciação em termos estruturais.²⁰

Há que constatar, afirma Viehweg, que no âmbito cotidiano da ação e decisão o pensamento dogmático parece ser indispensável porque se está aqui, na esfera do agir, obrigado a estabelecer, repensar e manter um sistema fechado e por isso dogmático. Um pensamento que se coloca como tarefa a reflexão contínua, enquanto investigação, não consegue cumprir tal função porque a ação requer que se pare as perguntas e se forneça respostas, que são, neste sentido, dogmatizadas. Na esfera da ação o exercício da dúvida deve ser cuidadosamente encarado porque a urgência da decisão requer a formação de uma opinião com base naqueles dados ou informações que o contexto fornece. O modelo do pensamento dogmático é, assim, intrinsecamente ligado ao pensamento cotidiano e sua necessidade de formação de opinião (Viehweg, 1997: 78 e 1995: 100).

É muito importante observar que o pensamento dogmático embora fixe as opiniões, tornando-as indiscutíveis, não pode abandonar o seu desenvolvimento imanente (Vieweg, 1997:16 e 1995:36). Assim, ressalta Viehweg, para manter um sistema coeso e estável de opiniões dogmatizadas ganha importância a hermenêutica, cujo papel é a flexibilização necessária dos dogmas indescartáveis, propiciando a sua revisão interna sem que sejam negados. Se o pensamento dogmático põe fora de questionamento e de dúvida aqueles enunciados básicos que podem ser considerados seus dogmas, também os desenvolve continuamente porque não os pode abandonar (Viehweg, 1997: 101 e 1995: 87).

Assim, ao contrário do que o sentido comum da palavra “dogmático” indica, o pensamento dogmático não trabalha com

as normas como se elas representassem um condicionamento fixo, de sentido único. Embora sejam seus pontos de partida inquestionáveis e nesse sentido funcionem como dogmas, a sua natureza lingüística e sua conseqüente imprecisão conferem uma margem relativamente ampla de manipulação, necessária para que os próprios dogmas possam ser continuamente adaptados às circunstâncias sociais mutáveis (Ferraz Jr., 1996:49).

Embora Viehweg não faça uso desse recurso para explicitar a distinção, podemos compreendê-la melhor se utilizarmos a noção de que a dogmática trabalha com o *princípio da inegabilidade dos pontos de partida*, ou seja, ela assume alguns postulados como inquestionáveis e trabalha a partir deles manipulando-os internamente mas sem questioná-los abertamente (Luhmann, 1983:27 e Ferraz Jr., 1980:95-100)²¹.

Deste modo, o pensamento jurídico dogmático é funcionalmente necessário e busca continuamente influenciar ou provocar em um grupo social mais ou menos amplo um conjunto de comportamentos. Este enfoque tem uma função operativa e por isso seu aspecto cognitivo embora relevante não é predominante. Ao referir-se a ele Viehweg afirma a sua função social múltipla e a coloca nos seguintes termos: influi sobre os demais, transmite-lhes uma convicção e converte-se em prescrição de conduta. Este tipo de pensamento, agrega o autor, trata de dar sempre uma função operativa ao pensado e ao expressado (Viehweg, 1997:101 e 1995:87).

Ao contrário, um pensamento zetético permanece dentro dos limites de uma função cognoscitiva e este é o seu papel social. O pensamento zetético é tentativo porque seu maior interesse é no aumento do grau de confiabilidade de suas afirmações que são sempre passíveis de revisão exatamente para que a teoria possa ser me-

lhor fundamentada e construída. Sua intenção quando usa a linguagem é transmitir uma informação, descrevendo estados de coisas. Já o pensamento ou enfoque dogmático na medida em que possui um sentido operativo, mescla o sentido informativo da linguagem com o seu sentido diretivo, que nele prepondera (Viehweg, 1997:101 e 1995:87).

Essa vinculação do pensamento dogmático com a direção de comportamentos está na base mesmo da designação que um pensamento de tal natureza recebe. *Dokein*, raiz de dogmática, é termo grego cujo significado pode ser sucintamente indicado como ensinar e doutrinar, enquanto *zetein*, que dá origem à zetética, indica o ato de perquirir (Viehweg, 1997:118 e 1995:110; Ferraz Jr., 1996:41).

Para nossa análise, afirma Viehweg, é também importante lembrar que uma teoria com função social somente pode realizar a regulação de comportamentos se não deixar sem resposta nenhuma questão essencial em seu campo de problemas. Por conseguinte, tem pretensões holísticas e quando surgem as dificuldades, na medida em que não pode renunciar a seus dogmas fundamentais, estes precisam ser reinterpretados e a teoria retocada (Viehweg, 1997: 103 e 1995:88).

As características do pensamento dogmático - pretensão holística, função social e “retoques” - também são possuídas pelo que normalmente se toma como teorias ideológicas. Isso se deve à função social que elas cumprem, e que impede que ambos os tipos de teorias - dogmática e ideológica - possam ser avaliadas de acordo com critérios puramente cognoscitivos. Quando de seus retoques, dificilmente poder-se-á recorrer apenas àquilo que é caracterizado como cognoscível, e dever-se-á recorrer também ao que é questão de crença porque não se pode alcan-

çar ou não se alcançou ainda uma fundamentação científica ou filosófica adequada (Viehweg, 1997: 103 e 1995:88-89).

Neste sentido podemos compreender que uma dogmática jurídica pressupõe algo que Viehweg qualifica como uma ideologia jurídica. Trata-se aqui de um uso neutro²² do termo ideologia e que é empregado no sentido de um conjunto de idéias ou doutrinas que visam a conformar o ambiente social numa direção determinada.

Deve-se observar, contudo, que ideologia e dogmática não se confundem. Uma dogmática jurídica pressupõe uma ideologia, na medida em que dogmatiza justamente aqueles aspectos que são considerados essenciais para a vida em uma comunidade e os torna seus pontos de partida inquestionáveis (Viehweg, 1997:99 e 1995:86).

A teoria de base, objeto de nossa análise no item anterior, é, pois, uma forma de ideologia que funciona como conteúdo da dogmática jurídica de um determinado momento histórico. Suas características, portanto, nos levam à constatação de que uma teoria com tal perfil serve especificamente para unificar, ainda que de maneira mais ou menos generalizada, as expectativas sociais. Ela é, como podemos agora melhor compreender, submetida à análise crítica e reflexiva da Filosofia do Direito, que, ao operar com o enfoque zetético, mostra-se como uma atividade de desvelamento dos pressupostos sociais, econômicos, políticos e culturais presentes na dogmática jurídica e em sua teoria de base.

Resta verificar, agora, como podemos pensar a Constituição e a teoria constitucionalista do Direito nesse quadro teórico, o que é objeto de nosso item conclusivo.

4. Conclusões

Se, como vimos no item 2.2, a Constituição serve como ponto unificador da

diversidade de expectativas e valores sociais das Sociedades pluralistas contemporâneas, e em razão mesmo da pluralidade valorativa dessas Sociedades é impossível falarmos em uma fundamentação última e inequívoca para as diversas perspectivas de vida e projetos de futuro que nela convivem, parece perfeitamente adequado imaginarmos que a teoria de base de Theodor Viehweg pode ser relacionada diretamente ao conteúdo e à forma de funcionamento das Constituições contemporâneas tal como concebidas pela teoria constitucionalista do Direito. Vejamos com mais vagar essa afirmação.

Vimos, no item 3.1, que a teoria de base revela-se como um conjunto de afirmações, mais ou menos explícitas, sobre o que é considerado justo em uma Sociedade em um momento histórico determinado. A Constituição contemporânea, ao receber como seu conteúdo as declarações de direitos fundamentais, especialmente as ampliadas para abranger também os direitos sociais e os difusos e coletivos, pode cumprir esse papel ao apresentar-se como solução de compromisso político, repositório dos valores morais consensuais e documento jurídico vinculante de toda a atividade social. Ela pode conter e de modo relativamente concreto, um conjunto de valores e de princípios que estructurem as possibilidades de desenvolvimento social, dando-lhe uma direção. Essa característica da Constituição contemporânea, reafirmada não só pela doutrina do Direito Constitucional ou pela teoria constitucionalista do Direito, mas intuitivamente pelas Sociedades, adapta-se muito bem ao descrito por Viehweg.

Como já salientávamos no item 2.1 desde a passagem de uma sociedade estatal e fundada em parâmetros valorativos externos à própria atividade humana a uma Sociedade estruturada em torno de uma concepção antropocêntrica e que re-

tira todos os fundamentos da própria atividade do homem no mundo – fenômeno que ocorre ao longo dos séculos XV, XVI, XVII e que desemboca nas formulações que caracterizam o Estado Liberal – há que se fundamentar os valores em um processo de escolha realizado de modo deliberado pela própria Sociedade. O conceito de Poder Constituinte e sua força instauradora da Constituição como documento jurídico e político serve bem a esse propósito e dá margem a uma possibilidade de fundamentação não mais externa à Sociedade, mas interna e localizada em sua própria dinâmica política. Quanto mais a legislação perde força agregadora dos projetos sociais, como vimos que ocorre na passagem do Estado Liberal Legislativo ao Estado de Bem-Estar Social, mais essa função de repositório de valores e projetos é operacionalizada pela Constituição.

Evidentemente que estabelecer um conjunto de pautas para um projeto de vida comum e procurar fixar os valores que o orientam, objeto das Constituições contemporâneas, não é uma tarefa fácil e em função de seu alto grau de complexidade supõe exatamente a abertura de sentido que se aponta como característica das normas constitucionais. Como muito bem ressalta Viehweg, conforme vimos no item 3.1, dizer que a uma teoria material do Direito advém do conteúdo da Constituição não implica em chegarmos ao final da tarefa, mas apenas em apontar a direção de onde ela começa, ou seja, a tarefa de interpretação dos preceitos constitucionais e de concretização de seus mandamentos. Por isso mesmo, como adverte o autor, uma teoria material consubstanciada em uma Constituição tem de ser acompanhada de uma teoria dogmática da interpretação constitucional, que lhe fixe os sentidos possíveis e desejáveis em determinado momento histórico.

O papel dos Tribunais Constitucionais passa a ser vista, neste sentido, como uma função de fixar em grau último o significado das normas constitucionais que podem receber mais de uma interpretação. Os Tribunais Constitucionais funcionarão, desse modo, como uma espécie de garantidores do jogo social no qual os grupos políticos que representam os diversos interesses concorrentes e que atuaram no momento de formulação das normas constitucionais durante o processo constituinte, agora continuam a lutar por suas perspectivas ao postular interpretações diversas para os dispositivos constitucionais.

A contínua luta em torno dos significados das normas constitucionais é a faceta móvel da teoria de base, que embora receba uma aprovação generalizada enquanto teoria de base, é objeto de questionamentos em razão das contradições que abriga, resultado da pluralidade valorativa e de projetos sociais que a Constituição das Sociedades contemporâneas representa. Assim, como Viehweg ressalta, a estabilidade da teoria de base, dogmaticamente tomada como ponto de partida, não é uma fixação que engesse o desenvolvimento do Direito, pois a sua unidade é um postulado e não uma realidade prática. O pensamento dogmático, como vimos no item 3.2, é obrigado a desenvolver de modo imanente os conteúdos que manipula exatamente porque não os pode abandonar. Assim, se o conteúdo das normas constitucionais é ponto de partida para todo o sistema jurídico e não pode ser afastado, precisa continuamente ser (re) interpretado.

Os estudos desenvolvidos nos últimos anos no Direito Constitucional brasileiro sobre a interpretação da Constituição de 1988, as críticas endereçadas ao modo como Supremo Tribunal Federal interpreta determinados dispositivos, a tentativa de fixação de conteúdos que sejam melhores

porque protegem os Direitos Fundamentais constantes do texto constitucional, bem como as discussões específicas sobre técnicas de interpretação mais adequadas à natureza das normas constitucionais, podem ser descritos como o desenvolvimento de uma dogmática jurídica que interpreta, controla e fixa os sentidos das normas constitucionais. Sem ser fonte formal do Direito a dogmática constitucional evidentemente cumpre um papel de grande relevância como substrato das discussões jurídicas perante os tribunais, desempenhando o papel que Viehweg assinalava à dogmática que toma como seu objeto e tem como seu conteúdo, mesmo que nem sempre de modo consciente, uma teoria material do Direito. Ela prepara e delimita os argumentos possíveis em um determinado momento histórico quanto à interpretação das normas constitucionais.

Vimos também que, ainda segundo Viehweg, uma dogmática jurídica e sua teoria de base estão vinculadas a uma Filosofia do Direito. Esta, partindo de um enfoque zetético, discute de modo mais livre e profundo questões que serão transformadas em conteúdo da teoria de base e da dogmática que a desenvolve. Sua tarefa de reflexão continua, no entanto, enquanto reflexão crítica das bases que pode ter auxiliado a construir e que agora compõem a teoria de base e a dogmática jurídica. A teoria constitucionalista do Direito cumpre bem esses papéis desenhados por Viehweg. A partir de sua insistência na centralidade da Constituição para os sistemas constitucionais das Sociedades contemporâneas a teoria do Direito foi renovada e continua sendo. Há, por parte da própria teoria constitucionalista do Direito um grande empenho em salientar a importância do seu modo de ver o fenômeno jurídico, presente, por exemplo, na afirmação de Manuel Atienza que colacionamos no item 2 deste artigo e que

nos lembra que o Estado Constitucional não pode ser confundido com um Estado perfeito, mas é a melhor forma de Estado que conhecemos até aqui.

REFERÊNCIAS

- ATIENZA, Manuel. Argumentación Jurídica y Estado Constitucional. *Novos Estudos Jurídicos*. Itajaí-SC, v. 9, n. 1, p.9-20, jan./abr. 2004.
- BALLWEG, Ottmar. Analyse de la Jurisprudence à l'aide d'un modèle de la science sociale. *Archives de Philosophie du Droit*. Paris, n. 14, p. 257-264, 1969.
- BARCELONA, Pietro e COTTURRI, Giuseppe. El Derecho de las capas medias: la suerte de los jusprivatistas. In BARCELONA, Pietro e COTTURRI, Giuseppe. *El Estado e los juristas*. Barcelona: Fontanella, 1976, p.144-147.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os Desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.) *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane (orgs.). *Direito e Argumentação no pensamento de Manuel Atienza*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. No prelo
- CRIFÒ, Giuliano. Introduzione. In Theodor Viehweg. *Tópica e Giurisprudenza*. Tradução de Giuliano Crifò. Milano: Giuffrè, 1962.
- FARIA, José Eduardo. Judiciário e Desenvolvimento Sócio-Econômico. In *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- FARIA, José Eduardo. O Modelo liberal de Direito e Estado. In FARIA, José Eduardo. *Direito e Justiça: a Função Social do Judiciário*, São Paulo: Ática, 1989.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Prefácio do Tradutor. In: Theodor Viehweg. *Tópica e Jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.
- GARCIA AMADO, Juan Antonio. *Teorias de la tópica jurídica*. Madrid: Civitas, 1988.
- GARCÍA DE ENTERRÍA. Prologo. In: VIEHWEG, Theodor. *Tópica y Jurisprudencia*. Tradução de Luis Diez-Picazo Ponce de Leon. Madrid: Taurus, 1964.
- GARZÓN-VALDÉS, Ernesto. Observación Preliminar. In: VIEHWEG, Theodor. *Tópica y Filosofía del Derecho*. 2. ed. Tradução de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994, p.124-129.
- LUHMANN, Niklas. *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*. Tradução de Ignácio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ley, principios, derechos*. Madrid: Dykinson, 1998.
- ROESLER, Claudia Rosane. *Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: Tópica, Discurso, Racionalidade*. Florianópolis: Momento Atual, 2004.
- SCHULZ, Fritz. *Principios del derecho romano*. Tradução de M. A. Vellasco. Madrid: Civitas, 1990.
- TEUBNER, Gunther. Juridificação: Noções, Características, Limites, Soluções. *Revista de Direito e Economia*, Ano XIV, p. 37-50, 1988.
- VIEHWEG, Theodor. *Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie: gesammelte kleine Schriften*. Baden-Baden: Nomos, 1995.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*. 2. ed. Tradução de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997.
- VIEHWEG, Theodor. *Topik und Jurisprudenz: ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*. München: C.H. Beck, 1954.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: ley, derechos, justicia*. 5. ed. Tradução de Marina Gáscon. Madrid: Trotta, 2003.

NOTAS

¹ A propósito, afirma Manuel Atienza (In: RO-ESLER; CRUZ, 2005): “Neste sentido, pós-positivismo me parece uma denominação preferível às outras, porque sugere a idéia de um processo e de uma fase do mesmo posterior à do positivismo. Porém, de todas as formas, não me parece que seja de todo adequada para referir-se à concepção do Direito na qual se poderiam situar autores como Dworkin, Alexy ou Nino e na qual eu também me situo. Para referir-se a isto nos últimos tempos se está usando a expressão “constitucionalismo” ou “paradigma constitucionalista”. Não se trata, naturalmente, de reduzir a teoria do Direito à teoria do Direito Constitucional, mas sim de considerar que estamos vivendo dentro de um paradigma de Direito que se caracteriza pelo papel fundamental atribuído à Constituição, sobretudo porque a validade das normas, em especial das normas legisladas, depende de sua adequação à Constituição, e não unicamente a critérios formais e procedimentais, se não também a critérios materiais. Junto a isto, tem também grande importância a existência dos tribunais constitucionais (chamados assim ou de outra maneira) que fazem um papel de controle de constitucionalidade das leis.”

² Uma abordagem do conjunto da obra de Viehweg pode ser encontrada em Roesler, 2004.

³ Esta não é a posição de Zagrebelsky (2003:22 e 33) que prefere considerar que as diferenças são tamanhas a ponto de invocar a metáfora de uma transformação genética.

⁴ Nunca é demais lembrar o leitor de que estamos trabalhando com “tipos ideais” em sentido webberiano, ou seja, os processos sociais que aqui encontram alguma descrição foram reduzidos a seus traços mais abstratos e gerais e por isso mesmo não correspondem fielmente ao que ocorreu nas diferentes realidades das quais foram extraídos.

⁵ Referimo-nos aqui às revoluções burguesas que fazem com os antigos regimes europeus sejam profundamente alterados, bem como à

revolução industrial e suas conseqüências para a organização social do trabalho.

⁶ Teubner (1988:37) citando Max Weber expressa da seguinte forma esta característica do direito moderno: “A racionalidade formal do sistema jurídico reside na circunstância de que os juristas se orientam por normas abstractas e universais, ou, mais concretamente, de que no tráfico jurídico ‘tanto material como processualmente apenas são tomados em consideração os aspectos gerais e inequívocos da facticidade social’”.

⁷ De modo magistral, Zagrebelsky (2003:32) resume o pano de fundo dessa pretensão de coerência e de completude: “En este panorama, el monopolio político-legislativo de una clase social relativamente homogénea determinaba por si mismo las condiciones de la unidad de la legislación. Su coherencia venía asegurada fundamentalmente por la coherencia de la fuerza política que la expresaba, sin necesidad de instrumentos constitucionales *ad hoc*. Dicha coherencia era un presupuesto que la ciencia jurídica podía considerar como *rasgo lógico* del ordenamiento, sólidamente construido sobre la base de algunos principios y valores esenciales y no discutidos en el seno de la clase política: los principios y valores del Estado nacional-liberal.”

⁸ Isto não significa, obviamente, que os demais ramos do Direito não existam de maneira independente. O que se quer reafirmar aqui é o predomínio da “mentalidade” jusprivatística neste modelo.

⁹ Cfe. Faria, 1989:31: “Já na perspectiva do Estado dito ‘intervencionista’, a fórmula legitimadora de sua ação regulatória depende de sua eficácia tanto em promover a despolitização dos conflitos para repolitizá-los de modo controlado quanto em ampliar a prontidão generalizada para aceitação de suas decisões independentemente de seu conteúdo, permitindo-lhe assim garantir o engajamento e a mobilização dos diferentes grupos e classes sociais em torno da ordem vigente.”

¹⁰ Cfe. Barcellona; Cotturri, 1976:144-147: “La técnica que ambicionaba presentarse como técnica de mediación de todo el mercado, como la ‘estructura’ misma del mercado, al perder relevancia éste (por el desarrollo de los monopolios y de la intervención pública) pierde toda

su carga hegemónica entre las técnicas de mediación.”

¹¹ Uma excelente abordagem dessa problemática pode ser encontrada em Neves, 1994.

¹² Daí a noção de “Constituição Dirigente”, ou seja, daquela Constituição que traz em si um projeto de vida social que deve ser implementado. A respeito dessa noção e da polêmica sobre a sua adequação aos dias atuais, vide Coutinho, 2003.

¹³ Cfe. Faria, 1994: 29: “Os ‘casos difíceis’ ocorrem quando, em face de um determinado litígio, não há regras jurídicas claras, unívocas e/ou auto-aplicáveis, exigindo do juiz um grau maior de discricionariedade para decidi-lo neste ou naquele sentido; para tanto, o aplicador é obrigado a se valer de ‘princípios gerais’ - o que o leva, muitas vezes a promover a ‘criação judicial’ do direito.”

¹⁴ Um bom exemplo de teoria que explora esta nova face do sistema jurídico pode ser encontrada em Ferraz Jr., 1978.

¹⁵ Cfe. Faria, 1994:23. “Na medida em que o uso do direito como instrumento de direção e promoção social tem por objetivo a consecução de um equilíbrio material entre os diferentes setores, grupos e classes sociais, a idéia da ‘justiça’ inerente ao sistema legal acaba sendo pensada como um princípio de ‘balanceamento’ de interesses irreduzíveis a uma medida universal e geral. Esta é a razão pela qual esse sistema destaca-se por suas normas com propósitos compensatórios, redistributivos e protetores, rompendo com o princípio da igualdade formal de todos os sujeitos de direito no âmbito de um mesmo ordenamento jurídico. É por esse motivo que a lei já não é mais tratada como sinônimo de direito, ou seja, como se este se reduzisse somente a um texto legal, passando a ser concebido apenas como uma peça - importante, é certo, mas ao lado de outras - do processo de realização das instituições jurídicas. Nesta linha de raciocínio, as normas jurídicas só podem ser aplicadas de modo legítimo e eficaz quando conectadas hermeneuticamente com a realidade social e econômica, integrando-a como parte necessária do sistema legal.”

¹⁶ Para facilitar o acesso do leitor, os textos de

Viehweg serão referenciados sempre em duas versões, em alemão e em português, para a obra *Topik und Jurisprudenz* e em alemão e espanhol, para a coletânea dos ensaios e artigos.

¹⁷ Para um aprofundamento dessa idéia pode-se consultar Ballweg, 1969: 257-264.

¹⁸ Viehweg faz, aqui, uso dos estudos de Fritz Schulz sobre o Direito Romano e a forma dos juristas romanos de com ele trabalhar. Para aprofundar, vide Schulz, 1990.

¹⁹ A este respeito afirma Ballweg, 1969: 261: “Dans la doctrine de base, il s’agit d’une idéologie, dans lesquelles les buts de la société sont formulés. Il s’agit d’une interprétation universelle de la réalité sociale, dans le sens plus large, avec une fonction sociale évidente”.

²⁰ Sobre isso afirma Garcia Amado, 1988: 227: “Desde el punto de vista de la finalidad a que estos tipos de pensamiento se orientan, podemos decir que, según VIEHWEG, el pensamiento dogmático se propone reflexionar sobre una opinión que no se cuestiona, sino que se entiende dotada de autoridad y cuya legitimidad se da por sentada de antemano. Determinadas fórmulas se toman como dogmas, ya sean leyes u otros equivalentes, y se hacen objeto de estudio, pero teniendo en cuenta que no se pueden modificar o dejar de lado. Frente a ello, como hemos visto, el modo de pensar investigador hace su objetivo de lo que para el pensar dogmático es una prohibición: el cuestionamiento, crítica y examen continuado de todo tipo de contenidos, presupuestos y métodos.”

²¹ Cfe. Luhmann, 1983: 27: “La característica más importante en el concepto de la dogmática para la comprensión habitual es la *prohibición de la negación*; la no-negabilidad de los puntos de partida de las cadenas de argumentación. Están sustraídos a la crítica.”

²² Neutro porque admite que sempre existe uma ideologia em vigor em uma determinada Sociedade e não a avalia nem de modo positivo e nem negativo. Não é utilizada, neste sentido, a concepção marxiana de ideologia como encobrimento da realidade, embora ela também possa ser relacionada à discussão.

DWORKIN E A TENTATIVA DE UM CONSTITUCIONALISMO APAZIGUADO

DWORKIN AND THE TRIAL OF A PACIFIED CONSTITUTIONALISM

VERA KARAM DE CHUEIRI*
MELINA GIRARDI FACHIN**

Recebido para publicação em setembro de 2005

Resumo: O presente artigo reconhece a inexorabilidade dos compromissos republicanos e democráticos que estão na base da teoria do direito moderna e que, assim, pode ser traduzida através da gramática do constitucionalismo e das constituições contemporâneas. Os princípios que significam o constitucionalismo, isto é, *rule of law*, soberania popular e tutela dos direitos fundamentais não têm, entre si, uma relação tranqüila, apaziguada, mas, sim, tensa a instigar novas possibilidades teóricas para o direito. É justamente a partir desta dificuldade (ou das possibilidades surgidas para a teoria do direito da impossibilidade de realização de um constitucionalismo apaziguado) que este artigo começa, discutindo, inicialmente, a noção de princípio, a partir de Ronald Dworkin e, posteriormente, a tensa relação que se estabelece entre os princípios que caracterizam o constitucionalismo e que se revela na dificuldade de acomodar as demandas democráticas por identidade com as demandas liberais por autonomia e diferença.

Palavras-chave: Princípio. Constitucionalismo. Identidade e diferença.

Abstract: This paper recognizes the inexorable link between republican and democratic commitments, which is at the basis of modern theory of law and could be translated by the grammar of constitutionalism and contemporary constitutions. Principles such as the rule of law, popular sovereignty and the protection of fundamental rights do not have a peaceful but tense relationship among themselves. Yet this tense relationship brings about new theoretical possibilities to law. It is exactly from this point, that is, from the possibilities that came up to legal theory from the impossibility of accomplishing a peaceful constitutionalism that this paper begins. Firstly, it discusses the notion of principle from Dworkin's point of view. Secondly, it stresses the tense relationship among principles that characterize constitutionalism showing the difficult in accommodating democratic demands for identity with liberal demands for autonomy and difference.

Key Words: Principle. Constitutionalism. Identity and difference.

“We have an institution that calls some issues from the battleground of power politics to the forum of principle. It holds out the promise that the deepest, most fundamental conflicts between individual and society will once, someplace, finally, become questions of justice. I do not call that religion or prophecy. I call it law”.

Ronald Dworkin (in *A Matter of Principle*)

1. Introdução

A teoria do direito no limiar do século vinte e um pode ser referida a partir da inexorabilidade dos compromissos re-

publicanos e democráticos que estão na sua base. Em outras palavras, a teoria do direito neste século pode ser bem traduzida através da gramática do constitucionalismo e das constituições contemporâneas. Fide-

* Professora Adjunta de Direito Constitucional do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da UFPR. Doutora em filosofia, New School for Social Research, NY.

** Bacharelada do curso de direito da UFPR. Bolsista de pesquisa CNPq-PIBIC/UFPR desde 2004. Monitora da disciplina de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFPR.

lidade aos princípios do *rule of law* e da soberania popular, bem como a proteção dos direitos fundamentais nos remete à origem do constitucionalismo, como também à impossibilidade de uma relação amena entre eles. Assim, se por um lado a relação que se estabelece entre o princípio da *rule of law*, da soberania popular e a tutela dos direitos fundamentais¹ tornou-se, ao longo do século vinte, cada vez mais problemática, por outro instigou novas possibilidades teóricas para o direito. É justamente a partir desta dificuldade (ou das possibilidades surgidas para a teoria do direito da impossibilidade de realização de um constitucionalismo apaziguado) que este trabalho se justifica.

Importa ressaltar, ainda, que as questões provocadas pela gramática constitucional resignificaram as relações jurídicas, e o direito de um modo geral, aproximando *o jardim da praça* (SALDANHA, 1986). Essas profundas alterações ensejaram mudanças estruturais dentro da própria doutrina e na interpretação da principiologia constitucional. Os princípios fundamentais passam a ser, desta maneira, o núcleo da Constituição – fonte irradiante da força normativa – e, por consequência, a dar sentido ao que lhe é adjacente. Daí, o texto constitucional, cujo fundamento repousa na dignidade, passar a ser compreendido como o referencial de justiça de uma comunidade política, uma vez que se apresenta como o principal garantidor dos direitos fundamentais de todos os cidadãos. Conforme afirma Canotilho, “o direito do Estado Democrático de Direito do século XIX e da primeira metade do século XX é o direito das regras e dos códigos; o direito do Estado Constitucional Democrático e de Direito leva a sério os princípios, é um direito de princípios” (CANOTILHO, 2001: p. 226).

Se a tensão experimentada pelos princípios que caracterizam o constitucionalis-

mo contemporâneo trouxe interessantes e significativas consequências para a teoria jurídica (e é sobre isto que este artigo, em parte, versará), a própria noção de princípio – para além da norma/regra jurídica – levou os teóricos do direito, especialmente os positivistas² (CHUEIRI, 2004: 166), a repensar a estrutura fechada, auto-ferente, técnica ou mitologicamente, inquebrantável do sistema jurídico. Daí a primeira parte do artigo (ítem 2) tratar da questão dos princípios³, os quais serão aqui identificados, a partir de Dworkin, nos direitos que possuem os cidadãos sob a égide da constituição, isto é, verdadeiros trunfos de que dispõem os cidadãos nas sociedades democráticas, em face da força (ou coerção) que constitui e conserva o estado (de direito). Em seguida (ítem 3), discutir-se-á o consitucionalismo, a partir dos princípios que o caracterizam e sua relação com a constituição, sublinhando o difícil (senão impossível) diálogo que se trava entre eles (os princípios).

2. Princípio

Conceitualmente, o princípio diz respeito a um tipo de norma, cuja observação é uma exigência de justiça ou equidade, ou ainda, de alguma outra dimensão da moral⁴ (DWORKIN, 1982: 22). Ele se diferencia do que Dworkin chama de *policy*, isto é, um tipo de norma, cujo objetivo é o bem-estar geral da comunidade, no sentido do seu *improvement* econômico, político e social. A exemplo, o artigo 1º, inciso III da Constituição brasileira se refere à dignidade da pessoa humana, materialmente compreendida, como um de seus fundamentos, o que, dito de outra maneira, trata-se de um princípio fundamental do nosso sistema constitucional, pois sua observação é, incontestavelmente, uma exigência de justiça ou equidade ou ainda, de alguma outra dimensão da moral.

Parcela expressiva da doutrina refuta o princípio da dignidade da pessoa humana como valor concretizável, recepcionado pelo ordenamento jurídico porque este não possuiria uma aplicabilidade concreta. Consoante afirmou Luís Roberto Barroso, à época da promulgação da Constituição: “Dignidade da pessoa humana é uma locução tão vaga, tão metafísica, que embora carregue em si forte carga espiritual, não tem qualquer valia jurídica” (BARROSO, 2000: 196). A compreensão do conteúdo da dignidade da pessoa humana, como uma concepção puramente abstrata, é, todavia, restrita. Não obstante as origens de sua fundamentação teórica remontem ao jusnaturalismo e racionalismo kantiano, a dignidade da pessoa humana tem sido uma noção, historicamente, edificada, e é significativa que tenha seu significado temporalmente marcado, dependente de considerações conjunturais. A localização (espaço-temporal) do conteúdo do princípio não pode negar a sua aplicação. De modo especial, essa negativa é, criticável quando, para contrapor as possibilidades de concretização de direitos por meio de tal princípio, se realça o seu viés ideal, pré-constituído e perenemente válido. Neste sentido, afastar a incidência permanente do princípio é recusar a transformação dos conceitos (jurídicos) ao longo do processo histórico.

Neste sentido, o princípio se diferencia da norma jurídica, tal qual o positivismo a compreende (é argumentativamente mais forte e sofisticado do que ela para sustentar pretensões jurídicas), seja em Kelsen ou em Hart⁵ (DWORKIN, 1982: 76), na medida em que argumentos de princípio justificam uma decisão política ao mostrar que esta respeita ou garante algum direito individual ou coletivo (DWORKIN, 1982: 82). “Uma decisão jurídica baseada em princípios não é facilmente objetável por razões de política, uma vez que a dimensão

política que se lhe atribui não redunde em expedientes imediatistas de consecução da felicidade geral, leia-se, mendigadas doses de bem comum, mas, sim, no *enforcement* dos direitos individuais ou coletivos” (CHUEIRI, 1995: 75). Daí defender a tese de que o juiz, singular ou coletivamente, deva fundamentar suas decisões em princípios⁶, a despeito das regras jurídicas que se aplicam na base do *tudo ou nada*: se o fato descrito por determinada regra é dado, então ela, e somente ela é válida e sua aplicação enquanto resposta à pretensão em questão deve ser aceita. Isto significa que havendo conflito de regras será válida apenas aquela escolhida como *funcionalmente* mais importante. Este mecanismo de autoregulação do sistema - de regulação dos conflitos pelas próprias regras que dele fazem parte - é um dos traços característicos do positivismo jurídico.

Dworkin parte da premissa de que o direito positivo não pode se esquivar de um conteúdo moral, o qual resulta da formação da vontade política do legislador e dos compromissos políticos estabelecidos na esfera pública. Neste caso, aplicar ou fazer valer um direito demanda um exercício hermenêutico, na busca do melhor argumento que, baseado em um princípio, por exemplo, o da dignidade da pessoa, é capaz de justificar uma decisão jurídica, relativamente ao direito demandado. Nessa toada, a atividade interpretativa é pressuposto necessário para a aplicação das normas jurídicas, conforme anota Paulo Bonavides: “Não há norma jurídica que dispense interpretação” (BONAVIDES, 1980: 268).

Na esteira da atividade hermenêutica, Dworkin (e a sua noção de princípio) dá um significativo passo ao trazer conteúdos morais para a identificação do direito, opondo-se, claramente ao positivismo de Hart, para quem a fonte do direito é o que permite identificá-lo como tal. Dworkin

desloca, assim, a questão da validade das normas, que da autoridade de uma norma fundamental (*rule of recognition* em Hart, ou *Grundnorm* em Kelsen) passa a ser pensada em termos da coerência das mesmas no sistema jurídico-constitucional. Daí a sua afirmação de que a autoridade do direito é antes uma questão de princípios sobre os direitos dos cidadãos, do que uma questão relativa à norma jurídico-positiva. Isto é, a autoridade do direito depende das considerações acerca das interpretações, moralmente relevantes, dos princípios que estão firmemente estabelecidos no direito positivo, especialmente na constituição. Se obedece ao direito na medida em que esta obediência é uma questão de princípio, cujo sentido paradigmático é o da igualdade, segundo o qual não é suficiente tratar todos os cidadãos como iguais mas, acima de tudo e, em qualquer circunstância, tratá-los com igual respeito e consideração (*to treat them with equal concern and respect*)⁷ (HELLER, 1998: 215). Desta forma, as práticas jurídicas (o direito como tal) deveriam ser interpretadas à luz do princípio da igualdade e, por isso (ou por causa dele), elas são dotadas de autoridade, isto é, se impõem e obrigam.

Há, assim, dois níveis em que a noção de princípio atua: internamente em oposição à de política, consubstanciando o nervo da teoria da *adjudication* de Dworkin e, externamente, em oposição à regra jurídica, determinando o debate com o positivismo jurídico de Hart. Não obstante, é na atividade judicial que o binômio princípios/políticas ganha relevância ao determinar a compreensão e consecução de uma teoria das decisões judiciais não só mais interessante e sofisticada, mas, sobretudo, mais democrática, na medida em que constrói um espaço (democrático) de interação entre a filosofia, a política, a moralidade, a ética e o direito.

Nesta perspectiva, apesar das lacunas existentes no sistema jurídico, haverá sempre um princípio sobre o qual o julgador poderá apoiar sua decisão. Princípio este que não é um artifício metafísico, mas, sim, algo interpretado, de maneira articulada e consistente, a partir das práticas sociais e jurídicas da comunidade. Eis o que Dworkin chama de *tese da resposta certa* (*right answer thesis*). Os princípios proporcionam uma descrição e justificação geral das estruturas jurídica, política e moral da comunidade em questão.

Por outro lado, a *resposta certa* significa que através de um exercício de interpretação o juiz chegará à uma decisão sobre direitos, baseada em um princípio, isto é, “judicial decisions enforce existing political rights...If the thesis holds, then institutional history acts not as a constraint on the political judgment of judges but as an ingredient of that judgment because institutional history is part of the background that any plausible judgment about the rights of an individual must accommodate” (DWORKIN, 1982: 87). O adjetivo *certa* (*right*) que qualifica a melhor decisão pressupõe o substantivo *right* (direito) que justifica, por sua vez, a atitude do intérprete ou juiz ao decidir com base em princípios. Em outras palavras, a *resposta certa* de Dworkin pressupõe sua tese dos direitos e, de um ponto de vista mais amplo, sua teoria das decisões judiciais pressupõe sua teoria do direito, a qual se funda sobre a pretensão política liberal de que os direitos fundamentais dos cidadãos devem ser protegidos da força coercitiva do Estado. Isto significa que o ponto mais fundamental da prática jurídica é orientar e limitar o poder do governo e do Estado.⁸ A força monopolizada pelo Estado é legítima, na medida em que é exigida e autorizada pelos direitos dos cidadãos, os quais fluem das decisões políticas passadas que, historicamente, os garantiram⁹ (DWORKIN, 1986: 93).

2.1 Equal concern and respect

É importante lembrar que os direitos a serem protegidos através das práticas jurídicas estão fundados no mais fundamental direito de igual respeito e consideração. Em uma passagem do *Sovereign Virtue*, Dworkin acredita que: “(w)e are now united in accepting the abstract egalitarian principle: government must act to make the lives of those it governs better lives, and must show equal concern for the life of each. Anyone who accepts that abstract principle accepts equality as a political ideal, and though equality admits of different conceptions, these different conceptions are competing interpretations of that principle” (DWORKIN, 2000: 128). Dworkin é intransigente ao defender a igualdade como sentido último que se deve atribuir à prática jurídica¹⁰, desde a sua visão, moral e politicamente, liberal. Essa igualdade que é *the nerve of liberalism*¹¹ (DWORKIN, 1986: 183) exige que o governo trate todos os seus cidadãos como titulares de igual respeito e consideração.

A considerar o conflito entre igualdade e liberdade Dworkin observa que os liberais tendem mais em favor da primeira do que da segunda, ao passo que os conservadores fazem o contrário. “So we must reject the simple idea that liberalism consists in a distinctive weighting between constitutive principles of equality and liberty. But our discussion of the idea of equality suggests a more fruitful line. I assume...that there is a broad agreement within modern politics that the government must treat all its citizens with equal concern and respect” (DWORKIN, 1985: 191). Se se aceitar a igualdade de recursos como a melhor concepção de igualdade distributiva, a liberdade torna-se, assim, um aspecto da igualdade e não um ideal político distinto a conflitar com ela

(DWORKIN, 2000: 121). Vale dizer, liberdades, moralmente importantes, como a de expressão, religião, convicção, orientação sexual, só tem sentido (e devem ser protegidas), se tornarem melhor a vida das pessoas, na medida em que lhes possibilitarem alcançar um nível respeitável de igualdade substancial.

Dworkin defende estas liberdades (moralmente fundamentais), sob o argumento de que elas devem ser protegidas, conforme a melhor visão do que seja a igualdade distributiva, isto é, “the best view of when a society’s distribution of property treats each citizens with equal concern” (DWORKIN, 2000: 122). A idéia de comunidade é nuclear, pois a distribuição igual de recursos depende de um processo de decisões coordenadas, no qual as pessoas que respondem por seus próprios interesses, devam ser capazes de identificar o verdadeiro ônus dos seus planos individuais às outras pessoas e, assim, trabalharem nestes planos, desejando, nada mais do que a justa divisão dos recursos, a princípio, disponíveis a todos.

Sem um grau substancial de liberdade é impossível alcançar a igualdade de recursos pretendida, pois esta última depende da competência do processo de discussão e escolha que ela gera. “So liberty is necessary to equality, according to this conception of equality ... because liberty, whether or not people do value it above all else, is essential to any process in which equality is defined and secured. That does not make liberty instrumental to distributional equality any more than it makes the latter instrumental to liberty: the two ideas rather merge in a fuller account of when the law governing the distribution and use of resources treats everyone with equal concern” (DWORKIN, 2000: 122-123). As liberdades acima mencionadas são fundamentais para decidir em favor da

igualdade, enquanto outras, como a econômica, são importantes na medida da sua limitação (pelo poder público).

Há aqui a combinação da pretensão liberal de respeitar a esfera individual, especialmente no que concerne às liberdades de expressão, convicção religiosa, filosófica e política, orientação sexual com a pretensão democrática de melhor (re)distribuição de recursos. Isto permite dizer que a compreensão que Dworkin tem do direito serve como justificção de um tipo de liberalismo que pode ser chamado de *egalitarian-liberalism* (ARATO e ROSENFIELD, 1998: 04).¹²

Pois bem, retomando a idéia de que a interpretação jurídica é uma questão de princípios, os quais expressam os valores morais e políticos da comunidade, o juiz ao interpretar tais princípios, também leva em consideração seus próprios valores morais e políticos como membro desta comunidade. Isto significa que a interpretação no/do direito não pode ser arbitrária restando sobre os gostos e opiniões particulares do intérprete. Ela deve, pois, ser consistente e coerente com os valores morais e políticos da comunidade a que pertence o intérprete. Poder-se-ia dizer, então, que a melhor interpretação das práticas que constituem o direito, isto é, a melhor *resposta* que o aplicador do direito pode dar é aquela que parte do sentido da igualdade acima referido (e a partir dele compreendido o das liberdades moralmente fundamentais), numa comunidade que, efetivamente, compartilha tais valores. Talvez aqui resida a dificuldade ou limitação da teoria de Dworkin a considerar a nossa experiência político-constitucional (e a nossa experiência comunitária).

2.2 coerência

Dworkin compreende o direito como um fenômeno social, cuja prática é argu-

mentativa. “Legal practice is an exercise in interpretation not only when lawyers interpret particular documents or statutes but generally.... I propose that we can improve our understanding of law by comparing legal interpretation with interpretation in other fields of knowledge, particularly literature. I also expect that law, when better understood, will provide a better grasp of what interpretation is in general” (DWORKIN, 1985: 146). Este argumento traz uma alternativa para o dilema descrição versus prescrição, pois assume que as proposições jurídicas não são meramente descritivas, relativamente ao direito e sua história, ou simplesmente valorativas. Elas são interpretativas da história jurídica combinando elementos de descrição e valoração, mas diferente de ambas (DWORKIN, 1985: 147). Neste ponto, a idéia de narrativa é essencial à compreensão do direito de Dworkin. O intérprete ou participante não compreende as proposições como algum tipo de descrição ou como as preferências políticas daquele que as formula, mas sim como parte da história jurídica que ele interpreta, isto é, como parte de uma narrativa.

O que é interessante nesta atitude interpretativa que define o direito é que, através dela, a prática (re)interpretada tem sua forma alterada a encorajar novas (re)interpretações, de forma que a prática se altera, dramaticamente, neste processo em que cada etapa é interpretativa daquilo que é realizado (DWORKIN, 1986: 48).

Conforme aponta Habermas, Dworkin “looks to an ambitious theory that enables one, especially in hard cases, to justify the individual decision by its coherence with rationally reconstructed history of existing law... Coherence between statements is established by substantial arguments..., and hence by reasons that have the pragmatic property of bringing about

a rationally motivated agreement among participants in argumentation” (HABERMAS, 1996: 211). Os positivistas, a exemplo de Kelsen, rejeitam este entendimento, pois do seu ponto de vista, o direito é constituído por normas jurídico-positivas e as proposições jurídicas são proposições acerca de como as coisas são no direito, isto é, no âmbito das normas e não como deveriam ser. Neste sentido, o ponto de vista do participante ou intérprete assemelha-se ao ponto de vista de um observador externo, a exemplo da atitude cognitiva do cientista jurídico ao descrever seu objeto de análise.

A coerência de que fala Dworkin e que se revela na sua idéia da *chain of law* satisfaz a exigência de certeza e legitimidade, relativamente ao sistema do direito. Assim, a justificação da decisão do juiz é sua coerência com a história reconstruída do direito existente. Uma narrativa jurídica coerente demanda consistência entre os princípios e as decisões políticas passadas e, ainda, consistência entre as convicções morais do juiz e os princípios gerais da ética. A tarefa jurisdicional, torna-se, pois, a de ‘descobrir’ os princípios “in the light of which a given, concrete legal order can be justified in its essential elements such that all the individual decisions fit into it as parts of a coherent whole” (HABERMAS, 1996: 212). A decisão judicial é parte da narrativa (do direito que se constrói), à qual o próprio juiz se compromete, de forma que sua criatividade resta, precisamente, no ato de ‘descobrir’ um conjunto coerente de princípios que justifique a história institucional de um dado sistema jurídico no sentido exigido pela equidade, pela justiça e pelo devido processo legal.¹³ A decisão do juiz, que não por acaso Dworkin nomeia de *Hercules*¹⁴, demanda ainda a integridade, no sentido de conceber (e respeitar) o direito como um todo, a despeito

da compreensão do direito como um conjunto de decisões tomadas, livremente, em nome de interesses estratégicos.

Coerência significa consistência em princípio, a qual “requires that the various standards governing the state’s use of coercion against its citizens be consistent in the sense they express a single and comprehensive vision of justice” (DWORKIN, 1986: 134). Essa ‘*single and comprehensive vision of justice*’ que torna o direito bastante consistente depende da (está visceralmente ligada à) idéia de integridade. Isto é, a integridade é a chave para a melhor interpretação construtiva das práticas jurídicas e, também, para os juízes decidirem os casos ditos difíceis. A integridade faz com que a comunidade tenha uma interpretação virtuosa da sua prática jurídica. Assim, o direito é definido, ou melhor, narrado, através de uma atitude compreensiva, interpretativa e reflexiva que torna cada cidadão responsável pelos compromissos públicos da sua comunidade com os princípios.

A integridade é o valor desta consistência ética e moral e também o âmbito da comunidade liberal-democrática de Dworkin, na qual os direitos são respeitados com base no direito mais fundamental ao igual respeito e consideração. Segundo Dworkin, “(w)e accept integrity as a distinct political ideal and we accept the adjudicative principle of integrity as sovereign over law because we want to treat ourselves as an association of principle, as a community governed by a single and coherent vision of justice and fairness and procedural due process in the right relation” (DWORKIN, 1986: 405).

Nas democracias liberais o princípio da integridade só pode ser preservado se os juízes garantirem um lugar significativo às interpretações controversas dos princípios da equidade, da justiça e do devido processo legal. O direito como integridade

torna o conteúdo do direito dependente de concretas e sofisticadas interpretações da prática jurídica.

2.3 integridade

Gostaria de retornar ao conceito de integridade, pois ele reitera a idéia do governo das leis, como também a idéia democrática de que a comunidade política se vincula através de obrigações ditas associativas (DWORKIN, 1986: 198-215).¹⁵, se manifestando através de uma única voz, que é a voz do seu povo. A integridade é um ideal político que deve se ajustar e justificar a estrutura e prática constitucional da comunidade, afirmando e exigindo o compromisso com os princípios da equidade, da justiça e do devido processo. Para tanto, a integridade demanda uma atitude interpretativa em relação à estrutura e prática constitucional da comunidade que a melhor revele, conforme já se disse há pouco.

Em outras palavras, a integridade é um princípio central para uma comunidade política *liberal-igualitária*, pois impõe sentidos fraternais, comunitários às obrigações que se estabelecem entre os cidadãos. Vale dizer, os cidadãos aceitam serem governados por normas, pois resultantes do tipo de compromisso e obrigações que eles próprios construíram e reconstruíram ao longo do tempo. A integridade é uma base política e moralmente progressista para um conceito liberal-igualitário do direito.

Ao afirmar que a integridade deve se ajustar e justificar a estrutura e prática jurídica da comunidade e que os juízes deveriam decidir de acordo com ela, Dworkin enfatiza a natureza interpretativa do direito¹⁶, na medida em que aplicar o direito (*to enforce the law*) requer que se interprete o sistema jurídico como expressando um coerente conjunto de princípios. Os juízes ao

interpretar o sistema jurídico procuram por princípios implícitos entre e por trás dos explícitos (DWORKIN, 1986: 217).

Pois bem, a discussão acerca da noção de princípio, tal qual Dworkin a concebe na sua teoria do direito, não só parte da crítica que ele faz ao positivismo de Hart, como também ao convencionalismo e ao pragmatismo jurídico¹⁷, mas, ainda, oferece uma interessante possibilidade para a teoria constitucional: o reconhecimento de um sistema constitucional formado por princípios e políticas, para além das normas jurídicas em sentido estrito; a fundamentalidade do papel dos princípios para determinação da abertura formal e significação material do sistema; a assunção do princípio da igualdade como princípio constitucional de maior peso e importância; a necessidade de uma atitude interpretativa do julgador comprometida com a igualdade; o sentido do direito constitucional como resultado das práticas jurídico-constitucionais, historicamente consideradas, e que se revela através das decisões judiciais dos tribunais que exercem, de maneira consistente, a jurisdição constitucional¹⁸; e, finalmente, a tentativa de se (re)construir um sistema constitucional hercúleo, que dê respostas certas para o direito e para a política. Do que foi acima pontuado, queremos, a partir de agora, voltar a nossa atenção para o último ponto, qual seja a tentativa de se (re)construir um sistema constitucional que dê respostas certas às questões jurídicas, como também, às questões políticas que lhe são postas. A esta tentativa, eu chamei no início deste artigo, de ‘constitucionalismo apaziguado’.

3. Tentativa de um constitucionalismo apaziguado

O constitucionalismo está, via de regra, relacionado à constituição escrita, embora nem todas as constituições escritas

atendam às demandas do constitucionalismo, relativamente à soberania popular, ao Estado de direito, à supremacia da constituição, à separação dos poderes, à democracia (participativa e representativa), ao respeito e garantia dos direitos fundamentais e à autodeterminação dos povos.¹⁹

Contemporaneamente, aumentou o número de constituições, cujos textos aderiram às estas teses fundamentais do constitucionalismo. A exemplo, a constituição brasileira de 1988, nos seus artigos iniciais (1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º e 7º) assume, expressamente, o compromisso com as teses do constitucionalismo moderno, sem transigir quanto à imposição de limites aos poderes do Estado, à aderência ao estado democrático de direito e à proteção dos direitos fundamentais, incluídos neste elenco de direitos, também os de natureza coletiva, social e difusa. Ainda que o constitucionalismo não dependa da existência de uma constituição escrita, no atual contexto das sociedades complexas, tem-se que a sua realização -não sem tensões- está àquela atrelada.

É justamente sobre as tensões que existem entre os princípios que dão sentido ao constitucionalismo (e cuja importância para uma maior abertura do sistema constitucional foi discutida nos itens anteriores deste artigo) que a seguir se tratará.

É importante também lembrar as dificuldades enfrentadas pelo constitucionalismo contemporâneo no campo da sua realização, da sua afirmação prática. Bem diz Sarlet que estamos vivendo um *mal-estar constitucional* (SARLET, 1998) já que o Estado Democrático de Direito não saiu do papel para grande parte da população. Deste modo, esse abismo entre o texto e sua afirmação prática deve servir de impulso para superar a gramática do constitucionalismo tradicional que lhes nega aplicabilidade/eficácia. Nas palavras de Anebelle

Macedo Silva: “A contínua concretização de tais normas compromissórias pode, de fato, servir como progressiva construção do consenso social acerca do conteúdo das disposições contrapostas, sendo a concretização jurisdicional um dos legítimos veículos institucionais para o embate entre os interesses dos grupos sociais opostos. Ao revés, a frustração simplista da efetividade de tais disposições, através de fórmulas superficiais e reducionistas tais como o caráter exclusivamente programático de certas disposições constitucionais, ausência de normatividade de normas-princípio, ilegitimidade do Judiciário decorrente da separação de poderes, dentre várias máximas do rosário da teoria constitucional da inefetividade induz ao fenômeno da constitucionalização simbólica (SILVA, 2005: apresentação).” É este arco entre a aplicabilidade da norma *in abstracto* e o resultado decorrente da efetiva aplicabilidade desta que deverá ser traçado.

3.1 Constitucionalismo e constituição: identidade e diversidade

A relação entre o constitucionalismo e a constituição, conforme bem diz o professor Michel Rosenfeld, implica em um outro tipo de relação (ou troca) que é a que se dá entre a reafirmação ou reforço das identidades e a preservação da diversidade. “The roles that may be assumed by constitutionalism and constitutions in relation to the interplay between identity and diversity are complex and multifaceted” (ROSENFELD, 1994: 04). A tensão entre identidade e diversidade decorre do caráter multicultural das sociedades contemporâneas, nas quais as identidades entram em disputa, relativamente às diferenças de classe social, crença religiosa, etnia, orientação sexual, ideologias, entre outras (ver caso anexo). Não é tão óbvio como estas

identidades devam ser combinadas para se adequar aos princípios fundamentais do constitucionalismo²⁰, todavia não se pode escapar deste cenário diverso e da dificuldade (ou impossibilidade) que ele gera para a efetivação do constitucionalismo, através das constituições contemporâneas. Neste sentido, afirma Rosenfeld, que “the pursuit of the central values embodied in constitutionalism only makes sense in relation to sociopolitical settings that can be constructed as revolving around the two opposite poles of identity, and diversity or difference” (ROSENFELD, 1994: 04). Vale dizer, o constitucionalismo traduzido nos princípios da soberania popular, do Estado de Direito, da democracia, da supremacia da constituição, da separação dos poderes e da proteção dos direitos fundamentais nos faz enfrentar o conflito entre identidade e diversidade. Se do lado do direito, especialmente a partir de Dworkin e das considerações feitas nos itens precedentes, é possível pensar em uma resposta (certa) que dê conta de erradicar esse antagonismo, do ponto de vista da política, tal empreitada torna-se difícil, se não impossível.

A teoria do direito de Dworkin é uma possível resposta (certa) para apaziguar os conflitos na esfera da aplicação do direito, das decisões judiciais, sobretudo em face da sua atitude crítica e hermenêutica em relação à função jurisdicional. Ela propõe decisões jurídicas que engendram uma provisória estabilidade ao que é, intrinsecamente, conflituoso: a demanda por direitos.

O direito como integridade é uma (hercúlea) tentativa de se assegurar, de um lado e, na medida do (im)possível, respostas consistentes do direito que evitam o perigo da auto-referência e da indeterminação e que, por outro lado, acalmam a tensão entre direitos e democracia. Toda-

via, apesar do esforço heróico de Dworkin (e de Hércules), o sistema jurídico-constitucional não é capaz de garantir decisões articuladas fundadas em uma visão singular e coerente da equidade, da justiça e do devido processo legal. Assim, a realização do direito como integridade depende de respostas que escapam do sistema jurídico-constitucional, pois estão em outro lugar, isto é, para além dele, na esfera da política democrática e seus conflitos.

Dworkin, conforme o que até agora foi aqui apresentado e discutido, é crédulo de que as respostas dadas pelos tribunais à tensão inerradicável que move as sociedades políticas pluralistas e democráticas são, não somente, as corretas, mas as melhores: “our concept of law ties law to the present justification of coercive force and so ties law to adjudication: law is a matter of rights tenable in court” (DWORKIN, 1986: 400-1).²¹ Neste sentido, é significativo que seu juiz paradigmático se chame Hércules, pois somente juízes com superpoderes seriam capazes de decidir de acordo com a integridade: sopesando demandas individuais com objetivos comunitários. Hércules teria como tarefa equilibrar as demandas individuais baseadas na idéia de autonomia com as demandas coletivas ou comunitárias baseadas na idéia de identidade. Assim, sendo fiel ao direito como integridade, Hércules responderia a ambas as demandas, a liberal que clama por autonomia e liberdade e que implica no respeito à pluralidade e diferença e a democrática que clama por identificação coletiva, segundo a qual, os indivíduos se reconhecem como uma comunidade identificada em princípios. Decidindo (ou respondendo) desta forma, Hercules triunfaria no *Império do Direito*, ao satisfazer a exigência por estabilidade nas sociedades complexas e plurais (como a nossa), na medida que ele equalizaria a demanda por

direitos, com a demanda por uma sociedade equânime e justa, isto é, uma comunidade de princípios.

Interessante (ou irônico) que o próprio Dworkin reconhece a contingência das conseqüências dos princípios da justiça, da equidade e do devido processo, de maneira que, não importando a retidão da resposta de Hércules, esta acaba não sendo absoluta ou incondicional.

A ‘certeza’ da resposta certa de Hércules pode ser, ainda mais problemática, pelo fato de que a coerência ou integridade requerida pelo sistema jurídico nem sempre é alcançada através da atitude interpretativa articulada por Dworkin. Como observa Habermas, “(t)he theory of judge Hercules reconciles the rationally reconstructed decisions of the past with the claim to rational acceptability in the present, it reconciles history with justice. However, this presupposes that judges such Hercules act, consistently, over time yet there is no guarantee that this will happen” (HABERMAS, 1996: 213). É possível que, em face de princípios que não são coerentes entre si, o juiz (Hércules) falhasse na construção de uma resposta consistente, comprometendo a idéia de certeza jurídica²² e a demanda por uma aplicação legítima do Direito, na medida em que ele teria que buscar respostas em outra esfera do que a do sistema jurídico, isto é, nas lutas que acontecem na arena política.

Daí, recolocar a questão dos princípios que fundam o constitucionalismo e sua relação com a constituição em outro lugar, para além do Direito, no qual uma solução apaziguada seria tão impossível quanto comprometedor dos conteúdos dos próprios princípios. De dentro do sistema jurídico-constitucional (e na esteira de Dworkin) é possível se ter respostas, todavia provisórias, à questão da identidade e da diversidade, dos direitos e da

justificação do poder do Estado. Dworkin certamente não concordaria com esta afirmação, mas é esta crítica que este artigo busca articular.

De fato, o Direito como integridade nos lembra que o Direito não é e nem pode ser auto-referente, na mesma medida que não é e nem pode ser reduzido à política, “in the pejorative sense of the unprincipled, shrewd, and often manipulative quest for advantage in the political arena” (ROSENFELD, 1998: 17). A integridade no Direito, reconhecida nas práticas jurídicas, garante respostas certas (*principled*) às disputas judiciais. Na política liberal-democrática a integridade, reconhecida nas práticas políticas, também pretende dar respostas certas aos conflitos, os quais combinam demandas que são, no fundo, intrinsecamente excludentes, ou melhor, que são impossíveis de serem harmoniosamente articuladas.

A crença numa sociedade, na qual as pessoas sejam tratadas com igual respeito e consideração e se vinculem através de obrigações associativas ou comunitárias, dividindo um alto nível de identificação é, em certo sentido, romântica. Isto é, não se pode fechar os olhos para as diferentes identidades que as pessoas têm enquanto membros de uma comunidade, das diferentes posições de classe que elas ocupam e dos diferentes níveis de poder que elas possuem. Mas, “a consciência disto mesmo não tem que matar nosso direito à utopia e nosso direito ao sonho. Porque a utopia ajuda a fazer o caminho. Porque sonhar é preciso, porque o sonho comanda a vida” (NUNES, 2003: 123).

Isso significa que a concretização da igualdade em qualquer sociedade implica em arranjos, relativamente aos direitos e às obrigações, os quais acarretam algum ônus às pessoas. Esse ônus poderia ser mensurado no reconhecimento do caráter contingente de toda identidade. Conforme diz

Hart, “(t)hough the claim that liberal rights are derived from the duty of governments to treat all their citizens with equal concern and respect has the comforting appearance of resting them on something uncontroversial... this appearance dissolves when it is revealed that there is an alternative interpretation of this fundamental duty from which liberal rights could not be derived but negations of many liberal rights could.” (HART, 1983: 226) O que Hart aponta é que a sociedade liberal pensada por Dworkin e seus compromissos com a igualdade podem ser controversos, de forma a afetar a própria idéia de identidade e consenso, na qual ela está fundada. Por exemplo, quando o direito à igual respeito e consideração se traduz no direito à liberdade sexual, é possível que este seja protegido e aplicado pelos tribunais, mas com algum custo em relação à identidade que caracteriza a sociedade enquanto tal.²³

Dworkin evita a tensão entre as demandas democráticas por identidade e as demandas liberais por autonomia e diferença, assumindo que em uma sociedade liberal democrática não há desacordo entre identidade e autonomia, mas ambas se apóiam uma na outra. Contrariamente a este entendimento, sustentamos que qualquer tentativa de proteger e concretizar os princípios do constitucionalismo, especialmente em relação aos direitos fundamentais, deve assumir a inevitável e constante tensão entre identidade e diferença. Isto significa que uma vez que se tenha que responder à esta tensão, o direito o fará, sempre, de maneira contingente, assumindo sua limitação diante dos conflitos que estão além da arena jurídica, em outro lugar: na arena política da democracia liberal, do constitucionalismo, cuja paradoxal estrutura pede por uma permanente negociação “between political forces which always establish the hegemony of one of them” (MOUFFE, 2000: 05).

4. considerações finais (ou para além do constitucionalismo apaziguado)

Pois bem, o que finalmente fica é a sensação de desafio colocada pelo constitucionalismo para o direito e suas teorias a instigar novos caminhos que, ao serem percorridos (e não há outra maneira), nos permitem pensar a frente, em termos de um outro tempo, de um devir, que não é senão a transformação do presente. Que esse tempo que virá, esse futuro, é indeterminado, nós sabemos. Que em si e na sua permanente tensão ele é indecifrável, nós também sabemos. Mas quando a ação (o caminhar) acontece e o futuro assume a forma do presente (contínuo), esta (a ação) acha sua motivação, a qual, mais do que estar nas respostas dadas pelo direito ou pela política, está no chamado por justiça.

Não há discurso racional-moral que reduza os antagonismos até o seu final numa sociedade de consenso. Nem a política, nem o direito conseguem, em última análise, reconciliar os princípios que estão na base do constitucionalismo contemporâneo, como também aqueles não são entre si reconciliáveis, no sentido de um consenso final. Esta aporética construção do Estado constitucional, democrático e de direito, não significa, porém, que estamos fadados a viver em tensão, sobrestados no que não se resolve. Ao contrário, uma aporia (e assim, o Estado constitucional) requer decisão (política e jurídica), a qual, no entanto, será sempre contingente e como tal, provisória, porém, atenta ao chamamento da justiça. Como afirma Derrida, a justiça é infinita, incalculável, avessa à simetria, enquanto o direito existe no âmbito da legalidade, estável e estatutária, enquanto um sistema regulador e normativo (DERRIDA, 1990: 947).²⁴

É neste sentido da justiça como algo que está por acontecer e da possibilidade de transformação (de recriar, repensar,

reformular) que ela suscita que devemos agir. “O fato de a justiça exceder as fronteiras do jurídico e do político, e o fato de que ela não é um elemento de cálculo, não pode servir como álibi para alguém negar a responsabilidade na busca da transformação das instituições que compõem a sociedade” (KOZICKI, 2003: 151). Eis o nosso compromisso e daí essa discussão em torno do constitucionalismo e das constituições contemporâneas.

5. Anexo

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre dois homens de forma pública e ininterrupta pelo período de nove anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de gêneros. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. AUSÊNCIA DE REGRAMENTO ESPECÍFICO. UTILIZAÇÃO DE ANALOGIA E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO. A ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º da LICC). Nega-

do provimento ao apelo, vencido o Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. (Apelação Cível Nº 70009550070, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 17/11/2004) AP nº 70009550070. Rel Des Maria Berenice Dias.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, L. R. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BOBBIO, N. *A Era dos Direitos*. São Paulo: Campus, 1992.
- BODIN DE MORAES, M. C. o Conceito de Dignidade Humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, I. W. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- BONAVIDES, P. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Curso de Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2001.
- CHUEIRI, V. K. de. *Before the law: philosophy and literature*. Tese de doutorado. Graduate Faculty, New School for Social Research, NY, 2004.
- _____. *Filosofia do direito e modernidade. Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: JM, 1995.
- _____. The chain of law: How is law like literature? *Legal Philosophy: General Aspects. Concepts, Rights and Doctrines*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2002.
- DERRIDA, J. “Force of Law: the Mystical Foundation of Authority,” *Cardozo Law Review* 11: 5-6 (July/August) 1990.
- DWORKIN, R. *A Matter of Principle*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985.
- _____. *Freedom’s Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996.
- _____. *Law’s Empire*. London: Fontana Press, 1986.
- _____. *Sovereign Virtue*. Cambridge, Mass. and London: Harvard University Press, 2000.
- _____. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1982.

FLORES, J. H. *El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclée, 2000.

GRIMAL, P. *Dicionário De Mitologia Grega E Romana* Rio de Janeiro: Bertrand, 1992.

HABERMAS, J. *Between Facts and Norms*. Trans. William Rehg. Cambridge, Mass.: The MIT Press, 1996.

HART, H.L.A. "Between Utility and Rights". In: COHEN, Marshall (ed.) *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. Totowa, NJ: Rowman & Allnheld, 1983.

_____. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1972.

HELLER, A. *Além da Justiça*. Trad. Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KOZICKI, K. A política na perspectiva da filosofia da diferença. In: OLIVEIRA, M. AGUIAR, O. A., SAHD, L. F. N. A. S. *Filosofia Política Contemporânea*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003.

_____. O Problema da interpretação do direito e a justiça na perspectiva da desconstrução. O que nos faz pensar. *Cadernos do Departamento de Filosofia da PUC-Rio*, Rio de Janeiro, n. 18, p. 145-164, Set/2004.

MOUFFE, C. *The Democratic Paradox*. London, New York: Verso, 2000.

NUNES, J. A. *Neoliberalismo e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PUGGINA, M. O. A Hermenêutica e a Justiça do Caso Concreto." In: SAMPAIO, P. de A. *et ali. Ética, Justiça e Direito*. Rio de Janeiro: Vozes, 1996. p. 163-175.

ROSENFELD, M, and ARATO, A. *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*. Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press, 1998.

ROSENFELD, M ed. *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy*. Durham and London: Duke University Press, 1994.

_____. *Just Interpretations. Law Between Ethics and Politics*. Berkeley, Los Angeles and London: University of California Press, 1998.

SALDANHA, N. *Entre o Jardim e a Praça*. Porto Alegre: Fabris, 1986.

SAMPAIO, P. de A. *et ali. Ética, Justiça e Direito*. Rio de Janeiro: Vozes, 1996.

SARLET, I. W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, A. M. *Concretizando a Constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SOUSA FILHO, C. F. M. *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 1998.

NOTAS

¹ No que tange à tutela dos direitos fundamentais Joaquin Herrera Flores assevera que no cenário contemporâneo é um tema de alta complexidade, pois, a natureza normativa dos direitos humanos está diretamente relacionada com a vida concreta das pessoas. Neste mesmo sentido, acrescenta que não podemos prescindir de uma análise hodierna dos direitos humanos que parta de sua complexidade teórica e do compromisso humano que estes direitos carregam consigo.

² Hans Kelsen e Herbert L.Hart, apesar de representarem tradições jurídicas distintas (Romano-Germânica e Anglo-Americana), concordam que a autoridade do direito não pode ser pensada sem se referir à norma/regra jurídica pois, em certo sentido, aquela depende desta.

³ Os princípios serão aqui discutidos a partir das considerações que faz Ronald Dworkin acerca dos mesmos em suas obras *A Matter of Principle, Freedom's Law, Law's Empire, Sovereign Virtue e Taking Rights Seriously*.

⁴ "I call a 'principle' a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or any some other dimension of morality."

⁵ "My point was not that 'the law' contains a fixed number of standards some of which are rules others principles. Indeed I want to oppose the idea that 'the law' is a fixed set of standards of any sort. My point was rather that an accurate summary of the considerations lawyers must take into account, in deciding particular issue of legal rights and duties, would includes propositions having the form and force of principle...".

⁶ Ver decisão em anexo.

⁷ Interessante a crítica de Agnes Heller, para quem a idéia de Dworkin de *equal respect* é ilusória, na medida em que entende o igual respeito como uma categoria da igualdade (igualdade de respeito), cujo principal valor é o respeito e não a igualdade.

⁸ Esta idéia de defesa encontra-se conectada à dimensão negativa dos direitos fundamentais que os fixa como *limite e tarefa do Estado*. A partir desta noção, nota-se que esta dimensão negativa impõe a necessidade da abstenção do Estado e a demarcação de uma zona individual de não-interferência. Curiosamente, o novo código civil brasileiro, em vigor desde 11/01/2004, a dispõe, no art. 1513, que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. De algum modo e sob certo viés, restou aí reconhecido um espaço de incolumidade no seio de uma experiência de vida coletivamente limitada. Neste sentido que Ronald Dworkin (In: *Life's Dominion*, p. 306.) refere-se ao sentido *paciente* da dignidade da pessoa humana, pois, esta constitui garantia de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações.

⁹ Mais adiante nesta página, o autor afirma que “conceiving the law of a community as the scheme of rights and responsibilities that license coercion because they flow from past decisions of the right sort, leads us to the idea of the rule of law.”

¹⁰ Na teoria constitucional brasileira avulta mais coerente a tese que coloca o princípio da dignidade da pessoa humana, materialmente concebido, como núcleo do sistema constitucional. Isto porque esse princípio representa um *conteúdo comum* a todos os direitos humanos e fundamentais. Todavia, o *princípio-fundamento* enunciado no artigo 1º, par. 3º da Constituição Federal cumpre papel maior, pois “além de constituir o valor unificador de todos os direitos fundamentais que, na verdade, são uma concretização daquele princípio, também cumpre função legitimadora do reconhecimento de direitos fundamentais implícitos” (SARLET, 1998: 97). Assim sendo, esta noção de igualdade que sustenta Dworkin estaria contida no princípio da dignidade. Para Ingo Wolfgang Sarlet “não há como negar que os direitos à vida, bem como os direitos de liberdade e de igualdade correspon-

dem diretamente às exigências mais elementares da dignidade da pessoa humana” (SARLET, 1998: 97).

¹¹ Ainda no mesmo capítulo sobre liberalismo Dworkin fala sobre o que ele considera as posições políticas dos liberais: “in economic policy, liberals demand that inequalities of wealth be reduced through welfare and other forms of redistribution financed by progressive taxes. They believe that government should intervene in the economy to promote economic stability, to control inflation, to reduce unemployment, and to provide services that would not otherwise be provided, but they favor a pragmatic and selective intervention over a dramatic change from free enterprise to wholly collective decisions about investment, production, prices, and wages. They support racial equality and approve government intervention to secure it, through constraints on both public and private discrimination in education, housing, and employment. But they oppose other forms of collective regulation of individual decision: they oppose regulation of the content of political speech...and they oppose regulation of sexual literature and conduct, even when such regulation has considerable majoritarian support. They are suspicious of criminal law and anxious to reduce the extension of its provisions to behavior whose morality is controversial, and they support procedural constraints and devices, like rules against the admissibility of confessions, that makes it more difficult to secure criminal convictions.” (p. 187)

¹² Rosenfeld e Arato observam que “Dworkin would be hardly pressed to justify that his liberal-egalitarian rights are more legitimate than liberal-libertarian or conservative rights, or even those goods that loom as normatively paramount within ethical theories committed to the priority of goods over rights, if it were not for his assertion that the U.S. Constitution happens to have codified liberal-egalitarian rights and principles. But this latter assertion makes Dworkin's theory doubly vulnerable: ...it can be dismissed as merely parochial since it depends on contingent historical facts lacking importance beyond the United States; on the other hand, Dworkin's conclusions regarding the American Constitution may be attacked as being historically unwarranted”.

¹³ Para Dworkin *fairness, justice e procedural due process* subsumem a diversidade dos princípios que existem nos Estados liberais democráticos ou nas “comunidades de princípios.

¹⁴ Hércules (ou Héracles) foi o maior de todos os heróis gregos. Era filho de Zeus e Alcmena e, desde jovem, revelou seu potencial heróico: conta a literatura que, ainda no berço, estrangulou duas serpentes que a ciumenta Hera, esposa de Zeus, tinha mandado para atacá-lo. Em sua vida adulta, as aventuras de Hércules o tornaram o mais espetacular herói da mitologia grega. Em que pese as fontes literárias mais coerentes acerca da temática datarem apenas do século III a.C., citações de diversas fontes artísticas deixam claro que suas façanhas eram conhecidas dos povos antigos (GRIMAL, 1992).

¹⁵ “Associative obligations that arise from social practices are interpretative and not mechanically given through habits or conventions. For instance, it is “an open question among friends what friendship requires... The reciprocity we require for associative obligations must be more abstract, more a question of accepting a kind of responsibility we need the companion ideas of integrity and interpretation to explain. Associative obligations can be sustained among people who share a general and diffuse sense of member’s special rights and responsibilities from or toward one another, a sense of what sort and level of sacrifice one may be expected to make for another”.

¹⁶ Esse pensamento traz a colação as idéias de François Géný que, arrostando o pensamento positivo liberal, vislumbra o Direito não apenas como dado (lei), mas também como construído por meio da atuação hermenêutica criativa de seus operadores. In: CARMO, L. U. do. *Ensaio sobre a hermenêutica jurídica e suas funções*. Texto disponível no domínio: www.socejur.com.br .p. 15.

¹⁷ Dado o objeto deste artigo, não serão discutidos aqui os conceitos (e as diferenças entre) convencionalismo e pragmatismo jurídicos. Para tanto, ver Dworkin, *Law’s Empire*, capítulos quatro e cinco.

¹⁸ Nessa toada, faz-se mister trazer à colação jurisprudência da Suprema Corte Americana, berço das idéias acerca do controle de constitucionalidade, com destaque para o caso *Griswold vs Connecticut*, de 1965, no qual a Suprema Cor-

te, no exercício dos afazeres concretos de uma verdadeira jurisdição constitucional, invalidou lei ordinária estadual que proibia a comercialização e utilização de anticoncepcionais com fulcro no *right of privacy*.

¹⁹ Este elenco de princípios ou demandas do constitucionalismo não é exaustivo, todavia concentra os/as mais fundamentais, relativamente ao seu núcleo duro. Acerca da origem e evolução do conceito de autodeterminação nos explica Marés: “Sob a cultura de que não pode haver nem território, nem povo, sem Estado, o direito à autodeterminação dos povos passou a ser o direito a constituir-se em Estado. Nas décadas de 60 e 70 deste século, grandes movimentos de libertação nacionais agitaram o mundo com guerras marcadas por atos heróicos de povos inteiros, que acabaram destruindo antigos e sedimentados impérios coloniais e até mesmo infringindo derrotas ao que se chamou imperialismo norte-americano. Os povos em armas logo se transformaram em Estados carentes de políticas, de mercado e de leis. A autodeterminação dos povos se converteu, a partir da criação dos Estados em autodeterminação dos próprios Estados. A vitória dos povos nos campos de batalha transformava-se em vitória do Estado e do Direito estatal. A partir da constituição do Estado livre e soberano, com uma Constituição que garante direitos individuais, não se poderia mais falar de povos integrantes deste Estado, mas somente de um povo, que corresponderia a toda a população daquele território, este é o dogma do Estado contemporâneo. Os povos minoritários passaram a ser oprimidos, ter suas manifestações culturais proibidas, perderam seus direitos de povo e, no máximo, adquiriram direitos individuais de cidadania e de integração. É a versão constitucional da política integracionista. Aos Estados assim constituídos ficou transferido o direito de autodeterminação. Quer dizer, autodeterminação dos povos, significa ainda hoje, autodeterminação dos Estados nacionais. Exatamente aí radica a dificuldade dos organismos internacionais, e os Estados nacionais que os criam, em aceitar a denominação **povo** quando se referem aos indígenas, buscando subterfúgios como populações ou pessoas.” (MARÉS DE SOUZA FILHO, 1998: 77)

²⁰ Essa idéia resta bem demonstrada na passagem que afirma: “O único princípio universal pensável é a liberdade que possibilita cada povo viver segundo seus usos e costumes e transformá-los, quando desejável e necessário, em Constituições rígidas, após inventar sua própria forma estatal de organização.” (MARÉS, 1994) Trabalho publicado em espanhol na série documentos de ILSA, Bogotá. Corrigido para o Seminário Internacional “Ciência, cientistas e tolerância”.

²¹ A propósito, “(j)udicial review insures that the most fundamental issues of political morality will finally be set out and debated as issues of principle and not political power alone, a transformation that cannot succeed, in any case not fully, within the legislature itself. That is important beyond the importance of actual decision reached in courts so charged” (DWORKIN, 1985: 70).

²² Em que pese o sistema jurídico dever oferecer aos seus destinatários segurança haja visto o imperativo da estabilidade das relações inter-humanas, avulta claro que a segurança jurídica não é o escopo exclusivo do direito. Antes dele, exurgem outros princípios de maior relevância, a exemplo da dignidade da pessoa humana e da justiça material.

²³ A propósito ver a decisão em anexo.

²⁴ “Antes de mais nada, a responsabilidade judicial exige um compromisso em atender ao chamado da justiça. Isto implica no reconhecimento da insuperável separação entre direito e justiça, desmistificando os conteúdos legais como intrinsecamente justos. Assim, atender a este chamado significa assumir a responsabilidade, envolvida em cada decisão, de repensar e justificar o direito passado e outras categorias jurídicas, ao invés de meramente repeti-los” (KOZICKI, 2004: 160).

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS E DO DIREITO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO

THE RIGHTS OF THE PERSONALITY IN THE PERSPECTIVE OF THE HUMAN RIGHTS AND THE CONSTITUCIONAL LAW OF THE WORK

CARLOS HENRIQUE BEZERRA LEITE*

Recebido para publicação em setembro de 2005

Resumo: Trata-se de artigo que tem por objeto analisar os conceitos fundamentais dos direitos da personalidade na perspectiva dos direitos humanos e do direito constitucional do trabalho no ordenamento jurídico brasileiro. Buscar-se-á demonstrar que os trabalhadores e os empregadores também possuem direitos da personalidade e que a violação a tais direitos pode caracterizar danos morais antes, durante ou após a extinção do contrato de trabalho.

Palavras-chave: Direitos humanos. Direitos da personalidade. Direito constitucional. Direito do trabalho. Danos morais.

Abstract: One is about article that has for object to analyze the basic concepts of the rights of the personality in the perspective of the human rights and the constitutional law of the work in the Brazilian legal system. One will search to demonstrate after that the workers and the employers also possess rights of the personality and that the breaking to such rights can characterize pain and suffering before, during or the extinguishing of the employment contract.

Key words: Human rights. Rights of the personality. Constitutional law. Right of the work. Pain and suffering.

1. Introdução

Embora os gregos e os romanos já lançassem as primeiras luzes sobre a proteção da pessoa humana, pode-se dizer que a doutrina dos direitos da personalidade surgiu no século XIX, sendo seu precursor *Otto Von Gierke*.

É certo, porém, que foi o cristianismo responsável pela idéia da dignidade humana, ao proclamar a vinculação existencial do homem a Deus, rompendo, assim, com as concepções políticas dos romanos acerca do conceito de pessoa - *status libertatis, civitatis e familia*.¹

Em decorrência do Iluminismo (séculos XVII e XVIII), época em que se desenvolveu a teoria dos direitos subjetivos, surgem os primeiros textos fundamentais que positivaram a proteção da pessoa humana, como o *Bill of Rights*, em 1689, a Declaração de Independência das Colônias Inglesas (Declaração de Independência dos EUA), em 1776, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada em 1789, até chegarmos à Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, cujo art. 1º deixa bem claro que a liberdade, a igualdade e a dignidade são inerentes a todo ser humano, *in verbis*:

* Professor Adjunto de Direitos Humanos e Direito do Trabalho da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais (PUC-SP). Procurador Regional do Trabalho. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho.

“Artigo 1º - Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.”

No que concerne à constitucionalização dos direitos de personalidade, destacam-se a Constituição alemã, de 1949, a Constituição portuguesa, de 1976 e a Constituição espanhola, de 1978, cujo art. 10 preceitua que a dignidade da pessoa humana, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos das demais pessoas são fundamento da ordem política e da paz social.

No Brasil, somente com a promulgação da Constituição de 1988, que consagrou a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III), houve a positivação expressa dos direitos de personalidade nos arts. 5º, *caput*, V, X e XXXVI, ao considerar invioláveis os direitos à vida, a intimidade, à vida privada, à imagem e à honra das pessoas, assegurando a indenização por danos materiais e morais decorrente de sua violação.

Tais direitos são meramente exemplificativos, tendo em vista que o § 2º do art. 5º da Carta Magna prescreve que os direitos e garantias nela expressos “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

No plano infraconstitucional, em harmonia, pois, com a *Lex Legum*, temos o novo Código Civil Brasileiro, de 2002, cujos arts. 11 a 21 são dedicados aos direitos da personalidade.

No que tange à interdisciplinaridade entre os direitos da personalidade e os direitos sociais trabalhistas surge o seguinte problema: os direitos sociais dos trabalhadores são direitos fundamentais? os traba-

lhadores são destinatários dos direitos da personalidade? Em caso de resposta afirmativa, a violação a direitos de personalidade do trabalhador pode ensejar dano moral? Em quais hipóteses?

O presente estudo, portanto, tem por objeto analisar essas e outras questões que gravitam em torno da aplicabilidade da teoria dos direitos da personalidade à luz dos direitos fundamentais dos trabalhadores no ordenamento jurídico brasileiro.

2. Os direitos sociais dos trabalhadores como direitos humanos fundamentais

Não é incorreto dizer que a origem dos direitos sociais se confunde com a própria história do direito do trabalho. E nesse sentido, *Mario de la Cueva* enaltece:

“El derecho del trabajo nace cuando los hombres se dan cuenta del abismo que media entre la realidad social y sua regulación jurídica, o bien, el derecho del trabajo nace cuando perciben los hombres que uno es el principio de la libre determinación de las acciones y otra cuestión distinta su efectividad social, o todavia, uno es el problema puramente psicológico de la libre determinación de las conducta y otro el problema de poder imponer la voluntad individual en las relaciones sociales; el régimen del contrato permitia imponer la voluntad del patrono, pero no la del trabajador.”²

Os direitos sociais, ao lado dos econômicos e culturais, compõem o que *T. H. Marshall* denomina de cidadania social e econômica³ que, por sua vez, pode ser compreendida como uma nova dimensão da cidadania no campo do trabalho e do mercado.⁴

Não obstante as características de indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos fundamentais, o conceito dos direitos sociais ainda não encontra a desejável uniformidade entre os teóricos.

Aliás, a dificuldade não é apenas de ordem conceitual, mas, principalmente, de ordem operacional, porquanto, como bem aponta *Norberto Bobbio*,

“o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas a sua inexequibilidade. Quando se trata de enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade, independentemente do maior ou menor poder de convicção de seu fundamento absoluto; quando se trata de passar à ação, ainda que o fundamento seja inquestionável, começam as reservas e as oposições.”⁵

Sem descuidar dos aspectos relativos à exequibilidade dos direitos sociais, mormente da relação que estes mantêm com os chamados direitos individuais homogêneos objeto desta investigação científica, colecionam-se alguns conceitos doutrinários atinentes aos direitos sociais.

José Afonso da Silva, que considera os direitos sociais como dimensão dos direitos fundamentais, salienta que eles

“são prestações positivas, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se connexionam com o direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.”⁶

Ressaltando o aspecto da igualdade, *Vicente Ráo* sublinha:

“O direito social designa o conjunto de regras que asseguram a igualdade das situações apesar das diferenças de fortunas, regras que socorrem os mais fracos, desarmam os mais poderosos...”⁷

Pinto Ferreira, inspirando-se em *A. Svolos*, restringe os direitos sociais ao campo do Direito do Trabalho, sustentando que “a inclusão desses direitos sociais do trabalho diminui a dicotomia tradicional entre o direito público e o direito privado. Processa-se, então, uma marcha para a socialização do direito.”⁸

Esse autor menciona que os direitos trabalhistas previstos no art. 7º e incisos da Constituição brasileira de 1988 são “direitos sociais e econômicos do trabalhador.”⁹

Celso Ribeiro Bastos, por outro lado, faz distinção entre direitos sociais e direitos dos trabalhadores ao assinalar que:

“Ao lado dos direitos individuais, que têm por característica fundamental a imposição de um não fazer ou abster-se do Estado, as modernas Constituições impõem aos Poderes Públicos a prestação de diversas atividades, visando o bem-estar e o pleno desenvolvimento da personalidade humana, sobretudo em momentos em que ela se mostra mais carente de recursos e tem menos possibilidade de conquistá-lo pelo seu trabalho. Pelos direitos sociais tornam-se deveres do Estado o assistir à velhice, aos desempregados, à infância, aos doentes, aos deficientes de toda a sorte etc. Não se devem confundir tais direitos com os dos trabalhadores, porque esses dizem respeito tão-somente àqueles que mantêm um vínculo de emprego.”¹⁰

Em outra obra que escrevemos sobre o tema¹¹ invocamos o art. 6º da Constituição brasileira de 1988 para dissentir dessa última posição doutrinária, uma vez que ali está dito, explicitamente, que os direitos trabalhistas também integram, ao lado da educação, saúde, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados e moradia, o elenco dos direitos sociais.

De outra parte, não se pode ignorar que o “valor social do trabalho”, na

acepção mais ampla do termo, constitui postulado básico da dignidade da pessoa humana e corolário da própria cidadania (CF, art. 1º, II, III e IV), na medida em que é exatamente o trabalho produtivo que irá evitar, em última análise, que a pessoa humana venha a necessitar daquelas prestações estatais positivas mencionadas no trecho doutrinário acima transcrito.

Além disso, os direitos sociais trabalhistas são, em certa medida, destinados a outras espécies de trabalhadores, ainda que não sejam sujeitos de uma relação de emprego típica (empregados), como os trabalhadores avulsos, os domésticos, os temporários, os servidores públicos etc.¹²

A par do problema conceitual, há outra cizânia doutrinária que pode ser resumida na seguinte pergunta: os direitos sociais dos trabalhadores são direitos fundamentais?

A resposta está a depender da concessão do legislador e, portanto, da previsão no ordenamento jurídico de cada Estado, já que, por não estarem, via de regra, revestidos do *status negativus*, não geram, por si sós, direitos às prestações positivas do Poder Público.¹³

A Constituição brasileira de 1988, alterando radicalmente a ideologia que foi observada nas Cartas anteriores, tradicionalmente individualistas e que, por tal razão, excluía os direitos sociais do elenco dos direitos humanos, inseriu esses mesmos direitos (arts. 6º, 7º *usque* 11; 170 *usque* 232) no rol dos direitos e garantias fundamentais (Capítulo II do Título II da CF).¹⁴ Daí a expressão Direitos Constitucionais Fundamentais, que se refere, sobretudo, consoante advertência de *Pinto Ferreira*,

“a uma ideologia política de determinada ordem jurídica e a uma concepção da vida e do mundo histórico, designando, no Direito Positivo, o conjunto de prerrogati-

vas que se concretizam para a garantia da convivência social digna, livre e igual da pessoa humana na estrutura e organização do Estado.”¹⁵

Outra observação importante é feita por *José Afonso da Silva*, no sentido de que a atual Constituição brasileira exalta a integração harmônica das categorias dos direitos humanos fundamentais

“mediante influências recíprocas, até porque os direitos individuais consubstanciados no seu art. 5º, estão contaminados de dimensão social, de tal sorte que a previsão dos direitos sociais (...) lhes quebra o formalismo e o sentido abstrato. Com isso, transita-se de uma democracia de conteúdo basicamente político-formal para a democracia social, se não de tendência socializante”.¹⁶

No mesmo sentido, *Flávia Piovesan* assinala que o

“texto de 1988 ainda inova ao alargar a dimensão dos direitos e garantias, incluindo no catálogo de direitos fundamentais não apenas os direitos civis e políticos, mas também os direitos sociais (ver capítulo II do título II da Carta de 1988). Trata-se da primeira Constituição brasileira a integrar, na declaração de direitos, os direitos sociais, tendo em vista que nas Constituições anteriores as normas relativas a estes direitos encontravam-se dispersas no âmbito da ordem econômica e social, não constando do título dedicado aos direitos e garantias. Nesta ótica, a Carta de 1988 acolhe o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, pelo qual o valor da liberdade se conjuga ao valor da igualdade, não havendo como divorciar os direitos de liberdade dos direitos de igualdade”.¹⁷

No que é seguida por *Luís Roberto Barroso*:

“Modernamente, já não cabe indagar o caráter jurídico e, pois, a exigibilidade e

acionabilidade dos direitos fundamentais, na sua tríplice tipologia. É puramente ideológica, e não científica, a resistência que ainda hoje se opõe à efetivação, por via coercitiva dos chamados direitos sociais. Também os direitos políticos e individuais enfrentaram, como se assinalou, a reação conservadora, até sua final consolidação. A afirmação dos direitos fundamentais como um todo, na sua exequibilidade plena, vem sendo positivada nas Cartas Políticas mais recentes, como se vê do art. 2º da Constituição portuguesa e do preâmbulo da Constituição brasileira, que proclama se o país um Estado democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais”.¹⁸

Na mesma esteira, assinala *Dorothee Susanne Rüdiger* que os “direitos fundamentais, direitos civis e políticos e direitos econômicos e sociais deixam de ser direitos do cidadão para se tornarem direitos da humanidade.”¹⁹

A bem ver, a atual Constituição brasileira encontra-se em perfeita sintonia com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado na XXI Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas, em *New York*, a 19 de dezembro de 1966, o qual passou a fazer parte do direito positivo brasileiro a partir de 24 de abril de 1992.²⁰ Esse tratado internacional considera, em linhas gerais, que os direitos sociais, culturais e econômicos são inerentes à dignidade da pessoa humana e que o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, só pode ser concretizado à medida em que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos.

A Constituição brasileira de 1988 é, pois, na sua essência, uma Constituição do Estado Social,²¹ na medida em que pre-

coniza, sob essa perspectiva, que os problemas atinentes a relações de poderes e exercício de direitos sejam examinados e solucionados tendo por norte os princípios e objetivos fundamentais positivados no seu Título I.

3. Distinção entre direitos de personalidade e direitos personalíssimos

Muitos juristas englobam na expressão direitos da personalidade os direitos personalíssimos e os direitos sobre o próprio corpo. Outros os separam.

Os direitos personalíssimos são os direitos que pertencem ao homem pelo fato de ser uma pessoa humana. São os direitos do homem, também chamados de direitos inatos, absolutos, originários, naturais, imprescritíveis, direitos essenciais da pessoa: vida, liberdade, honra, direito de defesa, direito de existência, direito de associação.

Os direitos sobre o próprio corpo são: direito à integridade física, direito ao próprio cadáver, direito ao nome etc. Designam também os direitos cujo exercício não se transmite por herança.

Os transplantes criaram uma revolução nos direitos sobre o próprio corpo, não havendo ainda uniformidade jurídica na matéria, que é recentíssima.

A enumeração dos direitos da personalidade varia muito entre os autores, mas de maneira geral são apontados os seguintes: corpo e vida; liberdade; honra; estado; nome; direito moral de autor; direito à própria imagem; direito à intimidade; direito ao cadáver; direito ao segredo e epistolar; direitos extrapatrimoniais ou intransmissíveis, etc.

Para os autores que não distinguem direitos personalíssimos de direitos da personalidade, incluem-se ainda os seguintes: direito de livre atividade, de locomoção, de liberdade de consciência e de culto, de

segurança, de ação, e, para os que a defendem, a propriedade.²²

Não há negar que os direitos da personalidade são espécies de direitos humanos, razão pela qual podemos afirmar que todo direito da personalidade é um direito humano, pois inerente à pessoa. Todavia, nem todo direito humano é um direito da personalidade, pois no rol dos direitos humanos há os direitos políticos, os direitos sociais e os direitos metaindividuais.

4. Conceito

A rigor, personalidade não é um direito, mas um conjunto de atributos e características da pessoa humana. É, pois, objeto do direito.

Direitos da personalidade, nas palavras de *Carlos Alberto Bittar*, são

“os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos”.²³

Para *Francisco Amaral*, “direitos da personalidade são direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual”.²⁴

Sem desmerecer os diversos conceitos ofertados pela doutrina, parece-nos mais adequado o conceito proposto por *Gagliano e Pamplona*²⁵, no sentido de que os direitos de personalidade são aqueles que têm por objeto atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e suas projeções sociais. A idéia, segundo esses autores, é criar uma “esfera extrapatrimonial do indivíduo.”

Para nós, os direitos de personalidade são espécies de direitos inerentes à dignidade humana que têm por objeto a proteção da incolumidade física, psíquica e moral da própria pessoa.

5. Natureza Jurídica dos direitos da personalidade

Duas correntes se apresentam para justificar a natureza jurídica dos direitos de personalidade: os jusnaturalistas e os juspositivistas.

Para os **jusnaturalistas**, os direitos de personalidade são inatos à natureza humana, pois o homem é feito à imagem e semelhança de Deus, razão pela qual possui atributos próprios de um ser moral.

Entre os jusnaturalistas brasileiros, podemos citar *Limongi França*, para quem é impossível limitar positivamente os direitos de personalidade, porquanto constituem faculdades inerentes à condição humana. É por isso que esse autor sustenta que por “direitos da personalidade dizem-se as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior”.²⁶

Na mesma esteira é o entendimento de *Carlos Alberto Bittar*,²⁷ ao afirmar que os direitos da personalidade constituem direitos inatos, correspondentes às faculdades normalmente exercidas pelo homem, relacionados a atributos inerentes à condição humana, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo.

Por outro lado, os **juspositivistas** advogam que os direitos de personalidade somente existem porque inseridos nos textos legislativos, ou seja, é o Estado quem os cria e reconhece, permitindo, assim, a sua justiciabilidade. Nesse sentido, leciona *De Cupis* que “não é possível denominar os direitos da personalidade como ‘direitos inatos’, entendidos no sentido de direitos respeitantes, por natureza à pessoa”.²⁸

De nossa parte, pensamos que o fato de a Constituição e o Código Civil terem expressamente positivado alguns direitos de personalidade, sem excluir outros de-

correntes dos princípios, do regime e dos tratados internacionais firmado pelo Brasil (CF, art. 5º, § 2º), a discussão sobre a sua natureza jurídica dos direitos da personalidade perde importância prática, porquanto adverte *Gustavo Tepedino* que “a rigor, a lógica fundante dos direitos da personalidade é a tutela da dignidade da pessoa humana.”²⁹

6. Características

Inovando substancialmente em relação ao pretérito sistema de direito privado, o Código Civil Brasileiro, de 2002, dedicou especificamente os arts. 11 a 21 aos direitos da personalidade, nos seguintes termos:

“Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”

Interpretando as normas supratranscritas, *Gagliano e Pamplona Filho*³⁰ sustentam que os direitos de personalidade são:

a) **absolutos**, por serem oponíveis *erga omnes*;

b) **gerais**, porque são outorgados a todas as pessoas, pelo simples fato de existirem;

c) **extrapatrimoniais**, pela inexistência, em regra, de um conteúdo patrimonial direto, aferível objetivamente, embora a sua lesão possa implicar efeitos econômicos. Fala-se “em regra”, porque alguns direitos de personalidade possuem valor comercial, como é o caso dos direitos autorais;

d) **indisponíveis**, já que nem por vontade própria da pessoa, o direito de personalidade, em princípio, pode mudar de titular. É o que dispõe o art. 11 do CC 2002. Uma exceção é o direito autoral com conteúdo patrimonial, pois este pode ser objeto de disponibilidade pelo autor;

e) **imprescritíveis**, porque inexistente prazo para o seu exercício. O Eg. TST, no entanto, já decidiu que ação por dano moral decorrente de violação a direito de personalidade no âmbito da relação empregatícia está sujeita à prescrição de vinte anos prevista no Código Civil.³¹

f) **impenhoráveis**, porquanto não podem ser objeto de constrição judicial (penhora), salvo, é claro, os direitos autorais que têm conteúdo patrimonial;

g) **vitalícios**, porque acompanham a pessoa desde o nascimento até sua morte. É verdade, porém, que os direitos de personalidade podem projetar-se para além da morte, tal como ocorre com a incolumidade do cadáver ou reparabilidade da honra do falecido (CC, art. 12, par. único).

7. Classificação

Com *Gagliano e Pamplona Filho*³² podemos classificar os direitos da personalidade de acordo com a proteção à:

a) **vida e integridade física**, o que implica tutelar o corpo vivo, o cadáver, a voz;

b) **integridade psíquica e criações intelectuais**, o que inclui a liberdade, as obras intelectuais, a privacidade e o segredo;

c) **integridade moral**, abrangendo a honra, o nome, a fama, a imagem, a intimidade, a identidade pessoal.

8. Os direitos da personalidade e os direitos sociais dos trabalhadores

Arnaldo Süssekind, com inteira propriedade, pontifica que:

“O cotidiano do contrato de trabalho, com o relacionamento pessoal entre o empregado e o empregador, ou aqueles a quem este delegou o poder de comando, possibilita, sem dúvida, o desrespeito dos direitos da personalidade por parte dos contratantes. De ambas as partes – convém enfatizar ...”³³

Assim, os empregados e os empregadores podem ser vítimas de dano moral, ou de “dano não-patrimonial”, conforme o conceito preferido pela doutrina alemã e italiana.

A CLT somente prevê norma expressa sobre direitos de personalidade:

a) nos arts. 482, alínea *j*, e 483, alínea *e*, que consideram motivo justo para resolução do contrato de trabalho a lesão à ofensa à honra e boa fama;

b) no art. 373-A, inciso VI, introduzido pela Lei n. 9.799, de 26/05/1999, que veda a revista íntima na empregadas.

A omissão do texto consolidado deve-se, sobretudo, como salienta *Estevão Mallet*, à

“visão reducionista do legislador, que tratou da relação de emprego como se nela as obrigações das partes se restringissem à prestação do trabalho pelo empregado, de um lado, e ao pagamento da remuneração pelo empregador, de outro lado. Tudo ficou limitado ao plano meramente patrimonial, o que se mostra tanto mais injustificável quanto é certo que, sendo o empregado, sempre e necessariamente, pessoa física (art. 3º, da CLT), os direitos de personalidade encontram-se inevitavelmente em

causa em todo e qualquer contrato de trabalho.”³⁴

Sem embargo da autorização do parágrafo único do art. 8º da CLT para a aplicação subsidiária do Código Civil 2002, o certo é que a própria Constituição Federal de 1988, por ser a fonte primária de todo o ordenamento jurídico brasileiro, já é condição suficiente para sanar a lacuna do texto consolidado.

Aliás, o trabalhador é antes uma pessoa humana e como tal também possui atributos essenciais decorrentes de sua dignidade.

A bem ver, na relação empregatícia o empregador exerce poderes como corolário do direito de propriedade, ficando o trabalhador num estado de subordinação jurídica e, não raro, de dependência econômica. É exatamente em função desse conflito entre os poderes do empregador e a subordinação do trabalhador que surgem as lesões aos direitos da personalidade do trabalhador.

9. Titularidade

Nas relações jurídicas tuteladas pelo direito do trabalho, o trabalhador é o natural titular dos direitos de personalidade. Afinal, os destinatários dos direitos fundamentais sociais são os trabalhadores e não o empregador (CF, art. 7º).

O contrato de trabalho tem aspectos especiais em relação a outros tipos de contratos. A relação de desigualdade econômica e a subordinação jurídica em que se encontra o trabalhador frente ao empregador é um deles, em função do que há maiores possibilidades do primeiro ser atingido moralmente por ato ou omissão do segundo.

Todavia, como já salientado anteriormente, o empregador também pode ser titular de direito da personalidade.

A jurisprudência (STJ, Súmula 227) já havia acenado pela extensão de alguns direitos de personalidade às pessoas jurídi-

cas, como o direito à imagem e ao nome, o que levou o legislador a positivizar tal entendimento no art. 52 do Código Civil de 2002, segundo o qual é aplicável à pessoa jurídica, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.

10. As lesões aos direitos de personalidade nas relações sociais de trabalho

São inúmeras as hipóteses de lesões aos direitos de personalidade do trabalhador.

Focalizaremos, a seguir, aquelas que têm sido mais corriqueiras na práxis forense.

10.1. Proteção à Vida

A violação ao direito à vida e à integridade física pode ocorrer na hipótese de exposição do empregado a risco ou a agentes agressivos à sua saúde, o que é reforçado pelo art. 7º, inciso XXIII, da Constituição.

10.2. Direito ao Nome

Pode ocorrer violação a este direito de personalidade quando o empregador utilizar indevidamente o “nome” do empregado e abrir uma empresa laranja, isto é, uma empresa de “fachada.”

Também não é lícito ao empregador, sem prévia autorização do empregado, usar o nome deste em propaganda, comercial ou não.

10.3. Proteção à Intimidade

Desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, já estava prevista, no art. XII que:

“Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

A proteção à intimidade e vida privada está assegurada na Carta Magna no art. 5º, X, segundo o qual “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

São exemplos de violação à intimidade nas relações empregatícias, a revista íntima (CLT, art. 373-A, VI) e a utilização de câmeras em vestiários ou banheiros, o assédio moral e o assédio sexual.

11. O dano moral na relação de emprego

A Constituição de 1988 consagrou a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III) e positivou os direitos de personalidade nos seus arts. 5º, *caput*, V, X e XXXVI, ao considerar invioláveis os direitos à vida, a intimidade, à vida privada, à imagem e à honra das pessoas, assegurando a indenização por danos materiais e morais decorrente de sua violação.

O dano moral consiste na lesão que emerge da violação de determinados interesses não-materiais, porém reconhecidos como bens jurídicos protegidos, inerentes à personalidade do ser humano, podendo também alcançar os valores extrapatrimoniais reconhecidos à pessoa jurídica ou mesmo a uma coletividade de pessoas.

A reparação do dano moral encontra-se difundida e aceita, sobretudo com o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, consolidado no já citado art. XII, da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

No Brasil, desde a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, o dano moral passou a ter assento Constitucional em seu art. 5º, inciso V e X:

“Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade,

à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...) V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...) X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

Com bem ressalta *Maurício Godinho Delgado*, o

“dano moral decorrente da violação da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas - e sua respectiva indenização reparadora - são situações claramente passíveis de ocorrência no âmbito empregatício”.³⁵

Na verdade, a indenização por danos não é matéria totalmente alheia à CLT, pois o art. 480 permite ao empregado cobrar um ressarcimento pelos prejuízos decorrentes do rompimento antecipado do contrato a termo.

Igualmente, dentre as causas de rescisão contratual indireta, está a lesão à honra e à boa fama do empregado ou de pessoa de sua família (CLT, art. 483, alínea e), bem como a norma prevista no art. 482, alínea k, da mesma Consolidação, que assegura ao empregador a resolução do contrato de trabalho do empregado, por atos lesivos à sua honra.

Há, ainda, na CLT normas que proíbem o trabalho prejudicial à moralidade do adolescente (arts. 405 a 407).

Ademais, todo ato de discriminação praticado pelo empregador implica, via de regra, lesão a direitos da personalidade do empregado que pode empolgar ação de indenização por danos morais.

12. Hipóteses mais comuns de danos morais na relação de emprego

O dano moral pode ocorrer antes, durante e após a extinção do contrato de trabalho.

12.1. Na Fase Pré-Contratual

O dano moral pode ocorrer durante o processo de seleção, entrevista e treinamento, com coação por assédio sexual, exames físicos degradantes ou vexatórios, publicidade maliciosa ao candidato homossexual ou aidético. Também pode caracterizar dano moral a discriminação para contratar trabalhadores por motivo de sexo, religião, raça, situação familiar etc.

12.2. No Curso Do Contrato De Trabalho

O dano moral, como já afirmado alhures, pode ocorrer nas hipóteses contempladas nos artigos 482, “j” e “k”; 483 “e”, da CLT, bem como nas hipóteses de atos lesivos ao nome, à honra e à imagem do empregado, assédio sexual, assédio moral, revistas íntimas ou degradantes. Além disso, em todos os casos de discriminação praticados pelo empregador por motivo de raça, cor, sexo, idade, estado civil, religião, gravidez etc.;

12.3. Após A Extinção Do Contrato De Trabalho

Pode caracterizar o dano moral quando o empregador dá informações desabonatórias e inverídicas de seu ex-empregado à pessoa que pretende contratá-lo. Pode ocorrer discriminação patronal depois de findo o contrato quando o empregador inserir o nome do empregado nas chamadas “listas negras”.

13. Conclusões

Como síntese da abordagem interdisciplinar entre os direitos da personalidade

e os direitos sociais trabalhistas, passamos a responder às duas principais indagações formuladas na introdução.

A doutrina dos direitos da personalidade surgiu no século XIX, mas foi o cristianismo responsável pela idéia da dignidade humana, ao proclamar a vinculação existencial do homem a Deus.

A Constituição brasileira de 1988 encontra-se em perfeita sintonia com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o qual passou a fazer parte do direito positivo brasileiro a partir de 24 de abril de 1992, razão pela qual em nosso sistema os direitos sociais dos trabalhadores são direitos humanos e devem ter o mesmo tratamento dispensado aos direitos civis e políticos.

A Carta de 1988 consagrou a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III), o que permitiu a positivação dos direitos de inviolabilidade à vida, à intimidade, à vida privada, à imagem e à honra das pessoas, assegurando indenização por danos materiais e morais decorrente de sua violação.

Os direitos de personalidade são espécies de direitos inerentes à dignidade humana que têm por objeto a proteção da incolumidade física, psíquica e moral da própria pessoa.

Os empregados e os empregadores são titulares de direitos da personalidade e podem ser vítimas de danos morais.

Na relação empregatícia o empregador exerce poderes como corolário do direito de propriedade, ficando o trabalhador num estado de subordinação jurídica e econômica e, em razão disso, o ambiente de trabalho se torna fértil para as lesões aos direitos da personalidade do trabalhador.

As violações aos direitos da personalidade do trabalhador podem ocorrer antes, durante ou depois de extinto o contrato de trabalho.

A indenização por dano moral decorrente de violação a direitos da personalidade encontra fundamento no art. 5º, V e X, da CF, sendo essas normas perfeitamente aplicáveis no âmbito das relações em que figurem trabalhadores e empregadores.

NOTAS

¹ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 4.a ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 243.

² DE LA CUEVA, Mario. *Derecho mexicano del trabajo*. México: Porrúa, sd, p. 266-267.

³ MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*, p. 88, apud TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 269

⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *A cidadania multidimensional na era dos direitos*. In: TORRES, Ricardo Lobo [coord.]. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 269.

⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 24.

⁶ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 258.

⁷ RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 155

⁸ FERREIRA, Pinto. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 173.

⁹ *Ibid.*, p. 174.

¹⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 259.

¹¹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Instituição e direitos sociais dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 1997., p. 24-25.

¹² Aos trabalhadores domésticos (CF, art. 7º, parágrafo único), aos trabalhadores temporários (Lei n. 6.019/74), aos servidores públicos (CF, art. 39, § 3º) etc. não foram estendidos todos os direitos sociais trabalhistas. Cf. Carlos Henrique Bezerra Leite, op. cit., p. 27-48.

¹³ TORRES, Ricardo Lobo, op. cit., p. 279.

¹⁴ É importante assinalar que o § 2º do art. 5º e o art. 7º *caput* da CF apontam no sentido de

que o rol de direitos fundamentais não é *numerus clausus*. É o que convencionou chamar de princípio da não-tipicidade dos direitos fundamentais.

¹⁵ FERREIRA, Pinto. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 52.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 168-169.

¹⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2000., p. 55.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 106.

¹⁹ RÜDIGER, Dorothee Susanne (coord.). *Tendências do direito do trabalho para o século XXI*. São Paulo: LTr, 1999, p. 17-32.

²⁰ Vigente no Brasil desde 24.4.92: DL n. 226, de 12.12.91 (aprovação); D. n. 591, 6.7.92 (promulgação).

²¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 336.

²² CHAVES, Antônio. *Lições de direito civil (parte geral, III)*. São Paulo: Bushatsky, 1972, *passim*.

²³ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2.a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 01.

²⁴ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 4.a ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 243.

²⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, v. I, p. 144.

²⁶ FRANÇA, Limongi Rubens. *Instituições de direito civil*. 3.a. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 1033.

²⁷ Op. cit., p. 07.

²⁸ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961, p. 18.

²⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Cidadania e os direitos da personalidade*. Revista Jurídica Notadez. Porto Alegre, ano 51, n. 305, p. 24-39, mar. 2003, p. 11.

³⁰ Op. cit., p. 151-152.

³¹ Segundo o TST, a indenização decorrente de ação na qual o empregado obtém reparação por dano moral não constitui crédito trabalhista mas crédito de natureza civil resultante de ato praticado no curso da relação de trabalho. Por isso, o prazo prescricional a ser adotado na Justiça do Trabalho quando se discute a existência de dano moral é o previsto no Direito Civil (20 anos) e não o existente no ordenamento jurídico-trabalhista (cinco anos a contar do ajuizamento da ação). A decisão é da Seção Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) do Tribunal Superior do Trabalho e favorece diretamente o médico responsável pela implementação do plano de assistência médica para os empregados da Companhia Metropolitana de São Paulo, quando o metrô da capital paulista ainda estava

sendo construído (TST E-RR 08871/2002, Rel. Min. Lélío Bentes Correa).

³² GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, v. I, p. 157.

³³ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Tutela da personalidade do trabalhador*. Revista LTr, mai/95, p. 595. In: TEIXEIRA FILHO, João de Lima et alii. *Instituições de Direito do Trabalho*. 17 ed. atual. v. 1. São Paulo: LTr, 1997. p. 637.

³⁴ MALLET, Estevão. *Direito, trabalho e processo em transformação*. São Paulo: LTr, 2005, p. 18.

³⁵ DELGADO, Maurício Godinho. Direitos da personalidade (intelectuais e morais) e contrato de emprego. *Revista Síntese Trabalhista*, Porto Alegre: Síntese, n. 125, nov. 1999, p. 5 *et seq.*

MOTIVAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

MOTIVATION AND REASONING OF JUDICIAL DECISIONS AND THE PRINCIPLE OF LEGAL CERTAINTY

CARLOS AURÉLIO MOTA DE SOUZA*

Recebido para publicação em setembro de 2005

Resumo: As indefinições sobre conceitos jurídicos não favorecem a clareza dos textos de lei, regulamentos ou decisões judiciais. Para entender o que é *fundamentação das decisões judiciais*, será oportuno distinguir entre *motivar* e *fundamentar*. O ensaio pretende analisar a dinâmica do convencimento dos juízes no interior do processo intelectual de *motivação* ou *fundamentação* das sentenças. Os Códigos de Processo referem-se aos *fundamentos que motivaram o convencimento do juiz*, mas a Constituição Federal, posterior, foi de precisão maior ao ordenar a *fundamentação* de todas as decisões judiciais. A *motivação*, operação lógico-psicológica do juiz, deve se apresentar como justificação das circunstâncias fáticas e jurídicas e determinar a individualização axiológica das razões de decidir. A priorização dos princípios, na Constituição Brasileira de 1988, reclama reflexão consequente sobre os princípios referentes aos direitos e garantias fundamentais. O poder do juiz brasileiro foi excepcionalmente dilatado para aferir a compatibilidade dos atos normativos com as regras e princípios, tais como acesso à Justiça, devido processo legal, coisa julgada e segurança jurídica. Na persuasão racional dos juízes, as normas processuais devem se referir mais às técnicas de *motivação* das questões, e os preceitos constitucionais, sobretudo os de caráter axiológico, devem ser aplicadas na *fundamentação* propriamente, que é a determinação de uma *razão suficiente* de decidir. A ênfase constitucional se dá no dispositivo ou *decisum*, única parte da sentença que faz coisa julgada, pode se tornar jurisprudência dominante, e influenciar o ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Certeza jurídica. Coisa julgada. Considerandos. *Obiter dicta*. Ordenamento jurídico. *Ratio decidendi*. Razão suficiente.

Abstract: The uncertainties of legal concepts do not favor the clearness of texts of laws, regulations or judicial decisions. In order to understand the meaning of “reasoning” of judicial decisions, it will be useful to make a distinction between to motivate and to reason. This essay intends to analyze the judges’ conviction dynamics inside the intellectual process of judgments motivation or reasoning. The Codes of Procedure refer to the elements that motivate the judge’s conviction, but the Federal Constitution, later, has been more precise in determining the reasoning of all judicial decisions. The motivation, logic-psychological process of the judge, must be the justification of the issues of fact and law that determine the axiologic individualization of the reasons to decide. The prioritization of the principles, in the 1988 Brazilian Constitution, claims consequent reflection on the general and special constitutional principles, related to the fundamental rights and warranties, which have a higher status than the infra-constitutional rules. The power of the Brazilian judge has been exceptionally enlarged to check the compatibility of the normative acts with the constitutional rules or principles, such as access to Justice, due process of law, *res judicata* and legal certainty. In the rational persuasion of the judges, the procedural rules must refer more to the motivation techniques of the issues of fact and law; the constitutional precepts, mainly the ones of axiologic character,

* Advogado. Professor e Orientador de Cursos de Pós-graduação em Direito na UNESP (Franca/SP), Mackenzie, UNIB - Universidade Ibirapuera, UniABC. Livre-docente em Teoria Geral e Filosofia do Direito pela UNESP, Mestre e Doutor pela USP. Membro do Tribunal de Ética da OAB - Seccional de São Paulo; do Instituto Jacques Maritain do Brasil (IJMB). Magistrado aposentado. Administrador do Portal Jurídico www.academus.pro.br

must focus the reasoning itself, which is the determination of a sufficient basis, as for instance reason to decide, applied to the *decisum*. The constitution emphasizes this decision, the only part of the judgment that becomes *res judicata*, and may become dominant jurisprudence, and influence the legal system.

Key Words: Legal Certainty. Consideranda. Legal system. *Res judicata*. *Obiter dicta*. Ratio decidendi. Judgment.

Introdução

Constata-se nos estudos processuais o uso corrente das expressões *motivação* e *fundamentação* da sentença, como sinônimas, sucedâneas ou ambivalentes. Pode-se, contudo, diferenciar ou distinguir, nestes termos, matizes próprios de cada um, a fim de que seu uso se torne apto a uma melhor aplicação no campo doutrinário, profissional e jurisprudencial. As indefinições sobre conceitos básicos dos termos jurídicos não favorecem a clareza dos textos, sejam leis, regulamentos ou as próprias decisões judiciais. Tais conceitos podem ser explicitados, para compreensão dogmática de suas funções em relação às finalidades do processo judicial.

Convém à doutrina avançar uma distinção lógico-jurídica, com embasamento na lingüística, na epistemologia e mesmo na filosofia. Mas, haveria utilidade prática em se investigar e aprofundar uma análise deste teor? É possível uma teoria da fundamentação das decisões judiciais com base na distinção epistemológica entre *motivo* e *fundamento*? E qual seria, atualmente, a justificação de uma nova conceituação?

Face a uma Teoria Geral Constitucional do Direito, consideramos três possibilidades metodológicas: a) adotar as posições correntes entre os doutrinadores, nacionais e estrangeiros, admitindo a ambivalência; b) distinguir a essência de cada expressão, para melhor definição jurídica; c) receptionar os entendimentos doutrinários para evidenciar a possibilidade de novas compreensões e análises dos fenômenos processuais.

Longos estudos e aprofundadas pesquisas enfrentaram as múltiplas questões sobre a *motivação* e/ou *fundamentação* das decisões judiciais, salientando-se renomados autores pátrios e estrangeiros. Dos primeiros destacamos os alentados escritos de José Carlos BARBOSA MOREIRA, Antonio Carlos de Araújo CINTRA, Antonio Magalhães GOMES FILHO, Ada Pellegrini GRINOVER, Cândido Rangel DINAMARCO, Nelson NERY JÚNIOR, Sérgio NOJIRI, Maria Thereza Gonçalves PERO, Teresa Arruda Alvim WAMBIER, Ovídio A. Baptista da SILVA, José Rogério Cruz e TUCCI, Kazuo WATANABE, e outros; e dos segundos, as obras definitivas de Michele TARUFFO, Chaïm PERELMAN, Guido CALOGERO, Mauro CAPPELLETTI, Ronald DWORKIN, Giuseppe ZACCARIA, *et alii*.

Este ensaio não pretende a revisão das teorias e soluções apontadas, do ponto de vista da estrutura ou natureza da motivação ou fundamentação das sentenças, mas apenas de sua dinâmica no interior do processo intelectual de formação do convencimento dos juizes, o *iter* percorrido para demonstrar ou justificar a correlação entre a demanda e a sentença.

Ao seguir metodologia lógico-jurídica, com embasamento filosófico e lingüístico, propomos especificar a terminologia usual sobre *causas*, *razões*, *motivos*, *princípios*, que justificam o sentido das expressões *motivar/motivação*, *fundamentar/fundamentação*, utilizadas sobretudo na Constituição Federal, art. 93, incs. IX e X; no Código de Processo Civil, arts. 131,

165, 458, II; no Código de Processo Penal, arts. 381, III e IV, 386, 387, 493; 375, 378 (fundamentação), 381-III (motivação); na Lei nº 9.099, de 26.09.95, sobre Juizados Especiais, art. 38, *caput*; na Consolidação das Leis do Trabalho, art. 832, *caput*; no Código de Processo Penal Militar, art. 438, “b”, “c” e “d”. Aliás, na tradição no direito brasileiro, o primeiro estatuto processual civil, Regulamento nº 737, de 25.11.1850, apontava essa regra em seu art. 232.

Como toda a atividade do juiz se concentra na discussão, ponderação, motivação e determinação¹ (escolha definitiva) de um motivo forte, relevante (argumento, razão suficiente, *ratio decidendi*), a discussão nos parece centrar-se na *motivação*, da qual emerge o *fundamento*, como razão suficiente para uma decisão justa e adequada.

A Constituição Federal de 1988, art. 93, estabeleceu um cânone superior a ser observado: todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário serão *fundamentadas* (*sob pena de nulidade*, inc. IX), e as decisões administrativas dos tribunais *motivadas* (inc. X).

O Código de Processo Civil de 1973, anterior à Constituição, empregou as mesmas expressões, mas com diferentes aplicações: o art. 458 estipula como requisitos da sentença: I – o *relatório*...; II – os *fundamentos*, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III – o *dispositivo*, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem (itálicos nossos).

Observa-se que, na segunda fase da sentença, *analisar as questões* (de fato e de direito) implica, para o juiz, em conhecer as causas, os motivos, as razões, as circunstâncias dos fatos, processo próprio do ato mental de *motivar*. Esta é, portanto, a fase da *motivação*. Na parte final do *dispositivo*, o ato de *resolver as questões* implica em apresentar o juiz uma *decisão*

fundamentada, como resultado a que chegou através da motivação.

A motivação abrange a livre convicção fundamentada (ou persuasão racional), pela qual *o juiz deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento* (art. 131). Aqui, *indicar os motivos* revela claramente que é nesta fase que o juiz forma seu convencimento (*determina qual é a decisão*), que deve declarar no dispositivo da sentença. O CPC também estabelece que além das sentenças e acórdãos, *as demais decisões serão fundamentadas*, significando, de fato, *motivadas* (art. 165).

É de se invocar o antigo CPC de 1939: ao tratar da sentença, dizia em seu art. 280 que deveria ser clara e precisa, e conter: I – o *relatório*; II – os *fundamentos de fato e de direito*; III – a *decisão*, traduzindo o que a norma pretendia, segundo a estrutura lógica de um juízo. E o art. 118, par. único, dispunha que *o juiz indicará na sentença ou despacho os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento*, enfatizando a *motivação* como o momento antecedente à sentença ou despacho. Esta norma, aliás, explicitava o inc. II do art. 280.

Ao analisar estas regras, o saudoso processualista Moacyr Amaral SANTOS (1973: 42) assim escreveu: “Desse modo, com a exposição das mais variadas operações lógicas desenvolvidas no exame dos fatos e do direito, o juiz oferece os *motivos* da decisão, os quais emergem da discussão dos fatores conducentes à formação da convicção. Por isso, a essa parte da sentença se dá a denominação de *motivação, discussão ou fundamentação*” (itálicos nossos). A nosso ver, a tônica desta fase está na *motivação*, como *discussão dos motivos*, e não na *fundamentação*, que significa o resultado final de *fundamentar* a decisão.

Vê-se, pois, que o uso corrente de expressões diferentes com a mesma co-

notação, podem trazer ambigüidades ou equívocos. Assim, v.g., o emprego das expressões *segurança jurídica* e *certeza do direito*, não só em nossa língua, como em outras (em espanhol, apenas *certeza del derecho*; em italiano, igualmente, apenas *certezza del diritto*). Em *Segurança Jurídica e Jurisprudência* (SOUZA: 1996) procuramos demonstrar que havia imprecisão em seu uso indistinto, porque a *segurança* reside na lei e denota sentido objetivo,² enquanto a *certeza* resulta da interpretação das normas, fixada na jurisprudência, e revela sentido subjetivo.

No entanto, o Constituinte de 1988 foi preciso ao distinguir *fundamentação* para as decisões judiciais (inc. IX do art. 93), e *motivação* para aquelas administrativas dos Tribunais (inc. X), pois o Legislador ideal não utiliza palavras inúteis ou sem significado próprio. A questão surge neste contexto: por quais razões o Legislador constituinte normatizou o mesmo fenômeno da *decisão* de processos, com expressões diversas, em dois incisos do art. 93 da Constituição?

Antecipamos uma primeira observação: o *fundamento* do *decisum* opera a coisa julgada (sua *ratio decidendi*, e não os motivos), mas a *motivação* dos procedimentos administrativos (a argumentação sobre os motivos) não produz esse efeito ou qualidade da coisa julgada, salvo quando reexaminados pelos tribunais. Uma segunda diferenciação é que para as decisões administrativas não foi cominada sanção de nulidade, pois podem ser revistas a qualquer tempo ou anuladas por outros fundamentos jurídicos.

A distinção entre *motivação* e *fundamentação* torna-se nítida em casos de recurso, por ser o momento em que as partes e os tribunais devem analisar a sentença, não pelo resultado a que chegou o juiz (o *decisum*), mas pelas motivações que o con-

venceram a determinar a razão suficiente (*ratio decidendi* ou fundamento) para a solução da controvérsia. A indagação não é despicienda, por se tratar da aplicação ao processo de princípios constitucionais, os quais, em razão de sua própria natureza, são de caráter cogente e assumem particular importância na hermenêutica processual, pois as normas processuais devem ser interpretadas conforme a Constituição (MEDINA, 2005: 28).

1. Motivação processual e fundamentação constitucional

Os Códigos de Processo tradicionalmente marcaram ênfase na *motivação das sentenças*, como discussão técnica e endo-processual das questões fáticas e jurídicas. Haja vista os dispositivos legais que tratam dos elementos constitutivos da sentença.

A Constituição de 1988 introduziu nítida distinção em relação aos textos processuais, ao disciplinar a *fundamentação das decisões*, com acento, a nosso ver, no dispositivo da sentença. O preceito do art. 93-IX conferiu maior eficácia ao *decisum*, porque das três partes essenciais da sentença é o único que se torna coisa julgada, pode firmar jurisprudência e influenciar o mundo jurídico, especialmente ao apresentar solução relevante para uma questão jurídica.

A motivação se apresentava como garantia das partes e do processo, através de linguagem técnica, com ênfase nas formalidades processuais. A norma constitucional, a nosso ver, veio adotar a *fundamentação* como um princípio, no plano das garantias fundamentais, para a *segurança jurídica* do indivíduo em relação ao Estado, de um lado, e a sociedade, as jurisdições, a comunidade jurídica e o próprio ordenamento, de outro.

Pela leitura do texto constitucional compreende-se a precisão do Constituinte

de 88, ao indicar a *fundamentação* para as *decisões judiciais*, com cláusula de *nulidade*, quando inobservada. A distinção orienta este ensaio, e se justifica ademais pela teoria geral do processo, ao distinguir entre *processo* (para as ações judiciais) e *procedimento* (para as administrativas).

A primeira razão deste relevo reside no instituto da *coisa julgada*, em todos seus aspectos formais e materiais, o que só ocorre na jurisdição; apenas o *decisum* judicial (decisão *stricto sensu*) produz a coisa julgada; o mesmo não ocorre na administração pública, até porque suas decisões (*lato sensu*) estão sujeitas ao controle do judiciário.

Segundo argumento é que, em se tratando de ato judicial, a sentença sem motivação fundamentada sofre pena de nulidade, o que pode não ocorrer nas decisões administrativas, em que o administrador tem o arbítrio de modificá-las ou revogá-las.

Terceiro aspecto é que na administração a atividade discricionária consiste em um *juízo de oportunidade*, e não pode ser equiparada a um *juízo de legalidade* do ato de julgar na jurisdição (Cf. GRAU, 1996: 141-142).

Admite-se na doutrina a *motivação* como a fase da sentença dita dos *fundamentos*, em que o juiz “resolverá as questões de fato e de direito” (art. 458-II do CPC), indicando os motivos “que lhe formaram o convencimento” (art. 131). Vem a propósito o parecer do emérito professor Miguel REALE (1997: 158) sobre a função do juiz na motivação da sentença: “a *razão dessa opção* (que) constitui propriamente o *fundamento do decidido*”, pois “motivar significa ... a *enunciação dos fundamentos* em que se baseia a decisão, ... que emerge do vivo cotejo das questões de fato e de direito”.

Convém deixar clara a distinção entre *motivos dos fatos* (da parte) e *motivos*

do convencimento (do juiz). Os motivos da parte são as *razões* de fato e de direito indicadas na petição inicial, respectivamente como *causa petendi*, próxima e remota, necessárias à substanciação do pedido (art. 282-III e IV do CPC)³. Por isso que os motivos do art. 131 estão referidos à formação do convencimento do juiz. São as razões resultantes da análise e interpretação das questões, durante a motivação, e das quais adotará uma razão suficiente para decidir.

O CPC aderiu à teoria da substanciação (art. 282, III), em que a causa de pedir é representada não somente pela relação jurídica afirmada, mas também pelos fatos e circunstâncias que acompanham essa relação. Por exemplo, na ação de depósito, o CPC exige a apresentação da *causa remota* (o fato gerador do direito, a existência de uma relação jurídica, a entrega do bem ao depositário), e também da *causa próxima* (a natureza do direito controvertido, os fatos que envolvem esta relação, como as circunstâncias do desaparecimento do bem). O débito é a causa remota ou motivo do pedido; a infidelidade pela não conservação do bem é a causa próxima ou causa de pedir. O juiz decreta a prisão do devedor não porque este deve (causa ou circunstância material) mas porque é infiel (princípio moral, de valor superior).

Na correlação necessária entre demanda e sentença, o juiz não pode ultrapassar o objeto litigioso do processo, julgando a mais, a menos, ou além do pedido; para atendê-la, deverá, por isso, levar a análise da *causa petendi* (questões de fato e de direito) para o campo da *motivação*, e a solução do *pedido* para o da *fundamentação*, que é o dispositivo. Esta é a opinião autorizada de José Rogério Cruz e TUCCI (2001: 206), invocando o magistério de Botelho de Mesquita, e ponto central de nossa argumentação: a petição inicial deve mencionar com clareza e precisão a *causa de pedir* e o *pedido*, elementos seguros

para proceder à distinção entre a *motivação* (que encerra a resposta às razões do autor) e o *dispositivo* da sentença (que encerra a resposta às razões do autor) e o *dispositivo* da sentença (que contém a resposta à sua pretensão).

Aplicando-se a lição clássica do jurista François GÉNY (1932, II; 52), da escola da livre pesquisa, sobre o *dado* e o *construído* no Direito, pode-se entender que os fundamentos das partes são os *dados* para a motivação, e os fundamentos do juiz serão aqueles *construídos* para a decisão. É o mesmo parecer de NOJIRI (1999:116), que acompanhamos: “Fundamentar significa *enunciar os motivos* emergentes das questões de fato e de direito que *sustentam a decisão*” (itálicos nossos).

Ao final da sentença, no dispositivo, haverá o juiz de *fundamentar* essa decisão com uma *ratio decidendi*, pela qual *resolve* as questões das partes. Esta razão de decidir pode se expressar sob a forma de um ou de mais fundamentos (*rationes decidendi*).

2. Motivo, fundamento e razão de decidir

Código de Processo Civil, art. 458: São requisitos essenciais da sentença: I – o *relatório*...; II – os *fundamentos*, em que o juiz resolverá as *questões de fato e de direito*; III – o *dispositivo*, em que o juiz resolverá as *questões*, que as partes lhe submeterem.

Constituição Federal, art. 93: inc. IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e *fundamentadas* todas as decisões, sob pena de nulidade...; inc. X – as decisões administrativas dos tribunais serão *motivadas* (...).

2.1. Motivos e Fundamentos, o que são?

Motivo (do latim *motivum*, o que move), é causa ou razão de algo, o que

causa ou determina alguma coisa. Para o juiz, motivar é explicar ou justificar os motivos ou as razões dos fundamentos.

O jurista De Plácido e SILVA (1990, III-IV: 213) elucida que motivo significa a *causa*, a *origem*, o *princípio das coisas* e a sua *razão de ser*. Em Direito, sejam motivos jurídicos ou de fato, são *causas determinantes* de ações; segundo as *circunstâncias*, e devidamente analisados, servem de *fundamento* às soluções judiciais. Nas *exposições de motivos* as razões apresentadas justificam a prática de um ato (portarias, regulamentos, projetos de lei). E nas sentenças, quando se apresentam como estilo de redação, os *consideranda* são as exposições de motivos, razões fáticas e jurídicas que fundamentam o decisório.

Fundamento (do latim *fundamentum*, de *fundare*), base, alicerce; razão ou argumento em que se funda uma tese, concepção, ponto de vista; razão justificativa (Dicionário Aurélio). Nas decisões judiciais, é o juízo fundante de uma decisão; é o argumento relevante, dentre muitos, determinado pelo juiz segundo uma escala de valoração, necessária à livre apreciação das questões.

O mesmo dicionarista (Idem, I-II: 332-333) esclarece que na terminologia processual, *fundamentos da ação*, *fundamentos do pedido* ou *fundamentos da demanda* se apresentam como *fundamentos de fato* e de *direito*, mas exprimem sempre as *circunstâncias* da prática de um ato: “é o *motivo determinante e justificativo dos atos jurídicos* (...) ou é a *razão preponderante*” para satisfação de uma pretensão.

Podemos inferir, portanto, que os motivos de uma sentença constituem elementos essenciais para o juiz formar sua convicção, e determinar, ao fim do processo, o fundamento jurídico do *dispositivo*. Ainda na exposição lúcida de De Plácido e SILVA (Idem, III-IV: 213): *motivação*

é a justificação em que se procura dar as *razões* ou *motivos* que fundamentam a pretensão. E *motivar* é relacionar os motivos justificativos “de qualquer ato, de qualquer direito ou de qualquer ação”.

Esta explicitação constava do Código de Processo Civil de 1939 (art. 118, par. único): “o juiz indicará na sentença ou despacho os *fatos e circunstâncias* que motivaram o seu convencimento”. E mais amplamente, pela regra do CPC de 1973 (art. 131), “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos *fatos e circunstâncias* constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os *motivos* que lhe formaram o convencimento” (itálico nosso).

Indicar os motivos significa justificar e determinar as circunstâncias das questões *sub judice*, com os quais irá, no dispositivo, fundamentar a decisão; é requisito essencial da sentença, e tem seu momento na fase da *motivação*, em que o CPC alude aos *fundamentos*, como resolução das *questões*, ou *decisum* propriamente dito. As *questões*, aqui referidas, são as teses invocadas pelas partes, e fazem parte do *petitum* e da resposta; devem ser apresentadas *ab initio* e discutidas ao longo do processo intelectual da *motivação*, em que o juiz forma sua convicção.

O jurista Roberto ROSAS (1999: 43) analisa com acuidade a distinção, ao enfatizar que “mais alicerçada, mais forte será a decisão se ela tem os fundamentos. Estes são calcados nos motivos, nas razões de decidir. Motivar uma decisão significa, portanto, dar os motivos, a *ratio decidendi*”.

Nos casos concretos, em que os fatos e os fundamentos jurídicos se apresentam como causa de pedir, deve o juiz distingui-la das circunstâncias acidentais da petição inicial, como a qualificação jurídica ou a norma aplicável, dadas pelo autor. Pela doutrina de LIEBMAN (1984, I:194), “as

circunstâncias particulares e fatos secundários não são relevantes em si mesmos, mas apenas na medida em que concorram para compor determinado fato jurídico principal”. É a aplicação da teoria da *ratio decidendi* e dos *obiter dicta*, com que argumentamos.

2.2. Circunstâncias, *obiter dicta*, *ratio decidendi*.

Circunstâncias referem-se às questões de fato, e se identificam pelas perguntas *quem?, o que?, onde?, com quais meios?, por que?, como?, quando?*, adotadas com ênfase na esfera criminal (*quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando*), e igualmente na oratória, conforme o célebre *Hexâmetro* de Quintiliano.

Quando alguém pede algo em Juízo, deve descrever as *circunstâncias do fato*, relativas a seus interesses, e a parte adversa deve apresentar outros fatos e suas *circunstâncias* ou argumentos, expressando interesses contrários (art. 131 CPC). As circunstâncias referem-se aos próprios motivos do fato, envolvendo as questões apresentadas à apreciação do juiz. A motivação é atividade lógico-psicológica que consiste na análise prudencial dos motivos, a ponderação de todas as circunstâncias que orbitam em torno ao fato.

Motivos e circunstâncias são, pois, elementos informativos, indicativos, probatórios, destinados a *determinar o fundamento* de uma decisão. O conhecimento dos motivos e circunstâncias dos fatos permite ao juiz elaborar diversas soluções jurídicas, a que a doutrina inglesa denomina *obiter dicta*⁴ (opiniões valorativas a respeito de um tema principal); destas soluções motivadas, cabe ao juiz determinar aquela predominante, concludente, apoiada e relacionada às demais, excluindo as inverossímeis, irrelevantes ou impróprias a firmar convicção.

Costuma-se denominar de “teses” às questões de direito: as teses do autor, as teses da defesa ou da Promotoria. Constituem projetos de soluções jurídicas, ordenadas a firmar a convicção do julgador, que determinará prudencialmente o melhor sentido aplicável ao caso concreto. Este argumento convincente, ou persuasivo, determina a razão de decidir (*ratio decidendi*), a razão predominante que qualifica por primeiro a decisão e, após, persuade as partes e os tribunais. (Cf. TUCCI: *idem*, 205).

Em alentada pesquisa sobre o sistema da *common law*, Victoria ITURRALDE SESMA (1995:100-102) observou que a prática dos tribunais ingleses é expor detalhadamente a motivação para suas decisões, pois não são as decisões em si mesmas que vinculam, mas a *ratio decidendi*, e esta só pode ser obtida analisando-se o raciocínio do tribunal. A *ratio decidendi* é um fundamento necessário à decisão; a contrário senso, as demais considerações, não necessárias para decidir, são meras *obiter dicta*, pois os juízes costumam dar razões adicionais da sua sentença, sem que façam parte da *ratio decidendi* (Cf. SOUZA: 1996, 229-230).

Antonio Magalhães GOMES FILHO (2001:73), em sua aprofundada tese sobre *A motivação das decisões penais*, ao se referir à importância dos *precedentes* no sistema inglês, justifica que “sem uma acurada indicação dos motivos seria impossível identificar a *ratio decidendi*, ou seja, o princípio jurídico em que se baseia o pronunciamento judicial”, inclusive para “justificar a criação jurisprudencial do direito (...)” pela “escolha entre várias alternativas possíveis”.

2.3. Fundamentação

Ao discorrer sobre o *princípio da motivação das decisões judiciais*, adverte o jurista Nelson NERY JÚNIOR (2004:218)

que “fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão”.

Quanto ao termo *fundamento*, expresso no CPC (art. 458-II), parece que não deve ser entendido literalmente, mas lógica e topicamente, como linguagem técnica do Código, pois quer se referir à *motivação* da sentença; neste aspecto o termo se confronta com a linguagem político-social da Constituição Federal (art. 93, inc. IX), que pretendeu lhe dar função mais precisa.

Os processos intelectivos, pelos quais o juiz resolve as questões de fato e de direito, são concomitantes: a) ao longo da instrução, o juiz irá apreciando e valorando as provas que estarão sendo produzidas; b) simultaneamente, através dos métodos lógicos, procede à adequação entre as questões suscitadas e as normas que haverá de aplicar. As questões de fato serão apreciadas e valoradas em concomitância com as questões de direito, não se afastando o juiz do objeto da causa, antes centrando-se no objeto do pedido, pois não poderá entregar prestação judicial nem maior, nem menor ou fora da pretensão inicial.

Nesta fase de compreensão das questões, de formação de convencimento, as inúmeras razões ou motivos presentes nos autos se interagem, orientando o juiz a formular uma escala de valoração; são os fatos e circunstâncias, sobretudo, que *motivam* o convencimento do juiz (cf. redação do art. 118, par. único, do CPC 1939).

Até o *decisum*, portanto, devem estar resolvidas as questões de fato e de direito, essenciais ou necessárias, sobre as quais a decisão justa deve se fundar. Estas duas ordens de questões deverão ser compostas

logicamente pelo juiz para a determinação deste *fundamento da decisão*. Para fixar este dispositivo deverá o juiz apresentar uma *razão suficiente*, determinante, relevante, valorativamente superior às demais. A decisão estará *fundamentada* por uma razão suficiente.

Fundamento é, pois, esta *razão suficiente*, que resulta do processo de *motivação* sobre as questões de fato e de direito; como solução do conflito, esta *ratio decidendi* deve se aproximar quanto possível de um *princípio valorativo*. Pode-se dizer que a sentença estará *fundamentada* quando o juiz identifica esta *razão suficiente* para uma decisão justa e adequada.

2.4. Destinatários da sentença

Pelas leis processuais anteriores a 1988, exigia-se a motivação das decisões judiciais para garantia das partes (CPC art. 165 c/c 458; CPP, art. 381; CLT, art. 832). Nas Constituições modernas, a motivação tem também *função política*, sendo exigência não só das partes e tribunais que examinarão os recursos, como de qualquer pessoa do povo poderá fiscalizar a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO (2005: 70).

De fato, a decisão judicial está destinada a vários agentes ou operadores do direito: por ordem de emanção, em primeiro, ao juiz que elaborou o veredicto, persuadido de sua certeza jurídica; em seguida, às partes: elas devem ser convencidas do acerto da decisão, do direito justo aplicado. E como destinatários últimos, os tribunais, e através de sua jurisprudência, o próprio ordenamento jurídico; v.g., nas questões de *relevância jurídica*, que interessam à integração do ordenamento (fixação de índices de correção monetária, constitucionalidade de tributos, fixação de entendimento jurídico sobre leis novas

controvertidas, controle difuso de constitucionalidade de leis ou regulamentos, etc.); a vocação destas causas é a de serem reexaminadas pelos tribunais intermédios e superiores, para fixação de uma jurisprudência uniformizadora, e incorporação da tese ao mundo jurídico (Cf. BARBOSA MOREIRA, 1988: 87).

Melhor se fora vinculante. A obrigatoriedade das súmulas dos Tribunais superiores obedece ao princípio de uniformização da jurisprudência: quanto maior seu grau de eficácia jurisprudencial, maior a certeza das decisões das demais instâncias, além de tolher recursos inúteis, protelatórios ou repetitivos, que entulham os Tribunais. Corre-se o risco de serem certas, mas não justas, o que se resolve por revogação da súmula ou declaração de sua inconstitucionalidade.

No ensino do renomado jusfilósofo Álvaro D'ORS (1953: 313-14), "(...) uma sentença judicial é norma em tríplice sentido (...) 1º É *norma particular* para as partes afetadas pela decisão, para os litigantes, entendida na medida em que aquela sentença tem *força de coisa julgada*. (...) 2º É *norma profissional* porquanto cada sentença constitui um precedente, que terá uma influência mais ou menos intensa sobre as futuras sentenças daquele mesmo juiz ou de outros juízes. 3º É *norma pública*, já que aquela amostra de conduta judicial será tida em conta por todos os que tenham que intervir em um caso análogo, e os técnicos de direito, em especial, não esquecerão aquele exemplo quando se trate de dar um conselho ao 'público'".

2.5. A sentença nos tribunais

Quais as questões relevantes que se apresentam, em um recurso, à consideração do juiz relator? Com certeza iniciará pela análise da motivação da sentença, ao perscrutar a linha de raciocínio do senten-

ciante, se foi omisso quanto a alguma das teses, se hierarquizou com razoabilidade as provas e as circunstâncias do fato, em uma escala valorativa de ponderações.

Em seqüência, irá identificar a *ratio decidendi*, como fundamento da decisão, em cotejo com a(s) norma(s) aplicada(s), aferindo a congruência desses elementos: o *fundamento* e a *regra aplicada*. O *fundamento* de uma decisão, portanto, não se cinge à norma, pura letra da lei, mas deve ser o porquê de uma dada solução jurídica, e não outra; é a justificação final, o *motivo fundante da decisão*.

Sobre este entendimento, podemos afirmar que o *decisum* ou dispositivo, como fundamento jurídico, não consiste na aplicação pura de uma norma. A determinação da solução jurídica, exige esmerada apreciação das questões de fato e de direito, em conjunto; este labor transcorre, previamente, na fase processual dita dos fundamentos (art. 458-II do CPC), mas que, na verdade, pela discussão dos motivos que aí se desenvolve, deveria designar-se fase da motivação da sentença.

É de se ver que o *fundamento da decisão* não se confunde com a *norma jurídica aplicada*: se esta é, por sua natureza, genérica, de múltipla aplicação, ao oferecer um leque de opções para decidir, o juiz terá que escolher, dentre as *obiter dicta*, qual o motivo determinante e melhor fundado nos princípios constitucionais, fins sociais, bem comum, consideração ou critério de equidade, enfim, aquilo que melhor convém, que for mais adequado, como medida de justiça do caso concreto, etc.

Conforme o julgamento em primeira instância, o relator poderá atuar: a) como *subscritor* da motivação da sentença; b) como *integrador* dos pontos omissos ou controversos (reforma total ou parcial da decisão); ou c) como *revisor* do processo, podendo anular a sentença, por falta de motivação, motivação equívoca ou con-

trovertida. Por isso, o artigo 93, inc. IX, da Constituição Federal, comina *pena de nulidade* à sentença não fundamentada, o que deve ser interpretado como falta de motivação convincente, inepta para fundamentar a decisão.

Mais do que expressa imposição constitucional, é inquestionável que a fundamentação das decisões judiciais é a garantia essencial contra excessos do Estado-Juiz; ao torná-la elemento imprescindível dos atos sentenciais, quis o ordenamento erigi-la como fator de limitação dos poderes deferidos aos magistrados e Tribunais.

TOURINHO FILHO (1989:183) invoca o magistério de Vincenzo MANZINI para justificar este controle das decisões: “A motivação constitui uma garantia para o Estado, porquanto lhe interessa que a sua vontade seja acatada com exatidão e que a justiça se administre corretamente; constitui uma garantia para o cidadão e constitui, também, garantia para o próprio Juiz que, motivando suas decisões, se acoberta contra a suspeita de arbitrariedade, de parcialidade ou de outra injustiça”.

A fundamentação, precipuamente relevante para as partes, é para elas o direito material que lhes foi entregue; como escopo do processo, é a garantia constitucional de acesso à justiça e do devido processo legal. Constitui, ademais, irrecusável segurança para o Juiz, como demonstração de transparência de seu raciocínio jurídico, e de sua imparcialidade no tratamento e discussão das teses a ele submetidas pelas partes. Por fim, constitui garantia ao próprio Estado, como guardião do ordenamento jurídico, cuja integração uniforme lhe interessa, para que a justiça seja ministrada com segurança e certeza.

3. O princípio da razão suficiente na lógica jurídica

O estudo da fundamentação de um juízo remonta à filosofia antiga, em espe-

cífico no campo da lógica, à qual devemos recorrer como fonte da construção do saber; este é o motivo para invocarmos algumas lições de lógicos e filósofos que trataram deste princípio, considerado essencial à compreensão da motivação judicial.

Três são os primeiros princípios clássicos, válidos para a universalidade dos domínios do conhecimento, em especial o jurídico: o princípio de identidade e de contradição, o princípio do terceiro excluído e o princípio de razão suficiente. Segundo lição de MANS PUIGARNAU (1978: 28-30), estes *primeiros princípios* são proposições evidentes por si mesmas, estão implícitas ou pressupostas como uma norma absoluta em todas as operações intelectuais; e também se chamam racionais porque estão imediatamente constituídos pela razão.

São eles: a) O *princípio de identidade*, que se enuncia afirmativamente mediante a proposição: «o que é, é», ou: «A é A»; b) O *princípio do terceiro excluído*, que assim se exprime: «uma coisa é ou não é» - versão ontológica; ou ainda: «entre duas coisas contraditórias não cabe termo médio» - versão lógica; c) O *princípio de razão suficiente*, em seu enunciado afirmativo reza: «tudo o que é tem sua razão de ser», e no negativo: «nada há sem razão suficiente».

Deste último deriva o *princípio de causalidade*, segundo o qual «tudo o que é ou acontece tem uma causa», posto que, de outra forma, dar-se-ia um ser ou acontecer sem razão suficiente. *Causa* e *condição* não se confundem: causa é aquilo *pelo qual* se produz o efeito; condição é aquilo *sem o que* não se produz. O sol é a causa da luz que ilumina uma sala; a condição é o fato de que a janela esteja aberta.

Neste ponto, ao compararmos Aristóteles a Platão, vemos o Estagirita preocupado mais com as *causas*, enquanto o filósofo da Academia elaborou suas idéias

mais com os *princípios* ou arquétipos, acompanhando o pensamento de Pitágoras, para quem a sabedoria era a ciência dos princípios (*arkhai*).

O princípio da razão suficiente foi estudado igualmente pelo filósofo brasileiro Mário Ferreira dos SANTOS (1968: 210), que assim o definiu: “o que quer que exista, ou pode ser entendido, tem de ter, intrínseca ou extrinsecamente, em sua emergência ou em sua predisponência, parcial ou totalmente, uma razão suficiente de sua essência, de sua existência, e também de sua inteligibilidade”.

Em seu *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*, André LALANDE registra que o princípio da razão suficiente também se denomina princípio de razão determinante e princípio de razão. E lembra que Schopenhauer dividiu este princípio em quatro fórmulas a que chamou respectivamente de princípios da razão suficiente do *dever*, da razão suficiente do *conhecer*, da razão suficiente do *ser* (relações matemáticas), e da razão suficiente do *agir* ou da *motivação* (1996: 921).

Este princípio de razão suficiente, ou de razão determinante, é um dos dois grandes princípios sobre os quais se fundam, segundo Leibniz, todos nossos raciocínios, sendo o outro o princípio da contradição. Foi, portanto, Arthur SCHOPENHAUER, em *A quádrupla raiz do princípio de razão suficiente* (1989:29), quem questionou se todas as razões (ou motivos) que orbitam em torno de um fato (caso concreto, tema, tese jurídica) são suficientes para se formular um juízo.

Kant chamou de *juízo* a uma relação de conceitos, claramente pensada e expressada, agora como princípio da razão suficiente: se um juízo tem que expressar um conhecimento, deve ter uma razão suficiente; em virtude desta propriedade recebe o nome de verdadeiro (Idem: 158).

Na língua do filósofo de Königsberg, a palavra *Grund* (razão, fundamento) indica que o juízo se baseia em um fundamento; nas línguas latinas o sentido da *razão de conhecimento* ou de *razão* se expressam como *ratio*, *ragione*, *razón*, *raison*, e em inglês *reason*. O que evidencia que no conhecimento das razões de um juízo se encontra a função principal do fundamento.

Ao sistematizar a ordem de razões, Schopenhauer elaborou: 1º) o princípio de razão de ser; 2º) a lei da causalidade; 3º) a lei da motivação; 4º) o princípio de razão suficiente de conhecimento (Idem: 214 - § 46); e extrai uma relação entre Razão e Conseqüência: “segundo a lei da causalidade e a lei da motivação, a razão deve preceder à conseqüência na ordem do tempo” (Idem: 215 - § 47).

Aplicada à dinâmica do pensamento do juiz, ao formular seu juízo de convencimento, pode-se afirmar que *motivação é a causalidade vista por dentro*, e aparece como *princípio de razão suficiente para o agir*, ou, simplesmente como *lei da motivação*, seguindo-se a lógica deste filósofo.

3.1. Razão suficiente, validade e eficácia do julgado

Aplicando este princípio lógico ao Direito, o jusfilósofo mexicano Eduardo GARCIA MAYNEZ, em sua *Introducción a la lógica jurídica* (1951: 130-31), ao analisar este *principium rationis sufficienti*, afirmou que “*todo juízo, para ser verdadeiro, necessita de uma razão suficiente*”. Nesta proposição fundamentou o autor a regra segundo a qual o juiz não deve admitir, sem razão suficiente, a verdade de um julgamento.

Entende por razão de um juízo aquilo que é capaz de justificar o enunciado nele mesmo. Uma razão é ‘suficiente’ quando basta por si mesma como apoio completo ao enunciado; quando, por conseguinte,

nada mais falta para que o juízo seja plenamente verdadeiro.

O princípio *lógico* de razão expressa que todo juízo, para ser verdadeiro, necessita de uma razão suficiente, enquanto o *jurídico* indica que toda norma, para ser válida, necessita de um fundamento suficiente de validade. O princípio *jurídico* de razão suficiente faz depender a validade de toda norma de certo fundamento; uma norma de direito só pode ser válida se possuir um fundamento bastante; tal fundamento, porém, não reside na própria norma, mas em algo que com ela se relaciona e lhe serve de base.

Para enfrentar esta dificuldade, entendemos que o juiz deveria recorrer a uma pauta valorativa ou critério de julgamento, e este critério é o mesmo que remete ao princípio de razão suficiente. De onde se colhe que a aplicação de princípios, em um julgamento, exige o conhecimento de uma razão, capaz de sustentar a validade de cada fundamento.

Deverá, pois, o juiz, no *iter* da motivação da sentença, identificar quais serão as razões pelas quais fundamentará não só a validade e a existência mesma das normas jurídicas, como a eficácia do seu julgado.

4. Interpretação e motivação

Os romanos nos legaram um axioma que vale a pena recordar: *Em tudo o que faças, olha para o fim* (*In omnium respice finem*), que nos transmite uma metodologia finalística dos atos humanos: a) o fim projeta luz sobre as etapas do caminho; b) indica o procedimento para o julgador chegar à decisão, convencido de suas melhores razões; c) se o juiz, durante o caminho, não vislumbra esse alvo (o *decisum*), para o qual se destina, arrisca-se a decisões injustas e inadequadas. A interpretação e a motivação integram esta etapa necessária, em que o juiz prepara seu arsenal de razões e argumentos para bem decidir.

A interpretação operada pelo juiz é sempre uma atividade motivadora, e a motivação implica um ofício interpretativo. Motivar e interpretar se correlacionam, portanto, como vias intelectivas de mão dupla, pois a motivação é pertinente à interpretação. Não são atividades mentais distintas, mas reflexos da faculdade de *sindérese*⁵ do juiz, defronte às situações fáticas e jurídicas apresentadas à sua decisão.

Cabe indagar em que ocasião o Juiz interpreta, no âmbito da motivação da sentença? É no momento em que apreende a realidade dos elementos do processo e busca alcançar os motivos, causas ou razões para justificar a futura decisão; esta atividade se diz *motivação*, e só nesta se dá a interpretação. Na instrução do processo, enquanto o juiz colhe as provas e *conhece* (no sentido processual do termo) das questões de fato e de direito, ele as estará interpretando a fim de formar sua convicção.

Desta atividade judicial de interpretação/motivação deverá resultar, necessariamente, um produto, a ser apresentado na fase subsequente do *dispositivo*, sob a forma de um ou mais *fundamentos*. Argumentamos, com isso, que a motivação é um meio, uma atividade intelectual instrumental dirigida a um fim último, a *decisão fundamentada*, ou seja, a entrega da prestação jurisdicional expressa por um fundamento, uma *ratio decidendi* ou razão suficiente de decidir.

Ao dissertar sobre a motivação das sentenças, José Frederico MARQUES (1958: 519) demonstrou que a primeira tarefa do magistrado será estabelecer os *fundamentos do juízo* que vai pronunciar: “entramos na fase de motivação do *judicium*, em que o magistrado, examinando as questões de fato e de direito, constrói as bases lógicas da parte decisória da sentença”, operando concomitantemente a resolução dessas questões, tal o entrelaçamen-

to íntimo que apresentam; e que, encerrada a motivação, o juiz *decide*, o que é feito na *parte dispositiva* (ou *decisão*).

Também Américo CANABARRO (1977:152) descreve que “na *fundamentação* passa o juiz a motivar o seu convencimento, estabelecendo os fundamentos da decisão que irá proferir, através do exame das alegações das partes, e das questões de fato e de direito”. Segundo nosso raciocínio, o autor identifica, na fase chamada de *fundamentação* o momento de *motivação do convencimento*, durante o qual estabelece os fundamentos do julgado.

É freqüente, como se vê, a utilização indiferente dos termos motivar/motivação, fundamento/fundamentação, não contribuindo para a precisão desses conceitos e a uma clara adequação quanto às distintas funções processuais e constitucionais, aspecto que trataremos adiante.

4.1. Princípios e Valores no ordenamento jurídico

Nossa Constituição incorporou inúmeros princípios axiológicos que ingressaram plenamente no ordenamento jurídico, haja vista sua influência na nova Legislação civil.⁶ Iniciam em seu preâmbulo e se irradiam pelos títulos sobre direitos e garantias fundamentais, permeando todas as disposições referentes à dignidade da pessoa. Evoluiu de um positivismo legalista a um jusnaturalismo realista, recepcionando os valores essenciais à pessoa humana, à cidadania e ao próprio Estado democrático.

Estes princípios fundados em valores, sejam constitucionais, gerais de direito ou processuais (SOUZA, 1987:30ss.), devem nortear a atividade interpretativa dos julgadores, que se opera na fase de motivação das sentenças. Neste labor interpretativo/motivador do juiz, as alegações das partes recebem melhor apreciação à luz

dos *princípios axiológicos* já expressos no ordenamento, e orientados à justificação suficiente da *ratio decidendi*.

É o que propõe Maria Thereza Gonçalves PERO (2001:4), ao analisar a figura do juiz como “portador de valores ético-políticos e protagonista dos conflitos sociais”, e ao estudar as atividades e a função do julgador sob os enfoques *sociológico* e *político*, para evidenciar os componentes *metajurídicos* da decisão e a função da motivação nesse contexto.

Será no plano dos princípios fundamentais, e não nos aspectos processuais puramente técnicos, que a atividade jurisdicional deve exercer suas funções de guarda constitucional, decorrente da obrigatoriedade e publicidade da motivação. Na análise de José Carlos Barbosa MOREIRA (1988:88), será pelas opções valorativas do julgador, na motivação, que se fará o devido controle das soluções dadas.

Observa-se, pela jurisprudência, que toda decisão, ao adotar um princípio em seu fundamento, atende a um grau maior de razoabilidade, e satisfaz aos destinatários da sentença, das partes aos tribunais, da comunidade jurídica ao próprio ordenamento. Toda sentença, justa e adequada, acaba por confirmar não somente a validade das leis, como fixar a qualidade da coisa julgada e da jurisprudência sobre o tema decidido.

No processo constitucional moderno, o juiz deve interpretar e aplicar as leis com uma visão acima dela, buscando soluções sempre mais elevadas, senão *metajurídicas*. Para tanto, na determinação das decisões justas, deve alçar-se das regras aos princípios; no feixe de soluções para o caso *sub iudice* deverá identificar a que mais se aproxime de um princípio, pois estes estão ordenados a valores: assim como a flecha, disparada por um arqueiro hábil (princípio, motivo, causa eficiente), que

tende a um alvo determinado, um valor a ser atingido.

Antonio HERNANDEZ-GIL (1981:26) afirmou que o Juiz deve ter “*una mirada hacia arriba*”, que o leva a considerar o transcendentalismo da Justiça; e uma “*mirada hacia abajo*”, para que desça à consideração das condições sociais subjacentes. A mesma idéia expressou Theodor VIEHWEG (1979:83), para quem a aplicação do direito é “uma recíproca aproximação entre os fatos e o ordenamento jurídico”, um “permanente efeito recíproco”, a “ida e volta do olhar”.

Nesta linha de pensamento, PERO (Idem: 154) entende que no discurso do juiz, isto é, a motivação, cabe ao intérprete identificar, entre os diversos tipos de juízos que ele formula, aqueles que se denominam “*juízos de valor*”, ou seja, aqueles critérios éticos, políticos, ou *metajurídicos* que realizam a valoração dos fatos, coisas ou situações, e uma vez identificados, constituirão um dado de fato (o dado “significante”), emergente do exame da motivação.

Para Ronald DWORKIN (1984:94) sempre existirá nas discussões jurídicas certa margem residual de incerteza; quando as normas não trazem soluções e os princípios não são percebidos claramente, cabe ao juiz descobri-los, elevando suas pautas de julgamento até os valores e princípios da Constituição, para melhor fundamentar suas decisões.

Numa interpretação axiológica (não apenas pragmática), a satisfação dos interesses dos cidadãos é um bem socialmente relevante. A consecução deste bem é um *valor superior*. Assim compreendido, toda *decisão fundamentada* deve constituir um *valor* em si mesmo, pois a solução de um litígio tem por escopo alcançar a *paz* entre as partes, e em relação à sociedade, que é um *valor maior*.

Lembrando os trabalhos deste autor americano, ressalta Antonio Magalhães GOMES FILHO (Idem: 134) ocorrer na atividade judicial *casos difíceis* em que “não havendo uma regra precisa que resolvesse o caso, cabe ao juiz *descobrir* a resposta correta, socorrendo-se dos *princípios* consagrados pelo sistema jurídico...”, o que exige deva ele “balancear os valores em jogo e decidir o que possui maior peso”.

De tal sorte, nenhuma decisão judicial será irrelevante, pequeno que seja o interesse disputado. Perante a Justiça, o tostão da viúva será tão importante quanto o milhão do banqueiro, pois se discute um interesse subjetivo próprio de pessoa humana, constitucionalmente um valor maior. E será mais justa e adequada a sentença que determinar um valor ou princípio como seu *fundamento*.

5. Decisões judiciais fundamentadas e garantias constitucionais

Como os Códigos e a Constituição disciplinaram a fundamentação das sentenças? O CPC de 1939, no art. 118, par. único, aludia aos *atos e circunstâncias que motivaram o convencimento do juiz*; e o art. 280-II apenas exigia a explicitação dos fundamentos de fato e de direito; de tal forma, ambos completavam o entendimento do que deveria conter a sentença. E seu parágrafo único prescrevia que o relatório mencionará o nome das partes, o pedido e o resumo dos respectivos fundamentos, entendidos estes como fundamentos das partes, obviamente.

O CPC de 1973, pelo art. 131, aponta que o juiz deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. E no art. 458-II cobra os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito. A primeira regra complementa e explicita o entendimento da seguinte. E o Código de Processo Penal, no art. 381-III

prescreve a *indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão*.

Resultantes de longa tradição, os Códigos enfocaram apenas a estrutura formal interna da sentença, com ênfase na *motivação* do convencimento do juiz. Daí poderemos inferir o porquê do uso indiferenciado dos verbos *motivar* e *fundamentar*, que leva os juristas a aplicarem tais termos como sinônimos, análogos ou mesmo equívocos.

Explica-se. A Constituição Federal de 1988 provocou uma revolução axiológica, ao suplantando a esquemática estruturação das sentenças, e estabelecer um cânone superior a ser observado: *todas as decisões serão fundamentadas*, não cogitou da formação interna do convencimento dos julgadores, objeto próprio dos códigos de processo, fato este identificado por NOJIRI (1999: 28), ao observar que “a regra de se motivarem as decisões judiciais passou a ter dignidade constitucional, adquirindo, assim, *status* de garantia constitucional”.

Qual foi a evolução distintiva? Mudou-se o enfoque da técnica formalista endoprocessual dos Códigos, para uma visão extraprocessual da sentença; naquela se priorizava a motivação interna ao processo; nesta, correlata à publicidade dos atos judiciais, a ênfase recai no *decisum*, como tópico visível da sentença, única parte do processo com vocação a gerar a coisa julgada, e que, por tal relevância, atende ao interesse público e à segurança jurídica.

Como se observa do cotejo destas normas, a tônica constitucional recai na fundamentação do *decisum*, e não na sentença como um todo; sem revogar as disposições processuais, valoriza em particular o *fundamento*, essência do dispositivo, e não mais os *motivos*, que são instrumentais à atividade da cognição.

Kazuo WATANABE (1999: 65) identificou precisamente no *dispositivo*

toda a carga da garantia constitucional: “A cognição está voltada à produção do resultado final, que é a decisão ou o provimento jurisdicional. Ao longo do *iter* percorrido, o magistrado enfrenta e resolve inúmeras questões de fato e de direito, e o esquema do silogismo final e os aspectos mais importantes para a justificação lógica da conclusão última devem ficar expressos na ‘motivação’”.

Por esta afirmação fundamental do ilustre professor e magistrado, entendemos *conclusão última* como a razão suficiente determinada pela *motivação*; ela antecede ao *resultado final* e será identificada por um *fundamento* (ou *ratio decidendi*). Sob outro ângulo, o *resultado final* se expressa não em *motivos*, mas em um *fundamento motivado*, posto que os motivos não se contam na formação da coisa julgada, mas apenas o *decisum*.

Há de se invocar, neste ponto, toda a doutrina processualista, unânime quanto à formação da coisa julgada exclusivamente pelo *dispositivo* da sentença, e não mais, como no CPC de 1939, também pelos seus motivos. Colhe-se, a propósito, a lição pertinente de BARBOSA MOREIRA (1988: 87), ao ver a obrigatoriedade da motivação como condição do funcionamento eficaz dos mecanismos destinados a promover “a uniformização da jurisprudência, para a qual são as teses jurídicas que importam, e não as conclusões nuas dos julgados”.

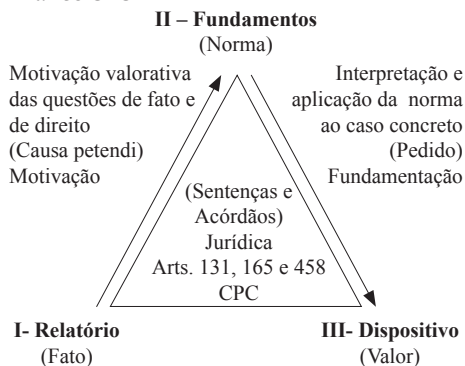
Em profunda investigação sobre o tema da motivação das sentenças, o professor Antonio Magalhães GOMES FILHO (2001:108/109) detectou este confronto de normas: “ao mandamento constitucional de que ‘serão (...) fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade’ (art. 93, IX) correspondem singelas prescrições dos Códigos de Processo Penal e Civil” (arts. 381, III, do CPP, e 458, II, e 131 do CPC); identifica, assim, uma superioridade da Constituição, ao estabelecer um modelo

único, que denomina, com propriedade, de *provimento jurisdicional fundamentado*, concluindo que “é a Constituição e são as leis processuais e materiais, assim como os *princípios* que delas decorrem, que estabelecem o caminho a ser percorrido pelo magistrado, que condicionam, enfim, o procedimento intelectual que leva à decisão e que deve vir expresso na motivação” (Idem: 115).

Do exposto, entendemos que ao ser constitucionalizado o preceito sobre a *fundamentação das decisões judiciais*, ficou assegurada processualmente aos cidadãos e à sociedade, além da satisfação de interesses privados, também uma ampla garantia dos direitos fundamentais, especificamente os princípios de acesso à justiça, ao devido processo legal e à irretroatividade da coisa julgada, implícita à segurança jurídica.

DECISÕES JUDICIAIS

Art. 458 CPC



Constituição Federal, artigo 93:

Serão fundamentadas todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário, sob pena de *nulidade* (Inc. IX), e *motivadas* as decisões administrativas dos Tribunais (Inc. X).

Na correlação entre a demanda e a sentença, as questões de fato e de direito (a causa de pedir) são apreciadas e inter-

pretadas na *motivação*; e o pedido o juiz resolve no dispositivo ou *decisum*, por uma razão suficiente de decidir, ou *fundamento*.

5.1. Poder político e Poder jurídico

Convém recordar que a sociedade é a detentora dos poderes do Estado, e inicialmente os únicos poderes foram o *político* e o *jurídico*, que perpassam a história em constante tensão dialética, conforme preciosa análise do cientista social Dalmacio NEGRO PAVÓN (1993: 16). O poder político é o detentor da *potestas* (mais que poder, potestade), que transparece nítida no Executivo e no Legislativo, e o poder jurídico é visível no Judiciário, que detém a *auctoritas* (SOUZA, 1996: 222).

Rafael DOMINGO (1987: 47-51), invocando a doutrina de Álvaro D'Ors, esclarece que “a autoridade é o saber socialmente reconhecido e a potestade é o poder socialmente reconhecido”, sendo a Jurisprudência o “saber prudencial socialmente reconhecido”. E para esclarecer utiliza o refrão *pergunta quem “pode”, responde quem “sabe”*; a Jurisdição pode, mas é o Juízo que sabe o Direito.

Sob esta visão, o juiz está investido de *potestas* enquanto agente administrativo na condução do processo, como no exercício do poder de polícia; está na gestão de um poder, mas ainda não exerce a *auctoritas*, ou a exação específica de uma “autoridade”, na expressão popular. Na verdade, a essência dessa autoridade o juiz somente a exerce no momento culminante em que profere o *decisum*. Instante único em que prescinde de qualquer auxílio externo para decidir. Convive só com sua consciência, seu conhecimento técnico-jurídico, sua cultura pessoal: apenas nesse átimo de tempo atua com *autoridade*, como *saber socialmente reconhecido*.

5.2. Poder jurídico e Jurisprudência

Esta *auctoritas*, como saber prudencial, é um valor inerente à Jurisprudência, como autoridade complementar à Lei, no sentido que lhe dá o Título Preliminar do Código Civil espanhol (art. 1, nº 6). Por uma conceituação *realista* da Jurisprudência, o juiz “cria” direito, não como legislador, mas por agregar à lei todas as circunstâncias valorativas do julgado, tais como doutrinas, costumes, precedentes judiciais; tem valor proeminente a função do juiz moderno em trabalhar com as motivações, visualizando com precisão e ênfase o fundamento do *decisum*, responsável pelo evento da coisa julgada. Muitas decisões judiciais, sobre questões jurídicas relevantes, tendem a formar jurisprudência dominante, com reflexos no próprio ordenamento jurídico (SOUZA, Idem: 223).

Como muitos, entendemos que a Jurisprudência tem valor como fonte do Direito⁷ porque trata da compreensão de conexões normativas orientadas a *valores*; de fato, pela teoria tridimensional de Reale, que supera a visão positivista do Direito, não importam apenas o fato e a norma, mas sobretudo o *valor*, pelo qual o juiz decide segundo uma pauta axiológica que deve adotar.⁸

Por trás da tensão natural entre a Lei e a Jurisprudência há um conflito em permanente reprodução, entre Direito e Liberdade, Estado e Cidadania; neste campo, só a Jurisprudência, com força de *auctoritas*, culminância do saber jurídico, pode equilibrar a *potestas* do poder político. E ao Judiciário compete atuar continuamente em seu construtivismo jurisprudencial, adequando a norma aos fatos, aos tempos, aos lugares e aos valores, sem tolhimento pelo poder político, mas respeitando-se sua independência e autoridade.

Esta deve ser a missão do juiz moderno, conforme análise precisa do eméri-

to constitucionalista Ives Gandra da Silva MARTINS (1993: 22): “O Direito moderno já não admite a visão estreita do positivista, nem a redução do campo de abrangência de seu cientista à dicção perfeita e pura. Exige um intérprete humanista, universal, com ampla visão dos fenômenos sociais e de suas manifestações nas mais variadas ciências”.

Logo após a promulgação da nova Constituição Federal, a processualista Ada Pellegrini GRINOVER (1990: 14/15) sensibilizando-se com o novo regramento, comentou que “O importante é ler as normas processuais à luz dos princípios e das regras constitucionais. É verificar a adequação das leis à regra e ao espírito da Constituição. É vivificar os textos legais à luz da ordem constitucional. É (...) proceder à interpretação da norma em conformidade com a Constituição. E não só em conformidade com sua letra, mas também com seu espírito, (...) possibilitando que, mantida a letra, o espírito da lei fundamental seja colhido e aplicado de acordo com o momento histórico que se vive”.

Quando cuida de aferir a compatibilidade dos atos normativos com regras ou princípios constitucionais, a *auctoritas* do juiz brasileiro é excepcionalmente dilatada. Além do controle direto, a cargo do Supremo Tribunal Federal, pela guarda precípua da Constituição, todo juiz é titular do controle difuso, podendo afastar a incidência de normas inadequadas, quando da apreciação da causa.

Detinha o juiz, tradicionalmente, responsabilidade funcional quanto à publicidade e motivação dos atos processuais; pelo poder e autoridade que recebeu dos preceitos constitucionais, foi-lhe acrescida a responsabilidade de fundamentar suas decisões, pena de nulidade, para garantir às pessoas e entidades interessadas o controle de suas atividades jurisdicionais.

À guisa de conclusões destes tópicos, verifica-se que a força do Estado de Direito se manifesta no permanente equilíbrio entre o poder político e o poder jurídico; mas é das decisões do Judiciário, definindo o valor, a extensão, a eficácia e a exequibilidade das normas legais e constitucionais, que resulta, afinal, a segurança jurídica necessária às instituições e à sociedade.

Nas conclusões de seu estudo, Maria Thereza Gonçalves PERO (idem: 185) reflete que “ao proferir a sentença, expressão culminante da função jurisdicional, o magistrado está concretizando uma função de Poder (...), os modos de exercê-la e os fins objetivados, sendo o principal deles a pacificação social”.

É o mesmo pensamento que colhemos em Cândido Rangel DINAMARCO (1990:337), quando disserta sobre o escopo do processo e a técnica processual: “A certeza proporcionada pelo exercício consumado da jurisdição coincide com a *segurança jurídica*, que é fator de paz social e constitui importante escopo processual”.

Ademais, em suas funções decisórias, são os Juízes e Tribunais que vivificam os textos legais sob a luz da realidade, sintetizando-os em sentenças e acórdãos que põem fim às controvérsias; e quando julgam teses relevantes, produzem a coisa julgada e consolidam a jurisprudência dominante.

O julgador atua como individualizador da vontade da lei; passa do comando abstrato da norma ao comando aplicado em concreto; é simplificador da ordem jurídica, ao tornar simples os textos complexos e difíceis de conciliar; é realista e reabilitador do verdadeiro papel da norma legal, ao retirar da utopia normativa um comando realizável; é causa eficiente da certeza jurídica, ao tirar da ambigüidade da lei um comando preciso (SOUZA: 226).

É garantidor último da estabilidade das instituições, e garantia é *segurança*

jurídica. Aos juizes cabe zelar pela segurança, não apenas legal, mas de todas as categorias que informam as estruturas sociais, pela *aplicação justa* da lei, e precisamente porque detém a derradeira palavra na solução dos conflitos de interesses, deve justificar as razões e fundamentos de suas decisões.

Na tradicional preleção de Miguel REALE (1982: 598), “O mínimo de fundamento axiológico, exigido pela sociedade em qualquer circunstância, postula, também, a certeza do Direito, põe e exige um Direito *vigente*. O princípio da *certeza* preside - em diáde indissolúvel com o da *segurança* - todo o evolver histórico da *vigência do Direito*, e, por via de consequência, a toda a história do *Direito positivo*”.

E como bem descreve NOJIRI (1999: 110): “o dever de fundamentar as decisões judiciais, (...) posto em contraste com o primado da segurança jurídica, (...) deve curvar-se perante este”; mas entendemos tratar-se não apenas de uma opção ou prevalência, e sim de uma complementaridade, em que a uniformidade dos julgados reflete uma opção pelos princípios de justiça e de certeza do direito, ambos necessários à segurança dos cidadãos.

Foram premonitórios, ainda em 1978, os reclamos de BARBOSA MOREIRA (Idem: 94/95), ao externar sua convicção de que “o princípio da motivação obrigatória das decisões judiciais, por espelhar garantia inerente ao Estado de Direito, merece consagração expressa em eventual reformulação da Lei Maior”, asseverando que sua significação transcende o nível da técnica processual, pois não é bastante o que os Códigos afirmam.

Diante do extraordinário poder jurídico de todos os juizes e tribunais de pronunciarem a “última palavra” sobre coisas e pessoas, interesses privados e públicos, torna-se essencial a fundamentação obri-

gatória para assegurar aos jurisdicionados a máxima confiança e certeza jurídica de como as decisões são proferidas (Cf. BARBOSA MOREIRA, Idem: 91).

Ao final, cabe recordar o pensamento sempre atual do grande jurista Rui Barbosa: “(...) a esperança nos juizes é a última esperança. Ela estará perdida, quando os juizes já nos não escudarem dos golpes do Governo.” (*Obras Completas de Rui Barbosa*. V. 25, t. 2, 1898, p. 130).

Conclusões

É consenso na doutrina que a motivação das decisões submete-se ao princípio constitucional da publicidade e controle dos atos judiciais e administrativos, a ser exercido pelos poderes públicos, pelos jurisdicionados, pela sociedade e pela comunidade jurídica.

Tocante às decisões judiciais, a expressão *fundamentar*, com o mesmo significado de *motivar*, está a merecer apreciação diferenciada, em razão das funções distintas que exercem, dentro e fora do processo.

Para o juiz estabelecer a necessária correlação entre a demanda e a sentença, a *motivação* deve se ocupar das questões de fato e de direito, apresentadas como *causa petendi*, enquanto a *fundamentação* destina-se finalisticamente à solução do *pedido*, mediante a determinação de um fundamento jurídico aplicável ao caso concreto.

A instrumentalidade da motivação está em possibilitar ao juiz a descoberta das diversas soluções jurídicas (*rationes decidendi*), como razões que fundamentem seu julgamento; dentre elas, deverá adotar um argumento determinante (*ratio decidendi*), ou *razão suficiente* para o dispositivo ou *decisum*, que é seu fundamento.

A *ratio decidendi* é obtida pela motivação do juiz ou tribunal. As demais considerações ou circunstâncias, não necessárias

para decidir, são simples *obiter dicta*, que os juízes costumam adicionar às sentenças, sem fazer parte da *razão de decidir*.

A *fundamentação das decisões judiciais* foi elevada a princípio pela Constituição de 1988, no quadro das garantias fundamentais, interligado aos direitos de acesso à justiça, ao devido processo legal e à irretroatividade da coisa julgada, com fortes acentos axiológicos, e sintetizando exigências de segurança jurídica.

Em decorrência desta magnitude constitucional, a função do juiz no processo ultrapassa as formalidades técnicas e endoprocessuais da motivação, como justificação de seus atos às partes e aos tribunais; e exige a decisão fundamentada para cumprir suas finalidades extraprocessuais, em relação à sociedade, à comunidade jurídica e ao próprio ordenamento, como controle democrático da imparcialidade e publicidade em suas decisões.

A discussão sobre o tema é extensa, desde os autorizados doutrinadores estrangeiros, com frutuosa reflexos entre os nacionais; sem pretensões de inovar, este ensaio buscou enfatizar o papel constitucional dos juízes, que consiste na *fundamentação motivada* de questões relevantes de direito, voltadas à formação de jurisprudência dominante, coberta pela certeza jurídica, com forte reflexo na evolução do próprio ordenamento normativo.

As idéias centrais postas à discussão centram-se na distinção conceitual entre *motivação* e *fundamentação* nas decisões judiciais, diferenciando-se das decisões administrativas, em que a norma constitucional apenas exigiu a *motivação*, a nosso ver por inexistir o *dispositivo fundamentado*, com força de coisa julgada, como naquelas.

Ademais, discutir a *motivação* das questões de fato e de direito, relacionada ao *petitum*, e a conseqüente *fundamentação*,

como exigência de solução da *causa petendi*, mediante o *dispositivo* da sentença.

Enfim, considerar este *decisum* como elemento essencial da coisa julgada, e causa eficiente da jurisprudência dominante, reclamando fundamentos de conteúdo axiológico, sobretudo na discussão de questões jurídicas relevantes, à face das realidades econômicas, políticas e sociais conflituosas.

REFERÊNCIAS E INDICAÇÃO DE LEITURAS

- ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- CANABARRO, Américo. *Estrutura e dinâmica do processo judiciário*. 2ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1977.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Sentença mal fundamentada e sentença não-fundamentada. *Revista de processo*, n. 81, p. 220-225, jan-mar./1996.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Motivo e Motivação do Ato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1976.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- DOMINGO, Rafael. *Teoría de la "auctoritas"*. Pamplona: EUNSA, 1987.
- D'ORS, Álvaro. Principios para una teoría realista del derecho. *Anuario de Filosofía del Derecho*, p. 313-314, 1953.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *O Direito, a Lei e a Jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción a la lógica jurídica*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1951.

- GÉNY, François. *Méthode d'interprétation. Et sources en droit privé positif*. 2 vls. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1932.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio: Forense Universitária, 1990.
- _____. O controle do raciocínio judicial pelos Tribunais Superiores brasileiros. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, v. 17, n. 50, p. 5-20, nov./1990.
- HERNANDEZ-GIL, Antonio. *La ciencia jurídica tradicional y su transformación*. Madrid: Civitas, 1981.
- ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el Common Law*. Madrid: Civitas, 1995.
- LALANDE, André. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e Outros Escritos sobre Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- _____. *Manual de Direito Processual Civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio: Forense, v. I, 1984.
- _____. Do arbítrio à razão. Reflexões sobre a motivação da sentença. *Revista do Processo*, São Paulo, n. 29, p. 79-81, jan.-fev./1983.
- MAGALHÃES, Maria Cristina Faria. *A correlação entre acusação e sentença nas ações penais condenatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MANS PUIGARNAU, Jaime M. *Lógica para juristas*. Barcelona: Bosch, 1978.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. A cultura do jurista. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. Ed. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 2, p. 20-24, 1993.
- MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- MELLO, Rogério Licastro Torres de. Ponderações sobre a motivação das decisões judiciais. *Revista do Advogado AASP*. São Paulo, n. 73, pp. 178-188, nov./2003.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *Temas de Direito Processual*, 2ª série, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- _____. Correlação entre o pedido e a sentença. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 83, pp. 207-215, jul-set 1996.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- NEGRO PAVÓN, Dalmacio. Trad. Carlos Aurélio Mota de Souza. Natureza social do Poder Judiciário. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 695, p. 16-29, set./1993
- NOJIRI, Sérgio. *O Dever de Fundamentar as Decisões Judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- PERELMAN, Chaim; FORIERS, P. *La Motivation des Décisions de Justice*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1978.
- PERO, Maria Thereza Gonçalves. *A Motivação da Sentença Civil*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- REALE, Miguel. A motivação, requisito essencial da sentença. *Questões de direito público*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1973.
- ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional. Princípios constitucionais do Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- SANTOS, Mário Ferreira dos. *A sabedoria dos princípios*. São Paulo: Matese, 1968.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 3º vol. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1973.
- SCHOPENHAUER, Arturo. *De la cuádruple raíz del principio de razón suficiente*. Madrid: Gredos, 1989.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Vols. I- II; III- IV. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e Coisa Julgada. Ensaios*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1979.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança Jurídica e Jurisprudência. Um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: LTr, 1996.

_____. *Poderes Éticos do Juiz*. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 1987.

_____. Correlação entre demanda e sentença no Processo Penal e a identificação do seu objeto. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 66, pp. 61-71, abr-jun 1992.

TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. *Racionalidade das decisões judiciais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

TOURINHO FILHO. *Processo penal*, vol. 4. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. *A causa petendi no direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coordenadores). *Causa de pedir e pedido no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. *Metodología de la determinación del derecho*, vol. I. Madrid: Editora Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Editora UnB, 1979.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999.

ZAVARIZE, Rogério Bellentani. *A Fundamentação das Decisões Judiciais*. Campinas: Millennium Editora, 2004.

NOTAS

¹ Seguindo tradicional ensino do emérito jurista Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, e em homenagem a nosso mestre, entendemos que ao escolher dentre as soluções possíveis e razoáveis para o litígio, o juiz determina a decisão. O verbo determinar é congruente com decidir, convencer, definir, colocar termo a uma demanda. Utilizaremos este significado ao longo da exposição.

² Lei (*lex, legis*) vem de *legere*, ler, dentre outros sentidos (*eligere, ligare, etc*).

³ Em alguns dispositivos o CPC emprega diretamente a expressão “causa de pedir”, ao invés de *fato e fundamentos jurídicos do pedido*, como nos arts. 264, *caput*, e par. único, 295, par. único, I, e 321. Em outros, o legislador empregou o termo ‘fato(s)’ no sentido de ‘causa de pedir’: arts. 302, *caput* e par. único, 319 e 326.

⁴ *Obiter*, advérbio (de *ob-iter*) de passagem, em caminho, e *dicta* (plural de *dictum, i*), palavras, termos.

⁵ Sindérese, faculdade natural de julgar com retidão, bom senso, ponderação.

⁶ É de se ressaltar a forte influência da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, sobre o Constituinte de 1988, e das Constituições modernas dos países democráticos, notadamente Espanha e Portugal, que lhe antecederam. Ao arripio das tendências do positivismo jurídico, até então predominantes, a Constituição abrigou teses jusnaturalistas de cunho personalista e humanista, como os conceitos de dignidade da pessoa humana, cidadania e prevalência dos direitos humanos.

⁷ Miguel REALE (1973) denomina *modelos jurídicos* e Rubens Limongi FRANÇA (1974:169) *formas de expressão do Direito*.

⁸ Cabe evocar a imagem da Jurisprudência como frutos que caem além dos muros do Direito positivo...

CONFERÊNCIAS E DEBATES

LA “SEGURIDAD JURÍDICA” Y EL “ESTADO DE DERECHO”
EN UNA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL:
LAS “CONDICIONES” Y LOS “CONDICIONAMIENTOS”
THE “JURIDICAL SECURITY” AND THE “WELFARE STATE”
IN A CONSTITUTIONAL DEMOCRACY:
THE “CONDITIONS” AND THE “CONDITIONINGS”

JORGE REINALDO VANOSI*

Recebido para publicação em setembro de 2005

“La lucha ‘antiglobalizadora’ es como plantear una
rebelión contra los eclipses de sol”
Zygmunt Bauman
(sociólogo polaco)

1- El tema, que se conoce ya por su título, vincula tres cosas que están estrechamente relacionadas entre sí, se diría que son inescindibles desde el punto de vista no sólo conceptual, sino fundamentalmente de su armónico funcionamiento, como son la Justicia, el Derecho y la Seguridad.

Debemos centrar básicamente el enfoque en el problema de la seguridad, con la advertencia de que es un término que se utiliza muchas veces en forma genérica y también tiene muchas aplicaciones específicas relacionadas con particulares aspectos de ese concepto general.

En su viejo “Manual de Derecho Constitucional”, Carlos Sánchez Viamonte decía: “para la manifestación de la personalidad y para su pleno desarrollo se necesita un conjunto de condiciones que consagren su inviolabilidad. A este conjunto de condiciones se le llama *seguridad*. Y corresponden a una cualidad esencial de la personalidad humana: la dignidad” (confr. Ed. Kapeluz, Bs. As, 1956, Pág. 127). Es decir, que el concepto de seguridad estaba

asociado a la dignidad de la persona humana y consistía fundamentalmente en un conjunto de condiciones. Traducido esto a un lenguaje más primario, nos permitiría señalar que la seguridad es como la atmósfera. Tener seguridad es contar con condiciones atmosféricas que permitan desde la oxigenación hasta la posibilidad de la supervivencia, es decir, todo aquello que hace a las condiciones de vida. Es el oxígeno indispensable para sostener la vida humana en un ambiente de vigencia constitucional en el más pleno y abarcativo sentido de la expresión: la limitación de los poderes y las garantías de las libertades.

La seguridad como especie tiene muchas acepciones, que las hemos conocido, las escuchamos con frecuencia y las que más nos preocupan en este momento son dos: la seguridad personal, por no hablar de la inseguridad lisa y llanamente; y la seguridad jurídica, que también tambalea más allá de lo admisible por la lógica o por la geometría. Pero también existe el concepto de seguridad social, también se ha hablado de la seguridad nacional, también

*Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales.

se ha hablado de la seguridad pública, también se ha vinculado el concepto de seguridad con la defensa nacional a la cual alude el Preámbulo de la Constitución. En fin, se puede ofrecer un abanico bastante vasto, bastante abarcativo de las distintas aplicaciones de la idea general de seguridad.

El concepto y la idea de seguridad van unidos a ciertos términos-basta mirar el diccionario de la lengua española de la Real Academia- como el de "certeza", el de "confianza", el de distancia "de todo peligro", algo "cierto", algo "indubitable"; como así también a la noción de "firme, constante, y que no está en peligro de faltar o de caerse".

A diario asistimos a la tragedia familiar sufrida en materia de seguridad individual. Vale comenzar por ese aspecto porque es el que nos concierne a todos, ya no como ciudadanos sino como habitantes, como seres humanos de esta querida Argentina. Se sufre por la pérdida de vida de un hijo secuestrado por el cual a veces hasta se ha pagado el rescate y, no obstante eso, es asesinado vilmente. Y esto es frecuente y ocurre en muchas partes; también fuera del continente americano notamos, incluso en Europa, que la seguridad personal o seguridad individual está muy subestimada y muy menospreciada como uno de los valores fundamentales que se deben sustentar. Y por supuesto, cuando hablamos de seguridad no nos referimos solamente a este punto sino también a la seguridad colectiva o asociativa, porque hay obviamente una ruptura y una rotura del "contrato social". El trasfondo filosófico de la enorme crisis en que vivimos es que la idea contractualista ha sido minada, ha sido bombardeada, o ha sido prácticamente vaciada.

Cuando el hombre entra en sociedad y la sociedad construye el Estado, retiene las libertades, las garantías, las proteccio-

nes, pero delega la seguridad. Y esto, que los "padres fundadores" admitieron que era delegable, que la seguridad fuera un monopolio por parte del Estado en cuanto al deber de custodiarla: si el Estado no la brinda, el resultado evidente es que la seguridad se torna mínima, y esto da lugar a que aparezcan en algunas circunstancias o situaciones de total inseguridad o combinadas con los llamados "llaneros solitarios", o "los justicieros", los que quieren hacer justicia por mano propia. Pero lo hacen porque la justicia no viene de donde debería venir, la seguridad no proviene de donde debería provenir, que es precisamente el aparato gubernamental del Estado a través de sus diversos poderes.

Vayamos directamente al concepto de seguridad jurídica que es al que más podemos, desde el punto de vista de nuestra modesta formación, aportar algunas reflexiones. Es importante comenzar con una mención de la incidencia que la seguridad jurídica reviste en los procesos económicos. Ya Max Weber ponía como meridiano de la época anterior y posterior a la Revolución Industrial, el crear suficiente seguridad jurídica, especialmente en la nota de la previsibilidad. Poder conocer anticipadamente las consecuencias de los actos jurídicos era la *conditio sine qua non* para que la acción humana se pudiera desplegar libremente.

Puede decirse, sin temor a equívocos, que la explicación del gran crecimiento del capitalismo en occidente tiene un gran nexo, una gran relación con las condiciones en las que se desenvuelve la seguridad jurídica. Esto hoy en día es inobjetable. Es evidente por sí mismo.

Cabe sostener entonces que si no puede concebirse el nacimiento y el desarrollo del capitalismo como no sea en el marco de un Estado que garantice plenamente las condiciones de desenvolvimiento del capi-

tal, es evidente que un capitalismo futuro requiere para su subsistencia el afianzamiento de dicha condición. Es más, todos los Estados que han querido avanzar en el terreno económico han tenido que afianzar la seguridad jurídica tanto en el interior como para las inversiones extranjeras. Por ello, la situación puede definirse con la siguiente ecuación: a mayor seguridad jurídica para el capital mayor posibilidad de desarrollo económico futuro, a efectos de lo cual no puede soslayarse la intervención fundamental que debe tener el Estado en la cuestión, habida cuenta que modernamente no puede entenderse un sistema económico que no repose en reglas claramente establecidas para el comportamiento de los agentes económicos. Lo contrario sería suponer que puede existir un capitalismo sin reglas, sin leyes, casi diríamos salvaje; y esto no se compadece con las necesidades del mundo actual, tan interdependiente (por ejemplo, el Estado debe velar por el cumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia –Ley 25.156- y la Ley de Defensa del Consumidor –Ley 24.240-).

La seguridad jurídica, que tiene que ver -como hemos señalado- con el desenvolvimiento del capital, aparece ligada conceptualmente al nacimiento mismo del Estado moderno de derecho, como pilar insustituible de todo régimen republicano y democrático, y también en las monarquías constitucionales. Por ello, aparece primigeniamente vinculada con las garantías de la persona frente al Estado, para aventar todo resabio de despotismo o absolutismo, y se extiende simultáneamente a la propiedad, como al resto de las libertades positivas del hombre. Siempre debe tenerse presente que la consolidación de la seguridad jurídica no puede ser sólo una “política de Estado”, pues se trata de algo más: es la base misma del Estado de Derecho en un régimen constitucional.

Atento lo expuesto, queda demostrado que el tema de la seguridad jurídica está íntimamente relacionado con la organización política y legal del Estado, y, como tal, el tema tiene claras implicancias constitucionales. Por esta razón, también los constitucionalistas lo tuvieron en cuenta: los derechos de “usar y disponer de la propiedad”, de “asociarse con fines útiles”, y de “ejercer toda industria lícita”, establecidos o reconocidos por el artículo 14 de la Constitución Nacional, tienen que ver directamente con el proceso económico; los que se extienden por el artículo 20 a los extranjeros que, según la Constitución, “gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos o enajenarlos”. Como se podrá ver, luego de esta cita, podemos comprobar a diario que esto en la práctica no es respetado, ni siquiera por funcionarios que tienen a su cargo reparticiones tan importantes como la Inspección General de Justicia, para poner un ejemplo que está todos los días en los diarios, donde se dictan (basta leer el Boletín Oficial) decenas –acaso ya no serán centenares- de resoluciones en las cuales hay una obvia, no mera discriminación, ni mera diferenciación, sino persecución a todo aquello que no responda a ciertas pautas ideológicas que, a nuestro modo de ver, reposan sobre falsas bases, sobre bases erróneas. Como por ejemplo, equiparar toda sociedad de origen extranjero con una sociedad *off shore*, cuando son cosas que cualquiera que esté en el comercio o en la actividad legal sabe que son cosas diferentes (véase: “Nissen versus Nissen”, por Mariano F. Grondona, en “Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires”, julio 2005, Págs. 35 a 46).

La igualdad de los Derechos Civiles para nacionales y extranjeros consagrada

por la Constitución tiene directamente que ver con la seguridad jurídica, y la posibilidad que a su amparo crecieran en el país las inversiones extranjeras, que coadyuvaran con el proceso económico. Asimismo, en las cláusulas que conceden el privilegio de la jurisdicción federal para los extranjeros, hoy artículo 116; y la eximición de gravámenes para la entrada de los extranjeros, tenían su razón de ser en la cosmovisión de ese momento (el artículo 25 de la Constitución que incitaba, precisamente, a la venida al país de todos aquellos que podían aportarle algo a su crecimiento). Esto produjo la integración territorial, facilitó el proceso inmigratorio y, en definitiva, permitió una capitalización con procesos de ahorro y ulterior reinversión.

El proceso de integración económica en el mundo capitalista moderno requirió del aporte de nacionales y extranjeros, fundamentalmente a través de las primeras sociedades comerciales que incentivaron el aporte a la inversión, capitalización y ahorro. Hay un nexo muy estrecho con la cultura del ahorro, que se basa en la cultura del trabajo, ya que ambas fomentan luego la cultura de la inversión.

Recientemente, el 25 de julio, el diario *La Nación* ha dedicado un magnífico editorial, cuyo título dice menos de lo mucho que dice el contenido. El título es "Pesca y seguridad jurídica". Pero este editorial está redactado de tal manera que hace todo un razonamiento, muy lógico e impecable, sobre la relación de estos aspectos. Citamos al pasar: "sólo pueden ser debidamente explotados si cuentan con un sistema de derechos y obligaciones que se respeta y, de ese modo, brinda valor económico a esos recursos" (se refiere a los recursos de la pesca). "Para que haya una explotación sustentable es necesario además crear condiciones para aumentar el valor, asignándole una cotización económica.

Las reglas del juego deben ser establecidas y claras; y agrega: "la riqueza de las naciones depende, en términos generales, de la capacidad que tienen sus dirigentes para crear órdenes legales que reflejen y articulen adecuadamente el contrato social con sus pueblos". Luego vincula los conceptos de cómo se forma el capital a través de la acumulación de la propiedad y cómo de ese capital surgen los activos que, en su representación significan poseer instrumentos que otorgan derechos legales explícitos, porque de lo contrario, sin derechos correctamente documentados, esas posesiones resultan activos difíciles de convertir en capital ya que no pueden ser comercializados fuera de estrechos círculos locales donde la gente se tiene confianza mutua. Y termina diciendo que "la plena aplicación del régimen federal garantizaría la sustentabilidad del recurso pesquero, mientras que su respeto le otorgará previsibilidad a la industria, un paso esencial para planificar inversiones a largo plazo en el marco de la seguridad jurídica". Más claro, imposible.

2- A efectos de garantizar la integración, la igualdad jurídica, y la seguridad jurídica en todo proceso económico en los que están involucrados nacionales y extranjeros de los distintos Estados, el 16 de diciembre de 1966 la Asamblea de las Naciones Unidas adoptó por votación unánime los Pactos Internacionales de Derechos Humanos; uno sobre derechos económicos, sociales y culturales; y el otro sobre derechos civiles y políticos.

En el Pacto de Derechos Económicos y Culturales se establece el compromiso de los Estados de tomar medidas, en forma progresiva, para lograr la efectividad de los derechos protegidos, por todos los medios apropiados, inclusive por la adopción de medidas legislativas. El mismo artícu-

lo 2º de dicho Pacto, luego de referirse al compromiso de que no debe discriminarse en el ejercicio de los derechos, establece que los países en desarrollo están facultados para establecer diferentes medidas que garanticen los derechos económicos a personas que no sean nacionales.

Véase la previsión de nuestra sabia Constitución de 1853 que, en la llamada cláusula alberdiana del progreso, hoy Inc. 18 del Art. 75 referido a la facultad que tiene el Poder Legislativo para proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, etcétera, termina indicando el cómo: “por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensa de estímulo”. Es decir, la propia Constitución abrió la puerta para que hubiera la máxima protección posible en esta materia y no restricciones que llevan, por ejemplo y para poner nada más que un dato cuantitativo, a que la Argentina figure entre los países donde en horas de tiempo más tardanza y más duración requiere la constitución de una sociedad civil o comercial, en contraste con los países que coinciden en ser aquellos que estando más desarrollados o estando desarrollándose más rápidamente, insume ese trámite muchísimo menos tiempo (léase también “ventanillas”, por las que hay que pasar en nuestro país).

De manera entonces que la más moderna legislación internacional propugna generar condiciones bajo las cuales los procesos económicos se desarrollen sin discriminaciones entre nacionales y extranjeros, sometidos ambos a claros preceptos que tengan como base la igualdad y la seguridad ante la ley. A ello no impide que en circunstancias excepcionales se aplique la salvedad del tercer párrafo del mismo Art. 2 del Pacto, según el cual: “Los países en vías de desarrollo, teniendo debi-

damente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos”. Esta cláusula choca con el Art. 27 de la Constitución Nacional, al contrariar principios de derecho público interno que —como el Art. 20— no podían ser modificados por los Constituyentes de 1994.

Actualmente, ya en el siglo nuevo en el cual nos encontramos, se requieren más técnicas que apunten a que la plena vigencia de todos los propósitos expresados anteriormente pueda ser implementada.

Una de las técnicas a la que puede hacerse referencia es la solución arbitral. Es el medio más idóneo, más eficiente y seguramente el más rápido para la solución de una disputa que pueda interrumpir una inversión. Podría decirse que ha surgido una actitud de prevención en relación con este mecanismo de arbitraje, que ha sido progresivamente superada cuando se ha visto que esta solución ya había sido adoptada por la República Argentina para sus problemas, cuando estaba implicado nada menos que un elemento del Estado, o sea, el territorio y sus límites, en los casos en que han mediado conflictos al respecto. La Argentina sometió tradicionalmente a arbitraje este tipo de problemas, perdió muchos, ganó otros, pero siempre respetó los resultados y nunca se apartó de las reglas del juego.

No es por lo tanto lesivo a los principios de la Constitución Nacional, que en manera alguna empece a que se utilice dicha técnica —la del arbitraje— para resolver cuestiones vinculadas con el proceso económico y con inversiones en particular.

Incluso fueron apareciendo sistemas complementarios: los sistemas multilaterales de garantías y los sistemas bilaterales que se van acelerando.

Ya han sido aprobados por ley de la Nación más de medio centenar de los Convenios de Garantía de Inversión con los estados extranjeros y es ley de la Nación desde hace años la adhesión al CIADI, dispuesta por Ley 24.353, porque somos miembros del Banco Mundial, y por lo tanto es bueno estar adherido al CIADI que es un mecanismo previsto por el propio Banco Mundial que tanta importancia tiene en materia de moneda y de créditos, lo que demuestra que "el miedo" a dichos convenios de arbitraje ha desaparecido, teóricamente. Esto implica hablar de un marco jurídico razonable; toda vez que el Art. 75 Inc. 22 asigna a los tratados –bilaterales o unilaterales- una jerarquía superior a las leyes ordinarias.

Estas garantías para la inversión de nacionales y de extranjeros, en el marco de los Pactos y Convenios impulsados por las Naciones Unidas, constituyen el andamiaje jurídico mínimo indispensable donde deben resolverse las controversias. De aplicarse la doctrina Rosatti, ex-Ministro de Justicia de la Nación, la Argentina probablemente sería el primer país, en la historia del CIADI y del Banco Mundial, en apartarse de las reglas del juego y en negar la validez y la inapelabilidad de las decisiones de un tribunal arbitral; y desgraciadamente la Corte Suprema de la Nación, en un caso anterior ("Cartellane c/Hidronor"), ha abierto esa posibilidad al admitir que los compromisos arbitrales que concluyen finalmente en un laudo (y, fuera de los vicios ostensibles como puede haber sido el exceso de incumbencia por parte del tribunal o algún defecto formal) pueda revisar el contenido de esas decisiones por parte de la justicia argentina, más grave aún si se trata de un tribunal internacional del cual la Argentina forma parte.

3- ¿Hace falta la seguridad jurídica? Vamos a referirnos a la seguridad o inse-

guridad jurídica, que es una medalla de dos lados; y los efectos que esto produce desde el punto de vista del derecho de propiedad y de la actividad comercial. Este no es un tema puramente teórico ni es un tema exclusivamente jurídico, porque tiene a lo largo de la historia una connotada vinculación con el desarrollo económico y fundamentalmente con el crecimiento en la era industrial, como queda dicho *ut supra*, sobre todo con aquellos países que han adherido a la filosofía de Occidente. Además, esto se vincula, como es obvio, con otros aspectos de la libertad humana que hacen a la creatividad y el marco de protección que esa creatividad requiere (nos referimos fundamentalmente a la llamada propiedad industrial). La sociología se ha ocupado de este tema en vinculación con el derecho: que la clave de bóveda para interpretar el gran crecimiento había sido precisamente la seguridad jurídica. Este principio, comúnmente llamado regla de la predictibilidad o de la previsibilidad es, en palabras más o en palabras menos, uno de los rasgos definitivos y definitorios del concepto que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, no de ahora sino de mucho tiempo atrás, lo ha dicho y lo ha reiterado, connotándolo como un rasgo esencial del Estado de Derecho.

Desde luego que toda esta terminología que está imbricada estrechamente entre sí, depende de las fuentes de inspiración. Los alemanes, por ejemplo, hablan de Estado de Derecho, porque ellos, como no tenían a comienzos del siglo XIX el Estado Constitucional, tenían que buscar una expresión equivalente; pero que apuntara a la protección de los mismos valores: principio de legalidad por un lado y juez independiente por el otro. ¿"Es que todavía no hay jueces en Berlín"?, clamaba la famosa expresión del dueño de la cabaña de Postdam al que en nombre del Rey de

Prusia querían quitarle parte de sus tierras en beneficio del palacio real. Los franceses tenían Constitución y hablaban del Estado Constitucional desde poco tiempo después de la Revolución Francesa. En efecto, la separación de los poderes y la garantía de los derechos (Art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano así señalaba: sólo tenía Constitución un Estado que reuniera esos requisitos). Los anglosajones han hablado del “Rule of Law” y también de la seguridad jurídica en distintas denominaciones o con distintos alcances. Pero estamos, sin duda, ante un conjunto de términos que convergentemente apuntan hacia lo mismo (véase: “El Estado de Derecho”, por Jorge Reinaldo Vanossi, Bs. As. EUDEBA, 3º Ed., 2000).

¿Y qué decía nuestra Corte Suprema? Lo decía hace ya muchos años, por ejemplo en el año 1922, en el famoso caso Horta y lo repitió después en 1960, por unanimidad, en el caso Abal; (acudir a Fallos 242:501), al que citamos por lo tajante de la terminología utilizada por la Corte. Decía, refiriéndose precisamente a la negación de la seguridad jurídica (que es la inseguridad): “su rasgo típico es el auge de la arbitrariedad estatal, o lo que es lo mismo, la quiebra de la previsibilidad en lo concerniente al ejercicio del poder público”. Y agregaba la Corte: “únicamente la respetuosa observancia del Estado de Derecho en cuanto supone un Estado cuyas potestades son limitadas y se hallan sujetas al deslinde de las competencias fijadas por la Constitución, garantiza una “estabilidad calculable” de las relaciones entre gobernantes y gobernados”. Y finalmente, la Corte fulminaba lo esencialmente imprevisible de los excesos que van más allá del concepto de seguridad jurídica. Esto lo afirmaban jueces como Villegas Basavilbaso, Aráoz de Lamadrid, Boffi Boggero, Oyhanarte, Aberastury, Colombes, e Imaz, es decir, la unanimidad de la Corte. No era un

voto aislado, no era un *impromptu* del momento, era un valor entendido. ¿Por qué lo hemos traído a colación? Debemos ser muy breves, pero muy categóricos. El meollo de la cuestión está allí y particularmente en el tema de la propiedad y del comercio. Cualquiera ser humano, al realizar una acción o meramente un hecho físico, necesita saber si ese hecho está protegido, o está desamparado o está penalizado. Antes de mover un brazo y hacer un saludo o una inflexión necesitamos saber si esto es lícito o ilícito, porque de eso va a depender la ulterioridad de nuestra conducta y las consecuencias de una conducta eventual. Antes de firmar un contrato o un compromiso necesitamos saber si está sujeto a imposición o si está exento de gravámenes, porque a lo mejor no lo celebramos. Aplicado esto a la libertad creadora y productiva, como así también al comercio y a las transacciones en general, resulta obvio que el que vuelca su esfuerzo para procurar luego lo que va a ser aportado como un dato novedoso, importante y diferencial en el marco del conocimiento o de los productos que se derivan del conocimiento, necesita saber cuál va a ser su marco de protección: qué derechos va a tener y cuál es el amparo que el orden jurídico constitucional, y además legal, le suministra. “Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento durante el término que le acuerde la ley”. Lo dice expresamente la Constitución y lo dice desde 1853 (Art. 17).

Porque, si se puede hacer o no hacer, o se puede hacer en un país o en otro país, quienes auspician y fomentan la creatividad y cualquier tipo de comercio e industria como actividad lícita, requieren un apoyo logístico fundamental y una base de sustentación que permita contar con todo el aparato, el conocimiento, la preparación y los auxilios técnicos necesarios. Así, los suministrarán si saben y, de resultas de

eso, van a tener desde luego algún beneficio, alguna protección, algún resultado. Rudolf Von Ihering, gran maestro del Derecho, lo expresaba con palabras que no tienen por qué horrorizarnos. Lo aplicaba a lo material y a lo inmaterial, a lo físico, a lo económico y a lo espiritual, y decía: "El interés es la medida de todas las acciones". Y esto es así, ha sido así y seguirá siendo así, porque lo contrario es antinatural.

De no cumplirse así, el contratista o el concesionario, ¿qué hará?: intentará en dos años obtener la ganancia prevista para dos décadas. O, peor aún, no reinvertirá lo ganado en el país. Las consecuencias de desconocer las reglas del juego van a hacer que en el futuro la contratación en nuestro país sea mucho más "leonina" como consecuencia de la precaución que por su cuenta tomará el que va a invertir, pues pensará que el "riesgo país" conduce a que en menos años de lo previsto tenga que ganar lo que normalmente ganaría en un período mucho mayor.

4- En resumen, ¿qué se requiere para que se configure en materia de propiedad, comercio, industria, etcétera, la seguridad jurídica? Se requieren por lo menos tres o cuatro cosas, que son condiciones necesarias y suficientes. Puede haber, por supuesto otras más, que a mayor abundamiento favorezcan y enriquezcan el marco protector.

Primero: marco legal preciso y estable. Son dos cosas: el cuadro normativo tiene que estar muy claramente determinado en cuanto a la certidumbre, a la certeza del derecho aplicable; esto no existe en este momento en la Argentina, por la enorme confusión derivada de una legislación que realmente ni aún los expertos (y me refiero a los expertos en seguimiento jurídico), han podido monitorear sin pestañar hasta el último detalle, porque ha parecido realmente una parte de una novela policial.

Materia fiscal, actos jurídicos contractuales, materia aduanera, etc. En segundo término, debe ser además estable: no puede cambiar todos los días, no puede estar sujeto a nuevas negociaciones, a nuevos vetos, a nuevas propuestas; porque obviamente el proceso económico y científico que involucra a los hechos tecnológicos requiere tiempo, además del espacio jurídico y del espacio económico. Ralf Dahrendorf, el gran politólogo de origen alemán, luego miembro de la Cámara de los Lores en Gran Bretaña, señala precisamente que junto con la independencia de un juez está el requisito de la claridad y la estabilidad de las normas impositivas. Y bien que lo dice alguien que ha sido decano de la Escuela de Economía de Londres, de donde, en ese país, nació la famosa regla "no taxation without representation", que es una de las bases fundamentales, equivalente en importancia, al "nullum crimen, nulla pena, sine lege" (Art. 75 Inc. 1º y 2º; y Art. 18 de nuestra Constitución).

Segundo lugar: instancias administrativas ágiles y transparentes. Esto es fundamental: por supuesto, lo que no llega a tiempo, no llega. Si el trámite es burocrático o está perturbado por la obstrucción, eso desalienta y lleva a que se canalice por otros lugares. La corrupción tiene que estar erradicada de los trámites, no puede ni suponérsela presente en un ámbito tan delicado como el ámbito de la propiedad y el reconocimiento de sus alcances. Con razón se ha afirmado que la "credibilidad" es la percepción que el mercado tiene de la transparencia.

Según "La Nación" (14/IX/2005) el Banco Mundial advierte que en la Argentina hay exceso de regulaciones y desprotección de la propiedad:

"Si la Argentina adoptara reglas de juego para los empresarios y una protección de los derechos de propiedad privada

al estilo de las de Dinamarca, el desempleo podría bajar hasta 3,3 puntos porcentuales. Esta es la principal referencia hacia nuestro país en un extenso informe elaborado por la Corporación Financiera Internacional (CFI), el área de promoción de la inversión privada del Banco Mundial, que fue difundido ayer.

“El estudio determina cuál es el lugar del mundo que cuenta con las normas más favorables para hacer negocios. En una muestra de 155 países, la Argentina quedó en el puesto número 77. Nueva Zelanda, Singapur y Estados Unidos son los mejores países para iniciar una empresa. En tanto, Chile, en el 25° lugar, resultó ser el país mejor posicionado de América Latina, mientras que Brasil se ubicó en el puesto 119. Las dos economías emergentes del momento, China y la India, tuvieron pobres desempeños, según el CFI, y se ubicaron en los puestos 91 y 116, respectivamente.

“El puesto está determinado por el grado de dificultad, el tiempo requerido y el costo económico de los trámites burocráticos para abrir una empresa, tomar o despedir empleados, obtener un crédito o resolver un juicio.

“El estudio no consideró la proximidad de un país a los grandes mercados, la calidad de los servicios de infraestructura, la seguridad de la propiedad ante robos y saqueos, como tampoco la volatilidad monetaria u otras condiciones macroeconómicas.

“Cuanto menos regulaciones, mejor ubicación en el ranking. Cuanto más complicaciones sean las regulaciones, tanto más espacio se genera para la corrupción”, sintetizó el economista jefe de la CFI, Michael Klein.

“Según el informe, la Argentina es uno de los lugares donde hay que realizar una mayor cantidad de procedimientos

para abrir una empresa: 15, la misma cantidad que en Grecia, Guatemala, Ucrania y Bolivia. En Nueva Zelanda, bastan sólo dos trámites para iniciar un negocio.

“El dato no es menor, ya que la amplia mayoría de las personas que logran salir de la pobreza lo hace iniciando su propia empresa o encontrando trabajo en una empresa ya existente, señala el estudio. Agrega además que las regulaciones “costosas y engorrosas” llevan a las empresas a operar en la economía informal y a mantener un tamaño reducido, creando pocos empleos.

“En este sentido, el Banco Mundial señala que las economías de América latina y el Caribe han agilizado el ritmo de las reformas para ayudar a las empresas a invertir y así generar más empleos. No obstante, las compañías siguen enfrentando trabas legales en la mayoría de los países de la región, advierte el organismo.

“En adición a esto, el estudio critica el ordenamiento que rige en los mercados laborales de la región: “Países como la Argentina y Brasil tienen regulaciones laborales rígidas y también exigen a las empresas que paguen impuestos a la seguridad social superiores a los de países ricos como Dinamarca y Holanda”.

“En este sentido, recomienda cuatro reformas para reducir la carga sobre las empresas y aumentar las oportunidades para los trabajadores: aumentar la edad jubilatoria en países con una población envejecida, igualar la edad de retiro de hombres y mujeres, cambiar la indemnización por un seguro de desempleo e introducir contratos para aprendices”.

Tercer requisito: jueces independientes y eficientes, es decir, que pueda llegarse a las instancias judiciales de interpretación máxima. Y, sobre todo, cuando hay problemas de interpretación constitucional de por medio, en que hay que acceder hasta

el intérprete final de la Constitución, que es la Corte Suprema; donde debe contarse con todo el contorno que asegure un pronunciamiento absolutamente coherente con la letra y con el espíritu de la Constitución. Lo ha dicho con meridiana exactitud la propia Constitución histórica de los argentinos. Basta leer los artículos 14 y 17 para darse cuenta de que esto no admite otra interpretación, porque la Constitución no diferencia propiedades, actividades comerciales o industriales: basta que sean lícitas y útiles. Y, por supuesto, cuando hablamos de justicia eficiente, estamos hablando de lo que los autores alemanes llamaban "las partes facticiales del juicio". No sólo las partes teóricas: la acusación, o la demanda, la parte probatoria, la defensa o contestación de la demanda, el fallo del juez, la apelación ante otro tribunal; sino las partes propiamente condicionantes y que son de hecho, cuestiones tales como: que funcione el tribunal, que no exista una huelga por tiempo indeterminado, que se pueda acceder al sitio, al barrio o al lugar donde está el tribunal, que el empleado atienda al abogado o a la parte, que el expediente esté ubicable, que se pueda leer el expediente, que esté algunos días a la semana el juez o los camaristas que tienen a su cargo la atención de ese juicio, etc.

¿Cómo consolidar la Seguridad Jurídica? Acá el catálogo puede ser interminable. Hacemos nada más que una mención enunciativa. El primer requisito es que la ley se cumpla. Para ello no sólo la ley debe ser represiva sino también preventiva. Es un país donde se prevé poco: en algunas áreas, ninguna previsión. Se debe respetar el postulado de tipicidad no sólo en relación con el delito penal, sino con las faltas y contravenciones, en el ámbito de los tres poderes del Estado. En especial se debe lograr claridad, precisión, simplicidad y no redundancia del sistema legal. Hay que

luchar contra la inflación legislativa: más que sancionar nuevas leyes habría que derogar muchas leyes.

Se debe garantizar la certeza de las reglas que gobiernan el sistema social, para lo cual:

a) Se debe intensificar el sistema informacional de dichas reglas: si el derecho no es conocido, ¿cómo se puede cumplir?, ¿cómo hacer respetar la previsión del Código Civil, que presume que todos los habitantes conocen las leyes? (Art. 20: "La ignorancia de las leyes no sirve de excusa...").

b) La comunicación y la información social sobre el derecho es deficitaria, hoy en día. Es menester acelerar la confección del "Digesto Jurídico Nacional", del que resultarán que sólo cuatro mil o cinco mil leyes están en vigencia (en cambio, si nos atenemos al mero índice numérico actual, aparecen decenas de miles, entre las leyes, los decretos-leyes de los gobiernos de facto, los decretos de necesidad y urgencia DNU, etc).

También se debe garantizar la eficiencia del cumplimiento de las leyes y reglas del sistema jurídico. Esto no se logra si no se encuentra instalado un seguimiento sobre si las leyes o reglas se cumplen o no. ¿Por qué no se cumplen? ¿En qué medida se cumplen? ¿Por qué se mantienen las leyes que no se cumplen? ¿Qué poder del Estado cumple esta función? ¿Para qué sancionar leyes que se sabe que no se pueden cumplir porque son de imposible cumplimiento y son nada más que una promesa de catálogo de ilusiones o una simple estafa a la credibilidad de la gente?

Se debe pugnar porque se profundice la legitimidad del sistema democrático, para lo cual:

a) Se debe respetar al máximo la división de los poderes del Estado (la República debe ser real y no fingida).

b) Se debe terminar con los abusos en el dictado de los decretos de necesidad y urgencia, la “decreto manía”: hay que reglamentar su ejercicio. Según dicen los diarios parecería que algún día la Corte va a salir de su largo sueño y va a poner coto a este abuso. Hemos fracasado en todos los intentos legislativos para poder sancionar la ley respectiva y no hemos encontrado la menor voluntad política por parte de la mayoría, no sólo de la actual sino también la que siguió al gobierno que en su momento hizo abuso de la “decreto manía”: el gobierno de la Alianza no quiso la ley reglamentaria porque siguió con la misma práctica, de modo que “al que le caiga el sayo que le caiga”, porque todos han aprovechado de esta situación.

c) La delegación legislativa debe ser muy estrictamente regulada y concedida homeopáticamente. Se habla ahora de que el gobierno aspiraría a una nueva delegación de poderes cuando termine la delegación que anualmente le han hecho y a la cual la oposición ha votado en contra. Pero la pregunta de fondo este año, ya sería otra: señor, si al cabo de un año, dos años, tres años, con facultades extraordinarias y la suma del poder público no ha podido normalizar o acercarse a la normalización de una situación de crisis, entonces reconozca que ha fracasado. Tiene que admitir su error y cambiar de políticas para no seguir tropezando con las mismas piedras y pidiendo los mismos auxilios extraordinarios que tienen límites en la propia Constitución (Art. 76).

d) El control de los actos administrativos debe ser más severo que el de la ley (véase: “La República Asediada”, por Emilio J. Cárdenas, en la “Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires”, julio 2005, Págs. 21 a 32).

e) También hay que reglamentar la potestad del veto presidencial para evitar

que se desvirtúe su sentido constitucional. Se cometen toda clase de abusos en materia de veto parcial, desde que la Constitución ha permitido la promulgación simultánea de la parte no vetada. Basta con vetar una coma, una palabra, medio párrafo o un párrafo para que cambie totalmente el sentido de una norma, o esta norma pierda la unidad de criterio que la Constitución pretende asegurar cuando admite el veto parcial (Art. 80).

Hay que sistematizar el control de los actos de gobierno y de administración: por supuesto que en esto reina una enorme anarquía, pues sobran órganos y faltan responsabilidades.

Se deben perfeccionar los controles a nivel jurisdiccional. El control de constitucionalidad, que es el máximo control, comprende facetas varias, que es importante tenerlas presentes. No es solamente la constitucionalidad de la norma, sino que en concreto incluye además el control de las llamadas anteriormente cuestiones políticas no justiciables y que hoy han quedado reducidas a una zona de reserva limitadísima, con lo cual se ha ensanchado el ámbito de las facultades regladas y disminuido el de las potestades discrecionales.

El control de la razonabilidad que la Corte tan precisamente ha definido como la proporcionalidad necesaria entre el medio elegido y el fin perseguido en la reglamentación de los derechos (se infiere del Art. 28, C.N.).

El control de la arbitrariedad de las sentencias, que la Corte ha creado pretorianamente para revisar sentencias de Tribunales inferiores (también *errare humanum est*) que pueden tener un error inexcusable.

El control de la operatividad, para decidir si una norma es auto aplicativa o necesita implementación, porque es mucho más fácil decir que no es aplicativa y

por lo tanto diferir su plena vigencia a otro Poder del Estado.

Por otra parte se debe garantizar el principio de estabilidad de las decisiones jurisdiccionales. Se debe sostener el principio de la irrevocabilidad unilateral de los actos administrativos frente a derechos adquiridos de particulares o cuando se afectan intereses legítimos de éstos. Contra lo que estamos señalando conspira el hecho de que la seguridad jurídica tiene porcentajes muy bajos, muy por debajo de lo deseable y de lo necesario para que se pueda operar un crecimiento adecuado de nuestra parte del continente, puesto que se requiere "contemplar necesariamente la estabilidad de las relaciones jurídicas de modo de no soslayar la imprescindible previsión de riesgos que se tienen en mira al contratar y realizar inversiones". Esto lo ha dicho la Corte en el caso Luna, en Fallos tomo 316, página 1609, y por ello ha anticipado todas las posibilidades de violación de la seguridad jurídica y ha advertido sobre los riesgos siguientes y subsiguientes que a ese acontecer le siguen.

Hay un grave peligro, que también viene de hace algún tiempo y que es la modificación del sistema de contribuciones por medio de decreto. Hoy existe la peregrina tesis de que un presidente puede modificar una ley ya sancionada por el Congreso por medio de un decreto de necesidad y urgencia o por medio de un simple decreto, como a veces se hace solapadamente. Pero también ha ocurrido desde hace algún tiempo que el Poder Ejecutivo lo hace por decreto: citamos un sólo ejemplo, el decreto 1684 del año 1993, invocando también razones de necesidad y urgencia, cambió el impuesto al valor agregado, el impuesto a las ganancias, derogó el impuesto a los activos, modificó el código aduanero y el procedimiento ante el Tribunal Fiscal. Son todas normas que en un sistema de Estado

de Derecho están en la órbita del principio de legalidad y no pueden ser invadidas por el poder reglamentario. El Ministro que firmó esto ha vuelto al país y se presenta como candidato a Diputado Nacional (año 2005).

5- El proceso de recuperación, normalización y crecimiento intensivo llevará algún tiempo más. El tema es acelerar la normalización y no persistir en las anomalías. Allí, justo, cuando lleguemos a cumplir el Bicentenario de Mayo probablemente tendremos, según prudentes cálculos, un Estado de Derecho en convalecencia. Debemos procurar entonces su pronta recuperación y un vigorizamiento paulatino. No desesperemos, a pesar de los pronósticos (el economista Javier González Fraga consideró en una entrevista periodística que llevará un plazo de veinte años eliminar la pobreza en la Argentina).

- Los presupuestos insoslayables para eso - y nos acercamos al Bicentenario, pues nos queda nada más que un lustro- son muchos. Por ejemplo, gobiernos con triple legitimidad. No sólo la legitimidad de origen sino también la legitimidad de ejercicio de poder y la legitimidad en la etapa de la transferencia del poder.

- Otro ejemplo: una cultura capitalista y de mercado, es decir una cultura basada en la propiedad, basada en el ahorro, fundada en el trabajo, que desplace a la contracultura que a su vez desplazó a la cultura de la inversión. Nos estamos refiriendo a esta nueva cultura de la especulación, a esta cultura de la beneficencia, esta cultura prebendaria que en definitiva ha derribado los pilares constructores que en su momento tuvo el país.

- Una conciencia competitiva y de práctica del fair play, que es otro ejemplo de lo que es necesario fomentar. Por allí pasa el crecimiento de México, Brasil

y Chile, aventajando a una Argentina del “achicamiento”, cuando en la primera mitad del siglo pasado el orden era inverso, con nuestro país a la delantera.

- La regla de predictibilidad, toda vez que su ausencia contribuye a motivar el “cortoplacismo” de todos los comportamientos sociales, lo que a su vez impulsa el constante “achicamiento” del país todo.

- El funcionamiento del principio de responsabilidad, individualizado aún en la responsabilidad de los funcionarios que dictan las medidas. No basta con que la ciudadanía conozca la carátula de un expediente donde se ha condenado al Estado sin saber el nombre de quien fue el autor de la medida que originó esa responsabilidad del Estado, que luego deben afrontar todos los ciudadanos a través de las contribuciones por medio de las cuales se forman los recursos que integran el Presupuesto del cual habrán de salir las partidas para pagar el daño. Los norteamericanos son muy prácticos: la enorme mayoría de los juicios contra el Estado lleva la indicación del nombre del funcionario que dictó la medida concreta que da origen al juicio; porque como los juicios pueden durar muchos años, de aquí a diez años: o nos podemos olvidar quién dictó tal circular del Banco Central, o tal ordenanza aduanera, o tal ordenanza de la AFIP, o de lo que sea. El daño ya está causado y el nombre del funcionario ha pasado a un olvido benéfico.

- La justicia independiente, que es sano entender y aclararlo una vez más - Dahrendorf también lo dice cuando se refiere a la realidad europea-: es no sólo la independencia de los otros poderes del Estado, sino la independencia respecto de la partidocracia, es decir de los partidos políticos. Hay que agregar hoy en día que el juez tiene que sentirse independiente de la influencia mediática. La influencia mediática es muy poderosa, pues condiciona

el sentir y el querer de muchos magistrados que suelen ser hipersensibles a esa presión que puede ser tan nociva como la influencia partidocrática, solo que es ejercida de diferente manera. El resultado puede ser atroz. Téngase presente que la persona condenada o absuelta por un juez que es juez de la ley y de la Constitución y que no tiene esas interferencias, cuenta con todas las etapas para defenderse, obtiene una sentencia que podrá compartir o no, y en su caso puede apelar, y tiene tribunales de alzada que pueden en definitiva rectificar el error si lo hubo. La justicia mediática es un micrófono, una imagen en televisión o unas líneas garabateadas en un papiro. No ha habido defensa posible y, lo que es peor, no hay apelación, porque si algún día sale la rectificación del error en el que incurrió el medio, es decir el aparato mediático, ya muchos se olvidaron del caso, o la noticia aparece desparramada y diluida, o hasta el propio beneficiario de la reparación ha desaparecido y sólo sus sucesores tendrán la satisfacción de ver que se hizo justicia. Es bueno recordar lo que señalaba Hume en el Setecientos: “Todo nuestro sistema político, y cada uno de sus órganos, el ejército, la flota, las dos Cámaras y más aún, todo ésto no es más que un medio que apunta a un solo y único fin: la conservación y la libertad de los doce grandes jueces de Inglaterra” (sic)

- Otro elemento fundamental es asegurar la transparencia y poner coto a la corrupción. El retorno a la moral pública no es una frase hueca: por algo los puritanos dejaron un sello indeleble en las sociedades por las cuales pasaron, entre ellas las trece colonias inglesas en América del Norte. Esa influencia marca una diferencia muy importante con la declinación de nuestros principios morales. Piénsese que en la última elección norteamericana influyeron los principios morales, las creencias religio-

sas, la concepción sobre la familia, como issues tan o más fundamentales que los aspectos económicos, o como los aspectos de la propia seguridad nacional de ese Estado. Hace cien años, en su editorial del 16 de Agosto de 1905, el diario "La Nación" hacía la siguiente comparación, con una exhortación al surgimiento de "estadistas" que supieran alcanzar las metas de nuestro crecimiento. Decía así:

"Ecos del día. Un país envidiado-Mientras nosotros no nos explicamos por qué la inmigración no toma mayor incremento, teniendo que atribuirlo casi siempre a la carestía de la vida y a las deficiencias de la policía y la justicia, que a fuerza de se repetidos se han vuelto lugares comunes, los Estados Unidos no saben cómo defenderse del incremento cada vez más grande que toma la inmigración. De nada sirven las leyes restrictivas que se han sancionado, ni la severidad con que proceden las autoridades rechazando mensualmente centenares y miles de inmigrantes; éstos afluyen lo mismo en número extraordinario de todos los países de Europa. No importa que la vida sea también cara en los Estados Unidos; proporcionada a ella está la retribución del trabajo, lo que, unido al extraordinario movimiento del país y a las garantías de que disfrutaran por igual todos los habitantes, bastan (...) Por lo demás, los Estados Unidos no han logrado esa situación envidiable en un día y sin sacrificio de ninguna clase; lo han logrado en treinta años de buen gobierno, con su conducta invariable y persistente, con la disminución de los impuestos, con la obra acertada de los poderes públicos que han sabido sustraerse a toda influencia extraña, manteniéndose ajenos a todas las especulaciones y crisis que han agitado la economía nacional y no solamente evitar compromisos al tesoro, sino consolidar el crédito en tal modo que ha permitido la baja paulatina del interés y

se ha colocado a la altura de las naciones financieramente más sólidas...

Contamos, sin duda, con elementos de riqueza que bajo cierto aspecto superan relativamente a los de Norte América; pero mientras no tengamos junto con las riquezas los estadistas que son capaces de dirigir con más acierto nuestros destinos, sólo podremos envidiar a los Estados Unidos y admirar su marcha y progresos."

- Hay que bajar el índice de desasosiego mediante el aumento de la ocupación. Esto es fundamental, pero sin ahorro, sin capital, sin inversión, no bajará la desocupación. La creación de nuevos puestos de trabajo depende de la instalación de mayores emprendimientos; y tanto como ello, necesita de la capacitación para destrezas específicas pues no basta con mano de obra primaria o elemental.

- La atmósfera cambiará si se llega a obtener, para el Bicentenario, lo que teníamos en el primer Centenario: una movilidad social ascendente que consiste en dar más oportunidades. No la igualdad real, ya que eso es un mito y no existe, pero sí avanzar hacia el aumento real de las oportunidades para alcanzar un mejor status de igualdad desde el punto de vista del goce de esa igualdad ante la ley.

- Una reforma política profunda que no se limite al mecanismo electoral. Esta es la "engaña pichanga" con la cual nos entretienen permanentemente: que hay que cambiar el sistema electoral: estamos todos de acuerdo, pero el problema de fondo, lo decimos una vez más, es la reforma del sistema de partidos políticos desde su base, es decir desde la afiliación hasta la etapa final que es la forma de consagrar a los candidatos; de señalar cuáles son los objetivos a alcanzar si se llega al poder o si se permanece en la oposición; y desde luego la gestión de los fondos que se perciben y la necesidad de que parte de esos

fondos, como la Constitución prescribe, sean destinados a la capacitación, es decir a la formación de equipos, porque el estado moderno requiere una tarea de equipo y no una mera sumatoria de individualidades (Art. 38). Si no concretamos la reforma, se repetirá la historia de siempre: o sea, que con el mismo sastre, con la misma tela, con el mismo aparato y con el mismo diseño, obtendremos los mismos trajes; que sólo diferirán en su color (sic).

- También la atmósfera cambiará si se logra la declinación de la impunidad, ya sea la impunidad individual o grupal que crea este estado de anomia en que estamos sumergidos. Por este camino nos estamos inclinando hacia la pendiente de la anarquía (se delibera pero se resuelve poco).

- El respeto a las formas de justicia no estatal como el arbitraje es fundamental. Llevamos años insistiendo en la sanción de la Ley Modelo de Arbitraje elaborada por UNCITRAL en el marco de las Naciones Unidas; y hemos conseguido en alguna oportunidad media sanción por parte de una Cámara y el total desinterés por parte de otra Cámara del Congreso. El capricho de algunos legisladores, que por no tener o no querer sumarse a una norma que en definitiva es para el interés de todos, prefieren la no sanción antes que no llevarse el laurel de la sanción cuando es el mérito de otros.

- Necesitamos un régimen de licitaciones y concursos, como regla para todo, puesto que en un camino hacia la reinserción en la globalización se requiere en definitiva que todo lo que el Estado contrata, ya sean obras, bienes, o servicios tenga transparencia; y que la licitación sea la regla y no la excepción. La ONU ofrece una ley-modelo al respecto, que aún no hemos adoptado. ¿Qué esperamos? La “competencia” a través de concursos y licitaciones es una de las mejores recomendaciones para

contrarrestar el deletéreo efecto de la corrupción (véase: “Instituciones, Corrupción y Análisis Económico del Derecho”, de Alfredo Juan Canavese, en “Anales de la Academia Nacional de Ciencias Económicas”, Vol. Año 2002, Págs. 53 a 66).

En definitiva, esto se resume en dos palabras: credibilidad y confiabilidad a través de un aumento de la calidad de vida institucional. Al respecto, queremos decir que somos moderadamente optimistas pero no ilusos. Los derechos más lesionados se siguen violando impunemente: primero la vida y la integridad física (la vida en las formas más variadas y en todas sus etapas); segundo, el honor personal: aquí tiene mucho que ver en su lesión la justicia mediática o la falta de una verdadera justicia; la propiedad, en todas sus manifestaciones; la libertad deambulatoria, hasta por los piqueteros, que son ya un estado paralelo, y que ignorando leyes que ostensiblemente penalizan sus conductas, no son reprimidos, cuando la palabra reprimir significa originariamente aplicar la ley, es decir “reprimir” con el Código Penal y con las demás normas complementarias actos manifiestamente ilícitos (previstos en el Art. 22 de la C.N. y en la Ley de defensa del orden constitucional y la vida democrática). Ambulancias que no llegan a tiempo y mueren los heridos, niños que no llegan a la escuela, empleados que no perciben los plus por presentismo, personas que no pueden atender su profesión, otros que no pueden firmar un tratado o un convenio o un contrato. Todos están perjudicados, desde el que quiere llegar a su casa luego del trabajo en hora, o salir de su casa en hora para llegar al trabajo también en hora, tampoco puede hacerlo. Y la libertad de prensa, una pesadilla permanente en los últimos tiempos para la psiquis de nuestro Jefe de Estado que, a diferencia de otros antecedentes nefastos que se pueden recordar en los que

también fue seriamente negada y prácticamente ahogada en su casi totalidad esa libertad de prensa, ahora viene con nuevas modalidades: por ejemplo, el ataque personal con nombre y apellido de los periodistas, directores, subdirectores, autores de notas, colaboradores, autores de cartas de lectores, o sea, todo aquel que publique por algún medio algo que no coincida con el capricho del rey de turno.

6. Quisiéramos poner una nota de optimismo, señalando la posibilidad de que algunas cosas puedan llegar a solucionarse de manera coherente. Por ejemplo, el tema del despojo que puede haber significado, y así se la vio, como un despojo, a la inmovilización temporaria de los depósitos bancarios y las consecuencias que trajo la pesificación. En el reciente Seminario de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional, efectuado en Córdoba, el 24 de Junio del corriente año, al abrirse el panel sobre "Economía y Derecho" (como parte del tema general "El Constitucionalismo de las Emergencias") expresó el suscripto, como "chairman" argentino, nuestra situación legal, en los siguientes términos:

"Los derechos de las personas no son ilimitados. La concepción de un derecho ilimitado sería un acto antisocial. Todos los derechos se ejercen conforme a sus respectivas leyes complementarias (Art. 14 C.N), pero tales reglamentaciones deben respetar el principio de inalterabilidad de la sustancia de los derechos y garantías (Art. 28 C.N). En circunstancias normales las limitaciones son tenues; pero en los casos de emergencia, cuando ha estallado una crisis y se padece un estado de necesidad, las limitaciones a los derechos son más fuertes, aunque transitorias. La transitoriedad quiere decir que cuando cesen las causas deben concluir los efectos de la restricción de los

derechos. En todos los casos y situaciones rige la regla de la "razonabilidad" elaborada cuidadosamente por la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación, según la cual siempre debe mediar un grado de proporcionalidad entre el medio elegido y el fin perseguido, cuando es menester por fuerza mayor de las circunstancias poner mas limitaciones al gozo de los derechos.

Esto quiere decir que las reparaciones parciales a los daños causados por las leyes de emergencia no son impedimento para que una vez recuperada la normalidad, se provea una reparación integral, entendiéndose por tal —en términos monetarios— una suma equivalente al valor económico o poder adquisitivo del que fuera privada la persona, como consecuencia de la aplicación de las normas de emergencia iniciales".

Con anterioridad a ello, el autor del presente ensayo también había desarrollado una tesis "reparatoria" ("La Nación", 03/XI/2004), que puede resumirse de la siguiente manera, con el entendimiento que allí puede encontrarse la semilla de una posible solución a los múltiples problemas originados en el duelo entre "dolarizados" y "pesificadores":

De la lectura de los votos mayoritarios emitidos en el caso "Bustos Alberto R. y otros s/Amparo" de fecha 26/X/2004, con una Corte Suprema cuya composición está aún incompleta, cabe deducir una interpretación posible, a tenor de la cual no quedaría desestimado el siguiente camino para seguir en el futuro frente a tan desdichadas situaciones de lesión patrimonial.

Estimamos que este pronunciamiento debe entenderse como una reparación provisoria a los ahorristas; en la inteligencia de que el remanente de los depósitos hechos en su oportunidad será devuelto una vez que la situación de crisis y emergencia haya quedado definitivamente superada.

Han transcurrido casi cuatro años del estallido; hoy por hoy solamente parece factible la devolución inmediata y total de los depósitos en algunos casos (edad, seguro de vida, etc.), pero no en todos. Si se recuerda que en Estados Unidos la Corte Suprema esperó seis años después del crac de 1929, para decidir el criterio reparatorio, bien puede abrigarse la esperanza de que la reparación integral se complete paulatinamente, cuando los depositantes reciban un monto de dinero con poder y valor económico y adquisitivo equivalente al del momento que tenían en ocasión de hacer sus depósitos.

Esa equivalencia valdría tanto para las compras en el país y en el exterior, toda vez que existen importaciones de insumos de los que no se puede prescindir. Si en USA mediaron seis años para salir de un “estado de necesidad”, en nuestro caso queda en pie la perspectiva de alcanzar una reparación como la dispuesta por la Suprema Corte norteamericana en el “caso Perry v. Estados Unidos” sentencia del 12/VIII/1935 (294 U.S. 230). Pero eso requiere la comprensión y la templanza de todos y cada uno de los sectores comprometidos en el destino de la sociedad argentina. No hay otra solución, salvo creyendo en la magia. La solución está en volver a la normalidad, cesando las limitaciones a través de la devolución por los bancos que ya están en condiciones de liquidez para ello. De esa manera quedaría restablecido en plenitud y con prontitud el derecho de propiedad de los depositantes, ahorristas e inversoras que resultaron afectados. Pero eso, requiere una definición por parte de una Corte Suprema que, en el caso, de la nuestra nunca termina de integrarse en su composición, siempre parece provisoria. Y ahora nuevamente parece provisoria porque no podemos saber si habrá una vacante, dos vacantes, tres vacantes o lo que el

capricho del príncipe quiera en definitiva.

Vale la pena traer a colación un importante precedente emanado de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 26 de Agosto de 1925, en sentencia recaída en la causa “Leonardo Mango c/ Ernesto Traba”, marcando en esa oportunidad una doctrina en torno a la transitoriedad de las restricciones fundadas en una emergencia. Se trataba de locación de viviendas; y el Tribunal dijo: “Que este régimen de emergencia que afecta fundamentalmente el derecho de usar y disponer de la propiedad, ha sido tolerado por las decisiones judiciales solamente en consideración al momento de extrema opresión económica de los inquilinos debido a la ausencia de uno de los factores que regulan los precios en los negocios de locación de inmuebles, es decir, a la falta de oferta de habitaciones, y sobre todo como una medida transitoria y de corta duración (Fallos, t.136, p.161). Pero ese régimen anormal no puede encontrar suficiente justificativo cuando se lo convierte de hecho en una norma habitual de las relaciones entre los locadores y los locatarios, como es la que han creado las reiteradas prórrogas acordadas a los inquilinos, y mucho menos cuando está destinado a actuar en un ambiente muy distinto por cierto de aquel que dio lugar a la sanción originaria de dichas leyes...

“Que en las condiciones expresadas no es posible considerar razonable la restricción extraordinaria al derecho de usar y disponer de la propiedad que mantiene en vigor la ley 11.318 y que en su origen fue sancionada como una medida excepcional destinada a salvar una grave emergencia. Por consiguiente, la aplicación que de dicha ley se ha hecho en el caso “sub judice” resulta incompatible con las garantías consagradas en los arts. 14 y 28 de la Constitución. Así se ha pronunciado también, en condiciones análogas, la Suprema Corte

de los Estados Unidos al declarar inconstitucional el mantenimiento de la ley de alquileres del distrito de Columbia, después de haber desaparecido la emergencia que determinó su sanción (sentencia del 21 de abril de 1924; 264 U.S 543).

En su mérito se revoca la sentencia apelada de fs. 19, aclarada a fs. 20 vta. – A. Bermejo.- J. Figueroa Alcorta.- Ramón Méndez.- Roberto Repetto.- M. Laurencena.”

7. Hemos hablado mucho respecto de lo mal que se hacen las cosas desde arriba. La ausencia de planes, la mirada minúscula buscando nada más que el rating, el abuso, la delegación total del poder por facultades extraordinarias a las cuales hay que poner límite, el permitir que el Estado haya perdido el monopolio de la fuerza pública, la anarquía que se vive en todos los ambientes: una creeping anarchy como se diría en inglés, es decir, un deslizamiento rampante, móvil y progresivo hacia una temible situación límite (se evidencia así en muchas oportunidades), el autoritarismo y la soberbia de los gobernantes, el no querer hacer la Reforma Política. En el discurso del 1 de marzo de apertura del año legislativo, debió cumplir con la indicación constitucional del Art. 99, inc. 8 “dando cuenta en esta ocasión del estado de la Nación, de las reformas prometidas por la Constitución, y recomendando a su consideración las medidas que juzgue necesarias y convenientes” (sic), pero no hay un renglón (¡un renglón!) anunciando la Reforma Política en el país. Lo cual quiere decir que no sólo no va a ser un hecho en el 2005, tampoco será en el 2006, y llegaremos al 2007 con los mismo vicios, con las mismas lacras y teniendo a lo mejor que elegir no entre “más de lo mismo” sino entre “peor de lo mismo”. Y otro dato a tomar en cuenta: hay muy pocos renglones sobre una asignatura pendiente, más grave para las futuras ge-

neraciones, que es la crisis y el colapso del sistema educativo del país. Eso no ha merecido la atención en un discurso que, de acuerdo al mandato de la Constitución, debe ser no sólo un informe sobre el estado general que se encuentra el país, no sólo si se ha cumplido o no con las reformas propuestas por la Constitución, sino que el tercer requisito que la Constitución señala es indicar las medidas que se consideren necesarias y convenientes para mejorar el estado de cosas. Nada al respecto ha sido indicado y, por lo tanto, no se ha cumplido con el precepto constitucional arriba transcrito.

¿Qué puede esperarse entonces de un país donde los vectores de su cultura no pasan ni por las universidades ni por sus prestigiosas academias, donde los vectores de la política no pasan ni por el parlamento ni por las cabezas realmente responsables que deberían tener los partidos políticos, que han hecho todos ellos implosión y están también en estado de anarquía?

¿Qué pasa con un país donde sus relaciones económicas y sociales no transitan por el diálogo entre las entidades empresariales que están atomizadas y las entidades gremiales que son verdaderos archipiélagos? En fin, estos son interrogantes que al no ser abordados por nuestra pretendida clase dirigente, darían la impresión de que el argentino medio, empezando por el gobernante, sólo piensa en términos de “cortoplacismo”. En el marasmo de la confusión generalizada lo único que está claro es que hay un plan de futuridad.

Y la oposición no está mucho mejor. Se observan algunos datos positivos pero no en tiempo debido. Se debieron dar antes. Ha habido demasiados proyectos personales. De la Argentina ya sabemos que es el país de los grandes éxitos personales, pero también de los grandes fracasos colectivos. Como plan, como Nación, nunca

conseguimos una química adecuada. Tenemos el mejor deportista, el mejor orador, el mejor médico, el mejor investigador, el mejor, el mejor, el mejor...de todos. ¿Por qué no tenemos también los mejores líderes que puedan ofrecer alternativas de oposición, de alternancia, de cambio, para que se pueda elegir no entre más de lo mismo? Vemos archipiélagos hacia el centro izquierda y hacia el llamado centro derecha. Vemos mucha pérdida de la memoria, vemos el fracaso parlamentario de la oposición que no ha sabido agruparse en aquello donde sí podría haber un hilo conductor en toda la oposición, que son los grandes temas institucionales, empezando por la defensa de la seguridad jurídica en un Estado de pleno Derecho. Esa defensa debe ser asumida, también, por una firme actitud de los legisladores –tanto los oficialistas como los opositores– para ahorrarse el reproche de la ciudadanía por su tolerancia al desborde institucional. En Italia, con un régimen parlamentario de gobierno, la opinión pública acusa al Parlamento de “inadempiente”, es decir, de inexecución e incumplimiento de sus deberes, ante las extralimitaciones de Berlusconi como jefe de gobierno.

Más allá que el centro izquierda tenga un pensamiento económico y el centro derecha tenga otro, es menester contar con una fuerza de contención. Pero las reglas de la Constitución, los principios institucionales, las bases fundamentales del Estado de Derecho no pueden discutirse. No son políticas de Estado, son la base misma del Estado. No se ha coincidido y muchas veces se ha facilitado por medio de mayorías calificadas la sanción por el Congreso Nacional de normas que requerían ser demoradas o ser evitadas. ¿Seremos un pueblo conformista, y por lo tanto, como le corregía Malraux a De Gaulle, los pueblos tienen los gobiernos que se les pare-

cen? No “que se merecen”, sino “que se le parecen”.

La situación, vista por lo preexistente, no alienta ilusión. Abrigamos cierta esperanza para el futuro. El partido conservador se terminó, aunque hay conservadores en todas partes. El partido golpista se auto-terminó, el partido radical nunca puede terminar (y esto sin implicancias sexuales). Y el populismo nunca termina bien. Siempre termina mal. Se insiste en divisiones perimidas, de izquierdas y derechas. Se quiere crear una antinomia. Así como se permiten crear las milicias, a través de los piqueteros, se quieren crear antinomias, a la manera de la España de 1936, que no es un buen recuerdo para traer a colación. En esa época le preguntaban a George Bernard Shaw, si era de izquierda o de derecha y contestaba con otra pregunta: señor, ¿a la izquierda de qué?, ¿a la derecha de qué? La cuestión pasa por los issues, por los temas. Clinton lo dijo claramente en aquella frase que lo consagró: “es la economía, estúpido”. Perdón por la palabra, pero es de Clinton. En ese tiempo, la economía era el tema concreto. No era un problema de ser de izquierda o de derecha. Había que tener la respuesta para la solución económica. Y se puede tener la respuesta sin incurrir ni en ideologismo ni en demagogia. Se observa mayor sensibilidad con respecto a determinadas cuestiones. Una persona puede ser de centro izquierda porque tenga especial sensibilidad por la educación pública, por el tema de la igualdad de oportunidades, por el tema del seguro social. Y puede ser de centro derecha esa misma persona porque quiera más seguridad personal, quiera más orden, quiera más garantías a los derechos, quiera más remedios efectivos para que no haya impunidad y no medie la inseguridad personal.

Un hombre que merece el mayor respeto y que es uno de los pocos esta-

distas que existen en el cono sur, que es el ex presidente del Uruguay Julio María Sanguinetti, en un discurso que ha pronunciado el día 5 de julio de 2005, en la Cámara de Senadores, a la cual pertenece al ser elegido por el pueblo, sostuvo que los conceptos de izquierda y derecha son bastante discutibles ya que no representan valores ni ideas. Afirma que hasta hace muy poco tiempo significaban una cosa u otra cosa, pero dependía mucho de quien formulaba la acusación, o definición, o calificación o descalificación: usted es de izquierda, usted es de derecha. Y cita a Bobbio, cuando el filósofo italiano señala que en el mundo de hoy los conceptos de izquierda y derecha son bastante discutibles, pues da la causalidad que no representan valores ni ideas, simplemente marcan posiciones relativas en el espacio político. Y termina diciendo Julio María Sanguinetti: "ser católico, anarquista o comunista indica modos de pensar, pero ser de derecha o de izquierda tiene que ver con una ubicación en función de un determinado escenario político". Y tiene razón. Son términos absolutamente relativos. En el mismo sentido se pronunció el Vicepresidente de Uruguay, Rodolfo Nin Novoa: "Lo de izquierda o derecha, la verdad es que para mí no dibuja más la interpretación de la sociedad. Lo que dibuja es lo de la libertad, la democracia, el deseo de equidad y la justicia social. Es decir, se es sensibles o no a las desgracias ajenas" (Confr., "Búsqueda", 8/IX/2005, Montevideo).

Hay un libro de mucha actualidad que acaba de salir en España, que lleva a pensar que el peligro está siempre presente. Lo que los griegos calificaron como tiranía reaparece en el mundo contemporáneo bajo las más variadas y proteicas fórmulas empleadas. Pero se trata de la misma cosa. Esto está analizado en ese libro traducido en España, cuyo autor es

Leo Strauss: el título es "Sobre la tiranía" (Ed. Encuentro, Madrid 2005, con comentarios de Leonardo Rodríguez Duplá) y el autor se basa en un ensayo sobre el diálogo que escribió Jenofonte en su momento, enfrentando a Hierón que era un tirano en Siracusa, con la figura de Simónides, que era de Ceos y que no era un tirano sino un poeta. Hierón era el tirano, Simónides el poeta. Es una conversación hipotética, conjetural, como el poema conjetural de Borges. Y Jenofonte crea ese diálogo. Lo que se propone Strauss es demostrar que las acotaciones de la filosofía clásica son mucho más fecundas que las de la ciencia social contemporánea. Y en suma hay que reconocer esa superioridad de los clásicos, porque en realidad el totalitarismo contemporáneo es una variante de la tiranía clásica. Las diferencias específicas que tenía la tiranía según la definían los griegos, con la tiranía que hoy llamamos totalitarismo, radica en la técnica moderna y en el fenómeno de las ideologías. Y también advierte (porque parece que en esos diálogos está la simiente) sobre el peligro de las llamadas tiranías benefactoras. Esto recuerda algunas cosas de mucha actualidad en épocas preelectorales, cuando se da plata sin la contraprestación del trabajo, ni se brindan las oportunidades de la capacitación para reubicar a los desocupados.

La Argentina tiene una sociedad que es a la vez producto de dos componentes: la parte buena y la parte mala. En la parte mala se sitúa el conformismo, la otra mala es la violencia. Se registra una alta dosis de agresividad con protestas e irritaciones que no van acompañadas de las consecuentes propuestas de alternativas que aporten soluciones viables y con andamio. Esto viene de lejos. Ya Joaquín V. González en "El Juicio del Siglo" hablaba de la ley del odio, que había marcado de 1810 a 1910 el rencor entre los partidos, entre los ca-

ciques, entre los caudillos, entre unos y otros. ¡No sea que al llegar al segundo bicentenario tengamos que escuchar expresiones como éstas que se han escuchado en la historia argentina: “muera los salvajes unitarios”, “estoy orgulloso de ser el diputado más fraudulento”, “abajo los vende patrias”, “alpargatas sí, libros no”, “el día que se lancen a colgar yo estaré del lado de los que cuelgan”, “levantaremos horcas en todo el país para colgar a los opositores”, “vamos a salir a la calle de una sola vez para que no vuelvan nunca más, ni los hijos de ellos”, “para el caso de un atentado a un presidente se tiene que contestar con miles de atentados contra los contreras”, “vamos a tener que volver a la época del alambre de fardo en el bolsillo”, “al enemigo ni justicia”, “se acabó la leche de clemencia”, etc. etc.

Pregunta: ¿será que hay sectores que aún sobreviven o quedan resabios de ellos, que desconocen su historia y que no aceptan su pasado, y cuando se les recuerda estas cosas miran de costado como queriendo significar “no sé nada”, “nunca oí hablar de eso”, “no recuerdo nada?”.

La evolución argentina no se puede producir a la manera de la aceptación de una herencia “bajo beneficio de inventario”. Hay que aceptar toda la herencia, con lo bueno y lo malo para poder rectificar lo malo.

Propongamos sí algunas políticas de Estado, comenzando por la reforma del Estado federal que la propia Constitución histórica permite, incluso con fusión de provincias entre sí (Art. 13), o por medio de tratados que abran camino a la regionalización, (Art. 124), reemplazando la vieja ley del equilibrio entre porteños y provincianos por la ley de equivalencias entre regiones que sean más fuertes y más auto sustentables que muchas de las provincias que ahora viven nada más que de

la limosna federal. Segundo: la Reforma Política en serio. Y aquí podemos parafrasear a Clinton: “la cuestión reside en los partidos, tontos”.

Tercero: régimen de responsabilidades. Estamos trabajando en una ley de bases, vinculada fundamentalmente con los distintos tipos de responsabilidades que el Estado por acción u omisión puede afrontar en distintas circunstancias, para que no pueda apartarse de lo que es hasta ahora en gran medida un tema parcialmente legislado y en mucha mayor medida producto de jurisprudencia muchas veces contradictoria o cambiante.

Cuarto: una política migratoria. Y esto no es racismo, ni es xenofobia, ni es discriminación. Brasil forma parte del Mercosur, es potencia dominante en el continente de América del Sur y tiene una política migratoria muy seria y muy severa.

Quinto: una política de seguridad ante la inseguridad personal, que no se arregla con parches en la legislación penal y que evidentemente requiere de muchas otras cosas más que las que hemos señalado.

Sexto: educación. Traigamos el ejemplo de Finlandia. Lo recuerdan a diario con énfasis: “los mejores alumnos del mundo son los finlandeses”. Estados Unidos está en cambio en el lugar vigésimo cuarto. Los alumnos de Finlandia leen mucho más libros que mirar televisión. Son los que leen más libros en el continente europeo. En una prueba a la cual fueron sometidos alumnos de 41 países, ganaron los finlandeses porque eran los chicos que contestaban mejor, las pruebas de matemática de dos horas de duración, la solución de problemas de lógica y la comprensión de textos de lectura. En esos tres temas: matemática, resolución de otros tipos de problema y comprensión de lectura. Muy bien ubicados Corea, Ho-

landa, Japón, Canadá, Bélgica, Suiza, Australia, Nueva Zelanda, República Checa... en fin. Si pudieron todos ellos, ¿por qué no podemos nosotros? Hay países que gastan más en la educación pero obviamente sus inversiones no tienen un buen rendimiento. No es un problema de presupuesto. Algunos de esos países como Estados Unidos y muchos otros, que nos merecen el mayor respeto, gastan mucho, muchísimo en educación, pero no han tenido el rendimiento que han tenido otros países. Nos enteramos por las encuestas que un porcentaje muy considerable, el 62% de los padres argentinos, percibe que empeoró el nivel de la educación que reciben sus hijos. Es obvio y rotundo: está a la vista que un porcentaje que se aproxima a los dos tercios rechaza el sistema vigente.

El tema estuvo ausente (y sigue estándolo) durante todo el curso de las "internas" de los Partidos Políticos, en este aciago año del 2005. Por eso es que se ha incluido en reciente declaración de la Academia Nacional de Educación sobre la situación educativa un párrafo que "exhorta ante todo a los partidos políticos y a sus candidatos para que hagan de la educación el tema prioritario de sus campañas políticas, proponiendo medios genuinos no sólo para dar solución a los conflictos presentes, sino también para hacer de la educación, seriamente, una política de estado. Para ello es necesario, sin dudas, proponer medios eficaces de financiamiento educativo que permitan cumplir con el 6% del PIB, mandado por la Ley Federal y nunca cumplido hasta ahora. Pero también lo es informar con total transparencia acerca del uso y destino de los presupuestos y de las remuneraciones docentes y disponer lo necesario para una genuina jerarquización de la docencia, el fortalecimiento de las escuelas y la mejora de la calidad de la educación, dando en todo esto prioridad a quienes más lo necesitan" (Declaración del 6/IX/2005).

Otras políticas de Estado: ciencia, investigación, tecnología, son materias en las que queda mucho por hacer. También sobre esto hace falta despertar la filantropía. Despertar eso que en Estados Unidos consiguieron también a través del asociacionismo, del mecenazgo y de otras formas tendientes a tratar que se vuelquen por parte de los sectores privados recursos suficientes para tener lo que tienen. Por eso pagamos nosotros tantos royalties, tantos copyright, porque son los países que han invertido en investigación y en tecnología los que tienen las patentes. No son obviamente abusadores: piratas son los que quieren, sin invertir, copiar y obtener el mismo beneficio sin el sacrificio. Está claro que hace falta innovación tecnológica para poner un "valor agregado" a nuestros productos de consumo y de exportación; sino seremos un país soja-dependiente (sic) y tan sólo mientras dure el "boom" de la soja.

Octavo: simplificación del régimen tributario. También en eso estamos trabajando sobre una ley de bases que ponga un poco de claridad dentro del sistema tan críptico y que está más complicado aún a raíz de la imposible sanción de la ley de coparticipación federal, que es una utopía de las tantas que nos ha agregado la infausta reforma del 94 (Art. 75, Incs. 2 y 3, C.N.). Un gran hombre de las finanzas y del derecho administrativo y financiero se ocupó con detenimiento de nosotros. Me refiero a Gastón Jeze, quizás uno de los más grandes administrativistas de Europa, que estudió a fondo nuestro sistema impositivo y llegó a la conclusión de que la Argentina no tenía sistema fiscal. Una conclusión muy categórica; y eso que nos visitó en la época de las "vacas gordas". Las observaciones de Gastón Jeze se conocen después, en 1923, acá en Buenos Aires, traducidas en un libro que publica la Facultad de Ciencias Económicas bajo el título de *Las finanzas*

públicas de la República Argentina. Es la síntesis de sus conferencias y comentarios. Vamos a citar nada más que dos párrafos: “El primer hecho que salta a la vista cuando se estudia la hacienda pública argentina, es que la república no tiene las finanzas que debieran corresponder a su economía nacional. Existe una profunda y radical oposición y contraste entre la “prosperidad” económica de la Argentina y el desarreglo de sus finanzas públicas”.

Y luego agrega: “La riqueza económica nacional crece prodigiosamente y la situación de la hacienda pública es malísima: está en déficit permanente. Económicamente la República Argentina es un país rico, es un pueblo pujante que tiene, no solamente una situación próspera, sino un porvenir económico-financiero y por consecuencia político ilimitado”.

La conclusión era optimista, la fotografía que él saca de la economía era positiva; pero el desarreglo financiero lo llevó a hacer una afirmación bastante crítica en torno a nosotros ¡Qué diría de nuestras últimas décadas!

Noveno: también el reemplazo del goce prebendario, la dádiva y el clientelismo por la vuelta a la cultura del trabajo, el ahorro y la inversión. Hay que aplicar el Art. 953 del Código Civil que anula los actos jurídicos de objeto inmoral o contrario a las buenas costumbres, para exigir una contraprestación de trabajo frente a los planes que se llaman, (¡Oh ironía, oh paradoja!), plan trabajar o plan familia, etcétera, y que no están destinados ni a trabajar ni a defender a la familia sino a la holganza o al sistema político apoyado en rehenes.

Décimo: una política exterior coherente. Acabemos con esta diferencia entre terroristas buenos y terroristas malos. No podemos asociarnos con regímenes políticos que niegan los derechos humanos, el constitucionalismo democrático, el pluralismo, la oposición y el acceso a la alter-

nancia en el poder, etc. etc. No importan las rivalidades nacionales. Al pié del monumento a Charles DE GAULLE, en París, se recuerda uno de sus pensamientos, que reza así: “Existe un pacto varias veces milenario entre la dignidad de Francia y la libertad del mundo”. Lo mismo podríamos decir Winston Churchill y Franklin D. Roosevelt, con relación a las epopeyas de la libertad a las que contribuyeron decisivamente Gran Bretaña y los Estados Unidos en las dos guerras mundiales (1914-1919 y 1939-1945).

Undécimo: Una ley para la paz interior. El país necesita una amnistía amplia, una amnistía completa. Y en esto quiero citar brevemente las palabras que pronunciara el Cardenal Monseñor Bergoglio el 7 de Agosto de 2005 al officiar en el barrio de Liniers la misa central en acción de gracias a San Cayetano: la antítesis entre Jesús, lavando los pies a sus amigos, y Pilatos lavándose las manos.

El cardenal pidió a los “poderosos” que hagan “un poquito más”, porque los discursos “no alcanzan” para revertir la pobreza. Bajo el lema de la ceremonia ‘Con Jesús y San Cayetano peregrinamos para recuperar la dignidad y los valores en comunidad’, Bergoglio destacó también la idea de que “el poder es servicio”, en contraposición a los males del poder que devienen cuando se lo usa para “propio provecho y fama”.

Desde el frente del santuario de Liniers y ante la multitud que esperaba para ingresar, Bergoglio expresó: “Si el más poderoso usó todo su poder para servir y perdonar, el que lo usa para otra cosa termina haciendo el ridículo”.

Puntualizó seguidamente que si “cada vez que los que tenemos algún poder nos lavamos las manos y les echamos la culpa a otros –a los hijos, a los padres, al vecino, a los anteriores, a la situación

mundial, a la realidad, a las estructuras o a lo que fuere-, aunque sea del sufrimiento más pequeño de nuestros hermanos, nos ponemos del lado de Pilatos".

"El que tiene más poder tiene que servir más", acentuó Bergoglio en uno de los pasajes de la homilía, para financiar con una exhortación a "servir incluyendo" ante la imagen opuesta de "aprovecharnos excluyendo"

Pero si lo están pueden hacer los irlandeses, cuando uno creía que el problema de Irlanda, entre la Irlanda del Norte y la Irlanda del Sur, la Irlanda católica y la Irlanda protestante, la Irlanda con el ejército armado del IRA en permanente guerrilla o en permanente combate contra el otro sector, era un conflicto interminable en la historia.; y aparentemente han resuelto desarmarse, deponer las armas, ir a un proceso de pacificación ¿Cómo no es posible que nosotros también lo hagamos? Una autora irlandesa que falleció antes de ver esto, Iris Murdoch (murió en 1999), expresaba su anhelo: "Amar, reconciliar, perdonar, esto es lo único que tiene importancia. Todo poder es pecaminoso y toda ley es frágil, la única justicia radica en el amor, radica en el perdón y la reconciliación, no sólo en la ley". ¡Qué diría hoy la autora de "Amigos y Amantes" si viera que en Irlanda precisamente las cosas van tomando el curso que ella de alguna manera esperaba!

Es de aguardar que reaccionemos a tiempo o de lo contrario sólo nos quedará entonces el momento fatídico en que la hegemonía de turno decida la eutanasia colectiva de los que piensan distinto del gobernante. Ya Orwell y muchos otros autores se ocuparon de esto. Recordemos que para alcanzar todas las metas se requiere una gran reconciliación nacional; un gran acto de conciencia colectiva de la Nación toda, que será en beneficio de su pueblo mismo. La gran olvidada de los últimos

tiempos es la "paz interior", que de acuerdo con el Preámbulo constitucional es uno de los fines permanentes del Estado argentino, con miras a la felicidad de la sociedad y a la creación del clima propicio para sus mejores realizaciones de vida.

8.- A manera de conclusiones tengamos presente:

1º) Que el orden es el precio correspondiente al mayor y mejor goce de la libertad. Gracias al orden, al orden legítimo, razonable dentro de los límites que fija la Constitución, podemos disfrutar de más calidad y de más cantidad de derechos y de garantías. Es decir, el orden es el mejor reaseguro para la libertad. No la anarquía. La anarquía lleva a la tiranía. Esa es la enseñanza histórica (en las situaciones anárquicas estados "todos contra todos").

2º) No hay incompatibilidad entre los requerimientos emergenciales de la seguridad pública y las libertades y garantías personales inherentes a la seguridad humana; del mismo modo que no hay ni puede haber contradicción en un régimen razonable y equitativo, entre las libertades y el orden, gracias al cual se armonizan los derechos de manera tal que los unos no anulen los que pertenecen a las otras personas. Son falsas antinomias querer separar orden, libertad y seguridad.

3º) Pongamos fin a la demonización de palabras, de conceptos, de expresiones que fueron y son patrimonio legítimo del constitucionalismo demo-liberal y que provienen de las más respetables y admirables conquistas de la cultura jurídica e institucional de Occidente. Ya no podemos hablar de garantía porque nos confunden con los "abolicionistas" penales, que es otra cosa totalmente distinta. Ya no podemos hablar de represión porque nos confunden con el garrote vil. La represión es aplicar el Código Penal; como lo señalaba Manuel

Augusto Montes de Oca en su tesis titulada “Represión” (Bs. As., 1988, Ed. Coni) al expresar “que la represión es el conjunto de medios que, para conservarse, emplea la sociedad en la persona del delincuente” (Pag. 90).

Ya no podemos hablar de gestión porque dicen que es la ultraderecha. Gestión es lleva una buena gestión, es decir, saber administrar, saber hacer las cosas, etc. Ya no podemos predicar la reconciliación, que supone el arrepentimiento y el perdón, sin ser acusados de cómplices.

Por último, parece oportuna en la actualidad una cita de Nicolás Avellaneda, no cuando era presidente, sino más joven aún, a los treinta años, cuando era Ministro de Educación del gran Sarmiento, A ambos le debemos muchas cosas. Se ha dicho de Rivadavia, pero vale también para ellos y para las presidencias fundadoras, que el argentino, desde antes de nacer y hasta después de morir, transita y seguirá transitando por instituciones creadas por Rivadavia, por Urquiza, por Mitre, por Sarmiento, por Avellaneda. Decía Avellaneda: “¿qué tortura más grande puede infligirse a un gobernante que la de obligarle a permanecer en el poder sin fuerza moral, sin prestigio, condenado a la inacción?”. Yo opto por ese castigo. Que termine su período y el castigo será el que el pueblo diga, pero que lo termine para que en la Argentina no tengamos nuevas series de martirologios, de nuevos mártires por delante, porque parecería que este es el único país del mundo donde una

categoría que es universal, que es la del “muerto político”, entre nosotros no tiene ejemplares. Respetemos las instituciones y cuidemos las investiduras, sin abdicar por ello del sagrado derecho de crítica y de la esperanza de obtener una rectificación del rumbo. Debemos marchar con firmeza hacia la implantación de una política y un derecho constitucional que privilegien un sentido “propositivo”.

La mejor solución está en el mayor apego al valor de las instituciones. Sólo a través del respeto a las reglas y los códigos de la vida social y constitucional a que se sujetan los pueblos y las sociedades con genuina vida republicana, permitirán alcanzar los niveles de seguridad que despiertan la confianza necesaria para alcanzar el crecimiento y el desarrollo integral. Al virus de los “populismos” y anarquías de toda laya, debemos replicar y contrarrestar con la señera advertencia de Leandro Alem: no puede funcionar una buena economía si no reposa en la práctica de una sana política en todos los terrenos. Comencemos por las instituciones y sus valores fundamentales, que pronto se verán los resultados; por contraposición con el contagioso “populismo” que, muy porosamente, ha penetrado en la médula de los demás partidos, operando a la manera de un detonante de la “identidad” de cada agrupamiento, con la fatal secuela del “alejamiento” de la mejor membrecía de su pertenencia. ¡Así es de árido el desierto en que acampamos!

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO

1. A Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC) admite para publicação: (a) trabalhos monográficos ou doutrinários, (b) resenhas ou comentários bibliográficos, (c) comentários sobre leis ou projetos de lei, (d) comentários sobre decisões judiciais, (e) conferências.

2. Todas as categorias de trabalhos devem ser inéditos no Brasil e na internet, além de pertinentes e relevantes para o tema escolhido para cada número de revista.

3. Os textos deverão ser enviados à sede da Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC) em cópia impressa devidamente rubricada pelo(s) autor(es) e na forma digital, por disquete ou e-mail (rbdc@constitucional.com.br). Os arquivos digitais devem ser enviados, de preferência, em formato RTF (Rich Text Format) ou TXT.

4. O original dos trabalhos monográficos ou doutrinários deve ser apresentado com os seguintes *elementos obrigatórios*:

4.1 *Identificação*, com as seguintes informações: (a) *título* breve, específico e descritivo, contendo as palavras representativas do seu conteúdo (na língua do original e em inglês); (b) *nota do título*, quando apresentar característica especial, como tese, relatório, tradução, edição crítica, antologia, etc; (c) *indicação do autor ou dos autores* em ordem de responsabilidade ou alfabética; (d) *qualificação do autor ou dos autores*: profissão, vínculo institucional, título acadêmico (dar preferência às identificações que qualifiquem o autor na área de conhecimento do artigo), endereço postal completo, telefone, e-mail e fax para contacto; (e) *créditos* dos adaptadores, tradutores e colaboradores, quando houver;

4.2 *Resumos* (na língua do original e em inglês): texto de até 250 palavras de natureza informativa que sintetiza os pontos principais do texto, as finalidades ou objetivos pretendidos pelo mesmo, a metodologia empregada e os resultados e conclusões alcançados;

4.3 *Palavras-chave* (na língua do original e em inglês): máximo de sete termos que indiquem o conteúdo do trabalho, evitando, quando possível, utilizar palavras que apareçam no título;

4.4 *Texto* de 20 (vinte) à 50 (cinquenta) laudas de 30 (trinta) linhas, páginas de formato A4 (21,00 x 29,70 cm), margens de 3,0 cm, sem quaisquer deslocamentos ou recuos, espaçamento 1,5 e alinhamento justificado, parágrafos separados com espaço duplo, tipo da letra *Times New Roman*, corpo tamanho 12 (doze).

4.4.1 O texto deverá estar *subdividido em seções* e subseções segundo o sistema de numeração progressiva por algarismos arábicos (ex. 1., 1.1., 1.1.1);

4.4.2 A *introdução* deve expor os fundamentos do trabalho e especifique claramente seus objetivos, bem como a metodologia empregada para alcançá-los; identificada, em geral, pela descrição das fontes, métodos e materiais utilizados na sua realização;

4.4.3 A *conclusão* deve expor claramente os *resultados* alcançados e a discussão pertinente dos mesmos;

4.4.4 As *indicações das fontes (referências)* deverão ser feitas no corpo do texto (entre parênteses), nunca remetidas para as notas, e seguir o *sistema autor-data* (sobrenome do autor, ano: número da página);

4.4.5 As *transcrições* devem ser apresentadas entre aspas, indicando-se eventuais supressões (“...”), interpolações ou comentários ([.....]), ênfases ou destaques não-originais;

4.4.6 *Destaques*: o uso de negrito deve ficar restrito aos títulos; não negritar intertítulos; o de itálico, apenas para destacar conceitos ou palavras em língua estrangeira.

4.5 *Referências*: as referências ou indicação das fontes utilizadas ou referidas no texto devem constituir uma lista única no final do artigo, em ordem alfabética por sobrenome de autor; devem ser *completas* e elaboradas de acordo com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) - NBR 6.023. Modelo exemplificativo:

a) *monografias*: autor; título em itálico; edição; imprensa (local, editor e ano de publicação); descrição física (número de páginas ou volumes); série ou coleção. Exemplo:

FLORIANI, José Valdir, *Professor e pesquisador*: exemplificação apoiada na Matemática. 2. ed. Blumenau: FURB, 2000. 142 p. (Programa Publicações de apoio à Formação Inicial e Continuada de Professores).

b) *artigos em periódicos*: autor; título; nome do periódico em itálico; local onde foi publicado; nº do volume; nº do fascículo; páginas inicial e final do artigo; mês; ano. Exemplo:

GOROVITZ, Matheus. Da educação do juízo de gosto. *Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos*, Brasília, v. 79, n. 193, p. 86-94, set./dez.1998.

5. O original dos trabalhos monográficos ou doutrinários pode ser apresentado com os seguintes *elementos facultativos*:

5.1 *Sumário*: enumeração que apresente as seções e subseções do texto, na mesma ordem e grafia em que nele se sucedem;

5.2 *Notas* (de rodapé ou de final de texto): *devem ser evitadas*. No entanto, quando necessárias, poderão ser utilizadas apenas com a finalidade de: observações complementares, realizar remissões internas e externas, introduzir uma citação de reforço e fornecer a tradução de um texto;

5.3 *Tabelas, figuras, ilustrações ou quadros*: deve ser indicada, no corpo do texto, a localização desejável para estes elementos. Tal indicação deve ser composta pela palavra TABELA, ou FIGURA, ou ILUSTRAÇÃO, ou QUADRO, seguida de seu número de ordem. Estes elementos deverão ser remetidos agrupados em páginas separadas, numerados e encabeçados com títulos concisos. Qualquer comentário ou indicação de fonte deve ser acostado no pé do mesmo, após o seu fechamento;

5.4 *Apêndices ou anexos*: poderão ser acrescentados se isto se fizer necessário.

6. O original dos demais trabalhos admitidos pela RBDC deve ser apresentado com todos os elementos apontados para os trabalhos monográficos ou doutrinários que sejam compatíveis com os mesmos.

7. O processo de avaliação e aceitação dos trabalhos encaminhados, desenvolvido pelo Conselho Editorial, não ultrapassará três meses e seguirá os seguintes parâmetros principais: 1) serem inéditos no Brasil; 2) serem pertinentes e relevantes ao tema do número específico; 3) caracterizarem-se pela atualidade, cientificidade, qualidade acadêmica, literária e textual.

8. Os colaboradores da RBDC devem responsabilizar-se pelo ineditismo do texto fornecido, comprometendo-se a não publicá-lo em outro local nacional e em internet pelo prazo certo de um ano, e cedendo os direitos de exploração dos trabalhos para a ESDC. Quando pertinente, devem autorizar a tradução. Serão de inteira responsabilidade dos autores o conteúdo e as manifestações contidas nos seus respectivos artigos.

9. A Comissão de Redação da RBDC se reserva o direito de adequar os textos encaminhados aos parâmetros formais acima estabelecidos, submetendo os mesmos à revisão final do autor.

10. A ESDC veiculará os textos ou somente os títulos, resumos e palavras-chave dos mesmos, com os respectivos autores e titulações, na internet e em demais veículos de publicidade adequados.

SUBMISSION RULES

1. The *Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC)* accepts for publication: (a) monographic or scholarly works, (b) bibliographic reviews or commentary, (c) commentary on laws or bills of law, (d) commentary on court decisions, (e) conferences.

2. Works in any category must be unpublished and pertinent to the theme chosen for each issue.

3. Works must be sent to the head office of *Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC)* in printed form, initialed by the author(s), and in electronic form, on a diskette or by e-mail (rbdc@constitucional.com.br). Electronic files must be in RTF (Rich Text Format) or TXT (Text Format).

4. The original must be submitted with the following *obligatory elements*:

4.1 *Identification*, informing: (a) a brief, specific and descriptive *title* (in the original language and in English), containing words that represent its contents; (b) a *title note*, for special works such as a thesis, report, translation, critique, anthology, etc.; (c) *indication of the author(s)* in order of responsibility or in alphabetical order; (d) *qualification of the author(s)*: profession, institutional relationship, academic title (prefer identifications that qualify the author in the subject matter at hand), complete mailing address, e-mail address, and telephone and fax numbers; (e) *credit* for any adapters, translators and assistants;

4.2 *Abstract* (in the original language and in English): no more than 250 words summarizing the work's main points, purposes or objectives, methodology, and results and conclusions;

4.3 *Key Words* (in the original language and in English): up to seven terms that indicate the contents of the work, avoiding words that appear in the title whenever possible;

4.4 *Text* of twenty (20) to fifty (50) pages of thirty (30) lines, in A4 format (21.00 x 29.70 cm), 3.0 cm margins, no indentation, 1,5-spaced lines, justified alignment, double-spaced paragraphs, font "Times New Roman" size twelve (12);

4.4.1 The text *showing the sections and subsections*, divided according to the progressive Arabic numeral system (e.g. 1., 1.1, 1.1.1);

4.4.2 The *introduction* lay the groundwork and clearly specify the objectives and methodology used to achieve them; this generally entails a description of the sources, methods and materials used;

4.4.3 The *results* be clearly explained and discussed;

4.4.4 The *indications of sources* (references) be included in the text, between parentheses and never placed in a footnote, according to the author-date system (author's name, year and page number);

4.4.5 The *quotations* be placed in quotation marks, indicating any omissions ("..."), interjections or comments ("[]"), and emphasis or highlighting not in the original;

4.4.6 *Emphasis*: that bold type be restricted to titles; don't use bold type to subtitles and that italics be used for definitions or words in a foreign language.

4.5 References: (used or referred to in the text) must be listed together at the end of the article, in alphabetic order by author's last name; must be complete and drafted according to the standards of the Brazilian Association of Technical Standards (ABNT) – NBR 6.023. For example:

a) *monographs*: author; title in italics; edition; publication (place, publisher and year); physical description (number of pages or volumes); series or collection. Example:

FLORIANI, José Valdir, *Professor e pesquisador*: exemplificação apoiada na Matemática. 2nd ed. Blumenau: FURB, 2000. 142 p. (Programa Publicações de apoio à Formação Inicial e Continuada de Professores).

b) *articles in periodicals*: author; title; name of periodical in italics; place of publication; volume number; insert number; first and last page numbers of the article; month; year. Example:

GOROVITZ, Matheus. Da educação do juízo de gosto. *Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos*, Brasília, vol. 79, Nº 193, pp. 86-94, September/December 1998.

5. The original must be submitted with the following optional elements:

5.1 Table of Contents: showing only the sections and subsections of the document, it's all the same order and writing of succeeding in the document;

5.2 Notes (that footnotes and that last document) must be avoided. When necessary, they should serve as supplemental notes, references to internal and external material, introductions to a relevant quote and translations of a passage;

5.3 Tables, figures, illustrations or charts: the desired location of these elements must be indicated in the body of the text by the word TABLE or FIGURE or ILLUSTRATION or CHART, followed by its number of order. These elements must be sent on separate pages, numbered and headed with concise titles. Any commentary or indication of font must be placed in an endnote;

5.4 Appendices or attachments: may be included as necessary.

6. The original of the rest documents accepts for publication must be submitted with the compatible elements.

7. The process of evaluation of submissions and acceptance by the Editorial Board will not exceed three months and will follow certain general guidelines. The works: 1) must be unpublished in Brazil; 2) must be pertinent to the theme chosen for each issue; 3) must be current and of scientific, academic or literary quality.

8. The authors are responsible for the unedited of the articles, to commit not to publish it anywhere else in Brazil and Internet for one year and to assign the copyrights to ESDC. When applicable, to permit translations. The authors are entirely responsible for the contents of and the comments in their respective articles.

9. The Editorial Board of RBDC reserves the right to adapt submissions to the above-established formal guidelines, subject to the final review of the author.

10. ESDC will publish the texts or only titles, abstracts and key words of the sameones, along with the respective authors and their credentials, on the Internet and in other appropriate media.

PARA ENVIO DE ARTIGOS, PERMUTAS DE REVISTAS E DOAÇÕES DE
OBRAS DE AUTORES E EDITORAS
TO SUBMIT ARTICLES, EXCHANGE JOURNALS, AND DONATIONS OF
WORKS FROM AUTHORS OR PUBLISHING COMPANIES

Para envio de artigos, intercâmbio de revistas ou envio de obras a serem creditadas por esta revista (para decisão do Conselho Editorial), o endereço é o seguinte:

Escola Superior de Direito Constitucional
– ESDC

**Revista Brasileira de Direito Constitucional
– RBDC**

rbdc@rbdc.com.br

Rua Dr. Gabriel dos Santos, n. 88 – Bairro Santa Cecília - São Paulo/SP - Brasil.

CEP. 01231-010.

Site: www.rbdc.com.br

Telefone para contato: 55 (11) 3663-1908

Adress for submitting articles, exchange of journals, and works to be credited in this journal (at discretion of the editorial board):

Escola Superior de Direito Constitucional
– ESDC

**Revista Brasileira de Direito Constitucional
– RBDC**

rbdc@rbdc.com.br

R. Dr. Gabriel dos Santos, n. 88 – Bairro Santa Cecília - São Paulo/SP – Brasil.

CEP - 01231-010.

www.rbdc.com.br

55 (11) 3663-1908

As obras doadas devem ter sido as publicadas nos últimos quatro anos (2000, 2001, 2002 e seqüência) – enviar exemplar (ou exemplares) e carta de apresentação do próprio autor ou dos editores.

Para intercâmbio de revistas e cadernos basta enviar o(s) volume(s) com carta de apresentação do editor e solicitação de intercâmbio.

As permutas e doações são encaminhadas à Biblioteca “Maria Garcia” da Escola Superior de Direito Constitucional - ESDC.

Works donated to this journal must have been published within the last four years, and must be accompanied by a presentation letter of the author or the publisher.

For exchange of journals and publications, it is sufficient to send the issues accompanied by a presentation letter from the editor and a request for exchange.

Exchanges and donations will be forwarded to the Library “Maria Garcia” of Escola Superior de Direito Constitucional – ESDC.

ASSINATURA / SUBSCRIPTION



Para obter informações sobre assinatura e/ou aquisição dos números da **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC** já publicados, utilize essas opções:
envie e-mail para rbdc@rbdc.com.br
ou ligue: 55 (11) 3663-1908
ou visite o site: www.rbdc.com.br