

COLEÇÃO PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL E POLÍTICA DO DIREITO

TOMO 01 CONSTITUCIONALISMO COMO ELEMENTO PARA A PRODUÇÃO DO DIREITO

2016

AUTORES

Adolfo Carlos Rúbio Prosdócimo
Alexandre Morais da Rosa
Cesar Luiz Pasold
Clovis Demarchi
Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto
Gabriel Real Ferrer
Ilton Garcia da Costa
José Antonio Savaris
Luciene Dal Ri
Marcos Leite Garcia
Orlando Luiz Zanon Junior
Oswaldo Agripino de Castro Junior
Paulo de Tarso Brandão
Paulo Márcio Cruz
Pedro Manoel Abreu
Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino

ORGANIZADORES

Maurizio Oliviero
Pedro Manoel Abreu
Liton Lanes Pilau Sobrinho

COORDENADORES

Rafael Padilha dos Santos
Luciene Dal Ri
Orlando Luiz Zanon Jr

COLEÇÃO

PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL E POLÍTICA DO DIREITO

TOMO 01

CONSTITUCIONALISMO COMO ELEMENTO PARA A PRODUÇÃO DO DIREITO

ORGANIZADORES

**Maurizio Oliviero
Pedro Manoel Abreu
Liton Lanes Pilau Sobrinho**

COORDENADORES

**Rafael Padilha dos Santos
Luciene Dal Ri
Orlando Luiz Zanon Jr**

ISBN: 978-85-7696-169-7



2016

Reitor

Dr. Mário César dos Santos

Vice-Reitora de Graduação

Cássia Ferri

**Vice-Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa,
Extensão e Cultura**

Valdir Cechinel Filho

**Vice-Reitor de Planejamento e
Desenvolvimento Institucional**

Carlos Alberto Tomelin

Procurador Geral da Fundação UNIVALI

Vilson Sandrini Filho

Diretor Administrativo da Fundação UNIVALI

Renato Osvaldo Bretzke

Organizadores

Maurizio Oliviero

Pedro Manoel Abreu

Liton Lanes Pilau Sobrinho

Coordenadores

Rafael Padilha dos Santos

Luciene Dal Ri

Orlando Luiz Zanon Jr

Colaboradores

Adolfo Carlos Rúbio Prosdócimo

Alexandre Morais da Rosa

Cesar Luiz Pasold

Clovis Demarchi

Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto

Gabriel Real Ferrer

Ilton Garcia da Costa

José Antonio Savaris

Luciene Dal Ri

Marcos Leite Garcia

Orlando Luiz Zanon Junior

Osvaldo Agripino de Castro Junior

Paulo de Tarso Brandão

Paulo Márcio Cruz

Pedro Manoel Abreu

Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino

Diagramação/Revisão

Alexandre Zarske de Mello

Heloise Siqueira Garcia

Capa

Alexandre Zarske de Mello

Heloise Siqueira Garcia

Comitê Editorial E-books/PPCJ**Presidente**

Dr. Alexandre Morais da Rosa

Diretor Executivo

Alexandre Zarske de Mello

Membros

Dr. Clovis Demarchi

MSc. José Everton da Silva

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho

Dr. Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino

Dr. Bruno Smolarek Dias

Créditos

Este e-book foi possível por conta da Editora da UNIVALI e a Comissão Organizadora E-books/PPCJ composta pelos Professores Doutores: Paulo Márcio Cruz e Alexandre Morais da Rosa e pelo Editor Executivo Alexandre Zarske de Mello.

Projeto de Fomento

Obra resultado de Convênio de fomento formulado com a Agenzia per il Diritto allo Studio Universitario per l'Umbria – ADISU e com a Academia Judicial do TJSC.

Endereço

Rua Uruguai nº 458 - Centro - CEP: 88302-202,
Itajaí - SC – Brasil - Bloco D1 – Sala 427, Telefone:
(47) 3341-7880

FICHA CATALOGRÁFICA

T59 Tomo 01 [recurso eletrônico]: constitucionalismo como elemento para a produção do direito / organizadores Maurizio Oliviero, Pedro Manoel Abreu, Liton Lanes Pilau Sobrinho; coordenadores Rafael Padilha dos Santos, Luciene Dal Ri, Orlando Luiz Zanon Jr.; autores Adolfo Carlos Rúbio Prosdócimo ... [et al.] - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2016. – (Coleção principiologia constitucional e política do direito).

Livro eletrônico.

Modo de acesso: World Wide Web: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>

Incluem referências.

Vários autores

ISBN 978-85-7696-169-7 (e-book)

1. Direito constitucional. 2. Democracia. 3. Direito Fundamental. I. Oliviero, Maurizio. II. Abreu, Pedro Manoel. III. Pilau Sobrinho, Liton Lanes. IV. Santos, Rafael Padilha dos. V. Dal Ri, Luciene. VI. Zanon Jr, Orlando Luiz. VII. Prosdócimo, Adolfo Carlos Rúbio. VIII. Título. IX. Série

CDU: 342

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Central Comunitária – UNIVALI

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	VI
REFLEXÕES SOBRE O FUTURO DO ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO.....	8
Cesar Luiz Pasold	8
Gabriel Real Ferrer	8
Paulo Márcio Cruz	8
O SENTIDO CONSTITUCIONAL À DERIVA NA ORDEM DE 1988.....	33
Alexandre Moraes da Rosa	33
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO NORMAS: conceito que ainda precisa ser melhor compreendido no Direito brasileiro.....	48
Paulo de Tarso Brandão	48
OS DEVERES FUNDAMENTAIS EM CONTRAPARTIDA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA	69
Clovis Demarchi.....	69
Ilton Garcia da Costa	69
Adolfo Carlos Rúbio Prosdócimo	69
A PROPRIEDADE É UM DIREITO FUNDAMENTAL?: REFLEXÕES A PARTIR DOS PENSAMENTOS DE LUIGI FERRAJOLI E GREGORIO PECES-BARBA	87
Marcos Leite Garcia	87
Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino	87
DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: INFLEXÕES MODERNAS E CONTEMPORÂNEAS NAS DEMOCRACIAS OCIDENTAIS	111
Pedro Manoel Abreu.....	111
JUSTIÇA SOCIAL E PRODUÇÃO DO DIREITO NA SOCIEDADE BRASILEIRA: REFLEXÕES DESDE UM CLÁSSICO EMBATE DA TEORIA POLÍTICA	137
José Antonio Savaris.....	137
O COSTUME COMO FONTE DO DIREITO: ENTRE O CONSTITUCIONAL E O INTERNACIONAL.....	166
Luciene Dal Ri	166
A COMPLEXIDADE DA OPERAÇÃO DE DELIBERAÇÃO JURÍDICA.....	183
Orlando Luiz Zanon Junior	183
O ATIVISMO JUDICIAL E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: GOVERNO DE HOMENS OU GOVERNO DE LEIS?	206
Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto	206
(IN)CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO MARÍTIMO: BREVES NOTAS.....	227
Oswaldo Agripino de Castro Junior	227

APRESENTAÇÃO

Dando início a uma coleção para tratar dos temas Principiologia Constitucional e Política do Direito, o Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – PPCJ/UNIVALI apresenta o primeiro volume, com o título “Constitucionalismo como Elemento para a Produção do Direito”.

Organizado pelos Professores Doutores Maurizio Oliviero, da Università Degli Studi di Perugia, Pedro Manuel Abreu e Liton Lanes Pilau Sobrinho, estes últimos do PPCJ/UNIVALI, e coordenado pela Professora Doutora Luciene Dal Ri e pelos Professores Doutores Rafael Padilha dos Santos e Orlando Luiz Zanon Júnior, o livro conta com artigos de professores vinculados ao Programa e de professores convidados.

A importância do debate veiculado no presente livro fica adiantada por ter despertado o interesse da Academia Judicial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina e da Agenzia per il Diritto allo Studio Universitari per L’Umbria – ADISU (Itália), que forneceram apoio e financiamento para a realização do projeto.

Cumprindo a função, além da normal de produção científica, de porta de abertura para o debate proposto pelo livro e da coleção que se inicia, encontrará o leitor o importante trabalho produzido pelos Professores Cesar Luiz Pasold, Gabriel Real Ferrer (da Universidade de Alicante - Espanha) e Paulo Márcio Cruz sobre o futuro do Estado Constitucional Moderno.

O Professor Alexandre Moraes da Rosa trata do Sentido da Constituição na Carta vigente, entendendo que ele se encontra atualmente à deriva, em trabalho que é provocador e, ao mesmo tempo, esclarecedor. No mesmo caminho da pesquisa instrumental, convido ao debate sobre os Princípios como espécie de norma constitucional, procurando cotejar as diversas acepções que o tema encontra no âmbito do Direito, inclusive o Constitucional.

Os Professores Clóvis Demarchi, Ilton Garcia da Costa e Adolfo Carlos Rúbio Prosdócimo se debruçam sobre os Deveres Fundamentais que decorrem dos Direitos Fundamentais estabelecidos na Constituição. Esse olhar sobre as consequências na relação com as causas dos Direitos Fundamentais constitui um tema atual e de grande interesse e relevância.

Para fornecer elementos para a resposta à pergunta sobre se a Propriedade é um Direito

Fundamental, os professores Marcos Leite Garcia e Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino, buscam nos pensamentos de Luigi Ferrajoli e Gergorio Peces-Barba as bases para oferecer importantes reflexões aos estudiosos do tema.

Dois temas estreitamente conexos apresentados aqui com olhares diversos, a separação dos poderes e o ativismo judicial, são tratados pelos Professores Pedro Manoel Abreu e Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto. O primeiro analisa o Princípio Constitucional da Separação dos Poderes e as inflexões nas Democracias atuais. O Segundo questiona o Ativismo Judicial face ao Princípio da Legalidade, refletindo sobre o clássico dilema: governo de homens ou governo de leis?.

Adentrando com profundidade na Teoria Política, o Professor José Antonio Savaris disserta sobre a Justiça Social como Produção do Direito na Sociedade Brasileira.

A relação entre o Direito Constitucional e o Internacional é caldo de cultura para o importante questionamento sobre o costume como fonte do Direito. A Professora Luciene Dal Ri enfrenta o tema com grande propriedade.

Um tema angustiante para todos os que estudam o Direito na atualidade diz respeito à deliberação jurídica, que ultrapassa o tema da decisão judicial. Sobre essa questão são as reflexões do Professor Orlando Luiz Zanon Júnior.

Por fim, o professor Osvaldo Agripino de Castro Júnior indaga sobre a constitucionalização do Direito Marítimo em breves notas.

A pluralidade de temas e de enfoques presentes na obra autoriza que se diga que ela é oportuna ao estudante, ao aplicador imediato do Direito, nas chamadas carreiras jurídica, mas também ao pesquisador que pretenda aprofundar ainda mais os estudos sobre o Constitucionalismo e sobre a Produção do Direito.

Que a obra encontre eco na comunidade jurídica e que seja proveitosa a todos os leitores é o que desejam os organizadores, os coordenadores e os autores.

Florianópolis, maio de 2016.

Dr. Paulo de Tarso Brandão

REFLEXÕES SOBRE O FUTURO DO ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO

Cesar Luiz Pasold¹

Gabriel Real Ferrer²

Paulo Márcio Cruz³

INTRODUÇÃO

O **objetivo** central do presente artigo é estimular reflexões, consideradas multidisciplinarmente, sobre o Estado Constitucional Moderno como ente que está sendo superado por forças que ele não consegue disciplinar. O **objeto** é o estudo do Estado com ou sem expressão adjetiva que lhe seja posposta, na busca de alternativa(s) de organização política que finalmente tenha(m) efetivo compromisso, no discurso e na prática, com a efetivação do interesse público, e, pois, sua predominância eficaz sobre interesses particulares de indivíduos ou de

¹ Doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco - Universidade de São Paulo-USP; Pós Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná-UFPR; Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC; Mestre em Saúde Pública pela Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo-USP; Especialista em Saúde Pública pela Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo-USP ; Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina . Docente da Universidade do Vale do Itajaí, lecionando as disciplinas (1) Teoria do Estado e da Constituição e (2) Seminário de Metodologia da Pesquisa Jurídica, ambas no Curso de Doutorado em Ciência Jurídica. Supervisor Científico dos Cursos de Mestrado e de Doutorado em Ciência Jurídica da Univali. Consultor ad hoc da CAPES.

² É Doutor Honoris Causa pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Doutor em Direito pela Universidade de Alicante (1992). Possui Doutorado em Direito pela Universidade de Alicante (1992). Professor Titular de Direito Ambiental e Administrativo e Subdiretor do Instituto Universitário da Água e do Meio Ambiente na mesma Universidade. Consultor do Programa das Nações Unidas (ONU) para o Meio Ambiente PNUMA. Foi Diretor do Máster en Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad - Universidad de Alicante. Lecionou na Universidade de Limonge (França); Universidade Carlos III de Madrid (Espanha); Universidade de Lleida (Espanha); na Universidade Metropolitana Autônoma do México (México); Centro Latino-americano de Capacitação em Desenvolvimento Sustentável (Argentina); International Development Law Institut (Itália) dentre outras. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Administrativo, Ambiental e Desportivo. E-mail: gabriel.real@ua.es.

³ Realizou Estágio Sênior na Universidade de Perugia - Itália, de agosto de 2014 a maio de 2015, com pesquisa sobre o tema A SUSTENTABILIDADE E A PREMISSE TECNOLÓGICA COMO UMA DE SUAS PREMISSAS. Realizou Estágio de Pós-doutorado sobre o tema A SUSTENTABILIDADE COMO O NOVO PARADIGMA DO DIREITO na Universidade de Alicante, na Espanha e também realizou Estágio de Pós-Doutorado sobre o tema A POSSIBILIDADE DE SUPERAÇÃO DEMOCRÁTICA DO ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO, entre setembro de 2005 e fevereiro de 2006, todos com bolsa da CAPES. Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina (1999), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1995), Especialista em Administração pela UDESC (1987) e graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (1984). É coordenador dos Cursos de Doutorado e de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI e responsável pelas disciplinas Direito e Transnacionalidade, Teoria Política e Teoria dos Princípios Constitucionais. É professor convidado permanente do Master en Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad, da Universidade de Alicante, na Espanha e é professor colaborador na Universidade de Perugia, na Itália. Atualmente dedica-se a pesquisas sobre Direito e Transnacionalidade e sobre Neo-Constitucionalismo e Princiologia Constitucional. Como docente atua principalmente nos seguintes temas: Estado, Soberania, Constituição, Democracia Participativa, Democracia Solidária e Estado Contemporâneo. Foi Secretário de Educação em Itajaí - SC (1983-1986), Vice-Reitor da UNIVALI (1994-1998) e Secretário de Estado em Santa Catarina (2003 a 2004). E-mail: pcruz@univali.br

segmentos privilegiados na vida social, econômica e/ou política.

Quanto à temática nuclear do presente artigo, importante iniciar ponderando que Jacques Maritain, em seu **El Hombre y el Estado**⁴, e Dalmo Dallari, em seu **O Futuro do Estado**⁵, são bons exemplos dos esforços iniciais para as discussões sobre o que acontecerá com o Estado Constitucional Moderno, que ambos denominaram, cada um a seu modo e em sua época, de herdeiro dos Reis de antigamente e que se auto-concebeu como uma pessoa superior ao corpo político, que ele dominaria de cima ou o absorve – o corpo político – em si mesmo. Mas, como de fato o Estado não é uma pessoa, mas sim uma construção teórica impessoal de leis abstratas e de poder concreto, é essa construção teórica impessoal que se torna uma das mais acabadas proposições do racionalismo moderno quando se trata de Soberania. Atualmente, a Soberania é uma ideia peculiarmente ultrapassada, o que já está bastante discutido pela doutrina contemporânea⁶, pois é impossível nos tempos atuais que desenvolva sua potencialidade originalmente prevista. E assim o é mercê principalmente da incapacidade que este Estado cultiva quanto a respostas adequadas e céleres às demandas de uma Sociedade Pós Moderna sempre e cada vez mais surpreendente em sua dinâmica

Não se deve esquecer que a tendência ao domínio supremo e à suprema amoralidade, que se desenvolveu plenamente e encontrou sua plena expressão no Estado Constitucional Moderno, não é inerente ao Estado em sua natureza real e em suas verdadeiras e necessárias funções. Resulta, isso de uma noção pervertida e parasita do Estado Constitucional Moderno⁷. O Estado já não estaria, como de fato ocorreu e ocorre, a serviço dos homens, mas sim os homens a serviço do Estado. É que num primeiro estágio o Estado se compõe como uma “macro máquina” partindo no segundo estágio para o exercício da tutela da Sociedade.⁸

Basta que pensemos um pouco sobre o sentido que há em a Sociedade, que deveria ser a beneficiária dos serviços do Estado, apenas desempenhar o papel de sua provedora para saciar sua autofagia e sustentar sua incompetência para exercer uma função social efetiva.

É recuperar a lógica complexa para entender os sistemas abertos, nos quais o paradoxo

⁴ MARITAIN, Jacques. **El hombre y el estado**. Tradução de Juan Miguel Palácios. Madrid: Ediciones Encuentro, 1983.

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do estado**. São Paulo: Saraiva, 2001.

⁶ Sobre isso ver, por exemplo: STELZER, Joana; CRUZ, Paulo Márcio. **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá. 2009.

⁷ MARITAIN, Jacques. **El hombre y el estado**. Tradução de Juan Miguel Palácios. Madrid: Ediciones Encuentro, 1983, p.213.

⁸ PASOLD, Cesar Luiz **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4 ed. rev. amp. Itajai: UNVALI, 2013 (edição em comemoração aos cinquenta anos de magistério do Autor), p.36.

será incluído, usando-se lógicas tão antigas como a taoísta ou tão modernas como Gödel, Morin ou Ibañez⁹. A lógica aristotélica já não é suficiente. Para passar de uns conjuntos de ação para outros é preciso ter em conta os contextos sociais, mas sobretudo as condutas de cada coletivo nestes contextos.

Criados os grupos, sem nenhuma conotação étnica, o passo subsequente será a execução de uma política de alinhamento não mais de países, mas de grupos, até a economia mundial assumir, de vez, a planetarização e as fronteiras desaparecerem como uma recordação nefasta que impedia a solidariedade universal, a comunhão dos povos em prol de um desenvolvimento comum.¹⁰

A força avassaladora do princípio de mercado impulsionado pelo capitalismo global faz soçobrar todas as interdependências não mercantis, tanto as que são geradas no contexto da cidadania como as que são geradas na comunidade¹¹. E assim o é, como já constatou, no século passado, L. J. Lebre, porque o capitalismo, em função de sua própria lógica, busca o que rende mais e não o que é mais necessário.¹²

Daí a necessidade de se alcançar uma nova congruência entre a cidadania e a comunidade que se contraponha ao princípio do mercado. Esta nova congruência pretenderia alcançar o projeto de reinvenção solidária e participativa do Estado, o que aqui se denomina Poder Público pós-Estado Constitucional Moderno.

1. A REFUNDAÇÃO DEMOCRÁTICA DA “COISA PÚBLICA”

Para que esse conjunto de teorias tenha sentido, a refundação democrática da “coisa pública” ou do “interesse público” formador da condição republicana deve ser complementada com uma refundação democrática do Terceiro Setor. A revisão dos debates em torno desse espaço relegado a segundo plano entre o público e o privado deixa entrever que ele está sujeito aos mesmos vícios atribuídos ao Estado, ainda que se considere que possa superá-los com mais

⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do estado**. São Paulo: Saraiva, 2001. p.71.

¹⁰ CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. **Reflexões Sobre a Crise Financeira Internacional e o Estado de Bem Estar** - Manizales - Colômbia. Jurídicas, v. 10, p. 56-70, 2013.

¹¹ CRUZ, Paulo Márcio ; REAL, Gabriel. **Los nuevos escenarios transnacionales y la democracia asimétrica** - Manizales - Colômbia. Jurídicas, v. 7, p. 12-17, 2010

¹² LEBRET, L.J. **O Drama do Século XX** – Miséria – Subdesenvolvimento - Inconsciência- Esperança. Tradução de Fr. Benevenuto de Santa Cruz e Fátima de Souza. São Paulo: Livraria Duas Cidades,1962. Título original : *Le Drame du Siecle*.

facilidade¹³. O debate sobre a localização estrutural desse espaço entre o público e o privado mostrou a dificuldade que ele enfrenta para conferir um caráter genuíno aos seus objetivos, assim como sua propensão à promiscuidade com o Estado e com o mercado.

A crise do Estado Constitucional Moderno e do Direito Moderno, em todo o mundo, permite conjecturar um futuro do que se convencionou chamar de “regionalismo funcional”, ou seja, uma superação da atual estrutura estatal por organismos transnacionais e por autonomias regionais e municipais infranacionais¹⁴. Assim, resulta que esse Estado Constitucional Moderno, ameaçado em suas bases teóricas, parece subsistir realmente como uma débil reserva de integridade meramente territorial, mas sem muito futuro.

Parece que estamos diante de uma verdadeira capitulação, que tem como consequência, a emergência do aparato estatal da violência, que surge para tentar conter os protestos contra a globalização excludente e desumana. Mostra-se, dessa forma, o verdadeiro rosto de um poder que esquece com muita frequência o Bem Comum, o interesse da maioria e as necessidades reais de seus cidadãos para dedicar-se a servir ao poder econômico e a aquilo que pode favorecer seus interesses. Utiliza para alcançar tal fim o seu caráter derogatório, pretoriano e de total insensibilidade social, porque muito comprometido com seu umbigo burocrático e porque de fato consumido pelos apetites e interesses neo (ou mais que tanto) liberais.

Nesta linha, a violência estatal tenta legitimar, mas apenas e quando muito consegue legalizar¹⁵, as leis do mercado, e o Estado Constitucional Moderno se converte num aparato de segurança a favor das grandes empresas¹⁶. Por isto, em praticamente todas as partes, o Estado Constitucional Moderno é menos promotor e, portanto, dotado de menor capacidade para organização do vínculo social e muito mais um contorno institucional reduzido à sua condição de polícia de fronteiras para limitar a passagem dos “indesejáveis”. Voltado para seu interior, trata de garantir certa perpetuação a quem detenha o poder político.

¹³ CRUZ, Paulo Márcio; **Repensar a Democracia** - Revista da Faculdade de Direito da UFG - Goiânia - Goiás. Revista da Faculdade de Direito da UFG, v. 33, p. 22-41, 2010.

¹⁴ AYUSO TORRES, Miguel. **Después del Levitán? Sobre el estado y su signo**. Madrid: Editorial Dykinson, 1998, p.77.

¹⁵ Sobre a Legitimidade como categoria política e jurídica, vide PASOLD, Cesar Luiz. **Reflexões sobre o Poder e o Direito**, 2 ed. Florianópolis: Estudantil, 1988, em especial, p.25 a 31. E sobre a Legalidade compreendida como “a imposição de um limite à atuação estatal”, vide: GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 8 ed. rev.amp.São Paulo: Malheiros, 2011, 172 e 173.

¹⁶ OLLER I SALA, M. Dolors. **Un futuro para la democracia: una democracia para la gobernabilidad mundial**. Barcelona: CRISTIANISME I JUSTÍCIA, 2002, p.15.

Como enfatiza Sergio Graziano Sobrinho¹⁷, a sociedade capitalista está marcada pelo confronto e pela violência. A violência apresenta-se em duplo caráter: a “violência estrutural” que é de ordem “econômica e social” e a violência “institucional” na qual destaca-se a utilização do aparato policial “para selecionar os indivíduos, criminalizando muitos e imunizando alguns”, barbarizando e atacando em permanente ação combatendo à “dita criminalidade”.

Assim, atualmente as forças do mercado se mostram capazes de condicionar de modo determinante decisões não só de governos individualmente considerados, mas também de organizações políticas internacionais.¹⁸ É o predomínio severo do econômico sobre o social que é sempre antitético aos compromissos com o Bem Comum ou Interesse Coletivo¹⁹. Neste contexto caracteriza-se o completo afastamento do sonho de Hermann Heller, que projetava a bela utopia de um Estado sinônimo, de fato e de direito, da totalidade social na medida em que se caracterizaria como eficaz instrumento servindo ao todo social. Assim, a explicação do Estado seria efetuada pela “conexão social total” em que se encontraria.²⁰

Como este sonho não se realizou até aqui, o resultado é que a geografia da exclusão social está se alastrando a setores e espaços cada vez mais amplos do mundo denominado desenvolvido. A consequência dos duros ajustes econômicos é a precariedade do trabalho, o aumento das desigualdades e a tendência clara à divisão social entre pobres (muitos) e ricos (poucos), esvaziando o conteúdo dos direitos de cidadania. Nos países subdesenvolvidos do Sul, grandes massas de habitantes permanecem sufocadas em condições de vida que atentam contra os mais elementares direitos humanos.

Essa ideia falsa foi formada nos moldes dos modelos europeus, nos quais há o hábito de se considerar a nação como uma forma política óbvia, uma espécie de meta natural de toda Sociedade²¹.

Já é hora de se tomar consciência que a ideia de nação que a Europa deu ao mundo é, atualmente, uma forma política efêmera, uma exceção europeia, precária transição entre a era

¹⁷ GRAZIANO SOBRINHO, Sérgio Francisco Carlos. **Globalização e Sociedade de Controle** - A Cultura do medo e o Mercado da Violência. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2010.p. 223.

¹⁸ CRUZ, Paulo Márcio; PASOLD, Cesar Luiz . **Norberto Bobbio e a Democracia** - Uberlândia - UFU/MG. Revista da Faculdade de Direito (UFU), v. 38, p. 1-23, 2010.

¹⁹ PASOLD, Cesar Luiz **Função Social do estado Contemporâneo**. 4 ed. rev.amp, cit., em especial da p. 38 a 41.

²⁰ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou,1968. Título original: **Staatslehre**.p. 67.

²¹ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p.500-501.

dos reis e a era do mundo globalizado e sem fronteiras.

A resposta ao padrão organizativo caracterizado pela generalidade, abstração e centralismo – de que o Estado e o direito legalista ou conceitualista são um bom exemplo – estaria, provavelmente, numa nova estrutura organizativa caracterizada: a) por uma arquitetura em rede, em que cada polo fosse gerido autonomamente, tendo em conta todas as particularidades das situações; b) em que a flexibilidade e a adaptabilidade do conjunto fossem garantidas pela inexistência de um polo central; c) e em que a comunicação fosse de um tipo novo, não baseado em modelos gerais e abstratos de informação, mas em descrições personalizadas, exaustivas e atentas às dimensões não puramente racionais das situações.

Considerando-se que o pensamento utópico equivale, em certa medida, à imaginação política (recorde-se o slogan da comuna universitária parisiense de 1968: A imaginação ao poder), o fim da utopia pode ser o fim do poder de imaginação política que construiu a utopia do Estado Constitucional Moderno, agora vítima de suas próprias contradições internas, ontológicas (à moda heideggeriana) e estruturais (à moda weberiana). Nesta linha parece que a crise do pensamento utópico, ao supor o cansaço da imaginação política patente no fracasso do Estado Constitucional Moderno perante os desafios pós-contemporâneos, tanto doutrinários como em sua *práxis*, é muito forte. De maneira que se percebem, em vários países, a ressurreição, com outros rótulos simbólicos, de soluções políticas ultrapassadas, mesmo que seus mentores neguem. É certo que a história jamais se repete, exatamente como indicou Giambattista Vico²², mas não é menos verdade que o risco do pensamento histórico – segunda a terminologia de Jurgen Habermas – consiste em congelar o presente aproximando-o do passado.

Como costuma acontecer em tempos de transição profunda, estão aparecendo posições epistemológicas extremas e até insensatas em relação à condição de subjugado do Estado Constitucional Moderno²³. Como evoluirá a relação entre ele e a crescente autonomia do mercado mundial? As implicações da desproporção entre capital produtivo e especulativo, as

²² Giambattista Vico, filósofo italiano, desenvolve uma nova ciência para a interpretação da realidade e do estudo da história. Sua principal obra, *Princípios da nova ciência*, é uma revisão dos fundamentos históricos da humanidade, da sabedoria poética e das obras de Homero, levando a sua visão de "nações que seguem o curso"; a maneira como eles organizaram os homens dos tempos mais antigos até seu tempo. Seu maior mérito é ter formulado princípios do método histórico e desenvolver uma filosofia da história.

FONTE: VICO, Giambattista. **Oraciones inaugurales & la antiquísima sabiduría de los italianos**. Pres. de Emilio Hidalgo-Serna. Introd. de José M. Sevilla. Ed., trad. del latín y notas de Francisco J. Navarro Gómez. Editorial Anthropos (serie Humanismo, 6). Barcelona, 2002.

²³ CHONSKY, Noam & DIETERICH, Heinz. **A sociedade global: educação, mercado e democracia**. Blumenau: FURB, 1999, p.91.

consequências ainda imprevisíveis dos novos sistemas de multimídia – isto é, a convergência da televisão, telefone, cinema e computador numa só tecnologia – e o significado de um desemprego mundial de 30% da população economicamente ativa. Esses são alguns dos parâmetros da nascente sociedade global, não integrados de maneira apropriada a uma cosmovisão à altura das mudanças que vivemos e capazes de orientar os indivíduos e coletivos sociais na direção de um novo capitalismo ou, se preferirem, de um “novo modo de produção”.

Parece inadequado buscar as raízes da atual crise de civilização no Estado Constitucional Moderno ou na Sociedade sua criadora. E há que se tentar a recuperação dessa Sociedade. O Estado Constitucional Moderno está em crise porque suas versões reformadas são incapazes de responder, satisfatoriamente, às solicitações da Sociedade e, inclusive, quando intervém para atendê-la produz, normalmente, outros problemas novos. A Sociedade atual mostra um crescente e perpétuo dinamismo e complexidade que brotam de cada um dos subsistemas que a compreendem e que não sintonizam com o Estado Constitucional Moderno. A isto se acrescenta a negligência, quando não cumplicidade, dos aparelhos estatais na deterioração e depredação da Natureza e do Meio Ambiente, que são imprescindíveis para a qualidade de vida da Sociedade e das pessoas que a integram.²⁴ Aliás, convém ressaltar, desde logo, que qualquer pauta para discutir o futuro do Estado que já neste primeiro quartel do século XXI está se mantendo desvirtuado como foi no século passado, deve conter como prioridade o Meio Ambiente, sempre sob a perspectiva da interdisciplinaridade e concomitante postura cuidadosa quanto à intertextualidade.

O Estado Constitucional começou a ser mudado, na sua essência, primeiro com a crise de 1929²⁵. Depois foi a escalada intervencionista e de desenvolvimento do Estado de Bem Estar, com sérios problemas de tensão, tanto no mercado (distorções regulamentares, inflação, questionamento éticos do trabalho, crescente poder dos sindicatos) como no próprio Estado (déficit crescente, rebelião fiscal, desenvolvimento das práticas burocráticas, tensões corporativas pela distribuição de serviços públicos)²⁶. E também a não funcionalidade criada pela mundialização e uma estrutura estatal voltada para seu caráter interno, nacional.

²⁴ PASOLD, Cesar Luiz. Teoria da Constituição e do Estado: uma pauta para o tempo XXI. In SANTO, Davi do Espírito e PASOLD, Cesar Luiz (orgs.) **Reflexões sobre Teoria da Constituição e do Estado**. Florianópolis: Insular, 2013, p.439.

²⁵ CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. **Reflexões Sobre a Crise Financeira Internacional e o Estado de Bem-Estar** - São Paulo. Revista de Direito Mackenzie, v. 06, p. 27-35, 2012.

²⁶ CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. **Reflexões Sobre a Crise Financeira Internacional e o Estado de Bem-Estar** - São Paulo. Revista de Direito Mackenzie, v. 06, p. 27-35, 2012.

O Estado Constitucional Moderno é, atualmente, uma forma esvaziada e, já que à desaparecida Sociedade do antigo regime não há sucedido nenhuma outra, só o vazio, há um grande esforço para se construir uma. A economia moderna, por sua vez, apresenta um esboço de Sociedade na qual os produtores que a dominam estão necessariamente unidos entre si para a produção de bens. Todos os Estados Contemporâneos, a margem de cruzadas ideológicas, se comprometeram com esse caminho, de tal modo que cada um deles se considera como uma empresa gigantesca ou como um *trust* colossal, que agrupa um vasto conjunto de empresas e órgãos – sejam coletivizadas, estatizadas ou livres – dos quais assume a direção. Também ao mesmo tempo, os produtores situados num sistema assim invertido, que precisam de uma “prótese” eficaz que a faça caminhar no contrapé de sua finalidade natural, dirigem seus olhares ao Estado, como demonstra Ayuso Torres²⁷. Raquel Varela, no mesmo sentido, escreve que o modelo que fundamenta a socialdemocracia se esvaiu, o que se verifica pela constatação de que a denominada União Europeia é uma corporação de acumulação de capitais.²⁸

A opinião pública dos países democráticos inquieta ante o nível de degradação da segurança interna é a princípio e geralmente a favor do fortalecimento da ação pública. O corpo político entende que é melhor o Estado Constitucional Moderno voltar a centrar-se no conjunto de competências que lhe são próprias em lugar de dispersar-se em outras atividades que as empresas privadas sabem fazer melhor, em fim, que faça menos, mas que o faça bem. Para que esta linha de defesa do papel do Estado pudesse ser convincente, seria necessário que, nos terrenos que parecem ser próprios de sua atuação, sua legitimidade seja indiscutível e não conte com nenhuma concorrência séria. Não é este o caso²⁹. As mais tradicionais funções de “soberania”, que pareciam claramente ser de competência do Estado Constitucional Moderno, estão submetidas a uma erosão lenta, mas contínua. Aparecem novos atores e a legitimidade do Estado Constitucional Moderno muda de natureza, quando não é diretamente posta em dúvida. Tanto o relativo à defesa nacional como a polícia e a justiça será, no futuro, assuntos entendidos como meros serviços inseridos no cumprimento de funções e não expressão de Soberania.

Como já foi visto anteriormente, a noção de Soberania se transforma cada vez mais em

²⁷ AYUSO TORRES, Miguel. **Después del Levitán? Sobre el estado y su signo**. Madrid: Editorial Dykinson, 1998, p.36.

²⁸ VARELA, Raquel. **O modelo que fundamenta a social-democracia se esvaiu**. Entrevista à Revista Carta Capital. In: http://www.cartacapital.com.br/revista/879/todo-poder-real-aos-cidadaos-1218.html?utm_content=buffer21d78&utm_medium=social&utm_source=twitter.com&utm_campaign=buffer acesso em 17/01/2016.

²⁹ GUÉHENNO, Jean Marie. **El porvenir de la libertad: la democratización en la época de la globalización**. Trad. Javier Palácio. Barcelona: Paidós, 2000, p.43.

uma palavra oca e sem conteúdo. É um mero critério formal na caracterização do Estado. Vivemos assim, venia pela repetição, o início da era de desaparecimento do Estado Constitucional Moderno e, em consequência, do eclipse da Soberania como categoria vinculada ao território³⁰.

A essência do Estado Constitucional Moderno está ligada a um determinado grau de homogeneidade, como era a sociedade burguesa dos séculos XVIII e XIX. Hoje há um número crescente daqueles que não entram no padrão cada vez mais rigoroso imposto pelas elites liberais capitalistas e que devem ser excluídos: negros, imigrantes, rechaçados, marginalizados. Estes seriam descartados como peças com defeito de fabricação, que não passariam por um “controle de qualidade” rigoroso. Estas peças “defeituosas” são o resultado da política liberal capitalista, que quis impor um padrão de homogeneidade artificial, insensível e desumana.

A globalização está por detrás da expansão da democracia liberal ao largo e em torno do mundo³¹. Mas, ao mesmo tempo, o modelo de democracia liberal representativa entrou em crise, cuja origem está na crise do Estado Constitucional Moderno tradicional³². A democracia representativa, ainda que tenha sido uma grande conquista na história da humanidade, perdeu sua grandeza. E tal fenômeno relaciona-se com o papel do Estado Constitucional Moderno. Assim, o seu tradicional papel está cada vez mais cedendo posições e perdendo influência ante os novos atores da globalização, com perversa diminuição da distância entre o público e o privado.

O Poder Público, desse modo, se diversificou. E a Democracia, transformada numa espécie de “poliarquia” deixa a Sociedade sem saber a quem exigir responsabilidade e nem como exercer o controle sobre os poderes públicos³³. Além disso, as estruturas democráticas tradicionais não são consideradas idôneas para controlar o poder econômico e dos meios de comunicação, que se tornaram transnacionais. Tudo isso requer, com certeza, novos parâmetros para a Democracia, inclusive com o repensar de seu conceito tradicional adstrito à circunstância da condição de regime político/método de “composição de órgãos dirigentes do Estado”, levando-a ao patamar

³⁰ CRUZ, Paulo Márcio; **Soberanía y Transnacionalidad: Anatonismos y Consecuencias** - Universidad de Caldas (Colômbia). *Juridicas*, v. 7, p. 13-36, 2010.

³¹ Sobre isso ver PASOLD, Cesar Luiz; CRUZ, Paulo Márcio. **Norberto Bobbio e a Democracia** - Uberlândia - UFU/MG. *Revista da Faculdade de Direito (UFU)*, v. 38, p. 1-23, 2010.

³² CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. **Reflexões Sobre a Crise Financeira Internacional e o Estado de Bem Estar** - Manizales - Colômbia. *Juridicas*, v. 10, p. 56-70, 2013.

³³ OLLER I SALA, M. Dolors. Un futuro para la democracia: una democracia para la gobernabilidad mundial. Barcelona: CRISTIANISME I JUSTÍCIA, 2002, p.08. E especificamente sobre a Democracia como paradigma para superação democrática do Estado Constitucional, vide o item 1.5 em: CRUZ, Paulo Márcio e SIRVENT, José Francisco Chofre. Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do Estado constitucional moderno. In <https://jus.com.br/artigos/8276/ensaio-sobre-a-necessidade-de-uma-teoria-para-a-superacao-democratica-do-estado-constitucional-moderno/3> - acesso em 17/01/2016.

de elemento sustentador da “solidariedade do agrupamento social”, na lição de Telmo Vieira Ribeiro³⁴.

2. A CRISE E AS MUDANÇAS

O Estado Constitucional Moderno está em crise, entre outros muitos motivos, por ter mantido sua estrutura com elementos do primeiro liberalismo, que não se ajustaram às mudanças profundas ocorridas na Sociedade, advindas de diversos aspectos³⁵. Bastaram, por exemplo, a crise dos anos trinta e dos anos setenta para mostrar, cruelmente, a incongruência entre os conceitos e estruturas herdados e a nova situação crítica.

O atual momento é de mudanças radicais. Um momento dominado por instituições zumbis (partidos sem partidários, exércitos sem inimigos, aparelhos governamentais caducos e, pois, ineficientes) que estão clinicamente mortas há muito tempo, mas que são incapazes de deixarem de viver³⁶. Por isso é indispensável avançar na história e configurar teoricamente um novo conceito de Democracia e um novo conjunto de instituições capazes de estabelecer e salvaguardar a legalidade no âmbito internacional.

Hora, pois, de prosseguir, ampliando as discussões e reflexões propositivas sobre o tema Direito Transnacional, sempre tendo em conta a necessidade de produção de respostas satisfatórias aos fenômenos globais contemporâneos³⁷. Isto inclui possibilidades não apenas epistemológicas quanto ao Estado Transnacional Ambiental³⁸, como também o Constitucionalismo ambiental como mera garantia simbólica ou não³⁹.

Também convém reestudar as possibilidades da Teoria da Interconstitucionalidade, com seus tópicos de realce, a “rede de constituições de estados soberanos” e as “turbulências”

³⁴ OLIVO, Luis Carlos Cancellier de, e PASOLD, Cesar Luiz (orgs). **Duas Teses de Telmo Vieira Ribeiro**. Joaçaba: Editora UNOESC, 2015, p.16 e 61.

³⁵ CRUZ, Paulo Márcio; **Repensar a Democracia** - Revista da Faculdade de Direito da UFG - Goiânia - Goiás. Revista da Faculdade de Direito da UFG, v. 33, p. 22-41, 2010.

³⁶ BECK, Ulrich. **Qué es la globalización?** Barcelona: Paidós, 1998, p.59.

³⁷ OLIVIERO, Maurizio, e CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o Direito Transnacional. *In* SANTO, Davi do Espírito e PASOLD, Cesar Luiz (orgs.) **Reflexões sobre a Teoria da Constituição e do Estado**. Florianópolis: Insular, 2013, p.

³⁸ Vide, por exemplo: ARMADA, Charles Alexandre Souza. O Estado Transnacional Ambiental como futuro possível para o Estado e para a efetivação do Direito Ambiental no Século XXI. *In* CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio, SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de, e PADILHA, Norma Sueli (Coords.). **Direito Ambiental n Século XXI: efetividade e desafios**. Curitiba: Clássica, 2013 (Segundo Volume), p. 149-173.

³⁹ LUNO, Antonio Henrique Pérez. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional**. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. (sem título original no exemplar utilizado).

oriundas de comunidades políticas supranacionais⁴⁰.

A Soberania foi um dos principais alicerces do Estado Constitucional Moderno. Convertia o poder estatal num poder supremo, exclusivo, irresistível e substantivo, único criador de normas e detentor do monopólio do poder de coação física legítima dentro de seu território. E sustentava-o como único interlocutor autorizado a falar com o exterior. Esse conceito está se desmanchando. O que também faz afundar os alicerces sobre os quais se sustentava a teoria clássica do Estado Constitucional Moderno⁴¹. Por outro lado, a perda da eficiência do Estado Constitucional Moderno provocou a erosão de sua legitimidade perante o cidadão. O Estado Constitucional Moderno cada vez oferece menos respostas às demandas de segurança e desenvolvimento.

E, ainda que esta noção de Soberania exclusiva tenha sido sempre mais um mito do que uma realidade, a verdade é que hoje se assiste a um retrocesso importante do poder do papel do Estado Constitucional Moderno e do controle hierárquico do mesmo sobre outras instâncias. As suas pretensões de controle sobre o território e de ter a última palavra em assuntos políticos perderam sua eficácia tanto em sua dimensão interna como em sua projeção externa. Nesta última, ironicamente, a Soberania do Estado perde seu poder e espaço para uma “supersoberania supranacional”, Esta, por sua vez, ignora fronteiras e atua com as forças oriundas dos “círculos globais de produção”, formando o que Eros Grau denomina processo de “desterritorialização” da Soberania. Aliás, Grau mesmo localiza o mercado como titular de uma “super soberania” , cuja criadora é a transnacionalidade ⁴².

Caso os debates realizados nos fóruns sociais temáticos sejam comparados com a agenda política do Parlamento na Colômbia, no Brasil ou em Portugal, vai-se notar que há uma discrepância total entre as ansiedades, as aspirações democráticas que estão aqui para ser debatidas e o que acontece nos parlamentos⁴³. Então, o mais importante é ampliar a agenda política, e isto não pode vir de dentro do Estado, porque ele Estado está aprisionado por sua própria estrutura. É preciso fazê-la de fora, através de instrumentos como a Democracia Participativa Digital, por exemplo.

⁴⁰CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 8 reimp. Coimbra: Almedina,2003, em especial p.1425 a 1430.

⁴¹ OLLER I SALA, M. Dolors. **Un futuro para la democracia: una democracia para la gobernabilidad mundial**. Barcelona: CRISTIANISME I JUSTÍCIA, 2002, p.11.

⁴² GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 8 ed. rev. amp. ,cit., em especial, 314 , 315 e 335.

⁴³ CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, G. R. **A crise financeira mundial, o estado e a democracia econômica** - Rio de Janeiro - Revista UERJ. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v. 1, p. 1-23, 2011.

Em consequência desse fato, torna-se cada vez mais difícil manter a ideia do Estado Constitucional Moderno como garantidor do interesse geral, já que é evidente que não pode, por si só, responder adequadamente aos novos desafios que tem por ultrapassar, seja por motivo de ordem estrutural seja, sobretudo, pela falência de sua concepção nodal.

Em termos sociais o efeito acumulado do pré e do pós contratualismo é a emergência de uma classe de excluídos constituída por grupos sociais em mobilidade descendente estrutural (trabalhadores não qualificados, desempregados, trabalhadores imigrantes, minorias étnicas). E por grupos sociais para os quais o trabalho deixou de ser – ou nunca foi – um horizonte realista (desempregados de longa duração, jovens com difícil inserção no mercado de trabalho, incapazes física e mentalmente, massas de camponeses pobres da América Latina, África e Ásia). Estas classes de excluídos – maiores ou menores segundo seja a posição, periférica ou central, de cada sociedade no sistema mundial – assume nos países centrais a forma de terceiro mundo interior, o chamado terço inferior, da sociedade dos terços.⁴⁴

3. UMA NOVA FORMA DE ORGANIZAÇÃO POLÍTICA

A despolitização do Estado Constitucional Moderno e a “desestatalização” da regulação social induzidas pela erosão do contrato social indica que, sob a denominação “Estado” está emergindo uma nova forma de organização política mais ampla que o Estado convencional: um conjunto híbrido de fluxos, organizações e redes nas quais se combinam e solapam elementos estatais e não estatais, nacionais, transnacionais e globais.

Esta nova organização política, este conjunto heterogêneo de organizações, instituições e fluxos, não tem centro: a coordenação do Estado Constitucional Moderno funciona apenas como imaginação do centro.

Já não tem sentido algum recorrer ao Estado contra o mercado, e ao mercado contra o Estado. *A falha do Estado* e *a falha do mercado* tornam-se idênticas porque a forma de reprodução social da modernidade perdeu completamente sua capacidade de funcionamento e de integração⁴⁵. Com isso torna-se impossível contornar os problemas, tanto na teoria quanto na

⁴⁴ CRUZ, Paulo Márcio. **Repensar a Democracia** - Revista da Faculdade de Direito da UFG - Goiânia - Goiás. Revista da Faculdade de Direito da UFG, v. 33, p. 22-41, 2010.

⁴⁵ CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. (Org.) **As trajetórias multidimensionais da Globalização** - Itajaí. 1. ed. Itajaí: Univali, 2014. v. 1.

prática. E isso no momento em que também os componentes ocidentais do sistema global de produção de mercadorias chegam a experimentar, no mesmo grau de crueldade que o resto do mundo, as consequências da crise.

Neste novo marco, o Estado Constitucional Moderno é uma relação política fraturada, aberta à competição entre os atores externos da política, na qual transitam concepções alternativas de bem comum e dos bens públicos. Antes de uma materialidade institucional e burocrática, o Estado está chamado a ser o terreno de uma luta política muito menos codificada e regrada que a luta convencional. E é neste novo marco, no qual as diferentes formas de fascismo social buscam articulação para amplificar e consolidar suas pretensões despóticas, transformando o Estado em componente de espaço privado. E será também neste marco que as forças democráticas deverão lutar pela democracia redistributiva e converter o Estado em componente do espaço público não estatal⁴⁶. Esta última transformação é o que Boaventura de Souza Santos denomina Estado como novíssimo movimento social.

Outra evidência da insuficiência do Estado Constitucional Moderno é o resultado da denominada “Democracia da opinião pública”, que supera, e muito, a eficácia dos instrumentos habituais de representação política em se tratando de fiscalizar os representantes públicos. Esta teoria tem como principal hipótese o fato de que os meios de comunicação estão debilitando a capacidade decisória dos Poderes Institucionais do Estado, a ponto de que a relação entre governantes e governados está adstrita apenas ao desenho original de uma democracia representativa.

A dificuldade está em “quem” e “como” pode controlar esse grande manipulador, que atua a partir dos meios de comunicação⁴⁷. É um instrumento poderosíssimo que tem, por seu caráter cada vez mais globalizado, muitas possibilidades de escapar da fiscalização dos ordenamentos e instituições do Estado Constitucional Moderno, que se mostra claramente insuficiente para tal tarefa. E conivente.

Entramos na era dos sistemas abertos, quer se trate de estados ou empresas, e os critérios de êxito são os opostos da era moderna e dos sistemas fechados. O valor de uma organização já não se mede pelo equilíbrio que tenta estabelecer entre seus diversos componentes nem pela

⁴⁶ SANTOS, Boaventura de Souza. **Reinventar la democracia, reventar el estado**. Madrid: Ediciones Sequitur, 1999, p.40.

⁴⁷ RUIZ-RICO-RUIZ, Gerardo *et alii*. Estado democrático y constitución: balance y perspectivas de futuro, in **La democracia en debate**. Madrid: Dykinson, 2002, p.179.

nitidez de suas fronteiras, mas sim pelo número de aberturas, de pontos de articulação que ela mantém com tudo que lhe é exterior.

O debate sobre o futuro do Mundo Ocidental Desenvolvido, em sua falsa simplicidade, ilustra bem as insuficiências de um enfoque institucional da era moderna⁴⁸. A questão está posta a partir de visões ultrapassadas, nas quais o reflexo de um mundo que desaparece revela sua impotência para dar conta do novo mundo que começa.

Portanto, debilitados em sua eficácia, vítima das mudanças transversais da globalização e da interdependência, os estados padecem de uma profunda erosão de seu poder e de sua capacidade de controle hierárquico⁴⁹. E, por sua incapacidade para manter alguma autonomia em relação às novas forças que surgem, cada vez tem mais problemas para sustentar sua legitimidade ante uma cidadania ávida de segurança e desenvolvimento. A cidadania, por sua vez, também não se sente suficientemente reconhecida e atendida numa estrutura de poder anacrônica por sua hierarquização paquidérmica, distante e pouco controlável como a que proporciona o Estado Constitucional Moderno.

Os estados estão perdendo poder, força e influência tanto em âmbito interno como no externo. No âmbito externo estão cedendo parcelas de prerrogativas a atores surgidos do processo de globalização, em setores como o meio ambiente, as tecnologias de informação, as imigrações, o terrorismo internacional e o crime organizado, para citar alguns exemplos.

Todos estes novos atores e atividades estão provocando um profundo impacto “desterritorializador” com efeitos ainda incertos, mas que já estão gerando uma visão da vida cada vez mais universal e, portanto, menos ligada às pautas específicas de cada estado. Essa transferência de identidades está sendo fundamental na erosão dos estados nacionais. O cidadão peregrino continua pagando impostos e viajando com o passaporte expedido por um governo territorial, mas seus sonhos e projetos estão em qualquer outro lugar⁵⁰. Fazem parte dessa viagem ao futuro, empreendida cada vez mais por pessoas sem problemas de raça, classe social ou nacionalidade.

Outra parcela inquietante, sobre a qual o Estado Constitucional Moderno está perdendo sua capacidade de atuação, é a do controle da criminalidade organizada e o terrorismo. O Estado

⁴⁸ GUÉHENNO, Jean-Marie. **El fin de la democracia: la crisis política y las nuevas reglas del juego**. Barcelona: Paidós, 1995, p.63.

⁴⁹ É o que Boaventura chama de apoliticismo desterritorializado.

⁵⁰ FALK, Richard Antony. **On human governance. Towards a new global politics**. Cambridge: Polity Press, 2004, p.212.

Constitucional Moderno está-se vendo cada vez mais incapaz para responder aos crescentes desafios colocados pelas grandes máfias do contrabando, a droga, a prostituição, os crimes de informática, o tráfico de armas e, mais recentemente, materiais radioativos, engenharia genética, entre outros. Estas e novas formas de criminalidade global exigem a adoção de medidas que superem o âmbito territorial restrito e típico do Estado Constitucional Moderno.

Por um lado, porque as instituições estatais nacionais resultam insuficientes para conjurar a visível capacidade de manobra de vários poderes privados que se movem com muita velocidade, de uma fronteira à outra, desvinculando seus benefícios econômicos de suas obrigações fiscais, ecológicas, sanitárias, laborais, enfim, de sua obrigação para com a humanidade.⁵¹

Não se trata, é claro, de um mero cosmopolitismo fugidio, destinado a liquidar as diferenças nacionais ou os elementos clássicos do Poder Público. Mas sim do encaminhamento de uma nova ideia de organização político-jurídica, que permita, como já frisado anteriormente, a possibilidade de interações entre diversos sistemas jurídicos, sem que isso suponha, necessariamente, subordinação de uns frente a outros, como aponta Del Cabo⁵². Esse autor espanhol aponta a existência de poderes de mercado que não podem ser controlados, o que conflita com qualquer modelo de organização político-jurídica destinada a garantir os direitos mínimos dos cidadãos.

A superação dessa situação de desencanto e frustração só parece possível caso sejam colocadas em prática duas exigências. De uma parte, o desempenho de uma dissidência ativa, que vá engajando um número cada vez maior de cidadãos na luta pela efetiva aplicação dos direitos fundamentais. De outra, a reconstrução de um sistema político e institucional capaz de processar as demandas dos cidadãos e de controlar a atividade e o poder dos protagonistas da nova economia global. Como já dito antes, uma espécie de “republicanização da globalização”.

Esse Estado de base constitucional, que surgiu na Idade Moderna, apesar de transfigurado, perdura até os dias de hoje. Contudo, a partir dele, com base nele, mas em superação a ele, ao longo da Idade Contemporânea se desenvolveu uma progressiva relativização da soberania, que possibilitou uma união de países acreditada por poucos, quando foi proposta, na Europa, cuja força cultural ainda é a locomotiva da civilização ocidental. Assim como os feudos se globalizaram

⁵¹ DEL CABO, Antonio. **Constitucionalismo, mundialização e crise del concepto de soberania: algunos efectos em América Latina y e Europa**. Alicante: Publicaciones Universidad de Alicante, 2000, p.34.

⁵² DEL CABO, Antonio. **Constitucionalismo, mundialização e crise del concepto de soberania: algunos efectos em América Latina y e Europa**. Alicante: Publicaciones Universidad de Alicante, 2000, p.35.

em estados nacionais, agora na evolução europeia o processo de união continua pela globalização dos estados nacionais em comunidade transnacional.

Esse processo se desenvolveu tendo origem e base na formação de um mercado comum, antes supra feudal e agora transnacional, mas, partindo desse fundamento econômico, tem por seqüência e consequência a constituição de nova sociedade política por coligação e relativização, antes dos domínios feudais e agora das soberanias nacionais.

4. A SUPERAÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL

Atualmente a espécie humana está organizada em todas as suas esferas de reprodução essenciais e, no nível mundial, em estruturas de poder hierárquicas e oligopolistas. Sem que a esses políticos e intelectuais orgânicos do “Mundo Livre” ocorra pedir a democratização destas estruturas de poder construídas e mantidas pelas elites. Só com um amplo movimento para a superação do Estado Constitucional poder-se-á ter alguma perspectiva neste sentido, como prescreve Noam Chomsky⁵³.

Do ponto de vista dos atores sociais, elucidar as ideias de globalização, pós-modernidade e mutação significa elaborar instrumentos para compreender a história que estamos vivendo. Isso sugere a busca de uma teoria de transformação do mundo e de uma consciência histórica adequada.

O crescimento estrutural da exclusão social, pela via do pré-contratualismo ou do pós-contratualismo e a conseguinte extensão dos estados de natureza – que não oferecem opções, individuais ou coletivas, para superá-los – implicam numa crise do tipo paradigmático, um câmbio de época, que alguns autores denominaram “desmodernização” ou “contra-modernização”⁵⁴. Trata-se, por tanto, de uma situação de muito risco. A questão que deve ser levantada é se, apesar de tudo, tem-se a capacidade para substituir o velho contrato social da modernidade por outro capaz de se contrapor e superar efetivamente à lógica da exclusão.

A mundialização capitalista do fim do Século XX engendrou condições de opressão e exploração sem precedentes na idade moderna e sua substituição assimétrica⁵⁵ é fundamental

⁵³ CHOMSKY, Noam & DIETERICH, Heinz. **A sociedade global: educação, mercado e democracia**. Blumenau: FURB, 1999, p. 113.

⁵⁴ Sobre isso ver: CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **O novo paradigma de Direito na pós-modernidade** - Porto Alegre - RECHTD/UNISINOS. RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 3, p. 75-83, 2011.

⁵⁵ Sobre isso ver CRUZ, Paulo Márcio; REAL FERRER, Gabriel. **Los nuevos escenarios transnacionales y la democracia asimétrica** -

para a sobrevivência da espécie humana⁵⁶. Assim se poderia ativar a gestão de uma série de condições objetivas e subjetivas que permitiriam a superação do estado atual de coisas numa direção de emancipação para o conjunto da humanidade.

Por isso, em consequência, ao debilitar as bases do Estado Constitucional Moderno, se corre o risco de dissolver algo mais profundo e estável, como é a comunidade política, na mesma linha de raciocínio de Ayuso Torres⁵⁷. De novo, como em tantos campos do conhecimento, nos movemos entre as contradições da pós-modernidade.

Em nossos tempos, a globalização tem ensejado uma questão atinente a uma alternativa, quase um dilema impossível de ser decifrado: ou caminhamos para a superação do Estado Constitucional Moderno, pelo seu próprio enfraquecimento, ensejando organizações transnacionais; ou cairemos em uma hegemonia de algum Estado ou grupo de Estados.

Ante esta situação, autores como Hobsbawm⁵⁸ mostram que os estados de diversas zonas do planeta tentaram – ou tentam – uma dupla estratégia (que, paradoxalmente, não faz mais que acelerar o declínio do Estado Constitucional Moderno):

- a) a primeira consiste em integrar-se em unidades mais amplas, supraestatais, que acumulam competências econômicas, sociais ou militares cedidas pelos estados integrantes. Estas unidades regionais integradas exercem um novo tipo de governabilidade mundial em certos setores, como segurança, tecnologia e economia e contam com o apoio das tradicionais organizações internacionais.
- b) a segunda estratégia é aquela voltada à descentralização política através da federalização ou outras formas de desconcentração do poder estatal. Com isso, a pretensão seria aproximar o poder do cidadão, introduzindo a Democracia no âmbito da estruturação territorial do Estado Constitucional Moderno e revalorizando as unidades políticas autônomas. Deste modo, a descentralização política faz com que, na prática, surja uma espécie de “soberania compartilhada”. O Estado Constitucional Moderno revela também aqui sua insuficiência quando cede capacidade de governo a cidadãos, grupos sociais, e coletivos territoriais que não se sentem suficientemente reconhecidos nem atendidos numa estrutura de poder demasiado hierárquica, muito distante e pouco controlável como é o Estado Constitucional Moderno.

Além disso, é importante citar a existência de solidariedades por identidade, que coloca em risco a identidade nacional “oficial” dos estados. Assim, no âmbito interno do Estado

Manizales - Colômbia. Jurídicas, v. 7, p. 12-17, 2010.

⁵⁶ DEL CABO, Antonio. **Constitucionalismo, mundialização e crise del concepto de soberania: algunos efectos em América Latina y e Europa**. Alicante: Publicaciones Universidad de Alicante, 2000, p.46.

⁵⁷ AYUSO TORRES, Miguel. **Después del Levitán? Sobre el estado y su signo**. Madrid: Editorial Dykinson, 1998, p.185.

⁵⁸ HOBBSAWM, Eric. **Globalização, Democracia e Terrorismo**. Tradução de José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

Constitucional Moderno, assiste-se o despertar da consciência coletiva que se manifesta em sua forma mais visível, o nacionalismo, em grande parte como reação de defesa contra a massificação homogeneizante resultante da globalização cultural e dos meios de comunicação. Este ressurgimento mostra a existência de importantes comunidades, com consciência política própria e que não estão suficientemente reconhecidas pelo Estado Constitucional Moderno.

Deve-se ter em conta que também no âmbito interno a atividade reguladora do Estado Constitucional Moderno se vê submetida a restrições cada vez mais importantes e frequentes. Na verdade, pode-se concordar com Paolo Grossi que, quando alerta que o que o Estado moderno assegura aos cidadãos é somente um complexo de garantias formais, referindo-se a questões muito mais abstratas que efetivamente concretas⁵⁹.

Seja pela complexidade da própria máquina estatal, seja pela progressiva tendência a estruturar o sistema de representação através de organizações especializadas ou corporações estruturadas em torno de critérios setoriais. O que obriga o Estado Constitucional Moderno a assumir complexas pautas de negociação. Tudo isso implica num importante retrocesso de seu poder e controle hierárquico.

Definitivamente, ao mesmo tempo em que se percebe a clara tendência à integração dos estados em estruturas transnacionais, observa-se também o surgimento de processos no sentido inverso, nos quais são produzidos uma intensa dispersão de competências entre grupos ou instituições.

O declínio político da velha ordem estatal que dividia o mundo em estados nacionais coloca sobre a mesa a necessidade de se estabelecer, primeiramente, novos modelos teóricos e, depois, a gradual efetivação destes modelos na prática.

5. UM NOVO SISTEMA POLÍTICO GLOBAL E A IMPORTÂNCIA NODAL DA DEMOCRACIA

É importante que novas propostas teóricas sejam discutidas na direção de um novo sistema político global que não esteja a serviço do mercado global.

Um novo conjunto teórico com relação ao poder público poderia estruturar-se em torno de quatro grandes objetivos: 1º - a organização do desarme mundial para níveis que não ameacem

⁵⁹ GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. Título original: *Mitologie giuridiche della modernità*. p. 24.

existência da vida no planeta;^{2º} - a organização do acesso aos recursos naturais do planeta de maneira igualitária e rigidamente sob os princípios do desenvolvimento sustentado, de forma a diminuir gradativamente as desigualdades;^{3º} - a negociação de relações econômicas abertas e flexíveis entre as principais regiões do mundo, que na atualidade encontram-se desigualmente desenvolvidas⁶⁰; e, 4º - o início de negociações para a correta gestão da dialética mundial/nacional nas áreas das comunicações, cultura e política. Pode-se pensar até em gestão da distribuição de competências entre o plano transnacional e os planos regionais e nacionais.

Dito de outro modo, o que é realmente importante na configuração de um novo conjunto teórico sobre o tema é a Democracia como valor de civilização e não o Estado.

Mas deve-se voltar à questão sobre qual será o futuro do Estado! Nesse sentido pode-se refletir sobre três possibilidades. A primeira delas seria a volta de um Estado forte e autônomo, capaz de manter o controle do poder perante os novos organismos e entes transnacionais. Esta é uma alternativa pouco realista pelas razões já indicadas em outras partes desse artigo. Cabe uma segunda possibilidade, que consistiria em confiar na capacidade autorregulatória do emergente sistema global e reduzir, em consequência, a presença e ação dos estados até que sejam reduzidos a meros coadjuvantes de uma Sociedade em rede, multicêntrica e com poderes compartilhados em diversos níveis. É uma alternativa não só possível, mas também realista considerado o cenário mundial atual e suas projeções. O problema está em que se trata de uma alternativa demasiado realista e, portanto, extraordinariamente perigosa. A referência é à confusão usual entre mundialização e neoliberalismo ou, se preferir, à distinção entre a ideia da globalização assentada no dogma de que toda atividade humana atual deve estar sujeita ao primado da economia global.

Outra coisa, bem diferente, é a globalidade, ou seja, a existência de uma Sociedade mundial multidimensional, policêntrica, contingente e política, capaz de resolver de modo aceitável os grandes desafios de sustentabilidade sociais, econômicos, político e ambientais que enfrenta o mundo atual.

Diante destas duas alternativas extremas, cabe uma posição intermediária, embasada na construção teórica de um Estado adaptado à nova situação. Uma alternativa que permitisse a vigência de um poder público estatal, mas construído com base na nova realidade mundial e capaz de ser uma peça na engrenagem pública global.

⁶⁰ HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.56.

O novo estado estaria encaixado numa rede de compartilhamento de funções públicas, interagindo com as organizações públicas transnacionais, tanto governamentais como não governamentais, por um lado, e com as regiões, comunidades, estados federados e entidades locais, por outro lado. Um novo estado que tenha como paradigma a Sustentabilidade⁶¹.

Dito de outra maneira, os novos estados exerceriam sua atividade não como entidade soberana, mas como parte componente de uma ordem política internacional mais ampla e complexa⁶². Assim, o Estado tende a extinguir-se como estrutura de soberania – um dos motivos para a superação do Estado Constitucional Moderno – e como coordenador de uma hierarquia piramidal⁶³. O novo estado não seria mais um pretense gestor de uma hierarquia soberana, mas sim um potencial negociador e integrador de sua comunidade no concerto transnacional.

A criação de instituições intermediárias, capazes de não só assegurar a necessária transparência, mas também um grau mínimo de legitimidade é, portanto, essencial. Isso supõe que, no lugar de se imaginar uma “comunidade mundial”, que seria resultado direto da eleição de milhões de indivíduos abstratos, se está trabalhando na construção de uma comunidade de comunidades, estabelecida sobre a base da negociação. E entre diferentes comunidades políticas que compartilham os mesmos princípios comuns, fazendo-as compatíveis entre si e substituindo o conflito pela cooperação e o enfrentamento entre soberanias pela autonomia e independência organizadas⁶⁴.

Isto está proposto assim porque pressupõe a construção de instituições políticas de intermediação, capazes de ter em consideração as duas lógicas, tanto a da concentração do poder como a da descentralização. E de organizar, por conta da mediação das instituições políticas, a passagem da primeira para a segunda, o que é talvez a principal tarefa política na pós-modernidade. O futuro da humanidade talvez dependa muito disso.

⁶¹ CRUZ, PAULO MÁRCIO; Real Ferrer, Gabriel. **Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos**. Sequência (UFSC), v. 36, p. 239, 2015.

⁶² CRUZ, Paulo Márcio; **Repensar a Democracia** - Revista da Faculdade de Direito da UFG - Goiânia - Goiás. Revista da Faculdade de Direito da UFG, v. 33, p. 22-41, 2010.

⁶³ FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno: nascimento e crise do estado nacional**. Tradução de Carlo Cocciolo, Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. **O Ocidente Dividido**. Tradução de Luciana Villas-Bôas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006. p.158.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar das diversas teses apresentadas quanto à formação de uma comunidade mundial de autonomias independentes, o grande desafio, de verdade, será a nova conformação a ser dada ao Estado. Aí reside o grande esforço teórico que deve ser feito. Desde que o instrumento “de ligação”, que historicamente viveu e conviveu com os princípios da Soberania moderna, possa estar apto e desempenhar sua função, tem-se a impressão que o restante do processo será mera consequência. Assim, o Estado que for teorizado e concretizado para substituir o Estado Constitucional Moderno, deverá trazer em sua filosofia e em sua estrutura concreta a capacidade para ser “endógeno” e “exógeno” ao mesmo tempo.

Ainda é preciso registrar que a nova estrutura do Estado provavelmente vai se descolar completamente dos elementos teóricos que orientaram a criação do Estado Constitucional Moderno. Por isso urge que se inicie um decidido e consequente processo de teorização que possa sustentar essa nova estrutura.

É o mais longe que a prudência permite ir-se em termos propositivos. Além disso, corre-se o risco – se já não se avançou demais – de ser comparado com os visionários românticos e outros tantos que tiveram a pretensão de ter achado a fórmula mágica para a organização política da humanidade pós-moderna.

O objetivo de textos científicos como o presente é colaborar com as discussões sobre a necessidade de se teorizar o novo papel do Estado nesse ambiente transnacional complexo e cada vez mais rápido e digital. É ajudar a “desgrudar” alguns de nossos mais brilhantes pensadores do Estado Constitucional Moderno, convencê-los que haverá outra concepção para o Estado e que o concurso teórico deles é e sempre será indispensável.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARMADA, Charles Alexandre Souza. O Estado Transnacional Ambiental como futuro possível para o Estado e para a efetivação do Direito Ambiental no Século XXI. In CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio, SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de, e PADILHA, Norma Sueli (Coords.). **Direito Ambiental n Século XXI: efetividade e desafios**. Curitiba: Clássica, 2013 (Segundo Volume), p. 149-173.

AYUSO TORRES, Miguel. **Después del Levitán? Sobre el estado y su signo**. Madrid: Editorial

Dykinson, 1998.

BECK, Ulrich. **Qué es la globalización?** Barcelona: Paidós, 1998.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. 8 reimp. Coimbra: Almedina, 2003

CHOMSKY, Noam & DIETERICH, Heinz. **A sociedade global:** educação, mercado e democracia. Blumenau: FURB, 1999.

CRUZ, Paulo Márcio; **Da Soberania à Transnacionalidade:** Democracia, Direito e Estado no Século XXI - Itajaí. 2. ed. Itajaí: Univali, 2014. v. 1.

CRUZ, Paulo Márcio; REAL FERRER, Gabriel. **A crise financeira mundial, o estado e a democracia econômica** - Rio de Janeiro - Revista UERJ. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v. 1, p. 1-23, 2011.

CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. (Org.) **As trajetórias multidimensionais da Globalização** - Itajaí. 1. ed. Itajaí: Univali, 2014. v. 1.

CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. **Reflexões Sobre a Crise Financeira Internacional e o Estado de Bem Estar** - Manizales - Colômbia. Jurídicas, v. 10, p. 56-70, 2013.

CRUZ, Paulo Márcio; PASOLD, Cesar Luiz. **Norberto Bobbio e a Democracia** - Uberlândia - UFU/MG. Revista da Faculdade de Direito (UFU), v. 38, p. 1-23, 2010.

CRUZ, PAULO MÁRCIO; Real Ferrer, Gabriel. **Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos.** Sequência (UFSC), v. 36, p. 239, 2015.

CRUZ, Paulo Márcio; REAL FERRER, Gabriel. **Los nuevos escenarios transnacionales y la democracia asimétrica** - Manizales - Colômbia. Jurídicas, v. 7, p. 12-17, 2010.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **O novo paradigma de Direito na pós-modernidade** - Porto Alegre - RECHTD/UNISINOS. RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 3, p. 75-83, 2011.

CRUZ, Paulo Márcio; **Repensar a Democracia** - Revista da Faculdade de Direito da UFG - Goiânia - Goiás. Revista da Faculdade de Direito da UFG, v. 33, p. 22-41, 2010.

CRUZ, Paulo Márcio e SIRVENT, José Francisco Chofre. **Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do Estado constitucional moderno.** *In:*

<https://jus.com.br/artigos/8276/ensaio-sobre-a-necessidade-de-uma-teoria-para-a-superacao-democratica-do-estado-constitucional-moderno/3->. Acesso em 20/12/15.

CRUZ, Paulo Márcio; **Soberanía y Transnacionalidad: Antagonismos y Consecuencias** - Universidad de Caldas (Colômbia). *Juridicas*, v. 7, p. 13-36, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do estado**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DEL CABO, Antonio. **Constitucionalismo, mundialização e crise del concepto de soberania: algunos efectos em América Latina y e Europa**. Alicante: Publicaciones Universidad de Alicante, 2000.

FALK, Richard Antony. **On human governance. Towards a new global politics**. Cambridge: Polity Press, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno: nascimento e crise do estado nacional**. Tradução de Carlo Cocciolo, Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 8. ed. rev.amp. São Paulo: Malheiros, 2011.

GRAZIANO SOBRINHO, Sérgio Francisco Carlos. **Globalização e Sociedade de Controle - A Cultura do medo e o Mercado da Violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. Título original: *Mitologie giuridiche della modernità*.

GUÉHENNO, Jean Marie. **El porvenir de la libertad: la democratización en la época de la globalización**. Trad. Javier Palácio. Barcelona: Paidós, 2000.

GUÉHENNO, Jean-Marie. **El fin de la democracia: la crisis política y las nuevas reglas del juego**. Barcelona: Paidós, 1995.

HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **O Ocidente Dividido**. Tradução de Luciana Villas-Bôas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Título original: *Staatslehre*.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia: síntese de um milênio.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HOBBSAWM, Eric. **Globalização, Democracia e Terrorismo.** Tradução de José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LEBRET, L. J. **O Drama do Século XX – Miséria- Sudeenvolvimento – Inconsciência - Esperança.** Tradução de Fr. Benevenuto de Santa Cruz e Fátima de Souza. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1962. Título original: *Le Drame du Siecle.*

MARITAIN, Jacques. **El hombre y el estado.** Tradução de Juan Miguel Palácios. Madrid: Ediciones Encuentro, 1983.

OLIVIERO, Maurizio, e CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o Direito Transnacional. In SANTO, Davi do Espírito e PASOLD, Cesar Luiz (orgs.) **Reflexões sobre Teoria da Constituição e do Estado.** Florianópolis: Insular, 2013.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier de, e PASOLD, Cesar Luiz (orgs). **Dois Teses de Telmo Vieira Ribeiro.** Joaçaba: Editora UNOESC, 2015.

OLLER I SALA, M. Dolors. **Un futuro para la democracia: una democracia para la gobernabilidad mundial.** Barcelona: CRISTIANISME I JUSTÍCIA, 2002.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo.** 4 ed. rev. amp. Itajai: UNVALI, 2013 (edição em comemoração aos cinquenta anos de magistério do Autor)

PASOLD, Cesar Luiz. Teoria da Constituição e do Estado: uma pauta para o tempo XXI. In SANTO, Davi do Espírito e PASOLD, Cesar Luiz (orgs.) **Reflexões sobre Teoria da Constituição e do Estado.** Florianópolis: Insular, 2013

PASOLD, Cesar Luiz. **Reflexões sobre o Poder e o Direito.** 2 ed. Florianópolis: Estudantil, 1988

PEREZ LUÑO, Antonio Henrique. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional.** Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. (sem título original no exemplar utilizado).

RUIZ-RICO-RUIZ, Gerardo *et alii.* **Estado democrático y constitución: balance y perspectivas de futuro, in La democracia en debate.** Madrid: Dykinson, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Reinventar la democracia, reinventar el estado.** Madrid: Ediciones

Sequitur, 1999.

STELZER, Joana; CRUZ, Paulo Márcio. **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá. 2009.

VARELA, Raquel. **O modelo que fundamenta a social-democracia se esvaiu**. Entrevista à Revista Carta Capital. In: http://www.cartacapital.com.br/revista/879/todo-poder-real-aos-cidadaos-1218.html?utm_content=buffer21d78&utm_medium=social&utm_source=twitter.com&utm_campaign=buffer. Acesso em 20/12/15.

VICO, Giambattista. **Oraciones inaugurales & la antiquísima sabiduría de los italianos**. Pres. de Emilio Hidalgo-Serna. Introd. de José M. Sevilla. Ed., trad. del latín y notas de Francisco J. Navarro Gómez. Editorial Anthropos (serie Humanismo, 6). Barcelona, 2002.

O SENTIDO CONSTITUCIONAL À DERIVA NA ORDEM DE 1988

Alexandre Morais da Rosa¹

INTRODUÇÃO

O desvelar do mecanismo de atribuição de sentido é desafio contemporâneo na teoria constitucional. Entre o texto normativo e o resultado do processo de atribuição de sentido existem vias paralelas que se entrecruzam. O sujeito e a normatividade, além do contexto situacional. Isso porque os sujeitos são providos de percepções teóricas e cognitivas que alteram a capacidade e os limites do conteúdo constitucional. O questionamento passa, então, por apontar os possíveis trajetos dos sentidos, sempre singulares, em cada contexto processual.

1. ARGUMENTAÇÃO E SENTIDOS NO PROCESSO CONSTITUCIONAL.

Compreender o caráter artificial do Direito e os mapas mentais² dos jogadores processuais é o desafio de atuação jurisdicional³. O domínio sobre as possibilidades de sentido mostra-se como condição de possibilidade para o entendimento dos jogos processuais. O Direito é Artificial por navegar pela linguagem. Logo, inexistente algo “dado” no tocante aos significantes que serão trazidos ao contexto processual⁴. São falas técnicas, com teorias diversas, sentidos diferenciados, que dialogam com sujeitos (jogadores, acusados, vítimas, testemunhas, informantes, etc.) providos de mapas mentais singulares. Cada um é universo diferenciado em que há fusão de horizontes no sentido a ser atribuído em determinado contexto.

¹ Doutor em Direito (UFPR). Professor do Programa de Mestrado e Doutorado (UNIVALI). Professor de Processo Penal (UFSC) e Juiz de Direito (TJSC). E-mail: alexandremoraisdarosa@gmail.com

² O aparato cognitivo é individual, mas não é soberano, porque depende do relacionamento normativo, social e dos contextos de interação, ou seja, de cada jogo processual visto em sua singularidade.

³ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

⁴ JAPIASSÚ, Hilton. **O mito da neutralidade científica**. Rio de Janeiro: Imago, 1981, p. 63: “No processo de objetivação, a presença dos juízos de valor não é uma simples anomalia epistemológica, mas um dos elementos constitutivos do acesso ao saber objetivo. Este continua sendo ideal das ciências humanas. Epistemologicamente falando, toda ciência constrói o seu objeto, elabora seus dados e seus fatos. O fato puro não existe. Todo fato é construído. E a objetividade sempre se perde em pressupostos que estão longe de ser objetivos”.

Dito de outra forma, do jogo de sentidos acolhido pelo senso comum teórico (Warat)⁵ e o sujeito individual advêm as possibilidades de atribuição, em cada contexto. Cada jogador (jogadores e julgador) processual organiza um mapa mental próprio para dar sentido à informação trazida por meio das provas, em um contexto determinado. Há um mapa do jogo processual que contém o mapa mental dos jogadores/julgadores, sem que a informação seja perfeita (total).

Por outro lado, inexistente neutralidade do sujeito ao interpretar no campo do Direito⁶. Em qualquer uso de significantes no cotidiano forense, mesmo sem saber, esgueiram-se discursos dos mais variados matizes ideológicos, administrados, controlados, pelos portadores da fala autorizada. No discurso jurídico joga-se a luta de posições e a ingenuidade, muitas vezes, preside a adesão às orientações apresentadas⁷. Compreender esse mecanismo pode ser um ganho.

A noção que o sujeito tiver em seu mapa mental sobre Constituição⁸, por exemplo, altera o peso do constrangimento que terá no futuro. Da mesma forma, Dignidade da Pessoa Humana poderá ser compreendida a partir de Kant ou Hegel, com diversas modulações⁹. E assim por diante: Teoria do Delito, do Processo, da Ação Penal, etc.

Daí surgir o que Warat denominava de “Babel Jurídica”¹⁰, entendida como a multiplicidade de caminhos em que o sentido pode seguir diante da eleição de uma bifurcação de sentido. A relação de pressuposição recíproca dos significantes em cadeia: Significante 1 – Constituição – se

⁵ WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**: a epistemologia jurídica da modernidade. Trad. José Luís Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995, p. 15: “Os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação de verdades. Por conseguinte, canonizam-se certas imagens e crenças, para preservar o segredo que esconde as verdades. O senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto. As representações que o integram pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável (até o momento) da história do poder”.

⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. DUARTE, Liza Bastos. O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, V. 33, nº 102, Jun 2006, p. 290; KENNEDY, Duncan. *Izquierda y derecho*. Ensayos de teoría jurídica crítica. Trad. Guillermo Moro. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2010.

⁷ ORLANDI, Eni. P. **Análise de Discurso**. Campinas: Pontes, 2013, p. 10: “Movimento de sentidos, errância dos sujeitos, lugares provisórios de conjunção e dispersão, de unidade e de diversidade, de indistinção, de incerteza, de trajetos, de ancoragem e de vestígios; isto é discurso, isto é o ritual da palavra. Mesmo o das que não se dizem. De um lado, é na movência, na provisoriedade, que os sujeitos e os sentidos se estabelecem, de outro, eles se estabilizam, se cristalizam, permanecem. Paralelamente, se, de um lado, há imprevisibilidade na relação do sujeito com o sentido, da linguagem com o mundo, toda formação social, no entanto, tem formas de controle da interpretação, que são historicamente determinadas; há modos de se interpretar, não é todo mundo que pode interpretar de acordo com sua vontade, há especialistas, há um corpo social a quem se delegam poderes de interpretar (logo, de ‘atribuir’ sentidos), tais como o juiz, o professor, o advogado, o padre, etc. Os sentidos estão sempre ‘administrados’, não estão soltos. Diante de qualquer fato, de qualquer objeto simbólico somos instados a interpretar, havendo uma injunção a interpretar. Ao falar, interpretamos. Mas, ao mesmo tempo, os sentidos parecem já estar sempre lá”.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

¹⁰ WARAT, Luis Alberto. **A Rua Grita Dionísio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

liga ao Significante 2 – dignidade da pessoa humana – que se liga ao Significante 3 – teoria do processo, etc., é que permite efetuar o processo de dar sentido e de argumentação.

Daí que sem estabelecer, minimamente, o sentido da linguagem manejada, tomamos, não raro, uma coisa por outra, criando um diálogo em línguas diversas, aparentemente sob o significante Direito Processual Penal¹¹. Por isso foi invocado o “efeito borboleta”, já que a mínima alteração de sentido nos significantes antecedentes compromete os demais. Não há suposto saber no silêncio e por isso os requisitos mínimos da decisão indicados pelo NCPC (art. 489) são importantes para democratização da decisão.

Estamos, portanto, para além das “Condições Normais de Temperatura e Pressão Hermenêuticas” (CNTPH)¹². Antes da viragem linguística acontecida em meados do século passado, a maneira de pensar do mundo ocidental fundava-se na possibilidade de se encontrar essências. Daí que a hermenêutica era pensada como adequação do mundo à razão, como se as coisas tivessem uma essência – elas existissem na natureza – e o sujeito pudesse descobrir o verdadeiro sentido das coisas¹³. Assim se construía, rigorosamente, pelo paradigma científico e pela geometria euclidiana, o mundo das ciências. Dentre elas a dita ciência do direito, a qual por ter objeto construído, torna a tarefa ainda maior.

O senso comum, contudo, nega o caos e a incerteza no Processo Constitucional a partir de mantras cristalizados, lugares comuns, heurísticas, vieses, presunções, etc. Operam, em sua imensa maioria, com categorias essencialistas, capazes de dar a resposta antes das perguntas e do contexto hermenêutico¹⁴, também não problematizado. Acreditam em sujeitos médios do Direito. Será necessária, então, certa dose de coragem e menos romantismo para compreender as particularidades do Processo Constitucional e da Teoria de Tomada de Decisão, informada para além de Cantor.

¹¹ HABERMAS, Jürgen. **Acción comunicativa y razón sin transcendencia**. Trad. Beatriz Vianna Boeira. Barcelona: Paidós, 2002; **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1 e 2; BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. **Processo Penal Comunicativo: Comunicação Processual à luz da Filosofia de Jürgen Habermas**. Curitiba: Juruá, 2014. A Teoria da Ação Comunicativa parte da estrutura de que quem argumenta presume que ela pode ser justificada em quatro níveis: a) o que é dito é inteligível, por regras semânticas compartilhadas; b) o conteúdo do que é dito é verdadeiro; c) o emissor justifica-se por certos direitos sociais ou normas que são invocadas no uso do idioma; d) o emissor é sincero no que diz, não tentando enganar o receptor. Em suma, não pode ser uma comunicação distorcida.

¹² MORAIS DA ROSA, Alexandre. **As decisões estão nas Condições Normais de Temperatura e Pressão Hermenêuticas?** <http://www.conjur.com.br/2015-set-04/limite-penal-decisoes-penais-sao-proferidas-cntph> web

¹³ STEIN, Ernildo. **Epistemologia e crítica da modernidade**. Ijuí: Unijuí, 1991; STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva, 2012; GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

¹⁴ MELIM, Claudio. **Ensaio sobre a cura do Direito: indícios de uma verdade jurídica possível**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

Se no processo é necessário convencer o julgador, a argumentação jurídica ganha protagonismo. No jogo processual, então, devemos estar vinculados aos mecanismos de persuasão e convencimento. Cada jogo de linguagem é único, sendo necessário inventariar quais os meios de persuasão disponíveis, no contexto da situação comunicativa apresentada, em face da matriz processual (jogadores, julgadores, regras, recompensas, táticas e estratégias)¹⁵. Daí o papel relevante da construção de argumentos, uma vez que será necessário fundamentar, apresentar os argumentos incidentes no caso penal, bem assim o julgador precisará justificar o acolhimento ou rejeição. Aliás, as alegações finais servem justamente para propiciar este debate em contraditório, embora alguns entendam seu caráter ornamental. (Novo CPC art. 489).

A pretensão é a de convencer o auditório (juiz ou Tribunal), a partir de recursos lógico-formais-pragmáticos *na* e *pela* linguagem, de que a melhor compreensão do caso é a apresentada. Essa articulação, todavia, não se restringe aos aspectos jurídicos, dado que a compreensão também dialoga com mecanismos de cognição, psicológicos, sociológicos, dentre outros. A ampliação da argumentação jurídica, portanto, pode ser um dos caminhos para melhor compreensão do resultado. Isso significa que a lógica formal será necessária, mas não suficiente para o êxito. A antecipação dos possíveis contra-argumentos mostra-se como necessária. Vigora a plena dinamicidade argumentativa.

Por mais que acolha o modelo hermenêutico, a ampla maioria dos juristas opera com base na lógica da argumentação jurídica. Daí que é importante uma breve apresentação, sem que possa aprofundar a temática nos limites do artigo. Mas há vasta bibliografia para essa finalidade¹⁶. O que importa demonstrar é a relevância da temática para que se possa jogar de maneira mais

¹⁵ VATTIMO, Gianni. **Enciclopedia Garzanti di Filosofia**. Milán, 1993, p. 54; RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. **Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal**. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 13; RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. **Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal**. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 13; MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 19; VOESE, Ingo. **Um estudo da argumentação jurídica**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 29; ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. - 2.ed. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 33.

¹⁶ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. - 2.ed. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014; HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Siebeneicher. Rio de Janeiro: BTU, v. 1, 2010; BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. **Processo Penal Comunicativo: comunicação processual à luz da filosofia de Jürgen Habermas**. Curitiba: Juruá, 2014; GÜNTER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Trad. Claudio Molz. Rio de Janeiro: Forense, 2011; PERELMAN, Chaïm. **Tratado de Argumentação**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002; HOLMES JR, Oliver Wendell. **La senda del derecho**. Trad. José Ignacio Solar Cayón. Madrid: Marcial Pons, 2012; REDONDO, María Cristina; SUCA, José María; IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Estado de Derecho y Decisiones Judiciales**. Madrid: Fundación Coloqui Jurídico Europeo, 2009; LAPORTA, Francisco J; MANERO, Juan Ruiz; RODILLA, Miguel Ángel. **Certeza y precedibilidad de las relaciones jurídicas**. Madrid: Fundación Coloqui Jurídico Europeo, 2009; MORESO, José Juan; PRIETO SACHÍS, Luis; FERRER BELTRÁN, Jordi. **Los desacuerdos em el Derecho**. Madrid: Fundación Coloqui Jurídico Europeo, 2010; AARNO, Aulis; ATIENZA, Manuel; LAPORTA, Francisco J. **Bases teóricas de la interpretación jurídica**. Madrid: Fundación Coloqui Jurídico Europeo, 2010; BULYGIN, Eugenio; ATIENZA, Manuel; BAYÓN, Juan Carlos. **Problemas lógicos em la teoría y práctica del Derecho**. Madrid: Fundación Coloqui Jurídico Europeo, 2009.

consolidada nos jogos processuais.

Não se trata de mero debate, mas de cadeias de argumentação em que há objetivo por parte dos jogadores e uma pontuação pelo julgador, capaz de atribuir o sentido da produção probatória e da imputação no ato decisório. Logo, a montagem do argumento depende da antecipação de sentido que possa ser dado pelos jogadores. É preciso obter informação qualificada sobre o modo, as teorias e a forma como pensam os que interagem no jogo processual, bem assim em quais são as recompensas, mais próximo do mundo real¹⁷ e não deslizamentos imaginários. Precisamos colocar os pés no chão.

2. ORDENANDO O CAOS ARGUMENTATIVO

Parece intuitivo contrapor as noções de ordem e caos. Entretanto, longe de ser aleatório, o comportamento no caos não é, nem pode ser compreendido como oposição à ordem¹⁸. O futuro é indeterminado e certa dose de incerteza é condição de possibilidade para compreensão do que se propõe¹⁹. A partir da teoria do caos, o bater de asas de uma borboleta no Brasil poderia gerar um tufão no Japão²⁰, assim como um pequeno detalhe no decorrer da instrução ou uma desavença em jogos anteriores entre os jogadores/julgadores pode gerar efeitos no caso em julgamento.

O Processo Constitucional como todo sistema humano é *suscetível às condições iniciais*. Aprendemos em Química no colegial que as experiências deveriam ser realizadas nas Condições Normais de Temperatura e Pressão (CNTP). Assim, a água congela em 0 (zero) grau desde que preenchida a CNTP. Uma pequena variação nas condições iniciais implica a modificação do resultado, ou seja, se a pressão for menor ou maior, o resultado acompanha a variação. Lembra-se disso?

Pois bem, o Processo de atribuição de sentido no campo constitucional é organizado a

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR. **Direito Penal Brasileiro** – primeiro volume. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 65-66: “É impossível uma teoria jurídica, destinada a ser aplicada pelos operadores judiciais em suas decisões, que não tome em consideração o que verdadeiramente acontece nas relações sociais entre as pessoas”.

¹⁸ PRIGOGINE, Ilya. **As leis do Caos**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 2002, p. 8: “Ao longo das últimas décadas, um conceito novo tem conhecido um êxito cada vez maior: a noção de instabilidade dinâmica associada à de ‘caos’. Esse último sugere desordem, imprevisibilidade, mas veremos que não é assim”. Consultar: SMITH, Leonard. **Caos: uma breve introducción**. Trad. Pepe Ventura. Madrid: Alianza, 2011.

¹⁹ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

²⁰ O Efeito Borboleta é uma noção criada por Edward Lorenz, meteorologista americano, e utilizada pela teoria do caos para demonstrar a sensibilidade das condições iniciais em sistemas caóticos, a saber, pequenas perturbações nas condições iniciais como um bater de asas de uma borboleta no Rio de Janeiro poder desencadear um tufão no Japão.

partir de *lugares* e *funções* a serem exercidas por personagens humanos que, em seu comportamento processual, podem não aderir às condições iniciais imaginadas por nós. Aliás, há discussão inclusive sobre o que significa norma jurídica, se a distinção entre Princípios e Regras se sustenta, bem assim se é possível inserir as políticas na compreensão normativa²¹. Além disso, sobre as fontes normativas e o respectivo conteúdo prevalece a diáspora interpretativa, com posições antagônicas sobre o sentido das normas processuais. Diante de tudo isso, a *modulação das expectativas de comportamento* precisa de um novo referencial de compreensão que não seja a fixação de um sentido definitivo, próprio de modelo filosófico ultrapassado (Filosofia da Consciência), aceitando, de bom grado, a contingência.

Abandonarei a noção de “leis gerais e atemporais”, “originalismo”, “vontade da norma”, “vontade do legislador”, para buscar uma nova coerência, na amálgama entre leis e eventos, acolhendo o novo, a partir da “probabilidade” e da “irreversibilidade” de sistemas jurídicos suscetíveis às condições iniciais.²² O Direito como fenômeno complexo não pode buscar mais sentidos definitivos antes de sua atribuição, uma vez que o fator tempo entra em campo no processo penal, dado o caráter instável que ocasiona. Isso porque os sujeitos mudam as compreensões no tempo e espaço, conforme os contextos.

O desejo de segurança jurídica e de respostas prontas, antes das interrogações, como diz Prigogine, não pode mais satisfazer. O tempo do sentido é constitutivo da hermenêutica, vinculado à argumentação jurídica. Em sistemas dinâmicos complexos, envolvendo interação entre os jogadores, sentidos normativos multiversos, entendido como universos de sentido que convivem, embora distintos, a partir da linguagem, o que delimita o sentido é o devido processo legal.

O modelo que adoto – a partir de diversos autores –, sofre as contingências do modo como promovo a teoria da tomada de decisão – bricolagem de significantes – que situo na contingência dos personagens humanos que ocupam os lugares (utilizarei a metáfora das cadeiras) no Processo Decisório, por exemplo, do Processo Penal. Há a cadeira do juiz, do acusador, do defensor, do acusado, da vítima, da mídia, etc., sendo que o sentido de um evento histórico (imputação)

²¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002; DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Dr. Gildo Rios. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

²² PRIGOGINE, Ilya. **As leis do Caos**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 2002, p. 12: “O caos é sempre a consequência de fatores de instabilidade. [...] Neles, uma pequena perturbação amplifica-se, e trajetórias inicialmente próximas divergem. A instabilidade introduz novos aspectos essenciais.

acontecerá no contexto daquele processo, no tempo e no espaço. E uma pequena alteração teórica, do contexto ou de humor²³, de cada jogador, por exemplo, pode modificar todo desenrolar da partida processual²⁴.

Determinismo e linearidade são as restrições que impedem compreender o caos como aleatório. Por isso acolhi o Efeito Borboleta batizado por Edward Norton Lorenz e darei importância aos *detalhes*, segundo o qual, o simples bater de asas de uma borboleta pode influenciar o curso das coisas e implicar em uma tempestade do outro lado do mundo, como a reputação do acusado, do jogador, a linguagem corporal, o ar condicionado quebrado da sala de audiências... Em cada processo judicial, talvez, o simples olhar do acusado, a vestimenta, o humor dos jogadores, a época do ano, enfim, qualquer variável²⁵, possa alterar o resultado do jogo processual. A partir da teoria do caos há uma dependência sensível entre causa e efeito, embora este último nem sempre seja perceptível. O bater das asas da borboleta, que não produz efeitos em nossa sensibilidade tátil, pode causar um furacão. Daí que os detalhes ganham destaque e importância.

A sua situação, leitor, pode auxiliar a compreender o que proponho. Por certo você deve ter uma noção de Direito, de Direito Penal, Teoria da Imputação, Teoria da Pena, Teoria de Processo, etc. O seu mapa mental é composto pelos bons ou maus Professores que você teve e, bem assim, dos livros que leu. E chega a reunião familiar, as festas de final de ano, enfim, as intermináveis reuniões familiares em que o senso comum²⁶ triunfa. Há sempre um parente/amigo que vaticina contra bandidos, que o Direito Penal é condescendente, que se prende pouco, que adolescentes devem ser tratados como adultos, já que votam. A cantilena punitiva do senso comum. A gramática e o discurso são diferentes e muitas vezes não temos paciência e nem condições de dialogar, justamente porque não há um território neutro. Da mesma forma, um

²³ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho afirma: “Como disse Albert Camus, no ‘Estrangeiro’, a decisão depende muito de se chegar a um veredicto, por exemplo, às dez horas da manhã ou às dez horas da noite. A decisão depende muito dos humores”.

²⁴ PRIGOGINE, Ilya. **As leis do Caos**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 2002, p. 37 e 51: “Causas pequenas a mais não poder, mas em condições de ter consequências essenciais sobre o comportamento do sistema.”

²⁵ RAPOPORT, Anatol. **Lutas, Jogos e Debates**. Trad. Sérgio Duarte. Brasília: UNB, 1998. “Anatomia de um crime” p. 200: “O acusado, que é um cínico, ajuda o advogado de defesa a tecer a trama de enganos na qual se enredam todos, inclusive o leitor. A revelação, provocada por uma brincadeira sádica do acusado contra seu salvador, acontece com rapidez brutal e revela num segundo a natureza do drama”. Efeito Borboleta

²⁶ ALVES, Rubem. **Filosofia da ciência**: introdução ao jogo e a suas regras. São Paulo: Loyola, 2013, p. 14: “O que é senso comum? Prefiro não definir. Talvez simplesmente dizer que senso comum é aquilo que não é ciência, e isso inclui todas as receitas para o dia a dia, bem como os ideais e esperanças que constituem a capa do livro de receitas. E a ciência? Não é uma forma de conhecimento diferente do senso comum. Não é um novo órgão. Apenas uma especialização de certos órgãos e um controle disciplinado de seu uso”.

colega de outra Universidade, com outros Professores, que fez estágio em órgãos diferentes, com agentes processuais diferentes ou mesmo que teve uma vivência traumática, apegando-se ao discurso com toda a certeza. Respiramos fundo, contamos até 10 e tentamos entabular um discurso que reconheça os limites impostos pela autonomia do Direito, embora, na maioria das vezes, não tenhamos êxito. Isso porque os mapas mentais são diversos e o jogo argumentativo precisa respeitar os contextos. Eu não tenho muita paciência, confesso, porque mesmo com o enquadramento reduzido, muitos se autorizam a falar, com ar de autoridade, de prisão até às doenças, passando pela escalação da seleção brasileira.

De qualquer sorte, reconheço a importância de que se acolha a autonomia do Direito, ciente, todavia, de que as compreensões, no caso de imputação penal, dependem, fundamentalmente, do mapa mental do sujeito, em que a normatividade deveria servir de constrangimento para decisões. Por mais que pessoalmente o sujeito pense de uma maneira, no lugar do exercício do poder estatal, o agente jurídico não deveria se sentir um “rei coroado” e que pode decidir como quiser. O Direito não é o que você ou eu pensamos. Entretanto, para que os constrangimentos normativos possam fazer questão é necessário compreender o seu lugar e função democráticos, ou seja, que o Direito está para além da subjetividade individual. Desconsiderar, todavia, que a subjetividade opera e muitas vezes rouba a cena é o erro fatal de um jogo processual suscetível às condições iniciais. Teremos julgadores que decidirão como quiserem e não adianta fazer um abaixo assinado público e sim aprender a jogar com ele, talvez denunciando sua postura autoritária, mas ciente das consequências.

3. INTERPRETAR É DAR SENTIDO À INCOMPLETUDE

Cada um de nós sabe que $2+2 = 4$. A matemática é um campo do conhecimento que ajuda na tarefa diária de desenvolver o pensamento lógico coerente.²⁷ A Teoria do Direito há muito dialoga com a lógica e a matemática, tanto assim que pensa a racionalidade do ordenamento jurídico como único, completo e coerente²⁸. Esses atributos são articulados a partir de uma noção

²⁷ ELLENBERG, Jordan. **O poder do pensamento matemático: a ciência de como não estar errado**. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Zahar, 2015, p. 10: “Pode ser que você não esteja almejando uma carreira com orientação matemática. Tudo bem – a maioria das pessoas não almeja. Mesmo assim, você ainda pode usar matemática. Provavelmente já está usando, mesmo que não dê a ela esse nome. A matemática está entrelaçada à nossa forma de raciocinar. E deixa você melhor em muita coisa. Saber matemática é como um par de óculos de raios X que revelam estruturas ocultas por sob a superfície caótica e bagunçada do mundo. Matemática é a ciência de como não estar errado em relação às coisas”.

²⁸ VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**, São Paulo, Noeses, 2005; CARVALHO, Paulo de

sintática e lógica²⁹. A questão básica é que intuitivamente sabemos reconhecer o 2, mas não sabemos dizer, antes de situar o contexto, o que significa Justiça, Equidade, Igualdade, Vida, etc.

A inspiração lógica ao adentrar no campo do Direito, por sua vez, não levou em consideração os planos da semântica³⁰ e da pragmática³¹, a saber, o conceito e seu uso em cada cenário processual. Isso porque impossível dizer que não poderá comparecer no processo de atribuição de sentido, no contexto de cada situação hermenêutica, promovida no tempo e no espaço, variáveis singulares (conscientes e inconscientes), que poderão modificar o sentido da norma, dada a incompletude³². Dito diretamente: a norma – que é o sentido que se dará às regras jurídicas – não existe no plano ideal, justamente porque será no contexto³³ daquele processo (e não de outro) que o sentido acontecerá. A decisão é da ordem do acontecimento e da exceção³⁴.

A base redutora da complexidade opera da seguinte forma: texto + fatos e, por subsunção: interpretação. Nesse modo de pensar, o sentido adviria de processo dedutivo entre premissas maiores e menores. Simples e simulador. Além de conveniente. A pretensão de que se tenha uma resposta única em face da análise de iguais condutas é o sonho que embala boa parte dos juristas, ensinada com exuberância nos bancos das Faculdades de Direito, embora não se sustente à primeira semana de estágio. Trabalhar com o advogado, membro do Ministério Público ou juiz “a”, “b” ou “c”, mostra que o sentido em que o Direito é aplicado destoa de um padrão imaginário e universal. O sentido depende da interação do jogo processual e, especialmente, do contexto da decisão.

A herança platônica ainda povoa o simbólico dos juristas, bem assim o processo de

Barros. **Direito tributário - linguagem e método**. 6ª ed. São Paulo: Noeses, 2015.

²⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991; BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1999.

³⁰ ATIENZA, Manuel. **Podemos hacer más**. Madrid: Pasos Perdidos, 2013; BARTHES, Roland. **Crítica e verdade**. Trad. Leyla Perrone-Moyses. São Paulo: Perspectiva, 1999; STRUCHINER, Noel. **Direito e linguagem**: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1984.

³¹ RORTY, Richard. **Pragmatismo**: a filosofia da criação e da mudança. Trad. Cristina Magro. Belo Horizonte: UFMG, 2000.

³² PIÑEIRO, Gustavo Ernesto. **Gödel**: los teoremas de incompletud. Navarra: Editec, 2012.

³³ DIJK, Teun A. van. **Discurso e Contexto**: uma abordagem sociocognitiva. Trad. Rodolfo Ilari. São Paulo: Contexto, 2012, p. 11: “A tese de que os contextos são construtos subjetivos dos participantes também dá conta da unicidade de cada texto ou conversa (ou de seus fragmentos), bem como da base comum e das representações sociais compartilhadas pelos falantes, na medida em que são aplicadas em sua definição da situação que chamamos de contexto”.

³⁴ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004, p 62-63: “Desse modo, a união impossível entre norma e realidade, e a consequente constituição do âmbito da norma, é operada sob a forma de exceção, isto é, pelo pressuposto de sua relação. Isso significa que, para aplicar uma norma, é necessário, em última análise, suspender sua aplicação, produzir uma exceção. Em todos os casos, o estado de exceção marca um patamar onde lógica e práxis se indeterminam e onde uma pura violência sem logos pretende realizar um enunciado sem nenhuma referência real.”

atribuição de sentido. Daí que qualquer livro (qualquer mesmo) que tenha a discussão de “Natureza Jurídica” das coisas, institutos, enfim, de objetos, será platônico. O mapa mental desses juristas platônicos é ultrapassado (filosoficamente)³⁵ e não se pode dialogar senão a partir da gramática que são capazes de compreender. Não adianta querer impor outra gramática. Simplesmente será ininteligível, já que platônicos pensam platonicamente. Ok. Disse o óbvio. Juristas, em geral, pensam na lógica de “ligar pontinhos”, como nos jogos infantis. A complexidade do Direito é deixada de lado em nome da imaginária segurança jurídica confundida com sentidos eternos, latentes, descobertos. Poderemos ter, no máximo, expectativas de comportamento decisório.

E o mais interessante é que por mais que se utilize métodos confiáveis de prova e erro, ou seja, verificáveis, mesmo assim, boa parte dos processos de atribuição de sentido dependem das variáveis antecedentes, ou seja, do mapa mental dos agentes processuais (teoria do delito, do processo, do ato jurídico, das nulidades, da ação penal, etc.). O mesmo acontecimento da vida pode ganhar diferentes colorações teóricas. Tanto é assim que em julgamentos colegiados, excluída a má-fé, julgadores divergem, a partir das mesmas provas, sobre a configuração ou não da conduta. É comum o voto divergente dizer que o fato (não) está provado, enquanto outros votam no sentido contrário. Normalmente afirma-se que algum deles não utilizou correntemente o método. Mas não poderia ser a maioria ou mesmo todos que articulam uma fusão de horizontes singulares, naquele processo, a partir de percepções diferenciadas de mundo e do Direito? Com isso, alguns se apressam a dizer que autorizamos o relativismo em que tudo pode. Menos histeria, por favor. Sabemos que sair das mentiras convenientes não é tarefa fácil, mas quem sabe possa nos dar a chance de explicarmos, mesmo que rapidamente.

Aliás, a maioria quer segurança jurídica, entendida, no limite, como certa previsibilidade das condutas autorizadas, proibidas e permitidas³⁶. Só não podemos acreditar que a linguagem, lugar do logro, das artimanhas, das sutilezas, possa desde antes, segurar o sentido que somente acontece depois³⁷. Os fatos, as condutas, o Processo Penal, assim, acontecerá a partir de jogadores em sentido amplo (juízes, promotores, procuradores, advogados, acusados, assistentes, mídia, família, etc.), que estabelecerão o sentido das regras aplicáveis, especialmente pelo juiz,

³⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

³⁶ CAPELLA, Juan Ramón. **Elementos de análisis jurídico**. Madrid: Trotta, 2004.

³⁷ ORLANDI, Eni. Puccinelli. **AS formas do silêncio: no movimento dos sentidos**. Campinas. Unicamp, 2007, p. 21: “A relação com as múltiplas formações discursivas nos mostra que não há coincidência entre a ordem do discurso e a ordem das coisas. Uma mesma coisa pode ter diferentes sentidos para os sujeitos”.

apurando-se as recompensas de cada um dos intervenientes (satisfação, dever cumprido, menos trabalho, conforto, etc.) e somente então, em seu caráter dinâmico: as táticas e estratégia.

De qualquer forma, a noção prevalente de ordenamento jurídico (Bobbio) circunscreve, a partir da teoria dos conjuntos de Cantor, que as normas jurídicas são o universo, os membros do conjunto jurídico. Daí os mal-entendidos decorrentes, pois limitando os conjuntos se teria, a partir de então, relações mútuas entre os seus membros ou elementos. Só que esta possível relação se dá apenas no plano sintático. Inserido no contexto da interpretação os planos semântico e pragmático, a regularidade das relações sintáticas se esvai.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trajeto articulado aponta que o sentido de uma norma constitucional demanda processo sempre constitucional de atribuição de sentido, munido de garantias constitucionais e capaz de, pela fundamentação adequada, gerar o sentido contextual das normas, fatos e personagens humanos que interagem a partir de interesses particulares e coletivos.

Reside na capacidade de compreensão das vicissitudes da interação humana a assunção de novas coordenadas para atribuição de sentido, em que os mínimos detalhes podem mudar o resultado. Logo, será necessário trabalho de apuração de informação qualificada sobre o modo pelo qual os sujeitos compreendem os textos jurídicos, suas recompensas, a partir do contexto situacional em que decidem. As ilusões de respostas antes das questões se desfazem na interação humana, demasiadamente humana. Por isso a compreensão da teoria dos jogos e das expectativas de comportamento hermenêutico podem auxiliar.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AARNO, Aulis; ATIENZA, Manuel; LAPORTA, Francisco J. **Bases teóricas de la interpretación jurídica**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALVES, Rubem. **Filosofia da ciência**: introdução ao jogo e a suas regras. São Paulo: Loyola, 2013.

ATIENZA, Manuel. **Podemos hacer más**. Madrid: Pasos Perdidos, 2013.

- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- BARTHES, Roland. **Crítica e verdade**. Trad. Leyla Perrone-Moyses. São Paulo: Perspectiva, 1999.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1999.
- BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. **Processo Penal Comunicativo: Comunicação Processual à luz da Filosofia de Jürgen Habermas**. Curitiba: Juruá, 2014.
- BULYGIN, Eugenio; ATIENZA, Manuel; BAYÓN, Juan Carlos. **Problemas lógicos em la teoría y práctica del Derecho**. Madrid: Fundación Coloqui Jurídico Europeo, 2009.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário - linguagem e método**. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.
- CAPELLA, Juan Ramón. **Elementos de análisis jurídico**. Madrid: Trotta, 2004.
- DIJK, Teun A. van. **Discurso e Contexto: uma abordagem sociocognitiva**. Trad. Rodolfo Ilari. São Paulo: Contexto, 2012.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Dr. Gildo Rios. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ELLENBERG, Jordan. **O poder do pensamento matemático: a ciência de como não estar errado**. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.
- GIACOMOLLI, Nereu José. DUARTE, Liza Bastos. O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, V. 33, nº 102, Jun 2006, p. 290.
- GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999.
- GÜNTER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Trad.

Claudio Molz. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Acción comunicativa y razón sin transcendencia**. Trad. Beatriz Vianna Boeira. Barcelona: Paidós, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1 e 2.

HOLMES JR, Oliver Wendell. **La senda del derecho**. Trad. José Ignacio Solar Cayón. Madrid: Marcial Pons, 2012.

JAPIASSÚ, Hilton. **O mito da neutralidade científica**. Rio de Janeiro: Imago, 1981.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

KENNEDY, Duncan. **Izquierda y derecho**. Ensayos de teoría jurídica crítica. Trad. Guillermo Moro. Buenos Aires: Siglo Vintiuno, 2010.

LAPORTA, Francisco J; MANERO, Juan Ruiz; RODILLA, Miguel Ángel. **Certeza y precedibilidad de las relaciones jurídicas**. Madrid: Fundación Coloqui Jurídico Europeo, 2009.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MELIM, Claudio. **Ensaio sobre a cura do Direito: indícios de uma verdade jurídica possível**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **As decisões estão nas Condições Normais de Temperatura e Pressão Hermenêuticas?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-04/limite-penal-decisoes-penais-sao-proferidas-cntph>>.

ORLANDI, Eni. Puccinelli. **As formas do silêncio: no movimento dos sentidos**. Campinas. Unicamp, 2007.

ORLANDI, Eni. P. **Análise de Discurso**. Campinas: Pontes, 2013.

PERELMAN, Chaïm. **Tratado de Argumentação**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins

Fontes, 2002.

PIÑEIRO, Gustavo Ernesto. **Gödel: los teoremas de incompletud**. Navarra: Editec, 2012.

PRIGOGINE, Ilya. **As leis do Caos**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 2002.

MORESO, José Juan; PRIETO SACHÍS, Luis; FERRER BELTRÁN, Jordi. **Los desacuerdos em el Derecho**. Madrid: Fundación Coloqui Jurídico Europeo, 2010.

RAPOPORT, Anatol. **Lutas, Jogos e Debates**. Trad. Sérgio Duarte. Brasília: UNB, 1998

REDONDO, María Cristina; SUCA, José María; IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Estado de Derecho y Decisiones Judiciales**. Madrid: Fundación Coloqui Jurídico Europeo, 2009.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RORTY, Richard. **Pragmatismo: a filosofia da criação e da mudança**. Trad. Cristina Magro. Belo Horizonte: UFMG, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SMITH, Leonard. **Caos: una breve introducción**. Trad. Pepe Ventura. Madrid: Alianza, 2011.

STEIN, Ernildo. **Epistemologia e crítica da modernidade**. Ijuí: Unijuí, 1991.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRUCHINER, Noel. **Direito e linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VATTIMO, Giani. **Enciclopedia Garzanti di Filosofia**. Milán, 1993.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo, Noeses, 2005.

VOESE, Ingo. **Um estudo da argumentação jurídica**. Curitiba: Juruá, 2001.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1984.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade**. Trad.

José Luís Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995.

WARAT, Luis Alberto. **A Rua Grita Dionísio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR. **Direito Penal Brasileiro – primeiro volume**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO NORMAS: CONCEITO QUE AINDA PRECISA SER MELHOR COMPREENDIDO NO DIREITO BRASILEIRO

Paulo de Tarso Brandão¹

INTRODUÇÃO

Cada dia que se avança na complexidade do Direito Constitucional brasileiro, mais fica claro que, entre outros, há um grave problema que interfere de forma direta na efetividade da Constituição, que é a compreensão da natureza dos Princípios Constitucionais na ordem jurídica vigente. Mesmo que insistentemente se diga que as Normas Constitucionais dividem-se em Regras e Princípios, na aplicação diária, seja nas decisões judiciais, seja na confecção de normas pelo parlamento, seja, ainda, nas atividades acadêmicas nos diversos níveis das Universidades, fica muito claro que a noção de Princípios Constitucionais ainda não está clara e isso faz, em consequência, que a ideia de Normas Constitucionais não opere adequadamente nos demais níveis da produção do direito.²

O que se pretende no presente trabalho é contribuir para o debate sobre a ideia de Normas Constitucionais, com foco especial na ideia de Princípios e de Princípios na Constituição da República Federativa do Brasil (Princípios Constitucionais).

Fique claro, de início, que a Constituição atual difere muito das anteriores, uma vez que em todas estas sempre a tônica foi a de ter-se a Constituição como o instrumento da estruturação e organização do Estado brasileiro e, como consequência de sua existência, atribuía-se por intermédio dele alguns direitos fundamentais aos cidadãos. A Constituição atual, que foi oportunamente chamada de Constituição Cidadã, tem como objetivo primeiro garantir Direitos Fundamentais, individuais ou coletivos, e para tanto organiza o Estado. Logo, a razão principal da

¹ Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Membro da Academia Catarinense de Letras Jurídicas – ACALEJ. E-mail: brandao@floripa.com.br.

² Boa parte do conteúdo deste trabalho já se encontra em outros da mesma natureza, do mesmo autor, entre eles *Considerações sobre as Normas Constitucionais que estabelecem e asseguram Direitos Fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro e os perigos de sua incompreensão*, que está no prelo e será publicado proximoamente em e-book do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UNIVALI.

Constituição são os Direitos Fundamentais que atribui e garante e, para isso, é que o Estado é estruturado e organizado.

Decorre disso que a importância maior de entender-se o sistema de normas na divisão em regras e princípios é que elas, as normas, têm a função de definir e assegurar Direitos Fundamentais, desiderato primeiro e mais importante da Constituição.

Também é importante ter em mente, antes de adentrar ao tema, que o sistema jurídico brasileiro segue a tradição do Direito Constitucional europeu continental e não o da tradição Anglo-Americana. Isso tem uma importância muito grande para entender-se a ideia de Princípios Constitucionais como será tratado neste trabalho.

A pretensão aqui é de fomentar debate no sentido da compreensão da ideia de Princípios Constitucionais, com o objetivo de problematizar a forma como vêm sendo aplicadas as normas e, com isso, fortalecer o nível das regras, que ao fim são as mais importantes para a assegurar Direitos Fundamentais. A preocupação maior é a de evitar o alto grau de voluntarismo determinado pela preferência pessoal que, por incompreensão, opera atualmente na aplicação das Normas Constitucionais.

O método utilizado é o indutivo e a técnica a da pesquisa bibliográfica.

1. PRINCÍPIOS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Antes mesmo de falar de Princípios Constitucionais, que é o foco específico deste trabalho, é preciso esclarecer as acepções possíveis da palavra Princípio, exatamente para tornar preciso o conceito de Princípios Constitucionais.

A palavra princípio tem diversas acepções, dentro e fora do âmbito do Direito. Para utilizá-la, portanto, é preciso indicar claramente a acepção que ela deve conter para a finalidade para a qual é usada. É por isso, como se verá, que a expressão Princípio Constitucional tem uma acepção própria e específica.

Antes de explicitar o conceito de Princípio Constitucional, e para fins eminentemente pedagógicos, ver-se-á diversas acepções para a palavra Princípio.

Os dois principais Dicionários da Língua Portuguesa no Brasil, o definem da seguinte forma:

Momento ou local ou trecho em que algo tem origem; causa primária; elemento predominante na constituição de um corpo orgânico.³

1. O primeiro momento da existência (de algo), ou de uma ação ou processo; começo, início [...] 2. o que serve de base a alguma coisa; causa primeira, raiz, razão. 3. ditame moral, regra, lei, preceito [...] 4. proposição elementar e fundamental que serve de base a uma ordem de conhecimentos (princípios da física, da matemática). 4.1 fis. Lei de caráter geral com papel fundamental no desenvolvimento de uma teoria e da qual outras leis podem ser derivadas. 5. proposição lógica fundamental sobre a qual se apoia o raciocínio... 6. fil. Fonte ou causa de uma ação. 7. fil. Proposição filosófica que serve de fundamento a uma dedução.⁴

No âmbito do direito, no entanto, Princípio, que continua tendo uma pluralidade de sentidos, possui agora sentido mais limitado mas, mesmo assim, conhece especificidade própria para cada um de seus âmbitos.

Primeiro, no sentido no sentido de origem, de causa primária, e também lei de caráter geral, encontram-se os chamados Princípios Gerais de Direito. No ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, estes princípios são forma de colmatação de eventual lacuna da lei na disposição do artigo 4º da Lei de Introdução à Norma do Direito Brasileiro.⁵ Também estiveram presentes como norma de clausura do sistema do Código de Processo Civil até recentemente vigente, que estabelecia em seu artigo 126: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais ou costumeiras; nos casos omissos recorrerá à analogia, e aos princípios gerais de direito”.

Miguel Reale, após dividir os Princípios em *omnivalentes* – os que possuem validade para todos os ramos do saber –, *plurivalentes* – os “aplicáveis a vários campos do conhecimento” –, insere os Princípios Gerais do Direito entre os princípios *monovalentes*, porque somente têm validade no âmbito do Direito.⁶ Alerta Reale “que eles se desenvolvem no plano do Direito Positivo”,⁷ noção que é estratégica para compreender o que segue.

Princípio, ou Princípios, também é usado no Direito no sentido marco inicial da construção dos diversos ramos do Direito e como indicadores da legislação e da sua aplicação para aquele campo específico. É por isso que cada vez que inicia-se o estudo de um ramo do Direito, as primeiras lições são sobre os princípios informativos e configuradores daquele ramo específico.

³ Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 2 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1.393. Verbetes: princípio.

⁴ Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. 1 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1.552. Verbetes: princípio.

⁵ BRASIL, Decreto-Lei 4.657, de 04 de setembro de 1942. Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

⁶ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 300.

⁷ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 302.

Fala-se, portanto, nos Princípios básicos ou fundamentais do Direito Penal, do Direito Civil, do Direito Processual, do Direito Processual Civil, do Direito Processual Penal, do Direito do Trabalho, do Direito Tributário etc.

No Direito Constitucional não é diferente. No entanto, falar-se de Princípio no Direito Constitucional não necessariamente indica o conceito de Princípios Constitucionais, ao menos na acepção que se pretende explicitar e para a finalidade do presente trabalho.

Há inicialmente Princípios do Direito Constitucional que são iguais àqueles aplicáveis a todos os demais ramos do Direito, como ficou dito acima, e que servem de fundamentos básicos e como guias reitores da construção e da aplicação do Direito Constitucional.

Estes parâmetros, também denominados Princípios, são usados, por exemplo, no que Canotilho chama de “parametricidade do direito suprapositivo”. Ensina Canotilho: “A ordem jurídica global seria mais vasta do que a constituição escrita, pois abrangeria não apenas os princípios jurídicos fundamentais informadores de qualquer Estado de direito, mas também os princípios implícitos nas leis constitucionais escritas”.⁸ Neste sentido, para Canotilho, os Princípios do Direito Constitucional utilizariam chamados princípios implícitos para densificar os Princípios Constitucionais escritos na Constituição (normas). Na lição fica clara a separação entre princípios e normas (conceitos para os quais chamo a atenção para entender a outra acepção que virá mais adiante neste trabalho). Fica claro na lição de Canotilho que neste caso a noção de Princípios não se confunde com a de norma – saliente-se, insista-se! Para reforçar, veja-se a seguinte lição de Canotilho:

Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da constituição, alargando o ‘bloco da constitucionalidade’ a princípios não escritos desde que reconduzíveis ao programa normativo-constitucional como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmada.⁹

Avançando na análise do Direito Constitucional é possível verificar que Princípio pode ser usado para parâmetros de interpretação das normas constitucionais. Mais uma vez a expressiva contribuição de Canotilho, que fornece um “catálogo dos princípios tópicos da interpretação constitucional” que, esclarece, “foi desenvolvido a partir de uma postura metódica hermenêutico-concretizante”.¹⁰ No catálogo que apresenta Canotilho contempla os princípios “da unidade da

⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 910.

⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 911.

¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1207.

Constituição”, “do efeito integrador”, “da máxima efetividade”, “da ‘justeza’ ou da conformidade funcional”, “da concordância prática ou da harmonização”, da “força normativa da constituição”, “da interpretação das leis em conformidade com a constituição” e “da interpretação do direito interno em conformidade com o direito comunitário”.¹¹

Finalmente fechando o foco da lente para o objetivo do trabalho, utiliza-se novamente Canotilho, agora somente para demonstrar o núcleo da sustentação, para fixar a designação de Princípios Constitucionais como espécie de Norma Constitucional. Sintetizando a modificação que se operou ao longo da história do constitucionalismo, ensina Canotilho: “A teoria da metodologia tradicional distinguia entre *normas* e *princípios* [...]. Abandonar-se-á aqui essa distinção para, em sua substituição, se sugerir: (1) as regras e princípios são duas espécies de normas; (2) a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas”.¹²

Vale a pena ainda, mesmo que se possa pecar pela insistência, atentar que Canotilho estabelece clara diferença entre estes dois últimos planos, dentre os três que ele trata, ao afirmar que a diferença entre princípios e regras como espécies de norma envolve certa complexidade e que,

Esta complexidade deriva, muitas vezes, do facto de não se esclarecerem duas questões fundamentais: (1) saber qual a função dos princípios, ou seja, se têm função retórica-argumentativa ou são normas de conduta; (2) saber se entre princípios e regras existe um denominador comum, pertencendo à mesma “família” e havendo apenas uma diferença do grau (quanto à generalidade, conteúdo informativo, hierarquia das fontes, explicitação do conteúdo, conteúdo valorativo), ou se, pelo contrário, os princípios e as regras são susceptíveis de uma diferenciação qualitativa.¹³

Fica claro, então, que quando se fala em Princípio ou Princípios no Direito Constitucional, não se pode confundir as acepções de princípios estruturantes, princípios interpretativos e princípios como espécie de norma constitucional.¹⁴

Esta última acepção é aquela que se busca fixar para a finalidade do que se segue no presente trabalho.

Nos próximos capítulos, portanto, ao tratar-se de Princípios Constitucionais, estar-se-á

¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1207 a 1212.

¹² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1.144.

¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1.145.

¹⁴ Vai aqui uma discordância com Lenio Streck quando fala que os Princípios Constitucionais representariam a “superção dos princípios gerais do Direito”. Parece que o melhor entendimento é de que se tratam de elementos do Direito que não se confundem. Cada um opera no seu campo de especificidade, como bem deixa claro Canotilho nas lições acima referidas. STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 138-150.

falando de normas jurídicas da ordem constitucional, ficando fora delas todas as demais acepções tratadas acima.

2. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL NA VISÃO DE DWORKIN E DE ALEXY E O CONTEXTO DE DAS FAMÍLIAS DE DIREITO PARA A QUAL CADA UM DELES ESCREVE

Quando Canotilho trata de Princípios Constitucionais como espécie de normas constitucionais, pela forma como escreve, parece que é dele a proposta de mudança da metodologia jurídica que trouxe para o âmbito normativo grande parte do conteúdo principiológico, mas na verdade ele deixa claro em nota de rodapé que está seguindo os ensinamentos de vários autores que o antecederam. Entre estes autores, os mais importantes e efetivamente os originais, e que mais são usados sobre o tema pelos pesquisadores brasileiros, estão Ronald Dworkin e Robert Alexy.

O pensamento de Canotilho, como todos sabem, influenciou e influencia de forma indelével o pensamento dos Constitucionalistas brasileiros. Ao não fazer uma distinção entre as especificidades entre Dworkin e Alexy, ficou parecendo para muitos que para ambos Princípios denotam exatamente o mesmo conceito. Isso não corresponde à realidade, e nem poderia corresponder, dada a especificidade das tradições de direito sobre as quais ambos lançam seus olhares e mesmo a diversidade das concepções de Direito nas quais ambos estão inseridos.

Essas diferenças, ou ao menos parte delas, é que se pretende estabelecer a seguir.

Diz Dworkin sobre o que entende por Princípio em sentido estrito, que é que interessa para este trabalho:

Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.¹⁵

Já para Alexy:

[...] *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que

¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 36.

a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.¹⁶

Vê-se, portanto, que para ambos Princípio contém uma noção jurídica, mas para Dworkin a amplitude é maior porque ultrapassa os limites normativos, o que não ocorre com a Alexy, que, neste ponto, leva em conta um direito legislado.

Vale a pena, por isso, tratar aqui do caldo de cultura que envolve o pensamento de Dworkin e de Alexy para que se possa entender melhor que adotar-se o pensamento de um ou outro¹⁷, neste ponto, não é uma questão de preferência, mas uma questão de levar os Direitos Fundamentais a sério, para parafrasear o próprio Dworkin.

Para compreender que quando se fala “é uma questão de princípio” para um americano e para um brasileiro, se está tratando de coisas que podem ser parecidas mas não iguais, é preciso estudar-se não só a origem do Direito, mas também da formação e da estrutura estatal da Inglaterra e dos Estados Unidos da América e comparar com o nascimento do Direito e do Estado na tradição advinda da Revolução Francesa. Assim, é preciso verificar os antecedentes e o momento histórico que determinaram adoção pelo sistema de uma e outra tradição de Direito.

Primeiramente, é preciso lembrar que o direito americano tem sua fonte principal no direito inglês. Sabidamente, os Estados Unidos da América desenvolveram e trilham outro caminho na evolução de seu sistema jurídico, especialmente porque esse sistema teria necessariamente que se adequar a uma forma de Estado totalmente diversa daquela do Estado Inglês. No entanto, especialmente naquele momento inicial do novo sistema político-jurídico, a influência do Direito Inglês e, mais especialmente, dos conceitos, dogmas e pré-conceitos produzidos neste estavam presentes na operação jurídica americana. Tanto é assim que é comum falar-se em um direito anglo-americano.¹⁸

Conforme leciona John Clarke Adams, a fonte ideal do direito anglo-americano está na cabeça do juiz e fonte visível encontra-se na sentença desse mesmo juiz.¹⁹ Essa preponderância do juiz como fonte ideal do direito é característica de sua origem mais remota, a *Common Law*.²⁰

¹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

¹⁷ Sobre esse tema, de forma mais circunstanciada e aprofundada, ver BRANDÃO, Paulo de Tarso. Lineamentos Teóricos do Controle Judicial de Constitucionalidade nos Modelos Originários. In, PASOLD, Cesar; ESPIRITO SANTO, Davi do (org.). **Reflexões sobre Teoria da Constituição e do Estado**. Florianópolis: Insular, 2013, p. 41-84.

¹⁸ V. ADAMS, John Clarke. **Il Diritto Costituzionale americano**. 2 ed. Firenze: La Nuova Italia, 1967.

¹⁹ ADAMS, John Clarke. **Il Diritto Costituzionale americano**. 2 ed. Firenze: La Nuova Italia, 1967, p. 1.

²⁰ Importante atentar-se aqui para a seguinte lição de Guido Fernando Silva Soares: “O sistema da *Common Law* [...] não deve ser

Tenha-se presente que, especialmente hoje, nem todo o direito está centrado no *Common Law*, mas seguramente foi e continua a ser o instituto mais importante para o sistema anglo-americano.

Lembra Giovanni Criscuoli²¹ que um dos caracteres fisionômicos do direito inglês está ligado à ideia de antiguidade e continuidade. Diz textualmente o autor: “é, de fato, um ordenamento que desde o seu nascimento teve um desenvolvimento constante e harmônico, apresentando-se sempre atual em razão de sua surpreendente capacidade de adaptar suas velhas estruturas às novas exigências supervenientes”.²²

Essa característica, segundo o mesmo autor, encontra fundamentos de ordem histórica e de ordem sociológica, ou psico-sociológica.

Do ponto de vista histórico, afirma que o Estado inglês não sofreu, como ocorreu no continente, uma ruptura na passagem do medievo para a idade moderna, uma vez que “a Inglaterra não conhece revolução, declaração de independência ou, do plano estreitamente jurídico, codificações gerais: eventos estes que, por um lado ou por outro, separam os tempos assinalando diversas épocas”.²³

O fenômeno que Giovanni Criscuoli denomina de ordem psico-sociológica reside na tendência que tem o povo inglês de respeitar a ordem constituída.²⁴ Isso claramente se transforma em respeito à autoridade constituída. Neste sentido lembra Pier Giorgio Lucifredi que é útil anotar como no Direito Britânico “a independência do juiz é efetiva e substancial, ainda que se apresente muito mais como consequência de um hábito de vida que de particulares disposições legislativas”.²⁵ Justifica-se, assim, porque a figura do juiz assume um caráter extremamente importante, como peça fundamental da principal fonte de direito, qual seja a *Common Law*.

confundido com “sistema inglês” (porque se aplica a vários países, embora nascido na Inglaterra), nem com “britânico” (adjetivo relativo a Grã-Bretanha, entidade política que inclui a Escócia, que pertence ao sistema da família romano-germânica), nem com anglo-saxão (porque esse adjetivo designa o sistema dos direitos que regiam as tribos, antes da conquista normanda da Inglaterra, portanto, anterior à criação da *Common Law* naquele país)”. SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: introdução ao direito dos EUA. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 25. Assim a análise que interessa mais de perto aos propósitos de ligação da origem do direito americano é a do sistema da *Common Law* na sua origem, ou seja, no direito inglês, diante da estreita ligação que será demonstrada mais adiante entre esta concepção do direito e a forma de controle de constitucionalidade no sistema americano. Como, no entanto, alguns autores importantes para a fundamentação que se pretende aqui não observam sempre o rigor da separação feita acima, algumas vezes o texto, nas citações, pode apresentar aparente contradição, circunstância para a qual o leitor deve ficar alertado desde logo.

²¹ CRISCUOLI, Giovanni. **Il Diritto Costituzionale americano**. Palermo: CELUP, 1977, p. 17.

²² CRISCUOLI, Giovanni. Tradução livre do autor da seguinte passagem em italiano: “... è, infatti, un ordinamento che sin dal suo sorgente ha avuto uno sviluppo costante e armonico, presentandosi sempre attuale per la sua sorprendente e meravigliosa capacità di adattare le sue vecchie strutture alle nuove sopravvenienti esigenze”.

²³ CRISCUOLI, Giovanni. **Il Diritto Costituzionale americano**. Palermo: CELUP, 1977, p. 18.

²⁴ CRISCUOLI, Giovanni. **Delle fonti del diritto inglese**. Palermo: CELUP, 1977, p. 19.

²⁵ LUCIFREDI, Pier Giorgio. **Apunti di diritto costituzionale comparato: Il sistema Britannico**. Milano: Giuffrè, 1973, p. 75.

A *Common Law* é, portanto, direito não escrito²⁶ e se encontra propriamente na cabeça do juiz. Significativo é que um direito não escrito e dependente do entendimento do juiz tenha superado século e ainda hoje ser a mais importante fonte de direito do direito anglo-americano. Talvez a justificativa esteja na crença de que “Se a *Common Law* na forma enunciada pelos juízes não correspondesse ao senso de justiça e aos costumes do povo, como expresso nos seu direito comum, o povo não haveria aceitado a *Common Law*”.²⁷ A crença no juiz legitima a aplicação do direito e a crença de que este é o direito a ser aplicado legitima a atuação do juiz.

É evidente a importância da atividade judiciária no sistema de direito anglo-americano. Em consequência, uma das mais importantes características do sistema da *Common Law* é a regra do denominado *stare decises*, ou simplesmente do precedente.

Segundo esclarece Giovanni Criscuoli²⁸ a ideia de precedente no direito inglês não tem simples significado de decisão judicial, mas envolve um significado qualitativo e seletivo uma vez que a expressão indica uma decisão que tenha dois elementos fundamentais. O primeiro, que sua qualidade serve como referência para situações fáticas com igual conteúdo daquela decidida. O segundo, de que em razão do mérito da decisão judicial seja capaz de constar de um repertório de precedentes. Assim, esclarece o mesmo autor, nem todas as decisões dos juízes ingleses constituirão “precedentes”. Estes precedentes possuem um duplo valor jurídico, conforme se analise do ponto de vista de sua eficácia interna ou de sua relevância externa.

O ponto de vista de sua eficácia interna não é importante para a espécie tratada neste trabalho, porque em nada difere das decisões do direito da *Civil Law*, porque contém a noção de coisa julgada, que opera *inter partes*. O que interessa deixar marcado é o efeito *erga omnes* dessa decisão, que funciona também em dois sentidos, segundo Giovanni Criscuoli: com força persuasiva, como fonte histórica; com força vinculante, como fonte legal.²⁹

Assim, a grande diferença entre a sentença do juiz que opera no sistema da *Civil Law* e a decisão do juiz do sistema *Common Law* está na força normativa que esta opera, em razão do denominado *stare decisis*.³⁰ Segundo este mecanismo, a decisão que possua os requisitos

²⁶ Como bem observa Giovanni Criscuoli, deve-se entender por direito não escrito, no sentido de forma de criação e não necessariamente de veiculação, uma vez que as decisões judiciais são sempre escritas. CRISCUOLI, Giovanni. **II Diritto Costituzionale americano**. Palermo: CELUP, 1977, p. 99.

²⁷ ADAMS, John Clarke. **II Diritto Costituzionale americano**. 2 ed. Firenze: La Nuova Italia, 1967, p. 2.

²⁸ CRISCUOLI, Giovanni. **II Diritto Costituzionale americano**. Palermo: CELUP, 1977, p. 92-93.

²⁹ CRISCUOLI, Giovanni. **II Diritto Costituzionale americano**. Palermo: CELUP, 1977, p. 96.

³⁰ A expressão originária era: *stare decisis et quia non movere*, significando a imutabilidade das decisões. V. CRISCUOLI, Giovanni.

qualitativo e seletivo, antes referidos, tem efeito vinculante.

A grande relevância do sistema de precedentes é que confere uma característica especial ao direito inglês, que é fundado, de forma preponderante, na criação judiciária. Esta constitui a fonte mais importante e principal, do ponto de vista qualitativo, e mais numerosa, do ponto de vista quantitativo, do ordenamento jurídico inglês.³¹ Analisando o direito britânico atual, Mário G. Losano organiza em ordem crescente as suas fontes e deixa claro que o precedente está em posição preponderante em relação à lei originária do Parlamento.³²

Outro ponto a ser salientado diz respeito ao fundamento do valor normativo dos precedentes. Este ponto está correlacionado com a característica psico-sociológica, já tratada anteriormente, que justifica o desenvolvimento do Direito Inglês, pois a explicação na crença no sistema da lei para o caso concreto que a atividade jurisdicional inglesa adota, fundado no entendimento de que é “mais importante a certeza do direito do que sua perfeição”.³³ Mas a necessidade de evitar que cada juiz possa dar uma solução diversa a casos similares justifica o precedente como forma de garantir à coletividade um caminho mais seguro para pautar as condutas individuais. Por isso, ainda que eventualmente uma decisão não esteja exatamente conforme os Princípios do direito, é preferível, “em linha de tendência”, que ela seja admitida para regular todos os casos similares do que admitir uma série de decisões diversas sob o pretexto de buscar o “justo absoluto” para cada caso concreto.³⁴³⁵

Feita essa rápida abordagem sobre o Estado e o Direito inglês, pode-se agora seguir com a fundação do Estado e do Direito dos Estados Unidos da América, para que se possa entender a razão da visão de Dworkin sobre o que seja Princípio.

A colonização do que viria a ser mais tarde os Estados Unidos da América, inicia em 1607, ano em que foi fundado Jamestown, com base em cartas reais de concessão, que tinham finalidades as mais diferentes, como, por exemplo, exploração comercial ou concessão individual privada (segundo alguns autores, numa relação quase feudal). A exploração, no entanto, era sempre feita em nome da coroa inglesa. Ao lado da finalidade econômica, muitos colonos optaram

Il Diritto Costituzionale americano. Palermo: CELUP, 1977, p. 96; SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: introdução ao direito dos EUA.* 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 35 (nota 3).

³¹ CRISCUOLI, Giovanni. **Il Diritto Costituzionale americano.** Palermo: CELUP, 1977, p. 97.

³² LOSANO, Mário G. **Os grande sistemas jurídicos.** Lisboa/Rio de Janeiro: Presença/Martins Fontes, 1979, p. 125-129.

³³ CRISCUOLI, Giovanni. **Il Diritto Costituzionale americano.** Palermo: CELUP, 1977, p. 128.

³⁴ V. CRISCUOLI, Giovanni. **Il Diritto Costituzionale americano.** Palermo: CELUP, 1977, p. 129-130.

³⁵ Isso explica a noção de princípio como padrão garantidor de integridade do Direito que será vista rapidamente mais a frente.

pela nova terra por motivos religiosos, uma vez que professavam religiões diversas daquela que foi adotada oficialmente na Inglaterra.³⁶

Durante todo o período colonial, as colônias guardaram praticamente a mesma estrutura política da Inglaterra: poder executivo exercido por um vice-rei ou um governador, nomeado sempre temporariamente pela coroa; os juízes eram de nomeação do rei, ainda que em alguns lugares fossem indicados por alguma forma de eleição; e cada colônia possuía assembleias bicamerais, com exceção de algumas poucas. A câmara alta era composta por nomeação do próprio soberano, do concessionário ou, algumas vezes, do governador, enquanto a câmara baixa consistia no órgão efetivo de representação da comunidade colonial.³⁷ Esta experiência, salienta Pier Giorgio Lucifredi, fez com que os colonos “desenvolvessem uma ampla experiência de *self-government*”³⁸ e essa experiência unida ao caráter religioso de algumas colônias, desenvolveu uma forma de democracia, que o autor chama de pura, “fundada sob o princípio da plena igualdade de todos os componentes da comunidade”.³⁹

Lucifredi cita um fato que considera emblemático para demonstrar o que ficou acima referido, mas que será citado aqui com uma finalidade muito mais abrangente, pois ela demonstra claramente a continuação do envolvimento de ordem psico-sociológica afirmada por Giovanni Criscuoli quando trata da crença que o cidadão inglês tem no juiz. Trata-se da história dos colonos que tinham a incumbência de estabelecer a primeira colônia na região de Virginia e que, em 11 de novembro de 1620, antes de desembarcar em solo americano, firmaram um documento denominado *Mayflower Compact*, no qual consta o seguinte: “Em virtude deste acordo, pactuamos promulgar [...] lei, atos, ordenanças [...] e instituir, segundo as necessidades, magistraturas, às quais prometemos toda a devida submissão e obediência [...]”.⁴⁰

Essas duas circunstâncias, a de iniciar desde logo uma relação jurídica fundada em documento escrito e a relação psico-sociológica de crença e intenção de obedecer às decisões judiciais, são elementos importantes para entender o sistema político-jurídico dos Estados Unidos da América.

Aqui é possível incluir-se um recente episódio envolvendo a divulgação do nome de

³⁶ LUCIFREDI, Pier Giorgio. *Appunti di diritto costituzionale comparato*: Il sistema statunitense. 2 ed. Milano: Giuffrè, 1977, p. 1.

³⁷ LUCIFREDI, Pier Giorgio. *Appunti di diritto costituzionale comparato*: Il sistema statunitense. 2 ed. Milano: Giuffrè, 1977, p. 2.

³⁸ LUCIFREDI, Pier Giorgio. *Appunti di diritto costituzionale comparato*: Il sistema statunitense. 2 ed. Milano: Giuffrè, 1977, p. 2.

³⁹ LUCIFREDI, Pier Giorgio. *Appunti di diritto costituzionale comparato*: Il sistema statunitense. 2 ed. Milano: Giuffrè, 1977, p. 2-3.

⁴⁰ LUCIFREDI, Pier Giorgio. *Appunti di diritto costituzionale comparato*: Il sistema statunitense. 2 ed. Milano: Giuffrè, 1977, p. 3.

peessoas do mundo inteiro inscritas em um site de relacionamento extraconjugal na internet. Mesmo existindo um número expressivo de inscritos, a mídia americana (e, por consequência, do mundo) divulgou que dois soldados americanos estavam entre eles. O mais expressivo é que um dos soldados pede desculpas (e já se autopune) afirmando que sendo guardião da moral da nação não poderia ter esse tipo de comportamento. Jamais encontrar-se-ia essa conduta em qualquer soldado latino-americano, uma vez que eles defendem a integridade territorial de seus países e não a moral da nação. Sua resposta seria no sentido de que é um assunto que interessa ao âmbito conjugal e que não há qualquer norma militar que vede tal comportamento. Aliás, nem mesmo interessa à imprensa latino-americana esse tipo de comportamento.

Se essas diferenças não integram a noção de tradição, ficará difícil entender o que integrará.

Maurizio Fioravanti chama a atenção para a diferença que existe no nascimento do sistema de direito Anglo-Americano e no sistema chamado de Civil Law, de tradição francesa e, conseqüentemente, aplicável ao Direito Constitucional alemão, de Alexy, e ao brasileiro, afirmando:

Para dizer de modo mais sintético, se pode afirmar que a revolução francesa confia os direitos e as liberdades à obra de um *legislador virtuoso*, que é assim porque altamente representativo do povo, ou da nação, para além das facções dos interesses particulares; enquanto a revolução americana *desconfia das virtudes de todo legislador* – mesmo daquele democraticamente eleito, [...] – e por isso confia os direitos e as liberdades à *constituição*, ou seja à possibilidade de limitar o legislador com uma norma de ordem superior”.⁴¹

A concepção dos americanos tem sua origem, evidentemente, na relação que tiveram com a coroa, quando experimentaram a onipotência parlamentar, mas também na experiência vivida logo após a declaração de independência, quando as assembleias legislativas de diversos Estados passaram a exercer uma excepcional concentração de poderes que poderiam se degenerar em um novo despotismo, como salienta Maurizio Fioravanti, uma vez que esse Poder Legislativo, entendido como único a possuir legitimação democrática, detinha, além do poder de intervenção normal na sociedade civil pela sua atividade típica, o poder de nomear os administradores públicos e os próprios juizes. Ainda que nas próprias Constituições dos Estados tivesse começado o

⁴¹ FIORAVANTI, Maurizio. **Appunti di storia delle costituzioni moderne: le libertà fondamentali**. 2 ed. Torino: G. Giappichelli, 1995, p. 84. Sobre a mesma diferença, ainda que em abordagem um pouco diversa e mas aprofundada, ver também BLANCO VALDÉS, Roberto L. **Il valore della costituzione: separazione dei poteri, supremazia della legge e controllo di costituzionalità alle origini dello Stato liberale**. Tradução de Antonella Salerno. Padova: CEDAM, 1997.

retorno ao “ideal britânico do governo equilibrado e moderado”,⁴² já citado, isso repercutiu intensamente no momento da elaboração da constituição de 1787, que tinha como princípio basilar o de evitar a onipotência do legislador.

Bem diverso é que ocorre com o Sistema de Direito legislado, da tradição da Europa continental, cujo berço principal é a Revolução Francesa. Esta família do Direito, que nasce da ruptura com a Monarquia, transfere para o Legislador a principal fonte do direito e, mais do que isso, submete a Magistratura à lei. A famosa expressão “o juiz é a boca da lei”, que teve uma finalidade específica no seu nascimento, é emblemática da diferença entre o Direito Anglo-Americano e o Direito Europeu Continental. A Constituição da República Federativa do Brasil, organiza o Estado na forma do Direito Legislado da tradição continental europeia e esse o caldo de cultura que deve orientar o constitucionalista brasileiro.

A forma de evitar um poder despótico no sistema legislado, limitando o Poder do Estado ou determinando a ele obrigações pela via da principal corpo legislativo, deve ser também a Constituição. Eis a razão de Normas especiais, estabelecidas com conteúdo de cláusulas pétreas, que devem pairar acima das vontades individuais de governantes, legisladores e até mesmo dos Juízes.

A importância maior, no entanto, de fixar o conceito de Princípios Constitucionais como espécie de normas constitucionais é que, após a viragem constitucional, pela qual a Constituição deixa de ser, preponderantemente, o arcabouço de estruturação do Estado e da repartição de competências para o exercício de seu poder, estabelecendo somente de forma reflexa e tímida os Direitos Fundamentais, e a transforma no estatuto dos Direitos Fundamentais por excelência, passando a secundariamente, organizar o Estado e as competências para garantir que esta os possa efetivar e/ou garantir da melhor maneira possível, conforme já dito na introdução.

As Normas Constitucionais, divididas nas espécies Regras e Princípios desempenham portanto papel de extrema importância para garantir e efetivar a razão maior da Constituição: os Direitos Fundamentais. É por isso que o sistema legislado de Regras e Princípios precisa ser bem entendido para evitar que a vontade prevaleça sobre a lei. No limite deste artigo, já ficou suficientemente claro, a preocupação maior é com os Princípios, dada a confusão já referida no capítulo anterior.

⁴² V. FIORAVANTE, Maurizio. **Appunti di storia delle costituzioni moderne: le libertà fondamentali**. 2 ed. Torino: G. Giappichelli, 1995, p. 85-90.

Em síntese, para o constitucionalismo brasileiro, no que se refere ao plano legislativo, é importante a adoção dos ensinamentos de Alexy, que serão o guia reitor do próximo capítulo.

Antes de prosseguir, no entanto, ainda é preciso salientar duas questões estratégicas e importantes: 1. quando Dworkin trata de sua teoria sobre princípios e regras, o faz para toda a extensão dos Direitos. Claro que entre eles está tratando também dos Direitos Fundamentais. Alexy, no entanto, quando está expondo sua teoria, está focado somente para o âmbito dos Direitos Fundamentais, tanto que esses conceitos estão postos no interior de uma Teoria dos Direitos Fundamentais; 2. Ao dizer-se que o pensamento de Alexy é que deve ser o fundamento teórico para compreender e dar efetividade às normas constitucionais, em especial as da espécie Princípios Constitucionais, não se está afastando as importantes lições de Dworkin no que se refere ao estabelecimento do “padrão” (Princípio na sua acepção) que visa manter a integridade do Direito. Claro que o Juiz está submetido à Constituição, mas no seu labor, observando as normas, utilizará da hermenêutica para o caso concreto e deve julgar com base em Princípios, não contraposto a regras porque não é este seu campo, mas como “padrão que deve ser observado” para garantir a integridade do Direito.⁴³

3. APLICABILIDADE DAS NORMAS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

É importante insistir na afirmação de que os Princípios são Normas, tanto quanto são as Regras. Ocorre, no entanto, que dizer-se que os Princípios podem ser Normas é uma opção política importante que tanto Alexy⁴⁴, quanto Dworkin⁴⁵, nas respectivas famílias direitos para as quais escreveram, adotaram.

A importância de inserir os Princípios Constitucionais no âmbito das Normas está em que todos os direitos estabelecidos nesta forma na ordem constitucional são para serem cumpridos e obedecidos desde logo, sem a necessidade de qualquer outro tipo de norma que os concretizem e os façam exigíveis. Eles são Normas com o mesmo valor e grau de exigência das Regras.

O estudo e a compreensão dos Princípios nessa nova concepção é muito importante. No entanto, essa importância não pode ultrapassar o seu próprio nível de importância, ou seja, não se

⁴³ Para compreender este ponto sobre o pensamento de Dworkin e reforçar o que ele mesmo diz na transcrição anterior de que utiliza o termo Princípio em diversas acepções, ver especialmente: DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 272-331.

⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

⁴⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 36.

pode pensar que em razão disso, os Princípios estão em nível superior ao das Regras e/ou que estas estejam sempre subordinadas aos Princípios Constitucionais (normas).

Uma contribuição expressiva para essa falsa percepção está na forma como a doutrina, a jurisprudência e os próprios cursos de Direito vêm tratando o tema dos Princípios, inclusive no âmbito dos Programas de Pós-Graduação. Estas posturas reforçam o senso comum de que os Princípios são mais importantes do que as Regras. Isso já é um problema quando se fala em Princípios no sentido de Princípios Constitucionais, como demonstrado antes, e fica mais sério ainda quando a noção de Princípios é tratada sem uma clara especificação, confundindo, inclusive os planos afirmados por Miguel Reale e, já na visão monovalente e dentro do Direito Constitucional, as diversas acepções de que trata Canotilho.

O problema se agrava ainda mais quando grande parte dos agentes jurídicos entendem que a ponderação de Princípios seja a única forma “justa” de aplicação do Direito. Em um Direito legislado e de Constituição escrita, que deve ser levada a sério, essas confusões contribuem para destruir o sistema de garantias da própria Constituição.

Buscando sistematizar a aplicação dos Direitos Fundamentais perseguindo a sua efetividade, volta-se aqui a enunciar o que já vem sendo dito insistentemente em outros artigos. O que se pretende é denunciar mais uma vez que há uma espécie de desmanche do sistema de Direitos Fundamentais, seja pela equivocada leitura do sistema; seja pela tentativa de tentar misturar sistemas diversos, com origem muito diferentes; seja, ainda, de forma intencional, para permitir o arbítrio que as Normas de Direitos Fundamentais visam obstar.

É pela via das limitações de Direitos Fundamentais que entre nós ocorre aquilo que Konrad Hesse chama de “escavação interna”⁴⁶ de Direitos Fundamentais. Para a superação dessa deficiência constitucional na própria aplicação das Normas Constitucionais, com um olhar já adaptado ao sistema brasileiro, é possível encontrar nas lições de Konrad Hesse e Robert Alexy as chaves que permitem levar a sério as garantias estabelecidas na Constituição brasileira.

Konrad Hesse reconhece que os Direitos Fundamentais (que chama de liberdades jurídico-fundamentais), são “liberdades jurídicas” e, por isso, podem ser limitadas.⁴⁷

⁴⁶ Expressão que, sinteticamente, quer indicar: “direitos fundamentais, apesar de sua vigência formal, não mais possam cumprir sua função objetiva”. V. HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 264.

⁴⁷ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 250.

No entanto, explica o mesmo autor, essa limitação também deve ser jurídica e, por isso, “podem os limites dessas garantias encontrar sua *base somente na Constituição*”.⁴⁸

Afirma Hesse que as formas de limitação devem ser buscadas nas próprias Normas. A primeira forma diz respeito ao alcance material da Norma que molda o direito fundamental, o que determinaria a limitação pela própria extensão da Norma. Outra forma de limitação está na presença de comandos normativos restritivos na própria Norma Constitucional que enuncia o direito fundamental. Ainda pode a Norma Constitucional que estabelece o direito fundamental determinar uma “reserva legal” pela qual “o legislador [infraconstitucional] fica autorizado a determinar os limites da garantia”. Faz neste ponto, uma diferenciação entre o que chama de restrição “*por lei*”, quando o próprio legislador efetua a limitação, e restrição “*com base em uma lei*”, quando o legislador “normaliza os pressupostos sob os quais órgãos do poder executivo ou judiciário podem, ou devem, realizar a limitação”.⁴⁹

A última forma de limitação, que ele chama de “*coordenação de direitos de liberdades e outros bens jurídicos*”, em que se encontram os Direitos Fundamentais estabelecidos no nível de Normas Constitucionais da categoria Princípios. Neste ponto observa que dos “limites da limitação admissíveis de Direitos Fundamentais pelo legislador, deve ser separada a questão sobre os *limites do controle judicial* dessa limitação”.⁵⁰

Quando trata do controle judicial dos limites, Konrad Hesse lança uma importante observação que deveria ser (e não é) observada no Brasil: “Aqui o juiz, não deve pôr sua concepção no lugar da concepção da maioria nos corpos legislativos, a não ser que a liberdade de decisão do legislador, fundada na ordem democrática da Lei Fundamental, deva ser mais limitada do que a Constituição prevê”.⁵¹ Ou seja, o Poder Judiciário, excepcionalmente, pode ampliar o direito fundamental e nunca restringi-lo. Para ser claro: não pode ampliar a limitação do Direito Fundamental.

Robert Alexy, após enunciar os modelos pensados para inserir os Direitos Fundamentais em

⁴⁸ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 250.

⁴⁹ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 251-253.

⁵⁰ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 257.

⁵¹ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 257.

uma ordem constitucional, quais sejam, o modelo puro de Princípios, o modelo puro de Regras ou o modelo combinado (ou misto), posiciona-se no sentido de que o último é mais adequado para um sistema de Direito legislado e de Normas preponderantemente advinda do Poder Legislativo⁵² (o que é o caso brasileiro, como é sabido).

Este último modelo está, segundo o autor, dividido em dois níveis de normatividade, o nível dos Princípios e o nível das Regras. Há de concordar-se com Alexy de que essa é a melhor forma de inserir no ordenamento jurídico a disciplina dos Direitos Fundamentais – e esse foi o modelo adotado no ordenamento brasileiro – uma vez que, em algumas situações, o legislador constitucional retira a possibilidade de ponderação no momento da aplicação ao caso concreto porque já efetuou a devida ponderação e terminou por assegurar a um determinado Direito Fundamental, ou a parcela ou a aspecto dele, uma garantia maior do que aquela que a previsão no nível dos Princípios garantiria. Nessas condições, mesmo que se admita que os Direitos Fundamentais possuam o núcleo determinado pela ponderação, esta também pode ser exercitada pelo legislador constitucional no momento mesmo do processo constituinte, o que retira do aplicador do direito uma nova ponderação. Na feliz expressão de Alexy: “a vinculação à Constituição significa uma submissão a todas as decisões do legislador constituinte”.⁵³

A ausência de percepção de que esse é o modelo adotado no Brasil e uma leitura apressada da obra de Alexy, tem determinado dois equívocos que são recorrentes na aplicação dos Direitos Fundamentais: a afirmação de que não há Direitos Fundamentais absolutos, considerando que toda a aplicação de Direitos Fundamentais no momento da concretização se dá por intermédio da ponderação; e que no conflito entre Regras e Princípios há preponderância destes sobre aquelas.

É possível afirmar-se, com base na lição de Norberto Bobbio, que não há qualquer Direito Fundamental que seja absoluto no sentido de que, sendo eles construção (conquista) histórica, são mutáveis no espaço e no tempo. Pode ocorrer que certo contexto histórico determine a inclusão de limitação na atuação do Estado (negativo) ou de uma obrigação prestacional (positivo) e que as circunstâncias do tempo e do processo da própria caminhada histórica modifique o contexto e, com isso, venha a desaparecer a necessidade da limitação ou a obrigação perder o sentido ou, ainda, que a limitação deva se dar de outra forma. De outro lado, também pode ocorrer que determinada circunstância faça surgir a necessidade de enunciar e assegurar nova

⁵² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, 121-141.

⁵³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 140.

situação configuradora de Direito Fundamental que até então não tenha surgido ou não tenha sido percebida como tal. Estas duas hipóteses infirmam a possibilidade de encontrar caráter absoluto nos Direitos Fundamentais, mas servem para demonstrar a impossibilidade de serem entendidos como de ordem natural (afastam qualquer forma de jusnaturalismo).⁵⁴

Outra coisa, no entanto, é falar-se na inexistência de Direito Fundamental absoluto, sustentando que todos são relativos, e fundamentar a pretensão de colocá-los todos em grau de ponderação. Nesse sentido, que importa para o que se está argumentando, é possível dizer-se, e demonstrar-se, que para o momento de vigência da ordem constitucional eles são absolutos, na medida em que não se submetem, e não podem se submeter, a qualquer forma de limitação que não a estabelecida em Norma Constitucional, ou determinada ou autorizada por Norma Constitucional. O mesmo Bobbio afirma, logo a seguir, que no momento da vigência o direito é absoluto e exige cumprimento.⁵⁵ Observe-se que absoluto aqui está em contraponto com relativo e não com provisório.

Pouco importa que Bobbio tenha se antecipado à discussão entre os autores usados aqui em contraponto, pois sua lição explica claramente a concepção que se pretende sustentar.

A confusão decorrente das circunstâncias acima é fator de agravamento da crise de efetividade dos Direitos Fundamentais, na medida em que constitui forma de flexibilização de direitos que o legislador constitucional pretendeu colocar a salvo de qualquer ponderação por parte do aplicador e o estabeleceu como Regra, afastando qualquer limitação.

Sobre o (aparente) conflito entre Regra e Princípio Constitucional Robert Alexy afirma textualmente, e justifica, que a primazia é sempre das Regras. Sobre este ponto, é importante colacionar-se o que foi dito pelo próprio autor:

A exigência de levar a sério as determinações estabelecidas pelas disposições de direitos fundamentais, isto é, de levar a sério o texto constitucional, é uma parte do postulado da vinculação à Constituição. E apenas uma parte desse postulado, porque, dentre outras razões, tanto as regras estabelecidas pelas disposições constitucionais quanto os princípios também por ela estabelecidos são normas constitucionais. Isso traz à tona a questão da hierarquia entre os dois níveis. A resposta a essa pergunta somente pode sustentar que, do ponto de vista da vinculação à Constituição, há uma primazia do nível das regras. Ainda que o nível dos princípios também seja o resultado de um ato de positivação, ou seja, de uma decisão, a decisão a favor de princípios passíveis de entrar em colisão

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 15-25.

⁵⁵ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 15-25

deixa muitas questões em aberto, pois um grupo de princípios pode acomodar as mais variadas decisões sobre a relação de preferência e é, por isso, compatível com regras muito distintas.⁵⁶

Mais adiante, reforça a ideia afirmando:

Assim, quando se fixam determinações no nível das regras, é possível afirmar que se decidiu mais que a decisão a favor de princípios. Mas a vinculação à Constituição significa uma submissão a todas as decisões do Legislador Constituinte. É por isso que determinações estabelecidas no nível das regras têm primazia em relação a determinadas alternativas baseadas em princípios.⁵⁷

Considerando as lições de Konrad Hesse e Robert Alexy, se pode dizer que, diferente do que se tem dito, as Normas desempenham um papel fundamental em um direito legislado, como o brasileiro, e que para levar a sério a Constituição, deve-se atentar sempre para a ponderação de determinados valores feitas pelo legislador constitucional e respeitar as Regras limitadoras do Estado estabelecidas na Constituição. Deve-se, ainda, atentar para a primazia das Regras de Direitos Fundamentais sobre quaisquer Normas na modalidade de Princípios, pois aquelas estão a salvo de ponderação, salvo no caso de ampliação de Garantia e, por consequência, de limitação do Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pluralidade de acepções que a palavra Princípio, ou no plural Princípios, encontra dentro e fora do vocabulário jurídico tem gerado grande confusão e desfocado a necessária precisão que a expressão Princípios Constitucionais deve possuir com vistas a construir, consagrar e efetivar as Normas Constitucionais.

A finalidade primeira e última da Constituição é declaração, garantia e efetividade dos Direitos Fundamentais, sendo o Estado estruturado pela própria Constituição, não como um fim em si mesmo, mas para realizar esse desiderato.

Para que se possa dar cumprimento aos fins e aos ditames constitucionais é preciso, portanto, fixar claramente as noções de Normas Constitucionais e suas espécies: Princípios e Regras.

O nível das regras é muito melhor compreendido porque se confunde com o conceito antigo de normas e sobre isso pouca coisa se pode acrescentar. O nível dos Princípios

⁵⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 140.

⁵⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 140.

Constitucionais, no entanto, precisa ser ainda muito trabalhado, seja para compreender a revolução que representou a transformação deles em Normas; seja para compreender o papel que eles desempenham no contexto normativo; seja ainda para entender esse mesmo papel em um sistema misto de normas. Claro que uma vez compreendidos, terminam os Princípios Constitucionais por adensar também o conceito de regras e revelar o papel preponderante destas.

A contribuição que pretende este artigo é o de provocar um diálogo com as diversas correntes do pensamento que se debruçam sobre esse tormentoso tema, buscando sempre a efetividade das Normas Constitucionais.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ADAMS, John Clarke. **Il Diritto Costituzionale americano**. 2 ed. Firenze: La Nuova Italia, 1967.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BLANCO VALDÉS, Roberto L. **Il valore della costituzione**: separazione dei poteri, supremazia della legge e controllo di costituzionalità alle origini dello Stato liberale. Tradução de Antonella Salerno. Padova: CEDAM, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. Lineamentos Teóricos do Controle Judicial de Constitucionalidade nos Modelos Originários. In, PASOLD, Cesar; ESPIRITO SANTO, Davi do (org.). **Reflexões sobre Teoria da Constituição e do Estado**. Florianópolis: Insular, 2013, p. 41-84.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Considerações sobre as Normas Constitucionais que estabelecem e asseguram Direitos Fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro e os perigos de sua incompreensão**. No prelo, será publicado proximoamente em e-book do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UNIVALI.

BRASIL, Decreto-Lei 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, 1942.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

- CRISCUOLI, Giovanni. **Il Diritto Costituzionale americano**. Palermo: CELUP, 1977.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FIORAVANTI, Maurizio. **Appunti di storia delle costituzioni moderne: le libertà fondamentali**. 2 ed. Torino: G. Giappichelli, 1995.
- FIORAVANTI, Maurizio. **Appunti di storia delle costituzioni moderne: le libertà fondamentali**. 2 ed. Torino: G. Giappichelli, 1995.
- HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. Verbetes: princípio.
- HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. 1 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. Verbetes: princípio.
- LOSANO, Mário G. **Os grandes sistemas jurídicos**. Lisboa/Rio de Janeiro: Presença/Martins Fontes, 1979.
- LUCIFREDI, Pier Giorgio. **Appunti di diritto costituzionale comparato: Il sistema statunitense**. 2 ed. Milano: Giuffrè, 1977.
- LUCIFREDI, Pier Giorgio. **Appunti di diritto costituzionale comparato: Il sistema Britannico**. Milano: Giuffrè, 1973.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: introdução ao direito dos EUA**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

OS DEVERES FUNDAMENTAIS EM CONTRAPARTIDA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Clovis Demarchi¹

Ilton Garcia da Costa²

Adolfo Carlos Rúbio Prosdócimo³

INTRODUÇÃO

Os deveres fundamentais são meios de se garantirem os próprios direitos fundamentais pelos quais lutam os cidadãos, porém, a esses mesmos caberiam tarefas, que uma vez negligenciadas acabariam revertendo, de uma forma ou de outra, em efeitos negativos às ações dedicadas a promover o bem estar social, sendo essencial a elucidação do que seriam tais deveres, ou pelo menos, do porquê de serem importantes na construção de um Estado Social eficaz.

Os deveres fundamentais poderão fazer parte da base para um plano de continuidade dos programas assistenciais e sociais, alimentando a ideia de fraternidade fiscal com a participação mais intensa da sociedade como um todo, colaborando com recursos materiais e estruturais para reduzir o peso que recai exclusivamente sobre o Estado.

A conceituação e aplicação dos deveres fundamentais de forma objetiva, atrelados à busca pela responsabilização dos envolvidos: Estado, cidadão, entidades, empresas, resultariam em otimização da construção e da manutenção de direitos fundamentais e de programas de cunho social.

Por fim, é necessário, além do comprometimento dos agentes do Estado com os princípios da eficiência, da legalidade e da responsabilidade fiscal, o comprometimento do próprio detentor

¹ Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Professor na graduação em Direito e no Mestrado em Ciência Jurídica da Univali. Membro do grupo de pesquisa em Direito, Constituição e Jurisdição. Endereço eletrônico: demarchi@univali.br

² Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP, Pós Doutorando pela Universidade de Coimbra. Professor do Programa de Doutorado, Mestrado e Graduação em Direito da UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná, líder do Grupo de Pesquisa em Constitucional, Educacional, Relações de Trabalho e Organizações Sociais da UENP. Endereço eletrônico: iltoncosta@uenp.edu.br.

³ Mestre pelo Programa de Mestrado em Ciência Jurídica. Universidade Estadual do Norte do Paraná/UENP, 2015. Agente Fiscal de Rendas do Estado de São Paulo.

de direitos fundamentais, quando da efetividade deles dependerem a consecução de deveres em contrapartida, e mais além, será necessário que o Estado assuma como seu dever fundamental a fiscalização preventiva e corretiva dos atos de cidadãos que comprometam a persecução ou manutenção de direitos fundamentais.

O Estado é decorrência de princípios instituidores e norteadores de sua existência, e tem entre suas atribuições, a prestação e defesa dos direitos fundamentais, que foram objetos de vários estudos publicados. No entanto, o outro lado, os deveres fundamentais, que garantem os próprios direitos fundamentais são carecedores de mais pesquisa e podem ser apresentados como parte da solução econômica, estruturando um passo além, através de ações realizadas com base na solidariedade.

Diante dos contextos sociais atuais, uma linha de pensamento, a partir dos deveres fundamentais sugere ações que melhorem o perfil dos assistidos, dotando-os de conhecimento de suas aptidões, capacidades e limitações, culminando na proposta de uma nova etapa em que o cidadão seria copartícipe da própria ação social, através de sua contribuição compulsória e proporcional, esta, aqui idealizada para o cumprimento de obrigações diretamente ligadas aos que se valeram de estruturas estatais.

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A conceituação acerca de direitos fundamentais está exposta em diversos materiais acadêmicos, livros e anais de congressos. A Constituição brasileira os sacramentou de forma a garantir sua conceituação e certeza. O aprimoramento do alcance da aplicação desses conceitos legais e doutrinários permitiu um avanço da legislação social e jurisprudência pátria.

Por outro lado, vários fatores levaram à cobrança e respeito pelos direitos fundamentais de forma pública e largamente difundida, mas o crescimento da divulgação da existência de tais direitos acabou por ocultar a existência de deveres fundamentais correlacionados.

A elucidação do que seriam tais deveres, ou pelo menos, do porquê de serem importantes na construção de um Estado Social eficaz, encaminha o raciocínio para algumas soluções do questionamento inicial.

Os deveres fundamentais são meios de se garantirem os próprios direitos fundamentais pelos quais lutam os cidadãos, porém, a esses mesmos caberiam tarefas, que uma vez

negligenciadas acabariam revertendo, de uma forma ou de outra, em efeitos negativos às ações dedicadas a promover o bem estar social.

A coparticipação cidadã, a dita solidariedade, se traduz na busca por equilíbrios entre deveres e direitos, traduz uma necessidade que deve ser considerada de modo efetivo por quem esteja envolvido nas questões como agente ou paciente de direitos fundamentais.

Neste ponto se faz necessária uma alusão a conceitos acerca de direitos fundamentais, para que mais adiante se possa tratar de assuntos específicos, ações afirmativas e deveres fundamentais, temas deste estudo.

Desse modo, sem se tecer ou se prender a discussões mais acaloradas sobre o tema, que já foi amplamente estudado por vários doutrinadores, permite-se, aqui uma breve passagem por essa discussão.

No Brasil, os direitos fundamentais – uma vez estabelecidos constitucionalmente, cujos titulares são todas as pessoas que estejam sob jurisdição desse poder constitucional, têm como destinatários todos os brasileiros, natos e os naturalizados, estendendo-se ainda aos que estiverem em território brasileiro, mesmo que apenas de passagem.

Doutrinariamente, Sarlet⁴ afirma que tais direitos fundamentais podem ser classificados como: a) Direitos de Primeira Geração, os direitos civis e as liberdades; b) Direitos de Segunda Geração, os direitos políticos e os que encerram participação da vida política; c) Direitos de Terceira Geração, consubstanciados em direitos econômicos, sociais e culturais; d) Direitos de Quarta Geração, que seriam os direitos de solidariedade, com âmbito internacional, supranacional; e) Novíssimos Direitos, que recentemente entraram para a classificação, e que ainda não estão em fase de reivindicação, como os relativos à informática e à inteligência artificial.

Conforme ensina Silva⁵, o surgimento dos direitos fundamentais baseiam-se em reivindicações e conquistas de direitos que têm “condições reais (ou históricas)” e “condições ideais (ou lógicas)”. Com a degeneração do “regime da monarquia absoluta e o surgimento de uma sociedade tendente à expansão comercial e cultural” e de outra sorte nas “diversas fontes de inspiração filosófica anotadas pela doutrina francesa, tais como o pensamento cristão, o direito natural e o iluminismo”.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 59.

⁵ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6 ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 176-177.

De modo que, conforme Silva, a conquista desses Direitos Fundamentais se deu através de luta de classes, derrubada de governos, revisão de conceitos de direitos humanos, positividade e defesa dos mesmos ao longo de tempos, o que lhes conferiu historicidade; e por serem reconhecidos como institutos básicos à própria existência humana são também considerados inalienáveis, uma vez que são intransferíveis e inegociáveis; carregam em si a irrenunciabilidade, pois podem não ser exercidos, mas nunca renunciados; e têm a força da imprescritibilidade, pois podem, a todo tempo, serem exigidos, não estando sujeitos a prescrição.

É o que também embasa o raciocínio de Cabette⁶, já que em seus estudos sobre a evolução dos direitos fundamentais, afirma que “a evolução histórica dos Direitos Fundamentais, a concepção do que é tido como fundamental para a vida humana é fruto de uma construção, uma elaboração humana que vem atravessando os séculos, uma caminhada do homem rumo à real efetivação da dignidade da pessoa humana”.

De tal modo que tais ensinamentos levam à conclusão de que esses direitos foram paulatinamente incorporados à essência da existência do próprio Estado, que os consagrou através de normas constitucionais, consolidando-se como direitos fundamentais, que mais e mais passaram a exigir atuação positiva por parte do poder público. No estado brasileiro, a Constituição seguiu a mesma linha ao elencar no seu artigo 6º, como direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

Por conta dessa incorporação na base principiológica do Estado, a dignidade da pessoa humana surge como fundamento constitucional do Estado Brasileiro, no artigo 1º apresentando-se como sustentáculo, o valor-guia de toda a ordem jurídica, de tal modo que se torna indispensável como garantidor de condições mínimas para uma existência digna do ser humano e para a própria ordem social de modo mais amplo.

Estas ideias que estão incorporadas de forma expressa ou implícita ao texto constitucional, agregam respeito e reconhecimento jurídico aos direitos fundamentais, e passaram a ter caráter ético com atribuição de relevância e moralidade, sendo importante considerar que a validade dos mesmos está implícita em seus próprios conteúdos.

⁶ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Evolução histórica dos direitos fundamentais.** Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/eduardocabette/2013/10/14/evolucao-historica-dos-direitos-fundamentais>>, acesso: 05 ago. 2014.

Destaca-se que os direitos fundamentais se fizeram presentes no constitucionalismo brasileiro, como Direitos Fundamentais, a partir da constituição de 1946. Constituição esta promulgada após um período de ditadura Vargas e que coincidiu com o final da segunda grande guerra. Pode-se afirmar que a Constituição, ao restaurar a democracia no Brasil, restituiu também direitos aos cidadãos nacionais.

O tema dos direitos fundamentais na constituição de 1946⁷ veio no formato apresentado pós Revolução Francesa, ou seja, como direitos fundamentais do homem. É o que estabelece o artigo 141, no §13 que apresentava a vedação “a organização, o registro ou o funcionamento de qualquer Partido Político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade dos Partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem”.

Observando-se o artigo 141 na sua totalidade, assim como as constituições anteriores, importante destacar que a preocupação sempre se restringiu a direitos individuais como a vida, liberdade, segurança e propriedade, não sendo apresentada ainda a preocupação, por parte dos constituintes, com os direitos coletivos.

Novamente, após outro período de ausência de grande parte dos direitos é que os direitos fundamentais passaram a ser uma preocupação por parte dos constituintes, fato que ocorreu com a constituição de 1988, novamente, uma constituição construída após um período em que os direitos e as garantias foram solapadas da população brasileira.

A constituição de 1988⁸ não só confirmou a democracia, mas cunhou o Estado Democrático de Direito⁹, estabelecendo desta forma o Estado de transformação da realidade e de busca de concretização de direitos individuais e coletivos. Situação não prevista nas constituições anteriores.

Destaca-se ainda que a constituição de 1988 trouxe em seu título II os Direitos e Garantias Fundamentais apresentando-os de forma distinta em capítulos que podem ser apresentados como “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos¹⁰”, “Dos Direitos Sociais¹¹”, “Da

⁷ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso 15 dez. 2015.

⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2015.

⁹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos”.

¹⁰ “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:”

Nacionalidade¹²”, “Dos Direitos Políticos¹³” e “Dos Partidos Políticos¹⁴”.

Apesar disso, deve-se destacar que os direitos fundamentais não se encontram apenas no Título II da Constituição Federal. O STF pronunciou sobre o tema no Recurso Extraordinário nº 645593¹⁵:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. DEFICIÊNCIA DA ESTRUTURA MATERIAL DA DEFENSORIA PÚBLICA: FUNDAMENTO IDÔNEO PARA O BENEFÍCIO LEGAL DE CONTAGEM EM DOBRO DOS PRAZOS PROCESSUAIS. JULGADO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. Relatório [...] Partindo da ideia de que os direitos fundamentais têm força normativa e aplicação imediata, conforme o artigo 5º, parágrafo 2º da CF, o Estado, por sua vez, indubitavelmente, é ou deveria ser um dos principais agentes de promoção dos direitos fundamentais, mormente, na efetivação da igualdade material. Corroborando isso, poder-se-ia citar o artigo 1º, inciso III, combinado com artigo 3º, inciso I, ambos da Constituição Federal, que estampam como fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, dentre outros, a dignidade da pessoa humana e a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária. O “dever-poder” do Estado de promover, de tornar eficazes, socialmente, os direitos fundamentais, em especial, o da igualdade material emana de toda a Constituição Federal, como, por exemplo, no artigo 170, inciso V e VI da CF, que impõe ao Estado o dever de defender o consumidor e proteger o meio ambiente; e, ainda, dos artigos 196 e seguintes da CF, esculpindo o dever estatal de prestar e garantir, saúde integral a todos; poder-se-ia citar, ainda, deveres fundamentais em relação às crianças, aos idosos, aos portadores de necessidade especiais, à família [...] os direitos fundamentais, cuja eficácia é imediata e a força é normativa, estão espalhados por toda a Constituição Federal.

Observa-se também que os direitos fundamentais estão protegidos como “cláusula pétrea”¹⁶, e desta forma não podem ser alvo de emenda constitucional.

A constituição estabeleceu também que os direitos fundamentais têm aplicação imediata e os que estão positivados na Constituição “não excluem outros decorrentes do regime e dos

¹¹ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:”. Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:” “Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.”

¹² “Art. 12. São brasileiros:”. “Art. 13. A língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil.”

¹³ “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:”. “Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.”.

¹⁴ “Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:”.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 645.593/DF**, Relator: Min. Cármen Lúcia, Data de Julgamento: 10/10/2011. Data de Publicação: 19/10/2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000170887&base=baseMonocraticas> Acesso em 05 fev.2016.

¹⁶ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...]IV - os direitos e garantias individuais.”.

princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, conforme § 1º e 2º, do art. 5º.

De maneira geral, os direitos fundamentais possuem aplicação imediata e são conferidos às pessoas físicas e jurídicas, nacionais e estrangeiras que estejam em território brasileiro.

2. OS DEVERES FUNDAMENTAIS NO TEXTO CONSTITUCIONAL

Pode-se afirmar que o homem tem por natureza cobrar direitos, essa cobrança é feita em relação ao Estado ou a seus semelhantes. Ao fazer isso, normalmente se esquece do outro lado da moeda que são os seus deveres ou obrigações. No senso comum existe a afirmação de que cada “direito traz consigo o seu dever”. Em sendo assim, verifica-se que os deveres fundamentais estão atrelados aos direitos fundamentais. Não há como se falar somente de direitos. Apesar de o texto constitucional brasileiro não apresentar uma sistemática concisa dos deveres fundamentais.

Ainda que o título expresso na constituição mencione o termo “deveres”, o que se vê a seguir, no desenvolvimento sob a denominação: “Título II - Dos direitos e garantias fundamentais - Capítulo I - Dos direitos e deveres individuais e coletivos” (sem grifo no original), são enumerações de direitos e vedações expressas, colhendo-se que os deveres estariam implícitos na obrigação de cumprir esses mandamentos.

Por conta dessa ausência expressa, a falta de pormenorização de quais seriam de fato os deveres individuais exige um maior cuidado ao se analisarem as questões a eles ligados.

Concebida em 1988, após o encerramento de um ciclo de governos militares e, preocupada em afastar de vez os desvios e horrores da ditadura que pela segunda vez assolou o estado brasileiro, o constituinte preocupou-se em tornar a Constituição repleta em direitos fundamentais, contudo o mesmo esmero não foi adotado quanto à contrapartida, ou seja, quanto aos correspondentes deveres fundamentais a que estariam condicionados ou atrelados os próprios direitos fundamentais previstos no título específico.

Por outro lado, a ausência de sistematização lógica, ou de um rol específico de deveres, acabou por ser a tônica estampada no texto constitucional, o que significa dizer que apesar de não se contestar a existência de deveres fundamentais além dos enumerados, não houve a preocupação em estabelecer um capítulo sobre eles, o que obriga a realização de uma “busca” dos mesmos pelo texto, valendo também os resultados obtidos pela utilização do instituto do

“contrário sensu” e da contrapartida legal, que significaria dizer que se um direito existe para alguém, em contrapartida para outrem há a obrigação de prestá-lo ou de respeitá-lo, preservá-lo ou não interferir na sua consecução.

A existência dos direitos fundamentais está assentada na necessidade de preservação de valores da comunidade. A preservação desses valores não é possível apenas com o estabelecimento de um rol de direitos de forma expressa na Constituição Federal, é preciso que sejam cobradas atitudes que respeitem, preservem ou garantam os direitos fundamentais.

Esse raciocínio tem sido argumentado por Sarlet¹⁷ ao frisar que “Não é à toa que a máxima de que direitos não podem existir sem deveres segue atual e mais do que nunca exige ser levada a sério, ainda mais quando na CF houve menção expressa, juntamente com os direitos, a deveres fundamentais”.

A própria construção do direito de modo geral, submete à constatação de que para a construção de direitos fundamentais é imperativo que existam deveres fundamentais, pois se houvesse apenas termos impositivos estaríamos diante de situações não democráticas, como acentua Nabais¹⁸ “O indivíduo, no Estado Democrático de Direito é livre e responsável, merecedor de direitos de prestador de deveres” que conclui afirmando que “os deveres fundamentais pertencem ou integram a matéria dos direitos fundamentais”.

Como preceituam Vieira e Pedra¹⁹, “Apesar dos deveres assumirem uma categoria autônoma no estudo constitucional, eles serão necessariamente atrelados como viáveis pela dignidade da pessoa humana por questão de razão lógica”.

Essa afirmação está explicitada na visão de Nabais²⁰ que embora frise a diferenciação entre direitos e deveres quanto à fundamentalidade, porquanto considera que “os direitos surgem naturalmente pela sua descoberta”, inclusive por aplicação dos princípios contidos no texto constitucional, e os deveres teriam que emanar, obrigatoriamente, como “objeto de criação do legislador contribuinte”, explicita a autonomia entre direitos e deveres, mas que cada um deles

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 227.

¹⁸ NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**: estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2007. p.169/313..

¹⁹ VIEIRA , Pedro Gallo; PEDRA, Adriano Sant’Ana. O rol de deveres fundamentais na constituição como numerus apertus. In: **Derecho e cambio social**. Lima, Peru, a. X, n. 31, 2013. p. 4. disponível em: www.derechoycambiosocial.com. Acesso em 20/08/2014 .

²⁰ NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**: estudos sobre direitos e deveres fundamentais. 169-170/173.

participa do regime jurídico do outro

Quando se pronunciam sobre o assunto, Vieira e Pedra²¹ corroboram com aquele pensamento expresso por Nabais, ao aduzirem que “Pode-se admitir, de fato, uma autonomia científica entre direitos e deveres. Entretanto, existe uma relação recíproca e indelével entre direitos e deveres”.

Por conta dessas ponderações, pode-se afirmar que não somente o Estado está obrigado a satisfazer as exigências de seus cidadãos, na forma de deveres fundamentais do Estado para com direitos fundamentais do cidadão, de forma unilateral, mas que caberiam a esses cidadãos, também a realização de deveres fundamentais para merecerem direitos fundamentais, tanto no trato com o próprio Estado como no trato com outros concidadãos.

Não por menos, é o que Vieira e Pedra apontam em suas afirmações sobre os deveres fundamentais de que “não se mostra suficiente que todas as demandas de direitos sejam dirigidas ao Estado, porquanto o próprio Estado decorre do contrato social entre todos os indivíduos, inexistindo um Poder Público por si só”.

Observa-se que fica é óbvia a relação entre as necessidades de direitos e a obrigações em estabelecer deveres. A sociedade quer educação, saúde e tantos outros direitos em contrapartida necessita pagar tributos. O indivíduo deve ser o grande colaborador neste processo. Uma verdadeira mão via de mão dupla, como se diz no senso comum. “[...] não se pode assegurar o direito à educação de uma criança se os seus pais ou responsáveis não efetuarem sua matrícula na escola nem acompanharem sua frequência e seu desempenho escolar”²².

Necessário destacar que na realidade brasileira o que se observa com maior frequência é o cidadão aguardando a ação do Estado, esperando para ver se recebe algo, caracterizando assim uma relação vertical entre Estado e pessoa. Isso demonstra que a sociedade em geral entende que o Estado deve prestar os Direitos e a sociedade é somente recebedora das graças do Estado. A pessoa, o cidadão não tem ou não quer demonstrar que tenha deveres para com a ação do Estado.

Os deveres fundamentais têm como função exigir do estado, em regra e dos demais entes a respeitarem ou concretizarem direitos fundamentais que são consagrados a todos, seja em

²¹ VIEIRA, Pedro Gallo; PEDRA, Adriano Sant’Ana. **O rol de deveres fundamentais na constituição como numerus apertus.** p. 4.

²² VIEIRA, Pedro Gallo; PEDRA, Adriano Sant’Ana. **O rol de deveres fundamentais na constituição como numerus apertus.** p. 4.

relação horizontal ou vertical. Observa-se que os deveres fundamentais apresentam certa proximidade com as garantias constitucionais, que são instrumentos para concretizar direitos.

Alerta-se que as garantias, em regra, são cobradas do Poder Público ou de seus agentes, independente do nível. Por isso, deve-se lembrar de Ihering²³ que afirma que o “Direito não será letra morta e se realizará no primeiro caso se as autoridades e os funcionários do Estado cumprirem com o seu dever, e em segundo lugar, se os indivíduos fizerem valer os seus direitos”.

Não há como não reconhecer que os deveres fundamentais sejam imprescindíveis, e estão atrelados à formação dos próprios direitos fundamentais, ainda que sejam utilizados meios correlatos ou transversais para identificá-los ou localizá-los no texto constitucional.

3. CORRELAÇÃO ENTRE DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS

Partindo-se do princípio de que os Deveres fundamentais estariam contidos no modelo de contrato social adotado pelo estado de direito, sendo clara a reciprocidade a que estariam atrelados os cidadãos, uma vez que teriam dever de obediência ao ordenamento jurídico, caberia ao Estado, por sua vez, como bem preceitua Martínez²⁴, “o dever de garantia de direitos” o que permitiria à sociedade política o seu desenvolvimento.

Pode-se mencionar, em reforço a essa linha de raciocínio, a classificação adotada por Faro²⁵, que situa “os deveres fundamentais como a expressão do aspecto passivo do indivíduo face ao Estado e à sociedade, ao passo que os direitos seriam o aspecto ativo que o indivíduo teria perante o Estado e a sociedade”.

Nesse sentido, pode-se vislumbrar relações do tipo Estado-cidadão, cidadão-cidadão, Estado-entidade, entidade-entidade, onde se estabeleçam relações recíprocas, que claramente seriam compostas de direitos com deveres em contrapartida.

E prosseguindo em um estudo sobre deveres fundamentais, Vieira e Pedra²⁶ apontam ainda outros deveres que seriam autônomos, não gerados apenas em contrapartida, mas em

²³ IHERING, Rudolf von. **A luta pelo Direito**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo : Martin Claret, 2002. p.46.

²⁴ MARTÍNEZ, Antonio. **Europa: outro imenso passo atrás**. Disponível em <<http://outraspalavras.net/posts/europa-imenso-passo-atras>> Acesso 09 set. 2013.

²⁵ FARO, Júlio Pinheiro. Deveres como condição para a concretização de direitos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 79. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.167-209, abr./jun. 2012. p.172-174.

²⁶ VIEIRA, Pedro Gallo; PEDRA, Adriano Sant’Ana. O rol de deveres fundamentais na constituição como numerus apertus. p. 6

função de regramentos e ordenamentos expressos, distinguindo-os em “deveres autônomos ou genéricos dos deveres correlatos, específicos ou conexos”. Para esses doutrinadores, os deveres autônomos independeriam de relação material e direta para a concretização dos direitos, enquanto que os segundos estariam ligados ao aspecto ativo do indivíduo, podendo existir ainda, deveres de natureza híbrida que observassem dupla natureza.

Consideram que “todos os deveres correlatos estariam ligados aos direitos, na busca do bem comum”, colocando, por exemplo, na esteira dos correlatos, o dever de pagar tributos que, segundo eles, estaria atrelado à “concretização de vários direitos sociais prestacionais, como saúde ou educação, custeados pelo contribuinte”, mas asseveram, mais adiante, que o dever de pagar tributos tem dupla natureza, uma vez que além de “custeador principal dos direitos sociais prestacionais”, é também “custeador de manutenção da máquina pública”.²⁷

Os deveres autônomos referem-se às obrigações individuais comuns estabelecidas na legislação de modo geral, como normas de porte de documentos, por exemplo.

Em suma, a transição do Estado absolutista para o Estado Social transformou o universo de regras que regiam a relação entre Estado e cidadão, introduzindo o conceito de direitos fundamentais e por correlação o conceito de deveres fundamentais.

Portanto, se é certo dizer que os direitos fundamentais emanam de princípios constitucionais, também é certo perceber que as contrapartidas têm a mesma origem, como parte de um sistema natural de sobrevivência.

Por conta disso, a existência de direitos fundamentais tipifica um lado da moeda, e a cada direito corresponderá uma obrigação, pois se um indivíduo tem algo a receber outro terá algo a prestar, surge desta forma, implicitamente o dever fundamental.

Afirma Sarlet²⁸ que o reconhecimento de deveres fundamentais,

[...] reclama um mínimo de responsabilidade social no exercício da liberdade individual e implica a existência de deveres jurídicos (e não apenas morais) de respeito pelos valores constitucionais e pelos direitos fundamentais, inclusive na esfera das relações entre privados, justificando, inclusive, limitações ao exercício dos direitos fundamentais.

Com isso, percebe-se que nesta concepção ideológica, um dos deveres fundamentais do

²⁷ VIEIRA, Pedro Gallo; PEDRA, Adriano Sant’Ana. O rol de deveres fundamentais na constituição como numerus apertus. p. 6.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 228.

cidadão é preservar o direito dos demais cidadãos ao acesso aos próprios direitos fundamentais. Neste exato sentido, a manutenção saudável de um programa de governo se faz quando não há prestações indevidas ou desnecessárias aos que tenham alcançado um estágio de satisfação individual e, por isso, não mais sejam merecedores ou necessitados de proteção ou auxílio estatal.

Ou seja, a continuação indevida, na condição de assistido, fere esse conceito de dever fundamental, pois retira a capacidade de redistribuição de direitos ou a reduz, e além de conceitualmente imoral, pode ser, em alguns casos, ilegítima ou ilegal.

Em razão disso, os próprios programas existentes exigem a comprovação de situações objetivas a caracterizar o direito, como por exemplo, a renda mínima “per capita” entre outras.

De tal modo que, se após a inclusão, o cidadão vier a atingir uma capacidade de recursos individuais que descaracterizem a necessidade de permanência no sistema de benefícios, falsear ou ocultar esses fatos, seria uma falta com deveres fundamentais.

Como afirma Reale²⁹ que se “obedecermos uma regra moral visando outros fins além daqueles que nela se contêm, o ato não é de moralidade pura. Se nos manifestarmos fiéis às regras morais, por interesse, para nos mostrarmos virtuosos perante os outros, [...] nossa conduta está inquinada de um vício que compromete a sua essência”.

Consequentemente, o cidadão precisa ser instruído de seus deveres, e não apenas de seus direitos, pois necessita ter consciência dos seus efeitos, de suas atitudes positivas, e em que medida as mesmas se revertem em prol de si mesmo e de sua comunidade. Necessita saber o quanto contribuirá sua evolução e o quanto sua participação, que era apenas passiva, e a partir de cada etapa de evolução, passará a ser ativa, incrementará em termos de resultados para o programa de inclusão. O benefício individual ou coletivo independe de uma atitude isolada, acolhe a responsabilidade de cada membro, complementando-se na medida em que o conhecimento dos deveres decorre do próprio conhecimento dos direitos.

Existem programas assistenciais que permitem a retribuição pelo cidadão em forma de prestações pessoais, como, por exemplo, a participação em frentes de trabalho direcionadas ou assistência especializada a ser prestada pelos que dispuserem de conhecimentos obtidos através de educação subsidiada.

Em função disso, cabe ao Estado responsabilizar-se pela prestação assistencial e

²⁹ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 658.

responsabilizar o cidadão pela retribuição dessa prestação nos casos em que ela seja possível.

Nessa linha de raciocínio pode-se estabelecer que cada direito fundamental seja correspondido por um dever fundamental, como por exemplo, todos os que tenham se utilizado do ensino público gratuito, em prol da coletividade, e para amenizar o custo desse sistema bancado pelo Estado, exerça atividades na forma de estágios nos últimos meses de sua graduação sob forma graciosa ou subvencionada a valores mínimos, ou ainda, um sistema de retribuição assistencial, através de consulta médica, assistência técnica, assistência jurídica, prestação de serviço ou outra forma de participação, em grau de reciprocidade e por tempo estabelecido de acordo com o grau de utilização pelos benefícios públicos utilizados.

Ou seja, o direito fundamental ao acesso de benefícios e serviços estatais está intimamente ligado ao dever fundamental de participar na manutenção do sistema, com o propósito de não sobrecarregá-lo e de permitir que os recursos não se esgotem com uns e faltem a outros.

Uma vez mais, considerando-se que as questões fundamentais, relativamente às ações positivas se firmam em torno de um núcleo de deveres e obrigações mútuos, do Estado e do cidadão, constata-se que se não houver uma contrapartida do cidadão à ação afirmativa, esta se torna apenas um mero paliativo, ou mesmo, inútil e transforma-se em indústria de faz de conta, institui uma dependência perniciosa e acima de tudo exigente.

4. DEVERES FUNDAMENTAIS DO ESTADO

Partindo-se da ideia de que um direito tem na sua contrapartida um dever e que alguns dos deveres fundamentais estão explicitados no texto constitucional, não de forma sistematizada, mas de forma esparsa, ainda que para garantir a execução de direitos fundamentais parece clara a exposição das obrigações prestacionais que tornam o Estado o sujeito ativo dos direitos fundamentais prestacionais, o que lhes atribui, em sentido inverso, os deveres fundamentais, quando sintetiza “os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais”³⁰.

Tais concepções surgem relacionadas a estudos dos direitos fundamentais, amplamente

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 143.

analisadas e explicitadas por vários autores, inclusive no próprio trabalho referencial de Sarlet, porém, careceriam de mais debates e exposições as questões a respeito dos demais deveres ligados aos princípios que constituem ou dão sustentação ao próprio Estado, ou seja, aos princípios da eficiência, da legalidade e da responsabilidade fiscal.

Para a Administração Pública eficiência significa que o agente prestador de algum serviço deverá procurar um equilíbrio entre produtividade e economicidade, ou nas palavras de Carvalho Filho³¹ “a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional”.

A responsabilidade fiscal está estampada na Lei Complementar nº 101 de 04 de Maio de 2000, que trata dos crimes contra as finanças públicas e que passou a ser conhecida como LRF (Lei da Responsabilidade Fiscal)³², estabelecendo no § 1º do art. 1º, que:

§ 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

Por conta desses princípios pode-se construir um raciocínio acerca de certos deveres dos administradores do Estado, que poderiam relacionar-se à necessidade de manutenção de suas tarefas como Estado, na defesa do bem estar social, provendo e mantendo direitos fundamentais.

A partir dessa necessidade, se observa, quando da implantação de programas assistenciais, que as questões orçamentárias se fazem presente, assim como a responsabilidade pela eficiência desses sistemas que não podem ser criados de forma desordenada e sem objetivos e motivação legal.

A má condução de tais programas, a sua manutenção inadequada, o seu abandono ou a negligência na condução de suas diretrizes estariam em confronto com os três princípios, sendo dever do Estado não apenas implantar, mas, também, dar continuidade e, principalmente, efetividade ao programa implantado.

Nessa linha de raciocínio, é evidente que o administrador público terá que solucionar casos

³¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 20 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 27.

³² BRASIL. Lei complementar 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://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm.

de desperdício, otimizar recursos e evitar desconroles, no entanto, não poderá apenas se preocupar com resultados de seus atos diretos, mas sim em tornar os atos válidos e envolver os cidadãos na participação e concretização, incentivando a corresponsabilidade.

5. CORRESPONSABILIDADE DO CIDADÃO

Os deveres fundamentais seriam garantidores da existência dos direitos fundamentais, manifestados como um dever social e, como visto inicialmente, não se pode atribuir tais deveres exclusivamente ao ente estatal. É da própria essência do direito que as obrigações e os direitos formam uma parceria indivisível, contudo, o direito não sobrevive por si só, nas relações que envolvem atos de relações privadas, ou relações mistas, entre cidadão-cidadão, Estado-cidadão, cidadão-entidades, entidades-Estado, sempre haverá a necessidade que os envolvidos sejam coparticipes e realizem suas atribuições de maneira adequada, caso contrário, o império da força, da autoridade, extrapolará essa relação, modificando-a para uma demanda entre partes.

Importante destacar que alguns deveres são exigidos diretamente, poder-se-ia dizer que são autoaplicáveis, como por exemplo, o pagamento de impostos, a obediência às ordens da autoridade. A consequência pelo não cumprimento seriam sanções que estão previstas na própria legislação. O Cidadão possui também deveres cívicos, como por exemplo, o voto que no caso brasileiro é obrigatório, mas a ausência pode acarretar multa. Existem alguns deveres que se destinam a cidadão em especial, como os militares que estão sujeitos ao dever de isenção partidária, ou o advogado que está obrigado ao sigilo profissional.

Assim, estes deveres são de caráter civil e político. Eles têm como característica principal o fato de serem deveres dos cidadãos para com o Estado.

Por esta ótica Prosdócimi e Costa³³ balizaram que “esse dever social nasceria da relação entre os indivíduos de uma coletividade em que para garantir-se a própria existência e valores pessoais, far-se-ia necessário, além dos respeitos com os valores do outro, a participação efetiva na solução das necessidades recíprocas”.

O princípio que estabelece uma nação e a transforma em um Estado soberano é o interesse comum dos que deles fazem parte, esse interesse está atrelado à corresponsabilidade cidadã

³³ PROSDOCIMI, Adolfo Carlos Rúbio, COSTA Ilton Garcia. A solidariedade tributária fraterna. In: KNOERR, Fernando Gustavo; COSTA, Ilton Garcia da; LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. (ORG). **Diálogos (Im)pertinentes** - Desenvolvimento Empresarial. Curitiba: Instituto Memória, 2015, v.1. p. 46 -73.

para a consecução de fins comuns.

“A conquista paulatina de novos direitos trouxe a responsabilidade de novos deveres, a coparticipação é imperativa, na medida em que uma atribuição unilateral geraria uma desconstrução gradativa de valores humanitários”³⁴, quando firmam a ideia de coparticipação cidadã como viés dos deveres compartilhados na manutenção dos direitos fundamentais.

A essa temática de corresponsabilidade cidadã evoca a ideia de que nem sempre a prestação de obrigações, também denominada deveres, necessariamente deva ser cobrada ou exigida através da imposição de força coatora, podendo ser anteriormente motivada pela responsabilidade cidadã em preservar os direitos que também lhes assiste.

O estabelecimento de deveres fundamentais merece mais atenção do texto maior, a fim de que não haja dúvidas a serem esclarecidas em tribunais ou através de interpretações jurídicas.

Os deveres fundamentais quando prestados com base na responsabilidade cidadã em preservar direitos adquiridos ao longo dos anos, direitos políticos, direitos sociais, direitos humanos, direitos ambientais, e outros que foram sendo acrescidos com o processo da evolução das relações humanas, estabelecem uma relação de solidariedade e fraternidade que é a base ideológica das democracias modernas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os deveres fundamentais poderão fazer parte da base para um plano de continuidade dos programas assistenciais e sociais, com participação mais intensa da sociedade, instruída adequadamente de que a preservação de seus direitos está diretamente ligada ao cumprimento de suas responsabilidades.

Para que essa premissa se firme, processos educativos e disciplinadores são necessários a fim de inculcar o conceito de responsabilidade participativa, uma vez que, direitos fundamentais geram em contrapartida, deveres fundamentais.

A conceituação e aplicação dos deveres fundamentais de forma objetiva, a busca pela responsabilização dos envolvidos: Estado, cidadão, entidades, empresas, resultaria na otimização da construção e manutenção dos direitos fundamentais e de programas de cunho social.

³⁴ PROSDOCIMI, Adolfo Carlos Rúbio, COSTA Ilton Garcia. A solidariedade tributária fraterna.

A defesa de tal ponto de vista é facilmente justificável por várias ações de inserção por meio de divulgações, elucidações e envolvimento coparticipativo, que já produziram resultados esperados, tais como campanhas de vacinação, campanhas de respeito a normas de trânsito e campanhas contra o tabagismo, entre outras.

No entanto, é certo que os conceitos jurídicos trazem em si mesmos a resposta quanto ao que seriam os deveres fundamentais, na medida que a cada direito fundamental expresso constitucionalmente, um dever de respeitá-lo, implementá-lo, garanti-lo surge em contrapartida.

A prática espontânea dos deveres, sem a necessidade de intervenção de uma força coativa, reproduz o estágio cultural de um povo. Alcançar esse estágio é tarefa a ser construída por conjunção de forças do Estado e do cidadão através de uma clara especificação das obrigações, perfeita aceitação da necessidade delas pelos envolvidos e finalmente a efetiva e sistemática prática de forma indefinida dos deveres.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2015.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso 15 dez. 2015.

BRASIL. Lei complementar 101 de 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://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 645.593/DF**, Relator: Min. Cármen Lúcia, Data de Julgamento: 10/10/2011. Data de Publicação:19/10/2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000170887&base=baseMonocraticas> Acesso em 05 fev.2016.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Evolução histórica dos direitos fundamentais. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/eduardocabette/2013/10/14/evolucao-historica-dos-direitos-fundamentais>>, acesso: 05 ago. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 20 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FARO, Júlio Pinheiro. Deveres como condição para a concretização de direitos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 79. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.167-209, abr./jun. 2012.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo Direito**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo : Martin Claret, 2002.

MARTÍNEZ, Antonio. Europa: outro imenso passo atrás. Disponível em <<http://outraspalavras.net/posts/europa-imenso-passo-atras>> Acesso 09 set. 2013.

NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**: estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2007.

PROSDOCIMI, Adolfo Carlos Rúbio, COSTA Ilton Garcia. A solidariedade tributária fraterna. In: KNOERR, Fernando Gustavo; COSTA, Ilton Garcia da; LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. (ORG). **Diálogos (Im)pertinentes** - Desenvolvimento Empresarial. Curitiba: Instituto Memória, 2015, v.1. p. 46 -73.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6 ed. São Paulo: Malheiros. 2002.

VIEIRA , Pedro Gallo; PEDRA, Adriano Sant'Ana. O rol de deveres fundamentais na constituição como numerus apertus. In: **Derecho e cambio social**. Lima, Peru, a. X, n. 31, 2013. p. 4. disponível em: www.derechoycambiosocial.com. Acesso 20 ago. 2014.

A PROPRIEDADE É UM DIREITO FUNDAMENTAL?: REFLEXÕES A PARTIR DOS PENSAMENTOS DE LUIGI FERRAJOLI E GREGORIO PECES-BARBA

Marcos Leite Garcia¹

Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino²

INTRODUÇÃO

Uma questão das mais importantes no atual Estado Constitucional de Direito é a relação entre a Democracia e Direitos Fundamentais, ou seja: a legitimação da Democracia pelos Direitos Humanos Fundamentais. Quando se observa que a Democracia se torna globalmente consolidada pelas Constituições e seus Direitos Fundamentais, torna-se necessário investigar se esses mencionados direitos cumprem com o seu objetivo de preservar, universalmente, todos os seres humanos e viabilizar a sua Função Social³, especialmente dentro dos territórios nacionais. Dentre os Direitos Fundamentais expressos nos textos constitucionais, um demanda maior atenção (e preocupação): O Direito à Propriedade.

A indagação formulada no título deste artigo não é algo que possa ser desprezado, pois em que medida o citado Direito se institui como fonte de permanente organização social e proteção

¹ Doutor em Direitos Fundamentais (2000); Master em Direitos Humanos (1990); Ambos cursos realizados no Instituto de Direitos Humanos da Universidade Complutense de Madrid, Espanha. Realizou estágio pós-doutoral na Universidade Federal de Santa Catarina entre 2012 e 2103. Desde 2001 professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, Cursos de Mestrado e Doutorado, e do Curso de Graduação em Direito da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI)- Santa Catarina. Da mesma maneira, desde 2015 professor do Programa de Pós-Graduação em Direito, Curso de Mestrado, da Universidade de Passo Fundo (UPF) - Rio Grande do Sul. E-mail: mleitegarcia@terra.com.br.

² Doutor em Ciência Jurídica (2013); Mestre em Ciência Jurídica (2007); Ambos cursos realizados no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, Curso de Mestrado, em Direito da Faculdade Meridional (IMED)- Passo Fundo, Rio Grande do Sul. Coordenador do Grupo de Pesquisa em Ética, Cidadania e Sustentabilidade no Programa de Mestrado em Direito (PPGD) da Faculdade Meridional (IMED). E-mail: sergiorfaquino@gmail.com

³ "[...] a função do Estado é algo que se dá e se propõe à vontade humana. A função do Estado é-nos necessariamente dada por uma situação cultural e natural. Nunca é uma simples situação natural aquela que reclama a função estatal. Torna-se esta uma necessidade que domina o nosso atuar no momento em que se produz uma determinada situação cultural, a saber, quando os povos se tornam sedentários. [...] Não é possível o Estado sem a atividade, conscientemente dirigida a um fim, de certos homens dentro d'ele. Os fins estabelecidos por êsses homens atuam casualmente sôbre outros homens como elementos motivadores das suas vontades. A realidade do Estado, que se deve supor aqui como uma unidade, consiste em sua ação ou função, a qual, assim como ela, não precisa que seja querida como fim, nem por todos os membros nem mesmo por um só. O Estado existe unicamente nos seus efeitos. [...] Enquanto ação objetiva, a função imanente do Estado distingue-se claramente tanto dos fins subjetivos e missões que lhe atribuem as ideologias de uma parte de seus membros, como quaisquer atribuições de sentido de caráter transcendente que se refiram ao seu fundamento jurídico". HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 243/244.

às pessoas? Sob idêntico argumento: o Direito de Propriedade têm semelhante natureza jurídica aos demais Direitos Fundamentais? Essas perguntas se tornam - razoavelmente - mais claras quando se observa os seus fundamentos históricos e jurídicos apresentado por autores, entre outros, como John Locke, Luigi Ferrajoli e Gregorio Peces-Barba.

O Direito à Propriedade, especialmente no pensamento do filósofo inglês John Locke (1632-1704), surge como manifestação de uma racionalidade *jusnatural*. A ideia de Propriedade, descrita, especialmente, no Antigo Testamento, aparece, mais tarde, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa de 1789. Percebe-se, pela leitura do 17º artigo deste documento, que a Propriedade têm significado sagrado na medida em que Deus entrega o mundo ao Homem e este o administra e o modifica⁴. Não se justifica a sua perda exceto por necessidade pública, desde que se ofereça justa e prévia indenização. A *arché*⁵ do Direito à Propriedade surge como manifestação da vontade de um comando divino aos homens que habitam a Terra, mas que se modificará devido às ações humanas para sua alteração e divisão.

O filósofo John Locke insiste que, embora o mundo tenha sido entregue a Adão, Noé e seus filhos por Deus, não é possível que haja a distribuição igual de porções de terras para todos, não obstante o acordo expresso realizado entre os co-proprietários⁶. A medida que oportuniza o surgimento da propriedade privada⁷, segundo Locke, é o trabalho. Somente por meio desta ação, o ser humano aperfeiçoa a terra da qual lhe fora concedida e a melhora para seu usufruto. O uso racional do espaço físico evita os desperdícios criados pela própria Natureza. O esforço contínuo e árduo para que se viabilize essas mudanças benéficas por meio do trabalho permite ao ser humano reivindicar essa terra como sua propriedade⁸.

⁴ "Artigo 17º- Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de justa e prévia indenização". Disponível em: http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/mla_MA_19926.pdf. Acesso em 15 de mar. de 2015.

⁵ A categoria por ser traduzida como Princípio, o qual, sob o ângulo da Filosofia, denota "[...] Ponto de partida e fundamento de um processo qualquer. Os dois significados, 'ponto de partida' e 'fundamento' ou 'causa' estão estreitamente ligados na noção desse termo, que foi introduzido em filosofia por Anaximandro [...]". ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 792.

⁶ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo Costa. 4. ed. Petrópolis, (RJ); Bragança Paulista, (SP): Vozes/Editora Universitária São Francisco, 2006, p. 97.

⁷ "[...] A mesma lei da natureza que nos concede dessa maneira a propriedade, também lhe impõe limites. 'Deus nos deu tudo em abundância' (1 TM 6, 17), e a inspiração confirma a voz da razão. Mas até que ponto ele nos fez a doação? Para usufruirmos dela".

⁸ "[...] Quando Deus deu o mundo em comum a toda humanidade, também ordenou que o homem trabalhasse, e a penúria de sua condição exigia isso dele. Deus e sua razão ordenaram-lhe que submetesse a terra, isto é, que a melhorasse para beneficiar a sua vida, e, assim fazendo, ele estava investindo uma coisa que lhe pertencia: seu trabalho. Aquele que, em obediência a este comando divino, se tornava senhor de alguma parcela de terra, a cultivava e a semeava, acrescentava-lhe algo que era sua propriedade, que ninguém podia reivindicar nem tomar dele sem injustiça". LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**

A lógica sobre a natureza - divina e inviolável - do Direito à Propriedade conseguiu atravessar as tormentosas águas da História e persiste, ainda, nos diferentes textos constitucionais⁹. Locke, no entanto, não conseguiu visualizar que o trabalho, na medida em que se aperfeiçoa - sob o ângulo tecnológico - demanda mais esforços: individuais e coletivos e, também, cria situações de acentuada desigualdade.

Entretanto, sabe-se que a divisão do trabalho e os frutos provenientes desta ação humana não serão repartidos de modo igual¹⁰. As diferenças econômicas originárias do trabalho, a agressividade surgida pela demarcação territorial da propriedade, a criação de diferentes estratos (ou classes) sociais, a persistência da postura egoísta como critério de (sobrevivência da) socialidade, entre outros exemplos, demonstram como a ideia de Locke se desvirtuou, de modo intenso, daquela visão romântica *jusnatural*.

Por esse motivo, o filósofo anarquista francês Pierre-Joseph Proudhon (1809-1865), de modo acertado, descreveu esse significado moderno da Propriedade como um "formigueiro de abusos"¹¹. Sob semelhante ideia e com anterioridade, o filósofo suíço Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) adverte que a igualdade entre os homens não se justifica pelo poder ou riquezas excessivas¹². O uso do poder, insiste, somente se justifica a partir dos limites estabelecidos pela lei. Nenhum cidadão pode ser capaz de "comprar" outro ser humano (quando seu patrimônio for excessivo), nem se "vender" (quando não tiver nenhum bem ou crédito para suprir suas

e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. p. 101.

⁹ Rememora Ferrajoli: *De este modo, incluso con posteridad a 1789, sólo sujetos masculinos, blancos, adultos, ciudadanos y propietarios tuvieron durante mucho tiempo la consideración de sujetos optimo iure*. FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 24.

¹⁰ "Representemo-nos, portanto, a economia política uma imensa planície, juncada de materiais preparados para um edifício. Os operários aguardam o sinal, cheios de ardor, loucos para se porem a obra; mas o arquiteto desapareceu sem deixar os planos. Os economistas as guardaram na memória muitas coisas: infelizmente não possuem sequer a sombra de um esboço. Conhecem a origem e o histórico de cada peça e o quanto custou para ser moldada, sabem qual é a melhor madeira para os pontalotes e qual argila dá os melhores tijolos; sabem o quanto se gastou em ferramentas e carretos e qual é o salário dos talhadores de pedra e dos carpinteiros, mas não conhecem o destino e o posto de nada. Os economistas não podem dissimular que têm sob os olhos os fragmentos aleatoriamente lançados de uma obra-prima, *disjecti membra poetac*; mas lhes foi impossível até o momento achar o seu desenho geral e todas as vezes que tentaram algumas aproximações encontraram apenas incoerências. Desesperando por fim das combinações sem resultado, acabaram por erigir em dogma a incoerência arquitetônica da ciência ou, como eles dizem, os inconvenientes de seus princípios, ou seja em uma palavra: eles negaram a ciência". PROUDHON, Pierre-Joseph. **Sistema das contradições econômicas ou filosofia da miséria**. Tradução de J. C. Morel. São Paulo: Ícone, 2003, Tomo I, p. 111.

¹¹ PROUDHON, Pierre-Joseph. **Sistema das contradições econômicas ou filosofia da miséria**. p. 111.

¹² Nas palavras de Cunha: "Ao colocar-se a tônica na compra e venda do que, por altíssimo e valioso, por ser valioso, por ser valor, a dignidade da própria pessoa [...], não pode ter preço, muda-se o centro da questão da pura e simples titularidade de bens, para capacidade efectiva de, através deles, exercer poder, e até poder excessivo, injusto, inumano. [...] Rousseau e os soviéticos nos recordam, assim, e fazem corrigir a nossa mira: o problema não é ser-se muito possidente, em termos sociais. Pode-se nada possuir no rigor dos títulos jurídicos e todavia ter-se muito poder...Tanto poder que podemos até comprar os demais. E esse é o grande problema!". CUNHA, Paulo Ferreira da. **Anti-leviatã: direito, política e sagrado**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005, p. 58/59.

necessidades fisiológicas ou culturais). Rousseau, ao final, indica a tônica do debate: quem possuir significativo patrimônio, recomenda-se o seu uso moderado. Quem não possuir nada, recomenda-se moderação de avareza e ambição¹³.

Essas palavras podem ser, de certo modo, exageradas, mas exprimem uma preocupação a qual deve ser esclarecida pelo Direito. O des-velo sobre a dimensão jurídica da propriedade privada necessita de dupla reflexão: a) uma acerca de seu conteúdo que o classifica como "Direito Fundamental"; b) sobre os argumentos positivos e negativos que, historicamente, justificariam a sua permanência.

1. O DIREITO À PROPRIEDADE NO PENSAMENTO DE LUIGI FERRAJOLI

Para se iniciar esse estudo, é necessário, antes, definir o que é a categoria Direitos Fundamentais. Para o *jusfilósofo* italiano Luigi Ferrajoli, trata-se dos direitos subjetivos os quais correspondam a todos os seres humanos dotados do *status* de pessoa, de cidadãos ou de pessoas com capacidade agir. Na mesma linha de pensamento, continua Ferrajoli, entende-se por "direitos subjetivos" qualquer expectativa positiva (no sentido de realizar algo, de prestações) ou negativa (de não sofrer qualquer lesão) direcionada para um sujeito por uma norma jurídica. Por fim, a expressão *status* designa a condição de um sujeito titular de direitos e deveres descritos por lei, bem como o seu exercício por meio de atitudes observadas nessa situação¹⁴.

Ferrajoli apresenta, sob essa definição, quatro argumentos os quais se des-constroí o significado proposto aos Direitos Patrimoniais inscritos como Direitos Fundamentais. O mencionado autor rememora que o Direito à Propriedade, apresentado como espécie de Direito Patrimonial, possui um equívoco devido ao seu caráter polissêmico, oriundo dos conflitos desse direito a ter e ser proprietário e o Direito à Liberdade. Essa justaposição é fruto das doutrinas jusnaturalistas, romanas e civilistas. Ser proprietário e dispor dos meios para adquirir uma propriedade refere-se à capacidade de agir e ao *status* desta pessoa ser titular de direitos¹⁵.

¹³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**: e outros escritos. Tradução de Rolando Roque da Silva. 22.ed. São Paulo: Cultrix, 2013, p. 60.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. p. 19.

¹⁵ Cidadania, numa acepção de aquisição patrimonial, não se refere à igualdade, pois, segundo Ferrajoli, "[...] a cidadania, se internamente representa a base de igualdade, externamente age como privilégio e como fonte de discriminação contra os não-cidadãos. A 'universalidade' dos direitos humanos resolve-se, conseqüentemente, numa universalidade parcial e de parte: corrompida pelo hábito de reconhecer o Estado como única fonte de direito e, portanto, pelos mecanismos de exclusão por este desencadeados para com os não-cidadãos; e, ao mesmo tempo, pela ausência, também para os próprios cidadãos, de garantias supra-estatais de direito internacional contra as violações impunes de tais direitos, cometidas pelos próprios Estados".

Adquirir um bem material para si, se tornar seu proprietário e reivindicá-lo sempre que for ameaçado é uma descrição própria dos Direitos Civis¹⁶. Estabelecer a diferença entre Direitos Fundamentais e Patrimoniais se torna necessário para que esses não se confundam com aqueles direitos e serem tutelados, de modo equivocado, pela expressão "universalidade".

A primeira diferença proposta por Ferrajoli entre Direitos Fundamentais e Direitos Patrimoniais é a de que os primeiros se manifestam pela sua universalidade (*omnium*), ou seja, pela quantidade de sujeitos aos quais são titulares de Direitos Fundamentais. Todos os seres humanos são os destinatários da proteção conferida desses direitos já mencionados. Os Direitos Patrimoniais, no entanto, não se destinam para todos, mas tão somente sujeitos específicos (*singuli*).

Percebe-se como a leitura da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 apresenta condições de igualdade e desigualdade jurídica exatamente no sentido proposto pela diferença entre Direitos Fundamentais e Direitos Patrimoniais, ou seja, o seu artigo primeiro demanda *igualdade* entre todos os homens (**situação inclusiva**). O artigo 17º apresenta a necessidade de proteção à propriedade privada, a qual é inviolável, exceto nos casos de necessidade pública (**situação exclusiva**). Observa-se que o Direito à Propriedade somente se manifesta como Direito à Liberdade quando se tem capacidade de agir e destinado a alguém como titular deste direito. **Novamente (I)**: Não se trata de um Direito Fundamental, pois o destinatário do Direito à Propriedade é específico e não universal¹⁷.

A segunda diferença entre Direitos Fundamentais e Patrimoniais, como é o caso do Direito à Propriedade, se torna ainda mais esclarecedora. Os primeiros são direitos indisponíveis, inalienáveis, personalíssimos, em outras palavras, os seus titulares não podem vendê-los, trocá-los ou abdicá-los. Os Direitos Patrimoniais, no entanto, são disponíveis, negociáveis, alienáveis, pois o seu objeto refere-se a "coisas" e não pessoas.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. Tradução de Carlos Coccioli e Márcio Lauria Filho. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 35/36.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. p. 29.

¹⁷ [...] Cuando se habla del 'derecho de propiedad como un 'derecho de ciudadanía' o 'civil' semejante a los derechos de libertad, se alude elípticamente al derecho a convertirse en propietario, conexo [...] a la capacidad jurídica, así como al derecho a disponer de los bienes de propiedad, conexo [...] a la capacidad de obrar: esto es, a derechos civiles que son, sin duda, fundamentales porque conciernen a todos, en el primer caso en cuanto personas y en el segundo como capaces de obrar. Pero estos derechos son completamente diversos de los derechos reales sobre bienes determinados adquiridos o alienados gracias a ellos; del mismo modo que el derecho patrimonial de crédito al resarcimiento de un daño concretamente sufrido es diverso del derecho fundamental de inmunidad frente a agresiones. FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. p. 31.

A noção formal dos Direitos Fundamentais¹⁸, como se depreende da compreensão da Liberdade, Vida, Direito ao Voto, entre outros, não se refere a valores ou interesses vitais, nas palavras de Ferrajoli, mas a condições universais, indispensáveis e indisponíveis para a consolidação do Direito e Democracia¹⁹. Por esse motivo, esses direitos representam, ao mesmo tempo, conquistas e limites, inclusive de autonomia, aos poderes públicos e seus titulares. **Novamente (II):** O Direito à Propriedade, como espécie do Direito Patrimonial, não é Direito Fundamental porque o seu objeto se refere a bens, móveis ou imóveis, aos quais seus detentores são **livres**, segundo os limites legais, a transacioná-los conforme as suas necessidades. O caráter alienável de bens ou "coisas" revela natureza antitética ao conteúdo dos Direitos Fundamentais.

A terceira diferença é consequência lógica do argumento anterior. Se o Direito à Propriedade é disponível e alienável, observa-se que esses podem ser modificados, criados ou extintos por atos jurídicos. Contratos, doações, sentenças, atos administrativos, testamentos são exemplos de situações negociais cujos destinatários são específicos e não universais. Os Direitos Fundamentais, no pensamento de Ferrajoli, não dispostos por *normas* enquanto que o Direito à Propriedade é *predispuesto por norma*²⁰.

O primeiro caso ocorre, imediatamente, *ex lege*, ou seja, a previsão destes Direitos Fundamentais descreverá, por lei - geralmente constitucional -, o que são, como, por exemplo, a Liberdade de Crença Religiosa no Brasil (artigo 5º, VI da Constituição Federal). Não é preciso outro instrumento jurídico para complementar o seu significado. O segundo caso, ao contrário, representa ações singulares de situações enunciadas como singulares. Para que haja a sua ação é necessário, antes, uma previsão legal sobre os efeitos desses atos, por exemplo, o ato de ter posse de uma roupa e poder vendê-la não é disposta pelo Código Civil, mas predisposta pela compra e venda disciplinada pela referida lei²¹.

Segundo Ferrajoli, as normas de Direito Fundamental são consideradas como *téticas*, enquanto que aquelas as quais dispõem os Direitos Patrimoniais são *hipotéticas*. As primeiras não apenas dispõem imediatamente os Direitos Fundamentais, mas, também, impõem obrigações

¹⁸ [...] *La nuestra es una definición formal o estructural, en el sentido de que prescinde de la naturaleza de los intereses y de las necesidades tutelados mediante su reconocimiento como derechos fundamentales, y se base únicamente en el carácter universal de su imputación: entiendo 'universal' en el sentido puramente lógico y valorativo de la cuantificación universal de la clase de os sujetos que son titulares de los mismos.* FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** p. 20.

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** p. 32.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** p. 33.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** p. 34.

ou proibições, como aquelas observadas pelo Direito Penal ou Direito Tributário. As normas *hipotéticas*, contudo, não impõem nem prescrevem direitos, mas tão somente os efeitos de situações jurídicas predispostas por seus artigos. Nessa modalidade, observam-se as predisposições de direitos patrimoniais ou obrigações civis que indicam os efeitos de atos negociais ou contratuais²².

A última diferença entre os Direitos Fundamentais e Direitos Patrimoniais se refere ao significado proposto pelo Estado Constitucional de Direito²³ num duplo sentido: a) Os primeiros direitos aqui enunciados são *verticais*, ou seja, originam-se de relações intersubjetivas entre cidadão e o Estado, no qual a sua natureza é pública. Os Direitos Patrimoniais referem-se a situações *horizontais*, as quais são criadas por relações intersubjetivas entre os próprios cidadãos. A realização atos contratuais ou obrigacionais de compras, de vendas, de permutas, de trocas, de depósitos, entre outros, sugerem *estado de igualdad* entre os sujeitos, o que não ocorre na primeira relação mencionada; b) Tanto os Direitos Fundamentais quanto os Direitos Patrimoniais indicam a existência de limites os quais devem ser observados, por exemplo, a cargo do Estado quando sinaliza as proibições e obrigações do Poder Legislativo como condições de legitimidade dos poderes públicos. No caso dos Direitos Patrimoniais, observa-se a proibição genérica de não lesar naquelas situações sobre o Direito Real, bem como de obrigações debitórias quando se mencionam os Direitos Pessoais ou Direitos de Crédito²⁴.

Esse esclarecimento entre as esferas pública e privada²⁵ demonstram a importância de se

²² [...] *Las primeras expresan la dimensión nomostática del ordenamiento; las segundas pertenecen a su dimensión normodinámica. Tanto es así que mientras los derechos patrimoniales son siempre situaciones de poder cuyo ejercicio consiste en actos de disposición a su vez productivos de derechos y de obligaciones en la esfera jurídica propia o ajena (contratos, testamentos, donaciones y similares), el ejercicio de los derechos de libertad consiste siempre en meros comportamientos, como tales privados de efectos jurídicos en la esfera de los demás sujetos.* FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. p. 34.

²³ Sobre a importância do Constitucionalismo para a viabilidade do Estado, Ferrajoli afirma: *El constitucionalismo no es por tanto solamente una conquista y un legado del pasado, quizá el legado más importante del siglo XX. Es también, y diría que sobre todo, un programa normativo para el futuro. En un doble sentido. En el sentido de que los derechos fundamentales establecidos por las constituciones estatales y por las cartas internacionales deben ser garantizados y concretamente satisfechos: el garantismo, en este aspecto, es la otra cara del constitucionalismo, en tanto le corresponde la elaboración y la implementación de las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos. Y en el sentido de que el paradigma de la democracia constitucional es todavía un paradigma embionario, que puede y debe ser extendido una triple dirección: antes que nada hacia la garantía de todos los derechos, no solamente de los derechos de libertad sino también de los derechos sociales; en segundo lugar frente a todos los poderes, no sólo frente a los poderes privados; en tercer lugar a todos los niveles, no sólo en derecho estatal sino también en el derecho internacional.* FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. In: CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos**. Madrid: Trotta, 2007, p. 72/73.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. p. 34-35.

²⁵ [...] *El futuro del constitucionalismo jurídico, y con él el de la democracia, está por el contrario confiado a esta triple articulación y evolución: hacia un constitucionalismo social, junto al liberal; hacia un constitucionalismo de derecho privado, junto al de derecho público; hacia un constitucionalismo internacional, junto al estatal.* FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. In: CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos**. p. 73.

solucionar essas confusões históricas, doutrinárias e terminológicas sobre o Direito à Propriedade, apresentado como espécie aos Direitos Patrimoniais, ser classificado como Direito Fundamental. As coisas clamam por um dono, individual²⁶ ou coletivo²⁷, mas essa pretensão não significa que se adote uma postura (jurídica²⁸) egoísta para fundamentar a eliminação do *estrangeiro* - seja pelas fronteiras territoriais, seja pela sua situação econômica. As desigualdades originárias das relações patrimoniais não oportunizam o desenvolvimento do Direito ou Democracia quando não existe esse constrangimento de nossos desejos de tudo possuir.

O Direito à Propriedade é um critério para delimitar a diferença do "meu", do "teu" e do "nosso". Não obstante o seu sentido pertença ao Direito Privado, a sua atuação somente se manifesta devido à sua Função Social²⁹. Por esse motivo, precisa-se elencar os argumentos favoráveis e desfavoráveis ao Direito à Propriedade para se concluir, talvez, se, conforme Ferrajoli, o citado direito pode ser classificado como Direito Fundamental. Dentre os pontos positivos, o português Paulo Ferreira da Cunha³⁰ destaca:

- 1) A propriedade é uma forma de organizar o mundo e de estar no mundo. Um mundo sem propriedade (falamos agora de qualquer tipo de propriedade, e não só da privada) seria uma utopia muito interessante, com um Homem totalmente diferente. Mesmo um mundo sem propriedade privada ou com ela muito limitada já provou ser um universo concentracionário, claustrofóbico, irrespirável.
- 2) A propriedade estabelece relação entre o Homem e as coisas, e mesmo entre o Homem e os outros seres.
- 3) A propriedade permite melhor matematização social, calculabilidade, e, implicitamente, previsibilidade e planificação, logo, melhor organização social.
- 4) A propriedade implica mais produtiva divisão do trabalho e assim melhor aproveitamento de recursos humanos, e, portanto, mais riqueza e mais prosperidade.
- 5) A propriedade interessa os respectivos proprietários nos seus bens, que são assim mais cuidados e mais rentáveis.
- 6) Em suma, a inexistência da

²⁶ "A propriedade privada é uma instituição de direito positivo porque os homens ainda não são suficientemente altruístas para tratarem do que é comum como tratam do que é seu. Sê-lo-ão algum dia?". CUNHA, Paulo Ferreira da. **Anti-leviatã**: direito, política e sagrado. p. 64.

²⁷ "As coisas clamam por dono: e na propriedade colectiva, sendo tudo de todos, ou acaba por não ser de ninguém, deixando as coisas ao Deus dará - o que é mau para todos e cada um, ou se termina por estabelecer uma outra propriedade, de facto, de uns tantos, que em nome dos outros, usufruem, nem sempre porque das coisas outrem, mas porque delas, burocraticamente, se apossam". CUNHA, Paulo Ferreira da. **Anti-leviatã**: direito, política e sagrado. p. 65.

²⁸ "Seja como for, a nossa propriedade obrigacional gira em torno do paradigma do direito subjectivo, em que a obrigação passiva universal acaba por satisfazer as pretensões de não turbação dos proprietários. Mas o que dizer da propriedade fundiária, imobiliária até em geral? Os especialistas são Vossas Excelências, mas atrever-me-ei a suspeitar que, por detrás do fundo da relação jurídica geral, e portanto do direito subjectivo, e da moda de um direito mais social (que pode, em casos perigosos, ser uma espécie de anti-direito) pulsa ainda uma realidade objectiva. Os direitos reais são telúricos. Os obrigacionais não. E os pessoais menos ainda. Mas os direitos das coisas têm ainda a pulsar dentro de si o velho fundo romano, que é muito mais tangível". CUNHA, Paulo Ferreira da. **Anti-leviatã**: direito, política e sagrado. p. 66.

²⁹ "A propriedade tem uma função social e é uma função social. A função social da propriedade pode colher-se em várias teorias, mesmo antagónicas, porque, na verdade, a propriedade faz mesmo socialmente várias coisas, que não remam todas para a mesma maré". CUNHA, Paulo Ferreira da. **Anti-leviatã**: direito, política e sagrado. p. 69.

³⁰ CUNHA, Paulo Ferreira da. **Anti-leviatã**: direito, política e sagrado. p. 69/70.

propriedade privada implicaria perda de liberdade e de prosperidade, não só de todos, como de cada um.

Percebe-se como a propriedade favorece a todos, seja no sentido privado ou coletivo. No primeiro, observa-se o cuidado necessário ao bem ou patrimônio. Privilegia-se a criatividade para se aperfeiçoar a sua preservação em benefício da vida. No sentido coletivo, estimula os modos de encontrar aquilo que se torna indispensável à manutenção do bem conviver, ou seja, insiste-se na (árdua) atividade de se identificar quais bens possibilitam a organização social.

No entanto, nem sempre a preservação da propriedade, especialmente sob o ângulo do Direito, sinaliza perspectivas de melhoria na nossa humanização³¹. A partir de Cunha³², é possível verificar quais argumentos se revelam como obstáculos à descrição do Direito à Propriedade como algo fundamental ao ser humano:

1) A propriedade não é explicável naturalmente, mas juridicamente. Ou, corrigindo, é defendida juridicamente, mas pode não ter causa legítima. 2) A propriedade é fonte de opressão - pois os grandes exploram os pequenos, os possidentes humilham os desprovidos. 3) A propriedade é a própria medida da desigualdade, e portanto da desumanidade. 4) Onde muitas vezes se conclui, de forma extrema, que só a propriedade coletiva, ou seja, o fim da propriedade privada, poderia instituir a justiça.

Ambos os argumentos, positivos ou negativos, não justificam a supressão da propriedade, seja na dimensão privada ou coletiva. Sob idêntica linha de pensamento, é impossível que o Direito não assuma sua função protetiva contra as atitudes excessivas humanas, especialmente contra aquele que, com o domínio de suas riquezas, acredita ser possível "comprar" tudo e todos (a vida como mercadoria, no seu sentido mais amplo) ou aquele no qual, desprovido de recursos e/ou dignidade, é capaz de "vender" a si, aos demais, bem como ambicionar, por meio do Poder, a utilização de todos como "coisas" para satisfação de seus desejos pessoais.

É diante desse cenário que a pergunta persiste: o Direito à Propriedade, como espécie do

³¹ "O Direito sem Esperança não se torna um espaço de proteção e diálogo para se ampliar cenários pacíficos, razoáveis à integração humana – seja local, regional, nacional, continental, supranacional ou transnacional. Precisa-se identificar o que é fundamental para promover, no sentido mais amplo da expressão, vida e Dignidade para todos, indistintamente. A tarefa parece difícil, exaustiva, mas é a exigência histórica de nos transfigurarmos para se manter significativa as Relações Humanas. Se todos forem classificados como "objeto", percebe-se que entidades como Estado, Democracia, Direito, Cultura, Política, entre outros, são vazias de propósito, pois nada existiria além da interação sujeito-objeto. A Esperança é a força regeneradora do Direito no século XXI. Percebe-se que as regras sociais são forjadas pelos valores mercantis. Exige-se que a cada Ser humano transfigure-se, continuamente, para sobreviver às demandas do consumo solipsista. Sob a influência desse cenário, ninguém consegue, sozinho, lidar com tais posturas. A Liberdade Líquida Camaleônica des-figura o sentimento de Humanidade porque não é possível lidar com o 'lado feio da Liberdade'. AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. **O direito em busca de sua humanidade**: diálogos errantes. Curitiba: CRV, 2014, p. 130.

³² CUNHA, Paulo Ferreira da. **Anti-leviatã**: direito, política e sagrado. p. 70.

Direito Patrimonial, ainda se justifica como um Direito Fundamental, o qual consegue se apresentar como universal para todos os seus titulares? A resposta, aos poucos, deixa de ser nebulosa para se efetivar o conteúdo desses direitos no intuito de melhorar a organização social e preservar as pessoas.

2. O DIREITO À PROPRIEDADE NO PENSAMENTO DE GREGORIO PECES-BARBA

Segundo a obra do jusfilósofo espanhol Gregorio Peces-Barba, “[...] os direitos fundamentais são um conceito histórico do mundo moderno que surge progressivamente a partir do *trânsito à modernidade*”³³. Essa é uma das máximas da teoria dos Direitos Fundamentais de Gregorio Peces-Barba. Nesse sentido, também leciona o *jusfilósofo* italiano Norberto Bobbio³⁴ os “direitos não nascem todos de uma só vez. Nascem quando devem ou podem nascer”. E justifica o professor de Turim, que os Direitos fundamentais “[...] Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências”. Segue justificando o mesmo que “[...] ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitação de poder; remédio que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor”. Nesse sentido, a concepção de Gregorio Peces-Barba³⁵ sobre o trânsito à modernidade diz que:

[...] o trânsito à modernidade é um momento revolucionário, de profunda ruptura, mas ao mesmo tempo importantes elementos de sua realidade já se anunciavam na Idade Média, e outros elementos tipicamente Medievais sobreviveram ao fim da Idade Média, neste trânsito à modernidade e até o século XVIII, aparecerá à filosofia dos direitos fundamentais, que como tal, é uma novidade histórica do mundo moderno, que tem sua gênese no trânsito à modernidade, e que, por conseguinte, participa de todos os componentes desse trânsito já sinalizados, ainda que sejam os novos, os especificamente modernos, os que lhe dão seu pleno sentido³⁶.

Gregorio Peces-Barba e Luigi Ferrajoli têm em comum que ambos são seguidores de

³³ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p. 146.

³⁴ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 25.

³⁵ PECES-BARBA, Gregorio. **Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales**. Madrid: Mezquita, 1982, p. 4.

³⁶ Gregorio Peces-Barba, com relação à expressão *trânsito à modernidade*, encontra dificuldade na delimitação cronológica do período em razão das divergências de interpretação quanto à origem da Idade Média e onde se localiza o início do Renascimento. Considerou, portanto, mais adequado utilizar o termo para o período histórico que se iniciará no século XIV e chegará até o século XVIII ou XIX. Evidentemente que dependendo da região em que estaria sendo aludida, uma vez em algumas regiões as condições de superação do feudalismo se darão antes, como na Itália e Inglaterra e em outras mais atrasadas será depois como na França e na Alemanha; assim sendo na península ibérica ainda mais atrasadas. Em algumas latitudes o feudalismo adentra até o século XX, quicá o XXI. GARCIA, Marcos Leite. *Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba*. In: VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Julio Cesar. **Reflexões da Pós-Modernidade**: Estado, Direito e Constituição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 194.

Norberto Bobbio e de uma nova forma de positivismo a partir do Estado Constitucional de Direito nascido no pós Segunda Guerra Mundial. Será então no entorno do desenvolvimento do novo ideário do Estado Constitucional ou democrático e social de Direito que o positivismo-constitucionalismo garantista de Ferrajoli ou o chamado positivismo ético ou corrigido de Peces-Barba irão se desenvolver. Em suma, são teorias que podem ser classificadas como pertencentes ao contexto do *neopositivismo jurídico*. Peces-Barba a partir de sua teoria *dualista* que segundo seu discípulo Rafael de Asís Roig³⁷ em uma segunda e mais importante etapa de sua obra passará a ser *trialista*; uma vez que o professor de Madrid a partir dos anos de 1990 passa a lecionar que os mesmos devem ser tratados a partir de uma concepção *trialista* ou tridimensional que leva em consideração as suas dimensões axiológicas, normativas e fática. Para Liborio Hierro a obra de Peces-Barba é sobretudo uma teoria constitucional dos Direitos Fundamentais³⁸.

Não resta dúvida que a partir do novo paradigma do Estado Constitucional de Direito os direitos fundamentais passam a legitimar todo o sistema de normas. Ademais que os direitos fundamentais são conquistas históricas da humanidade e somente foram possíveis a partir de uma série de acontecimentos marcantes que levaram a uma mudança na estrutura da sociedade e na mentalidade do ser humano³⁹. Por isso mesmo faz parte do novo paradigma aludido fazem a chamada por Ferrajoli esfera do indecível, ou do núcleo duro que chama-se no Brasil de cláusulas pétreas, território proibido, coto vedado ou seja Direitos Fundamentais constitucionalizados e que não podem ser abolidos ou revogados.

Gregorio Peces-Barba⁴⁰ analisa que os direitos fundamentais reportam-se a uma pretensão moral justificada sobre traços importantes derivados da idéia de dignidade humana que tão-somente a partir da sua recepção no Direito positivo efetivasse-a a sua finalidade. Devida a essa característica alcança-se a *compreensão* dos direitos fundamentais de uma visão integral do *fundamento* e do *conceito*. Sua inseparável conexão se produz porque o direito tem uma raiz

³⁷ ASÍS ROIG, Rafael de. La concepción dualista de los Derechos Fundamentales en la teoría de Gregorio Peces-Barba. In: VV.AA. **Entre la Ética, la Política y el Derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba**. Vol. I. Madrid: Dykinson, 2008. p. 393.

³⁸ HIERRO, Liborio. En busca del arca perdida: diez comentarios a las tesis de Gregorio Peces-Barba sobre el fundamento de un sistema jurídico. In: VV.AA. **Entre la Ética, la Política y el Derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba**. Vol. I. Madrid: Dykinson, 2008. p. 649-650.

³⁹ GARCIA, Marcos Leite. Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 46, 31.10.2007. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2343> Acesso: 30 de março de 2015, p. 4.

⁴⁰ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 103.

moral que se indaga por intermédio da *fundamentação*, mas não são tais sem pertencer ao ordenamento e poder, assim ser eficazes na vida social, realizando a função que os justifica. Neste sentido, a moralidade e juridicidade formam o âmbito de estudo necessário para a *compreensão* dos direitos fundamentais.

Para o professor Espanhol⁴¹ não teria sentido falar da *fundamentação* de um direito que não seja logo suscetível em nenhum caso de integrar-se no Direito positivo, e tão pouco terá sentido falar do *conceito* de um direito ao que não se lhe possa encontrar uma raiz ética vinculada às dimensões centrais da dignidade humana. Nos direitos fundamentais: a moral e o direito estão entrelaçados e a separação os faz incompreensíveis. A *compreensão* dos direitos fundamentais, da moral e do direito, aparecerem conectados pelo Poder. Os direitos fundamentais que se originam e se fundam na moralidade lançam-se no direito pela intervenção do Estado. Esta é a sua concepção *dualista* inicial.

Sem o apoio do Estado esses valores morais não se convertem em Direito positivo, e, por conseguinte, carecem de força para orientar a vida social em um sentido que favoreça sua finalidade moral. No entanto, quando a moralidade incorporar-se ao Direito positivo está frente a uma *pretensão moral justificada* que constituem a Filosofia do direito fundamental. E, a partir da pressão dada pelos cidadãos, o Estado assume seu papel para formar parte do Direito positivo. Dessa maneira, antes do primeiro processo de positivação levado a cabo com as revoluções burguesas do século XVIII, necessário tratar de um anterior processo de evolução que seria o qual chamamos de processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. Esse processo de evolução estaria diretamente relacionado com perguntas fundamentais entabuladas por Gregorio Peces-Barba⁴². Primeiramente questiona o autor *o por que dos direitos fundamentais? Por que devem ser respeitados os direitos fundamentais?* Como segundo questionamento, *para quê dos direitos fundamentais?* E como terceira pergunta fundamental incluímos: *qual deve ser seu conteúdo (?)*, visto que os direitos fundamentais não são um conceito estático por tratar-se de um conceito que acompanha a Sociedade.

A consideração do direito de propriedade como um direito do homem é um dos pilares das revoluções liberais burguesas dos séculos XVII e XVIII. Como os direitos fundamentais não são um conceito estático, e sim um conceito dinâmico - uma vez que o processo de formação do ideal dos

⁴¹ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 104.

⁴² PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 104.

direitos fundamentais é constante-, novas demandas e reivindicações de direitos fundamentais estão presentes em cada momento histórico da sociedade humana. Luigi Ferrajoli indica que os Direitos Fundamentais são reivindicações (do grupo humano) dos mais débeis⁴³. A história nos indica que os direitos fundamentais nascem de reivindicações dos mais débeis. Isso se dá sempre a partir de grupos dos mais fracos e débeis perante o grupo dos mais fortes e poderosos⁴⁴. Então o burguês reivindicará direitos ante as classes privilegiadas, nobreza e alto clero, e o monarca. Posteriormente o coletivo dos *sans culotte*⁴⁵, proletariado ou trabalhador, desesperadamente reivindicará direitos ante uma forte burguesia dona do poder. E assim sucessivamente, os grupos mais fracos da sociedade, a mulher, o idoso, a criança, o consumidor, o cidadão vítima das graves contaminações do meio ambiente, etc., estes e outros irão reivindicar direitos ante os poderosos, seja homem, adulto, rico, produtor de bens de consumo, e o poluidor por interesses econômicos de todo o planeta. Um direito que nunca se pensava que poderia existir surge como uma nova demanda, um novo direito; e em contrapartida: um direito consagrado em um determinado momento histórico pode deixar de ser um direito fundamental. Este último caso seria o da propriedade. Consagrado como um dos pilares do processo de positivação dos direitos do homem e do cidadão a partir das revoluções liberais, hoje em dia pode-se afirmar que há deixado de ser um direito fundamental.

Para poder falar da negação do direito de propriedade como um dos direitos fundamentais em Gregorio Peces-Barba, faz-se necessário averiguar sua concepção tridimensional dos Direitos Fundamentais. Como foi explicitado, dita concepção tridimensional dos Direitos Fundamentais do professor Gregorio Peces foi assim batizada por um dos seus principais discípulos, o professor Rafael de Asís Roig. Na construção e delimitação do conceito de Direitos Fundamentais na obra do professor Peces-Barba, em uma primeira fase de seu pensamento era notadamente dualista, entre as dimensões ética e jurídica. Rafael de Asís disserta que nos anos de 1990 a teoria do direito do professor madrilenho passa a ser *trialista*, ou seja, uma concepção tridimensional⁴⁶.

Segundo a teoria dos Direitos Fundamentais do professor Peces-Barba, os mesmos devem

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Tradução de Perfecto A. Ibáñez e Andréa Greppi. Madrid: Trotta, 1999. Título original: *Il diritto come sistema de garanzie*.

⁴⁴ Claro que quando existe as condições necessárias para dita reivindicação, uma vez que muitíssimas vezes as mesmas são reprimidas e/ou massacradas pelos mais fortes.

⁴⁵ *Sans Culotte* era como as classes mais ricas chamavam ao coletivo ds membros das classes populares na França revolucionária. Vem do francês "sem culottes", uma vez que o culotte era uma espécie de calção justo e apertado na altura dos joelhos e que servia como vestimenta típica somente dos mais abastados, os nobre e os burgueses mais ricos.

⁴⁶ Veja-se: PECES-BARBA, Gregorio. **Derecho y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. 423 p.

ser tratados a partir de uma concepção *trilateral* ou tridimensional que leva em consideração as suas dimensões axiológicas: validade-legitimidade; normativas: vigência-legalidade; e fática: eficácia-efetividade. Ou as dimensões éticas, jurídicas e sociais que formam a concepção tridimensional de Gregorio Peces-Barba. Dita concepção tridimensional dos Direitos Fundamentais terá como um das teses centrais a visão integral do fenômeno dos direitos e será de fundamental importância para a delimitação de seu conceito de direitos fundamentais. Trarão os elementos constitutivos para o enquadramento de um direito no rol dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais visando sua efetiva realização teriam seu conceito calcado em três características principais, uma relacionada com sua validade (fundamento-legitimidade), com sua vigência (positividade-legalidade) e com as práticas sociais (eficácia ou efetividade). Estas seriam as três dimensões dos direitos fundamentais: uma ética, uma jurídica e outra social.

2.1. A dimensão ética: Direitos fundamentais como uma pretensão moral justificada.

Em primeiro lugar devemos ver a dimensão ética do fenômeno, uma vez que os direitos fundamentais são uma **pretensão moral justificada**. Os direitos fundamentais devem ser, ou devem partir de uma pretensão moral que esteja justificada na dignidade da pessoa humana – seu pilar principal -, na igualdade, na liberdade e na solidariedade humana – seus outros três pilares de sustentação -. Dito em outras palavras: os direitos fundamentais devem estar fundamentados em alguns valores básicos que foram se formando a partir da modernidade. Nos dizeres de Peces-Barba⁴⁷:

Uma pretensão moral justificada, tendente a facilitar a autonomia e a independência pessoal, enraizada nas idéias de liberdade e igualdade, com matizes que aportam conceitos como solidariedade e segurança jurídica e construída pela reflexão racional na história do mundo moderno, com as contribuições sucessivas e integradas da filosofia moral e política liberal, democrática e socialista.

Essa explicação da pretensão moral justificada é exatamente a fundamentação teórica do *por que* dos direitos fundamentais. Algo que seja contrário a dignidade da pessoa humana - ou a liberdade e a igualdade entre todos -, não poderá ser justificado como possível futuro direito fundamental. Um direito fundamental somente como pretensão moral justificada, sem ser norma

⁴⁷ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 109.

positivada seria ainda um direito natural⁴⁸. Essa pretensão moral justificada deve ser, portanto, positivada para ser um direito fundamental; uma vez que os direitos fundamentais devem de ter a possibilidade ou estar previstos em um texto legal. Assim estamos considerando duas das dimensões de seu conceito integral: o conceito ou visão integral dos direitos fundamentais pode ser compreendido, em primeiro lugar, sob dois pontos de vista ou dimensões: uma dimensão ética, que se traduz no caminho para fazer possível a dignidade humana e a consideração de cada ser humano como pessoa moral, e por outro lado a dimensão jurídica, que reconhece e explica a incorporação dos direitos ao direito positivo⁴⁹. No mesmo sentido, diz o professor Peces-Barba⁵⁰ que:

Para falar de pretensão moral justificada é necessário que desde o ponto de vista de seus conteúdos seja generalizável, suscetível de ser elevada a Lei geral, é dizer, que tenha um conteúdo igualitário, atribuível a todos os destinatários possíveis, sejam os genéricos *homem* ou *cidadão* ou os situados *trabalhador, mulher, administrado, usuário* ou *consumidor, criança*, etc.

Não resta dúvida que os direitos fundamentais têm essa exigência de serem positivados, pois se ficassem somente no plano teórico de pretensão moral justificada não seriam direitos e sim somente uma idéia ou um direito natural. Sem dúvida que o consenso acerca do direito natural racionalista – construído pelos livres pensadores do transito à modernidade – é a base do consenso acerca dos direitos fundamentais atuais. Do contrário, sem o consenso em torno aos direitos, cairíamos na critica de Jeremy Bentham no sentido de que é impossível raciocinar com fanáticos armados de um direito natural e que a variedade de direitos naturais de diversas estirpes levaria a uma horrível guerra⁵¹. Os direitos fundamentais são ideológicos e sua edificação intelectual se dá a partir de *pretensões morais justificadas* construídas com as contribuições sucessivas e integradas da filosofia moral e política liberal, democrática e socialista⁵².

⁴⁸ Indiscutível a importância do Direito Natural, sobretudo o racionalista nos históricos processos de formação do ideal e de positivação dos direitos fundamentais.

⁴⁹ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 39.

⁵⁰ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 109.

⁵¹ “[...] Es imposible razonar con fanáticos armados de un Derecho Natural que cada uno entiende a su modo, y del cual nada puede ceder ni quitar: que es inflexible, al mismo tiempo que ininteligible, que está consagrado a su vista como un dogma, y del cual nadie puede apartarse sin delito. En vez de examinar las leyes por sus efectos, en vez de juzgarlas como buenas o malas, estos fanáticos solamente las juzgan por su conformidad o contrariedad con este supuesto Derecho natural, que es decir, que sustituyen al razonamiento de la experiencia todas las quimeras de su imaginación... ¿No es esto poder las armas en manos de todos los fanáticos contra todos los gobiernos? ¿En la inmensa variedad de ideas sobre la ley natural y la ley divina, no hallará cada uno alguna razón para resistir a todas las leyes humanas? ¿Hay un solo Estado que pudiera mantenerse un día, si cada uno se creyera obligado en conciencia a resistir a las leyes que no fueran conformes a sus ideas particulares sobre la ley natural o revelada? ¡Qué guerra sangrienta y horrible entre todos los intérpretes del Código de la Naturaleza, y todas las sectas religiosas! [...]” BENTHAM, Jeremy. **Tratados de legislación civil y penal**. Tradução de Ramón Salas. Madrid: Editora Nacional, 1981. p. 94-95.

⁵² PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 138-144; e p. 199-204.

2.2. A dimensão jurídica: Direitos fundamentais como possibilidade de ser uma norma jurídica exigível

Em segundo lugar e de acordo com sua dimensão jurídica, os direitos fundamentais devem **ter a possibilidade de ser uma norma positiva**, é dizer devem ter a possibilidade de técnica jurídica de ser positivado, de ser incluído como norma jurídica. Da mesma forma não devem ser somente uma norma positiva e ponto final como se de uma declaração ou carta de intenções se tratara, uma vez que devem ser uma norma positiva que deve vir **acompanhada de sua respectiva garantia**. Dito de outra forma: não basta que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo, porque virão momentos que será colocado em discussão, desobedecido e até sistematicamente violado. Isto é, além de positivado os direitos devem ter a possibilidade de ser exigido perante as autoridades competentes. Diz o professor Peces-Barba⁵³ que deve ser

Um subsistema dentro do sistema jurídico, o Direito dos direitos fundamentais, o que supõe que a pretensão moral justificada seja tecnicamente incorporável a uma norma, que possa obrigar a uns destinatários correlativos das obrigações jurídicas que se desprendem para que o direito seja efetivo, que seja suscetível de garantia ou proteção judicial, e, por suposto que se possa atribuir como direito subjetivo, liberdade, potestade ou imunidade a uns titulares concretos.

Então os direitos fundamentais, para se tornarem efetivos devem ser uma norma positiva acompanhada dos respectivos meios, instrumentos ou procedimentos, mecanismos de técnica jurídica que a doutrina chama de garantias. Ditas garantias não são um fim em si mesmas, mas instrumentos para a tutela de um direito fundamental. Dito de forma mais completa: deve tratar-se de uma pretensão moral justificada incluída em uma norma legal acompanhada de uma garantia. Partindo dessa proposta de definição podemos averiguar que o que hoje consideramos direitos fundamentais, e que efetivamente se encontram em nosso texto constitucional como tal: uma vez que, por exemplo, todos os direitos fundamentais encontrados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 são todas pretensões morais justificadas positivadas seguidas por suas respectivas garantias. Estudando as origens de todos os direitos fundamentais incluídos em nosso texto constitucional estaríamos fundamentando e justificando moralmente aquelas pretensões que se transformaram em direito positivo. A justificativa moral dos direitos fundamentais é o estudo da principal pergunta da chamada, pelos professores Gregorio Peces-Barba e Nicolás López Calera, filosofia dos direitos fundamentais: o por quê dos direitos? Interessante também chamar a atenção no sentido de que algumas questões que podemos

⁵³ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 112.

considerar como pretensão moral justificada e que, mesmo assim, o legislador preferiu não positivá-los como direitos fundamentais por serem subjetivos demais, uma vez que sua positivação pareceria pura demagogia⁵⁴.

2.3. A dimensão social: Direitos fundamentais como realidade social e condições essenciais para sua efetividade.

Em terceiro lugar e de acordo com sua dimensão social, **os direitos fundamentais devem estar de acordo com realidade social**. Os direitos fundamentais são uma realidade social, é dizer, atuante na vida social, e por tanto condicionados na sua exigência por fatores extrajurídicos de caráter social, econômico ou cultural que favorecem, dificultam ou impedem sua efetividade⁵⁵. Certamente impossível separar os direitos fundamentais da realidade social. A realidade social, o meio no qual será aplicado será fundamental para sua eficácia ou não. Dependerá de uma série de fatores como a conscientização da sociedade em relação aos seus direitos fundamentais e às suas prerrogativas como cidadão; da vontade política da sociedade e de suas autoridades; das políticas públicas a serem incrementadas e que sejam verdadeiramente favoráveis aos menos favorecidos e aos direitos fundamentais de todos, a existência de uma real educação para a cidadania que preze por uma visão integral do conceito dos direitos fundamentais, é dizer que leve em consideração os direitos fundamentais como direitos inclusivos, de todos. Muitos outros fatores relacionados com a realidade social poderiam ser aludidos.

Um dos graves problemas da época atual para a efetividade dos direitos fundamentais é exatamente a não consideração de sua realidade social. A denominada, por Peces-Barba⁵⁶, principal negação parcial da atualidade, a teoria neoliberal, não considera os direitos sociais como direitos fundamentais. A falácia neoliberal leva a não efetividade dos direitos fundamentais uma vez prescindir não somente de sua segunda geração – os direitos sociais –, mas também de uma das dimensões do conceito ou visão integral dos direitos fundamentais. A visão integral do conceito dos direitos fundamentais exige uma reflexão sobre a dimensão ética e jurídica e também com relação a sua dimensão social. A dimensão social da visão integral dos direitos é a

⁵⁴ O amor, por exemplo, sem nenhuma dúvida trata-se de uma pretensão moral justificadíssima, todo ser humano tem direito a amar e ser amado. É uma questão indiscutível, mas como poderíamos incluir uma norma de direito fundamental que fale do amor. O amor é subjetivo demais, o que é amor para uma pessoa pode não ser para outra. Uma vez declarado o amor um direito fundamental, como seria sua garantia?

⁵⁵ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 112.

⁵⁶ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 61-62.

que tem relação com sua incidência social, isto é incidência real de fatores econômicos, sociais e culturais⁵⁷. Todos fatores importantíssimos para uma verdadeira efetividade dos direitos fundamentais. Sobre os Direitos como direitos de todos e de acordo com seu conceito integral, diz o professor Peces-Barba⁵⁸:

Assim o analfabetismo, dimensão cultural, condiciona a liberdade de imprensa; e os progressos da técnica em um determinado momento da cultura científica, por exemplo, com os progressos das comunicações, condicionam a idéia de inviolabilidade de correspondência; ou a escassez de bens pode condicionar ou impedir, tanto para a existência de uma pretensão moral à propriedade pelo seu impossível conteúdo igualitário, quanto de uma norma jurídica pela impossível garantia judicial.

A efetividade é um conceito ambivalente na teoria do Direito para sinalizar a influência do Direito sobre a realidade social ou, ao contrario, da realidade social sobre o Direito⁵⁹. Em latitudes como a nossa, o segundo suposto é o mais importante. No primeiro suposto se trata do impacto do Direito sobre a sociedade, de seus níveis de seguimento ou de obediência, e no segundo do condicionamento da justiça ou moralidade das normas ou de sua validade ou legalidade, por fatores sociais. Este é o suposto ao que fazemos alusão como terceiro e mais importante componente para a compreensão da efetividade ou não dos direitos fundamentais, uma vez que não dependem somente de serem valor moral e norma.

A história dos direitos fundamentais, que é também a história da luta pela dignidade humana, faz parte do patrimônio da humanidade. E esse patrimônio da humanidade deve ser ensinado através de uma educação igualitária que dê oportunidade para todos. Não resta dúvida que os direitos fundamentais são conquistas históricas da humanidade, e estas conquistas históricas devem ser valorizadas e divulgadas a partir de uma educação para os direitos humanos e a cidadania. O filósofo Voltaire⁶⁰ já argumentava no sentido de que um povo tem que aprender com sua história e com a história da humanidade. Não cabe dúvida que falta de conhecimento histórico, a ignorância leva ao fanatismo e a barbárie. Devemos sempre recordar para as futuras gerações as lições da história, assim carece ser lembrada sempre, por exemplo, a idéia de *banalização do mal* de Hannah Arendt, e seu sentimento humano de impotência e indignação diante da burocratização do mal em sua histórica análise sobre o julgamento de Eichmann⁶¹.

⁵⁷ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 40.

⁵⁸ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 112.

⁵⁹ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 112.

⁶⁰ VOLTAIRE. **A filosofia da história**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 14-15.

⁶¹ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. 336 p.

Somente através de uma cultura que parte de uma educação calcada nos valores da cidadania e dos direitos fundamentais é que poderemos reivindicar a utopia dos direitos humanos para a construção de um mundo melhor.

É certamente o início do século XXI o momento (infelizmente tardio) em que nosso país e toda a humanidade devem entender e estudar o fenômeno dos direitos fundamentais e fazer deles em cada canto do mundo parte da cultura e da educação local e assim poder entender e enfrentar o global. Não olvidando a lição do professor Nicolás López Calera⁶² no sentido de que “não devemos esquecer que todos os direitos humanos, em maior ou menor medida, são independentes, pelo que sua efetiva realização exigirá uma luta global que não descuide nenhum aspecto fundamental da complexa realidade do ser humano”, e para tal faz-se necessário promover uma civilização e uma cultura facilitadoras da educação na solidariedade, na tolerância e em diversos outros valores fundamentais para chegar a uma educação dos direitos humanos⁶³.

De nada adianta termos uma pretensão moral justificada positivada e seguida de sua respectiva garantia, quando a realidade social é contrária aos direitos fundamentais, da mesma forma que contrária a igualdade e a implementação de uma sociedade mais justa e solidária.⁶⁴

Somente através da cultura pode-se chegar à inclusão dos direitos fundamentais na mentalidade comportamental de um país ou de um povo. Os direitos fundamentais têm essa fundamental característica de serem inclusivos, isto é, como diz o professor Sergio Cademartori, “[...] não pode cada um gozar dos mesmos se simultaneamente os outros também não usufruem deles”⁶⁵. A mudança de mentalidade da sociedade é a única possibilidade de arraigar a consciência dos direitos fundamentais como reais valores a serem considerados. Desta maneira, então algumas características dos direitos fundamentais devem ser amplamente debatidas visando construir uma realidade social mais favorável aos mesmos.

⁶² LOPEZ CALERA, Nicolás María. *Filosofía de los derechos humanos: dialéctica y paz social*. In: OLIVEIRA JR., J. Alcebiades. **O poder das metáforas**: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 134.

⁶³ “Es necesario promover una civilización y una cultura que faciliten la educación en la *solidariedad*. Es necesario fomentar la virtud de la solidaridad en un mundo en el que unos pocos tiene derechos y muchos tienen pocos derechos o casi ninguno”. LÓPEZ CALERA, Nicolás María. **Filosofía de los derechos humanos**, p. 134 (Grifos no original).

⁶⁴ No mesmo sentido deve ser considerada a tese da *constitucionalização simbólica* do professor Marcelo Neves (veja-se: NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. Martins Fontes, 2007. 288 p.); assim como a noção de democracia substancial e outras questões discutidas na obra de Luigi Ferrajoli (veja-se: FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: Teoría del garantismo penal. 4.ed. Tradução de Perfecto A. Ibáñez. Madrid: Trotta, 2001. Especificamente: parte V, p. 849-957); e mais recentemente a também relevantíssima obra de Gerardo Pisarello (veja-se: PISARELLO, Gerardo. Los derechos sociales y sus garantías. Madrid: Trotta, 2007. 144 p.).

⁶⁵ CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. 2.ed. Campinas: Millennium, 2007, p. 29.

A questão da escassez, tratada por Gregorio Peces-Barba em muito pontos de sua obra⁶⁶ é de suma importância para entender a impossibilidade de enquadramento da propriedade como um direito humano fundamental. Uma vez que a propriedade não é generalizável, igualitária, não se pode garantir a todos, exatamente por ser um bem escasso. Assim sendo pelo aludido problema da escassez, segundo o professor espanhol, uma vez que não se pode garantir a todos os membros da sociedade, não podemos incluir o direito à propriedade no rol dos Direitos Fundamentais. Ainda assim, como lecionava Gregorio Peces-Barba, trata-se um direito importantíssimo em uma economia de mercado, e que não ficará prejudicado por ser um direito positivado na legislação infraconstitucional. Sua função social deve ser garantida como um direito fundamental de todos, mas o direito à propriedade em si não é fundamental e não poderá ter hierarquia de direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito pode ser utilizado para promover tanto o progresso do ser humano como o estancamento da Sociedade. Em particular a relação do Direito com a Sociedade revela que o direito se mostra - em muitas vezes e em algumas latitudes - como reacionário e relutante às modificações, enquanto que a dinâmica interna da Sociedade procura transformações mais rápidas. O caráter transformador e revolucionário dos Direitos Fundamentais é certamente a luz do final do túnel dos povos, a saída de seus problemas sociais mais graves, sobretudo dos mais oprimidos e dos mais débeis.

Em muitas oportunidades mesmos as teorias mais avançadas -no sentido de transformadoras, revolucionárias e progressistas -no sentido que visam um real desenvolvimento humano-, com uma matriz bem intencionada, acabam por levar ao engodo de práticas e interpretações mal-intencionadas e retrógradas. Dito de outra maneira, os próprios Direitos Fundamentais podem ser utilizados contra os seus ideais libertadores e transformadores da Sociedade e de suas mazelas endêmicas. Nesse sentido chama-se a atenção sobre de como teorias sofisticadas de aplicação de princípios constitucionais oriundas de autores de outras latitudes, a partir de outras realidades sociais, são aplicadas e mal-intencionadamente deturpadas em nosso

⁶⁶ Veja-se por exemplo: PECES-BARBA, Gregorio. Escasez y Derechos Humanos. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 108-109; e entre outros o texto: PECES-BARBA, Gregorio. In: SAUCA, José María (org.). **Problemas actuales de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 193-213.

país.

Certamente é mais ou menos nesse ponto que entra no debate a questão da terra, da propriedade - do direito à propriedade- em nosso país. O direito à propriedade deveria ser limitado e submetido à legislação infraconstitucional como propõe Gregorio Peces-Barba e ter tratamento de direito patrimonial como propõe Luigi Ferrajoli. Limitado também por sua elementar condição de ser submetido à utilidade pública, pilar da modernidade, e/ou da contemporânea função social. Dar a terra a quem nela vive e trabalha é um dos pilares das revoluções liberais burguesas do século XVIII. Como está bem exemplificado na distribuição de terras aos trabalhadores na França revolucionária na última década do século XVIII. Algo que ainda não ocorreu no país da *modernidade tardia* - para citar a expressão de Florestan Fernandes-, ou da modernidade inexistente dos *donos do poder* para citar a expressão de Raimundo Faoro. Os *conservadores* tomaram para si o *liberalismo* e tudo não passa de uma grande farsa, para citar a ideia de Sergio Buarque de Holanda. A lógica do senhor feudal e o feudalismo ainda estão arraigados em nossa Sociedade quando se trata da democracia e da igualdade que são autoritariamente trocadas pelo preconceito e os privilégios. A questão da propriedade urbana ou rural e da reforma agrária é ainda um tema tabu, e o totem é o deus mercado dos neoliberais de plantão. Estes em nosso país não passam de conservadores travestidos de liberais. Essa é ainda uma matéria pendente em nosso currículo como povo, nossa civilização, nação que se pretende civilizada.

Ainda assistimos a pantomima que em nome do Direito alguns intérpretes de nosso ordenamento fazem em nome de pretensas colisões de direitos fundamentais ou de princípios constitucionais sopesando direitos hierarquicamente superiores em colisão: claramente se trata de uma forma intolerante de aplicar um pretenso princípio da proporcionalidade no conflito diário da casa-grande contra a senzala. O direito à propriedade de um senhor, já milionário, na defesa de seus interesses meramente econômico-especulativo contra o direito à moradia de milhares de pessoas, de famílias, mulheres e crianças, como no emblemático e conhecido como Caso Pinheirinho. Caso no qual foi aludido uma pretensa conflito de normas de direitos fundamentais entre o Direito Fundamental à moradia (art. 6º, *caput*, Constituição Federal) *versus* a propriedade (art. 5º, *caput*, Constituição Federal). Claro que após o uso equivocado de um absurdo e inexistente principio da proporcionalidade, ao menos para esse caso concreto, saiu vencedor o representante da casa-grande.

Seguem as perguntas: alguém ainda tem dúvida da relevância e do por que deve-se discutir o tema. Devemos seguir fazendo vista grossa diante da pergunta: é a propriedade um direito humano fundamental? Não. Pelo exposto e segundo Luigi Ferrajoli e Gregorio Peces-Barba, a propriedade não poderia ser considerada como um direito fundamental. Ainda que como lecionava Gregorio Peces-Barba, trata-se um direito importantíssimo em uma economia de mercado, é um direito que deve vir positivado na legislação infraconstitucional.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ASÍS ROIG, Rafael de. La concepción dualista de los Derechos Fundamentales en la teoría de Gregorio Peces-Barba. *In*: VV.AA. **Entre la Ética, la Política y el Derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba**. Vol. I. Madrid: Dykinson, 2008. p. 391-406.

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. **O direito em busca de sua humanidade**: diálogos errantes. Curitiba: CRV, 2014.

BENTHAM, Jeremy. **Tratados de legislación civil y penal**. Tradução de Ramón Salas. Madrid: Editora Nacional, 1981.

CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. 2.ed. Campinas: Millennium, 2007.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Anti-leviatã**: direito, política e sagrado. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. Tradução de Carlos Coccioli e Márcio Lauria Filho. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Tradução de Perfecto A. Ibáñez e Andréa Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. *In*: CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. *In*: VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Julio Cesar. **Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 189-209.

GARCIA, Marcos Leite. O processo de formação do ideal dos Direitos Fundamentais: alguns aspectos destacados da gênese do conceito. *In*: **Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Boiteux, 2006. <http://www.conpedi.org/manaus/anais_conpedi.html> Acesso: 15 de março de 2015.

GARCIA, Marcos Leite. Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais. *In*: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 46, 31.10.2007. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2343> Acesso: 15 de março de 2015.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HIERRO, Liborio. En busca del arca perdida: diez comentarios a las tesis de Gregorio Peces-Barba sobre el fundamento de un sistema jurídico. *In*: VV.AA. **Entre la Ética, la Política y el Derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba**. Vol. I. Madrid: Dykinson, 2008. p. 639-661.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo Costa. 4. ed. Petrópolis, (RJ); Bragança Paulista, (SP): Vozes/Editora Universitária São Francisco, 2006.

PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PECES-BARBA, Gregorio. **Derecho y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

PECES-BARBA, Gregorio. *In*: SAUCA, José María (org.). **Problemas actuales de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 193-213.

PECES-BARBA, Gregorio. **Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales**. Madrid: Mezquita, 1982.

PROUDHON, Pierre-Joseph. **Sistema das contradições econômicas ou filosofia da miséria.**

Tradução de J. C. Morel. São Paulo: Ícone, 2003, Tomo I.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social:** e outros escritos. Tradução de Rolando Roque da

Silva. 22.ed. São Paulo: Cultrix, 2013.

VOLTAIRE. **A filosofia da história.** Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: INFLEXÕES MODERNAS E CONTEMPORÂNEAS NAS DEMOCRACIAS OCIDENTAIS

Pedro Manoel Abreu¹

INTRODUÇÃO

O tema em apreço é de uma atualidade instigante. A divisão dos poderes, a partir de uma perspectiva liberal, foi um dos fundamentos do Estado constitucional e do Estado democrático de Direito. Com inflexões diversas no Estado moderno e Contemporâneo, o tema é revisitado a partir de novos estudos do autor, tendo como pano de fundo as obras *Processo e Democracia*² e *Jurisdição e Processo*³, delineando-se novas perspectivas, notadamente a partir da crise da representação na contemporaneidade, a revelar as relações assimétricas entre os poderes, de molde a desmitificar a concepção clássica nas democracias ocidentais.

De efeito, a divisão funcional de Poderes ou a “separação” é um conceito relativo, tal como sugerido no século XVII com o mecanismo dos *checks and controls*. Os poderes, mais do que separados, são *distintos*. Tal expressão empresta melhor flexibilidade às suas linhas fronteiriças. No Estado Moderno constata-se que cada Poder, embora exercendo a sua função própria, não o faz com exclusividade. Assim, a diferenciação do Poder Público em Legislativo, Executivo e Judiciário não esgota as funções de legislar, julgar e executar.

É conclusivo, de outro vértice, que a teoria clássica da separação dos poderes – definindo exclusividade na função de cada qual – não se ajusta às modernas exigências do Estado Social e constitucional. Inúmeros interesses, bens e valores, dantes não reconhecidos, passaram a ter vital importância para a sociedade. Por isso, o Estado não se adstringe mais à defesa dos interesses da maioria, já que passa a assegurar igualmente instrumentos de efetivação e de proteção dos

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-doutor pela da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor do Curso de Mestrado e Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Univali-Universidade do Vale do Itajaí. E-mail: pedromanoel.abreu@gmail.com

² Ver: ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, 570p.

³ ABREU, Pedro Manoel. **Jurisdição e Processo**: Desafios Políticos do Sistema de Justiça na Cena Contemporânea. Florianópolis: Conceito Editorial, 2016, 200p.

direitos das minorias. Reconhece-se a possibilidade de ingerência dos outros poderes em funções que originariamente não lhes permitiam garantir a realização dos valores e direitos definidos como fundamentais para a sociedade.

O princípio da divisão dos poderes, nesse horizonte, não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria e novas formas de relacionamento entre os órgãos, tanto que se prefere, nos dias atuais, falar em *colaboração de poderes*, característica do parlamentarismo (submissão do governo à confiança do Parlamento), desenvolvendo-se no presidencialismo as técnicas da *independência orgânica* e *harmonia dos poderes*.

Do ponto de vista histórico, filosófico e político, não são claros os motivos que levaram à opção contemporânea pela democracia em detrimento da república, principalmente porque o território em que ambos os conceitos transitam é comum, levando muitas vezes à confusão conceitual ou ao uso sinónimo de ambos os termos. A república sempre teve a auréola de bom governo e a democracia sempre carregou o sentido pejorativo do governo da plebe, da massa, dos despreparados. Provavelmente foi o desgaste da propaganda republicana no século XX, por suas promessas não realizadas, que contribuiu para sua superação.

Com a revolução americana, o significado da palavra república mudou totalmente. John Adams e Alexander Hamilton denominaram repúblicas aos Estados e à Federação, não só porque na América não havia instituição monárquica, mas porque se adotou uma democracia representativa, baseada na separação dos poderes e no sistema de pesos e contrapesos entre os diversos órgãos do Estado. Nessa vertente, república passou a significar, inovadoramente, uma democracia liberal, exercitada em grandes espaços territoriais, contraposta à democracia direta e popular das pequenas repúblicas dos antigos.

1. O PROJETO POLÍTICO DA MODERNIDADE E O SURGIMENTO DO ESTADO MODERNO

A denominação Estado nem sempre foi usada no sentido de sociedade política, mesmo porque essa designação só foi aceita nos séculos XVI e XVII. A título ilustrativo, na Grécia utilizava-se a expressão *polis*, cidade, e os Romanos empregavam a palavra *civitas* ou *res publica*. Nas Idades Média e Moderna, eram usados os termos *principado*, *reino*, *república* para designar

Estado. Os povos germânicos usavam os termos *reich* e *staat*.⁴

A popularização da palavra Estado, entendida como organização social estruturada a partir do exercício do poder, segundo a versão mais aceita, é atribuída a Maquiavel, introduzida logo nas primeiras linhas de sua obra “O Príncipe”, publicada em 1531.⁵ Contudo, o seu uso só se consagrou muito depois, porquanto ainda lhe faltava o conceito que a face jurídica lhe ministraria para associá-lo ao Estado como instituição nascente, “definido já em seus elementos constitutivos e positivado num sistema de organização permanente e duradoura”.⁶

A expressão *Estado moderno* é de complexa explicitação. Aparentemente, tem um sentido óbvio, mas também equívoco. Para a melhor compreensão de seu significado, é fundamental partir de alguns consensos, dentro de uma visão histórica, em vista da amplitude e da complexidade do tema.

A tradição da filosofia política concebe o Estado como a junção de elementos materiais e formais: povo, território e governo. Entretanto, a ciência política, como observam Pinheiro Filho e Chut, vem progressivamente ignorando essa ideia de Estado da filosofia política, a partir da obra de A. F. Bentley – *The Process of Government* (1908), privilegiando a análise do Estado como sistema político e jurídico, sob o viés das relações de poder da sociedade. A ciência política ressalte-se, “já não mais identifica o governo como elemento político do Estado, mas como algo dissociado do ente estatal, diante da autonomia ou existência independente do mesmo”. O governo, nesse viés, transformou-se na matéria-prima da ciência política, que o considera uma entidade na qual o poder é exercido como um processo político que se justifica fenomenicamente ligado a uma atividade não vinculada ao ente estatal. O espírito americano ou o seu pragmatismo, de outro lado, “é um fator determinante da mentalidade que dissolve o conceito tradicional do Estado e, também, do direito, no sentido de dirigir os seus estudos para as transformações e exercício do poder ou, como prefere Passerin d’Entrèves, o exercício da força”.⁷

No plano filosófico, Kant⁸ caracteriza o Estado como a reunião de uma multidão de homens

⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 6. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2004, p. 49-50.

⁵ MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Martins Fontes, 2001. Colhe-se de O Príncipe: “Todos os Estados, todos os domínios que têm tido ou têm império sobre os homens são Estados, e são repúblicas ou principados”.

⁶ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, p. 30-31.

⁷ PINHEIRO FILHO, José Muiños; CHUT, Marcos André. “Estado”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 286.

⁸ Ver: KANT, Immanuel. **Metaphysik der Sitten**, 1797.

vivendo sob as leis do direito. Hegel⁹ o define como totalidade ética. Kelsen¹⁰ como ordem normativa da conduta humana.

Para Baracho, o Estado apresenta-se como uma forma histórica de organização jurídica de poder, peculiar às sociedades civilizadas, sucedendo a outras formas de organização política. E como ordenamento democrático está fundado no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, na inviolabilidade dos direitos e no livre desenvolvimento da personalidade humana.¹¹

O Estado surge num momento histórico bem preciso, no século XVI. Na Antiguidade Clássica, as cidades gregas e o Império Romano já apresentavam sinais precursores dessa realidade. Todavia, apenas no início dos tempos modernos as entidades públicas passaram a reunir todas as características próprias do Estado – povo, território e um poder soberano.¹²

O termo *moderno*, de outro lado, enseja uma série de indagações. Tornou-se usual considerar, a partir do Humanismo e do Renascimento, *moderna* a história que se inicia com o fim do período medieval ou do feudalismo. Tem-se por moderno o pensamento e as novas estruturas que irromperam na história europeia a partir de um novo estágio histórico, decorrentes de profundas e revolucionárias alterações verificadas nos séculos XVI e XVII. Apesar de eventuais divergências sobre o tema, a historiografia política, por isso, inclina-se por denominar de *moderno* o Estado que, nos séculos XV, XVI e XVII, se organizou na Europa, sucedendo ao modelo político-jurídico medieval. O Direito Público, por outro lado, reconhece no Estado moderno um tipo de Estado moldado dentro de um processo de centralização e concentração verificados no aludido período histórico, que compreendeu fases distintas e características – a absolutista, a liberal e a social.¹³

O projeto sociocultural da modernidade, de outra parte, está relacionado com as transformações verificadas no pensamento humano desde o fim da Idade Média. Consolidou-se depois das revoluções burguesas, quando esse novo paradigma se interligou ao sistema capitalista de produção. Pretendeu-se organizar a vida em sociedade, pela vez primeira na História, segundo

⁹ Ver: HEGEL. **Grundlinien der Philosophie des Rechts**. 3. ed. Stuttgart, 1952.

¹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes; Brasília: UnB, 1990, p. 191.

¹¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania: plenitude da cidadania e garantias constitucionais e processuais**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 61.

¹² BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**, p. 41.

¹³ SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação dos poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 4 e 5.

um plano racional ideal.¹⁴

A modernidade, para Touraine, tem sido definida pelo triunfo da razão sobre as tradições, da ação científica e tecnológica sobre os sistemas de controle social, do universalismo sobre o particularismo, e da produção sobre a reprodução. Também é demarcada pelas categorias do conflito, destruição e crítica ao irracional, ao tradicional e ao costumeiro. Em nome do progresso, a modernidade representou a luta contra os entraves políticos e culturais, as mudanças relativas à desmistificação das leis da natureza, vistas a partir de então numa perspectiva de controle do mundo natural e não de ajuste a ele.¹⁵

A modernidade significou a busca constante de mudança e de progresso e a reinvenção de uma nova representação da ordem social. O processo de racionalização tornou-se a sua principal característica, impulsionando a modernização da sociedade e da cultura, e teve sua expressão na distinção entre as esferas sociais e axiológicas, desgarrando-se da religião.

O Estado moderno surge, destarte, no final da Idade Média e no início da Renascença – primeira revolução iluminista, precursora da revolução da razão, verificada no século XVIII. Traços inconfundíveis de seu surgimento se verificam com a eclosão do princípio da soberania. De fato, foi justamente a soberania que inaugurou o Estado moderno, fundado numa doutrina de poder inabalável e inexpugnável, “teorizado e concretizado na qualidade superlativa de autoridade central, unitária, monopolizadora de coerção”.¹⁶

A formulação jurídica da soberania deu-se na obra de Jean Bodin, publicista francês, autor dos “Seis Livros da República”.¹⁷ Anote-se que ele não empregou a expressão Estado, e sim República, ao intitular sua obra.¹⁸ Para Bonavides, Bodin procurou refutar Maquiavel, lançando os fundamentos teóricos do Estado absoluto calcado na premissa da irresponsabilidade política. Bodin via o Estado como um governo embasado nas leis da natureza, e o soberano estaria subordinado somente a essas leis, com o poder de alvitrar o que deva ser lei superior. Nesse tocante, não estaria submisso nem às leis de seu antecessor nem às próprias leis, mesmo porque

¹⁴ APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. **Poder Judiciário: Do Moderno ao Contemporâneo**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 47.

¹⁵ TOURAINE, Alain. “Uma visão crítica da Modernidade”. In: **A Modernidade: Cadernos de Sociologia**. Porto Alegre: Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFRGS, vol. 5, n. 05, 1993, p. 32.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**, p. 29.

¹⁷ BODIN, Jean. **Six Livres de la Republique**. Paris: 1576. A obra foi traduzida para o espanhol por Pedro Bravo, com o título **Los Seis Libros de la Republica**. Madrid: Aguilar, 1973.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**, p. 31.

não se submetia a qualquer julgamento, sob pena de destruição da soberania – base da estrutura do Estado. A soberania, na sua percepção, seria o poder absoluto e perpétuo de uma república.¹⁹

O Estado, para Bodin, era constituído essencialmente de poder, sendo secundários seus demais elementos – povo e território. O termo “soberania”, para ele, tem uma aceção rigorosa, entendida como potência soberana do Estado. É *absoluta* – por comandar e não receber qualquer comando, não depender de nada nem de ninguém – nem de Deus, nem da Natureza, nem do Povo. É por isso autossuficiente. É *indivisível*, por essência una, se conformada integralmente em cada delegação. É *perpétua*, insuscetível de sofrer as vicissitudes do tempo, por isso transcendente. Em suma, *é, tal como Deus é*.²⁰

O Estado moderno europeu, para Jorge Miranda, tinha características muito peculiares:

Estado nacional: O Estado tende a corresponder a uma nação ou comunidade histórica de cultura; o factor de unificação política deixa, assim, de ser a religião, a raça, a ocupação bélica ou a vizinhança para passar a ser uma afinidade de índole nova;

Secularização ou laicidade: porque – por influxo do Cristianismo e ao contrário do que sucede com o Estado islâmico – o temporal e o espiritual se afirmam esferas distintas e a comunidade já não tem por base a religião, o poder político não prossegue fins religiosos e os sacerdotes deixam de ser agentes do seu exercício;

Soberania: ou poder supremo e aparentemente ilimitado, dando ao Estado não só capacidade para vencer as resistências internas à sua acção como para afirmar sua independência em relação aos outros Estados (pois trata-se agora de Estado que, ao invés dos anteriores, tem de coexistir com os outros Estados).²¹

No transcurso dos séculos XIV e XV, verifica-se a conformação do Estado moderno em significativas circunstâncias históricas. E o fato mais destacado é o surgimento de uma nova classe social – a burguesia. O fato econômico importante foi a tomada de Constantinopla, em 1453, pelos turcos, destruindo a antiga rota comercial com o Oriente e comprometendo o monopólio comercial de Veneza.²²

¹⁹ BODIN, Jean. **Los Seis Libros de La Republica**. Trad. Pedro Bravo. Madrid: Aguilar, 1973, p. 53. Diga-se que, para Bodin, “toda república, toda corporação, todo o colégio e toda a família se governa por mando e obediência, uma vez que a liberdade natural que corresponde a cada um para viver ao seu arbítrio é posta sob o poder de outro” (Op. cit. p., 22).

²⁰ BODIN, Jean. Passim; CHÂTELET, François. DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das ideias políticas**. Trad. Nelson Carlos Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985, p.47e 48.

²¹ MIRANDA, Jorge. **Tratado do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003 p. 32-33.

²² SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: Introdução. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 81.

2. O DISCURSO JURÍDICO-POLÍTICO ENQUANTO DISCURSO DE PODER

Numa acepção weberiana²³, o poder, entendido como dominação e controle, sempre permeou a história da humanidade. O exercício desse poder tende, pela experiência, a ser ilimitado e despótico. Por isso, contrapõem-se a ele, necessariamente, instrumentos de limitação e reação. Assim já se verificava quando a comunidade era circunscrita à família, ao clã, à tribo. A mesma lógica é constatada em relação ao poder exercido pela Igreja e, posteriormente, pelo Estado. O poder, por outro lado, pressupõe concentração, e talvez por essa razão tenha o Estado florescido de forma tão intensa na cultura moderna.²⁴

Bobbio estabelece uma tipologia de três formas de poder – o *político*, o *econômico* e o *social*. Essas três formas têm em comum o fato de que “contribuem conjuntamente para instituir e para manter sociedades de desiguais divididas em fortes e fracos com base no poder político, em ricos e pobres com base no poder econômico, em sábios e ignorantes com base no poder ideológico. Genericamente em superiores e inferiores”. E sobre o *poder político*, considerado o sumo poder, define-o como aquele cujo meio específico é a força, isto é, “o poder cuja posse distingue em toda sociedade o grupo dominante”. E conclui: “De fato, o poder coativo é aquele de que todo grupo social necessita para defender-se dos ataques externos ou para impedir a própria desagregação interna.”²⁵

Sob o prisma político, poder é um tema central, porque o Estado não somente o detém, mas também porque ele próprio é um poder. É justamente sob este prisma a teoria de Burdeau, para quem o Estado é a institucionalização do poder. O Estado, segundo o autor, é poder e por isso seus atos obrigam. Todavia, é poder abstrato, não sendo por essa razão afetado pelas modificações que atingem seus agentes. E apesar das contingências históricas, ele perdura, por encarnar uma ideia de ordem que é o próprio fundamento do poder.²⁶

A questão do poder, segundo Wolkmer,²⁷ foi confinada pelos juristas como problema

²³ Weber trabalha teoricamente com o conceito de poder e de dominação. Para ele, “poder significa a possibilidade de impor a própria vontade, dentro de uma relação social, ainda que contra qualquer resistência, e qualquer que seja o fundamento dessa possibilidade”. Dominação, por outro lado, é interpretada por Weber como “a possibilidade de encontrar obediência a um mandato de determinado conteúdo, entre determinadas pessoas”. Ver: WEBER, Max. “A dominação”. In: CARDOSO, Fernando Henrique; MARTINS, Carlos Estevan (Orgs.). **Política e Sociedade**. São Paulo: Nacional, 1979, p. 16.

²⁴ ENZWEILER, Romano José. **Os desafios de tributar na era da globalização**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 78-79.

²⁵ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: para uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 83-84.

²⁶ BURDEAU, Georges. **L'État**. Paris: Éd. du Seuil, 1970, passim; DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, p. 109.

²⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 77.

específico das ciências sociais, impedindo de se reconhecer seus fundamentos e funcionalidade em uma dada formação social. Com isso, os juristas acabaram por reduzir, de forma superficial, o conceito de poder à teoria legalista do Estado soberano, ou seja, “como elemento integrante da organização dos três poderes estatais (tripartição dos poderes)”. E essa demarcação jurídica do poder tradicional do Estado moderno inviabilizou contemplar o fenômeno por outros matizes, como o político, o social e o ideológico. O enfoque crítico sobre o discurso político-jurídico do poder – a partir da teoria das ideologias e da epistemologia das formas discursivas – permite constatar “os elementos dinâmicos e reais do poder inerente às relações sociais, bem como à correlação de forças entre classes ou grupos sociais”.²⁸

O discurso político-jurídico, enquanto discurso de poder, foi objeto de reflexão crítica por dois autores contemporâneos, aqui destacados: Michel Foucault²⁹ e Nicos Poulantzas.³⁰ Este último influenciado por Marx³¹, Gramsci³² e Althusser³³, possibilitou novas perspectivas sobre o tema.³⁴

O exame mais ortodoxo, todavia, focado notadamente na ciência política e na ciência jurídica, confere ao pesquisador ao menos o entendimento da lógica de poder idealizada pela Modernidade e que sobrevive como paradigma do Estado moderno ao Estado contemporâneo.

²⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**, p. 77-78.

²⁹ Sobre o tema, ver: FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 17. ed. Org. e trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979; **A vontade de saber** (História da Sexualidade). Rio de Janeiro, Graal, 1977; FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 29. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2004. 262 p.

Consoante Wolkmer, as teses de Foucault “são indispensáveis para se propor uma discussão crítica do discurso político-jurídico enquanto discurso de poder. Nas reflexões de M. Foucault, o discurso jurídico ocidental tem se projetado, desde a Idade Média, como um ‘locus’ de legitimação do poder, daí a necessidade de se romper com esta instância discursiva geradora das relações de dominação e das técnicas de sujeição que integram o Direito e o Poder” (WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia*. Op. cit., p. 78). Na leitura de Roberto Machado, em sua introdução à *Microfísica do Poder*, ao tratar da genealogia do poder – “A ideia básica de Foucault é de mostrar que as relações de poder não se passam fundamentalmente nem ao nível do Direito, nem ao nível da violência; nem são basicamente contratuais nem unicamente repressivas.” (MACHADO, Roberto. “Genealogia do poder: Introdução”. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica*. Op. cit., p. XV).

³⁰ Sobre o tema, ver: POULANTZAS, Nicos. **Fascismo e ditadura**. São Paulo: Martins Fontes, 1978; _____. **O Estado, o Poder e o Socialismo**. Rio de Janeiro: Graal, 1981; _____. “El examen marxista del Estado y del Derecho actuales y la cuestión de la alternativa”. In: CAPELLA, Juan-Ramon (coord.). **MARX. El Derecho y el Estado**. Barcelona: Oikos-tau, 1979, p. 77-107.

³¹ Sobre Marx: Ver: MARX, Karl. **Crítica da Filosofia do Direito de Hegel**. 2. ed. Lisboa: Presença, 1983; MARX, Karl e ENGELS, F. **A ideologia alemã**. 4. ed. São Paulo: Hucitec, 1984.

³² Ver: GRAMSCI, Antônio. **Concepção dialética da história**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

³³ Ver: ALTHUSSER, Louis. **A favor de Marx**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

³⁴ Poulantzas, para Wolkmer, inclina-se por uma visão relacional de poder, ao contrário de Foucault, e uma visão de Estado mais ampliada, “caracterizada como instância possuidora de ‘autonomia relativa’ que condensa relações de forças”, por isso, de forma natural “tenta introduzir a função da lei e do Direito no domínio das formações discursivas de poder”. (WOLKMER, Op. cit., p. 80). Admitindo-se as proposições de Poulantzas – pondera Wolkmer -, “vê-se que a estrutura jurídica capitalista desempenha as funções principais de ‘regular’ e ‘definir os limites’ da articulação de poder do Estado.” Para Poulantzas o aparelho do Estado está, em geral, “submetido às regras que ele próprio decreta. O Direito estabelece os limites do exercício do poder de Estado, [...] estes limites tomam efetivamente uma forma de demarcação entre o espaço ‘privado’ e o espaço ‘público’: no entanto, eles exprimem uma relação de força, que é uma relação de classe”. (Wolkmer, idem, p. 81)

3. O ESTADO CONTEMPORÂNEO: DO ESTADO CONSTITUCIONAL AO ESTADO SOCIAL

A passagem do Estado Moderno para o Contemporâneo determinou uma ruptura com o paradigma do Poder Político, tão importante quanto a havida na formação do Estado Moderno, com o abandono do pluralismo imperante nas sociedades políticas da Idade Média. E essa substancial mudança histórica deveu-se à percepção da sociedade civil no interior do próprio Estado.³⁵

Por outro lado, do ponto de vista de sua organização e finalidade, continua vigente, no presente momento histórico, a noção de Estado Contemporâneo, muito embora haja profundas diferenças em razão da ordem política que eclodiu nos albores do século XX. O Estado Contemporâneo hodierno também é usualmente denominado de Estado do Bem-Estar, *Welfare State*, Estado Social ou Estado-Providência.³⁶

As modificações experimentadas daquela época para a atual determinaram uma outra modificação no paradigma do Estado que, se por um lado, não é possível dizer que há uma transformação absoluta, como ocorreu nas duas passagens anteriores – porque a realização das necessidades da Sociedade Civil é ainda a razão primeira do Estado –, por outro, é impossível deixar de perceber que há uma grande diferença na forma de o Estado realizar sua função social. Esta última modificação que agora se analisa é decorrente de duas ordens de acontecimentos: a) uma de ordem interna, decorrente exatamente da crescente modificação na forma de a Sociedade Civil inter-relacionar-se com o Estado, que gerou uma gama de novos direitos aos cidadãos e à totalidade da Sociedade [...]; e b) outra externa, fruto do processo de globalização da economia, que tem profunda repercussão no setor político.³⁷

O *Welfare State* protagonizou, na leitura de Werneck Vianna, o surgimento do Estado administrativo, “com sua burocracia autonomizada do controle político”, protegendo de modo paternalista cada região da vida social – um onipotente aparelho administrativo, fechado à cidadania e conversor dos indivíduos em clientes. Nesse sentido, a agenda igualitária deveria insistir na judicialização da Administração, mobilizando o direito, suas categorias e procedimentos. Os direitos liberais (primeiros civis e depois políticos) e sociais teriam uma face funcional e normativa. Na funcional, os direitos liberais estariam identificados com a institucionalização do sistema econômico dirigido pelo mercado, e os sociais, com o regime burocrático do Estado do Bem-Estar. A primazia do Executivo sobre o Legislativo no Estado social, apropriando-se da iniciativa das leis – por deter o monopólio das informações essenciais sobre a vida social e por

³⁵ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais: Novos direitos e acesso à justiça.** Florianópolis: Habitus, 2001, p. 59.

³⁶ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais: Novos direitos e acesso à justiça.** p. 59.

³⁷ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais: Novos direitos e acesso à justiça.** p. 59-60.

dispor da perícia técnica de seus quadros para atuar na Administração – transforma o direito num dos principais recursos de comunicação do Estado social, pondo sob ameaça a divisão democrática entre os Poderes. O Poder Judiciário, de seu turno, porque dominantes a linguagem e os procedimentos do direito nesse tipo de Estado, é mobilizado para o exercício de um novo papel, de “instância institucional especializada em interpretar normas e arbitrar sobre sua legalidade e aplicação, especialmente nos casos sujeitos à controvérsia”.³⁸

Nesse contexto, a agenda da igualdade, além de difundir o direito na sociabilidade, redefiniu a relação entre os Poderes, adjudicando ao Poder Judiciário funções de controle dos poderes políticos, como acentua Cappelletti, erigindo-se em um “terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador”.³⁹ Nesse delineamento, sustenta-se a transformação do Poder Judiciário, em nível universal, “em agência de controle da vontade do soberano, permitindo-lhe invocar o *justo* contra a *lei*. Essa nova perspectiva decorre do constitucionalismo moderno que, ao pontuar os princípios fundamentais, inclusive os direitos sociais, deslocou a hegemonia do positivismo kelseniano, ao abrir espaço para correntes de humanismo jurídico, reintroduzindo no direito a ideia de justiça que o positivismo recusara.”⁴⁰

O processo de redefinição das relações entre os três Poderes, ensejando a inclusão do Judiciário no espaço da política, por outro lado, seria decorrente da democratização social tal como se esboçou no *Welfare State* e da nova institucionalidade da democracia política, afirmada inicialmente após a derrota do nazifascismo e posteriormente com o desmonte, nos anos 70, dos regimes autoritários, trazendo à luz Constituições informadas pelo princípio da positivação dos direitos fundamentais.⁴¹

Há, por outro lado, uma tendência à desneutralização do Judiciário, de caráter universal, ultrapassando as questões constitucionais, já que associada às profundas transformações das relações entre Estado e sociedade civil no capitalismo contemporâneo. Tais transformações, segundo Vianna, têm início uma vez conquistados os direitos políticos por domínios subalternos da sociedade, os sindicatos e partidos, “criando-se o que Cappelletti denominou de um *welfare* de ‘estado legislativo’, convertido, a seguir, no *welfare state* com seu formato administrativo-

³⁸ VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 18, 19 e 20.

³⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 47.

⁴⁰ VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**, p. 21e 22.

⁴¹ VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**, p. 22.

burocrático”. E o *welfare* introduz um sentido promocional prospectivo na legislação, deslocando o direito do tempo passado⁴² para o tempo futuro, “quando a promoção social estipulada pela lei deverá ser realizada por meio da intervenção do Estado”.⁴³

A desneutralização do Judiciário seria, então, um dos efeitos do novo tipo de articulação, resultante da imposição do *welfare state*, entre a esfera do público e do privado, repercutindo sobre a clássica fórmula da separação dos poderes nos países de *civil law*, caudatários da Revolução Francesa e da sua concepção daquele Poder como a “boca inanimada da lei”. Mais recentemente, outros efeitos macroestruturais vieram a reforçar as tendências à redefinição da fórmula canônica de separação entre os poderes, atribuindo-se crescentemente ao Executivo papéis legislativos, especialmente em matéria econômica, sob o imperativo das necessidades dos governos de agir com presteza e eficácia para inibir ou contornar conjunturas adversas. Processo semelhante vem-se produzindo a partir da institucionalização do chamado neocorporativismo societal, que ao mobilizar os conflitos de interesses das empresas e do sindicalismo para o interior de câmaras de negociação sob a arbitragem do Executivo – à margem, portanto, do Parlamento e dos partidos –, concede alcance “legislativo” às suas tomadas de decisão, as quais, frequentemente, não só obrigam as partes diretamente envolvidas, como também a sociedade como um todo, em razão das repercussões abrangentes das suas resoluções.

Feita essa contextualização, fundamental sob a perspectiva histórica, filosófica e política, passa-se ao exame do modelo liberal de divisão dos poderes concebido na modernidade.

4. O MODELO LIBERAL DA DIVISÃO DOS PODERES

Remonta a Aristóteles, na Antiguidade Clássica, a identificação de três funções principais no Estado – uma função consultiva, que se pronunciava sobre a guerra, a paz e as leis; uma função judiciária, e um magistrado que se incumbia dos assuntos da administração. Tal divisão tripartite foi retomada nos séculos XVII e XVIII por Locke⁴⁴, Bolingbroke⁴⁵ e Montesquieu. Historicamente, atribui-se a Montesquieu a doutrina da separação dos poderes, muito embora, como se demonstrará adiante, sua participação seja mais incisiva na formulação da teoria dos freios e contrapesos, no controle recíproco dos poderes.⁴⁶

⁴² Werneck Vianna aqui, quando se refere a um direito do tempo passado, se reporta à norma formalizada de caráter geral e abstrato, que é fundamento da chamada certeza jurídica.

⁴³ VIANNA, Luiz Werneck et al. **Corpo e alma da Magistratura Brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997, p. 26. Sobre a referência a Cappelletti, ver: CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Op. cit., p. 39.

⁴⁴ Ver: LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Petrópolis, Vozes, 1994.

⁴⁵ Henry St. John Bolingbroke, nos seus escritos sobre os partidos, foi o principal portador da concepção dos checks and balances, havida nos séculos XVIII e XIX como uma espécie de segredo da Constituição britânica. Diversamente, a concepção francesa era voltada para a separação dos poderes. Ambas as concepções, todavia, destinavam-se a inibir as exorbitâncias do Executivo, conforme anota SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação dos poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 96 e 115.

⁴⁶ Ver: MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, passim. Ver também do

A fórmula tripartite dos poderes do Estado pode ter correlação histórica com a arquetípica tendência do espírito humano às tríades. Teria sido um equivalente político às trindades mitológicas ou teológicas, cumprindo uma tendência às trilógias desde as primeiras civilizações. Nesse sentido, transpondo essa ideia para a teoria da separação, cada poder poderia ser pensado como uma “hipóstase”⁴⁷ da soberania nacional. Todos os poderes possuiriam o mesmo nível, não havendo, em princípio, hierarquia entre eles.⁴⁸

Montesquieu foi, para Heller, na verdade, o primeiro filósofo a cumprir, de modo programático, o intuito de explicar o Estado e a atividade política pela totalidade das circunstâncias concretas, naturais e sociais.⁴⁹

A doutrina da separação dos poderes inovou em relação ao pensamento aristotélico ao estabelecer que cada uma das funções estatais devesse corresponder a um órgão próprio, atuando de forma autônoma e independente, justamente para que fosse exercitado um controle recíproco, para que nenhum poder detivesse todo o poder.

Ao criar o receituário do Estado Liberal, a doutrina vislumbrou um mecanismo de equilíbrio e de controle recíproco na relação entre os três Poderes do Estado – o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Idealizava-se para as estruturas políticas uma ordenação similar à do universo físico.⁵⁰ Concebeu-se, no âmbito das instituições políticas, uma visão mecanicista do universo. Um equilíbrio sutil percebido na trajetória dos astros em que cada qual cumpre a sua rota sem se chocar. Cada Poder, sendo autônomo e independente no desempenho de sua função, possibilitaria a abolição do arbítrio e da prepotência, compondo a manifestação última do Estado, resultante da conjugação da vontade dos seus três poderes.⁵¹

Montesquieu, em suas concepções antiabsolutistas, para Goyard-Fabre, delineou um regime constitucional caracterizado pela inconfundibilidade dos poderes, ou seja, por sua dimensão orgânica, e, no equilíbrio das respectivas potências, por sua complementaridade

autor: _____. **Do espírito das leis**. Trad. Gabriela de Andrade Dias Barbosa. Rio de Janeiro: Ediouro, [s.d.]; _____. **As causas da grandeza dos romanos e da sua decadência**. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1997. E também: MEZZARROBA, Orides. “Montesquieu”. In: MEZZARROBA, Orides (Org.). **Humanismo político**: presença humanista no transverso do pensamento político. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 209-217.

⁴⁷ Hipóstase, em sentido filosófico, segundo o Novo Dicionário Aurélio, versão eletrônica, significa “ficção ou abstração falsamente considerada como real”.

⁴⁸ SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação dos poderes**, p. 109-110.

⁴⁹ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 39.

⁵⁰ SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação dos poderes**, p. 87.

⁵¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**, p. 181-182.

funcional.⁵²

Pretendeu Montesquieu, em verdade, como enfatiza Bastos, precaver o sistema dos abusos decorrentes do exercício do poder, da força corruptora do mando político, ao afirmar que todo poder corrompe soberanamente. Já que não se poderia apostar na regeneração do próprio homem, procurou-se encontrar um remédio para o arbítrio e a prepotência dentro do mecanismo político. Era necessário, pois, que o próprio poder contivesse o poder; que cada uma das três funções do Estado, exercidas por órgãos distintos, contivesse os abusos da outra.⁵³

O grande contributo de Montesquieu à Teoria do Estado, para Soares, foi inegavelmente sua doutrina sobre a divisão dos poderes ou de funções legislativas, executivas e judiciais, acopladas a um sistema de freios e contrapesos, que tornada dogma do constitucionalismo demoliberal, influenciou especialmente as declarações de direitos das constituições norte-americanas e francesas.⁵⁴

A Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789, de outro vértice, teve influência ímpar no constitucionalismo europeu no século XIX. Em seu artigo 16, enunciou: “Toda sociedade em que não seja assegurada a garantia dos direitos e determinada a separação dos poderes, não tem Constituição”.⁵⁵

Nesse texto clássico inseriu-se o gênio imortal de todos os teóricos da liberdade, que decretaram em todas as Constituições que a adotaram, com a fórmula da divisão dos poderes, o fim dos regimes absolutos de competências ilimitadas. Por isso, o próprio Direito Constitucional mais prestigiado da Idade Moderna emergiu dessa Declaração, que é conseqüente a duas grandes revoluções da segunda metade do século XVIII – a da Independência americana e a Francesa.⁵⁶

Relembre-se que a união política das treze colônias que se emanciparam do colonialismo inglês formou os Estados Unidos da América, irradiando valores e ideias que ensejaram o movimento libertador das colônias espanholas por todo o continente americano, fator emancipador de várias Repúblicas. A Revolução Francesa inspirou avassaladoramente a Europa das nacionalidades, da consciência constitucional da legitimidade constituinte, das Monarquias

⁵² GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 188.

⁵³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**, p. 183.

⁵⁴ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: Introdução**, p. 73.

⁵⁵ La déclaration des droits de l’homme e du citoyen. Colhe-se do original: “Toute société, dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la separation des Pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution”.

⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, p. 37 e 38.

constitucionais.⁵⁷

Por isso mesmo, para Matteucci, a definição mais conhecida de Constitucionalismo é a que o identifica com a divisão de poder ou, de acordo com a formulação jurídica, com a separação dos poderes.⁵⁸ Tal ilação, segundo ele, foi roborada por Locke, Montesquieu e Kant. E nessa via, tanto na ciência jurídica como política, hodiernamente, ainda é habitual identificar o Constitucionalismo com a separação dos poderes, com o sistema de pesos e contrapesos e com a balança dos diversos órgãos.⁵⁹

Nas origens do moderno Estado constitucional e de Direito, para Zippelius, está também o postulado de uma limitação dos poderes através de seu equilíbrio. Esta exigência teria se tornado efetiva na Inglaterra no contexto da Revolução Gloriosa (1688), impondo-se posteriormente de forma progressiva no continente e principalmente na elaboração da constituição norte-americana.⁶⁰

O Estado constitucional, obra de filósofos contratualistas, utópicos transformadores do mundo e das instituições, na lição de Bonavides, é um “artefato político, social, moral e jurídico de uma verdadeira rebelião de idéias”. Os grandes e mais importantes pensadores, teóricos e publicistas da Idade Moderna, que compõem essa galeria, são Locke⁶¹, Montesquieu⁶², Rousseau⁶³, Sièyes⁶⁴, Constant⁶⁵ e Kant⁶⁶. Em suas obras, fixaram os princípios e os fundamentos da doutrina liberal, inventores de uma nova concepção de governo, que desestruturava a antiga

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**, p. 38.

⁵⁸ Nesse tocante, vale anotar a distinção elaborada por Carl Friedrich, para quem o absolutismo, em qualquer de suas formas, prevê a concentração do exercício do poder. O Constitucionalismo, ao contrário, prevê que esse exercício seja partilhado. Cf. FRIEDRICH, Carl J. **Governo costituzionale e democrazia**. Venezia: Neri Pozza, 1937, sd.

⁵⁹ MATTEUCCI, Nicola. “Constitucionalismo”. In: BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política**. 13. ed. Brasília: UnB, p. 248, vol. I.

⁶⁰ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulberkian, 1997, p. 387.

⁶¹ Ver: LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Petrópolis, Vozes, 1994; _____. **Segundo Tratado sobre o governo**. Trad. E. Jacy Monteiro. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

⁶² MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

⁶³ Ver: ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. Trad. Lourdes Santos Machado. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983; _____. **O contrato Social**. Trad. Antônio de P. Machado; estudo crítico de Afonso Bertagnoli. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997; _____. **Considerações sobre o Governo da Polônia**. Trad. Lourdes Santos Machado. Porto Alegre: Globo, 1962.

⁶⁴ Ver: SIÈYES, Emmanuel Joseph. **A Constituinte burguesa**: O que é o terceiro Estado? Trad. Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988, 155 p.

⁶⁵ Ver: CONSTANT, Benjamin. **Cours de politique constitutionnelle**. Paris: Guillaume, 1872. Edição espanhola: **Curso de política constitucional**. Trad. F. L. de Yuturbe. Madrid: Taurus, 1968.

⁶⁶ Ver: KANT, Immanuel. **Metaphysik der Sitten**, 1797; _____. **A Paz Perpétua e outros Opúsculos**. Trad. Artur Mourão. Lisboa: 1988; _____. **Doutrina do direito**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993; _____. **A metafísica dos costumes**. Edipro: São Paulo, 2003. 335 p.

sociedade de privilégios do *Ancien Régime*.⁶⁷

O *Contrato Social* de Rousseau e o *Espírito das Leis* de Montesquieu tiveram a seu tempo, na ótica de Bonavides, efeito altamente subversivo, inspirando a ação revolucionária que se seguiu, demarcando transformações profundas na sociedade, inspirando os constituintes de 1791 e 1793 e, finalmente, a formulação da solene Declaração dos Direitos do Homem, que fundou o Estado de direito, seja qual for o qualificativo que se lhe acrescente – Liberal, Democrático ou Social.⁶⁸

Kant tinha outra versão da separação dos poderes, que restou reproduzida na Constituição francesa de 1791. A ele não importava, como enfatiza Matteucci, o empírico, complexo e enredado equilíbrio dos órgãos do Estado. Preferiu sobretudo compreender, em sua natureza peculiar ou “dignidade”, as diversas funções do Estado.⁶⁹

A transformação do Estado absoluto em Estado de direito dá-se simultaneamente com a transformação do súdito em *cidadão*. Nessa medida, sujeito de direitos não mais havidos como “naturais”, mas constitucionais frente ao Estado. E o denominado contrato social não se reveste mais de mera teoria filosófico-política porquanto se conforma em pacto constitucional com um conjunto de normas positivas obrigando o Estado e o cidadão, ambos “sujeitos de soberania reciprocamente limitada”.⁷⁰

Nesse passo, é importante sublinhar a fundamentalidade da questão do asseguramento das garantias, ao lado da separação dos poderes. No período iluminista, amadureceu a concepção legalista do direito, com a prevalência do direito escrito, havido como uma conquista na superação dos ordenamentos costumeiros. A lei escrita garantia a estabilidade das normas e seu conhecimento. Daí definir-se o *princípio da legalidade* como a primeira garantia do direito público moderno ou contemporâneo. E, por essa razão, a Declaração dos Direitos vinculava à própria noção de Constituição a divisão dos poderes e o asseguramento das garantias.⁷¹

⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**, p. 38.

⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**, p. 38-39.

⁶⁹ Ver: KANT, Immanuel. **Metaphysik der Sitten**, 1797. Para Kant, os três poderes deverão ser autônomos e independentes em sua própria esfera, devendo ser exercidos por pessoas distintas. Não de ser coordenados e reciprocamente subordinados, “de tal maneira que um não possa usurpar as funções do outro, ao qual oferece ajuda, mas tenha seu próprio princípio, isto é, ordene em qualidade de pessoa particular, embora sua a condição de respeitar a vontade de uma pessoa superior” (Cf. MATTEUCCI, “Constitucionalismo”. In: BOBBIO, p. 249, vol. I).

⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 690.

⁷¹ SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação dos poderes**, p. 112.

5. INFLEXÕES MODERNAS E CONTEMPORÂNEAS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Com o advento da democracia, perquire-se o que remanesceu da teoria de Montesquieu. Para Matteucci, “menoscabada a identificação entre órgão do Estado e classe social, ficou apenas o conceito de equilíbrio constitucional, que impõe modos diversos e normas complexas à manifestação de vontade da maioria”.⁷²

Em verdade, essa exigência da divisão rígida dos poderes, em sua versão mais clássica, ainda no século XVIII concretizou-se historicamente de forma diversa frente a peculiares contextos políticos nacionais, notadamente nos sistemas democrático-parlamentares. Do mesmo modo, adequou-se nos regimes monárquicos, nos quais a aristocracia ainda constituía poder político.

Montesquieu, bem de ver, não pregou uma divisão absoluta de funções, como sinaliza Bastos, apesar da experiência dos primeiros anos da Revolução Francesa.⁷³ Tanto que, ao enunciar o princípio da divisão dos poderes, no capítulo do *Espírito das leis*⁷⁴ sobre a Constituição inglesa, à medida que aprofunda o exame daquela Constituição, encontra solução nova ao afirmar a divisão do legislativo com as classes ou estados medievais do Reino, no qual o Parlamento era constituído pelo Rei, pela nobreza temporal e espiritual e pelo povo. Nesse sentido, concebeu em sua doutrina o ideal clássico do governo misto ou de separação do poder legislativo.⁷⁵ Nessa perspectiva, Montesquieu apresenta mais do que um sistema de separação de funções, formula a proposição de um Governo balanceado, “em que os diversos órgãos, num sistema de pesos e contrapesos, realizam um equilíbrio constitucional capaz de obstar a consolidação de um poder absoluto”. Esse equilíbrio, contudo, tem natureza mais sociológica do que jurídica, mais social do que constitucional, ao confundir órgão do Estado com classe ou camada social.⁷⁶

Num exame histórico da doutrina da separação dos poderes, constata-se, segundo Bastos, a perda gradativa da pureza das funções do Estado. Para alguns autores, a teoria mais do que numa fase crítica estaria perempta, superada de forma absoluta pelos fatos. Tal crítica à separação é em parte procedente levando-se em conta, por exemplo, que os países marxistas não inseriram

⁷² MATTEUCCI, Nicola. “Constitucionalismo”. In: BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política**. p. 249.

⁷³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**, p. 183.

⁷⁴ Título original da 1. ed., de 1748: “De l’Esprit des lois, ou du rapport que les lois doivent avoir avec la constitution de chaque gouvernement, les moeurs, le climat, la religion, le commerce, etc.”

⁷⁵ Nesse tocante, colhe-se do *Esprit des lois*, no Livro Décimo Primeiro, ainda no Capítulo VI: “O corpo legislativo sendo composto de duas partes, uma paralisará a outra por sua mútua capacidade de impedir. Todas as duas serão paralisadas pelo poder executivo, que o será, por sua vez, pelo legislativo” (MONTESQUIEU, **O espírito das leis**, p.161).

⁷⁶ MATTEUCCI, Nicola. “Constitucionalismo”. In: BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política**, p. 249.

o princípio na Constituição. Do mesmo modo, nos regimes parlamentaristas o governo é exercido pelo gabinete, não havendo, de fato, autonomia do Executivo em relação ao Legislativo.

Hoje, a função legislativa não é exclusiva do Poder Legislativo, já que este também cumpre funções atípicas administrativas e judiciárias, a evidenciar que essa separação funcional é relativa. O nome dado a cada um dos poderes reflete, por isso mesmo, apenas a atividade preponderante em relação às outras. A evolução do sistema, nessa conjuntura, permite concluir que a separação dos poderes, atualmente, dá-se por modos, graus e critérios que variam de um Estado para outro.⁷⁷

A divisão funcional de Poderes ou a “separação”, para Russomano, de efeito, é relativa, tal como sugerido no século XVII com o mecanismo dos *checks and controls*. Os poderes, mais do que separados, são distintos. Tal expressão *distintos* empresta melhor flexibilidade às suas linhas fronteiriças. Para essa autora, a própria teoria de Montesquieu estaria a traduzir, ainda que tenuamente, aquela relatividade, pelo menos nos moldes do que restou estabelecido no mundo jurídico-político-ocidental. No Estado Moderno constata-se que cada Poder, embora exercendo a sua função própria, não o faz com exclusividade. Assim, a diferenciação do Poder Público em Legislativo, Executivo e Judiciário não esgota as funções de legislar, julgar e executar.⁷⁸

No Estado moderno, ademais, o equilíbrio não se dá estritamente mediante uma atividade balanceada dos Poderes. Há controles recíprocos que são exercidos na sociedade por sindicatos, organizações profissionais, igrejas, forças armadas, imprensa, partidos políticos etc.⁷⁹

Com o Estado Social⁸⁰ e a constitucionalização de direitos e garantias individuais, por outro lado, permite-se uma ampliação do poder estatal, seja pela intervenção nas atividades entre os particulares, seja pela adoção de políticas públicas, eventualmente colidentes com outros direitos. O Estado, nesse caso, quando necessário usando instrumentos de intervenção, velará pela prevalência do social. Em situações como essa, portanto, é tolerável que o Poder Executivo ultrapasse os limites convencionais da doutrina clássica, atuando também na função legislativa.⁸¹

⁷⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**, p. 184-185.

⁷⁸ RUSSOMANO, Rosah. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 122.

⁷⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**, p. 186.

⁸⁰ Estado social, para HABÉRLE, por mais variados que sejam os conceitos, também denominado de Estado do bem-estar social ou de Welfare State, reflete a ideia de um Estado constitucional ou de direito comprometido com a justiça social (HABÉRLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma, 2001, p.225).

⁸¹ MÜLLER, Júlio Guilherme. **Direitos Fundamentais Processuais**. Curitiba: 2004, (251p.), p. 10. Dissertação (Mestrado). Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

Em razão da morosidade e estrutura do processo legislativo, justifica Cléve que não é de se exigir a mesma rapidez nas decisões do Executivo, razão pela qual é legítima, nos limites constitucionais, a atividade legislativa daquele Poder. Nesse viés, o Estado do bem-estar social possibilita uma releitura do princípio da separação dos poderes, produzindo efeitos que se irradiam sobre todo o contexto dos fenômenos da criação do direito e da prestação da tutela jurisdicional de um modo geral.⁸²

Nesse contexto, é conclusivo que a teoria clássica da separação dos poderes – definindo exclusividade na função de cada qual – não se ajusta às modernas exigências do Estado Social e constitucional. Inúmeros interesses, bens e valores, dantes não reconhecidos, passaram a ter vital importância para a sociedade. Por isso, o Estado não se adstringe mais à defesa dos interesses da maioria, já que passa a assegurar igualmente instrumentos de efetivação e de proteção dos direitos das minorias. Reconhece-se a possibilidade de ingerência dos outros poderes em funções que originariamente não lhes permitiam garantir a realização dos valores e direitos que o povo, democrática e legitimamente, elegeu como fundamentais para a sociedade.⁸³

Nesse particular, lembrando a concepção crítica de Foucault,⁸⁴ ele sustenta uma visão positiva de poder, não mais entendido como um “conjunto de instituições e aparelhos garantidores da sujeição dos cidadãos em um Estado determinado”, mas de um “poder que está em toda parte; não porque englobe tudo e sim porque provém de todos os lugares”. Para Foucault, em suas incursões teóricas, o poder não é algo que possa ser dividido entre aqueles que o possuem e os que lhe são submetidos. Deve ser analisado como algo que circula, que só funciona em cadeia. Em suma, de um poder que se exerce em rede:

Nunca está localizado aqui ou ali, nunca está nas mãos de alguns, nunca é apropriado como uma riqueza ou um bem. O poder funciona e se exerce em rede. Nas suas malhas ou indivíduos não só circulam mas estão sempre em posição de exercer este poder e de sofrer sua ação; nunca são o alvo inerte ou consentido do poder, são sempre centros de transmissão. Em outros termos, o poder não se aplica aos indivíduos, passa por eles.

Comparato adverte que Weber, na partilha dos poderes, incluiu o denominado *escalão administrativo*, apresentando sobre ele a conhecida teoria da *dominação burocrática*. Assevera Comparato que a instância administrativa, tanto no Estado quanto nas grandes corporações e sociedades privadas, assume indispensavelmente a forma de *organização*, definida como um

⁸² CLÉVE, Clémerson Merlin. **Atitudes legislativas do poder executivo**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 54.

⁸³ MÜLLER, Júlio Guilherme. **Direitos Fundamentais Processuais**, p. 11.

⁸⁴ FOUCAULT, **A Vontade de Saber**. Rio de Janeiro: Graal, 1977, Op. cit. p. 88-89.

sistema de competências fixas (funções e poderes), distribuídas hierarquicamente entre diversas pessoas. Alude, nessa perspectiva, às organizações internacionais, como a ONU, ou às grandes empresas capitalistas, multinacionais ou transnacionais.⁸⁵

Para Comparato, cuida-se de um sistema de exercício de poder que se mostrou, de pronto, mais eficiente do que todos os demais, em vista de sua incontestável superioridade técnica. Para ele a organização burocrática, segundo Weber, está para as demais formas de administração como a máquina para os meios mecânicos de produção de bens. A organização burocrática quando plenamente desenvolvida surge como uma das estruturas sociais das mais difíceis de desmontar. Os administrados e o próprio titular do poder político soberano situam-se, diante da burocracia, “na condição de meros diletantes perante profissionais, ou de leigos em face de especialistas”. O instinto do burocrata de conservação do seu poder move-o a procurar mais e mais atribuições, “como condição de eficiência administrativa, e a tudo recobrir com o manto do segredo”, sob a invocação de alegado “interesse público”.⁸⁶

De qualquer modo, apesar das críticas formuladas ao princípio, os Estados ocidentais não o abandonaram formalmente, mesmo porque as três funções clássicas continuam insubstituíveis, mesmo nos países parlamentaristas⁸⁷. No Brasil, há a experiência do quarto poder na época do Império. E remanesce a garantia da independência do Judiciário, indispensável para resguardar os direitos do indivíduo contra o Estado.⁸⁸

A universalização do esquema da separação decorreu, como fenômeno histórico, do prestígio da França e também da Inglaterra, tendo efeito multiplicador gradativo até incorporar-se à própria noção ocidental de Constituição. Essa circunstância justificaria a sua sobrevivência às variações de regimes até hoje.⁸⁹

Na atual realidade estatal, a divisão dos poderes tem peculiaridades que precisam ser sublinhadas. Nas democracias ocidentais é considerado princípio fundamental, mas não é concretizada nos moldes clássicos. De regra, somente a independência dos juízes é estritamente

⁸⁵ COMPARATO, Fábio Konder. “Repensar a democracia”. In: LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes (org.). **Democracia, Direito e Política**: Estudos Internacionais em Homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 193.

⁸⁶ COMPARATO, Fábio Konder. “Repensar a democracia”. In: LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes (org.). **Democracia, Direito e Política**: Estudos Internacionais em Homenagem a Friedrich Müller. 193-194.

⁸⁷ No parlamentarismo é o Legislativo quem governa e a Chefia de Gabinete é indicada pela maioria. Nessa situação, o judiciário e o executivo não são independentes, embora tenham definições claras, relativamente às suas funções específicas.

⁸⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**, p. 186-187.

⁸⁹ SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação dos poderes**, p. 121.

observada. De resto, numa perspectiva histórica, desde o início, nunca se excluíram invasões em âmbitos situados fora dos limites fundamentais de competência. Assim, nos Estados parlamentares, o governo e a administração não estão livres da ingerência do legislativo. Ao contrário, a falta de confiança do parlamento no governo, em várias constituições, garante a influência dos corpos legislativos sobre o executivo. Nos Estados Unidos, diversamente, a divisão dos poderes nesse ponto é praticada da forma mais rigorosa. Numa forma de governo ou outra, porém, o direito orçamental tem se revelado em “rédea curta do executivo”.⁹⁰

O princípio da divisão dos poderes, de fato, não configura mais aquela rigidez de outrora. Para José Afonso da Silva, a ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria e novas formas de relacionamento entre os órgãos, tanto que a doutrina prefere, nos dias atuais, falar em *colaboração de poderes*, característica do parlamentarismo (submissão do governo à confiança do Parlamento), desenvolvendo-se no presidencialismo as técnicas da *independência orgânica e harmonia dos poderes*.⁹¹

Há uma crise funcional do Estado, na acepção de Streck, entendida na esteira da *perda de exclusividade* dos órgãos incumbidos do desempenho das funções estatais, acarretando graves problemas para as sociedades que não ultrapassaram a etapa do *Welfare State*. Esta perda de exclusividade não seria pensada apenas em seus aspectos *internos*, na *dialética da separação/harmonia das funções estatais*. Precisaria ser vista também no seu viés externo, onde se observa a fragilização do Estado em suas diversas expressões, “quando perde concorrencialmente diante de outros setores – privados, marginais, nacionais, locais, internacionais, etc. – a sua capacidade de decidir vinculativamente a respeito da lei, sua execução e da resolução de conflitos”.⁹² E explicita:

Nesta perspectiva são significativos os trabalhos que apontam para um certo *pluralismo de ações e um pluralismo funcional*, sejam legislativas, executivas ou jurisdicionais, quando o ente público estatal, no reflexo de sua fragilização/fragmentação como espaço público de tomada de decisões,

⁹⁰ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**, p. 416.

⁹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p., 109. Para o autor, a divisão de poderes fundamenta-se em dois elementos: “(a) especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembleias (Congresso, Câmaras, Parlamento) se atribui a função Legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional; (b) independência orgânica, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação. Trata-se, pois, como se vê, de uma forma de organização jurídica das manifestações do Poder” (p. 109).

⁹² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 77.

como autoridade pública, se coloca ao lado de outras estratégias de diversos matizes ou procedências, como apontado acima.

De outro lado, é preciso que se analise, ainda a transformação que se observa nas relações mesmas entre as funções estatais tradicionais quando, ao que parece, cada uma delas, como reflexo de sua perda de importância própria, se projeta por sobre aquilo que tradicionalmente seria atribuição característica de outra. Neste ponto, teríamos que retomar o histórico caracterizador da teoria da especialização de funções do Estado para percebermos que autofagicamente, hoje, um pretende/busca sobreviver 'à custa' da (s) outra (s).

Nesta esteira, é possível apontar para a atuação da jurisdição constitucional [...], onde há a ocupação da função legislativa em seu mais alto nível – constitucional/constituente – pela jurisdição, a prática das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs), nas quais há um reforço de tarefas próprias à jurisdição praticadas no âmbito do Legislativo.⁹³

As rupturas do esquema dos poderes, ademais, não se verificam apenas quando um poder exerce a influência sobre o outro, como nas formas de controle parlamentar, mas quando um poder exerce as funções do outro. Relativamente ao Judiciário, salienta Zippelius:

O poder judicial participa, através da interpretação do texto da lei e da integração de lacunas legais, no processo de tornar mais preciso e completo o direito legislado. As interpretações e o desenvolvimento 'aberto' do direito podem, sob a forma de jurisprudência constante, consolidar-se ao ponto de alcançarem uma possibilidade de execução fáctica equivalente a uma interpretação legal ou a uma outra qualquer norma legal. Dos princípios do tratamento igual e da segurança jurídica decorre igualmente uma vinculação de legitimidade a uma prática já estabelecida de interpretação e integração de lacunas legais. Desta forma, apesar de todas as reservas [...], o poder judicial actua inevitavelmente no âmbito funcional do poder legislativo.⁹⁴

Nesse viés, registre-se que no Direito Constitucional brasileiro, através da Emenda n. 45, foi instituída a Súmula Vinculante, tendo as decisões do Supremo Tribunal Federal, neste tocante, efeito normativo, com poder, inclusive, de avocação de processo que a transgrida, com previsão de cominação de pena de responsabilidade ao juiz que a descumpra, denotando situação típica de carácter legislativo.⁹⁵

Além da teoria clássica, proposta por Montesquieu, a doutrina contemporânea tem reconhecido também como essencial a função de controle. Assim, além do poder de julgar, de

⁹³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma Nova Crítica do Direito. p. 78.

⁹⁴ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**, p. 416-417.

⁹⁵ Sobre Súmula Vinculante, ver: ABREU, Gabrielle Cristina Machado. **A Duração Razoável do Processo como Elemento Constitutivo do Acesso à Justiça**: Novas perspectivas após a Emenda Constitucional n. 45, de dezembro de 2004. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 108-110; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. "EC n. 45: acesso à justiça e prazo razoável na prestação jurisdicional". In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et alii (Coord.). **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 283-292; KRIEGER FILHO, Dino Adalberto. **Limites materiais da Reforma Constitucional**: a independência do Poder Judiciário como garantia do Estado Democrático de Direito. Itajaí, 2005. 161 p. Dissertação (Mestrado). Universidade do Vale do Itajaí – Univali. Curso de Pós-graduação stricto sensu em Ciência Jurídica – CPCJ. Programa de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica – PMCJ.

legislar e de administrar, haveria igualmente o poder de controlar que, para Karl Loewenstein,⁹⁶ é fundamental para a teoria do poder. E nesse caso, sobreleva, inclusive, o controle de constitucionalidade exercido pelos tribunais.

Sobre esquemas de controle de poder, lembra Zippepelius que, por princípio, cada um dos órgãos do Estado deve limitar-se à função que lhe é atribuída. Isso, no entanto, não coloca os poderes numa relação de independência absoluta entre si, mas de coordenação juridicamente regulada, para a salvaguarda da própria unidade jurídica do poder do Estado:

A 'clássica' divisão dos poderes [...] não constitui o único esquema organizativo possível, capaz de criar equilíbrios e controles eficientes no plano político. Assim, p. ex., a distribuição das competências no Estado federal dá origem a um equilíbrio federativo dos poderes. Também outras estruturas de competências e das suas interdependências têm por efeito uma limitação e um controlo dos poderes. Pense-se, p. ex., na organização do poder legislativo de acordo com o sistema bicameral, na participação do parlamento, governo e chefe do Estado no procedimento legislativo, e, noutros requisitos de participação [...]. Acrescem controlos exercidos pela jurisdição constitucional e pela jurisdição administrativa sobre os actos do poder do Estado, e diversos controlos de vigilância. Mesmo a estruturação interna de um órgão estatal segundo o princípio colegial tem função de controlo.⁹⁷

No Brasil, a função de controle tem assento constitucional, repartida por vários órgãos estatais. É o caso da atuação do Tribunal de Contas e do Ministério Público, com maior relevo nas Cortes Constitucionais, exercitada sobre os atos do Executivo, do Judiciário nas decisões judiciais e do Legislativo na elaboração das leis.⁹⁸ Ademais, merece particular atenção, no âmbito do Judiciário, a instituição de órgão de controle⁹⁹, pela Emenda n. 45, de dezembro de 2004, com a criação do Conselho Nacional de Justiça, composto por quinze membros. Segundo a Ministra Ellen Gracie Northfleet, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, a ideia de um Conselho no Brasil foi uma tentativa de copiar o que já existia em muitos países da América Latina, bem como na Espanha e Portugal. Sucede que nesses países o Judiciário não é considerado um poder de Estado. Lá é altamente vinculado ao Executivo e ao Legislativo, tendo o papel de aliviar a pressão dos outros poderes sobre a magistratura. Aqui no Brasil, no entanto, é um poder autônomo. Por isso, a melhor vocação do Conselho Nacional de Justiça é tornar-se uma instância de reflexão e

⁹⁶ Ver: LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1986.

⁹⁷ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**, p. 410.

⁹⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**, p. 189.

⁹⁹ Sobre a Reforma do Judiciário implementada pela Emenda Constitucional n. 45, de dezembro de 2004, ver: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coord.). **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 848 p.

planejamento para o Judiciário.¹⁰⁰

Feita essa resenha é possível compreender as transformações, no plano constitucional e político da teoria da separação dos poderes e as inflexões na modernidade e na contemporaneidade de molde a projetar o que remanesce do sistema no âmbito do Estado democrático de direito.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia: O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, 570p.

_____. **Jurisdição e Processo: Desafios Políticos do Sistema de Justiça na Cena Contemporânea**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2016, 200p.

ABREU, Gabrielle Cristina Machado. **A Duração Razoável do Processo como Elemento Constitutivo do Acesso à Justiça**: Novas perspectivas após a Emenda Constitucional n. 45, de dezembro de 2004. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

ALTHUSSER, Louis. **A favor de Marx**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. **Poder Judiciário: Do Moderno ao Contemporâneo**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, 208p.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania**: plenitude da cidadania e garantias constitucionais e processuais. São Paulo: Saraiva, 1995.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 6. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2004, 331p.

BENTLEY, A. F. **The Process of Government**, 1908.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: para uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p.

BODIN, Jean. **Six Livres de la Republique**. Paris: 1576. A obra foi traduzida para o espanhol por

¹⁰⁰ NORTHFLEET, Ellen Gracie. "Fé na Justiça": depoimento [12/março/2008]. Entrevistador: Carlos Graieb. **Revista Veja**, São Paulo, ed. 2051, ano 41, n. 10, p. 15.

- Pedro Bravo, com o título **Los Seis Libros de la Republica**. Madrid: Aguilar, 1973, 173p.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 511p.
- BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais: Novos direitos e acesso à justiça**. Florianópolis: Habitus, 2001, 277p.
- BURDEAU, Georges. **L'État**. Paris: Éd. du Seuil, 1970.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.
- CHÂTELET, François. DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das ideias políticas**. Trad. Nelson Carlos Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.
- CLÉVE, Clémerson Merlin. **Atitudes legislativas do poder executivo**. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- COMPARATO, Fábio Konder. "Repensar a democracia". In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes (org.). **Democracia, Direito e Política: Estudos Internacionais em Homenagem a Friedrich Müller**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006
- CONSTANT, Benjamin. **Cours de politique constitutionnelle**. Paris: Guillaume, 1872. Edição espanhola: **Curso de política constitucional**. Trad. F. L. de Yuturbe. Madrid: Taurus, 1968.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 307p.
- ENZWEILER, Romano José. **Os desafios de tributar na era da globalização**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, 134p.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 17. ed. Org. e trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979, 295p.
- _____. **A Vontade de Saber**. Rio de Janeiro: Graal, 1977
- FRIEDRICH, Carl J. **Governo costituzionale e democrazia**. Venezia: Neri Pozza, 1937, sd.
- GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

- GRAMSCI, Antônio. **Concepção dialética da história**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.
- HABÈRLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma, 2001.
- HEGEL. **Grundlinien der Philosophie des Rechts**. 3. ed. Stuttgart, 1952.
- HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1968.
- KANT, Immanuel. **Metaphysik der Sitten**, 1797.
- _____. **A Paz Perpétua e outros Opúsculos**. Trad. Artur Mourão. Lisboa: 1988.
- _____. **Doutrina do direito**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.
- _____. **A metafísica dos costumes**. Edipro: São Paulo, 2003. 335 p.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes; Brasília: UnB, 1990.
- KRIEGER FILHO, Dino Adalberto. **Limites materiais da Reforma Constitucional: a independência do Poder Judiciário como garantia do Estado Democrático de Direito**. Itajaí, 2005. 161 p. Dissertação (Mestrado). Universidade do Vale do Itajaí – Univali. Curso de Pós-graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica – CPCJ. Programa de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica – PMCJ.
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. Petrópolis, Vozes, 1994.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1986.
- MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Martins Fontes, 2001.
- MEZZAROBA, Orides. “Montesquieu”. In: MEZZAROBA, Orides (Org.). **Humanismo político: presença humanista no transversal do pensamento político**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.
- MIRANDA, Jorge. **Tratado do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MÜLLER, Júlio Guilherme. **Direitos Fundamentais Processuais**. Curitiba: 2004, (251p.), p. 10. Dissertação (Mestrado). Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.
- NORTHFLEET, Ellen Gracie. “Fé na Justiça”: depoimento [12/março/2008]. Entrevistador: Carlos Graieb. **Revista Veja**, São Paulo, ed. 2051, ano 41, n. 10, p. 15.

PINHEIRO FILHO, José Muiños; CHUT, Marcos André. “Estado”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

POULANTZAS, Nicos. **O Estado, o Poder e o Socialismo**. Rio de Janeiro: Graal, 1981.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. “EC n. 45: acesso à justiça e prazo razoável na prestação jurisdicional”. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et alii* (Coord.). **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 283-292.

RUSSOMANO, Rosah. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.

SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação dos poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987.

SIÈYES, Emmanuel Joseph. **A Constituinte burguesa**: O que é o terceiro Estado? Trad. Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: Introdução. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, 388p.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma Nova Crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TOURAINÉ, Alain. “Uma visão crítica da Modernidade”. In: **A Modernidade**: Cadernos de Sociologia. Porto Alegre: Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFRGS, vol. 5, n. 05, 1993.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, 270p.

_____. **Corpo e alma da Magistratura Brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997, 334p.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coord.). **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 848p.

WEBER, Max. “A dominação”. In: CARDOSO, Fernando Henrique; MARTINS, Carlos Estevan (Orgs.). **Política e Sociedade**. São Paulo: Nacional, 1979.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, 229p.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulberkian, 1997.

JUSTIÇA SOCIAL E PRODUÇÃO DO DIREITO NA SOCIEDADE BRASILEIRA: REFLEXÕES DESDE UM CLÁSSICO EMBATE DA TEORIA POLÍTICA

José Antonio Savaris¹

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 consagra expressamente a construção de uma sociedade justa como objetivo fundamental de nossa República, de modo que todas as atividades no campo político, social e econômico devem orientar-se pelos ditames da justiça social. Isso significa, de um lado, uma constante busca de conciliação entre princípios e objetivos comunitários que se encontram em tensão², e de outro lado, a identificação e promoção de princípios que possibilitem a mais justa distribuição dos encargos e recursos sociais.

Os critérios de promoção de justiça social, mais do que na textualidade constitucional, podem ser buscados no terreno da teoria política normativa, essa sub-área da teoria política em que se dá a disputa de correntes teóricas que reivindicam, para si, a correção de princípios que desenvolvem e que deveriam ser adotados para a construção de uma sociedade justa.

No campo da teoria política normativa, já é considerado clássico o embate entre a teoria ética utilitarista e a corrente liberal igualitária, desde a grande contribuição de John Rawls no início da década de 1970.

Com efeito, antes da publicação de *Uma teoria da justiça*, de John Rawls, em 1971, o utilitarismo era a perspectiva dominante na filosofia política de língua inglesa. Com a emergência da teoria da “justiça como equidade”, o liberalismo orientado para os direitos tornou-se predominante no mundo anglo-americano de filosofia moral e política³.

O encantamento com a razão iluminista dos Séculos XVII e XVIII pode esclarecer a forte reivindicação utilitarista de racionalidade e objetividade para nossos julgamentos de justiça social,

¹ Doutor em Direito da Seguridade Social (USP). Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Univali. Juiz Federal do TRF da 4ª Região. Presidente de Honra do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário – IBDP. E-mail: jasavaris@gmail.com.

² Assim, desde o disposto no art. 170 da Carta Magna já é possível observar a tensão entre propriedade privada e função social da propriedade - e a defesa do meio ambiente -, livre concorrência e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, o liberalismo econômico e a redução das desigualdades regionais e sociais.

³ HART, H. L. A. Between utility and rights. In: RYAN, A. (ed.). *The idea of freedom*, 1979. p. 77-98.

como igualmente sugerir o motivo pelo qual se inaugurava no final do Século XVIII um tempo de duzentos anos de predomínio de uma doutrina ética que habilmente liga a teoria à prática e se dirige ao indivíduo, aos atores políticos e aos pensadores com um forte apelo consequencialista.

A busca pelo estado de coisas mais vantajoso, o igual peso dos interesses, o cálculo moral de custo-benefício, a maximização da felicidade e o combate ao sofrimento se encontram entre as categorias conceituais da tradição utilitarista que falam muito alto ao espírito liberal, individualista e racional que liga a comunidade política anglo-saxônica.

Se é possível se compreender que o ideal utilitarista é o de igualdade de bem-estar a partir de uma noção de imparcialidade moral, que problemas tão estruturais supostamente apresenta este projeto ético para que tenha sido tão abalado pela escrita de Rawls – que de sua vez buscava justamente produzir uma teoria da justiça que representasse uma alternativa ao pensamento utilitário em geral? No que tanto se distancia o utilitarismo, em qualquer de suas versões, do liberalismo com igualdade, da teoria da “justiça como equidade”?

Na perspectiva do liberalismo político, a comunidade política justa seria aquela que propicia aos indivíduos as condições para cada um agir a partir de suas próprias convicções sobre aquilo que consideram ter valor. As controvérsias surgem quando se discute quais seriam as condições de que as pessoas têm necessidade para, primeiro, determinar que tipo de vida desejam levar e, segundo, agir de acordo com seus fins últimos e aspirações.

Essas condições para o exercício da liberdade podem ser entendidas como direitos iguais associados a uma noção tradicional de liberdade negativa (direitos políticos e os direitos de liberdade) ou podem ser consideradas como direitos, liberdades, oportunidades e recursos que devem ser garantidos a todos de forma equitativa, o que traz a ideia de liberdade efetiva. Nesta última linha se encontra a teoria política normativa que se pode denominar liberalismo igualitário, campo em que “justiça como equidade” pode ser percebida⁴.

Para esta perspectiva da teoria moral não é suficiente que cada indivíduo disponha das condições que lhe permitem agir a partir de suas próprias concepções sobre o que é valioso na

⁴ Partindo da distinção entre “liberdade” (*liberty*) e “valor da liberdade” (*worth of liberty*), Rawls argumenta que a “liberdade” é traduzida no sistema completo das liberdades que compõe a igualdade entre os cidadãos, enquanto o “valor da liberdade”, tanto para as pessoas como para os grupos, depende da sua capacidade para perseguirem seus objetivos dentro da estrutura definida pelo sistema. Enquanto a “liberdade” é a mesma para todos, o “valor da liberdade” não é o mesmo para cada um, pois alguns têm maior autoridade e riqueza – e, portanto, meios para alcançar seus objetivos. Por isso, o menor “valor da liberdade” é objeto de uma compensação, desde que a capacidade dos membros menos afortunados da sociedade para alcançar seus objetivos seria ainda menor se eles não aceitassem as desigualdades existentes do chamado princípio de diferença (RAWLS, J. **A theory of justice**. Cambridge-Mass: Harvard University Press, 1971. p. 204).

vida, garantindo-se institucionalmente uma esfera de liberdade negativa. Para além disso, é indispensável que os arranjos institucionais básicos da sociedade propiciem a cada cidadão os meios efetivos para fazê-lo, mediante uma repartição equitativa de oportunidades sociais, renda e riqueza.

Não é objetivo deste trabalho avaliar a qualidade da justificação liberal-igualitária, que - assume-se desde logo a hipótese - se percebe mais afeiçoada à estrutura constitucional brasileira do que a teoria moral utilitarista⁵.

Com efeito, desde a perspectiva constitucional, a noção de justiça social que embute uma concepção de justiça distributiva mais adequada para uma sociedade democrática é a que percebe os cidadãos como detentores de direitos iguais e que, além disso, vê a pobreza e certas formas de desigualdade como barreiras para que as pessoas façam algo que julgam valioso de suas próprias vidas.

A tarefa de se precisar uma base para nossos julgamentos de uma distribuição justa dos recursos escassos da sociedade deve partir da ideia de que as instituições devem dispensar uma consideração igual pelo bem-estar de todos.

É a partir da noção de um status de igualdade que os cidadãos de uma sociedade democrática são percebidos como dignos de serem tratados como pessoas moralmente iguais pelos arranjos institucionais básicos sob os quais se encontram. O conceito de cidadania de que parte essa noção de status social igualitário, presente já no consagrado trabalho *Cidadania e Classe Social*, do sociólogo inglês T.H. Marshall⁶, reclama que as instituições de uma sociedade democrática assegurem aos seus membros o status de igual, ainda que permaneçam as disparidades econômicas, como algo próprio do liberalismo econômico. O tratamento igualitário derivaria da percepção das pessoas como titulares de direitos iguais, ideia que se assenta no postulado de uma igualdade humana fundamental, no valor intrínseco igual de qualquer ser

⁵ A opção pelo desenvolvimento da discussão a partir da crítica rawlsiana ao utilitarismo se dá em razão da consistência de "justiça como equidade" e da plausibilidade de seus princípios de justiça servirem como ponto de partida para a aproximação do conteúdo do que se pode considerar como justiça social. Outras perspectivas de perfil liberal igualitário poderiam ser chamadas ao debate, mas a atividade extrapolaria o objetivo fundamental deste trabalho, de identificar a possibilidade de a ciência política, desde a teoria política normativa, orientar a produção do Direito e a formulação de políticas públicas no atual contexto da democracia brasileira. O presente trabalho servirá de base, sem embargo, para explorar as contribuições de autores cujo esforço intelectual é marcado pela preocupação de aproximar as teorias da justiça contemporânea à realidade histórica e social dos países em desenvolvimento. Neste sentido, veja-se, a propósito: SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução: Denise Bottmann. Ricardo Doninelli Mendes, São Paulo: Cia das Letras, 2011.

⁶ MARSHALL, T. H. "Cidadania e Classe Social". In: **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

humano⁷.

Mas em que sentido os indivíduos devem ser iguais? Que aspectos devem ser levados em consideração em nossos julgamentos de justiça social? Que considerações são importantes para a avaliação de desigualdades e para a superação daquelas que não são moralmente justificáveis?

A resposta a tais questionamentos pressupõe um fundamento moral para as comparações interpessoais de bem-estar e, a partir daí, avaliar a distribuição de recursos escassos entre os indivíduos de uma sociedade. É pela ótica própria da justiça social que se deve deliberar sobre a distribuição – ou avaliar a distribuição efetivamente realizada - de recursos sociais escassos.

A elaboração e implementação de políticas públicas - e a necessária produção do Direito que lhe diga respeito - podem se dar com vistas buscar o que se considera por justiça social, desde uma perspectiva da teoria política normativa.

O presente artigo, valendo-se do método dedutivo, analisa os parâmetros oferecidos por duas das principais teorias da justiça contemporâneas, percebendo, no fruto da discussão, importante insumo teórico para a produção do Direito e definição de políticas públicas⁸.

Com este trabalho se pretende, pois, avaliar os termos em que uma teoria moral - que se apresenta como uma concepção de justiça que se amolde aos nossos julgamentos ponderados de justiça ou aos nossos juízos de justiça social - pode orientar a produção do Direito, avaliando-se as duas correntes de pensamento que oferecem um embate que se pode já dizer clássico: o utilitarismo e o liberal igualitário.

1. A POSIÇÃO ÉTICA E POLÍTICA DO UTILITARISMO

O utilitarismo é considerado a teoria ética prevalecente – e, entre outras coisas, a teoria da justiça mais influente – há bem mais de um século, dominando por muito tempo a tradicional

⁷ Assim como a ideia de igualdade humana fundamental do ponto de vista moral, algo central ao ideal democrático, orienta a distribuição de direitos civis e políticos iguais aos indivíduos, deve também nos orientar na busca de princípios que orientem a distribuição de recursos sociais escassos.

⁸ De uma certa forma, o presente estudo se relaciona com nosso texto *Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social*: contributo para a superação da prática utilitarista, publicado pela Conceito Editorial, em 2011. Neste último, a crítica da teoria moral utilitarista servia como insumo para uma teoria normativa da decisão judicial em matéria previdenciária. Embora também ali se tratasse de produção ou realização do Direito, não foi tocado no principal objeto do presente texto, qual seja, a análise de critérios de justiça, desde a teoria política normativa, para a produção do Direito pelas instâncias genuinamente políticas, com vistas à formulação de políticas públicas conforme os ditames da justiça social.

economia do bem-estar e das políticas públicas⁹.

Ainda que o utilitarismo seja uma teoria moral com muitas faces, há uma ideia central que informa todas elas, qual seja, avaliar ações em termos de sua utilidade mais do que em termos de suas propriedades intrínsecas. É assim que os conceitos do bem são mais básicos ou prioritários em relação aos conceitos de direito e obrigação. A ideia atrativa do utilitarismo é, sem dúvida, a importância da promoção do bem-estar por várias formas¹⁰.

Em sua forma clássica, a doutrina utilitarista pode ser expressada na combinação de dois princípios: i) o princípio consequencialista, pelo qual a correção ou erro de uma ação é determinada pela bondade ou maldade dos resultados que a seguem; ii) o princípio hedonista, segundo o qual a única coisa que é boa em si mesma é o prazer e a única coisa má em si mesma é a dor. Assumindo que a felicidade é a soma dos prazeres, o utilitarismo pode ser expressado na forma de um único princípio, o princípio da maior felicidade: “a correção de uma ação é determinada pela sua contribuição para a felicidade de cada um por ela afetado”¹¹.

J. Bentham foi certamente um dos principais representantes do utilitarismo clássico – com J.S. Mill e H. Sidgwick, entre outros -, defendendo a ideia de que o princípio da utilidade, segundo o qual “a busca da maior felicidade para o maior número das pessoas”, deve reger tanto as ações individuais como as sociais¹².

A preocupação central dos utilitaristas era a proposição de reformas de ordem prática que facilitassem e sistematizassem a solução dos problemas sociais causados pela incipiente industrialização, alcançando a maximização da felicidade e a diminuição do sofrimento. Como o interesse da comunidade seria a soma dos interesses dos diversos membros que a compõem, uma ação política seria de acordo com o princípio da utilidade se tendesse a aumentar a felicidade da

⁹ SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 77.

¹⁰ DONNER, W. “Mill’s utilitarianism”, in **the Cambridge Companion to Mill**. Cambridge-Mass.: Cambridge University Press, 1998. p. 256.

¹¹ QUINTON, A. **Utilitarian Ethics**. London: Duckworth, 1989. p. 1.

¹² Mas não se deve atribuir à pessoa de Bentham a fundação do utilitarismo. A primeira consideração de moral utilitarista teria sido proposta por Richard Cumberland, em sua *De Legibus Naturae*, publicada em 1672. Igualmente em David Hume (*Treatise of Human Nature [1740 e Enquiry Concerning the Principals of Morals [1751]]*) pode-se considerar existente uma antecipação do utilitarismo de Bentham e Mill, dada sua menção constante e expressa à utilidade. Mas também vários elementos não utilitaristas havia em sua doutrina, como, por exemplo, a concepção de bem geral em termos de perfeição quase tanto como em termos de felicidade e a aceitação de um fundamento religioso para moralidade. Dois europeus estudantes de Hume também influenciariam Bentham: Helvétius, para quem os homens deveriam ser dirigidos para a utilidade pública, o interesse e a felicidade geral (*De L’Espirít, 1758*) e Beccaria, que aplicou o critério da utilidade na defesa de um sistema racional de punição judicial (*Dei Delitti e delle Pene, 1764*) (Quinton, 1989:15:23). A fórmula *La massima felicità divisa nel maggior numero* já teria sido utilizada por Beccaria, sendo posteriormente incorporada e defendida pelos utilitaristas ingleses. O próprio Bentham, em diversas passagens, teria reconhecido sua dívida para com Beccaria, Helvétius e, ainda, Adam Smith (Peluso, 1998:16).

comunidade mais do que diminuí-la.

Para os radicais, a luta contra o sofrimento tinha um significado moral, daí pretendessem contribuir com o combate à pobreza e à injustiça social, pois estas eram expressões de um ordem injusta, associada ao sofrimento de multidões. Assim, o combate à miséria é transformado em causa moral, pelo que “as reformas sociais passam a ter sentido como expressão do compromisso moral que cada indivíduo tem em minimizar o sofrimento alheio”¹³.

É necessário reconhecer, portanto, que a doutrina utilitarista surgiu como uma crítica radical da sociedade inglesa. Neste sentido, atacava direitos dos que detinham privilégios injustos à custa da maioria, sendo identificada com um programa político progressista porque preocupada com a ampliação da democracia, a reforma penal, as provisões para o bem-estar social etc.¹⁴.

2. A CONTRAPOSIÇÃO DA TEORIA DA “JUSTIÇA COMO EQUIDADE” AO UTILITARISMO

Talvez se possa começar uma discussão da crítica de John Rawls ao utilitarismo com duas conhecidas, categóricas e intimamente conectadas afirmações: primeira, o utilitarismo não leva a sério a distinção entre pessoas; segunda, os princípios utilitaristas de justiça seriam rejeitados em uma situação de escolha hipotética que ele chama de “posição original”.

A pretensão utilitarista de ponderar satisfações e insatisfações entre diferentes indivíduos pode ser visto como a consequência de se estender para a sociedade o princípio de escolha aplicável ao indivíduo isolado e, como modo de fazer efetiva esta extensão, fundir todos os sujeitos em um só, pela atividade imaginativa de um espectador imparcial benevolente (capaz de compaixão ou simpatia). É através do recurso à identificação por simpatia que o que é válido para cada sujeito é aplicado à sociedade. E é por essa fusão de todos os sujeitos num só que, na argumentação de Rawls, “o utilitarismo não leva a sério a distinção entre as pessoas”¹⁵.

De outra parte, a rejeição do princípio da utilidade pelas partes na posição original se daria porque esses princípios exigiriam o sacrifício dos projetos de vida de algumas pessoas para aumentar a satisfação de outras pessoas sempre que isso servisse para maximizar a satisfação agregada e porque o reconhecimento público de tais princípios impediria muitos indivíduos de

¹³ PELUSO, L. A. Utilitarismo e ação social. In: PELUSO, L. A. (Org.). *Ética e utilitarismo*. Campinas: Alínea, 1998. (p. 13-26), p. 19.

¹⁴ KYMLICKA, W. *Filosofia política contemporânea*, p. 60.

¹⁵ RAWLS, J. *A theorie of justice*, p. 27.

satisfazer seus interesses racionais que garantem seu autorrespeito.

Com efeito, o utilitarismo não seria escolhido por pessoas que soubessem, como as partes na posição original o fazem, que cada uma delas tem algum plano de vida racional, além de um sério interesse de longo prazo em levar adiante esse plano. Enquanto indivíduos diversos e portadores de planos distintos, tais pessoas não teriam interesse comparável em maximizar o total agregado de satisfação *per se*. Então essas pessoas não desejariam aceitar o sacrifício de alguns de seus planos de vida simplesmente para aumentar aquela soma¹⁶.

Levar a sério a pluralidade dos diversos indivíduos implica reconhecer que eles têm diferentes planos de vida e que são justamente esses planos de vida e aspirações que determinam o que é bom para eles¹⁷.

A prioridade da liberdade seria, assim, uma causa importante para a rejeição do princípio da utilidade da posição original. Essa ideia da prioridade da liberdade deriva de uma concepção da pessoa que não se reduz a uma pessoa sem caráter ou vontade determinados, como parece exigir o princípio da utilidade.

Por isso, enuncia Rawls, se assumimos “que a pluralidade de sujeitos distintos, com distintos sistemas de objetivos, é uma característica essencial das sociedades humanas, não devemos esperar que os princípios da escolha social sejam utilitaristas”¹⁸. Uma tal sociedade humana, quando bem ordenada, é concebida como uma estrutura de cooperação que irá oferecer vantagens recíprocas aos indivíduos que se sob ela se encontram institucionalmente ligados. Daí que uma diferença na concepção subjacente da sociedade está implícita na contraposição entre o utilitarismo clássico e a teoria da “justiça como equidade”, já que, para Rawls, na perspectiva utilitarista a sociedade é vista “como a administração eficiente de recursos sociais destinados a maximizar a satisfação do sistema de desejos construído pelo espectador imparcial a partir de diversos sistemas individuais, aceitos como dados”¹⁹.

Mas a rejeição do utilitarismo na posição original não ocorreria apenas por uma prioridade da liberdade. A reflexão utilitarista encara fortes objeções no que diz respeito à justiça

¹⁶ SCHEFFLER, S. (Ed.). **The rejection of consequentialism**. New York: Oxford University Press, 1994. p. 11. É exatamente a leitura que fez Rawls em *Uma teoria da justiça*: “Olhando a questão do ponto de vista da posição original, as partes reconhecem que seria tolice, senão irracional, escolher princípios que podem ter consequências tão extremas que não poderiam aceitar na prática” (RAWLS, J. **A theorie of justice**, p. 178).

¹⁷ RAWLS, J. **A theorie of justice**, p. 554.

¹⁸ RAWLS, J. **A theorie of justice**, p. 29.

¹⁹ RAWLS, J. **A theorie of justice**, p. 33.

distributiva. Neste sentido, o princípio da utilidade não seria escolhido pelas partes racionais da posição original, pois a justiça da maximização do bem não se preocupa diretamente com a questão da desigualdade e, assim, poderia ser razoavelmente rejeitada pelo indivíduo representativo das posições sociais menos favorecidas.

Com essas primeiras notas já se pode intuir que a contraposição entre a “justiça como equidade” e utilitarismo resulta de uma distinta concepção de pessoa e de unidade social e é isso que Rawls argumentou quando pretendeu demonstrar a inadequação da métrica utilitarista para comparação interpessoal de bem-estar e fundamentação de nossos julgamentos de justiça sócio-econômica. Essa questão constitui o objeto principal da próxima seção deste trabalho.

3. A INSUFICIÊNCIA DOS CRITÉRIOS UTILITARISTAS PARA A PROMOÇÃO DA IGUALDADE

É importante inicialmente destacar que a teoria ética utilitarista, tanto quanto a justiça igualitária, parte da noção de se dispensar um tratamento igual e imparcial aos cidadãos relativamente à distribuição de determinados bens, como direitos e liberdades básicos, recursos e posições de responsabilidade em instituições econômicas e políticas.

A divergência entre essas duas teorias políticas normativas surge quando se pretende definir o espaço de avaliação normativa, escolhendo-se em que sentido os indivíduos devem ser tratados de modo igual, o que pressupõe identificar os aspectos da vida de uma pessoa que podem ou devem servir de avaliação do nível de bem-estar que usufrui. Como formula Amartya Sen, deve-se buscar igualdade em quê?

Na teoria da justiça de Rawls, a avaliação do bem-estar individual deve levar em conta o acesso que as pessoas têm a determinados direitos, recursos e oportunidades. De modo distinto, o utilitarismo de preferências argumenta que a avaliação do bem-estar individual se deve realizar com base na satisfação de preferências individuais. Da perspectiva do welfarismo subjetivo, deve-se tornar as pessoas tão iguais quanto possível no grau de satisfação que alcançam de suas próprias preferências.

Mas essa métrica utilitarista oferecida para dispensar consideração igual pelo bem-estar de todos é de fato uma resposta perturbadora para todos que acreditam que deve haver um fundamento não subjetivo para estimar e comparar os níveis de bem-estar de diferentes

indivíduos²⁰.

A satisfação de preferências individuais, adotada como critério último para distribuição de recursos escassos, apresenta duas dificuldades para sua aplicação: a) a realização de comparações interpessoais de bem-estar que levem em conta a intensidade das preferências individuais; b) a definição de um procedimento de agregação para o cálculo de uma “função social de utilidade”.

O problema mais fundamental dessa versão do utilitarismo, contudo, é que algumas categorias de preferências “desafiam qualquer concepção plausível de justiça” e, por essa razão, deveriam ser excluídas de nossos julgamentos de justiça social, o que implicaria o afastamento do princípio da autonomia das preferências. Tais são as preferências ofensivas e as não razoáveis - as excessivas ou modestas²¹.

As preferências ofensivas são aquelas “de natureza discriminatória e/ou cuja satisfação (sempre tendo por foco as decisões de política pública) causa dano à vida, à dignidade humana ou à liberdade de outros”²². No enfrentamento desse problema, Harsanyi argumenta que as preferências claramente anti-sociais, tais como sadismo, inveja, ressentimento e malícia, devem ser excluídas do cálculo da utilidade social, pois de acordo com a teoria utilitarista, a boa vontade geral e a compaixão humana são a base fundamental de nosso compromisso moral para com as outras pessoas²³.

Ainda que se aceite a defesa do princípio da autonomia das preferências relativamente às preferências ofensivas, resta o problema da variação interpessoal das preferências. Uma vez que as preferências dos indivíduos podem variar, necessitamos de um critério para “arbitrar a razoabilidade das exigências que a satisfação das diversas preferências faz aos outros”²⁴.

Ocorre que a razoabilidade das exigências que a satisfação de determinadas preferências faz à sociedade tem de ser aferida a partir de um padrão externo às preferências, na medida em que a ideia de “exigência razoável” nas comparações interpessoais implica observância primeira a suposições de equidade distributiva que necessitam de uma justificação independente dos interesses dos indivíduos.

²⁰ VITA, A. de. **A Justiça igualitária e seus críticos**, p. 154.

²¹ VITA, A. de. **A Justiça igualitária e seus críticos**, p. 154.

²² VITA, A. de. **A Justiça igualitária e seus críticos**, p. 161.

²³ HARSANYI, J. *Morality and the theory of rational behaviour*, p. 56.

²⁴ VITA, A. de. **A Justiça igualitária e seus críticos**, p. 162.

Chegamos aqui às objeções dos gostos caros e dos gostos modestos: “É contra-intuitivo sustentar que uma pessoa que desenvolveu ‘gostos caros’ deva, para atingir o mesmo nível de satisfação de uma outra cujos gostos e ambições são mais modestos, fazer jus a uma parcela maior dos recursos escassos da sociedade”²⁵.

Se parece clara a incoerência de uma obrigação moral de satisfação de desejos desarrazoados porque dispendiosos, a inadequação da métrica subjetiva do utilitarismo é ainda mais elevada quando se tem em consideração o grau de exigências necessárias para a satisfação de preferências muito modestas²⁶.

Antes de atentarmos para a satisfação das preferências, uma teoria da justiça deve levar em conta, recorda Rawls, a forma como as metas e as aspirações das pessoas são formadas ou, mais especificamente, de que maneira o arranjo institucional da sociedade afeta seus membros e condiciona em grande parte o tipo de pessoas que eles querem ser:

A estrutura social limita igualmente de diferentes maneiras as esperanças e ambições das pessoas; pois a idéia que têm de si mesmas depende em parte, e com razão, de seu lugar na sociedade e leva em consideração os meios e as oportunidades com os quais elas podem racionalmente contar²⁷.

Como isso se aplica especialmente à avaliação das preferências de pessoas que se encontram em uma posição menos favorecida, o problema dos gostos muito modestos constitui “uma das mais graves deformações nos julgamentos de bem-estar social que são produzidas quando avaliamos as circunstâncias das pessoas de acordo com a métrica da utilidade”²⁸.

Em crítica que se aplica adequadamente ao utilitarismo, Jon Elster argumenta que o liberalismo negligenciaria a chamada *endogeneidade das preferências*. Ao referir a importância da formação das preferências endógenas na filosofia política e alertando que uma pessoa pode “aperfeiçoar-se até a morte”, Jon Elster expressa que “O liberalismo advoga a livre escolha do

²⁵ VITA, A. de. **A Justiça igualitária e seus críticos**, p. 162.

²⁶ O que está em jogo aqui não é apenas o descompasso gerado pelo que Vita denomina “a maleabilidade das preferências”, mas a percepção de que as instituições sociais e a ação pública, pelos bens, recursos e direitos que em primeiro lugar providenciam às pessoas, têm aptidão para condicionar-lhes as preferências, pois “Um bem, um direito ou uma oportunidade podem ser pouco valorizados por uma pessoa, ou mesmo sequer aparecer em sua escala de preferências, pela simples razão de que ela dificilmente pode desenvolver preferências por algo que não percebe (em geral, bastante realisticamente) como parte das circunstâncias de sua vida” (VITA, A. de. **A Justiça igualitária e seus críticos**, p. 164).

²⁷ RAWLS, J. **Justiça e democracia**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 18.

²⁸ VITA, A. de. **A Justiça igualitária e seus críticos**, p. 165. Nessa obra, Álvaro de Vita salienta a relevância do que Sustain chama “efeito-provisão” na formação das preferências individuais. Vita argumenta que a satisfação das preferências individuais não é um guia adequado às decisões de política pública, pois “o que as pessoas preferem é, em grande medida, resultado dos bens, recursos e direitos que lhes foram providos em *primeiro lugar* pelas instituições sociais e pela ação pública”. Para Vita, “A equidade de uma distribuição não pode justificar-se pelas preferências que os indivíduos são levados a cultivar por essa mesma distribuição (p. 163-167).

estilo de vida, mas esquece que a escolha é em grande medida previamente limitada pelo meio social no qual as pessoas crescem e vivem. Essas preferências, endogenamente condicionadas, podem bem levar a escolhas cujo resultado último seja a ruína ou miséria evitáveis”²⁹.

Ao levantar os bens primários como via de solução para comparações interpessoais com vistas à justiça social e política, John Rawls lança várias objeções à noção de prioridade das preferências do utilitarismo de comparações ordinais.³⁰ Em *Uma teoria da justiça*, Rawls já havia argumentado que no que diz respeito à justiça social é necessário encontrar critérios objetivos para as comparações interpessoais qualitativas e que essas estimativas não podem ser deixadas apenas à intuição. Ainda, é necessário que todos possam reconhecer e aceitar esses critérios objetivos³¹.

O contraste entre esses dois modos de se fazer comparações interpessoais (satisfação de preferências no utilitarismo e acesso a bens primários, de “justiça como equidade”) resulta de uma distinção de fundo filosófico e explica como eles se relacionam a diferentes concepções de pessoa e de unidade social.

Se na teoria da justiça de Rawls as dificuldades de comparações interpessoais se apresentam como moral e prática, a tradição utilitarista – que muito informa o cânon da racionalidade da teoria econômica contemporânea –, ao buscar medir a satisfação ou bem-estar interpessoal, levanta diversas dificuldades ligadas a conhecimento de outra espécie, isto é, da psicologia e da teoria econômica.

Seguindo a pressuposição da filosofia liberal das diversas e irreconciliáveis concepções de bem, o reconhecimento público de uma compartilhada concepção de justiça (condição de publicidade) é o ponto de partida de “justiça como equidade” para chegar à lista de bens primários como caminho de comparações interpessoais. É o reconhecimento público dessa

²⁹ ELSTER, J. Auto-realização no trabalho e na política: a concepção marxista da boa vida. *Revista Lua Nova*, n. 25, p. 61-101, 1992, p. 63.

³⁰ RAWLS, J. Social unity and primary goods, p. 159-186. Os bens primários constituem uma pluralidade de bens que podem servir para a comparação dos quinhões distributivos dos cidadãos de uma sociedade liberal-democrática justa: “São bens ‘sociais’ no sentido de que ou são distribuídos diretamente por instituições sociais básicas, ou sua distribuição, como nos casos da renda e da riqueza, é regulada por essas instituições” (VITA, A. de. **O liberalismo igualitário**: sociedade democrática e justiça internacional, São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 105-106). De acordo com os princípios de justiça da teoria rawlsiana, a estrutura institucional básica de uma sociedade deveria distribuir os seguintes bens primários sociais: “a) liberdades e direitos fundamentais; liberdade de movimento e de escolha de ocupação, contra um pano de fundo de oportunidades variadas; c) capacidades e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade nas instituições políticas e econômicas da estrutura básica da sociedade; d) renda e riqueza; e) as bases sociais do auto-respeito”. (Idem. VITA, A. de. **O liberalismo igualitário**: sociedade democrática e justiça internacional, São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 105)

³¹ RAWLS, J. **A theory of justice**, p. 90.

concepção de justiça que forja a unidade social mais do que o reconhecimento de um bem racional definido antes mesmo dos limites de justiça e que deve ser maximizado, como se tem no utilitarismo.

A noção de uma compartilhada função de preferência de maior ordem é incompatível com a concepção de sociedade bem ordenada de “justiça como equidade”, pois nesta os indivíduos são mobilizados não apenas pelos interesses superiores em desenvolver e exercer seus poderes morais, mas também para progredir em busca de seus fins, de acordo com sua própria concepção de bem e nos limites dos princípios de justiça.

Essa ideia de uma compartilhada função de preferência de maior ordem traz como pressuposto o fato de que as pessoas não possuem determinada concepção de bem em relação à qual se comprometam, mas consideram os diversos desejos e capacidades do “eu” (*self*) como características a serem ajustadas para o mais elevado lugar possível no ranking público da maximização da utilidade³². Submetidas ao princípio da utilidade, as pessoas perdem sua individualidade e, compartilhando uma preferência de mais alta ordem, são definidas como pessoas nuas (*bare persons*, na expressão sugerida por John Bennett): “Tais pessoas estão prontas a considerar quaisquer novas convicções e objetivos, e mesmo abandonar relações e lealdades, sempre que isso trazer a promessa de uma vida com maior satisfação geral, ou bem-estar, de acordo com um ranking público”³³.

A característica do utilitarismo, como se viu anteriormente, é a concepção do bem como satisfação de desejo ou preferências. Essa concepção de bem é totalmente compreensiva, no sentido de que leva em conta tudo que pode afetar o bem-estar de alguém, não se restringindo a uma lista limitada de características objetivas das circunstâncias dos indivíduos, como a dos bens primários. Além disso, o princípio público de justiça é a maximização da utilidade, de sorte que a função de utilidade deve levar os julgamentos dos indivíduos de acordo com o que é publicamente vantajoso³⁴.

³² RAWLS, J. Social unity and primary goods, p. 180.

³³ RAWLS, J. Social unity and primary goods, p. 182.

³⁴ RAWLS, J. Social unity and primary goods, p. 178.

3.1. A instrumentalização utilitarista da pessoa humana e o consequencialismo do liberalismo igualitário

As raízes kantianas de “justiça como equidade” implicam a assunção da filosofia liberal que traz como pressuposição a existência de conflitantes e incomensuráveis concepções de bem, todas compatíveis com a autonomia plena e autonomia racional da pessoa humana.³⁵ Como consequência, a unidade social e a ligação dos indivíduos às suas instituições comuns repousam não em uma concepção racional de bem (como satisfação de desejos e preferências), mas em um acordo sobre o que é justo para pessoas morais livres e iguais com diferentes e opostas concepções de bem. É o primeiro princípio de “justiça como equidade” que consubstancia a noção de neutralidade ligada à tolerância liberal:

Cada pessoa deve ter um direito igual a um sistema plenamente adequado de direitos e liberdades básicas iguais, sistema esse que deve ser compatível com um sistema similar garantido para todos; e, neste sistema, as liberdades políticas iguais, e somente essas liberdades, devem ter seu valor equitativo garantido³⁶.

O que é justo precede ao que é bom, no sentido de que “esta concepção de justiça é independente e prioritária à noção de bem no sentido de que seus princípios limitam as concepções de bem que são admissíveis em uma sociedade justa”³⁷.

Cabe aqui a observação de que a teoria da justiça como equidade não é deontológica, no sentido de entender os direitos como interdições à ação ou a determinadas condutas. Pretendendo contrastar sua teoria com o utilitarismo, Rawls esclareceu que o caráter deontológico de sua teoria significaria que *i)* ou não especifica o conceito de bem independentemente do de justo, *ii)* ou não interpreta o conceito de justo como maximização do bem³⁸.

Na visão de uma doutrina teleológica, seriam justos os atos e instituições que, entre as alternativas existentes, produzem o maior bem ou, pelo menos, o mesmo bem que qualquer dos

³⁵ No artigo “O construtivismo kantiano na teoria moral”, derivado de três conferências realizadas na Universidade de Colúmbia no ano de 1980, Rawls dedica a primeira parte ao tema “Autonomia racional e autonomia completa”. A análise dos bens primários e sua definição exprimem o aspecto racional da autonomia, que depende dos interesses superiores (os que têm, por objeto, as faculdades morais) e da necessidade de garantir uma determinada concepção de bem que mobilizam os participantes. A preferência dos participantes na posição original pelos bens primários é racional (Rawls, 2001:63). De outra parte, a autonomia completa é um ideal moral e somente se efetiva com os cidadãos de uma sociedade bem ordenada no curso de sua vida cotidiana.

³⁶ RAWLS, J. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1983. p. 5.

³⁷ RAWLS, J. Social unity and primary goods, p. 160..

³⁸ RAWLS, J. **A theory of justice**, p. 30.

outros atos e instituições que podem ser efetivamente escolhidos. Mas isso traduz apenas o componente consequencialista de uma tal doutrina. Mais especificamente, segundo as teorias teleológicas, “o conceito do bem é definido de forma independente do de justo e este é definido como aquilo que maximiza o bem”³⁹. As teorias teleológicas, como observa Rawls, são atraentes já que parecem incorporar a ideia da racionalidade, pois “é natural pensar-se que a racionalidade consiste em maximizar algo e que, quando se trata de moral, ela deve consistir na maximização do bem”⁴⁰, sendo mesmo “tentador supor que o dever de ordenar a sociedade por forma a obter o maior bem é uma evidência”⁴¹.

A objeção que Rawls levanta a uma teoria teleológica não deriva de seu componente consequencialista *per se*, mesmo porque “todas as doutrinas éticas dignas de nossa atenção tomam as consequências [dos atos e instituições] em consideração nos julgamentos de justiça. Uma teoria que o não fizesse seria simplesmente irracional, disparatada”⁴². Aliás, como bem observado por Vita, “o consequencialismo é uma decorrência necessária de entender a justiça como a ‘virtude primeira das instituições sociais”⁴³. A teoria de Rawls “nos recomenda olhar, antes de mais nada, para os *efeitos* ou as *consequências* que distintas configurações institucionais têm para a distribuição de encargos e benefícios na sociedade”⁴⁴. Em outras palavras, é possível concebermos a primazia da justiça sobre (as concepções do) o bem em termos essencialmente consequencialistas.

Mas se o consequencialismo puro ou radical é aceito como a forma mais apropriada de reflexão ética, não haveria nenhuma atrocidade que não pudesse ser justificada com base no estado de coisas mais benéfico a ser alcançado⁴⁵. Isso porque se concebe a primazia de uma determinada visão do bem humano – consistente, por exemplo, na máxima satisfação possível de desejos e aspirações individuais – sobre princípios de justiça e do direito. Em uma ética teleológica, os direitos são instrumentais àquela visão do bem humano, são instrumentais à maximização do bem. Assim, atribui-se “um valor supremo a um determinado fim ou concepção da boa vida e subordina tudo o mais o que podemos considerar moralmente significativo –

³⁹ RAWLS, J. **A theorie of justice**, p. 24.

⁴⁰ Como é de conhecimento geral, na interpretação de Rawls, o princípio da utilidade na sua forma clássica define o bem como a satisfação do desejo racional (RAWLS, J. **A theorie of justice**, p. 25).

⁴¹ RAWLS, J. **A theorie of justice**, p. 25.

⁴² RAWLS, J. **A theorie of justice**, p. 30.

⁴³ Vita, A. **Justiça Iguatária e Seus Críticos**. São Paulo: UNESP, 2000. p. 32.

⁴⁴ RAWLS, J. **A theorie of justice**, p. 33.

⁴⁵ Vita, A. **Justiça Iguatária e Seus Críticos..** p. 31.

princípios de justiça direitos e deveres – à consecução desse fim”⁴⁶.

Se para o utilitarismo clássico, o “cálculo do melhor equilíbrio líquido de satisfação não é relevante, a não ser de forma indireta, aquilo sobre que incidem os desejos”⁴⁷, na teoria da justiça de Rawls os princípios de justiça (aceitos antecipadamente pelas partes) restringem os desejos e aspirações, definindo os limites dentro dos quais os sujeitos devem desenvolver os seus objetivos. Nessa perspectiva, a prioridade da justiça é reconhecida “através da afirmação de que os interesses que obrigam à violação da justiça são destituídos de valor”, de modo que não possuindo qualquer mérito, as exigências a eles respectivas não podem ser impostas⁴⁸.

É preciso destacar que a avaliação consequential que é pertinente à teoria de Rawls é aquela que tem por objeto os efeitos da estrutura básica (arranjos institucionais políticos e socioeconômicos básicos da sociedade), distanciando-se do utilitarismo de normas porque a avaliação desta posição normativa incorpora outro modelo de preocupações consequentialistas, isto é, se dá em termos dos níveis de utilidade produzidos pelo estado de coisas resultante⁴⁹. Mesmo os preceitos da justiça derivam do objetivo de atingir o melhor resultado no que toca à satisfação. O respeito a certos preceitos de senso comum de justiça (proteção dos direitos e liberdades, ou os que exprimem exigências ligadas ao mérito) se dá enquanto a soma dos benefícios for com isso maximizada. Na visão de Rawls, o utilitarismo tenta considerar as convicções sobre a prioridade da justiça como uma ilusão social útil, já que a violação costumeira de direitos não se amolda ao princípio da utilidade⁵⁰.

3.2. Bens primários, princípios de justiça e a proposta rawlsiana de comparação interpessoal de bem-estar.

Com uma particular concepção de pessoa e de unidade social, compreende-se que os princípios de justiça devem ser percebidos como públicos e destinados a uma sociedade bem ordenada, na qual os cidadãos aceitam esses princípios, sabendo que todos os demais também os aceitam.

⁴⁶ Vita, A. *Justiça Igualitária e Seus Críticos*. p. 32.

⁴⁷ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, 2a edição, Lisboa: Editorial Presença, tradução: Carlos Pinto Correia, 2001. p. 46.

⁴⁸ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça...*, p. 47.

⁴⁹ Vita, A. *Justiça Igualitária e Seus Críticos*. p. 34.

⁵⁰ Vita, A. *Justiça Igualitária e Seus Críticos*. p. 28.

A concepção de justiça se aplica aos arranjos socioeconômicos e políticos fundamentais – que Rawls denomina “estrutura básica da sociedade” – e se a sociedade é vista como um sistema de cooperação social, os indivíduos devem ser vistos como pessoas morais livres e iguais que podem contribuir para o mútuo benefício de todos. Isso significa mais do que uma atividade de coordenação social eficientemente organizada para alguns fins coletivos.

É que a ideia de cooperação social traz como pressuposto, de uma parte, os “termos equitativos da cooperação” que se pode esperar ver razoavelmente aceitos por cada participante com a condição que os demais também os aceitem (elemento razoável da cooperação social) e, de outra parte, a concepção que cada participante tem de sua vantagem racional e que ele tenta, enquanto indivíduo, concretizar (elemento racional da cooperação social).

Nessa perspectiva de que todos devem ser beneficiários e compartilhar dos encargos comuns de um modo relativamente satisfatório pode ser compreendida a chamada “divisão social de responsabilidade”, segundo a qual os cidadãos como corpo coletivo (sociedade) aceitam a responsabilidade de manutenção de liberdades básicas iguais e oportunidades equitativas, e de provisão de uma justa divisão dos demais bens primários para cada um, ao passo que os cidadãos (como indivíduos) e associações aceitam a responsabilidade para rever e ajustar suas metas e aspirações em face dos meios polivalentes que podem esperar, dada sua presente e previsível situação⁵¹.

Aplicada à estrutura básica da sociedade, a noção de cooperação torna natural que se tome dois poderes morais como características essenciais do ser humano⁵². Percebe-se então que a concepção de pessoa, enquanto ideal moral, é fundamental em “justiça como equidade”:

Portanto, na formulação de uma concepção de justiça para a estrutura básica da sociedade, começamos percebendo cada pessoa como uma pessoa moral movida pelos dois interesses de ordem mais elevada (*highest-order*), nomeadamente, os interesses de realizar e de exercer os dois poderes da personalidade moral. Os dois poderes são a capacidade para um senso de justiça (a capacidade para honrar os justos termos de cooperação), e a capacidade para decidir a respeito, revisar e racionalmente perseguir uma concepção de bem⁵³.

Além dos interesses de ordem maior (*highest-order*), há aqueles considerados de ordem

⁵¹ RAWLS, J. “Social Unity and Primary Goods”. In Sen, Amartya e Willians, Bernard (ed). **Utilitarianism and Beyond**. New York: Cambridge University Press, 1982, p. 170. Quanto aos limites dessa tensão entre responsabilidade social e responsabilidade pessoal, deve-se notar que, à luz do segundo princípio de justiça da teoria de Rawls, a consideração igual a cada indivíduo pressupõe a noção - normativamente importante - de neutralização de fatores considerados moralmente arbitrários, isto é, a neutralização dos fatores geradores de desigualdade (neutralização da loteria social e da loteria genética).

⁵² RAWLS, J. “Social Unity and Primary Goods”. In Sen, Amartya e Willians, Bernard (ed). **Utilitarianism and Beyond...**, p. 164.

⁵³ RAWLS, J. “Social Unity and Primary Goods”. In Sen, Amartya e Willians, Bernard (ed). **Utilitarianism and Beyond...**p. 165.

mais elevada (*higher-order*), consistentes no avanço das concepções de bem dos indivíduos, concebidas como alguns objetivos específicos e aspirações que se apresentam a cada tempo. A pessoa moral, contudo, guarda um regrado desejo de conformar o bem que persegue e as demandas que faz aos outros aos princípios públicos de justiça que se espera razoavelmente sejam aceitos por todos.

A aceitação dos princípios de justiça decorre também da circunstância de que eles foram atribuídos à estrutura básica da sociedade pelas partes que na chamada “posição original” representam os cidadãos como pessoas morais livres e iguais. Na formulação dos princípios de justiça, as partes seguem instruções de seus representados e, constrangidos especialmente pelas restrições de informações (véu da ignorância) e pela simetria de sua situação, decidem entre os alternativos princípios de justiça de acordo com a segurança com que estes princípios providenciam os bens primários a todos os cidadãos⁵⁴.

É mesmo guiado pela concepção de justiça, bem como pela concepção de pessoa e de cooperação social, que Rawls selecionou uma lista prática e limitada de coisas (bens primários) que podem ser em geral aceitas como necessárias pelos cidadãos de uma sociedade justa, ou mais propriamente, por pessoas morais livres e iguais engajadas na cooperação social durante toda sua vida.⁵⁵ Em outras palavras, “os bens primários são definidos quando se indaga qual é o gênero de condições sociais e de meios polivalentes que permitiriam aos seres humanos concretizar e exercer suas faculdades morais, bem como buscar seus fins últimos (que se supõe não excederem a certos limites)”⁵⁶. Caracterizam-se como aquilo que as pessoas precisam na sua condição de cidadãos livres e iguais (como membros normais e plenamente cooperadores da sociedade), ao longo de sua vida.

É assim que o acesso pelas partes aos princípios de justiça se realiza em termos dos bens primários:

⁵⁴ RAWLS, J. “Social Unity and Primary Goods”. In Sen, Amartya e Willians, Bernard (ed). **Utilitarianism and Beyond...**p. 165.

⁵⁵ Os bens primários guardam a ideia básica de serem condições de contexto social e meios polivalentes (*all-purpose means*), geralmente necessários para formar e racionalmente perseguir uma concepção de bem. Os princípios de justiça, de um lado, asseguram a todos os cidadãos a igual proteção e o acesso a essas condições e, de outro lado, providenciam uma justa repartição dos meios polivalentes. Referindo-se a categorias genéricas, os bens sociais primários são direitos e liberdades, oportunidades e poderes, renda e riqueza. São primários porque seriam essenciais; são sociais em razão de sua ligação com a estrutura básica (as liberdades e oportunidades são definidas pelas regras das instituições principais, ao passo que a distribuição de renda e riqueza é por elas regulada) (Rawls, 2001:90).

⁵⁶ RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. São Paulo: Martins Fontes. Tradução: Irene A. Paternot, 2000. p. 63.

(a) Primeiro, as liberdades básicas, como liberdade de pensamento, de consciência; liberdade de associação; A liberdade concebida como a liberdade e integridade da pessoa; as garantias do *rule of law*; as liberdades políticas;

- As liberdades básicas são as instituições do contexto social necessárias para o desenvolvimento e o exercício da capacidade de escolher, de revisar e de efetivar racionalmente uma concepção do bem. Similarmente, essas liberdades permitem o desenvolvimento e o exercício do senso da justiça em condições sociais e políticas que são livres;

(b) Segundo, liberdade de movimento e livre escolha de ocupação em um contexto de oportunidades diversas;

- Esses bens são necessários para a consecução de fins últimos e para a eficácia de nossa decisão revisá-las e modificá-las, se assim for desejado;

(c) Terceiro, os poderes e as prerrogativas das funções e dos postos de responsabilidade, particularmente aquelas nas principais instituições políticas e econômicas;

- Necessários para desenvolver as diversas capacidades autônomas e sociais do *eu (self)*;

(d) Quarto, renda e riqueza;

- Compreendidas de modo amplo, elas são meios polivalentes, tendo valor de troca para atingir direta ou indiretamente quase todos os nossos fins, sejam eles quais forem;

(e) Bases sociais do autorrespeito

- Entendidas como aqueles aspectos das instituições básicas que normalmente são essenciais para os indivíduos a fim de que eles adquiram uma noção verdadeira de seu próprio valor enquanto pessoas morais e para que sejam capazes de realizar seus interesses de ordem mais elevada e de fazer progredirem os seus próprios fins com auto-confiança;

Essa lista de bens primários, derivada de uma concepção de justiça, pessoa e cooperação social, fornece uma base para comparação interpessoal compatível com a autonomia, no que diz respeito à pluralidade de concepções de bem (nos limites da justiça) dentre as quais os indivíduos são livres para escolher⁵⁷. É assim que “as comparações interpessoais, para efeitos de justiça política, devem ser feitas em termos da lista ordenada de bens primários dos cidadãos, e estes bens são vistos como respondendo às suas necessidades, por contraposição com suas preferências e desejos”⁵⁸.

De outro lado, as reivindicações de recursos sociais que podem ser levantadas são as que se referem aos bens primários no modo permitido pelos princípios públicos de justiça. De outro lado, o forte sentimento, a intensa preferência ou a zelosa aspiração por determinados objetivos

⁵⁷ RAWLS, J. “Social Unity and Primary Goods”. In Sen, Amartya e Willians, Bernard (ed). *Utilitarianism nd Beyond...*, New York: Cambridge University Press, 1982, p. 183.

⁵⁸ **Uma Teoria da Justiça**, 2a edição, Lisboa: Editorial Presença, tradução: Carlos Pinto Correia, 2001. p. 21.

não outorgam tais reivindicações às pessoas, da mesma forma que a pretensão de que as instituições públicas sejam desenhadas de modo a atingir esses objetivos não encontra espaço moral. Afinal, “[...] desejos e ambições, ainda que intensos, não são por si só razões em questões de justiça. O fato de termos um desejo imperioso não argumenta pela propriedade de sua satisfação mais do que a força de uma convicção argumenta pela sua verdade”⁵⁹.

O alvo utilitarista de agregação máxima de satisfação, utilidade ou bem-estar carrega, ademais, a seguinte implicação distributiva: de um lado, pode exigir a canalização de recursos para os melhores posicionados sempre que isso conduzir a maximização pretendida; de outro lado, pode levar as instituições sociais a promover o melhor estado de coisas (identificado segundo a quantidade de satisfação total agregada que contêm), ainda que pelo cálculo de satisfação se exija o completo sacrifício dos planos de vida de alguns indivíduos, ainda que o prazer de muitos negue a poucos as necessidades de vida e as condições mínimas para perseguir seus projetos⁶⁰.

Deveras, a característica marcante da visão utilitarista é a de que, para ela, não importa como a soma das satisfações é distribuída entre as pessoas, desde que tal distribuição produza a máxima satisfação. É assim que a sociedade deve afetar os seus meios de satisfação (direitos e deveres, oportunidades e privilégios e as diversas formas de riqueza), se possível de forma a atingir este máximo. Nenhuma distribuição será preferível a outra, salvo em condições de igualdade, onde uma distribuição mais igualitária é favorecida⁶¹.

A moralidade utilitarista recomenda igualdade em satisfação de utilidades, em termos de prazer, felicidade, satisfação de preferências, desejos ou escolhas etc. Classicamente, a ética utilitária vê-se mesmo como estritamente igualitária, fundando-se no fato de que adiciona as utilidades dos indivíduos com pesos iguais, tal como enunciava Bentham, relatado por J. S. Mill (1863): “Cada um deve contar como um, ninguém deve contar como mais de um”. Como as preferências de todos têm igual peso, esta vertente do consequencialismo propugna que a justiça corresponde à satisfação ao máximo das utilidades totais ou médias⁶².

⁵⁹ RAWLS, J. “Social Unity and Primary Goods”. In Sen, Amartya e Williams, Bernard (ed). **Utilitarianism and Beyond...**, p. 171.

⁶⁰ SCHEFFLER, S. (Ed.). **The Rejection of Consequentialism**. New York: Oxford University Press, 1994. p. 12.

⁶¹ RAWLS, J. **A theorie of justice**, p. 26.

⁶² É importante notar que Rawls parte do princípio de que a alternativa utilitarista mais plausível para os dois princípios da justiça é a constituída pela utilidade média (per capita) e não pelo princípio clássico, segundo o qual as instituições devem ser organizadas de modo a maximizar a soma ponderada total das expectativas de utilidades dos sujeitos relevantes representativos (Rawls, 2001:138). O problema do princípio clássico seria identificado no fato de que com o crescimento indefinido da população, aumentar-se-ia igualmente a utilidade, sem que realmente se tenha elevado o nível de satisfação dos desejos (entendendo-se utilidade no seu sentido tradicional como satisfação de um desejo) **Uma Teoria da Justiça...**, p. 138-141.

Percebe-se, assim, a limitação da teoria utilitarista para a realização do postulado de igualdade material, elemento constitutivo da justiça social, destacadamente em uma sociedade, como a brasileira, excessivamente desigual em termos regionais, econômicos, sociais e culturais.

De modo distinto, à luz dos princípios de justiça os cidadãos seriam tratados como iguais com respeito à sua concepção de bem, uma vez que todos teriam as mesmas liberdades básicas, gozariam de oportunidades equitativas e compartilhariam dos outros bens primários de acordo com o princípio de que alguns podem ter mais apenas se alcançarem mais de modo a melhorar a situação daqueles que têm menos⁶³.

“Na construção rawlsiana, ‘uma vez que um índice de bens primários é feito uma parte dos dois princípios de justiça, a aplicação desses princípios com o índice permite a caracterização do que são as apropriadas reivindicações dos indivíduos em relação aos recursos sociais’”⁶⁴.

O uso de um índice de bens primários faz parte, como se vê, do conceito de princípio de diferença ou princípio maximin de justiça social. A concepção incorporada pelo princípio de diferença é fortemente igualitária, no sentido de que a menos que haja uma distribuição que melhore a situação do sujeito menos favorecido, prefere-se uma distribuição igual⁶⁵. Deveras, componente fundamental do critério substantivo de justiça da teoria de Rawls da “justiça como equidade”, o segundo princípio é dividido em duas partes, sendo que a última corresponde ao princípio de diferença:

As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: em primeiro lugar, elas devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos sob condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo, elas devem redundar no maior benefício possível para os membros menos favorecidos da sociedade⁶⁶.

Ao lidar com disparidades de renda e riqueza que persistam após uma igualdade equitativa de oportunidades⁶⁷, o princípio de diferença se destinará fundamentalmente a estabelecer bases objetivas para as comparações interpessoais. E o faz de duas maneiras.

⁶³ RAWLS, J. “Social Unity and Primary Goods”. In Sen, Amartya e Willians, Bernard (ed). **Utilitarianism and Beyond...**, p. 171-172.

⁶⁴ RAWLS, J. “Social Unity and Primary Goods”. In Sen, Amartya e Willians, Bernard (ed). **Utilitarianism and Beyond...**, 169.

⁶⁵ RAWLS, J. **A theorie of justice**, p. 76.

⁶⁶ RAWLS, J. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1983. p. 5-6.

⁶⁷ Vale notar que a igualdade equitativa de oportunidades é mais exigente do que comumente se tem por igualdade de oportunidades. A pretensão é a de que as instituições, por meio de ações políticas adequadas, igualassem o ponto de partida na sociedade, abrangendo a oportunidade de cultivar e desenvolver talentos. Para tanto, busca-se neutralizar fatores correspondentes ao *background* familiar e posição social na sociedade. Pela igualdade equitativa de oportunidades deve-se garantir, no mínimo, acesso igual aos serviços educacionais e a uma rede de seguridade social mais ou menos exigente.

De um lado, ele torna possível identificar o sujeito representativo menos beneficiado, permitindo-nos saber a partir de que posição devemos julgar o sistema social. Se o utilitarismo parte da hipótese de que há uma medida razoavelmente precisa das utilidades, torna-se necessário ter uma medida cardinal para cada sujeito representativo e um método que relacione as escalas das diferentes pessoas. Já o princípio de diferença coloca menos exigências aos nossos juízos relativos de bem-estar, pois jamais se colocará a tarefa de se calcular uma soma de benefícios, implicando uma medida cardinal, isto é, definida a posição mais baixa são suficientes os juízos do tipo ordinal de um sujeito representativo.

De outro lado, o princípio de diferença traz uma simplificação na base das comparações interpessoais, uma vez que elas são feitas em termos de expectativas em relação aos bens sociais primários⁶⁸.

A divisão dos bens primários não é pretendida como uma medida de bem-estar psicológico, de modo que “justiça como equidade”, repousando sobre essa noção de bens primários, rejeita a ideia de comparação e maximização de satisfação em questões de justiça. Ao contrário, o que se busca é a maximização da justiça social, a maximização do quinhão distributivo de benefícios para os que estão na condição mínima: “A divisão dos bens primários entre os sujeitos se dá segundo o princípio de que alguns podem obter mais se adquirem por meios que melhorem a situação daqueles que têm menos. Uma vez o arranjo inteiramente preparado e em funcionamento, não há lugar a questões sobre o total de satisfação ou de perfeição”⁶⁹.

A “justiça como equidade” guarda a concepção de indivíduo como pessoas morais livres e iguais que agem em condições de mútuo acordo em uma sociedade bem ordenada. Note-se que não há necessidade de que a sociedade seja próspera para a escolha se dê pelos princípios de justiça. De outro lado, o utilitarismo veria as pessoas em termos de sua capacidade de satisfação, interpretando o problema de justiça como o modo como alocar os meios de satisfação de modo a produzir a maior soma de bem-estar – uma noção que se amolda com a visão da teoria econômica que o percebe como o estudo para a alocação de recursos escassos com vistas ao mais eficaz progresso dos fins determinados⁷⁰.

Para o fechamento desta seção, faz-se necessária ao menos uma referência à proposta

⁶⁸ RAWLS, John. *Justiça e Democracia...*, p. 89.

⁶⁹ RAWLS, J. *A theorie of justice*, p. 94.

⁷⁰ RAWLS, John. “Social Unity and Primary Goods”. In Sen, Amartya e Willians, Bernard (ed). *Utilitarianism and Beyond*. New York: Cambridge University Press, 1982, p. 181.

rawlsiana de se pensar nos dois princípios de justiça como a solução maximin para o problema da justiça social, solução pela qual, ao se estabelecerem consequências às instituições e perceberem-se suas implicações para as questões fundamentais de política social, se recomenda a adoção da alternativa cuja pior consequência (para os menos favorecidos) seja superior a cada uma das piores consequências das outras⁷¹.

4. AS BASES SOCIAIS DO AUTORRESPEITO E AS EXCESSIVAS EXIGÊNCIAS MOTIVACIONAIS DO PRINCÍPIO DA UTILIDADE

Como se observou anteriormente, desde que o bem corresponde à satisfação do desejo racional e uma vez que o utilitarismo recomenda a maximização do bem, o curso de uma determinada ação política será considerado justo quando o estado de coisas obtido com a intervenção apresente-se vantajoso ou, mais especificamente, desde que produza a maximização da utilidade (em termos de satisfação de preferências, desejos, prazeres, escolhas de eficiência etc).

A justiça utilitarista coloca em segundo plano a proteção dos interesses fundamentais do indivíduo, visto que estes cedem ao ideal supremo de maximização da utilidade total ou média. Por mais que os utilitaristas clássicos reivindicassem uma harmonia natural de interesses entre o indivíduo e a coletividade, no sentido de que a ação que busca a felicidade geral culmina por realizar mais completamente a felicidade do próprio agente⁷², este argumento tinha como pressuposto a existência de um desejo racional do agente que, na busca da felicidade geral, seguisse o mais racional curso de ação para o consecução de sua própria maior felicidade. Como nem sempre se espera a escolha mais racional sob a perspectiva da felicidade geral, tornou-se necessária a instituição de um sistema de sanções (com destaque para a lei), pelo qual a ação imprópria para a felicidade geral acarretasse danos à felicidade do agente individual. É o que se chama harmonia artificial de interesses:

⁷¹ RAWLS, J. **A theorie of justice**, p. 152. Como refere Rawls, “o termo ‘maximin’ significa *maximum minimorum*; e esta regra chama a nossa atenção para o pior que pode acontecer sob qualquer orientação de ação possível e para a decisão a tomar à luz de tal fato” (RAWLS, J. **A theorie of justice**, p. 154). É bom anotar que o princípio do *maximin* constitui apenas uma parte da moralidade política substantiva rawlsiana. Em condições de incerteza, como a que se encontram as partes na posição original sob o véu da ignorância, a escolha se daria por uma manifestação do princípio de diferença, optando-se pela via que tende a oferecer o melhor resultado possível dentre os piores resultados. O *maximin* não é a teoria da justiça, mas uma regra da teoria da escolha racional.

⁷² Ideia que se considera inspirada na teoria econômica clássica de Adam Smith, que sustentou que a maior vantagem econômica para todos resultaria da perseguição completamente racional da vantagem econômica individual (Quinton, 1989:8).

É mais fácil fazê-los agir corretamente alterando-se as prováveis consequências de curto prazo de suas ações, correlacionando sanções legais e outras às ações indesejáveis que eles estavam inclinados a realizar, do que fazê-los perceber os seus erros com as más consequências de longo prazo de suas ações para sua felicidade⁷³.

O que se verifica na realidade então é a frequente ocorrência de conflitos entre os interesses individuais e o interesse maior de maximização da utilidade. Como já se antecipou na seção “4” deste trabalho, o princípio da utilidade seria rejeitado pelas partes na posição original dentre outras razões porque ele exigiria o sacrifício dos projetos de vida de algumas pessoas, ainda que elas se encontrassem em uma situação de desvantagem social ou econômica, para aumentar a satisfação de outras sempre que isso maximizasse a satisfação agregada.

Em *Uma teoria da justiça*, Rawls se vale da noção de “*strains of commitment*” que se poderia traduzir como “tensões do compromisso” ou “vínculos criados pelo compromisso”. Uma concepção de justiça deve passar por um teste de estabilidade. Neste exame, indaga-se se os cidadãos que se encontram sob determinada estrutura institucional terão razões suficientes para honrar os princípios de justiça adotados, submetendo-se à dinâmica da estrutura básica da sociedade.

Daí se falar da imposição de exigências motivacionais aos princípios de justiça. Há motivos para que os cidadãos cumpram seus deveres, enquanto membros de um sistema de cooperação social ou, ao contrário, é possível se reconhecer que existem razões razoáveis para que os princípios de justiça sejam rejeitados, especialmente por aqueles que se encontram em uma posição social inferiorizada?

Em vista disso, diz Rawls, como as partes são capazes de senso de justiça, estão certas do valor dos compromissos recíprocos que assumiram e podem confiar uns nos outros quanto à adesão aos princípios adotados. Elas evitarão acordos cujas consequências não possam aceitar ou aqueles que só dificilmente possam aderir. Mas uma vez participando do acordo, a parte deve ser capaz de o honrar, ainda que se verifiquem as piores dentre todas as situações possíveis.

Na percepção de Rawls, os dois princípios de justiça têm uma vantagem clara sobre o princípio da utilidade média:

Não apenas as partes protegem seus direitos básicos, mas elas se protegem contra as piores eventualidades. Elas não correm o risco de ter que concordar com uma perda de liberdade no curso

⁷³ QUINTON A. *Utilitarian Ethics*. London: Duckworth, 1989. p. 8.

de sua vida, em favor de que outros possam gozar de um bem maior, um compromisso que elas não seriam capazes de manter em circunstâncias reais⁷⁴.

Já o princípio da utilidade parece exigir uma maior identificação com os interesses das outras pessoas do que os dois princípios de justiça. Rawls busca explicar a aceitação do sistema social e dos princípios de justiça por meio da lei psicológica de que as pessoas tendem a amar, proteger e apoiar aquilo que afirme seu próprio bem. Assim, “justiça como equidade” seria mais estável do que o utilitarismo, na medida em que, cumpridos seus dois princípios de justiça, estão asseguradas as liberdades básicas de cada indivíduo e, de maneira definitiva, pelo princípio de diferença, cada sujeito é beneficiado pela cooperação social⁷⁵.

De modo diverso, o princípio da utilidade, uma vez cumprido, não garante que todos se beneficiem. Aliás, a obediência ao sistema social pode obrigar a que alguns, especialmente os menos favorecidos, renunciem benefícios para que um bem maior se torne disponível ao conjunto. Em razão disso, o esquema não será estável a menos que aqueles que devem fazer sacrifícios se sintam fortemente identificados com interesses mais amplos do que com os seus próprios.⁷⁶ Mas isso não é fácil, já que esses sacrifícios não são solicitados excepcionalmente, como em tempos de emergência social.

Se os princípios de justiça se aplicam à estrutura básica da sociedade e à determinação dos projetos de vida, o princípio da utilidade, de sua vez, requer precisamente um sacrifício desses projetos, o que, tal como sustenta Rawls, representa uma exigência extrema. A concepção de justiça utilitarista, assim, é ameaçada pela instabilidade, a menos que a simpatia e a benevolência possam ser ampla e intensivamente cultivadas. Do ponto de vista da posição original, seria adotada uma ideia mais realista de estrutura social com fundamento em um princípio de vantagens recíprocas⁷⁷.

Conecta-se a esta questão a consideração a respeito do reconhecimento público da atuação dos princípios de justiça e sua implicação para a estabilidade da concepção de justiça. Quando a estrutura básica da sociedade é publicamente percebida satisfazendo os respectivos princípios por um extenso período de tempo, os indivíduos sujeitos a estes arranjos tendem a agir de acordo com esses princípios e a fazer sua parte junto às instituições que testemunham a

⁷⁴ RAWLS, J. *A theorie of justice*, p. 176.

⁷⁵ RAWLS, J. *A theorie of justice*, p. 171.

⁷⁶ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça...*, p. 149.

⁷⁷ RAWLS, J. *A theorie of justice*, p. 178.

atuação desses princípios. Uma concepção de justiça é estável quando o reconhecimento público de sua realização pelo sistema social propicia o surgimento do correspondente senso de justiça (apesar das reconhecidas variáveis das leis da psicologia moral e da presença das motivações para a ação humana).

Aqui podemos conduzir nossa reflexão ao argumento que correlaciona o reconhecimento público dos dois princípios à noção de base social de autorrespeito dos homens: o reconhecimento aumenta o apoio ao autorrespeito e esse sentimento de valor próprio carrega consigo o respeito pelos outros, gerando apoio recíproco e elevando a efetividade da cooperação social⁷⁸.

A ideia de autorrespeito e de respeito pelo outro pode ser percebida, tal como a segunda formulação kantiana do imperativo categórico, nos desejos dos homens de se tratarem uns aos outros não como meios, mas como fins em si mesmo. São os princípios de justiça aplicados à estrutura básica da sociedade que manifestam esses desejos. Surge então o questionamento: “Como podemos sempre tratar a cada um como um fim e nunca apenas como um meio?”⁷⁹. As propostas se seguem: Primeiro, o postulado não deve ser confundido com o conceito equivalente de justiça formal, daí que não se deve dispensar tratamento a todos pelos mesmos princípios gerais; Segundo, na interpretação do contrato, o fato de se tratarem os homens como fins em si mesmo pressupõe, pelo menos, tratá-los de acordo com os princípios aos quais emprestariam seu assentimento numa posição original de igualdade⁸⁰.

Na visão de Rawls, o objetivo de satisfação do interesse racional de cada indivíduo no seu respeito próprio é atingido pelos dois princípios de justiça e não pelo princípio da utilidade média. Observe-se a defesa dos dois princípios da teoria da “justiça como equidade”:

Todos têm liberdades básicas iguais e o princípio da diferença explica a distinção entre tratar os homens apenas como meios e tratá-los também como fins em si mesmo. Considerar as pessoas, na estrutura básica da sociedade, como sendo fins em si mesmo é consentir em renunciar aos ganhos que não contribuem para as expectativas de todos. Pelo contrário, encarar as pessoas como meios implica estar preparado para impor, àqueles que já são menos favorecidos, perspectivas de vida ainda mais baixas, em favor das expectativas mais elevadas de outros⁸¹.

De outra parte, temos suposto que o princípio da utilidade pode exigir que alguns sujeitos que já são menos afortunados aceitem perspectivas de vida ainda mais reduzidas em favor de

⁷⁸ RAWLS, J. *A theorie of justice*, p. 178.

⁷⁹ RAWLS, J. *A theorie of justice*, p. 179.

⁸⁰ RAWLS, J. *A theorie of justice*, p. 180..

⁸¹ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*,..p. 151.

outros, desde que alcançada a maior utilidade. Ora, considerando-se os fatos gerais de psicologia moral, “é certamente natural que se sinta uma diminuição do respeito próprio, uma redução do sentido da importância que tem o facto de atingirmos os nossos objectivos, quando, sendo já menos afortunados, temos de aceitar perspectivas de vida mais reduzidas em benefícios de outros”

No confronto das duas concepções de justiça, Rawls encaminha sua resposta quanto aos princípios orientadores do tratamento das pessoas: “Se as partes aceitarem o critério da utilidade, não poderão dispor do apoio ao seu respeito próprio que é propiciado pelo compromisso público dos outros em estruturar as desigualdades por forma a que todos beneficiem e a garantirem as liberdades básicas para todos”⁸².

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma teoria moral que busca a eficiência e o bem-estar da unidade social emerge no final do Século XVIII, vendo como inimigos instituições sociais anacrônicas, injustas e ineficientes que pareciam se fundamentar no invencível fato da natureza. Mas a propagada crença na complexidade ou na dificuldade de compreensão mais ampla e as ameaças de que as duradouras instituições não poderiam ser modificadas sem o risco de colapso da sociedade não parecem ter intimidado Bentham e os demais filósofos e reformadores que integraram o movimento político e ideológico utilitarista.

A consagração do princípio da felicidade a partir de então se deve aos atrativos de bem-estar individual, da lógica da prevalência do interesse coletivo sobre o individual, do zelo pela consideração igual para cada indivíduo. Mais ainda, o conteúdo altruísta do princípio da felicidade podia ser percebido na minimização da dor do outro, na realização de uma justiça distributiva que viesse combater a pobreza.

O pecado do utilitarismo, posto às luzes por Rawls depois de séculos de “mistificação do desmistificador”, é que a ética utilitarista serve à eficiência, cultua a utilidade, lança-se obstinadamente ao alcance da maior soma de prazeres. Coloca a pessoa humana e a justiça como instrumentos úteis à maior satisfação. Na serenidade da posição original, a adoção de um princípio de utilidade seria uma loucura, pode-se dizer sugere Rawls.

⁸² RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**,..p. 151.

Ao servir a eficiência, atribui às instituições básicas o dever de maximizar os recursos sociais para a maior satisfação do sistema de desejos. Mas a justiça é torta quando a avaliação da utilidade depende dos desejos dos indivíduos. O utilitarismo se enreda na sua própria proposta de medir a satisfação com a questão da “maleabilidade das preferências”, das preferências ofensivas, dos gostos caros e do efeito institucional sobre os gostos modestos. Não faltam réplicas utilitaristas sofisticadas, mas o ponto é que nenhuma delas deixa de reverenciar o principado da utilidade: a maximização do bem, ganhe quem ganhe, perca quem perca.

Esse culto à utilidade afirma o mínimo social e o combate a pobreza, mas na justa medida em que o bem-estar coletivo seja elevado ao máximo. A proposta de reforma previdenciária de Bentham (reforma à *poor law*), com a segregação dos pobres e uma economia paralela, o trabalho forçado e a arquitetura panóptica de fiscalização, vestes de altruísmo e boa vontade, tinha em seu seio a ideia sempre primeira de justo enquanto bem. Melhor para os pobres, segundo se avaliava, mas especialmente útil a todo o restante da sociedade que *supostamente* não mais veriam as evidências de desigualdade e injustiça. O culto à utilidade pressupõe a previsibilidade dos estados de coisas futuros, das consequências ou efeitos das reformas. Também aqui o utilitarismo é obrigado a encarar seus limites, uma vez que ao apostar na engenharia social em grande escala, encara a inexistência de uma teoria que nos permita predizer os efeitos de equilíbrio a longo prazo de grandes reformas sociais⁸³.

Lançando-se obstinadamente ao alcance da maior soma dos prazeres, o utilitarismo não trata o ser humano como fim em si mesmo. Fundamentada na utilidade e tendo como objetivo a eficiência, a concepção de pessoa da ética utilitarista pode ser entendida propriamente pela ideia de “bare persons” (pessoas nuas), desvestidas de sua individualidade, vinculando-se a seus interesses superiores na medida em que não se apresentem outros melhores para o bem-estar social. Seus projetos de vida, mesmo quando indivíduos dentre os piores situados, subordinam-se à utilidade e submetem-se ao sacrifício de seus interesses fundamentais em favor dos outros, ainda que estes se encontrem em melhor condição (pela métrica dos bens primários, por exemplo).

É de se concordar com Rawls que o utilitarismo não leva a sério a distinção entre as pessoas. E desde que elegeu a maximização do bem como senhor, permite sacrifícios de baixo para cima, subordina diferentes concepções de bem ao princípio primeiro da utilidade,

⁸³ ELSTER, J. “A possibilidade da política racional”, In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, 14, 39, fevereiro/1999, pp. 13-59.

formulando exigências excessivas, pressupondo motivações humanas de benevolência e não de justiça. Na perspectiva utilitarista, as convicções sobre a prioridade da justiça são consideradas como uma ilusão social útil.

Por todas essas razões, desde uma perspectiva das exigências constitucionais de afirmação da dignidade da pessoa humana, erradicação da miséria e redução das desigualdades sociais e regionais, a doutrina liberal igualitária, mais do que o utilitarismo, oferece elementos para a conformação de políticas públicas e produção do Direito em consonância com os ditames de justiça social.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BAILEY, J. W. **Utilitarianism, Institutions and Justice**. New York: Oxford University Press, 1997.

CARVALHO, M. C. M. de. O Utilitarismo, os Direitos e os Deveres Morais. In PELUSO, L. A. (org.). **Ética e Utilitarismo**, Campinas: Editora Alínea, 1998, pp. 223-238.

DONNER, W. "Mill's utilitarianism". In **The Cambridge Companion to Mill**, Cambridge-Mass.: Cambridge University Press, 1998, pp.255-292.

ELSTER, J. "Auto-realização no trabalho e na política: a concepção marxista da boa vida", **Lua Nova**, 25, 1992, pp. 61-101.

_____. "A possibilidade da política racional", **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, 14, 39, fevereiro/1999, pp. 13-59.

HARRISON, R. **Bentham**. London, Routledge & Kegan Paul, 1983.

HART, H.L.A., "Between Utility and Rights". In Ryan, A. (ed.). **The Idea of Freedom**, 1979, pp. 77-98.

HART, H.L. A., **Essays on Bentham**. New York: Oxford University Press, 1982.

KOLM, S. C. **Teorias Modernas da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes. Tradução: Jefferson Luiz Camargo e Luís Carlos Borges, 2000.

MARSHALL, T. H. "Cidadania e Classe Social". In: **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

PELUSO, L. A. Utilitarismo e Ação Social. In PELUSO, L. A. (org.). **Ética e Utilitarismo**, Campinas: Editora Alínea, 1998, pp. 13-26.

QUINTON A. **Utilitarian Ethics**. London: Duckworth, 1989.

RAWLS, J. **A Theorie of Justice**. Cambridge-Mass.: Harvard University Press, 1971.

_____. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1983.

_____. “Social Unity and Primary Goods”. In Sen, Amartya e Willians, Bernard (ed). **Utilitarianism and Beyond**. New York: Cambridge University Press, 1982, pp. 159-186.

_____. **Justiça e Democracia**. São Paulo: Martins Fontes. Tradução: Irene A. Paternot, 2000.

_____. **Uma Teoria da Justiça**, 2a edição, Lisboa: Editorial Presença, tradução: Carlos Pinto Correia, 2001.

_____. **Justice as Fairness: a Restatement**. Ed. Erin Kelly. Cambridge-Mass.: Harvard University Press, 2001.

SAVARIS, José Antonio. **Uma teoria da decisão judicial da previdência social: contributo para superação da prática utilitarista**, Florianópolis: Conceito Editorial, 2011.

SCHEFFLER, S. (Ed.). **The Rejection of Consequentialism**. New York: Oxford University Press, 1994.

_____. **Consequentialism and its Critics**. New York: Oxford University Press, 1998.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução: Denise Bottmann. Ricardo Doninelli Mendes, São Paulo: Cia das Letras, 2011.

_____. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

VITA, A. “A tarefa prática da filosofia política em John Rawls”, **Lua Nova**, 25, 1992, pp. 5-24.

_____. **Justiça Liberal: Argumentos Liberais contra o Neoliberalismo**. São Paulo, Paz e Terra, 1993.

_____. **Justiça Igualitária e Seus Críticos**. São Paulo: UNESP, 2000.

O COSTUME COMO FONTE DO DIREITO: ENTRE O CONSTITUCIONAL E O INTERNACIONAL

Luciene Dal Ri¹

Os direitos codificados tendem a transcurar o costume jurídico, porque este tem atualmente um peso muito limitado nos sistemas socioeconômicos dirigidos por leis escritas, gerais e abstratas. Exatamente por isso é necessário ressaltar mais uma vez o costume é um tema de fundamental importância quando se supera a barreira do direito codificado em que vivemos e se enfrenta um exame global dos direitos hoje em vigor no mundo.²

INTRODUÇÃO

A noção de costume jurídico para a Europa continental deriva de forma clara da tradição jusromanista e da sua manutenção em período medieval. Nesse contexto, o costume tinha uma relevância fundamental, sendo considerado uma das fontes primárias do direito. O *status* do costume no regime das fontes do direito sofreu porém, forte variação, com o renascimento e a afirmação da pretensão monista do modelo Estado-nação. A partir do século XVIII, em especial, nos sistemas jurídicos europeus continentais, denominados de Civil Law, observa-se com facilidade a afirmação do Estado de Direito e conseqüentemente o avanço e a sobreposição da lei em relação ao costume, em todos os ramos do direito.³

A pouca relevância atribuída ao costume atualmente, nos sistemas socioeconômicos dirigidos por leis escritas, como no caso dos sistemas de Civil Law, é difícil de explicar, mas como evidencia Losano⁴, duas explicações parecem possíveis: no âmbito prático, o jurista usa quase exclusivamente de normas escritas, que negam validade aos costumes contrários a elas; no âmbito

¹ Professora no Programa de Pós-graduação *Stricto-sensu* (Mestrado e Doutorado) em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma - La Sapienza. Mestre em Estudos Medievais pela Pontifícia Università Antonianum. E-mail: luciene.dalri@univali.br.

² LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 317.

³ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia: síntese de um milénio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 346 e LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 318.

⁴ LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 318.

teórico a pouca relevância justificaria-se pela teoria jurídica dominante ser a positivista, que entende como direito apenas o direito positivo, ou seja, aquele estatuído pelo Estado. O costume seria, então, pouco relevante por ser norma jurídica não estatal e portanto, incompatível com a estrutura do positivismo jurídico.⁵

A difusão do modelo de Civil Law para além do continente europeu deu-se de formas variadas, sendo possível observar que existe uma forte ligação do referido modelo com o uso da língua latina e com sua área cultural. Nesse sentido, a conquista e colonização de novos territórios permitiu a difusão do sistema, muito embora observe-se também a sua difusão em áreas culturais muito diversas daquela originária e independente de qualquer tipo de colonização, mas por influência de códigos modernos, como o francês e o alemão.⁶

O sistema jurídico brasileiro é considerado tipicamente de Civil Law devido à elementos históricos e técnicos. A recepção histórica é baseada não apenas na colonização portuguesa (difusão da área cultural latina) mas também pela forte influência da codificação francesa e alemã sobre o atual sistema jurídico. Do ponto de vista técnico, observa-se dentre outros elementos, a forte presença da codificação e a definição de um regime das fontes do direito em que impera a sobreposição da lei. Tal fato é bem delineado no artigo 4º da lei de introdução às normas do direito brasileiro, que prevê o uso da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito apenas quando a lei for omissa, denotando-os como fonte formal, muito embora subsidiárias do direito.⁷

⁵ Para os fins desse trabalho, entende-se como fontes do direito as formas como o direito se manifesta em sociedade, sendo meios de produção do direito, e tendo a função de presidir os diferentes modos de estrutura e sistematização de cada experiência jurídica. Opta-se pelo termo “fonte do direito” por representar aquele denominador comum mínimo “tra i vari atti e fatti che nei diversi ordinamenti e nel corso della storia si sono dimostrati idonei a innovare gli ordinamenti stessi” e me afastar da distinção entre fontes de produção e fontes de cognição, bem como entre fontes-ato e fontes-fato. REPOSO, Antonio. *Fonti del Diritto*. In: MORBIDELLI, Giuseppe; PEGORARO, Lucio; REPOSO, Antonio; VOLPI, Mauro. *Diritto pubblico comparato*. 3. ed. Torino: Giappichelli, 2009, p. 141 s. “Como se sabe, as fontes de Direito na acepção técnica rigorosa (fontes formais) são os modos de criação – ou, doutro prisma, de revelação – de normas jurídicas e reconduzem-se, no essencial, no Direito interno, a lei, a costume e a jurisprudência”. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 235. Nesse sentido, “A metáfora ‘fonte’ (pois é de metáfora, claramente, que se trata) continua a nos parecer apropriada precisamente por seu valor metafórico: como as fontes da nossa paisagem física, exprimem bem a essência do fenômeno jurídico enquanto extratos profundos. De fato, repetimos tantas vezes que o direito é realidade radical, ou seja, atinente às raízes de uma sociedade ainda que, na vida cotidiana, manifeste-se em usos de populações, leis dos detentores do poder político, atos da administração pública, sentenças de juízes, praxe de operadores econômicos e assim por diante. O direito pode ordenar o social porque é realidade com raízes e raízes profundas”. GROSSI, Paolo. *Primeira Lição sobre direito*. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 69. Sobre as fontes do direito e o presidir os diferentes modos de estruturação do direito ver VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Claudia Berlinger. São Paulo: Martins fontes, 2009, p. LXXVIII.

⁶ CATALANO, Pierangelo. *Diritto e persone*. Torino: Giappichelli, 1990, p. 103.

⁷ BRASIL, **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**, Art. 4o Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Observa-se, porém, que muito embora o sistema jurídico brasileiro seja tipicamente de Civil Law tem se reconhecido ao costume, no que tange à aplicação de normas internacionais, um *status* por vezes não apenas acima da lei, mas também acima da própria Constituição. Nesse sentido, propõe-se neste artigo o debate sobre a aplicação pelo Supremo Tribunal Federal do costume de direito internacional de imunidade de jurisdição de Estado, em detrimento da Constituição Federal de 1988, contrapondo-se ao modelo de sistema jurídico assumido pelo Brasil:

1. O COSTUME NO DIREITO BRASILEIRO

O costume como mais antiga fonte do direito é um fato social que se estende para além do direito concebido, em âmbito interno e internacional, como comportamento repetido no tempo pela convicção de ser necessário e devido, evidenciando tanto o seu caráter material, representado na prática e repetição comum ao longo do tempo, e quanto ao seu caráter subjetivo, de convicção necessária, justa e jurídica.⁸

No que tange à existência do costume em âmbito constitucional, Jorge Miranda evidencia que “No sistema constitucional de qualquer país aparecem, pois, sempre normas vindas de lei, de costume e de jurisprudência; o que variam são o grau e a articulação entre elas”.⁹

As normas criadas por costume constitucional tornam-se normas constitucionais pela sua específica referência às normas da Constituição formal. Há um só ordenamento constitucional, centrado na Constituição formal; não dois sistemas constitucionais, um de origem legal, outro de origem consuetudinária.¹⁰

A dinâmica e hierarquia das fontes do direito em âmbito constitucional problematiza-se no que concerne “a ser reconhecido numa Constituição de originária fonte legal – como se verifica com a enorme maioria das Constituições contemporâneas”.¹¹ Em países que fazem parte da família de sistemas de Civil Law, como é o caso do sistema jurídico brasileiro, a fonte suprema do direito constitucional é a constituição escrita (formal) e não o costume constitucional.

⁸ LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 319 s. REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 155. Cabe evidenciar que o costume pode implicar em ação ou omissão, desde que pessoas jurídicas de direito internacional público, em período não necessariamente longo e considerando que se trate de prática comum entre duas pessoas de direito internacional público ou mais, e não necessariamente 'universal'.

⁹ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 236 s.

¹⁰ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 243.

¹¹ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 237.

Como escreve Carré de Malburg, a característica jurídica da Constituição consiste em ser uma lei com uma autoridade reforçada, na medida em que não pode ser modificada por uma lei ordinária e na medida em que, assim, limita a competência legislativa. Há incompatibilidade entre os dois termos – Constituição e costume. Porque o costume, não sendo escrito, não carece de um processo de revisão para o modificar. O costume não possui a força superior que caracteriza o Direito constitucional: somente as regras consagradas numa Constituição escrita estão revestidas dessa força especial.¹²

O valor do costume e a sua efetividade como fator de juridicidade, bem como sua capacidade de conformar as situações da vida jurídica e política impedem, porém, o seu banimento do direito constitucional. Reconhece o autor português que na doutrina,

As divergências dizem respeito não tanto à figura do costume constitucional quanto à sua extensão e, particularmente, às modalidades que pode revestir. O ponto mais sensível e delicado consiste em saber se pode aceitar-se ou não a formação de costume constitucional *contra legem* (que seria costume *contra Constitutionem*), ou seja o costume positivo ou criador de novas normas ou o costume negativo (ou desuso).¹³

Deve-se ter presente também que o direito constitucional brasileiro, como todos os seus ramos do direito, atende ao regime de fontes do direito previsto no artigo 4º da lei de introdução às normas do direito brasileiro. Nesse sentido, a importância do costume como fonte do direito constitucional, não permite a inversão do sistema de fontes do direito interno e, portanto, coíbe a prática de sobreposição do costume ao dispositivo normativo expresso.¹⁴

A fonte consuetudinária manifesta-se então como fonte a ser aceita de forma subsidiária, porém, e apenas se a lei assim prever. Tal enquadramento limita a aceitação do costume àquele *secundum Constitutionem* e em caso de lacuna da lei, o costume *praeter constitutionem* poderia ser aplicado apenas à luz do princípio de integração do ordenamento jurídico. A possível aplicação do costume não abarcaria portanto aquele *contra Constitutionem*, por não possuir caráter abrogativo.¹⁵

Observa-se, porém, na dinâmica constitucional brasileira, no que tange a normas de

¹² MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 238.

¹³ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 239.

¹⁴ Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei n. 4657/42), prevê o caráter subsidiário do costume em seu art. 4º. “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

¹⁵ Recorda Bobbio que “um ordenamento em que o costume tem maior força que nos ordenamentos estatais modernos é, por exemplo, o Direito canônico”. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora UNB, 1997, p. 95. “A existência da Constituição formal não determina a sua exclusividade; determina (parafrazeando Heller) a primazia da normatividade constitucional. O que a Constituição formal implica é a proibição de normas constitucionais criadas por outra via que não a legal; é que tais normas se lhe refiram, nela entronquem e formem com ela, e sob a sua égide, uma incindível contextura sistemática”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 241.

alcance internacional a forte aplicação do costume, de forma a se contrapor direta ou indiretamente às previsões constitucionais, delineando uma crise das fontes do direito.

2. DAS NORMAS COSTUMEIRAS DE DIREITO INTERNACIONAL

O direito internacional, contrariamente ao direito interno dos países europeus continentais, manteve-se essencialmente costumeiro até o início do século XX, quando iniciou a ampliação do processo de positivação das normas de direito internacional, por meio da confecção de tratados multilaterais. Tal processo não afastou a importância do costume como fonte primária do direito internacional, mas ampliou a permeabilidade entre os sistemas jurídicos nacionais e internacionais.

De fato, o impacto das normas de direito internacional na ordem jurídica interna dos Estados, a partir da segunda guerra mundial, cresceu consideravelmente devido, principalmente, ao fortalecimento das relações internacionais e ao processo de positivação ao qual foi submetido, sobretudo no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU). Como consequência deste fenômeno, foi possível constatar um crescimento exponencial no número de tratados firmados por Estados, sejam estes de natureza bilateral ou multilateral.¹⁶

O fortalecimento do direito internacional e sua expansão via tratados não excluiu porém, a manutenção do costume como fonte primária do direito internacional e nem mesmo sua aplicação no ordenamento jurídico interno dos países.

A manutenção do costume como fonte primária do direito pode ser bem observada no artigo 38 do Estatuto da Corte de Haia, de 1945, juntamente como as convenções internacionais e os princípios gerais de direito. O artigo do citado Estatuto regula o sistema de fontes do direito a ser considerado pela Corte, definindo como meio auxiliar para a determinação das regras do

¹⁶ SLOSS, David. *Domestic Application of Treaties*. Santa Clara: Santa Clara Law Digital Commons 2011, p. 01, disponível em <http://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/635>, consultado em 23 mar 2015. Sloss evidencia que durante o século XIX, os Estados concluíram cerca de 16 mil tratados, enquanto que entre 1945 e 2007 foram concluídos mais de 44 mil tratados internacionais, geralmente orientados para regular três diferentes tipos de relação (p. 10): “*States conclude treaties to regulate three different types of relationships: horizontal relations between and among states, vertical relations between states and private actors (including natural persons and corporations), and transnational relations between private actors who interact across national boundaries*”. O autor americano indica ainda um outro tipo de relação horizontal “*A separate category of treaties involves agreements between States and international organizations. Such treaties involve horizontal provisions (such as a nation’s obligation to make financial contributions) and vertical provisions (such as immunities for employees of international organizations). Treaties between states and international organizations do not generally include transnational provisions*”.

direito as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados.¹⁷

Nesse contexto, o costume internacional é definido como “uma prática geral aceita como sendo o direito”.¹⁸ Segundo Rezek¹⁹, a previsão do artigo 38 do Estatuto não implica na colocação das convenções internacionais como acima dos costumes, na hierarquia das fontes do direito a ser aplicada pela Corte.

Não há desnível hierárquico entre normas costumeiras e normas convencionais. Um tratado é idôneo para derogar, entre as partes celebrantes, certa norma costumeira. De igual modo, pode o costume derogar a norma expressa em tratado: em alguns casos desse gênero é comum dizer que o tratado ficou extinto por *desuso*. O Estatuto da Corte da Haia não mencionou ser hierarquizante ao mencionar tratados antes do costume.²⁰

A presença e a importância do costume em direito internacional não se mantém, porém, apenas no âmbito externo, com o julgamento por cortes internacionais, mas participam do processo de permeabilização dos ordenamentos jurídicos domésticos, colocando em crise a tradicional classificação dos sistemas jurídicos nacionais como “monistas” ou “dualistas”.²¹

Tal processo de permeabilização é observado no ordenamento jurídico brasileiro, dentre outras situações, por meio da aplicação de normas costumeiras de direito internacional em âmbito constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.²²

¹⁷ NAÇÕES UNIDAS, **Estatuto da Corte Internacional de Justiça**, Artigo 38: A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a. as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c. os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; d. sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem.

¹⁸ NAÇÕES UNIDAS, **Estatuto da Corte Internacional de Justiça**, Artigo 38.

¹⁹ REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 161.

²⁰ REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 161.

²¹ A forma com a qual cada ordenamento jurídico interno recebe o direito internacional comporta elementos que permitem a classificação pela doutrina do sistema como monista ou dualista. A utilização desses termos, porém, é bastante contraditória uma vez que “*there is no single, agreed definition of the terms*”. SLOSS, David. **Domestic Application of Treaties**. Santa Clara: Santa Clara Law Digital Commons 2011, p. 02, disponível em <http://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/635>, consultado em 23 mar 2015. Nesta pesquisa, para a compreensão da classificação dos sistemas, considera-se teoria “monista” aquela cujas matizes são fornecidas por Hans Kelsen na obra **Princípios do Direito Internacional** (Ijuí: Editora Unijuí, 2010, p. 493-514), e teoria “dualista”, aquela fundamentada nos pressupostos apresentados por Karl Heinrich Triepel na obra “**Völkerrecht und Landesrecht**” (1899) e no curso lecionado em 1923 na Academia de Direito Internacional da Haia, intitulado, cuja tradução foi publicada sob o título “As relações entre o direito interno e o direito internacional” na **Revista da Faculdade de Direito** (UFMG, 1966, p. 07-64). Sobre a doutrina internacionalista de Kelsen e de Triepel, vide os textos de François Rigaux e de Cássio Zen, em DAL RI Jr., Arno; VELOSO, Paulo Potiara de A.; LIMA, Lucas Carlos. **A formação da ciência do direito internacional**. Ijuí: Editora Unijuí, 2014, pp. 285 e 431.

²² Ver por exemplo, a prática de acordos em forma simplificada pelo Brasil e a regulação de caso de imunidade de jurisdição de Estados, via CIL, na decisão do STF no ACi 9696/SP de 31/05/1989, DJ 12/10/1990.

3. A APLICAÇÃO DO COSTUME EM NORMAS DE ALCANCE INTERNACIONAL

A recepção do direito internacional, no sistema jurídico brasileiro sempre encontrou suas grandes linhas de regulamentação nas constituições nacionais, sem para tanto apresentar completude e clareza no processo de recepção. A Constituição Federal de 1988, por exemplo, trata de forma parcial ou incompleta sobre a incorporação do direito internacional ao direito interno. As lacunas do texto constitucional deixam espaço, então, à atuação de outras fontes do direito, como as normas costumeiras de direito internacional acolhidas pela jurisprudência.

Observa-se então que a relação entre a constituição e o direito internacional implica não apenas no processo de recepção de tratados internacionais, mas desdobra-se em outros elementos, como na colocação de postulados de direito internacional no texto constitucional, bem como no processo de 'integração' das normas constitucionais por meio de costumes internacionais.

Nesse sentido, observa-se uma tendência de países como o Brasil, por serem Estados democráticos, de buscarem harmonizar seu texto constitucional à ordem internacional. Conforme Finkelstein, “percebe-se que a intenção da constituição brasileira é conformar a ordem jurídica interna aos ditames do direito internacional”.²³

Essa intenção de conformação é observada também na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que por meio de suas decisões acolhe costumes internacionais, delineando muitas vezes práticas que vão além da Constituição e até mesmo a contrariam, dando-lhe menor estabilidade.

A aplicação de costumes (nacionais e internacionais) *praeter* e *contra Constitutionem*, no direito interno, não ocorre apenas pelo poder judiciário, mas principalmente pelo poder executivo, no que tange à normas de alcance internacional. Observa-se, por exemplo, que o poder executivo em esfera Federal celebra tratados simplificados e denuncia tratados sem a consulta ao Congresso Nacional; em esfera subnacional exerce competências atribuídas à União, por meio da para-diplomacia. O Poder Judiciário, por sua vez, por via jurisprudencial acolhe o costume nacional, de incorporação de tratados via Decreto Executivo e de realização de tratados simplificados, bem como acolhe o costume internacional, de imunidade de jurisdição de Estado.

²³ FINKELSTEIN, Cláudio. **Hierarquia das normas no direito internacional**. Jus cogens e metaconstitucionalismo. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 173.

Tratam-se de práticas que pela contraposição à constituição e por sua natureza consuetudinária colidem com o tradicional pressuposto positivista de sobreposição da norma positiva ao costume.²⁴ A inversão do quadro hierárquico evidencia incoerência no tratamento do tema e frequente inconstitucionalidade do ato, delineando uma cisão entre constituição e prática constitucional. Tal fenômeno poderia em tese permitir até mesmo a surreal hipótese de a prática do direito constitucional se contrapor ao texto da Constituição.

4. O COSTUME INTERNACIONAL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A presença e sobreposição do costume, em relação ao direito constitucional, agrava-se ao se observar a aplicação do costume em direito internacional no ordenamento interno pelo Supremo Tribunal Federal. A aplicação do Costume em Direito Internacional ao ordenamento jurídico interno é rara, mas existente. As decisões encontradas no tema tratam da aplicação do costume em direito internacional no que concerne à imunidade de jurisdição.

Cabe ressaltar, porém, que nas constituições federais brasileiras nunca houve referência ao costume em direito internacional, mas sempre houve previsão de jurisdição nas causas que envolvessem Estados estrangeiros e entes da federação e/ou pessoas domiciliadas no Brasil. Tais previsões são presentes na constituição federal de 1891, nos artigos 59, 'd'; 60, 'e'; na de 1934, nos artigos 76, 'd'; art. 81, 'e'; na de 1937, nos artigos 101, d; na de 1946, nos artigos 101, I, d; 105, § 3º, 'c'; na de 1967, alterada pela Emenda Constitucional 1/69, em seu artigo 125, II.

As decisões do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1967, em tema de jurisdição brasileira aplicável à Estado estrangeiro reconhecem imunidade absoluta de jurisdição, proveniente de norma costumeira do direito internacional. Conforme essa regra, nenhum Estado poderia ser submetido à condição de parte perante o judiciário local de outro Estado, a não ser que viesse a manifestar, nesse sentido, a sua vontade soberana (*par in parem non habet jurisdictionem*).

Essa situação é bem evidente na apelação cível 9.684, julgada no Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Rafael Mayer, publicada no Diário da Justiça em 04 de março de 1983. No caso em tela, o Estado iraquiano é acionado judicialmente, mas devido ao costume

²⁴ BRASIL. Decreto Lei n. 4657 de 04/09/1942, Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

internacional de imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro e à analogia à Convenção de Viena de 1961, que em seu artigo 31, prevê imunidade de jurisdição do agente diplomático de Estado acreditado, aplicou-se a imunidade de jurisdição ao Iraque diante das cortes brasileiras.²⁵ Ressalta-se que o silêncio do Estado estrangeiro diante da chamada ao processo, não importou em renúncia da imunidade de jurisdição.

A manifestação do Ministro Francisco Rezek no julgamento do Recurso Extraordinário n. 94.084, em 12.03.1986, de relatoria do Ministro Aldir Passarinho, em que questionava-se a possibilidade de “os Estados Unidos da América submeterem-se à jurisdição brasileira para responder a ação trabalhista proposta por ex-empregado de sua embaixada” é bastante clara quanto à origem da regra de imunidade. Rezek esclareceu tratar-se de norma costumera de direito internacional de reconhecimento de imunidade entre os Estados, diferenciando-se assim da imunidade positivada em convenções de agentes diplomáticos e consulares.²⁶

Sabe-se, com efeito, que em mais de um caso concreto sucedeu que juízes federais, ou juízes do trabalho, negassem a referida imunidade [aos Estados estrangeiros] por não encontrá-la prescrita nas Convenções de Viena de 1961 e 1963, nem em qualquer outro tópico do nosso direito escrito. As Convenções, efetivamente, versaram imunidades e outros privilégios do pessoal diplomático e do pessoal consular. Aos Estados pactuantes – entre os quais o Brasil – não pareceu necessário lançar no texto daquelas avenças a expressão escrita de uma norma costumeira sólida, incontrovertida, plurissecular e óbvia como a que poupa todo Estado soberano de uma submissão involuntária ao juízo doméstico de qualquer de seus pares.

No mesmo sentido, o Supremo aplicou a imunidade de jurisdição à Hungria em ação trabalhista, na apelação cível n. 9.695, de relatoria do Ministro Oscar Côrrea (DJ de 12.06.1987) e na apelação cível n. 9.704 (DJ de 26.06.1987), de ação trabalhista contra a representação diplomática do Líbano.

Observa-se também a aplicação de imunidade de jurisdição pelo Supremo Tribunal Federal na apelação cível n. 9.701, de relatoria do Ministro Néri da Silveira (DJ de 04.12.1987), contra a

²⁵ DECRETO Nº 56.435, DE 8 DE JUNHO DE 1965. Promulga a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas. Artigo 31: 1. O agente diplomático gozará de imunidade de jurisdição penal do Estado acreditado. Gozará também da imunidade de jurisdição civil e administrativa, a não ser que se trate de: a) uma ação real sobre imóvel privado situado no território do Estado acreditado, salvo se o agente diplomático o possuir por conta do Estado acreditado para os fins da missão. b) uma ação sucessória na qual o agente diplomático figure, a título privado e não em nome do Estado, como executor testamentário, administrador, herdeiro ou legatário. c) uma ação referente a qualquer profissão liberal ou atividade comercial exercida pelo agente diplomático no Estado acreditado fora de suas funções oficiais. 2. O agente diplomático não é obrigado a prestar depoimento como testemunha. 3. O agente diplomático não está sujeito a nenhuma medida de execução a não ser nos casos previstos nas alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo 1 deste artigo e desde que a execução possa realizar-se sem afetar a inviolabilidade de sua pessoa ou residência. 4. A imunidade de jurisdição de um agente diplomático no Estado acreditado não o isenta da jurisdição do Estado acreditante.

²⁶ Supremo Tribunal Federal, **Informativo 545, de 4 a 8 de maio de 2009**. Disponível no site: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo545.htm> Acessado em 02 de maio de 2016.

representação diplomática da Polônia, devido à incidente de trânsito envolvendo carro do consulado. No caso em tela, foi aplicada a imunidade de jurisdição derivada de costume em direito internacional de “respeito absoluto à soberania das Nações”, mas o agente diplomático foi responsabilizado, conforme Convenção de Viena sobre Relações consulares, de 1963, seu art. 43, 2, b, que prevê a hipótese de ação civil proposta por particular devido à danos provocados, no território do Estado receptor, por acidente de veículo, navio ou aeronave.

Algumas outras apelações cíveis também denotam bem a aplicação do costume de direito internacional pelo Supremo Tribunal Federal, sob a constituição federal de 1967, como por exemplo: a de n. 9.686, rel. Min. Néri da Silveira, contra a França (DJ de 31.08.1984); a de n. 9.705, rel. Min. Moreira Alves, contra a Espanha (DJ 23.10.1987); a de n. 9.707, de relatoria do Ministro Aldir Passarinho, contra os Estados Unidos da América e a de n. 9705, julgada em 09/09/1987.²⁷

Vale citar nesse sentido, a íntegra o relatório da ministra Ellen Gracie sobre a Reclamação Trabalhista contra a ONU/PNUD. No citado relatório, a citada ministra afirma que nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, sob a Constituição Federal de 1967,

prevaleceu a força da doutrina clássica da imunidade absoluta, proveniente de norma costumeira incorporada ao Direito das Gentes, segundo a qual nenhum Estado poderia ser submetido à condição de parte perante o Judiciário local de outra Nação, a não ser que viesse a manifestar, nesse sentido, a sua vontade soberana. O brocardo *par in parem non habet jurisdictionem* bem sintetizava essa construção jurídica.²⁸

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em tal sentido é ampla e não confunde-se com a imunidade de agentes diplomáticos e consulares, prevista nos Tratados de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961, incorporada via decreto executivo 56.435, no ano de 1965, e sobre Relações Consulares de 1963, incorporada via decreto executivo 61078, no ano de 1967.

No tocante à pretensão de responsabilização do Estado estrangeiro propriamente dito, aplicava esta Casa, como acima exposto, a teoria da imunidade absoluta por imposição de norma consuetudinária de Direito Internacional Público, independentemente da existência, em nosso ordenamento jurídico, de regra positivada nesse sentido.²⁹

²⁷ Entendeu-se na decisão citada decisão que o “Estado estrangeiro goza de imunidade de jurisdição, não só em decorrência dos costumes internacionais, mas também pela aplicação a ele da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 1961, nos termos que dizem respeito a imunidade de jurisdição atribuída a seus agentes diplomáticos. Para afastar-se a imunidade de jurisdição relativa à ação ou à execução (entendida esta em sentido amplo), e necessário renúncia expressa por parte do Estado estrangeiro”. Supremo Tribunal Federal, **Informativo 545, de 4 a 8 de maio de 2009**. Disponível no site: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo545.htm> Acessado em 02 de maio de 2016.

²⁸ Supremo Tribunal Federal, **Informativo 545, de 4 a 8 de maio de 2009**. Disponível no site: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo545.htm> Acessado em 02 de maio de 2016.

²⁹ Supremo Tribunal Federal, **Informativo 545, de 4 a 8 de maio de 2009**. Disponível no site: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo545.htm> Acessado em 26 de maio de 2014.

Tal orientação foi modificada com a decisão do Supremo Tribunal Federal, na apelação cível n. 9696/SP, de 23/10/1989, que afastou a imunidade de jurisdição contra Estados estrangeiros, no Brasil, no que concerne às causas trabalhistas.³⁰ A corte entendeu que “os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, pode abranger, entre estes últimos, os entes de direito público externo”. Em tal decisão observa-se que o ministro relator Sidney Sanches fundamentou seu voto na aplicação da constituição brasileira, em seu artigo 114, em detrimento à jurisprudência consolidada na corte de aplicação de imunidade de jurisdição. No mesmo julgamento, o ministro Francisco Rezek esclareceu que a regulação de tais casos ocorria pelo costume em direito internacional (CIL) e que já havia ocorrido mudança do costume de imunidade absoluta de jurisdição dos Estados, no plano do direito internacional a partir da década de setenta.³¹

Construiu-se, dessa forma, o entendimento no Supremo de que os atos de mera gestão praticados pelas missões diplomáticas e consulares dos Estados estrangeiros não deveriam ser abarcados pela imunidade de jurisdição. O Supremo Tribunal Federal afastou então, pela primeira vez, a imunidade de jurisdição em processo de conhecimento de para um Estado estrangeiro que a ela não havia renunciado, permitindo assim o prosseguimento de ação trabalhista ajuizada contra a Embaixada da República Democrática Alemã.³²

Tal avanço não salvaguardou, porém, os direitos da parte requerente ao considerarmos que ainda hoje o Supremo afasta a possibilidade de execução de bens de propriedade de outros países em território brasileiro, por entender incabível penhora de bens relacionados à representação estrangeira, mantendo assim a aplicação de costume de direito internacional que vem sendo derogado por outros Estados.³³

³⁰ Em relatório da ACO 709/SP, de 2013, o ministro Celso de Mello afirma que “Tais premissas e concepções – que justificavam, doutrinariamente, essa antiga prática consuetudinária internacional – levaram a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, notadamente aquela que se formou sob a égide da revogada Carta Política de 1969, a emprestar, num primeiro momento, caráter absoluto à imunidade de jurisdição instituída em favor dos Estados estrangeiros (RTJ 66/727 – RTJ 104/990 – RTJ 111/949 – RTJ 116/474 – RTJ 123/29, v.g.). Essa orientação, contudo, tratando-se de imunidade à jurisdição de conhecimento, sofreu abrandamentos, que, na vigência da presente ordem constitucional, foram reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Apelação Cível 9.696/SP, Rel. Min. SYDNEY SANCHES (RTJ 133/159), do AI 139.671-AgR/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (RTJ 161/643-644), e do RE 222.368-AgR/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO (RTJ 184/740-741)”.

³¹ O ministro Rezek a evidenciou a derrogação do costume por meio de Convenções Internacionais e leis de outros países (European Convention on State Immunity, 1972; Foreign Sovereign Immunities Act, USA, 1976; State Immunity Act, UK, 1978). Rezek não citou o Código Bustamante (ao qual o Brasil está vinculado por meio do Decreto-Lei nº 18.871, de 13.08.1929) que prevê a imunidade de jurisdição em casos de *jure imperii*, mas não em caso de *jure gestionis* (art. 333-335).

³² Essa orientação foi confirmada nos julgamentos AI 139.671-AgR (29.03.1996) e RE 222.368-AgR, (14.02.2003).

³³ Observa-se um nova concepção de preservação de bens relacionados à atividade diplomática no Tribunal Regional do Trabalho, da 10ª Região, e no Tribunal Superior do Trabalho. A 3ª Turma do tribunal, em julho de 2011, inverteu o ônus da prova e pediu à embaixada da Namíbia a comprovação que os bens indicados para penhora têm relação direta com a atividade diplomática No

Observa-se dessa forma que os costumes em direito internacional têm aplicação interna por meio de jurisprudência, sem necessidade para tanto de ato interno do Poder Executivo ou do Poder Legislativo, subvertendo a ordem de recepção do direito internacional prevista na constituição federal de 1988.³⁴

Tal fato evidencia posterior problema, que juntamente com o questionamento da constitucionalidade de tratados simplificados, concerne à discussão sobre a adequação do Brasil à teoria monista ou dualista. A adequação é importante não apenas por questão de segurança jurídica dos atos internacionais, mas pelo parâmetro a ser dado às relações internacionais a qual o país faz parte.

5. ENTRE MONISMO E DUALISMO

O conflito doutrinário, quanto ao Brasil adotar uma postura monista ou dualista em relação ao direito internacional, é ampliado diante da análise do texto constitucional frente as decisões jurisprudenciais. Nesse sentido, Celso Mello afirma que o Brasil é, ao menos em parte, dualista.

A Constituição Federal de 1988 adotou o dualismo ao fazer a incorporação do Direito Internacional no Direito Interno, pelo menos em um setor determinado, ao estabelecer que os direitos do homem consagrados em tratados internacionais fazem parte do Direito Interno.³⁵

Rezek³⁶, em análise estrita da postura do judiciário brasileiro, entende que esse é norteado pela ideia do “monismo nacionalista”, segundo o qual é no texto da Constituição que se deve buscar o “exato grau de prestígio a ser atribuído às normas internacionais escritas e costumeiras.” Tal afirmação não se confirma, porém, nos julgados do Supremo de imunidade de jurisdição, seja

mesmo sentido, a Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, no precesso RR-130500-78.2006.5.02.0030, determinou em março de 2015 o prosseguimento da execução de sentença trabalhista contra o Consulado Geral de Portugal em São Paulo, com a possibilidade de penhora de bens não relacionados à missão diplomática. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, no ACO 709/SP, julgado em 2013, deixou claro a aplicação de imunidade de execução a Estados estrangeiros: “o Supremo Tribunal Federal, tratando-se da questão pertinente à imunidade de execução (matéria que não se confunde com o tema concernente à imunidade de jurisdição), continua, quanto a ela (imunidade de execução), a entendê-la como prerrogativa institucional de caráter mais abrangente (CELSONO D. DE ALBUQUERQUE MELLO, **Curso de Direito Internacional Público**, vol. II/1.344, item n. 513, 14a ed., 2002, Renovar, v.g.), ressalvada, no entanto, a hipótese excepcional de renúncia, por parte do Estado estrangeiro, à prerrogativa da intangibilidade dos seus próprios bens, tal como decidiu o Plenário desta Suprema Corte”. No mesmo sentido, ACO 633-AgR/SP, ACO 645-AgR/SP, ACO 526/SP.

³⁴ “A norma costumeira aplica-se, assim, independentemente de qualquer ato interno. Sua recepção ocorre por via jurisprudencial. Os tribunais recolhem das provas da prática internacional a substância do costume e conferem-lhes sentido, diretamente, sem intermediação, nem consulta ao Poder Executivo”. LUPI, André Lipp Pinto de Bastos. **O Brasil é dualista?** Anotações sobre a vigência de normas internacionais no ordenamento brasileiro. Brasília a. 46 n. out./dez. 2009, p. 39.

³⁵ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Constitucional internacional: uma introdução** (Constituição de 1988 revista em 1994). 2ª ed. rev. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000, p. 119.

³⁶ REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo:Saraiva, 2005, p. 05.

ela no que tange ao processo de conhecimento, quanto ao processo de execução.

Em posicionamento diverso, Husek aponta a existência de uma certa oscilação entre a concepção monista e a dualista no que concerne à incorporação do direito internacional: “[...] em determinadas matérias somos monistas, em outras nem tanto e ainda sobram aquelas que nos firmamos pelo dualismo. Algo nos parece certo, pelo menos numa primeira análise: não somos monistas com primazia da ordem interna.”³⁷

A oscilação também é afirmada por Lupi por meio da incerteza do posicionamento dos tribunais nacionais e a defesa de parte da doutrina à adoção do monismo com primazia do direito internacional.³⁸

“Boa parte da doutrina pátria, todavia, observa com pesar a adoção que identifica como dualismo ou monismo nacionalista na jurisprudência brasileira, defendendo a mudança para o monismo com primazia do Direito Internacional.”³⁹

Observa-se, porém, que as polêmicas decisões do Supremo Tribunal Federal permitem a conclusão de forte tendência dualista:

Ao empreender um exame da jurisprudência pátria, observou-se que os tribunais ladeiam os autores dualistas no que tange à inserção da norma no ordenamento pátrio, preservando o espaço de ação das autoridades internas, únicas a deliberarem sobre o início da vigência da norma internacional no plano interno. Nesse sentido, a vigência internacional não importa para aferir se a norma já vale internamente.⁴⁰

E tem-se ainda a opinião trazida por Mazzuoli⁴¹, no que tange à recepção pelo Brasil de direitos humanos, salvaguardados nos textos internacionais, da adoção de uma doutrina monista internacionalista dialógica. Nesse sentido, daria-se espaço para o diálogo entre o direito interno e o internacional, mediando pelo princípio internacional *pro homine*, no qual o direito a ser aplicado

³⁷ HUSEK, Carlos Roberto. Curso de direito internacional público. 7 ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 31.

³⁸ PIOVESAN, Flávia. A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos do direito brasileiro. In: PIOVESAN, Flávia; GOMES, Luiz Flávio (org.) O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 159.

³⁹ LUPI, André Lipp Pinto de Bastos. O Brasil é dualista? Anotações sobre a vigência de normas internacionais no ordenamento brasileiro. Brasília a. 46 n. out./dez. 2009, p. 31.

⁴⁰ LUPI, André Lipp Pinto de Bastos. O Brasil é dualista? Anotações sobre a vigência de normas internacionais no ordenamento brasileiro. Brasília a. 46 n. out./dez. 2009, p. 43. “Ainda que haja discussão doutrinária a respeito de qual ato interno introduza o tratado no Brasil, se Decreto Legislativo ou Decreto Presidencial de promulgação, ou, no caso dos acordos executivos, se geram ou não efeitos para particulares quando publicados no Diário Oficial, é sempre um ato de autoridade interna que produz os efeitos na ordem jurídica brasileira. Perturbam o enquadramento feito duas situações: a ineficácia do ato de internalização de tratado quando este ainda não vige internacionalmente para o País e a recepção das normas costumeiras pelo Poder Judiciário”.

⁴¹ MAZZUOLI. Valerio de Oliveira. Curso de direito internacional público. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 93 s.

é definido no caso concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como evidencia Orestano, a estrutura organizacional de cada sociedade é por si um fato normativo que atua na formação de outros fatos normativos, sendo inseparável da atuação do regime das fontes do direito.⁴² A dinâmica do direito e de forma mais específica das fontes do direito na história denotam, portanto, que o direito não apenas manifesta valores sociais, como ele também, por meio de sua função *poiética*, cria valores dentro da organização social visando a concepção ou a construção de uma determinada sociedade idealizada.⁴³

Nesse sentido, a presença dos costumes como fonte do direito permite não apenas a afirmação de valores dentro da organização social, mas também uma importante influência da sociedade ou da organização social em um ordenamento jurídico predominantemente estatal. Ocorre que o caráter social dos costumes em direito internacional não é tão evidente por se tratar de sociedade composta por pessoas jurídicas de direito internacional público, entendidos como Estados ou Organizações Internacionais. A aplicação de costumes de direito internacional em âmbito interno, via jurisprudência, denota uma significativa tendência de harmonização às normas de direito internacional, seguindo uma perspectiva de globalização, mesmo que com atualizações tardias dos costumes internacionais.

Delineada a recepção pelos órgãos do judiciário brasileiro, com evidenciação das decisões do Supremo Tribunal Federal, de normas costumeiras de direito internacional, observa-se a inversão do sistema de fontes do direito interno via sobreposição do costume *praeter e contra Constitutionem*.

A prática de costumes *contra Constitutionem* pelo Estado brasileiro não limita-se, portanto, à aplicação de imunidade absoluta de jurisdição sob a égide da constituição de 1967, mas estende-se ainda hoje à aplicação de imunidade de jurisdição em processo de execução, chocando-se com

⁴² ORESTANO, Riccardo. **I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica**. Torino: Giappichelli, 1967, p. 99.

⁴³ “Na verdade, a eficácia criadora (*poiética*) do direito é muito maior. Ele não cria apenas a segurança. Cria, também, em boa medida os próprios valores sobre os quais essa paz e segurança se estabelecem. Neste sentido, o direito constitui uma atividade cultural e socialmente tão criativa como a arte, a ideologia ou a organização da produção econômica. De facto, antes de a organizar, o direito imagina a sociedade. Cria modelos mentais do homem e das coisas, dos vínculos sociais, das relações políticas e jurídicas. E, depois, paulatinamente, dá corpo institucional a este imaginário, criando também, para isso, os instrumentos conceituais adequados”. HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia: síntese de um milénio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 99. Sobre direito como sistema auto-poiético ver GEERTZ, Clifford. **Le savoir local, savoir global**. Les lieux du savoir. Paris: PUF, 1968, p. 214 s.

o pressuposto positivista de sobreposição da constituição ao costume.⁴⁴ A inversão do quadro hierárquico das fontes do direito evidencia a incoerência no tratamento do tema e frequente inconstitucionalidade da prática executiva e judiciária. A esse respeito Celso Mello⁴⁵ apresenta como conclusão de sua obra sobre Direito Constitucional Internacional a descrença no que “seria a fusão de dois ramos do Direito que nem sempre se coadunam”.

Como interpretar então a sobreposição do costume em relação à Constituição? A sobreposição do direito internacional, que tem nos costumes fonte primária do direito, em relação ao direito interno não tem previsão no nosso ordenamento jurídico e não corresponde à visão unitária do sistema jurídico brasileiro.

A interpretação apresentada por Jorge Miranda de que “normas criadas por costume constitucional tornam-se normas formalmente constitucionais pela sua específica referência às normas da Constituição formal”⁴⁶ não abarca a recepção de um costume internacional *contra Constitutionem*.

A prática observada nasce da não rigorosa observância das normas constitucionais escritas, da dúvida em relação à sua aplicação e é agravada pela deficiência de mecanismos de garantia constitucional.⁴⁷

O pressuposto positivista de sobreposição da lei ao costume é agravado pela rigidez da constituição brasileira, afastando qualquer possibilidade de derrogação de norma constitucional por costume ou jurisprudência. Tal questão evidencia a prática de preterição da constituição e da constitucionalidade.

Dentre a pluralidade de motivos que leva à aplicação interna de costume de direito internacional, violando a constituição federal e prejudicando a expectativa de direitos no Brasil, enquadra-se a globalização, a falta de uma concepção integradora e de unidade da constituição por parte dos que a aplicam, considerando ainda de forma tortuosa a intenção presente na atual constituição brasileira de conformar a ordem jurídica interna às regras do direito internacional.

⁴⁴ BRASIL. **Decreto Lei n. 4657 de 04/09/1942**, Art. 4^o Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

⁴⁵ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Constitucional internacional: uma introdução** (Constituição de 1988 revista em 1994). 2^o ed. rev. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000, p. 369.

⁴⁶ “Há um só ordenamento constitucional, centrado na Constituição formal; não dois sistemas constitucionais, um de origem legal, outro de origem consuetudinária. Elas possuem, por conseguinte, valor supralegislativo, e só podem ser substituídas ou por lei constitucional ou por costume constitucional”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**, p. 243 s.

⁴⁷ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 243.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora UNB, 1997.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, 1891.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, 1934

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, 1937.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de Setembro de 1942**.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1946**.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1967.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Informativo 545, de 4 a 8 de maio de 2009**. Disponível no site: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo545.htm>>. Acessado em 26 de maio de 2014.

CATALANO, Pierangelo. **Diritto e persone**. Torino: Giappichelli, 1990.

DAL RI Jr., Arno; VELOSO, Paulo Potiara de A.; LIMA, Lucas Carlos. **A formação da ciência do direito internacional**. Ijuí: Editora Unijuí, 2014.

FINKELSTEIN, Cláudio. **Hierarquia das normas no direito internacional**. Jus cogens e metaconstitucionalismo. São Paulo: Saraiva, 2013.

GROSSI, Paolo. **Primeira Lição sobre direito**. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia: síntese de um milénio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de direito internacional público**. 7 ed. São Paulo: LTr, 2007.

KELSEN, Hans. **Princípios do Direito Internacional**. Ijuí: Editora Unijuí, 2010.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUPI, André Lipp Pinto de Bastos. **O Brasil é dualista?** Anotações sobre a vigência de normas internacionais no ordenamento brasileiro. Brasília a. 46 n. out./dez. 2009.

MAGALHÃES, José Carlos de. **O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional: uma análise crítica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público.** 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Constitucional internacional: uma introdução** (Constituição de 1988 revista em 1994). 2. ed. rev. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**, vol. II/1.344, 14a ed., Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NAÇÕES UNIDAS. Estatuto da Corte Internacional de Justiça, 1945.

PIOVESAN, Flávia. A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos do direito brasileiro. In: PIOVESAN, Flávia; GOMES, Luiz Flávio (org.) **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

REPOSO, Antonio. Fonti del Diritto. In: MORBIDELLI, Giuseppe; PEGORARO, Lucio; REPOSO, Antonio; VOLPI, Mauro. **Diritto pubblico comparato.** 3. ed. Torino: Giappichelli, 2009.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar.** 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

SLOSS, David. **Domestic Application of Treaties.** Santa Clara: Santa Clara Law Digital Commons 2011, p. 01, disponível em <http://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/635>, consultado em 23 mar 2015.

TRIEPEL, Karl Heinrich. **Völkerrecht und Landesrecht.** Leipzig: Verlag von C. L. Hirschfeld, 1899.

TRIEPEL, Karl Heinrich. As relações entre o direito interno e o direito internacional. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG.** Belo Horizonte, ano XVII, separata, outubro de 1966.

UNITED STATES OF AMERICA. **Foreign Sovereign Immunities Act**, 1976.

UNITED KINGDON. **State Immunity Act**, 1978.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno.** Tradução de Claudia Berlinder. São Paulo: Martins fontes, 2009.

A COMPLEXIDADE DA OPERAÇÃO DE DELIBERAÇÃO JURÍDICA

Orlando Luiz Zanon Junior¹

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente texto é argumentar no sentido de que o Ordenamento Jurídico não é um conjunto de Regras e Princípios Jurídicos (ou outras formas normativas de respostas prontas para casos concretos futuros), mas sim, um acervo de Fontes Jurídicas que visam instrumentalizar a construção da Norma Jurídica que resolve o caso concreto específico, mediante uma articulação argumentativa mais ampla do que um mero raciocínio silogístico dedutivo, de acordo com a Teoria Complexa do Direito.

A justificativa para o desenvolvimento de tal linha teórica reside na necessidade de se superar a tese de que existem padrões definitivos para julgamentos (razões definitivas de dever ser), capazes de resolver os casos concretos mediante raciocínios apenas do tipo subsuntivo (lógica do silogismo dedutivo). Notadamente, de acordo com desenvolvimentos pós-positivistas atuais, voltados à superação do paradigma do Positivismo Jurídico, a ordem jurídica não contempla respostas prontas, como esquemas de interpretação de fatos, que possam oferecer respostas de antemão para situações futuras. Outrossim, serão lembrados os conteúdos de tais proposições voltadas ao salto paradigmático na Ciência Jurídica para, na sequência, apresentar uma reconstrução das balizas estruturais sobre a aplicação normativa, de acordo com o modelo teórico da Teoria Complexa do Direito.

Para tanto, o primeiro item visa lembrar os conceitos de Fontes e de Normas Jurídicas segundo o modelo teórico do Positivismo Jurídico, ainda prevalente no contexto brasileiro. No ponto, será enfocada a tese juspositivista de que as Normas Jurídicas tem a estrutura lógica de Regras, as quais são esquemas de interpretação que servem de premissas maiores para que o órgão decisor (geralmente a figura do magistrado) resolva os casos concretos, mediante um raciocínio lógico dedutivo.

¹ Juiz de Direito. Doutor em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Dupla titulação em Doutorado pela UNIPG (Itália). Mestre em Direito Pela UNESA. Pós-graduado pela UNIVALI e pela UFSC. Professor da Escola da Magistratura de Santa Catarina (ESMESC), da Academia Judicial (AJ) e do Programa de Pós-graduação da UNIVALI. Membro da Academia Catarinense de Letra Jurídicas (ACALEJ).

O segundo item do texto expõe as críticas quanto à tese juspositivista da aplicação normativa apenas por subsunção, no sentido de que é inviável a resolução de todos os problemas levados ao âmbito do Poder Judiciário exclusivamente mediante um raciocínio lógico dedutivo, porquanto isto é uma simplificação pouco realista da atividade jurisdicional.

E, por fim, a terceira parte do texto explicitará como as considerações antes expostas foram incorporadas pela Teoria Complexa do Direito, que visa superar o Juspositivismo, sem concessões retroativas ao Jusnaturalismo. Sob esta ótica, será defendida a tese de que, antes do caso concreto, existem apenas repositórios de Fontes Jurídicas, geralmente sob a forma de textos escritos que reproduzem orientações limitadoras para posterior construção da Norma Jurídica, resolutive das controvérsias e problemas submetidos à jurisdição, mediante um raciocínio complexo que não corresponde somente a uma lógica dedutiva, ainda que, posteriormente, possa ser objeto de uma análise doutrinária que a reduza a uma operação simplista do tipo silogístico.

Quanto à metodologia empregada, destaca-se que na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados o cartesiano e o texto final foi composto na base lógica dedutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.

Estabelecidos os contornos desta pesquisa científica, cabe anotar que o presente trabalho é capítulo de livro integrante da coleção de estudos do Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica (PPCJ) da Universidade do Vale do Itajaí (Univali) voltado à linha de pesquisa Principiologia Constitucional e Política do Direito, cujo tema para este primeiro semestre do ano de 2016 versa sobre o constitucionalismo como elemento para produção do Direito.

1. FONTES, NORMAS E ORDENAMENTO JURÍDICO SOB A ÓTICA JUSPOSITIVISTA

Nesta primeira parte do texto, cabe lembrar que o modelo teórico juspositivista, ainda prevalecente no contexto brasileiro, estabelece que as Fontes Jurídicas representam as origens dos padrões normativos, enquanto, de outro lado, as Normas Jurídicas são os parâmetros decisórios que servem de premissas maiores para que o órgão decisor (geralmente a figura do magistrado) resolva os casos concretos, mediante um raciocínio lógico dedutivo.

Evidentemente que esta afirmação revela uma aproximação geral com relação às propostas juspositivistas, embora os principais autores desta importante corrente da Ciência Jurídica

tenham, cada um deles, considerações específicas sobre as categorias Fontes e Normas Jurídicas. Porém, como este estudo não é voltado especificamente para o detalhamento destas peculiaridades, o que já foi feito em local específico², cabe aqui adotar esta aproximação geral, para fins de desenvolvimento dos aspectos centrais, amplamente compartilhados (ou pelo menos não expressamente refutados) pelos adeptos do Juspositivismo com maior projeção nos cenários acadêmico e forense brasileiros.

Outrossim, no modelo do Positivismo Jurídico, **Fonte Jurídica** é considerada a origem formal do padrão normativo aplicável, ou seja, o material empregado na atividade intelectual que resulta no critério de julgamento do caso concreto³. A principal delas é, evidentemente, a legislação positiva, elaborada pela autoridade estatal formalmente imbuída de poder legiferante. As demais fontes têm caráter meramente supletivo, a exemplo da Jurisprudência (em que pese sua crescente força, decorrente do intercruzamento gradual com o *common law*), da Doutrina, dos Costumes e, até mesmo, da Ética (segundo os padrões axiológicos predominantemente compartilhados em determinada Sociedade)⁴.

Sobre este conjunto de Fontes Jurídicas, cabe anotar a posição juspositivista no sentido de que a legislação deve contemplar todos os elementos decisórios suficientes para reger a tomada de decisões, bem como, também, os critérios para sua complementação por parâmetros internos ao sistema, mediante a operação de autointegração (a exemplo da analogia)⁵. Porém, considerando a dificuldade de construção de um bloco legislativo livre de lacunas (anomia), o próprio sistema precisa estabelecer quando é necessário se recorrer a outras Fontes Jurídicas, a exemplo daquelas antes mencionadas (Jurisprudência, Doutrina, Costumes e Ética), para

² ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

³ DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 4 ed. São Paulo: RT, 2011. p. 166-192. Da p. 167: "Cada ordenamento jurídico possui suas fontes formais. O termo indica os 'lugares' nos quais se encontram os dispositivos jurídicos e onde as pessoas devem pesquisar sempre que desejem tomar conhecimento do direito em vigor. Essas fontes são denominadas formais porque dão forma ao direito, porque 'formulam' os dispositivos válidos". Também SANCHÍS, Luis Prieto. *Apuntes de teoría del derecho*. 5 ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 151-160. Da p. 157: "Fuente es todo acto productor de disposiciones susceptibles de contener normas jurídicas; y fuentes es también la costumbre que, sin embargo, por definición no produce disposición alguna, aunque sí normas, como luego se verá".

⁴ DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 4 ed. São Paulo: RT, 2011. p. 192: "As demais fontes do direito (jurisprudência, costumes, vontade dos particulares, princípios gerais não escritos, doutrina jurídica) encontram-se em posição subordinada; só desenvolvem efeitos normativos quando isto estiver previsto na legislação em vigor".

⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 271: "Por 'completude' entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular cada caso. Tendo em vista que a ausência de uma norma costuma ser chamada de 'lacuna' (em um dos sentidos do termo 'lacuna'), 'completude' significa 'ausência de lacunas'. Em outras palavras, um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular cada caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma extraída do sistema".

complementar a Legislação, mediante heterointegração⁶.

Outrossim, de acordo com o modelo paradigmático em tela, as Fontes Jurídicas estão diretamente ligadas à origem dos critérios de julgamento aplicáveis, ou seja, referem o “local” de onde se pode extrair legitimamente um argumento para a tomada de decisão em determinado sentido. Mais relevante, contudo, é destacar a total prevalência da legislação positiva, como critério de julgamento crucial e prevalecente sobre os demais.

De outro lado, a **Norma Jurídica** assume a forma estrutural (ou lógica) de uma Regra Jurídica, ou seja, de um mandamento definitivo de dever ser, que merece ser extraído das Fontes Jurídicas antes esmiuçadas, com forte prevalência dos textos legais.

De acordo com Hans Kelsen, a Regra Jurídica estabelece um direcionamento para uma conduta humana que deve ocorrer (*Sollen*)⁷. O comportamento humano que está de acordo com a Norma é qualificado como jurídico (lícito), porque foi como deveria ser, enquanto aquilo que estiver em desarmonia com ela é considerado antijurídico (ilícito), pois não ocorreu como previsto. Outrossim, a Regra Jurídica serve como “esquema de interpretação”, pois é segundo ela que o cientista jurídico conhece e descreve a realidade⁸.

No padrão normativo comumente chamado de romano-germânico ou europeu continental (*civil law, statutory law* ou *code based legal system*), a Regra Jurídica é, precipuamente, o resultado da interpretação de um texto elaborado pelo legislador ou, alternativamente, construída com base em outras Fontes Jurídicas, mediante os procedimentos de autointegração ou de heterointegração antes mencionados. De outro lado, nos cenários inglês e norte-americano (*common law* ou *judge made law*), a Regra Jurídica pode ser extraída não só da legislação, mas também do texto de um precedente anterior, num esforço de verificação de qual seria a solução que teria sido dada pelo Poder Legislativo para reger o novo caso, nos pontos relevantes em que é precisamente similar ao julgamento anterior (*holding*).

Nessa linha de raciocínio, cabe assinalar ser possível a leitura histórica de que os

⁶ PECES-BARBA, Gregorio. FERNÁNDEZ, Eusebio. ASÍS, Rafael de. **Curso de teoría del derecho**. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 196-200. Especialmente da p. 197-198: “Para lograr estos fines se han seguido diferentes procedimientos para colmar las lacunas que presente todo ordenamiento jurídico. A) Un primer grupo lo formarían los denominados procedimientos de heterointegración. Mediante estos procedimientos un ordenamiento jurídico se completaría recurriendo a fuentes que el propio sistema no contempla. [...] B) Los procedimientos de autointegración, por el contrario, acuden a procedimientos internos para solventar el problemas de la laguna”. Também BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 299-302.

⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 5.

⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 4.

juspositivistas, inicialmente, renegavam o caráter normativo dos Princípios Jurídicos e, assim, defendiam que a única modalidade normativa assumia a estrutura lógica de Regra Jurídica⁹. Isto porque eles eram considerados uma modalidade específica de Norma Jurídica geralmente derivada de uma interpretação baseada nos valores supostamente subjacentes aos textos normativos ou, então, dimanados de construção jurisprudencial, de esforço doutrinário, dos costumes ou da ética compartilhada, de modo que refletiam uma ofensa à efetiva aplicação da lei positiva e, assim, um inegável retrocesso ao já superado modelo teórico do Jusnaturalismo. Com efeito, em um cenário de perfil juspositivista, a decisão deveria ser determinada precipuamente pela interpretação adstrita ao texto legal, somente se baseando em outras Fontes Jurídicas (jurisprudência, doutrina, costumes e ética) de forma complementar (mediante heterointegração), sob pena de se ofender a pedra angular da prevalência da legislação escrita sobre as demais Fontes Jurídicas. Notadamente, neste ponto são levantados os fortes argumentos da construção democrática do corpo de leis positivas e, também, da separação de poderes, no sentido de que não caberia ao órgão decisor se evadir (ou mesmo dar contornos diferentes) ao regramento escrito, com base em vertentes princiológicas.

Entretanto, o juspositivista Herbert Lionel Adolphus Hart, após seu debate com o antipositivista Ronald Myles Dworkin, acabou sugerindo a proposta teórica de um Positivismo Jurídico Brando (*soft legal positivism*), ao admitir que o Ordenamento Jurídico não seria apenas um conjunto de Regras Jurídicas (divididas em primárias e secundárias), pois poderiam existir outros padrões normativos, a exemplo dos Princípios Jurídicos, na periferia do sistema¹⁰. Alguns positivistas aderiram a tal proposta teórica e, então, iniciou-se a discussão acadêmica sobre o modo como o Ordenamento Jurídico de viés juspositivista, inicialmente caracterizado como um

⁹ Kelsen, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. p. 145-156, em especial p. 148: “Como princípios do 'Direito' podem-se indicar os princípios que interessam à Moral, Política ou Costume, só enquanto eles influenciam a produção de normas jurídicas pelas competentes autoridades do Direito. Mas eles conservam seu caráter como princípios da Moral, Política e Costume, e precisam ser claramente distinguidos das normas jurídicas, cujo conteúdo a eles corresponde. Que eles são qualificados como princípios de 'Direito', não significa – como a palavra parece dizer – que eles são Direito, que têm o caráter jurídico. O fato de que eles influenciam a produção de normas jurídicas não significa – como Esser aceita – que eles estejam 'positivados', i.e., sejam partes integrantes do Direito positivo. [...] A produção de normas jurídicas também é influenciada por fatores diferentes dos princípios da Moral, da Política, do Costume, p.ex., por interesses de certos grupos de subordinados do Direito, sem que se conceda a estes interesses caráter de 'Direito'” (grifou-se).

¹⁰ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 128: “[...] embora a combinação de normas primárias e secundárias mereça o lugar central que ora lhe é concedido, por explicar muitos aspectos do direito, ela não pode, por si só, esclarecer todos os problemas. A junção das normas primárias e secundárias se situa no centro de um sistema jurídico; mas não constitui o todo, e, à medida que nos afastarmos do centro, teremos de conciliar, das formas descritas em capítulos posteriores, elementos de natureza diferente” (grifou-se). E na p. 339: “Muito se deve a Dworkin por ter demonstrado e ilustrado a importância e a função dos princípios no pensamento jurídico, e foi de fato um grave erro de minha parte não ter enfatizado sua força não-conclusiva. Mas, ao usar a palavra 'norma', não pretendi absolutamente afirmar que os sistemas jurídicos incluem apenas normas do tipo 'tudo ou nada' ou quase conclusivas”.

conjunto apenas de Regras Jurídicas formalmente construídas pela autoridade competente, poderia incorporar também Princípios Jurídicos, mormente considerando que estes possuem um forte conteúdo axiológico e, para eles, se atribui uma densidade altamente flexível, que poderia comprometer o grau de segurança jurídica já alcançado. Notadamente, no atual estado das discussões sobre a subsistência do modelo científico do Positivismo Jurídico (ou de sua substituição por uma proposta pós-positivista), um dos pontos de destaque reside precisamente em definir a forma de se inserir Princípios Jurídicos no interior da pirâmide escalonada de Regras Jurídicas.

Uma proposta neste sentido, aqui alcunhada de neopositivista, é a do professor Luigi Ferrajoli, que justifica a inserção dos Princípios Jurídicos no interior do Ordenamento Jurídico, ao lado das Regras Jurídicas, como uma decorrência dos desenvolvimentos constitucionais posteriores à segunda grande guerra¹¹. Para ele, o modelo juspositivista clássico, típico de um Estado meramente legislativo, é bem descrito sob a forma de uma pirâmide escalonada formalmente, em que a produção jurídica ocorre nas linhas vertical e horizontal, consoante uma releitura bem aproximada da nomodinâmica proposta por Hans Kelsen. De acordo com o referido modelo, os valores éticos não estão incluídos na estrutura piramidal formal das Regras Jurídicas, pois integram um corpo nomoestático apartado. Porém, o padrão neopositivista contemporâneo representa um passo adiante em tal dualidade, pois os valores éticos compartilhados em Sociedade passaram a ser expressamente inseridos no interior do Ordenamento Jurídico formal, através da atuação direta dos parlamentares, sob a forma de Princípios Jurídicos¹².

De acordo com ele, o seu argumento é “um reforço do positivismo jurídico, por ele alargado em razão de suas próprias escolhas – os direitos fundamentais estipulados em normas constitucionais – que devem orientar a produção do direito positivo”, tratando-se assim do “resultado de uma mudança de paradigma do velho positivismo, que se deu com a submissão da própria produção normativa a normas não apenas formais, mas também substanciais, de direito

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 414-415 e, também, p. 469: “Bajo este aspecto el constitucionalismo es un perfeccionamiento del positivismo jurídico y el estado constitucional de derecho una prolongación del estado legislativo de derecho”.

¹² FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 801-804. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4 ed. São Paulo: RT, 2014. p. 328: “O resultado deste processo de positivação do direito natural tem sido uma aproximação entre a legitimação interna ou dever ser jurídica e a legitimação externa ou dever ser extrajurídico, quer dizer, a sua juridificação por meio da interiorização no direito positivo de muitos dos velhos critérios e valores substanciais de legitimação externa que foram expressados pelas doutrinas iluministas do direito natural”.

positivo”¹³. Outrossim, foram criados pontos de intercruzamento entre o sistema ético nomoestático e o ordenamento formal nomodinâmico, consubstanciados precisamente nos elementos principiológicos agregados formalmente à legislação¹⁴.

Contudo, de acordo com Ferrajoli, os Princípios Jurídicos assimilados ao Ordenamento Jurídico passam a se comportar, para fins de aplicação, exatamente como se fossem Regras Jurídicas¹⁵. A única diferença entre estas duas “espécies normativas” residiria no estilo de redação, haja vista que os elementos principiológicos possuem, como característica marcante, um estilo mais aberto e, outrossim, de menor densidade. A solução proposta pelo professor italiano confirma a vocação do Positivismo Jurídico, ainda que na sua reconstrução (neopositivismo), como um sistema composto apenas por Regras Jurídicas, ainda que algumas delas sejam apelidadas de Princípios Jurídicos, em razão apenas da forma de sua redação e da sua forte vinculação axiológica¹⁶.

Daí que, em síntese, é possível afirmar que o Positivismo Jurídico pressupõe o Direito formado exclusivamente (ou ao menos preponderantemente) por Regras Jurídicas, como sinônimo de Normas Jurídicas positivadas, devidamente fixadas pelos parlamentares (no sistema codificado) ou estabelecidas em precedentes judiciais anteriores (no modelo judiciário ou consuetudinário)¹⁷.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In STRECK, Lenio Luiz. FERRAJOLI, Luigi. TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Do Advogado, 2012. p. 22.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 497 e também 492: "Luego será posible mostrar, en el § 9.17, que estos dos elementos corresponden a las dos dimensiones de la fenomenología jurídica - la nomodinámica regida por las normas formales y la nomostática regida por las normas sustantivas - que se corresponden a su vez, como mostraré en el capítulo XII y en la cuarta parte, con las dos dimensiones, formal e sustancial, de la democracia constitucional". También p. 536-537: "En suma, el paradigma de la estructura gradual del ordenamiento debe ser ampliado a la dimensión sustancial o nomoestática del derecho positivo". Ainda FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. 2 ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 73.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 532-533: "Por otro lado, se clarifica de este modo el bien limitado alcance de la distinción entre 'principios' y 'reglas' propuesta por Ronald Dworkin y expresada en la tesis de que los principios se *respetan* mientras que las reglas, sean formales o sustantivas, se *aplican*. [...] Y los principios, por exemplo los constitucionales, cuando por el contrario son violados, se manifiestan como reglas, aplicables judicialmente, como normas sustantivas que prefiguran 'supuestos de hecho prohibidos', a las decisiones inválidas que constituyen su violación" (grifou-se). E da p. 538: "[...] principios se manifiestan como reglas en las que sob subsumibles los actos inválidos que constituyen su violación" (grifou-se).

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 538: "Si es verdad que las normas son sino los significados asociados por el intérprete a actos lingüísticos normativos, también los principios, los aquí llamados *principia iuris et in iuri* por venir formulados directamente en el derecho, son a su vez significados normativos o normas: en concreto, son normas sustantivas pertenecientes a la dimensión nomoestática del derecho" (grifou-se).

¹⁷ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p. 68: "Isso indica que ser positivista no âmbito jurídico significa escolher como exclusivo objeto de estudo o direito que é posto por uma autoridade e, em virtude disso, possui validade (direito positivo)"; e, p. 131: "Partindo dessa delimitação negativa, o PJ *stricto sensu* afirma a *absoluta identidade entre o conceito de direito e o direito efetivamente posto pelas autoridades competentes, isto é, pelas autoridades que, em razão de uma constelação de poder, possuem a capacidade de impor o direito*". E FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 395-457.

Prosseguindo no tema, cabe destacar que a característica mais marcante de tal modalidade normativa, contudo, é sua estruturação lógica como razão definitiva de dever ser, no sentido de que ingressa na atividade decisória como a premissa maior de um raciocínio lógico dedutivo do tipo subsuntivo, em que os fatos são as premissas menores a serem encaixadas, de modo a viabilizar a extração da conclusão decisiva.

Sem embargo, de acordo com Kelsen, a interpretação consubstancia uma operação de lógica conduzida na dinâmica interna à ordem jurídica, mediante a fixação de correspondência dedutiva da Regra inferior com a superior, na linha descendente, até a resolução do caso concreto individual pela autoridade competente¹⁸. Para facilitar a visualização do fenômeno, pode-se conceber as Regras Jurídicas como uma janela, moldura ou quadro (*Rahmen*), a ser preenchido pelo órgão aplicador/criador do Direito¹⁹, sendo que, ao complementar tal espaço, o intérprete exerce um ato de vontade que pode resultar em mais de uma consequência adequada às Normas superiores e, portanto, admitida pelo Direito²⁰. Igualmente Ferrajoli defende que “a subsunção judicial pode muito bem exibir a forma dedutiva”²¹.

Daí que, segundo o modelo juspositivista, toda atividade de interpretação e, conseqüentemente, de produção do Direito ocorre no interior da dinâmica do Ordenamento Jurídico, mediante uma linha reta descendente, que passa desde a Constituição até a decisão judicial resolutiva do caso concreto específico. Notadamente, de um lado, na ótica do legislador, as Regras Jurídicas inferiores são construídas de acordo com os parâmetros formais (e também materiais, segundo Ferrajoli) estabelecidos pelas superiores, de modo que a produção normativa

Especialmente, p. 396: “Las normas son reglas que pertenecen al derecho positivo em cuanto son efectos jurídicos puestos o causados por actos (T8.11, T8.12). Obviamente, em tanto que reglas, las normas son *significados de preceptos* (T8.13), a los que vienen asociadas em cada caso mediante interpretación jurídica”.

¹⁸ KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. p. 339-340: “Contanto que a relação de correspondência que existe entre duas normas seja uma relação de subsunção, é uma relação lógica que existe entre o conceito mais geral (abstrato) e o menos geral (abstrato) ou entre o conceito geral (abstrato) e uma representação concreta (conceito individual). [...] Contanto que tal subsunção seja um processo lógico de pensamento, que se realizada na fundamentação de validade de uma norma pela validade de uma outra norma, a Lógica é aplicável na relação entre normas. Esta relação não é nenhuma conclusão, e sim uma relação lógica”.

¹⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 388.

²⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 392-395.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. São Paulo: RT, 2014. p. 122: E também FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia**. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 526: “'Aplicación' es el acto formal o la decisión obligatoriamente vinculados, el primero em cuanto a las formas y la segunda también em cuanto a los significados, por las normas, respectivamente formales y sustantivas, sobre su producción”. Também p. 530: “Y llamaré más específicamente 'subsunción', o mejor, 'subsumido', al significado de una decisión obligatoriamente vinculado a la observância de la norma sustantiva sobre su producción. [...] 'Subsunción' es la observancia obligatoria, em relación con el significado de una decisión, de la norma sustantiva sobre su producción”. E ainda p. 532: “El uso de 'aplicación' em sentido sustancial resulta em efecto pertinente siempre que la observancia de una norma sustantiva se manifiesta em ese específico tipo de 'coherencia' que es la 'subsunción', o 'correspondencia' de un determinado supuesto de hecho con la norma que lo prevé”.

apresenta a estrutura silogística. E, também, de outro lado, na percepção do magistrado, igualmente os fatos concretos submetidos à jurisdição são resolvidos de acordo com o esquema de interpretação representado pela “moldura” subsuntiva que caracteriza a Regra Jurídica.

2. CRÍTICAS PÓS-POSITIVISTAS À APLICAÇÃO NORMATIVA POR SUBSUNÇÃO

Fixadas as bases centrais da tese juspositivista da aplicação silogística por subsunção, esta segunda seção do texto apresentará a respectiva crítica em contrário, no sentido de que a aplicação normativa, para resolução de problemas levados ao âmbito do Poder Judiciário, não ocorre exclusivamente mediante um raciocínio meramente subsuntivo, do tipo lógico dedutivo, porquanto isto é uma simplificação de tal atividade decisória, mormente sob a ótica do magistrado.

Aqui cabe ressaltar que o Pós-positivismo evidentemente não é uma corrente uniforme de pensamento, mas sim um movimento cujo objetivo é modificar, no todo ou em parte, o modelo do Positivismo Jurídico, para o fim de aprimorar os aspectos descritivo e prescritivo da Ciência Jurídica, em moldes similares à tese da superação das doutrinas científicas proposta por Thomas Samuel Kuhn²². Em breves linhas, sintéticas de estudo anterior sobre o tema, cabe mencionar que o Pós-positivismo engloba, ao menos, três correntes principais, consistentes no substancialismo (cujo expoente é Dworkin), no procedimentalismo (com nomes de notável importância, dentre eles Robert Alexy e Manuel Atienza) e no pragmatismo (geralmente lembrado na figura de Richard Allen Posner)²³.

Feita esta consideração inicial, cabe anotar que os diversos autores pós-positivistas defendem modificações do modelo do Positivismo Jurídico, com enfoque principalmente no ponto em que sustenta a produção jurídica, sob as óticas do legislador e do magistrado, sob a estrutura de um raciocínio lógico dedutivo do tipo subsuntivo. As propostas variam com relação ao grau de necessidade de modificação, cabendo mencionar o simples aperfeiçoamento do modelo, passando pela adição de uma lógica de ponderação ou balanceamento para os casos mais difíceis ou, ainda, a substituição dela por outra forma de compreensão da complexidade intelectual existente no momento de decisão. Os argumentos para tanto variam consideravelmente, iniciando pela tese da

²² KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2009.

²³ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

insuficiência ou inadequação da subsunção, passando pela adoção da lógica difusa (*fuzzy*) de gradação entre lícito e ilícito, caminhando até a superação por um modelo de perfil hermenêutico ou procedimental diferenciado.

A busca por tais alternativas ao modelo subsuntivo tem motivações técnicas e práticas diversas, porém, o núcleo reside no argumento crítico de que a estrutura formal silogística não é suficiente para viabilizar a construção da Norma Jurídica resolutive de todos os casos concretos, sendo que tal insuficiência é evidenciada naqueles considerados difíceis. Ora, se em alguns casos até se pode visualizar a atividade decisória como uma mera subsunção (*easy cases*), porém, em outros, não resta possível se extrair uma Regra Jurídica mediante simples interpretação da legislação (ou outra Fonte Jurídica supletiva) para fins de efetuar a subsunção (*hard cases*), ao menos na ótica interna e anterior do magistrado (embora um doutrinador até poderia, sob a ótica externa e posterior à superação da dificuldade, reduzi-la a um mero silogismo, para facilitar o entendimento). Nestas situações, seriam necessários métodos jurígenos alternativos ou, pelo menos, complementares à subsunção, de modo a viabilizar a resolução do caso concreto.

A identificação de quais seriam estes casos difíceis gera um problema inicial, haja vista que demanda uma apreciação subjetiva e, também, histórica. Isto porque, um determinado magistrado pode encontrar dificuldade em certa causa específica que outro julgador reputa de fácil solução, em razão, talvez, das diferenças de formação acadêmica e de experiência profissional²⁴. De outro lado, um caso considerado difícil em determinado momento, talvez pelo ineditismo da postulação ou pela projeção social do tema no momento histórico, pode passar a ser considerado de fácil resolução em época posterior. Em uma leitura sintética, pode-se verificar que a dificuldade geralmente resulta da ambiguidade do material escrito disponível (geralmente, quando o texto legal carece de univocidade, de acordo com a opinião dos mais balizados intérpretes), da falta de tal material positivo (lacuna ou anomia) ou de contradições de difícil resolubilidade (antinomia). Seja qual for a causa da dificuldade, a ideia de caso difícil consiste em que os mecanismos disponíveis no paradigma científica vigente (Positivismo Jurídico) não são suficientes ou adequados para seu equacionamento, de modo a que o modelo mereça

²⁴ STRECK, Lenio Luiz. A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista em tempos de pós-positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri. DUARTE, Écio Oto. **Teoria do direito neoconstitucional**: superação ou reconstrução do positivismo jurídico. São Paulo: Método, 2008. p. 285-315. Especialmente p. 298-301, notadamente p. 301: "O problema de um 'caso' ser fácil (*easy*) ou difícil (*hard*) não está nele mesmo, mas na possibilidade – que advém da pré-compreensão do intérprete – de se compreendê-lo. Fosse possível distinguir/cindir (*a priori*) casos fáceis e casos difíceis, chegar-se-ia à conclusão de que os casos seriam fáceis para determinados intérpretes e difíceis para outros...! A questão – vista de outro modo – é: fácil ou difícil para quem?".

aprimoramento ou substituição. Daí que a dificuldade impede, por algum motivo correlato, a possibilidade da operação mental ser baseada em um mero raciocínio subsuntivo nos moldes clássicos, antes expostos.

A solução apresentada pelo Juspositivismo para estes ditos casos difíceis reside em, simplesmente, confiar na discricionariedade do juiz, que passa a agir como legislador intersticial *ex post facto*, criando uma nova Regra para aplicação subsuntiva ao fato ocorrido no passado, com inegável surpresa aos litigantes (ou, ao menos, a um deles)²⁵. Isto é assim porque, para os juspositivistas, como já visto anteriormente, a decisão é um ato de vontade da autoridade competente, razão pela qual, nada mais natural que a falha ou omissão do legislador seja suprida pelo magistrado. Logo, a teoria da decisão judicial de perfil juspositivista é considerada dual, pois, para os casos fáceis, cabe a subsunção, enquanto, para os difíceis, recorre-se à discricionariedade judicial²⁶.

Não existe muita controvérsia entre os pós-positivistas, no cenário atual, quanto à inadequação de tal teoria, principalmente no tocante aos casos difíceis, haja vista que o recurso à discricionariedade judicial fere de morte o objetivo basilar do Direito, consistente em conferir segurança jurídica para tomada de decisões em Sociedade, com efeitos nefastos a todos os ramos do Direito, precisamente por quebrar a previsibilidade e também a equidade na resolução das contendas²⁷. Nas palavras do próprio Ferrajoli, a discricionariedade configura um inafastável *deficit* de legitimidade do sistema judicial, ou seja, um problema indesejável, mas para o qual não há solução no modelo juspositivista²⁸.

²⁵ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 351: “Para que possa proferir uma decisão em tais casos, o juiz não deverá declarar-se incompetente nem remeter os pontos não regulamentados ao poder legislativo para que este decida, como outrora defendia Bentham, mas terá de exercer a sua discricionariedade e criar o direito referente àquele caso, em vez de simplesmente aplicar o direito estabelecido já existente. Assim, nesses casos não regulamentados juridicamente, o juiz ao mesmo tempo cria direito novo e aplica o direito estabelecido, o qual simultaneamente lhe outorga o poder de legislar e restringe esse poder”.

²⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 61: “O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o 'poder discricionário' para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que uma das partes tinha o direito preexistente de ganhar a causa, mas tal ideia não passa de uma ficção. Na verdade, ele legisla novos direitos jurídicos (*new legal rights*), e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão”.

²⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 60: “Das teorias do discurso à fenomenologia hermenêutica, passando pelas teorias realistas (que deslocam o polo da tensão interpretativa na direção do intérprete), os últimos cinquenta anos viram florescer teses que tinham objetivos comuns no campo jurídico: superar o modelo de regras, resolver o problema da incompletude das regras, refundar a relação 'direito-moral', solucionar os 'casos difíceis' (não 'abarcados' pelas regras) e a (in)efetividade dos textos constitucionais (compromissórios e dirigentes)”.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In STRECK, Lenio Luiz. FERRAJOLI, Luigi. TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Do Advogado, 2012. p. 249: “A abordagem

Precisamente para resolver estes casos difíceis com maior grau de confiabilidade e segurança, as vertentes pós-positivistas tem apresentado alternativas à atividade subsuntiva. Dentre estes métodos substitutivos e/ou complementares à subsunção, cabe aqui exemplificar as teorias de Dworkin (substancialismo), de Alexy (procedimentalismo) e de Posner (pragmatismo). Embora apresentem notáveis diferenças (e, mais do que isto, fortes contradições, desde a base filosófica subjacente), são bastante similares no ponto em que reconhecem a suficiência das Regras Jurídicas para resolução dos casos chamados fáceis, para os quais seria suficiente a adoção da aplicação por subsunção, porém, invocam a importância dos Princípios Jurídicos (ou outros critérios de julgamento) para a resolução dos casos difíceis.

Para Dworkin, o juiz deve decidir preponderantemente com base em Princípios Jurídicos, que seriam normas jurídicas de elevado caráter axiológico, preexistentes ao fato controvertido submetido à jurisdição, ainda que eventualmente sejam extraídos “de fora” do Ordenamento Jurídico²⁹. Para tanto, ele propôs a sua teoria dos direitos, exemplificada na figura de um juiz de elevada sagacidade, que ele apropriadamente chamou de Hércules. De acordo com o jurista em tela, tanto os casos fáceis como também os difíceis seriam resolvidos de acordo com a referida teoria dos direitos, pautada fortemente na principiologia que merece reger os interesses jurídicos da comunidade³⁰. Não é que Dworkin descarte as Regras Jurídicas, pois admite que elas integram a dimensão de validade do sistema e, mais do que isto, sejam úteis para resolução meramente subsuntiva dos casos já classificados como fáceis. Porém, é através da teoria dos direitos que a

garantista impõe reconhecer, sob o plano seja da teoria do direito seja da filosofia política, que o poder judiciário sofre de uma margem irredutível de ilegitimidade política, sendo a verdade processual absolutamente inalcançável e a submissão à lei, na qual reside a sua fonte de legitimação, inevitavelmente imperfeita”.

²⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 132-134, em especial p. 133: “Não obstante, defendo a tese de que as decisões judiciais nos casos cíveis, mesmo em casos difíceis como o da *Spartan Steel*, são e devem ser, de maneira característica, gerados por princípios, e não por políticas”. E na p. 556: “Minha teoria inclui a tese dos direitos, que argumenta que, por ser dever dos juízes, mesmo nos casos difíceis, identificar direitos das partes, os juízes nesses casos deveriam recorrer a argumentos de princípios e não a argumentos políticos”.

³⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 422-424: “Hércules também não precisa de uma definição pré-analítica ou de um ponto de mutação entre leis claras e obscuras, quando a suposta obscuridade na verdade se situa numa palavra ou frase particular. [...] Quando não houver dúvida, a lei é clara, não porque Hércules tenha alguma forma, fora de seu método geral, de distinguir usos claro e obscuro de uma palavra, mas porque o método que ele sempre utiliza é de tão fácil aplicação que se aplica por si próprio. [...] Temos, nesta discussão, outro exemplo de problema frequentemente encontrado no presente livro, que agora poderíamos chamar de problema do caso fácil. [...] Um crítico poderia, então, ver-se tentado a dizer que a complexa descrição que fizemos do raciocínio judicial sob o direito como integridade só é aplicável aos casos difíceis. Poderia acrescentar que seria absurdo aplicar o método a casos fáceis – nenhum juiz precisa considerar questões de adequação e de moral política para decidir se alguém deve pagar sua conta telefônica – e então declarar que, além de sua teoria sobre os casos difíceis, Hércules precisa de uma teoria sobre quando os casos são difíceis, para saber quando seu complexo método para os casos difíceis é ou não apropriado. [...] Esse é um pseudoproblema. Hércules não precisa de um método para casos difíceis e outro para os fáceis. Seu método aplica-se igualmente bem a casos fáceis; uma vez porém que as respostas às perguntas que coloca são então evidentes, ou pelo menos parecem sê-lo, não sabemos absolutamente se há alguma teoria em operação”.

jurisdição, observando o peso dos princípios caros à comunidade (notadamente a igualdade de consideração e respeito entre todos), resolve os casos de maior complexidade e, também, revê as Regras antes fixadas (repara o sistema, para mantê-lo inconsútil). Como se pode perceber desta brevíssima síntese, a preocupação do Dworkin é precipuamente voltada à resolução dos casos segundo os valores substancialmente mais importantes à Sociedade (daí o termo substancialismo).

Robert Alexy, de outro lado, entende que o Ordenamento Jurídico é composto por dois planos distintos e complementares, na medida em que “atrás e ao lado das regras estão princípios”³¹. Para ele, as Regras Jurídicas são “mandamentos definitivos”³², pois contêm “determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”, de modo que consubstanciam “normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos”³³. Como consequência da reduzida margem de manobra que deixam ao intérprete, sua aplicação ocorre mediante mera operação lógica de subsunção³⁴, ou seja, cabe ao aplicador apenas verificar se a situação fática controvertida se sujeita aos limites normativos da Regra para fins de ensejar sua incidência³⁵. Todavia, de outro lado, existe também a dimensão complementar dos Princípios Jurídicos, que consubstanciam uma segunda modalidade de Norma Jurídica, a qual é crucial para resolução dos casos difíceis, caracterizados pela imprecisão linguística (ambiguidade), pela inexistência de regramento (lacuna) ou pela inadequação (por exemplo, no caso de inconstitucionalidade com Princípios Jurídicos de hierarquia constitucional). Nestes casos, caberá ao magistrado aplicar a Lei da Colisão, de acordo com a Metarregra da Proporcionalidade, para construir (ou reconstruir) a Regra Jurídica aplicável à hipótese, de modo a retificar e/ou complementar o Ordenamento Jurídico³⁶. Em síntese, o autor alemão propõe que, ao lado da subsunção de Regras Jurídicas, seja adicionado o plano complementar da aplicação de Princípios

³¹ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 65.

³² ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 64.

³³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 91.

³⁴ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 85: “Sua forma característica [das regras] é a subsunção”.

³⁵ ALEXY, Robert. On balancing and subsumption: A structural comparison. **Ratio Juris**, Oxford, v. 16, n. 4, p. 433-449, 2003. p. 433-435: “The Subsumption Formula is an attempt to formalize this deductive structure by the means of standart logic. [...] This shows that here, too, two stages or levels of justification of a legal judgement can be distinguished. The first consists of the deduction of the legal judgement from premisses as represented in the Subsumption Formula.. [...] The second stage or level concerns the justification of the premisses used in the internal or first-order justification”.

³⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 121: “Com a ajuda da lei de colisão pôde ser definida a conexão entre as normas de direitos fundamentais enquanto princípios e regras de direitos fundamentais que se relacionam com a decisão: as condições sob as quais um princípio prevalece sobre outro constituem o suporte fático de uma regra, a qual expressa as consequências jurídicas do princípio prevalente”.

Jurídicos, de modo a viabilizar a resolução dos casos difíceis através de um procedimento regrado (daí sua classificação dentro dos quadros do procedimentalismo).

Por fim, Posner adota uma postura focada nos resultados, no sentido de que a autoridade judicial, mormente diante de casos difíceis, deve adotar um método de análise focado na obtenção das melhores consequências sistêmicas, ainda que, para atingir seu objetivo, seja necessário desconsiderar uma Regra Jurídica preestabelecida. Embora sujeito à críticas, em razão da potencialidade para quebra de segurança jurídica decorrente de sua proposta, o autor em tela argumenta que o esforço dos demais juristas para escapar da discricionariedade judicial aponta, apenas, para a possibilidade de atingimento do resultado mais razoável, jamais para uma decisão cuja correção seja passível de demonstração analítica de tipo subsuntivo³⁷. Justamente em razão do enfoque no resultado prático, sua proposta é chamada de pragmatista³⁸.

Logo, as correntes pós-positivistas, em geral, criticam a tese juspositivista da existência apenas da modalidade normativa Regra Jurídica, aplicável por subsunção, como único parâmetro de aplicação do Direito aos casos concretos, em razão de sua insuficiência ou inadequação, mormente nos casos considerados difíceis.

3. A APLICAÇÃO DO DIREITO SOB A ÓTICA INTERNA E ANTERIOR DO MAGISTRADO

Esta terceira parte do texto visa desenvolver sobre as proposições teóricas sintetizadas nas duas seções anteriores para, então, argumentar no sentido de que o Ordenamento Jurídico não é um conjunto de Regras e Princípios Jurídicos (ou outras formas normativas de respostas prontas

³⁷ POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 174: “A razoabilidade como norte judicial. Onde fica o juiz em tudo isso? Não me ocorre nenhuma abordagem melhor, para os juízes, do que conceberem sua tarefa, em cada caso, como a de empenhar-se para chegar ao resultado mais razoável nas circunstâncias – que incluem, embora não estejam a eles limitados, os fatos do caso, as doutrinas jurídicas, os precedentes e virtudes do Estado de Direito como o *stare decisis*”. E, p. 37: “Vou mostrar-me favorável a uma teoria do direito como 'atividade' – a teoria que fundamenta a teoria da previsão de Holmes; favorável ao behaviorismo e, portanto, contrário às 'férteis' concepções do mentalismo, da intencionalidade e do livre-arbítrio; favorável ao uso crítico da lógica, por oposição a seu uso construtivo; favorável à ideia de que, nos casos difíceis, o objetivo apropriado do juiz é um resultado razoável, e não um resultado demonstravelmente certo; e favorável a uma concepção do juiz como um agente responsável, e não como um canal de decisões tomadas em outras instâncias do sistema político” (grifou-se).

³⁸ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 65: “Num resumo brutalmente breve, o pragmatismo legal não está preocupado apenas com consequências imediatas, não é uma forma de consequencialismo, não é hostil à ciência social, não é um positivismo hartiniano, não é realismo legal, não é estudos jurídicos críticos, não é sem princípios e não rejeita a norma jurídica. Ele é resolutamente antiformalista, nega que o raciocínio jurídico difira de forma substancial do raciocínio prático comum, favorece fundamentos estreitos em vez de amplos para as decisões no início do desenvolvimento de uma área do direito, simpatiza com a retórica e antipatiza com a teoria moral, é empírico, é historicista, mas não reconhece 'dever' em relação ao passado, desconfia da norma jurídica que não abre exceções e se pergunta se os juízes não poderiam fazer melhor em casos difíceis do que chegar a resultados razoáveis (em oposição a resultados demonstravelmente corretos)”.

para casos concretos futuros), mas sim, um acervo de Fontes Jurídicas que visam instrumentalizar a construção da Norma Jurídica que resolve o caso concreto específico, mediante uma articulação argumentativa mais ampla do que um simples silogismo lógico dedutivo, de acordo com a Teoria Complexa do Direito.

Notadamente, com relação às Fontes Jurídicas, a proposta teórica é no sentido de que elas configuram um material concreto, efetivamente aferível no plano concreto (ou seja, empiricamente), que merece ser levado em consideração pelo intérprete no momento da produção jurídica, seja na fase de positivação (construção de textos legais pelo legislador) como na etapa de aplicação (construção da Norma Jurídica resolutive do caso concreto). Nesta perspectiva, elas formam um conjunto de elementos que visam determinar a tomada de decisão, estabelecendo limites à amplitude decisória do encarregado pela produção normativa, agindo de forma conjunta e interdependente. Daí que não se escolhe um tipo de Fonte Jurídica em detrimento de outra, mas sim, são invocadas todas aquelas cujo conteúdo tem relação justificável argumentativamente com relação à controvérsia a ser resolvida e, então, articulam-se todas, como um conglomerado de argumentos, que apontam em determinada direção, para resolver o assunto³⁹.

Partindo desta premissa, duas questões iniciais exsurtem quando se está diante de um grande conjunto de Fontes para resolução de um caso concreto, quais sejam, primeiro, quais aquelas que podem ser legitimamente invocadas para solução de uma contenda; e, segundo, como elas se articulam entre si, mormente diante de eventuais contradições aparentes entre uma e outra.

No tocante à primeira questão, cabe assinalar que cada comunidade possui um conjunto de Fontes Jurídicas que podem ser consideradas legítimas para produção jurídica (positivação e/ou aplicação). Considerando o Direito como um produto artificial de cada cultura, é evidente que caberá à Sociedade específica estabelecer o conjunto de elementos que devem determinar a atividade jurígena. Por exemplo, no cenário brasileiro, a tradição jurídica mais amplamente aceita confirma a relevância dos Textos Normativos (como uma decorrência da vinculação ao padrão codificado – *civil law*), os Princípios Jurídicos (como valores incorporados ao sistema), a Jurisprudência (notadamente em razão de sua força unificadora e integradora, revelando forte

³⁹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2 ed. Curitiba: Prismas, 2015. p. 159-163. E p. 228: “São os argumentos teóricos (elementos de determinação) admitidos pelo Direito como legítimos limitadores para tomada de decisões em uma Sociedade específica”.

intercruzamento com o padrão de direito jurisprudencial – *common law*), a Doutrina Jurídica (ante a importância da opinião dos principais teóricos na formação dos juristas), a Ética (como conjunto de valores predominantes em determinada época) e os Costumes, dentre outros elementos periféricos⁴⁰.

No ponto, importa destacar que tais elementos não são, nenhum deles, extrações de cunho metafísico, mas sim materiais que podem ser experimentados empiricamente, ou seja, positivamente verificados no contexto. Isto significa que qualquer invocação de tais Fontes Jurídicas deve ter uma base científica, no sentido de que se trata de um material efetivamente constatado – e isto é mais fácil de demonstrar em se tratando de umas (como os textos legais) do que de outras (da Ética, que depende de um registro de perfil sociológico, reproduzido em algum trabalho científico, por exemplo). Logo, não se deve abrir espaço para retrocessos na tese da origem social do Direito, sob pena de queda ao já superado modelo do Jusnaturalismo (naturalístico ou metafísico).

Também cabe registrar que o conjunto de Fontes Jurídicas depende, evidentemente, de cada tradição jurídica. Por exemplo, no contexto de alguns países de tradição árabe, a Sharia (em síntese, um conjunto de preceitos religiosos extraídos do seu livro sagrado) está entre os elementos mais determinantes para tomada de decisão, enquanto, de outro lado, no contexto dos países americanos, em geral, a invocação de preceitos religiosos de um livro sagrado pode, no máximo, justificar uma tendência ética sociologicamente verificável na Sociedade.

Prosseguindo, quanto ao segundo aspecto (como as diversas Fontes Jurídicas se articulam entre si), cabe mencionar que, embora tais elementos sejam reconhecidos como relevantes (e eficazes), é preciso estabelecer um escalonamento de eficácia, com inspiração em trabalho anterior de Aulis Aarnio⁴¹. Com efeito, é possível verificar que, em cada cenário, o conjunto de Fontes Jurídicas é estratificado entre padrões que possuem maior eficácia e, outros, de menor eficácia. Prosseguindo no exemplo dado no parágrafo anterior, nos países árabes, os elementos mais determinantes são certamente os postulados da Sharia, que prevalecem sobre todos os demais, enquanto, de outro lado, no cenário brasileiro, certamente que os Textos Normativos produzidos pelo Poder Legislativo têm a mais ampla eficácia, sendo que, dentre eles, os de

⁴⁰ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2 ed. Curitiba: Prismas, 2015. p. 163-166.

⁴¹ AARNIO, Aulis. **Lo racional como razoable**: un tratado sobre la justificación jurídica. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

hierarquia constitucional preponderam.

Portanto, a conclusão desta primeira etapa da discussão é no sentido de que, sob a ótica da autoridade encarregada de tomar uma decisão (ou seja, produzir uma normativa resolutive de um problema, de forma interna e anterior), o Direito não pode ser considerado um conjunto de Normas Jurídicas. Isto porque, o material oferecido ao intérprete e aplicador, concretamente, é um conjunto de Fontes Jurídicas (Textos, Princípios, Jurisprudência, Doutrina, Ética e Costumes), as quais, por via de regra, estão registradas em repositórios escritos. É somente isto (um conjunto de elementos de determinação escritos) que o magistrado dispõe para consultar, quando diante de uma controvérsia que pretende resolver⁴². Não há, outrossim, um conjunto de Normas Jurídicas como respostas dadas de antemão para um problema futuro. Existem apenas elementos de determinação a serem articulados para construção de uma resposta. Cabe ressaltar que, mesmo quando a Jurisprudência já traga um exemplo de articulação de elementos de determinação para casos muitíssimo similares ao que o juiz precisa resolver, é certo que, ainda assim, há um exercício de verificação de analogia, para justificar se aquela construção anterior merece ser reproduzida no contexto, modificada (*overruling*) ou distinguida (*distinction*).

Com esta concepção diferenciada do conceito operacional de Fontes Jurídicas (entendidas como elementos de determinação, limitadores da operação deliberativa), resta possível supor a necessidade de uma nova abordagem com relação à tarefa de aplicação do Direito aos casos concretos, haja vista a inviabilidade de um exercício apenas lógico dedutivo, como proposto pelo modelo do Positivismo Jurídico. Isto porque, a amplitude do conceito de Fontes Jurídicas, todas incidentes para resolução de um caso concreto (ainda que com grau de eficácia diferenciado), leva à conclusão de que é impossível, sob a ótica do magistrado (encarregado de decidir), uma mera subsunção de uma Regra a um caso concreto. Isto porque, o Ordenamento Jurídico não é mais considerado um conjunto de Regras (uma tipologia normativa com força definitiva) que, quando ambíguas, lacunosas ou contraditórias, sugerem uma atividade discricionária ou o recurso à autointegração ou à heterointegração, como narrado na primeira parte deste artigo científico. Mais do que isto, diante de cada caso concreto, será necessário que o órgão julgador construa a Norma Jurídica, mediante uma articulação argumentativa, em que cada Fonte Jurídica pertinente é invocada como um argumento em determinado sentido.

Outrossim, é muito importante a observação de Manuel Atienza no sentido de que, uma

⁴² ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2 ed. Curitiba: Prismas, 2015. p. 190-194.

das falhas do paradigma do Positivismo Jurídico é, precisamente, a falta de uma teoria da argumentação no interior da Ciência do Direito. Com efeito, o Jusnaturalismo tinha incorporado, ainda que não de forma bem definida, uma estrutura argumentativa baseada na retórica clássica. Com efeito, seu nascimento remonta à fase naturalística da sofística, com Hípias e Antifonte⁴³. Porém, posteriormente, o Juspositivismo, em geral, refutou a necessidade de uma teoria da argumentação, haja vista que foi construído sob a influência da ideia de ciência como investigação para busca da verdade como correspondência, de modo que bastaria uma operação lógica do tipo subsuntivo, aos moldes do silogismo demonstrativo aplicável às demais ciências. Porém, neste novo cenário que se desvela, o intérprete e aplicador não tem como se socorrer apenas de um raciocínio do tipo lógico dedutivo, sendo necessária uma atividade mental complexa, porquanto ele não dispõe de uma Regra Jurídica pronta (não há mais a ficção metafísica de uma razão definitiva de dever ser), mas sim deve articular todas as Fontes Jurídicas pertinentes para construir a Norma Jurídica resolutiva do caso concreto. Daí a importância de uma teoria da argumentação, no interior da Ciência Jurídica, capaz de auxiliar na atividade jurígena.

Outrossim, este novo contexto teórico (decorrente da modificação do conceito operacional de Fonte Jurídica), resulta na invalidade da ideia juspositivista de Regra Jurídica e, também, na inviabilidade da aplicação do Direito mediante apenas um raciocínio por subsunção. Como bem lembra o professor Atienza, “justificar uma decisão, num caso difícil, significa algo mais do que efetuar uma operação dedutiva que consiste em extrair uma conclusão de premissas normativas e fáticas”⁴⁴.

Com efeito, os próprios juspositivistas não desconhecem que a Regra Jurídica efetivamente não existe na realidade, tratando-se apenas uma abstração (com contornos metafísicos, diga-se de passagem), porquanto o órgão julgador, ao procurar embasamento concreto para determinar (ou orientar) suas decisões dispõe, apenas, de um acervo de Fontes Jurídicas. Porém, com todo respeito aos adeptos do paradigma juspositivista, também não merece ser adotada a tese de que o magistrado, diante de um caso concreto, cria uma Norma Jurídica em abstrato (com ares metafísicos), com base em Textos Legais, sob a forma estrutural de uma razão definitiva de dever ser (ou seja, de uma espécie de dever ser definitivo, de viés metafísico, representado pela Regra

⁴³ REALE, Giovanni. ANTISERI, Dario. **História da filosofia**: filosofia pagã antiga. V. 1. São Paulo: Paulus, 2003. p. 81: “Nasce assim a distinção entre um direito ou uma lei da natureza e um direito positivo, posto pelos homens. O primeiro é eternamente válido, o segundo contingente”.

⁴⁴ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 8-9.

Jurídica), que servirá de premissa maior que, então, ingressa no esquema de interpretação (moldura maior) para resolução de uma contenda, só se socorrendo de outras Fontes para auto ou heterointegração⁴⁵.

Isto porque, segundo o ponto de vista exposto neste artigo científico, a ideia juspositivista é uma leitura simplista da realidade, haja vista que, mais descritivamente fiel à realidade é a tese de que o magistrado precisa articular um complexo de diversas Fontes Jurídicas, expostas como argumentos em uma contenda (judicial, neste exemplo), para, então, construir uma Norma Jurídica que serve, no máximo, como uma verdade transitória (passível de superação) aceitável e razoável, para resolução de um problema. Daí, como não existe um código lícito e ilícito pré-definido, sob a forma estrutural de uma Regra Jurídica, exsurge a necessidade de uma teoria da argumentação para bem representar a articulação dos argumentos aplicáveis (Fontes Jurídicas), na construção da Norma Jurídica resolutiva de cada novo problema concreto. Aí, nesta leitura que se pretende mais fiel da complexidade da realidade, o raciocínio do juiz não pode ser reduzido a uma mera subsunção, nem mesmo se dividida em justificação interna e externa (pois tal bifurcação é apenas uma outra simplificação da realidade, com mais detalhes, pois abre espaço também para a justificação das premissas)⁴⁶.

Até se pode admitir que, em um exercício doutrinário de revisão de uma deliberação judicial já proferida, seja possível um esforço acadêmico para simplificar a complexa operação mental do juiz, dialogada com as partes (e, algumas vezes, com participação da Sociedade), para ilustrá-la como se fosse um mero raciocínio lógico dedutivo, sob o ponto de vista externo e posterior. Porém, isto é uma mera explicação acadêmica para algo bem mais complexo, haja vista que, sob a ótica de um magistrado que se coloca diante de um caso a ser resolvido (âmbito do observador interno e anterior), a atividade deliberativa não é uma mera subsunção (até porque, se fosse, não existiriam casos difíceis), mas sim uma articulação complexa de Fontes Jurídicas, sob a forma de argumentos, em que ele precisa articular, conformar, harmonizar, hierarquizar, repelir

⁴⁵ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Não existem regras jurídicas. *Revista do Cejur*, v. 1, n. 02, p. 11-26, 2014. p. 24: “Com efeito, não é possível se conceber um padrão de julgamento tão denso ao ponto de dispensar seu cotejo com as demais condicionantes fáticas e jurídicas (elementos de aproximação e determinação) na operação deliberativa, de modo a invalidar o próprio conceito operacional de regra jurídica, até porque nem sequer os textos normativos (que são os mais sólidos parâmetros já concebidos) têm tal capacidade de absorção no processo mental. Por outro lado, é nítido que não há padrões de julgamento passíveis de operacionalização mediante uma mera subsunção, pois isso é uma indevida redução da complexidade”.

⁴⁶ ALEXY, Robert. On balancing and subsumption: A structural comparison. *Ratio Juris*, Oxford, v. 16, n. 4, p. 433-449, 2003. p. 433-435: “The Subsumption Formula is an attempt to formalize this deductive structure by the means of standart logic. [...] This shows that here, too, two stages or levels of justification of a legal judgement can be distinguished. The first consists of the deduction of the legal judgement from premisses as represented in the Subsumption Formula.. [...] The second stage or level concerns the justification of the premisses used in the internal or first-order justification”.

ou aceitar para, então, estruturar a resposta do caso concreto (ou seja, para ele, não é uma mera subsunção)⁴⁷. E, aliás, para Ciência Jurídica, importa precisamente auxiliar na compreensão deste âmbito de vista interno e anterior, pois só assim emerge a sua função social, de auxiliar na tomada de decisões (o ponto de vista externo e posterior é apenas analítico, mas não operacional).

Portanto, a academia e os profissionais forenses devem todo respeito ao paradigma do Positivismo Jurídico, precisamente em razão de seu importante legado teórico, no sentido de superar deficiências do modelo anterior do Jusnaturalismo. Porém, tal corrente de pensamento merece aperfeiçoamento nas suas duas fases científicas (descrição da realidade e prescrição de soluções), para o fim de, primeiro, admitir que não existem Regras Jurídicas como elementos para auxiliar na resolução de casos concretos, pois, pelo ponto de vista interno e anterior do julgador, ele dispõe apenas de Fontes Jurídicas (empiricamente verificáveis) para determinar (ou orientar) sua deliberação; e, segundo, estabelecer que a operação de aplicação deste material (Fontes Jurídicas, e não quaisquer tipos normativos) implica uma operação muito mais ampla do que apenas um raciocínio do tipo subsuntivo, que precisa ser analisado por uma proposta de teoria argumentativa que bem possa auxiliar no entendimento da complexa operação mental que cria a Norma Jurídica resolutiva da controvérsia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente texto foi argumentar no sentido de que o Ordenamento Jurídico não é um conjunto de Regras e Princípios Jurídicos (ou outras formas normativas de respostas prontas para casos concretos futuros), mas sim, um acervo de Fontes Jurídicas que visam instrumentalizar a construção da Norma Jurídica que resolve o caso concreto específico, mediante uma articulação argumentativa mais ampla do que um mero raciocínio silogístico dedutivo, de acordo com a Teoria Complexa do Direito.

Para tanto, o primeiro item relembra os conceitos clássicos de Fontes e de Normas Jurídicas segundo o modelo teórico do Positivismo Jurídico, ainda prevalecente no contexto brasileiro. Nesta parte, foi apresentada a leitura de que, neste modelo da Ciência Jurídica, as Normas

⁴⁷ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. 2 ed. Tradução de: Maria Cristina Guimarães Cupertino. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 28: “Mas isso significa que o silogismo judicial não permite reconstruir satisfatoriamente o processo de argumentação jurídica, porque as premissas de que se parte – como ocorre nesse caso – podem precisar por sua vez ser justificadas, e porque a argumentação jurídica é entimemática. Um argumento entimemático pode sempre ser proposto de forma dedutiva, mas isso supõe acrescentar premissas às explicitamente formuladas, o que significa reconstruir, não reproduzir, um processo argumentativo”.

Jurídicas seriam concebidas com a estrutura lógica de Regras, as quais são esquemas de interpretação que servem de premissas maiores para que o órgão decisor (geralmente a figura do magistrado) resolva os casos concretos, mediante um raciocínio lógico dedutivo. Outrossim, sob o ponto de vista do julgador (interno e anterior à operação decisória), a operação mental implicaria criar uma Norma Jurídica em abstrato (com ares metafísicos), com base em Textos Legais, sob a forma estrutural de uma razão definitiva de dever ser (ou seja, de uma espécie de dever ser definitivo, representado pela Regra Jurídica), que servirá de premissa maior que, então, ingressa no esquema de interpretação (moldura maior) para resolução de uma contenda, só se socorrendo de outras Fontes para auto ou heterointegração.

Na continuidade, foram apresentadas as críticas de perfil pós-positivista a este entendimento juspositivista, com base em expoentes do substancialismo (Dworkin), procedimentalismo (Alexy) e pragmatismo (Posner). De acordo com tais autores, a ideia de Regra Jurídica aplicável por subsunção, como único parâmetro de aplicação do Direito aos casos concretos, é insuficiente e inadequada para compreensão do fenômeno de decisão judicial, mormente nos casos considerados difíceis. Daí que tais autores apresentam a necessidade de se complementar tal entendimento, no sentido de que, em linhas gerais (e que não esgotam suas teorias, como verificável no corpo do artigo), seria necessária a complementação do Direito mediante a inclusão de um segundo plano normativo, composto por Princípios Jurídicos, como uma segunda modalidade normativa cuja aplicação não se resolve por simples subsunção, englobando também um procedimento de ponderação adicional, mais complexo que o mero silogismo lógico dedutivo.

O terceiro item, por sua vez, enfoca na análise das propostas juspositivistas e pós-positivistas antes deduzidas para, respeitando opiniões contrárias, desenvolver o objetivo central deste artigo científico, no sentido de que é necessária uma diferente visualização do sistema jurídico e da atividade deliberativa desenvolvida com base nele, sob a ótica do julgador (interna e anterior ao caso), porquanto esta é a que efetiva interessa no desenvolvimento da Ciência Jurídica. Neste prisma de análise, foi explicitada a tese de que, antes do caso concretos, existem apenas repositórios de Fontes Jurídicas, geralmente sob a forma de textos escritos que reproduzem orientações limitadoras para posterior construção da Norma Jurídica, resolutive das controvérsias e problemas submetidos à jurisdição, mediante um raciocínio complexo que não corresponde somente a uma lógica dedutiva, ainda que, posteriormente, possa ser objeto de uma

análise doutrinária que a reduza a uma operação simplista do tipo silogístico. Como consequências, a ideia de superação da lógica dedutiva perpassa pela adoção da lógica argumentativa, ainda que implique uma forma difusa (*fuzzy*) de gradação entre lícito e ilícito, sem incorrer em relativismo.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AARNIO, Aulis. **Lo racional como razoable**: un tratado sobre la justificación jurídica. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Constitucionalismo discursivo**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. On balancing and subsumption: A structural comparison. **Ratio Juris**, Oxford, v. 16, n. 4, p. 433-449, 2003.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 4 ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. **Positivismo jurídico**: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In STRECK, Lenio Luiz. FERRAJOLI, Luigi. TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Do Advogado, 2012.

_____. **Democracia y garantismo**. 2 ed. Madri: Trotta, 2010.

_____. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4 ed. São Paulo: RT, 2014.

_____. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In STRECK, Lenio Luiz. FERRAJOLI,

Luigi. TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Do Advogado, 2012.

_____. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia. V 1. Madrid: Trotta, 2011.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

_____. **Teoria pura do direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2009.

PECES-BARBA, Gregorio. FERNÁNDEZ, Eusebio. ASÍS, Rafael de. **Curso de teoría del derecho**. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

REALE, Giovanni. ANTISERI, Dario. **História da filosofia**: filosofia pagã antiga. V. 1. São Paulo: Paulus, 2003.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Apuntes de teoría del derecho**. 5 ed. Madrid: Trotta, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista em tempos de pós-positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri. DUARTE, Écio Oto. **Teoria do direito neoconstitucional**: superação ou reconstrução do positivismo jurídico. São Paulo: Método, 2008.

_____. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

_____. Não existem regras jurídicas. **Revista do Cejur**, v. 1, n. 02, p. 11-26, 2014.

_____. **Teoria complexa do direito**. 2 ed. Curitiba: Prismas, 2015.

O ATIVISMO JUDICIAL E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: GOVERNO DE HOMENS OU GOVERNO DE LEIS?

Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto¹

INTRODUÇÃO

Uma das questões mais inquietantes dos últimos anos tem sido, sem dúvida alguma, aquela que diz respeito ao chamado ativismo judicial.

Diariamente tomamos conhecimento de uma série de decisões judiciais que, por vezes, avançam, não só naquilo que é considerado espaço unicamente legislativo, mas também enfrentando questões que já possuem regramento próprio. Há, nesses casos, uma desconsideração da norma posta e sua substituição por uma compreensão da norma constitucional adequada ao “sentimento” do julgador.

Para isso, há uma larga utilização de princípios constitucionais (ou que se dizem como tal), dando ensejo a interpretações aplicáveis a casos que entendem únicos e isolados. Cresce o particularismo em detrimento da generalidade da aplicação normativa, elemento este que sempre foi a sua característica principal e a mais aproveitada pelo Estado de Direito. Afinal, a consolidação da modernidade passou pelo abandono da vontade de um só, marca do absolutismo, para chegar a concepção da vontade geral com a compreensão de que todos são iguais perante a lei. Vale dizer: a mesma lei para todos.

E para demonstrar essa hipótese, ao final, farei referência a uma situação concreta: o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/92), em seu artigo 122, é taxativo ao apontar em quais hipóteses poderá ser aplicada ao adolescente que pratica ato infracional a mais grave das medidas, qual seja, a internação em estabelecimento educacional: no caso de ato cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; por reiteração no cometimento de outras infrações graves ou, por último, por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente

¹ Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor de Processo Civil do Curso de Graduação em Direito da UFSC; Professor do Curso de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade do Vale do Itajaí-SC e Juiz de Direito Substituto de 2º Grau do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina lotado na 2ª Câmara de Direito Público. Email: franciscojneto@uol.com.br.

imposta.

No caso de tráfico de drogas, hipótese tratada à exaustão pela jurisprudência dada a sua grande ocorrência no nosso quadro social atual – e reconhecido elemento impulsionador da criminalidade –, determinados julgados, em lugar de optarem pela aplicação da internação apenas aos casos previstos em lei, tem optado por aplicá-la também em casos de tráfico de drogas sem violência real, sempre calcados em argumentos dotados de grande subjetividade.

E é justamente isso que se pretende discutir aqui: em que medida esta prática revela um retorno a um modelo de Estado pré-moderno, em que impera um governo dos homens em detrimento de um governo de leis, uma das mais excepcionais conquistas da modernidade? Isso não viola o princípio da legalidade e da igualdade perante a lei?

Para enfrentar tais questionamentos, penso ser importante destacar, em primeiro lugar, a concepção de Direito que temos na atualidade. Se no passado o Direito Natural foi a principal forma de compreender e de explicar o Direito, em sua substituição surgiu o Direito Positivo e a busca de certeza que dele advém, discutindo-se atualmente se ele ainda serve para representar os modelos atuais, marcados pela positivação não mais em textos legislativos, mas sim em textos constitucionais. Depois disso, é preciso rever e discutir a influência do sistema político e a mudança do Estado de Direito para o chamado “Estado Constitucional de Direito”, elemento que, sem dúvida alguma, igualmente potencializou o modelo de decisão calcado em princípios constitucionais.

A partir daí, possível examinar como os juízes tem se comportado diante deste quadro e, ainda, se a postura adotada com a larga utilização de princípios, repita-se, muitas vezes *contra legem* (e isso sem qualquer exame aprofundado de adequação constitucional) encontra respaldo no elemento fundamental que deve permear toda e qualquer relação entre o sujeito e o Estado: a democracia.

1. 1ª CONCEPÇÃO DE DIREITO: O JUSNATURALISMO (fundamentos e modalidades)

O jusnaturalismo, que se apresenta em essência como uma resposta filosófica, evidentemente não surgiu antes da chamada “percepção filosófica”, o que nos permite afirmar ser ele, (o direito natural) tão antigo quanto o pensamento ocidental. Sua presença já era sentida na Grécia do final do Século VII a.c. entre os filósofos chamados de pré-socráticos. Em Heráclito,

encontra-se a proposição de que existe uma lei que rege o mundo e o coloca em ordem, e não desordem e, no século V a.c. – período chamado de “humanista” – é Sócrates (470-399 a.c.) quem afirma que, acima dos homens, existe um mundo de valores objetivos, entre eles a justiça². Anos mais tarde, apresenta-se o período clássico, com Platão (427-347 a.c.) e Aristóteles (384-322 a.c.), e o refinamento dessas ideias, com o pensamento de que existe uma ordem natural que independe do mundo real, dos fatos e das ações humanas.

Contemporâneo a estes últimos, aparece também Sófocles (495-406 a.c.) e sua peça “Antígona”. Nela se dá a conhecida passagem em que a protagonista, em um diálogo com o soberano (Creonte) – após confessar que havia desobedecido a uma das suas ordens – faz uma crítica ao direito estatal com a invocação do direito natural. A respeito da lei considerada injusta, diz ela:

Não foi, com certeza, Zeus que as proclamou, nem a Justiça com trono entre os deuses dos mortos que as estabeleceu para os homens. Nem eu suponha que tuas ordens tivessem o poder de superar as leis não-escritas, perenes, dos deuses, visto que és mortal. Pois elas não são de ontem, nem de hoje, mas são sempre vivas, nem se sabe quando surgiram.

Como se vê, em todos eles a compreensão de que, além da existência de um conjunto de direitos em uma ordem natural (que se apresenta imutável ao homem), a aceitação de que este direito natural deva ser a base para a validade do direito posto pelo soberano.

Tais ideias evidentemente influenciaram o período subsequente, o que pode ser percebido já com os escritos de Cícero (106-43 a.c.), em Roma, especialmente com duas afirmações feitas por ele: 1) o Direito tem sua base e fundamento na natureza, nascendo dela; 2) esse fato faz com que essa lei natural tenha precedência – em todos os aspectos – sobre as normas humanas³. Com o cristianismo, momento importante pela nova concepção de mundo que oferece, surge uma nova forma de justificação do direito natural, e é a partir daí que ele se forma de modo a possibilitar a grande influência que vem a exercer no ocidente.

Firma-se a compreensão de que *non videtur lex quae iusta non fuerit* (não há lei que não seja justa), o que agrega ao jusnaturalismo uma de suas marcas fundamentais: a possibilidade de descumprimento da lei positiva em caso de contrariedade da lei natural. Quando a lei for injusta, não será lei (*lex injusta non est Lex*).

² FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio. *Derecho Natural: Introducción filosófica al derecho*. Madrid: Universidade Complutense, Facultad de Derecho, 1977, p. 218.

³ FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio. *Derecho Natural: Introducción filosófica al derecho*. Madrid: Universidade Complutense, Facultad de Derecho, 1977, p. 218.

No início da Idade Moderna, surge outra versão de jusnaturalismo, esta também preocupada em promover a defesa dos direitos individuais e a limitação do poder dos governantes. É o chamado “jusnaturalismo racionalista”, que tem sua base calcada na completa emancipação do direito natural da teologia ao concebê-lo como um objeto passível de conhecimento, da mesma forma que os números ou figuras geométricas, de modo que, assim como podem ser operados estes últimos, ainda que nada materialmente haja para contar ou para descrever suas formas, “así también es posible conocer un orden normativo (moral y jurídico) independiente de toda experiência o revelación”.⁴

Essa concepção foi acompanhada por diversos autores daquele período (Samuel Puffendorf, Cristiano Tomasio e Cristiano Wolf), o que fez com que tais ideias chegassem aos séculos XVII e XVIII com vigor suficiente para embalar as revoluções que viriam a ocorrer e, novamente, mudar os rumos da história ocidental, assim como ocorrera com o cristianismo.

Nesses movimentos, encontra-se a noção de pacto social apresentada por Thomas Hobbes (1588-1679) com a afirmação de que, em seu estado de natureza, o homem é egoísta, o que causa uma guerra permanente, e de que o homem é o lobo do próprio homem (*homo hominis lupus*). Por isso, faz-se necessária a existência do Estado como forma de sair dessa situação, para o que não dispensa o direito natural, apesar de reconhecer sua insuficiência.

Na mesma linha seguiram John Locke (1632-1704) e Jean Jacques Rousseau (1712-1778). Em todos eles encontra-se o entendimento que contribuiu para a construção de uma compreensão de que o Estado e suas instituições são resultado da vontade dos homens. Assim, o Estado e o Direito não existem por obra de Deus ou dos costumes, mas sim como produto de seres racionais que atuam guiados por seus interesses⁵.

Passado esse período, no século XIX o jusnaturalismo experimenta um período de baixa, o que se dá especialmente pelo surgimento de correntes filosóficas que repelem a metafísica e dão maior atenção aos atos e fatos humanos e, ainda, a uma explicação histórica da realidade. Some-se a isso o surgimento das correntes positivistas – que fazem nascer o positivismo jurídico – e, ainda, a crítica ao direito natural e a defesa de que só é direito o direito positivo.

Esse momento foi apenas mais um dentre tantos outros. Daí falar-se sempre em “eterno

⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis. **Apuntes de teoría del derecho**. 2. ed. Madrid, Espanha: Trotta, 2005, p. 308.

⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis. **Apuntes de teoría del derecho**. 2ª ed. Madrid, Espanha: Trotta, 2005, p. 309.

retorno do direito natural” ou simplesmente de sua revitalização, pelo menos em duas dimensões muito claras: 1) a dimensão moral, em que serve como espaço de crítica ao Direito, externada essa crítica sobre o direito positivo. É o chamado “jusnaturalismo deontológico” em contraposição ao “jusnaturalismo tradicional”, baseado em certo objetivismo moral que intenta ser contraponto aos diversos e ocasionalmente injustos direitos positivos; e 2) a dimensão jurídica, que propõe a recuperação de uma ideia conhecida e que acompanha o direito natural em toda a sua história: a necessária conexão entre direito e moral. É a compreensão de o Direito “que é” não poder se desconectar por completo do direito que “deve ser”, de modo que a justiça não será apenas um juízo crítico externo que se faz sobre determinada ordem jurídica, mas sim um ingrediente imprescindível dele mesmo⁶.

Em síntese: o Direito é algo mais que uma simples manifestação de vontade política, constituindo-se em um conjunto de limites supralegais, fora do controle dos legisladores e dos governantes.

De tudo o que foi colocado, percebe-se que, apesar de algumas variações, o jusnaturalismo não se afasta da ideia de que o Direito possui uma ordem de valores conhecíveis através da razão. Além disso, permanece ele ainda ligado a uma compreensão de que é um espaço privilegiado de crítica ao direito posto pelo Estado, tal qual presente em Sófocles e sua peça “Antígona” (495-406, a.c.). Assim pensado, o direito injusto jamais será direito.

Em síntese, em relação a ele (o direito natural), pode-se dizer: 1) Todo sistema ostenta uma pretensão de justiça e correção, posto que resultaria contraditório uma ordem normativa que se apresentasse como injusta; 2) A existência de um sistema não necessita só do reconhecimento e cumprimento externos, mas também do reconhecimento interno (juízes e funcionários); 3) Ainda que nada garanta que as normas jurídicas sempre coincidam com os ideais de justiça, tomada a perspectiva de quem participa do sistema, sempre será possível afirmar que uma norma radicalmente injusta não é uma norma jurídica (seriam patologias do sistema); e, por fim, 4) O cabal conhecimento do Direito – seja científico, seja operativo – exige que o intérprete adote o chamado “ponto de vista interno”, que deverá ser comprometido com os valores éticos essenciais pertencentes ao sistema, necessários para a realização dos juízos de validez.

⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis. **Apuntes de teoría del derecho**. 2. ed. Madrid, Espanha: Trotta, 2005, p. 312.

3. 2ª CONCEPÇÃO DE DIREITO: O POSITIVISMO JURÍDICO (BASES TEÓRICAS E PRINCIPAIS TESES)

Quanto ao direito positivo, é em meados do Século XIX que surge essa nova concepção de Direito que, além de pretender afastar todo e qualquer aporte metafísico de sua essência, se coloca como manifestação da soberania estatal em face do exercício do monopólio de sua produção. Por trás de tudo, a ideia do contrato social defendida por autores como John Locke (1632-1704) e Jean Jacques Rousseau (1712-1778), que sustentam ser o Estado e suas instituições o resultado da vontade dos homens, de forma que Estado e Direito não existem por obra de Deus ou dos costumes, mas sim como produto de seres racionais que atuam guiados por seus interesses.

Seu desenvolvimento e processo de hegemonia abrangeram três momentos bem definidos e localizados: a “Escola Histórica do Direito” na Alemanha, que afirmou ser o direito um fenômeno histórico e produto do “espírito do povo”; a “Escola da Exegese”, surgida na França e que apregoou a identificação do direito com a lei (melhor seria falar em redução) e, por fim, a “Jurisprudência Analítica” na Inglaterra, que afirmou ser o Direito determinações emanadas pelos soberanos em relação aos súditos, sempre respaldadas pela coação⁷.

Passado esse momento inicial, no início do Século XX surgiu Hans Kelsen e a “Teoria Pura do Direito”, o que deu significativa contribuição à compreensão do Juspositivismo. Sustenta ele que o sistema jurídico é do tipo dinâmico, onde as normas tem sua validade determinada pelas sucessivas delegações de poder, livrando-as da contaminação dos fatos ao afirmar que de algo que é não poderá decorrer algo que deve ser e, de algo que deve ser, não poderá decorrer algo que é⁸.

⁷ Em relação ao primeiro (Escola Histórica do Direito), apresentou-se ele como uma concepção de direito surgida nos séculos XVIII e XIX, auge do romantismo; fornece os principais elementos de crítica ao direito natural, o que se dá a partir da primeira obra que pode efetivamente ser considerada como expressão dessa corrente. Escrita por Gustavo Hugo, em 1798, com o título de “Tratado do direito natural como filosofia do direito positivo”. O segundo deles, a Escola da Exegese, usa da codificação, que é por onde se dá a troca do jusnaturalismo racionalista para o positivismo jurídico em sua compreensão mais radical, vez que “identifica o direito com a lei e confia aos tribunais a missão de estabelecer os fatos dos quais decorrerão as consequências jurídicas, em conformidade com o sistema de direito em vigor” (PERELMAN, 1999, p. 32). Por último, o terceiro dos movimentos, a chamada “Jurisprudência Analítica”, que foi criada por John Austin (1790-1859), aluno de Jeremy Bentham (1748-1832), autor britânico que influenciou vários países com sua codificação do direito, mas não conseguiu a adoção de suas ideias em seu país de origem, a Inglaterra. Iluminista e utilitarista, defendeu a codificação do direito britânico e sua sistematização, com o objetivo de clarificação e limitação dos poderes dos juízes. Para ele, só o direito positivo poderia ser direito; daí negar a existência do direito natural e, por consequência lógica, a existência de direitos anteriores ao Estado.

⁸ Segundo KELSEN, os ordenamentos normativos poderiam ser divididos em dois tipos: 1) os estáticos, em que as normas estão relacionadas umas às outras como as proposições de um sistema dedutivo, eis que derivam umas das outras, partindo de uma ou mais normas originárias de caráter geral – e 2) os dinâmicos, em que “as normas que os compõem derivam umas das outras através de sucessivas delegações de poder, isto é, não através da autoridade que os colocou” (BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de SANTOS, Maria Celeste Leite dos. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 71-72). Para ele o ordenamento jurídico é do tipo deste último já que “o enquadramento das normas é julgado com base num critério meramente formal, isto é, independentemente de seu conteúdo” (BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de SANTOS, Maria Celeste Leite dos. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 73).

Daí que a validade de uma norma não pode decorrer simplesmente do fato de ter emanado de um agente. Há necessidade de que este agente tenha competência conferida por uma norma para que sua validade esteja presente, a qual vincula o agente e o indivíduo que está obrigado a cumpri-la.

Outro ponto fundamental da Teoria Pura do Direito de Kelsen, e que interessa aqui, é a concepção do sistema em sua forma de pirâmide e a noção de hierarquia das fontes do Direito, o que contribuiu decisivamente para que, sob o ponto de vista científico, o raciocínio jurídico fosse organizado.

Depois dele, outro autor de grande importância foi Herbert Hart, que ofereceu forte contribuição à construção de um conceito de Direito, o que foi decisivo para consolidar o Positivismo Jurídico ao promover sua desvinculação da coatividade, até então tida como inerente a ele.

A seu ver, as normas – além de não possuírem a coatividade como elemento identificador – dividem-se em dois tipos: normas primárias, que são as que prescrevem determinados comportamentos e normas secundárias, que poderão ser de reconhecimento, de mudança e de adjudicação.

Para ele, comparados os diversos tipos de leis encontrados em qualquer sistema jurídico moderno, percebe-se a insuficiência da compreensão do Direito como ordens coercitivas. Após afirmar que “nem todas as leis ordenam que se façam ou se deixem de fazer determinadas coisas”, aponta:

Há ramos importantes do Direito aos quais essa analogia com as ordens apoiadas em ameaças deixa de se aplicar, já que desempenham uma função social totalmente diferente. As normas jurídicas que definem as formas de se fazer ou celebrar contratos, testamentos ou matrimônios válidos não exigem que as pessoas ajam desta ou daquela maneira independentemente de sua vontade. Essas leis não impõem deveres ou obrigações⁹.

Além disso, o modelo de Direito desenhado – no caso, pelo Positivismo clássico de Austin –, que sustenta a ameaça como seu traço distintivo, merece de Hart objeções em três pontos fundamentais, que dizem respeito: 1) ao conteúdo da lei, já que – como acima demonstrado – algumas normas possuem conteúdos que não se mostram semelhantes ao modelo das normas com ameaças de sanção pelo descumprimento; 2) ao âmbito de aplicação, já que, se o Direito é determinado pela existência da ameaça, resta sem explicação o caráter auto-obrigatório da lei que

⁹ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por BULLOCH, Penelope A. e RAZ, Joseph. H. L. A. Hart. Tradução de SETTE-CÂMARA, Antonio de Oliveira. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 37.

incide inclusive em relação àqueles que detêm o poder de sancionador; e, por fim, 3) à sua origem, já que existem os costumes (o Direito consuetudinário), aos quais se reconhece juridicidade.

O terceiro e último autor de grande importância foi Norberto Bobbio, que identificou as três formas pelas quais o Positivismo Jurídico se apresentou desde o seu surgimento. Para ele há um Positivismo como abordagem ou modo de se aproximar do direito, um Positivismo como teoria, onde o fenômeno jurídico se identifica com a formação de um poder soberano como capacidade para exercer a coação (O Estado) e, por fim, um Positivismo como ideologia, que é de onde resulta o fetichismo em relação à lei, que é onde se identificam seus adoradores, qualquer que seja ela¹⁰.

São três formas independentes entre si (ser positivista em um dos sentidos não importa em sê-lo no outro) e a de maior aceitação é a primeira, que fala do Positivismo Jurídico como enfoque ou modo de aproximação do Direito, até porque é onde as divergências com o Direito Natural ficam mais evidentes e, ainda, onde suas teses centrais podem ser apresentadas em apenas duas: a tese das fontes sociais do direito e a tese da separação entre direito e moral.

4. O CONSTITUCIONALISMO DO PÓS-GUERRA E A DISCUSSÃO DAS BASES DO POSITIVISMO JURÍDICO

Uma das questões que é consenso na doutrina, e um fato histórico perceptível, é a emergência de um novo modelo de Constituição após o fim da 2ª Guerra Mundial, que reforça sua posição de elemento central quando se fala em organização e sistematização do poder, ressaltando a grande estrutura que lhe dá suporte, a saber, o Estado de Direito. Tal reforço foi fundamental, dado que a maneira pela qual ele vinha sendo compreendido não foi suficiente para impedir os regimes totalitários, de esquerda e de direita, que acabaram por fazer eclodir um dos maiores momentos de barbárie que a humanidade assistiu no século XX.

A concepção de que Estado de Direito é governo *sub lege*, ou submetido a leis, e governo

¹⁰ Norberto Bobbio é considerado um dos pioneiros no enfrentamento do positivismo jurídico intencionando a identificação de seus fundamentos. Fez isso em um trabalho publicado em 1961 sob a forma de artigo depois incorporado (em 1965) ao livro “El problema del positivismo jurídico” (BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Tradução de VALDES, Ernesto Garzón. 2. ed. México: Fontamara, 1992). Nele, Bobbio afirma que o “positivismo jurídico”, apesar de ter sido apresentado historicamente como uma única doutrina, tem-se expressado ao largo de sua história sob três formas básicas, sem que entre elas haja uma necessária conexão conceitual, de modo que ser positivista em uma dessas concepções não implica necessariamente sê-lo em outra.

per lege, ou exercido mediante leis gerais e abstratas não foi suficiente. Os movimentos antes mencionados (tanto de esquerda como de direito) acabaram por evidenciar sua fraqueza teórica, deixando claro que tanto a versão oferecida pelo Estado Liberal, como a versão oferecida pelo Estado Social, traziam consigo a fungibilidade ideológica inerente ao Estado de Direito, apontada como decorrente de sua adesão ao Positivismo Jurídico com a redução do Direito à lei. Em uma frase: o Estado de Direito era em uma fórmula vazia, aplicável a todo e qualquer Estado¹¹. Assiste-se então ao esgotamento do Estado de Direito, o que dá espaço para o surgimento de uma nova concepção onde, além da vinculação formal, o Estado de Direito poderia oferecer uma vinculação substancial ao exercício do poder.

Ou seja, a mesma insuficiência sentida com o Positivismo Jurídico chega ao Estado de Direito, independentemente de sua conformação (se liberal ou social), o que dá impulso à modificações que almejam a colocação da Constituição no centro e no topo da estrutura do Estado, a exemplo do que ocorreu na filosofia e na teoria do Direito.

Pois bem. E é com ideia de que é necessária uma vinculação formal e material das normas com a Constituição, que constrói-se a ideia de que é possível compreender-se duas formas de “Estado de Direito”: uma em sentido fraco (apenas formal) e outra em sentido forte (também substancial). Na primeira ele será apenas e tão somente um poder conferido pela lei e exercido na forma e procedimento previstos, ao passo que na segunda (sentido forte ou substancial), ele será entendido no sentido de que qualquer poder deve ser limitado pela lei, não só quanto a sua forma, mas também em relação a seu conteúdo¹².

A partir dessa separação se torna possível buscar a transformação necessária para a superação da anterior ideia de Estado de Direito e, com isso, encontrar uma fórmula política adequada para dar conta do momento, já que essa divisão (a par das alterações na Teoria do Estado e na Teoria do Direito) importa na definição de dois modelos normativos distintos: de um

¹¹ Elias Díaz acrescenta: “a pesar de todas sus protestas demagógicas y ‘revolucionárias’, la verdad es que el facismo continúa siendo capitalismo. Su crítica al individualismo y al abstencionismo liberal no alcanza y no pretende alcanzar el centro de esos mecanismos, que no es outro que ese capitalismo y esa burguesía. Al contrario, lo que hace es eliminar el obstáculo que para éste había llegado a representar el liberalismo a causa de la posible evolución y apertura de los sistemas liberales hacia la democracia y el socialismo. Evolución y apertura, en gran parte, impuesta por las exigencias de la nueva clase, el proletariado” (DÍAS, Elias. **Estado de derecho y sociedad democrática**. 3. ed. Madrid: Taurus, 1998, p. 57).

¹² Nas palavras de FERRAJOLI, no caso do primeiro (formal), designa ele “cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos” (FERRAJOLI, 2005, p. 13), ao passo que, no caso do segundo (substancial), significa “sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley (y, por tanto), limitados o vinculados por ella, no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos” (FERRAJOLI, Luigi; MORESO Juan José; ATIENZA, Manuel. **La teoría del derecho en el paradigma constitucional**. Madrid: Fundación Colóquio Jurídico Europeo, 2008, p. 13).

lado, o modelo paleopositivista do Estado Legislativo de Direito (Estado legal) formado fundamentalmente por regras e, de outro, o modelo neojuspositivista do Estado Constitucional de Direito (ou Estado Constitucional), marcado pela existência de princípios e regras, com constituições rígidas e mecanismos de controle de constitucionalidade¹³.

Subjacente a tudo isso, há uma outra transformação que decorre diretamente do constitucionalismo rígido: a subordinação da lei às normas constitucionais equivale a introduzir uma dimensão substancial não só em relação às condições de validade da norma, mas também em relação à natureza da democracia, já que esta passa a garantir também os direitos da minoria em relação aos poderes da maioria, que agora ficam limitados.

Desse movimento, surge o que tem sido chamado de “novo constitucionalismo” (ou neoconstitucionalismo), teoria que tem como objetivo principal proporcionar cobertura teórica, conceitual e normativa a esse processo de crescente importância do texto constitucional e das normas nele inseridas. É bem verdade que a palavra “neoconstitucionalismo” tem sido empregada em variados sentidos e aplicada de modo um tanto confuso, apesar do claro objetivo de indicar distintos aspectos de uma possível nova cultura jurídica. Porém, inegável que tal constitucionalismo se apresenta voltado à superação da debilidade estrutural do âmbito jurídico presente no Estado Legislativo de Direito.

Para tanto, afirmará o caráter jurídico e vinculante dos textos constitucionais, a rigidez das Constituições e a qualificação de determinados referentes jurídicos, tais como os direitos fundamentais, signos desse processo que – ao seu final – se apresentará como um autêntico “câmbio genético” do antigo Estado de Direito, transformando-se definitivamente em Estado Constitucional de Direito¹⁴.

Nesse modelo, encontra-se uma constitucionalização da ordem jurídica, processo que se dá através de uma profunda transformação do ordenamento jurídico, ao término do qual, estará o ordenamento totalmente impregnado pelas normas constitucionais, fator determinado pela existência de uma Constituição “extremamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudência y el estilo doctrinal, la acción de

¹³ FERRAJOLI, Luigi; MORESO Juan José; ATIENZA, Manuel. **La teoría del derecho en el paradigma constitucional**. Madrid: Fundación Colóquio Jurídico Europeo, 2008, p. 123.

¹⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia**. 4. ed. Trad. de GASCÓN, Marina. Madrid: Trotta, 2002, p. 33.

los actores políticos, así como las relaciones sociales”¹⁵.

Daí um aspecto interessante que merece relevo: em tempos de constitucionalismo forte e com normas que muitos apontam como verdadeiros valores morais, surge uma enorme dificuldade em compatibilizar este quadro com uma concepção de Direito proposta pelo Juspositivismo onde, uma de suas principais teses, é a separação entre direito e moral¹⁶.

A respeito disso, é preciso dizer que não se desconhece a existência de formulações que procuram fugir desta polarização, gerada pela apontada incorporação e inclusão de valores morais nos textos constitucionais como ocorreu a partir da segunda metade do século passado. Uma dessas foi apresentada por Herbert Hart e a sustentação de que existe um positivismo brando ou includente, com um conteúdo mínimo de direito natural em cada sistema normativo. Evidente a contribuição de tais teses, mas não há como desconhecer que o protagonismo social, político e principalmente o jurídico, provocaram abalos na forma de compreender o Direito, o que pode ser facilmente verificado nos conflitos de princípios constitucionais, vale dizer, em conflitos de tais valores inseridos nas Constituições.

Afinal, a consolidação do Positivismo Jurídico não o deixou livre das transformações políticas e sociais que afetaram o mundo moderno e contemporâneo. Assim foi quando da transformação do Estado Liberal em Estado Social e, mais recentemente, na passagem do Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direito. Nesse momento, aliás, é que se dá o questionamento principal: o Positivismo Jurídico está superado?

No que se refere a teoria do direito, há respostas contundentes em sentido positivo, e isto por um motivo principal: as teses que sustentam o positivismo jurídico já não cabem mais dentro do constitucionalismo, havendo a necessidade de sua reformulação, especialmente para que se dê conta das normas de conteúdo moral que foram inseridas nas Constituições do século XX.

Assim pensam Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero. Em um texto intitulado “*Dejemos atrás*

¹⁵ GUASTINI Ricardo. **La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano**. In: Neoconstitucionalismo(s). CARBONELL Miguel (edición). 2. ed. Madrid: Ed. Trotta, 2005, p. 49.

¹⁶ Em relação a esse tópico, não se pode negar que, mesmo com a adoção de um “positivismo brando ou includente” (Hart e seus “conteúdos mínimos de direito natural”), as bases juspositivistas sofreram forte abalo com a apresentação das teses de Ronald Dworkin, professor britânico que polarizou com Herbert Hart um dos debates mais intensos e produtivos do direito nos últimos anos. Entre seus trabalhos, o livro de maior influência – que interessa diretamente aqui – é “Levando os direitos a sério”. Nele o autor expõe o que chamou de “uma teoria liberal do direito”. É um trabalho marcado pela crítica à teoria por ele chamada de “teoria dominante do direito”, parte dela dominada pelo positivismo jurídico, em que Dworkin reconhece a teoria defendida por H. L. A. Hart como a mais influente de todas as teorias (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de BOEIRA, Nelson. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. XI).

el positivismo jurídico”, esses autores não contestam a veracidade das duas teses principais do positivismo (fonte social do direito e separação do direito com a moral), mas afirmam sua debilidade, o que ocorre em dois planos: 1) são irrelevantes; e, 2) constituem um obstáculo “que impide el desarrollo de una teoría y una dogmática del Derecho adecuadas a las condiciones del Estado Constitucional”¹⁷.

Quanto ao primeiro plano, o da irrelevância, recordam eles que muitos autores Jusnaturalistas estão de acordo com a tese das fontes sociais do Direito, compreendida como realidade histórica mutável, dos quais Radbruch, Fuller e Finnis são exemplos, o que faz desaparecer a diferença entre os dois grupos e torna semelhantes seus enfoques. O mesmo ocorre com a tese da separação entre direito e moral, especialmente se for considerado o ponto de vista dos positivistas com a concepção de Juspositivismo brando ou inclusivo em que se sustenta a existência de um mínimo de Direito Natural nos ordenamentos positivados¹⁸.

Quanto ao segundo plano – o do obstáculo, ressaltam Atienza e Manero que o problema do Juspositivismo não está tão somente nas teses que o definem, mas também em certas concepções que o acompanharam e que dizem respeito “a la concepción descriptivista de la teoría del Derecho y a la concepción de las normas jurídicas como directivas de conducta que resultan de otros tantos actos de prescribir”¹⁹, as quais foram defendidas por autores como Kelsen, Ross ou Hart.

Nesses dois pontos existe um elemento comum: a compreensão de que a teoria do direito é orientada a uma descrição livre de avaliações do seu objeto. Isso gerou uma incomunicabilidade com o discurso prático em geral e um afastamento daqueles que não eram os cultores dessa teoria do direito, de modo que, se nada podia ser dito ou recomendado em relação ao seu bom desenvolvimento e funcionamento, seria natural um desinteresse daqueles teóricos que não eram seus cultivadores.

Nas palavras de Manoel Atienza e Juan Ruis Manero:

¹⁷ ATIENZA, Manoel; MANERO Juan Ruis. Dejemos el positivismo para atrás. In *ISONOMIA: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 27 (octubre 2007). México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, [s.a.]. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com/portal/doxa/isonomia>. Acesso em: 01.02.2010, p. 21.

¹⁸ ATIENZA, Manoel; MANERO Juan Ruis. Dejemos el positivismo para atrás. In *ISONOMIA: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 27 (octubre 2007). México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, [s.a.]. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com/portal/doxa/isonomia>. Acesso em: 01.02.2010, p. 21.

¹⁹ ATIENZA, Manoel; MANERO Juan Ruis. Dejemos el positivismo para atrás. In *ISONOMIA: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 27 (octubre 2007). México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, [s.a.]. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com/portal/doxa/isonomia>. Acesso em: 01.02.2010.

no podía interesar a los filósofos de la moral o la política y en cuanto a los dogmáticos, un aparato conceptual que se ve a sí mismo como orientado exclusivamente a la descripción del sistema jurídico ha de verse, necesariamente, como de interés limitado por quien trata, fundamentalmente, de suministrar criterios para la mejor aplicación y desarrollo de ese mismo sistema jurídico²⁰.

E concluem: o Juspositivismo, ao ver as normas como diretivas de conduta, meramente descritivas, e ao dar ênfase a seu elemento de autoridade em detrimento do seu aspecto valorativo, ficou inabilitado para dar conta dos problemas atuais. Sua visão do Direito é como o de um sistema, e não como prática social complexa, característica principal dos ordenamentos atuais em que a Constituição ocupa todos os espaços de regulação normativa²¹.

Ora, como se vê, de uma concepção de direito que se sustentava inteiramente na ordem metafísica, chega-se a outra calcada em elementos firmados na realidade, em bases postas pela ação humana exclusiva e totalmente conhecível através de ordenamentos jurídicos organizados.

Denunciado seu esgotamento e estabelecido o debate sobre sua superação, pode-se identificar que a inclusão da moral entre os seus elementos – necessários ou não – acabou por gerar um abalo no Positivismo clássico determinando então uma forma de compreender o Direito (um novo paradigma): o paradigma constitucional.

5. CONSTITUCIONALISMO DE PRINCÍPIOS X CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA:

Em que pese as bases firmes em que tais posicionamentos estão assentados, importante destacar que significativas opiniões se apresentam em sentido contrário, apontando que, em lugar de um novo paradigma de direito, ou de uma nova forma de compreendê-lo, estamos sim diante de um reforço do positivismo jurídico.

É bem verdade que, a exemplo daqueles que sustentam sua superação, nem sempre são coincidentes os posicionamentos a ponto de separá-los em duas ou três correntes apenas. Há um diversidade de posicionamentos que merecem ser respeitados. Mas, apesar dessa dificuldade, há que se considerar que pontos em comum existem, e por isso mesmo podem ocorrer alguns agrupamentos.

²⁰ ATIENZA, Manoel; MANERO Juan Ruis. Dejemos el positivismo para atrás. In *ISONOMIA: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 27 (octubre 2007). México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, [s.a.]. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com/portal/doxa/isonomia>. Acesso em: 01.02.2010, p. 22.

²¹ ATIENZA, Manoel; MANERO Juan Ruis. Dejemos el positivismo para atrás. In *ISONOMIA: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 27 (octubre 2007). México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, [s.a.]. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com/portal/doxa/isonomia>. Acesso em: 01.02.2010, p. 26.

Atento a isso, um dos maiores opositores a esta forma de pensar é Luigi Ferrajoli, para quem o positivismo jurídico, mesmo em tempos de constitucionalismo, ainda é a melhor de compreender o direito.

Em defesa desse ponto de vista, argumenta que a questão da “conexão conceitual” entre direito e moral apresentada por autores como Robert Alexy e Manuel Atienza – que resulta na compreensão de que uma “pretensão de justiça” ou um mínimo ético seriam elementos internos e estruturais e condições necessárias de juridicidade, e não pontos de vista externos – coloca por terra algumas das grandes conquistas da modernidade: a certeza do direito como pressuposto de igualdade e liberdade, a laicidade das instituições públicas e, por outro lado, o papel crítico, protetivo e reformador da política em relação ao direito positivo. Até porque “gracias a esta exterioridad, que ha ido realizándose a través de la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho positivo vigente, el punto de vista ético-político se há disociado y separado del punto de vista jurídico”²².

Esse pensamento é contestado por Manuel Atienza²³, para quem o Garantismo cumpriria melhor com seus objetivos se abandonasse o positivismo jurídico. Para Atienza, não há como incluir a concepção de positivismo de Ferrajoli em qualquer das três formas clássicas apresentadas por Bobbio (positivismo como enfoque, como teoria ou como ideologia), já que:

[...] no es positivista en el primeiro de los sentidos, puesto que él no mantiene ya una neta distinción entre el derecho como hecho y como valor, entre el derecho que es y el derecho que debe ser; tampoco lo sería en el segundo, ya que no acepta ni la tesis de la supremacia de la ley ni la del carácter pleno y coherente del ordenamiento jurídico; y habría, paradójicamente, alguna razón para considerar que presta adhesión al positivismo ideológico en cuanto que, de alguna forma, viene a sostener que el derecho positivo, por el solo hecho de ser positivo, es justo.

Respondendo a essa argumentação, Ferrajoli afirma que nunca lhe convenceu muito bem a classificação de Bobbio a respeito dos tipos de positivismo, já que em nenhuma delas há referência ao constitucionalismo. Além disso, e se for para identificar-se com alguma das três formas, seria positivista no primeiro dos sentidos, já que é inegável que a constituição também é um fato, “es decir ‘derecho que es’, o derecho ‘positivo’, o ‘existente’ o ‘vigente’, si bien entreña una relación de deber ser con la legislación ordinaria que, sin embargo, podría perfectamente no

²² FERRAJOLI, Luigi; MORESO Juan José; ATIENZA, Manuel. **La teoría del derecho en el paradigma constitucional**. Madrid: Fundación Colóquio Jurídico Europeo, 2008, p. 189.

²³ FERRAJOLI, Luigi; MORESO Juan José; ATIENZA, Manuel. **La teoría del derecho en el paradigma constitucional**. Madrid: Fundación Colóquio Jurídico Europeo, 2008, p. 147.

ser la que según la constitución debería ser”²⁴.

A seu ver, com o constitucionalismo, tem-se um modelo de direito em que não só a existência das normas está vinculada a sua forma de produção, mas também os critérios substanciais de reconhecimento de sua validade, os quais estão colocados, artificialmente, pelo próprio direito positivo. Dessa forma, o constitucionalismo, em vez de constituir um debilitamento do positivismo jurídico ou, ainda, sua superação pela contaminação jusnaturalista, representa sim seu reforço, apresentando o juspositivismo em sua forma mais extrema e acabada.

Este quadro se deve ao fato de que, como ele (o constitucionalismo) designa uma concepção e um modelo de direito em que a vinculação se dá por critérios formais e substanciais, não se pode esquecer que estes critérios de validade são colocados artificialmente pelo sistema, ou seja, pelo próprio direito positivo. Ao final, é ele (direito positivo) que disciplina

positivamente no sólo las condiciones formales de existencia de las normas, que dependen de la correspondência empírica entre su forma y las normas formales sobre su producción, sino también las condiciones sustanciales de su validez, que dependen de la coherencia lógica de sus significados y, por lo tanto, de sus contenidos, con normas sustanciales de grado sobre-ordenado a ellas: en breve, no sólo el ser sino también el deber ser del derecho ²⁵.

Ferrajoli acaba por colocar em destaque não só um dos pontos fundamentais da sua concepção de direito e de sistema normativo, mas também a importância que tem, para o próprio positivismo, o constitucionalismo como fato histórico. Superada uma primeira revolução com o nascimento do estado moderno e o positivismo que imperou no século XIX, dá-se uma segunda, ultrapassando-se o que pode ser chamado de Estado Legislativo de Direito para se alcançar o Estado Constitucional de Direito e o controle do direito pelo próprio direito, não só formalmente, mas também substancialmente. Com isso, afirma ele, temos um *“nexo entre democracia e positivismo jurídico que se completa com a democracia constitucional. Este nexo entre democracia e positivismo geralmente é ignorado. Entretanto devemos reconhecer que somente a rígida disciplina positiva da produção jurídica esta em grau de democratizar tanto a sua forma quanto os seus conteúdos”*.²⁶

E nesse ponto ficam evidente as oposições entre a concepção garantista de um

²⁴ FERRAJOLI, Luigi; MORESO Juan José; ATIENZA, Manuel. **La teoría del derecho en el paradigma constitucional**. Madrid: Fundación Colóquio Jurídico Europeo, 2008, p. 189.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 8.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 23

constitucionalismo positivista e o constitucionalismo não positivista e principialista: para o primeiro inexistente a conexão direito e moral, o que é aceito pelo segundo; para o primeiro não há distinção qualitativa entre princípios e regras, o que é essencial para o segundo e, por fim, para o primeiro a ponderação é prática aceita e louvável, ao passo que para o segundo, esse espaço é ocupado pela subsunção.

Fugindo de qualquer aprofundamento em relação a essas questões – que são de grande importância – mas que nesse momento não se mostram fundamentais, o fato é que FERRAJOLI identifica enormes riscos na adoção do constitucionalismo de princípios, os quais podem ser assim sintetizados: adoção de uma espécie de dogmatismo moral conexo ao constitucionalismo conhecido como cognotivismo ético; enfraquecimento do papel normativo das constituições e, portanto, da hierarquia das fontes e, por fim, “o ativismo judicial e o enfraquecimento da submissão dos juízes à lei e da certeza do direito, que colocam em xeque, por sua vez, as fontes de legitimação da jurisdição”.²⁷

Além desses, Lênio Streck tem apontado o chamado “problema do pan-principiologismo”, onde ocorre o “crescimento criativo de um conjunto de álibis teóricos que vem recebendo convenientemente o nome de princípios, os quais, reconheço, podem ser importantes na busca de soluções jurídicas na cotidianidade das práticas judiciárias, mas que, em sua maior parte, possuem nítidas pretensões de meta-regras, além de, em muitos casos sofrerem de tautologia. E isso pode representar uma fragilização do direito, ao invés de o reforçar”²⁸.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: O ATIVISMO JUDICIAL E O ABANDONO DO GOVERNO DE LEIS

Feitas as considerações acima, que apontam para as bases do surgimento do ativismo judicial no campo da teoria do direito, penso que a esses motivos, outro, de ordem política, deve ser acrescentado.

Vivemos em sociedades crescentemente complexas, especialmente no que se refere a demanda pelo reconhecimento de direitos. Daí deriva uma falta de consenso no parlamento, o que se reflete na produção de textos normativos dotados de elevado grau de abertura

²⁷ FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 23

²⁸ FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 23, p. 67.

interpretativa. E penso que justamente isso também faz surgir, em lugar do “grande sábio” legislador, um “grande sábio” judicial, não raro acompanhado de um “paternalismo judiciário”, já que o juiz é que se torna (ou se coloca) como o protagonista maior na concretização daquele direito constitucionalmente previsto, apesar das dúvidas a respeito de sua legitimidade para tanto.

No caso do Brasil, esse movimento é perceptível ao se proceder a análise de inúmeras decisões judiciais, restando claro que o juiz brasileiro rompeu com a concepção típica de um juiz do estado liberal, colocando-se como verdadeiro e efetivo protagonista na defesa dos direitos e garantias fundamentais.

Há um novo espaço de atuação jurisdicional, o que aponta para a pergunta inicial: retornamos ao governo de homens em lugar do governo de leis?

Para responder a essa indagação, em primeiro lugar, penso que é importante destacar que a tensão criada para a concretização dos direitos fundamentais – com o juiz rompendo as barreiras impostas pelos cultores do liberalismo – é natural do sistema e possui claras razões de ordem política que o explicam. Afinal, se a Constituição é a norma maior, dotada de uma série de direitos e de mecanismos de concretização, natural que seja o Poder Judiciário o responsável pela implementação quando não observado pelos demais poderes.

Além disso, o que se vê na atualidade é uma espécie de padronização do discurso político, vale dizer, torna-se cada vez mais difícil identificar diferenças entre os políticos ou governantes que se apresentam. A impressão que se tem é que todos dizem a mesma coisa e apostam suas diferenças apenas e tão somente (não que não sejam importantes) em diferenças gerenciais. E para que se dê o consenso, necessária a aproximação das teses opostas, o que resulta na abertura do texto legal, relegando ao intérprete/aplicador a missão de dar contornos mais específicos ao direito normatizado.

Não penso, importante dizer, que tal movimento seja de todo negativo. Ao contrário. Não é nenhum absurdo afirmar que diversos direitos sociais jamais seriam implementados sem decisões judiciais impondo sua concretização. E é por esta razão que, assim como pensa FERRAJOLI, admito a existência de um irreduzível espaço de discricionariedade na atividade jurisdicional.

Contudo, e apesar desse reconhecimento, penso que esse movimento (ou a existência de muitos desses espaços) trás mais prejuízos a democracia do que benefícios, já que cria uma espécie de “atalho” para sua conquista, desprezando o campo próprio dela, que é o espaço

político.

Afinal, para que servem as casas legislativas no estado democrático de direito senão para assegurar e implementar direitos?

É preciso recordar que ativismo judicial sempre existiu, mas nem sempre com os melhores objetivos. É o que se percebe quando se examina as decisões do STF no período da ditadura militar: centenas de habeas corpus negados sob a justificativa de que o AI n. 5 impedia o questionamento judicial das decisões com base nele tomadas. Isso é ativismo, sem dúvida alguma.

Outro exemplo. Segundo o disposto no art. 122, do ECA, a medida sócio-educativa de internação de adolescentes somente poderá ser aplicada em três situações: quando for autor de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; por reiteração no cometimento de outras infrações graves e, por fim, por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

O Superior Tribunal de Justiça, desde o ano de 2001, decidia que, no caso da segunda hipótese, havia a necessidade de que para legitimar a internação, havia a necessidade de o adolescente tivesse três ou mais contudas anti-sociais, assinaladas por uma especial gravidade (HC 15.082, julgado em 06.03.2001, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca). Para embasar tal conclusão, fez-se a distinção entre reincidência (mais de uma) e reiteração (mais de duas). Com isso, ante a ausência de um critério mais claro e definido, ofereceu-se algo mais objetivo.

Contudo, em novembro de 2004, sob a justificativa de que inexistia qualquer norma legal que dê fundamento a tal posicionamento, o STF (HC 84.218-6, rel. Min. Joaquim Barbosa) entendeu que não há necessidade de que sejam três ou mais. Nas palavras do relator “nada impede também que o jovem que ostente apenas uma prática infracional grave seja sancionado com medida de internação, se, **diante das condições pessoais do jovem, esta se mostre necessária**”.

Ou seja, ante um critério mais objetivo, o STF entendeu de aplicar um critério subjetivo, completando mais adiante o relator: “deve o magistrado atentar para as condições específicas do adolescente, como por exemplo, o meio social onde vive, seu grau de escolaridade, sua família, suas ocupações, ou seja, tudo aquilo que permite uma maior análise subjetiva do jovem”.

A indagação “governo de homens ou governo de leis” é das mais antigas e é lembrada aqui no mesmo sentido que Bobbio o faz em texto publicado em “O futuro da democracia”: não se

refere apenas a questão de quem irá governar, mas também como irá governar.

Bem diz bem EROS GRAU em seu livro “porque tenho medo dos juízes”: “não há de ter faltado ética e justiça à humanidade. Tantas éticas e tantas justiças quantas as religiões, os costumes, as culturas, em cada momento histórico, em cada recanto geográfico. Muitas éticas, muitas justiças. Nenhuma delas, porém suficiente para resolver a contradição entre o universal e o particular, porque a ideia muito dificilmente é conciliável com a realidade. A única tentativa viável, embora precária, é encontrada na legalidade e no procedimento legal, ou seja, no direito posto pelo Estado, este com o qual operamos no cotidiano forense, chamando-o de direito moderno, identificado com a lei”²⁹.

No sistema atual, o juiz tem sido mais um produtor de inseguranças do que qualquer outra coisa. Não há viabilidade a uma sociedade que se desenvolve baseada em particularismos, sejam eles criados pela lei, sejam eles criados pelos juízes.

Tal modalidade de atuação judicial, além de ser ínfima para a solução dos problemas, acaba por produzir danos que considero irreparáveis para a democracia: um canal alternativo, acompanhado de desmobilização e apatia política (indolência).

A esse respeito, há cerca de 2.300 anos atrás um dos filósofos gregos de maior influência já havia dito: “não é mais justo mandar que obedecer: convém fazer uma e outra coisa alternadamente. Tal é a lei. E a ordem é a lei. É melhor, pois, que seja a lei que ordene, antes que o faça um cidadão qualquer. O mesmo raciocínio exige que, sendo preferível confiar a autoridade a um número reduzido de cidadãos, deles se façam os servidores e os guardiões da lei. É preciso que haja magistratura; mas assegura-se que não é justo que um só homem exerça uma magistratura suprema quando todos os outros são iguais. Aliás, crendo-se que a lei não possa tudo especificar, poderá um homem fazê-lo com precisão? Quando a lei tem assentado com zelo as regras gerais, ela abandona a inteligência e à apreciação mais justa dos magistrados, para que eles julguem e decidam. Autorizados mesmo a corrigir e a retificar, caso a experiência lhes prove ser possível fazer melhor que as disposições escritas. Assim, querer que a lei mande é querer que Deus e a razão mandem sós. Mas dar a superioridade ao homem é dá-la ao mesmo tempo ao homem e à fera. O desejo tem qualquer coisa de bestial. A paixão corrompe os magistrados e os melhores homens, a inteligência sem paixão, tal é a lei” (Aristóteles, em “A Política”, livro 3º, p.

²⁹ GRAU, Eros Roberto. **Por Que Tenho Medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. São Paulo: Malheiros. 2013 (sem apêndices), p. 16.

113/114).

Como se vê, mais uma vez é preciso olhar o passado e buscar na experiência dos antigos as respostas para o momento atual.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABELLÁN, Marina Gascón. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In: FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo** – Estudios sobre el pensamiento jurídico. Edição de Miguel Carbonell y Pedro Salazar. Madrid: Trotta, 2005. p. 21-39

ATIENZA, Manoel; MANERO Juan Ruis. Dejemos el positivismo para atrás. In **ISONOMIA: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, n. 27 (octubre 2007). México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, [s.a.]. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com/portal/doxa/isonomia>. Acesso em: 01.02.2010, p. 7-28.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de SANTOS, Maria Celeste Leite dos. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.

_____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de PUGLIES, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos E. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. **El problema del positismo jurídico**. Tradução de VALDES, Ernesto Garzón. 2. ed. México: Fontamara, 1992.

DÍAS, Elias. **Estado de derecho y sociedad democrática**. 3. ed. Madrid: Taurus, 1998.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de BOEIRA, Nelson. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio. **Derecho Natural: Introducción filosófica al derecho**. Madrid: Universidade Complutense, Facultad de Derecho, 1977.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi; MORESO Juan José; ATIENZA, Manuel. **La teoría del derecho en el paradigma constitucional**. Madrid: Fundación Colóquio Jurídico Europeo, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **Por Que Tenho Medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. São Paulo: Malheiros. 2013 (sem apêndices).

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GUASTINI Ricardo. **La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano**. In: Neoconstitucionalismo(s). CARBONELL Miguel (edición). 2. ed. Madrid: Ed. Trotta, 2005.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por BULLOCH, Penelope A. e RAZ, Joseph. H. L. A. Hart. Tradução de SETTE-CÂMARA, Antonio de Oliveira. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de MACHADO, João Batista. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Apuntes de teoría del derecho**. 2. ed. Madrid, Espanha: Trotta, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia**. 4ª ed. Trad. de GASCÓN, Marina. Madrid: Trotta, 2002.

(IN)CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO MARÍTIMO: BREVES NOTAS

Oswaldo Agripino de Castro Junior¹

INTRODUÇÃO

O Código Comercial brasileiro (CCB), principal fonte do Direito Marítimo brasileiro, foi editado há mais de 165 anos e, juntamente, com o Código Civil, como fonte de Direito Marítimo, não têm sido suficientes para suprir as lacunas do setor.

Ademais, apesar do CCB estar sendo reformado pelo Projeto de Lei n. 1572/2011, vive-se uma espécie de mal-estar da juridicidade do Direito Marítimo, em face de um vazio decorrente da omissão dos Poderes Legislativo e Executivo e da interpretação dos seus operadores, advogados e magistrados em relação, especialmente, à efetividade dos valores e princípios da Constituição Federal de 1988. Assim, é pertinente a lição de Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição:

Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente. Todos os interesses momentâneos, ainda que não realizados, não logram compensar ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância releva-se incômoda. Como anotado por Walter Burckhardt, aquilo que é identificado como vontade da Constituição 'deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos 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'. Aquele que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado.²

Nesse cenário, é possível um diálogo entre a Constituição Federal e o Direito Marítimo? A ordem jurídica existente é suficiente para suprir as lacunas dessa disciplina? Para onde navega o

¹ Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da Univali (www.univali.br/ppcj). Doutor em Direito (UFSC) e convidado do Mestrado e Doutorado em Direito Marítimo Internacional, do *International Maritime Law Institute*, IMO/Malta. Concluiu estágio Pós-Doutoral em Regulação de Transportes e Portos na *Kennedy School of Government, Harvard University*, em 2007/2008, com bolsa CAPES. Advogado graduado pela UERJ (1992), sócio do Agripino & Ferreira Advocacia e Consultoria (www.agripinoferreira.com.br). Em 2013 recebeu a Medalha do Mérito Tamandaré do Comandante da Marinha.

² HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 21-22.

Direito Marítimo brasileiro? Ele pode conduzir os fatos por ele regulados a um porto seguro, onde prevaleça o interesse público?

A Constituição Federal de 1988, por meio dos arts. 22, inciso I; 170 (princípios da ordem econômica); 174, *caput* (intervenção do Estado no domínio econômico pela via da regulação) e 178, *caput* (princípio da reciprocidade no transporte marítimo internacional), pode contribuir para uma hermenêutica e uma argumentação do Direito Marítimo que preservem a ordem pública? A busca da resposta desta indagação será feita com base na análise de alguns julgados pelo Supremo e na doutrina.

Assim, como tem sido a relação entre Constituição e codificação (Código Comercial, de 1850 ou Código Civil, de 2002)? A fim de contribuir para esse debate, o presente artigo³ objetiva, em breves notas, criticar a inconstitucionalização do Direito Marítimo e, ao mesmo tempo, discorrer sobre as possibilidades de uma hermenêutica e de uma argumentação que contemplem a sua constitucionalização e um diálogo, numa relação de complementaridade, e não de exclusão, entre a Constituição Federal e as diversas fontes do Direito Marítimo.

O tema, ainda inexplorado nas doutrinas constitucional e maritimista brasileira e, possivelmente, em nível de Direito Comparado, justifica-se porque a disciplina encontra-se dependente e vulnerável a uma hermenêutica e argumentação onde prepondera uma baixa, para não dizer, quase inexistente, efetividade da Constituição Federal nas matérias atinentes ao Direito Marítimo.

Destaca-se que o Direito Marítimo, que tem no Código Civil, uma fonte relevante, apesar da influência dos usos e costumes (*Lex Maritima*), tem gerado um processo colonizador com alguns aspectos positivos, mas que gerou uma deficiência na eficácia do Direito Constitucional e da ordem pública. Assim, requer uma emancipação, pelo menos do ponto de vista da efetividade da Constituição.

Acredita-se, portanto, que a constitucionalização da disciplina, contribuirá para a emancipação e maior efetividade da mesma, apesar da influência da *Lex Maritima*, fundada na *Lex Mercatoria*, como adiante será demonstrado.

³ Esse artigo decorre das discussões e produção acadêmica do Curso *A Argumentação Jurídica e o Direito Contemporâneo* ministrado pelo Professor Doutor Manuel Atienza (Universidade de Alicante, Espanha) no âmbito da Escola de Altos Estudos - Capes do PPCJ, nos dias 10, 11 e 12 de agosto de 2015 e Colóquio Filosofia do Direito e Transformação Social, no dia 17 de agosto, realizado para docentes e discentes do PPCJ e da Univali. O curso teve três módulos: (i) Direito e Argumentação; (ii) Como analisar e avaliar as argumentações e (iii) Como argumentar? Agradeço o Professor José Haroldo dos Anjos pelos comentários feitos.

Trata-se, portanto, de *Política Jurídica* (*direito como dever-ser*) a ser buscada,⁴ a fim de que o Brasil possa se posicionar melhor diante dos desafios regulatórios supranacionais e transnacionais que a demanda de logística competitiva exige dos agentes econômicos brasileiros, o que poderá possibilitar maior segurança jurídica ao setor.

O texto se justifica porque o Direito Marítimo brasileiro, apesar de estar sendo (re)vigorado a partir da década de 1990, por meio das obras de Carlos Rubens Caminha Gomes, José Haroldo dos Anjos,⁵ Carla Adriana Comitre Gibertoni,⁶ Eliane M. Octaviano Martins⁷ e Osvaldo Agripino de Castro Junior⁸, a sua interpretação e aplicação pelos tribunais pátrios parece ainda distante de um equilíbrio entre os interesses da carga e do transportador, especialmente a proteção dos interesses dos usuários desse modal de transporte.

Manuel Atienza, nesse sentido, chama a atenção para a relevância de criar um Direito para o mundo latino, da seguinte forma:

En particular, hay una serie de ideas que se encuentran en el pensamiento de Marx y que son de gran valor para la construcción de una teoría del Derecho para el mundo latino en el sentido que aquí se está defendiendo. Así: el pragmatismo (la primacía de la praxis); el enfoque funcional, crítico y materialista de los fenómenos sociales; la propuesta de considerar el Derecho a partir de una concepción global de la sociedad, lo que lleva a abrir los saberes jurídicos hacia las ciencias sociales; o el compromiso con un proyecto político-ético de emancipación humana en el que el Derecho no tendría por qué verse relegado.⁹

Para o filósofo do Direito espanhol:

⁴ Acerca da *Política Jurídica*, especialmente em face do caos legislativo (Direito posto) brasileiro, essa disciplina assume, cada vez mais, relevância no desenvolvimento do Direito e das instituições, vale destacar as obras do Prof. Dr. Osvaldo Ferreira de Mello (*in memoriam*, 2010), do Programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da Univali, que a instituiu no seu programa como disciplina obrigatória. O professor é, possivelmente, o mais destacado jurista brasileiro a pesquisar, lecionar e publicar sobre o tema e, dentre suas obras, devem ser citadas: MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Fabris/CMCJ/Univali, 1994, 133 p; MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas Atuais de Política do Direito**; Porto Alegre: Sérgio Fabris/CMCJ, 1998, 88 p; Direção da Revista NEJ. A Contribuição de Osvaldo Ferreira de Melo para a Política Jurídica. **Novos Estudos Jurídicos**, Ano IV, n. 7, 15 out. 1998, p. 11-15; MELO, Osvaldo Ferreira de. A Política Jurídica e os Novos Direitos. *In: Novos Estudos Jurídicos*, n. 6, mar. 1998, p. 9-13. Disponível em: <www.univali.br/nej>. Acesso em: 10 jan. 2016.

⁵ DOS ANJOS, José Haroldo; CAMINHA GOMES, Carlos Rubens. **Curso de Direito Marítimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. Esta obra encontra-se em processo de revisão e atualização pelo co-autor José Haroldo dos Anjos.

⁶ GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. **Teoria e Prática do Direito Marítimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

⁷ MARTINS, Eliane M. Octaviano. **Curso de Direito Marítimo**. vols. I (Teoria Geral); II (Vendas Marítimas) e III (Contratos e Processos). São Paulo: Manole, 2015.

⁸ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de (org). **Direito Marítimo Made in Brasil**. São Paulo: Aduaneiras, 2007; _____. **Direito Marítimo, Regulação e Desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2011; _____. **Direito Marítimo: Temas Atuais**. Belo Horizonte: Fórum, 2012; _____. **Direito, Regulação e Logística**. Belo Horizonte: Fórum, 2013; _____. **Marinha Mercante Brasileira**. São Paulo: Aduaneiras, 2014; _____. **Contratos Marítimos e Portuários: Responsabilidade civil**. São Paulo: Aduaneiras, 2015; _____. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Norman Augusto. **Limitação da Responsabilidade civil no transporte marítimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

⁹ ATIENZA, Manuel. **Una Filosofía del Derecho para el Mundo Latino. Otra vuelta de tuerca**, p. 13.

[...] a filosofia do Direito deve cumprir uma função de intermediação entre os saberes e as práticas jurídicas, por um lado, e o resto das práticas e saberes sociais, por outro. [...] Uma vez que a prática do Direito consiste de modo muito fundamental em argumentar, não haveria porque parecer estranho que os juristas com alguma consciência profissional sentissem curiosidade pelas questões sobre as quais versa este livro. O que significa argumentar juridicamente? [...] ¹⁰ Quais são, em suma, as razões do Direito: não a razão de ser do Direito, e sim as razões jurídicas que servem de justificação para uma determinada decisão?¹¹

Ademais, deve-se mencionar que esse ambiente institucional é influenciado por grande parcela do Poder Judiciário que ainda não compreendeu as particularidades do Direito Marítimo, ao julgar casos que demandam uma interpretação à luz da ordem pública, faz com que os tribunais ainda utilizem conceitos, como usos e costumes (*Lex Maritima*), em detrimento do direito brasileiro. Nesse ponto, questiona-se, ainda, o pouco uso de arbitragem em casos envolvendo contratos de transporte marítimo no Brasil.

Cabe destacar, ainda, a existência de cláusulas abusivas nos contratos de transporte marítimo, portanto, em confronto com a ordem pública,¹² como adiante será tratado. Aliás, a ambiguidade do direito contemporâneo é identificada por Manuel Atienza, da seguinte forma:

Sin embargo, los iusfilósofos que vienen de esa tradición siguen, por lo general, manteniendo dos tesis que dificultan o hacen imposible que el Derecho de los Estados constitucionales pueda jugar ese papel emancipatorio. Reconocer esta función, por cierto, no implica una idealización de los sistemas jurídicos (incluidos los del Estado constitucional). El Derecho contemporáneo (el de los Estados constitucionales) es, desde el punto de vista político-moral, un fenómeno esencialmente ambiguo, necesariamente vinculado con todos los procesos tanto de dominación como de emancipación social.¹³

Ressalte-se que o Direito Marítimo pátrio ainda sofre influência do direito inglês, sem a filtragem adequada da ordem pública e das possibilidades de eficácia da Constituição Federal, portanto, de forma acrítica. Sustenta-se, portanto, a necessidade de desenvolver uma hermenêutica e uma teoria de argumentação jurídica que possam equilibrar os interesses das empresas estrangeiras de navegação marítima (EEN), quando conflitarem com aqueles das empresas usuárias e/ou empresas brasileiras de navegação (EBN), que sofrem com o tratamento

¹⁰ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito - Teorias da Argumentação Jurídica - Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros**. 2ª. ed. São Paulo: Landy, 2002, p. 11.

¹¹ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito - Teorias da Argumentação Jurídica - Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros**, p. 12.

¹² Como exemplo, deve-se mencionar os abusos cometidos por armadores e agentes intermediário na cobrança judicial de sobre-estadia de contêiner, com violação da modicidade e da previsibilidade. Sobre o tema, sob nossa orientação: NOVAK FÓES, Gabrielle Thamís. **Análise comparativa da sobre-estadia de contêiner na Inglaterra e no Brasil - Crítica às Emendas 56 e 215 do PL n. 1572/2011**. Dissertação de Mestrado em Ciência Jurídica. Univali: Itajaí, 2015, 186 p.

¹³ ATIENZA, Manuel. **Una Filosofía del Derecho para el Mundo Latino. Otra vuelta de tuerca**, p. 13.

regulatório não isonômico efetuado pela Antaq (inconstitucional) entre EEN e EBN.

A hipótese é que, como o Brasil não possui empresas de navegação marítima no transporte marítimo internacional de mercadorias e regulação setorial eficaz pela Antaq, mas tão somente usuários dos serviços de transporte marítimo, o direito do transporte marítimo tem sido aquele criado pelos transportadores. Trata-se um direito vinculado aos interesses de empresas transnacionais, e se insere no ordenamento jurídico doméstico por meio de contratos de adesão, *locus propício* para inclusão de cláusulas abusivas, tal como a de exoneração da responsabilidade civil, já proibida pelo Supremo Tribunal Federal, no seguinte julgado:

RE 107361 / RJ. Relator: Min. Octávio Gallotti. Julgamento: 24 jun. 1986. Primeira Turma. Publicação DJ: 19 set. 1986.

Ementa: DIVERGE, MANIFESTAMENTE, DA SÚMULA N. 161 DO SUPREMO TRIBUNAL, ONDE SE CONSAGRA A INOPERÂNCIA DA CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR, O ACÓRDÃO RECORRIDO, QUE PLACITOU ESTIPULAÇÃO, LIMITATIVA DA RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR MARÍTIMO, A VALOR CAPAZ DE TORNAR IRRISÓRIA A INDENIZAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

Dessa forma, os usuários ficam vulneráveis e dependentes do direito criado pelos países transportadores, vez que atuam em ambiente de negócios de pouca segurança jurídica, em parte causado pela forte influência da transnacionalidade no transporte marítimo internacional e da debilidade institucional regulatória.

Esse Direito Marítimo alienado e distante do interesse público nacional e da regulação setorial independente, como preceitua o art. 174, *caput*, da Constituição Federal, tem causado externalidades negativas, em face das cláusulas abusivas, especialmente no que tange ao foro, lei aplicável, exoneração da responsabilidade civil e cobranças de sobre-estadias de contêineres e preços extra-frete (*surcharges*).

Assim sendo, para atingir o seu escopo, o artigo pretende contribuir para a constitucionalização do Direito Marítimo. Dessa forma, está dividido em três capítulos. O Capítulo I trata do Direito Marítimo, aspectos introdutórios e conceitos relevantes. O Capítulo II discorre sobre a argumentação na obra *As Razões do Direito - Teorias da Argumentação Jurídica* de Manuel Atienza e suas interfaces da ordem pública para a emancipação do Direito Marítimo brasileiro.

Por fim, o Capítulo III discorre sobre as possibilidades e os limites da constitucionalização do Direito Marítimo diante do Direito Regulatório e da ordem pública, numa perspectiva crítica.

1. DIREITO MARÍTIMO: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS E CONCEITOS RELEVANTES

1.1 O transporte marítimo no mundo globalizado

O globo terrestre possui 27% da sua superfície formada por continente e 73% de espaços marítimos,¹⁴ o que faz com que cerca de mais de 90% das mercadorias sejam transportadas pelo mar. Esta atividade comercial, que envolve o transporte aquaviário (*business shipping*), é conceituada como movimento físico de bens e pessoas de portos fornecedores para portos de demanda, assim como as atividades exigidas para apoiar tal movimento.

A economia do transporte marítimo é bastante complexa, seja pela quantidade de indústrias e serviços que o dinâmico *cluster* marítimo¹⁵ demanda, seja pelos altos valores necessários para uma expedição marítima.¹⁶

Trata-se de indústria que exige uma grande sinergia entre as várias cadeias de fornecedores de produtos (mineração, siderurgia, construção naval,¹⁷ dentre outros) e prestadores de serviços (engenharia naval, finanças, assessoria jurídica, dentre outros), que atuam em rede transnacional, de modo que o papel do Estado, por meio da regulação setorial independente, é fundamental.

Por sua vez, o grau de especialização das empresas de navegação é grande e o *business model* do sucesso de tais companhias, em decorrência do dinamismo do comércio internacional, pode mudar no futuro próximo.¹⁸

Dessa maneira, embora não seja objeto desse artigo, não há como compreender a economia do setor sem analisar a conjuntura econômica internacional e o papel do transnacionalismo, bem como das entidades de classe dos transportadores marítimos, como a *International Chamber of Shipping* (ICS) e a *International Shipping Federation* (ISF).

¹⁴MOURA, Geraldo Bezerra de. **Direito da navegação**. São Paulo: Aduaneiras, 1991, p. 65-66.

¹⁵Acerca do *cluster marítimo* gerado pelo desenvolvimento da cabotagem brasileira: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de; LACHMANN, Marianne Von. O valor da cabotagem brasileira na visão dos transportadores. Apresentação realizada no I **Seminário Nacional sobre Cabotagem. Realização ANTAQ e Syndarma**. Disponível em: <www.regulacao.gov.br>. Acesso em: 20 dez. 2009. Na Europa: WIJNOLST, N. (Dir.) **Dynamic European Maritime Clusters**. Amsterdam: IOS Press, 2006.

¹⁶Sobre o tema: STOPFORD, Martin. **Maritime Economics**. London, New York: Routledge, 2004; BRANCH, Alan E. **Elements of Shipping**. 8th ed. London, New York: 2007.

¹⁷A construção naval tem exercido um papel fundamental na economia dos países industrializados, de modo que é relevante o estudo comparativo do processo histórico do papel do Estado no financiamento desse setor, inclusive sobre a economia da bandeira de conveniência (*flagging out*) exercida pelos governos (p. 203-206) e o papel da OCDE e da Coreia do Sul (ROSA, Angelo L. Contrariety: Divergent Theories of State Involvement in Shipping Finance Between the United States and the European Union. **Tulane Maritime Law Journal**, v. 29, p. 187-216, 2004-2005).

¹⁸LORANGE, Peter. **Shipping Company Strategies: Global Management under Turbulent Conditions**. London: Emerald, 2008, p. 185.

1.2. Direito Marítimo

O Direito Marítimo é a disciplina jurídica¹⁹ que tem como objeto regular as relações que se dão no navio e a partir do navio, portanto, o conjunto de normas jurídicas que disciplinam as atividades necessárias para que as embarcações efetuem o transporte pela via aquaviária.

É uma disciplina jurídica autônoma,²⁰ tendo, inclusive, em face da sua relevância, assento constitucional (art. 22, inciso I, da Constituição Federal de 1988), e tem como objeto principal regular as relações jurídicas que se dão em torno do navio,²¹ aqui considerado espécie de embarcação,²² por meio das relações jurídicas que se dão através dos contratos de transportes²³ e de afretamento de embarcações, hipoteca naval,²⁴ registro de embarcação,²⁵ dentre outras.

Como o Direito Marítimo trata da navegação comercial pelo meio aquaviário realizado por embarcações, inclui, portanto, a navegação de tais embarcações em rios, lagoas, canais, estreitos e baías.

Deve-se mencionar que o Direito Marítimo é um direito misto, pois possui normas de direito privado e direito público, e engloba o tráfico marítimo, que compreende a atividade de exploração comercial do navio. Ele não se confunde, portanto, com o Direito da Navegação Marítima, inserido no direito público, porque possui como objeto o tráfego marítimo, que abrange o trânsito das embarcações, visando à segurança da navegação.

Trata-se de disciplina que, tendo em vista a natureza internacional do transporte aquaviário, possui alto grau de internacionalidade e complexidade,²⁶ e que exige profissionais

¹⁹A referência a conjunto indica a ordenação dessas normas em um sistema, evitando as contradição e as lacunas (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1).

²⁰Trata-se do mesmo entendimento de: ARROYO, Ignacio. **Compendio de Derecho marítimo**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2002, p. 22.

²¹Possui três requisitos não comuns a todas as embarcações: robustez, estanqueidade e vencer as fortunas do mar. Como espécie do gênero embarcação, todo navio é embarcação, mas nem toda embarcação é navio.

²²Segundo o art. 2º, inciso V, da Lei nº 9.537/1997.

²³Considerado como aquele celebrado entre o embarcador (*shipper*) e o transportador (*carrier*) por meio do qual esse se obriga, sob sua custódia, a transportar pela via aquaviária, de um porto a outro, mercadoria ou pessoa, e aquele se obriga a pagar uma remuneração por esse serviço, denominado frete.

²⁴É efetuada no Tribunal Marítimo, conforme Lei nº 2.180/54.

²⁵Nos termos do art. 2º, inciso XVIII, da Lei nº 9.537/1997: "Registro de Propriedade da Embarcação – registro no Tribunal Marítimo, com a expedição da Provisão de Registro da Propriedade Marítima".

²⁶No direito comparado, é relevante mencionar, em face da complexidade do Direito Marítimo, a diversidade de temas regulados (ROSE, F. D. **General Average: Law and Practice**. 2nd ed. London: LLP, 2005). A obra compara os dispositivos que tratam da avaria geral das Regras de York-Antuérpia de 2004, 1994 e 1974, com base na *Association of Average Adjuster's Rules of Practice*; CLARKE, Malcolm; YATES, David. **Contracts of Carriage by Land and Air**. London: LLP, 2004. O livro analisa com profundidade as cláusulas e comenta as principais convenções e contratos internacionais do setor; GLASS, David A. **Freight Forwarding and Multimodal Transport Contracts**. London: LLP, 2004. O livro através de estudo de casos trata dos contratos usados pelos operadores de transportes marítimos relacionados ao movimento de mercadorias, incluindo *freight forwarders*, fornecedores,

capacitados para lidar com as suas especificidades.

O tráfego marítimo, pela sua abrangência e complexidade, é dotado de alto grau de transnacionalidade, como leciona Heleno Taveira Tôres porque:

[...] pela transnacionalidade de suas operações, envolve grande número de associações defensoras dos interesses de armadores, operadores ou trabalhadores. É o caso da *International Shipping Federation* (ISF), que congrega armadores de todo o mundo e cuja principal preocupação diz respeito ao preparo do pessoal para as funções de bordo; a *International Chamber of Shipping* (ICS), voltada para as questões vinculadas com a segurança dos navios e a poluição do meio marinho; a *International Transport Federation* (ITF), que reúne sindicatos de trabalhadores de bordo; o *Baltic & International Maritime Council* (BIMCO), que congrega armadores, agentes, *brokers* e Clubes P&I; entre outras de grande porte.²⁷

Assim, após essa breve introdução ao ambiente marítimo e ao comércio internacional, a relação do Direito Marítimo com outros ramos do Direito, assim como *Lex Mercatoria* e *Lex Maritima*, será tratada a seguir.

1.3. Direito Marítimo: relação com outros ramos do Direito, a *Lex Mercatoria* e a *Lex Maritima*

O Direito Marítimo, em função da sua complexidade, transnacionalidade e supranacionalidade, tem sua regulação feita por organismos internacionais. Além disso, é uma disciplina jurídica que se relaciona com várias outras, como Direito do Mar,²⁸ que implica casos envolvendo os Estados, julgados pelo Tribunal Internacional de Direito do Mar,²⁹ e a proteção das riquezas no Domínio Marítimo³⁰ Direito da Navegação Marítima,³¹ Direito Portuário,³² Direito da

operadores multimodais e operadores de contêineres, e abrange as convenções aplicadas aos contratos internacionais.

²⁷TÔRES, Heleno Taveira. Regime jurídico das empresas de transporte aéreo e marítimo e suas implicações fiscais. In: TÔRES, Heleno Taveira (Coord.). **Comércio internacional e tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 402-403.

²⁸Tem como objeto, as relações jurídicas que se dão em torno do mar e como fontes do direito, a Convenção de *Montego Bay*, já ratificada pelo Brasil, pelo Decreto nº 1.650 e a Lei nº 8.617/1993, que dispõe sobre o Domínio Marítimo brasileiro.

²⁹Criado pela Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, em 1982, foi formalmente instalado em 1996.

³⁰Sobre o processo histórico para chegar à cooperação internacional no mar, desde as consequências dos Tratados de Westfália, da Convenção Ramoge e Convenção de Montego Bay, com ênfase na proteção do meio ambiente marinho: BARROS, José Fernando Cedeño de. **Direito do mar e do meio ambiente: a proteção das zonas costeiras e litorais pelo Acordo Ramoge: contribuições para o Brasil e Mercosul**. São Paulo: Lex, Aduaneiras, 2007.

³¹Tem como objeto as relações jurídicas que se dão em torno da segurança da navegação marítima, especialmente da salvaguarda da vida humana no mar. Suas principais fontes de direito são a Lei nº 9.537/97 – Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário (LESTA), bem como convenções da *International Maritime Organization*, dentre os quais RIPEAM – Regulamento Internacional para evitar abalroamento no mar. Sobre a disciplina: DUARTE NETO, Pedro. A autoridade marítima e a Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário. In: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de (Org.). **Direito Marítimo Made in Brasil**. São Paulo: Lex, 2007, p. 375-426; ALVES DE FILHO, Guilherme. O processo administrativo na Capitania dos Portos e no Tribunal Marítimo. In: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de (org.). **Direito Marítimo Made in Brasil**, p. 427-256.

³²Tem como objeto o porto e como principais fontes do direito a Lei nº 12.815/2013, Lei dos Portos, Lei nº 10.233/2001 — Lei de criação da ANTAQ—, Convenções Internacionais da OIT e da IMO, dentre as quais *ISPS Code*, bem como resoluções e atos administrativos da ANTAQ e da Secretaria Especial dos Portos. Sobre o tema: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de; PASOLD,

Concorrência, Direito Internacional Público, Direito Internacional Privado, na qual a ordem pública,³³ a fim de preservar a equidade nas relações contratuais de transporte internacional, possui um relevante papel. O Direito Marítimo também se relaciona com o Direito Ambiental, o Direito Aduaneiro,³⁴ o Direito Civil e o Direito Comercial, bem como outros ramos do conhecimento: Engenharia Naval, Meteorologia, Física, Oceanografia, dentre outras.

1.4. Direito Marítimo e *Lex Mercatoria*

Insiste-se, o Direito Marítimo não se confunde com o Direito Portuário, embora no cotidiano, por exemplo, muitas avarias ocorrem na armazenagem portuária ou no manuseio da carga fora do navio, de forma que é relevante identificar o INCOTERMS (*International Commercial Term*) para analisar as responsabilidades.³⁵

Nesse cenário, segundo Tetley:

O transporte marítimo tem provocado o desenvolvimento de uma importante parte do Direito Público e do Direito Privado. No Direito Privado, avaria geral, salvamento, afretamento e seguro marítimo estão entre os mais antigos princípios desenvolvidos como resposta a tais lutas do comércio marítimo, e que se difundiram princípios equivalentes nos países de tradição romano-germânica e anglo-saxônica. Esse conflito de leis cresceu, em larga medida, do comércio internacional em mares diversos, o que provocou na Europa Medieval, o nascimento da transnacional *Lex mercatoria (Law Merchant)*, incluindo a transnacional *Lex maritima (maritime Law)*.³⁶

Acerca da *Lex Mercatoria*, Teubner sustenta que se trata de um direito corrupto, vulnerável a toda sorte de ataques.³⁷ Indo além, Neves estima que as ordens correspondentes aos *governos*

Cesar Luiz (Org.). **Direito portuário, regulação e desenvolvimento**. Prefácio de Pedro Calmon Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2010, 474 p; CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Direito Portuário e a Nova Regulação**. São Paulo: Aduaneiras, 2015.

³³ Acerca do aspecto transnacional da ordem pública, embora sustentemos que supranacionalidade é diverso de transnacionalidade, vez que aquela ocorre quando o Estado transfere o poder de regular para um organismo regional e essa quando há espaço deslegalizado. (JAYME, Erik. **Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne: Cours Général de Droit International Privé**. The Hague, Boston, London: Martinus Nijhoff, 2000. p. 231). Sobre o dialogo das fontes: *Le dialogue de sources*, p. 259.

³⁴ Acerca do tema, sob nossa orientação, inclusive com abordagem da pena de perdimento de embarcação: MADEIRA, Carlos Eduardo Camargo. *A natureza jurídica da pena de perdimento por dano ao erário no direito brasileiro*. 2007. Monografia de (Especialização em Comércio Exterior) – Universidade do Vale do Itajaí, Secretaria da Receita Federal, Itajaí, 2007. Sobre o potencial de pesquisa da disciplina, com bibliografia básica: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. *Direito aduaneiro: limites e possibilidades nas pesquisas dos cursos de direito*. **Consulex**, v. 35, p. 22-24, 2005.

³⁵ Acerca da integração das prestações próprias do operador portuária (na carga e descarga) no transporte marítimo de mercadorias e responsabilidades no direito espanhol: VARONA, Francisco Javier Arias. **Manipulación portuaria y daños a las mercancías: la responsabilidad extracontratual del operador portuario**. Granada: Comares, 2006. p. 20-35.

³⁶ TETLEY, William. **International Maritime and Admiralty Law**. Québec: Éditions Yvon Blais, 2002. p. 4. Acerca da história do Direito Marítimo e do Almirantado, p. 3-30.

³⁷ *Apud* NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 267.

privados se constituem em *direito trivializado* pela economia mundial,³⁸ o que requer uma intervenção do Estado mais eficaz na defesa do interesse público, em caso de conexão com o Direito brasileiro, com base no princípio da ordem pública, conforme o disposto no art. 17 da LINDB.

Uma sociedade hipercomplexa exige, ao menos, procedimentos complexos, o que demanda microssistemas jurídicos e, dessa forma, disciplinas jurídicas mais especializadas, como o Direito Marítimo, com fontes específicas e distintas de ramos tradicionais do direito, dentre os quais o Direito Penal, Direito Civil e Direito do Trabalho.

No Brasil, essas fontes do Direito Marítimo, quase 100% dependente das frotas de bandeiras estrangeiras, especialmente de (in)conveniência,³⁹ são aplicadas de forma quase automática e acrítica pelos operadores de direito, em regra, decorrem da produção da *Lex Maritima* no exterior.

Tais usos e costumes carecem, portanto, de filtragem jurídica crítica que contemple a eficácia dos interesses, pela ordem, dos usuários brasileiros de transporte aquaviário e dos *carriers* de nacionalidade brasileira, também chamados na terminologia regulatória setorial de EBNs (Empresas Brasileiras de Navegação).

Não há, portanto, como confundir o Direito Marítimo com o Direito do Mar e Direito da Navegação Marítima, nem com o Direito Portuário.⁴⁰ Aquela é uma disciplina autônoma, com objetos e fontes de direito diversos das disciplinas que foram mencionadas.

Além dessas disciplinas, o Direito Marítimo sofre grande influência do Direito Constitucional (art. 174, *caput*, da Constituição Federal) e, dessa forma, do Direito da Regulação do Transporte Aquaviário e da atividade portuária, cujo objeto é a regulação setorial do transporte marítimo, na qual se insere o navio, e do porto, considerado o pulmão dos mares, local onde o navio carrega e descarrega suas mercadorias (*goods*) e onde se dão os conflitos entre a ordem pública e o direito internacional.

Assim, cabe a transcrição do dispositivo da Constituição Federal que trata do dever do Estado regular a atividade econômica: "*Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade*

³⁸NEVES. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*, 268.

³⁹ Sobre o tema: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de (org.). *Marinha Mercante Brasileira: Longo Curso, Cabotagem e Bandeira de (in)conveniência*. São Paulo: Aduaneiras, 2014.

⁴⁰Sobre a disciplina, ver: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. *Direito Portuário e a Nova Regulação*. São Paulo: Aduaneiras, 2015.

econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado."

Essa disciplina é relevante tendo em vista a sua relação com o Direito Marítimo, especialmente porque os transportadores estrangeiros de carga e de passageiros que operam no Brasil operam sem outorga de autorização da Antaq, violando o marco regulatório (Código Civil - art. 731, e Lei n. 10.233/2001 - art. 14, inciso III, alínea e), ou seja, sem regulação eficaz que possa defender o interesse dos usuários.

O Direito da Concorrência também é relevante, especialmente pelas práticas protecionistas dos países em desenvolvimento, não obstante, participem, da Organização Mundial do Comércio. Nesse cenário de desigualdade e práticas desleais, é relevante a lição de Pierre Bauchet: *"Com o mercantilismo renascendo, o transporte pode não se tornar um elemento de 'bom comércio', mais um instrumento de dominação, como Colbert no passado dizia".*⁴¹

O Direito Marítimo também se relaciona sobremaneira com o Direito Internacional Público, vez que como o navio navega em vários mares, bem como se destina para vários portos em diversos países, além de ter uma nacionalidade própria e tripulação muitas vezes com várias nacionalidades, sofre grande regulação dos tratados internacionais, especialmente os editados pela IMO, OIT (Organização Internacional do Trabalho) e OMC (Organização Mundial do Comércio), dentre outras.

O Direito Marítimo atua em espaços jurídicos diversos e encontra tensão dialética entre o Direito nacional e o Direito internacional.⁴² Cabe acrescentar que o Direito Marítimo ainda possui ramos do direito voltados para os objetos das especificidades da atuação do navio, como Direito do Trabalho Marítimo,⁴³ Direito Tributário Marítimo, Direito Previdenciário Marítimo e Direito Ambiental Marítimo.⁴⁴

⁴¹ *Avec le mercantilisme renaissant, le transport risque de ne plus être un élément du 'bonne commerce', mais un instrument de domination, comme Colbert l'avait d'ailleurs conçu* (BAUCHET, Pierre. **Les transports mondiaux, instrument de domination**. Paris: Economica, 1998. p. 274).

⁴² Sobre o direito nacional e o direito internacional, bem como acerca do Registro Internacional Francês (RIF) e diferença entre o internacional e o intracomunitário no transporte marítimo (CHAUMETTE, Patrick. *Marine marchande, navigations et espaces juridiques*. In: GUILLAUME, Jacques (Org.). **Les transports maritimes dans La mondialisation**. Paris: Harmattan, 2008. p. 233-244).

⁴³ Acerca do tema: ZANINI, Gisele Duro. **A Aplicação da Lex Fori nos Processos Trabalhistas dos Marítimos com Conexão internacional que laboram nos Espaços Marítimos Brasileiros**. 2009. Dissertação (Mestrado) – Programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2009.

⁴⁴ Para maior aprofundamento no tema, no Direito brasileiro: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. Aspectos destacados da proteção ao meio ambiente marinho no Brasil. **Revista de Direito Ambiental**, v. 43, p. 222-245, 2006. No direito internacional: GAUCI, Gotthard. **Oil Pollution At Sea**. Civil Liability and Compensation for Damage. New York: John Wiley & Sons, 1997;

Após essa abordagem introdutória sobre as particularidades do Direito Marítimo, passa-se à Teoria da Argumentação Jurídica, com base em Manuel Atienza.

2. ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

2.1. Conceito

Para Manuel Atienza, embora o Direito não possa ser reduzido à argumentação, o seu enfoque argumentativo pode contribuir para uma melhor prática jurídica da seguinte forma:

[...] Para isso, não se pode prescindir, por suposto, dos aportes das grandes concepções do Direito de épocas passadas: da análise estrutural do Direito; da vinculação dos processos argumentativos com o comportamento dos juízes e outros operadores jurídicos; das relações entre a argumentação jurídica e a de natureza moral e política; dos limites (formais, institucionais) do raciocínio jurídico; ou dos elementos ideológicos e de poder que, evidentemente, podem ser encontrados no Direito e no raciocínio jurídico. Mas, ao mesmo tempo, nenhuma das principais concepções do Direito do século XX é plenamente satisfatória, por diversas razões: o formalismo (conceitual, legal ou jurisprudencial) padeceu de uma visão extremamente simplificada da interpretação e da aplicação do Direito e, portanto, do raciocínio jurídico; o jusnaturalismo tende a não acompanhar o Direito enquanto fenômeno social e histórico, ou a apresentá-lo em forma mistificada, ideológica; para o positivismo normativista, o Direito, pode-se dizer, é uma realidade dada de antemão (as normas válidas) e que o teórico deve simplesmente tratar de descrever, e não uma atividade, uma práxis, configurada em parte pelos próprios processos de argumentação jurídica; o positivismo sociológico (o realismo jurídico) centrou sua atenção no discurso preditivo², não no justificativo, certamente como consequência de seu forte relativismo axiológico e da tendência de ver o Direito com um mero instrumento a serviço de fins externos e carentes de valor moral; e as teorias “críticas” do Direito (marxistas ou não) tropeçaram sempre na dificuldade (ou impossibilidade) de compatibilizar o ceticismo jurídico com a assunção de um ponto de vista comprometido (interno), necessário para dar conta do discurso jurídico justificativo.⁴⁵

Para o autor, ainda que argumentar e decidir pareçam estar ligados, é possível que algum intérprete e aplicador do direito decida sem argumentar. Vejamos:

A princípio, pareceria que os dois fenômenos, argumentar e decidir, estão indissolavelmente ligados: o legislador, o juiz, o advogado, o jurista teórico... têm que argumentar porque têm que, eles mesmos, decidirem, ou têm que propor a outro que decida em algum sentido: a argumentação segue, ou precede, a decisão, como a sombra ao corpo. Mas, sem embargo, essa apreciação não é

INTERNATIONAL MARITIME ORGANIZATION – IMO. **Civil Liability for Oil Pollution Damage**. Texts of Conventions on Liability and Compensation for Oil Pollution Damage. London: IMO, 1996 e na União Europeia: KESSEDJIAN, Catherine *et al.* Le développement durable, quelles limites aux modes de transport?. In: GRARD, Loïe (Dir.). **L’Europe des transports**, p. 709-748; VIALARD, Antoine. Responsabilité limitée et indemnisation illimitée en cas de pollution des mers par hydrocarbures. In: GRARD, Loïe (Dir.). **L’Europe des transports**, p. 749-766; GAUTIER, Marie. Quelles sanctions pénales à l’encontre des pollueurs des mers. In: GRARD, Loïe (Dir.). **L’Europe des transports**, p. 767-774; FARRE-MALAVAL, Margerite. Les nouvelles exigences communautaires relatives à la conception des pétroliers: la “Double-coque” imposée. In: GRARD, Loïe (Dir.). **L’Europe des transports**, p. 775-784.

⁴⁵ ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentación Jurídica**. Capítulo 2. O que é argumentar. p. 1-9.

de todo exata. Por um lado, é perfeitamente possível que se decida sem argumentar, sem dar razões porque se decide de determinada maneira. De fato, a prática da argumentação (motivação) judicial é relativamente recente nos sistemas jurídicos do tipo continental (nos da *Common Law* não tem sido assim recente, pois sem uma mínima explicitação das *rationes decidendi* dos casos esses sistemas não poderiam funcionar); e há muitas decisões (de órgãos administrativos e de órgãos judiciais, as de menor importância) que não são motivadas, pois, caso contrário, seria impossível o funcionamento das instituições.

Essa falta de motivação adequada à ordem pública, que será vista adiante, traz insegurança jurídica, especialmente aos que aderem aos contratos de transporte marítimo, como os usuários.

Nessa linha:

Por outro lado, as argumentações não ocorrem apenas em contextos práticos (em relação às decisões e ações), mas também em contextos teóricos (com respeito às crenças e opiniões). A argumentação judicial em matéria de fatos, por exemplo, é desta segunda natureza, embora seja certo que, em última instância (como acontece com toda a fundamentação jurídica) tem um caráter prático: quando se dá por provado o fato, é porque ele é uma condição para a adoção (justificada) de uma determinada decisão.

Para escapar das dificuldades acima referidas, poderíamos dizer que o que faz surgir uma argumentação são problemas, questões que podem ter uma natureza prática ou teórica (conforme tenhamos que formar uma crença ou que decidir) e que também podem ter caráter abstrato ou concreto, real ou hipotético, etc. Argumentar, em suma, é algo que ocorre no contexto de resolução de problemas, embora a resolução de muitos problemas (inclusive jurídicos), muitas vezes requiera outras coisas, outras habilidades, para além da habilidade argumentativa.⁴⁶

Nesse ambiente, a doutrina jurídica é relevante para a crítica das decisões judiciais e administrativas. Mencione-se que a doutrina jurídica em qualquer ramo do direito e, especialmente no setor marítimo e portuário, em face da capacitação, ainda, inadequada de parcela dos magistrados para compreender as particularidades do setor (um problema estrutural, que vem desde o ensino jurídico nos Cursos de Direito, Escolas de Magistrados⁴⁷ e provas de ingresso à carreira da magistratura).⁴⁸

Esse problema ocorre, inclusive, nos tribunais federais, onde há magistrados, embora seja a exceção, que ainda julgam sem considerar o conhecimento especializado da academia e da doutrina, tal como o voto do Ministro Humberto Gomes de Barros, do Superior Tribunal de Justiça (AgReg em ERESP nº 279.889-AL), que causa perplexidade:

⁴⁶ ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentación Jurídica**. 2. O que é argumentar, p. 2-9.

⁴⁷ Cabe destacar a inédita iniciativa da Academia Judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina ao oferecer Curso de Direito Marítimo e Direito Marítimo aos seus magistrados e assessores em 2016.

⁴⁸ Acerca do tema: SARAIVA, Wellington Beckman; SAULO, Gerson da Silva. **Pré-Sal, Comércio Internacional e Poder Judiciário: Royalties - Histórico, Doutrina e Distribuição**. Prefácio Osvaldo Agripino de Castro Junior. São Paulo: Aduaneiras, 2014.

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. *Decido, porém, conforme minha consciência.* Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros *decidem assim, porque pensam assim.* E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. *Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico — uma imposição da Constituição Federal.* Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja. (itálicos do autor)

É urgente, portanto, uma mudança de paradigma, tal como leciona Lênio Luiz Streck:

Para aqueles que pensam que o Direito é aquilo que os tribunais dizem que é, o voto de Sua Excelência é um prato cheio. Só que não é bem assim, ou, melhor dizendo, *não pode ser assim* (ou, melhor, ainda bem que não pode ser assim!). Com efeito, o Direito é algo bem mais complexo do que o produto da consciência-de-si-do-pensamento-pensante, que caracteriza a (ultrapassada) filosofia da consciência, como se o sujeito assujeitasse o objeto. Na verdade, o ato interpretativo não é produto nem da objetividade plenipotenciária do texto e tampouco de uma atitude solipsista do intérprete: *o paradigma do Estado Democrático de Direito está assentado na intersubjetividade.*

Repetindo: o Direito não é aquilo que o intérprete quer que ele seja. Portanto, o Direito não é aquilo que o Ministro Humberto Barros diz que é (lembramos, aqui, a assertiva de Herbert Hart, em seu *Concept of Law*, acerca das regras do jogo de *criquet*, para usar, aqui, um autor positivista contra o próprio decisionismo positivista propagandeado pelo Ministro no voto em questão). A doutrina deve doutrinar, sim. Esse é o seu papel. Aliás, não fosse assim, o que faríamos com as quase mil faculdades de Direito, os milhares de professores e os milhares de livros produzidos anualmente? E mais: não fosse assim, o que faríamos com o parlamento, que aprova as leis? Se os juízes (do STJ) podem — como sustenta o Ministro Barros — “dizer o que querem” sobre o sentido das leis, para que necessitamos de leis? Para que a intermediação da lei?⁴⁹

Assim sendo, para evitar a polissêmia, é relevante o conceito de argumentação. Segundo

Manuel Atienza:

Assim como existem várias disciplinas que se interessam pela argumentação, também parece haver noções diferentes de argumentação. Por exemplo, os lógicos entendem os argumentos como cadeias de enunciados nos quais, a partir de alguns deles (as premissas), se pode passar para outro (a conclusão). Mas outros enfoques podem consistir em ver a argumentação como uma atividade ou *arte* dirigida a estabelecer ou descobrir as premissas; como uma técnica destinada a persuadir alguém de determinada tese; como uma interação social, um processo comunicativo que ocorre entre sujeitos diferentes e que deve respeitar certas regras, etc. Essa pluralidade de noções também pode ser observada no mundo do Direito; portanto, como foi visto, há uma contraposição

⁴⁹ STRECK, Lênio Luiz. **Crise de paradigmas** - Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz. Mimeografado, 2014, p. 4

característica entre a maneira de ver a argumentação pelos "precursores" e aquela dos autores que representam a "teoria standard" da argumentação jurídica.

A complexidade da noção não deriva simplesmente de que a expressão "argumentação" (ou "argumentar", "argumento" etc.) seja ambígua. Ou seja, para esclarecer seu significado não basta mostrar em que sentidos distintos se fala de argumentar, mas deveria ser também possível explicar que relação existe entre todos eles. Para conseguir isso, uma estratégia adequada pode consistir em utilizar a distinção que se faz entre *conceito* e *concepção*, ou seja, entre (a) uma noção muito ampla (um conceito) caracterizada por uma série de propriedades que deveriam se dar sempre que tenha sentido referir-se a argumentar, e (b) interpretações, concepções, distintas desses mesmos elementos. Conseguir-se-ia, assim, certa unidade na diversidade.⁵⁰

Para Manuel Atienza há quatro elementos que configuram o conceito de argumentação, quais sejam:

Os elementos que configuram o conceito de argumentação (em um plano muito abstrato) seriam os quatro seguintes. 1) Argumentar é sempre uma ação relativa a uma linguagem. Pode-se dizer que é um uso da linguagem que se caracteriza (frente a outros usos: descritivo, prescritivo etc.) pela necessidade de dar razões: se argumenta quando se defende ou se confronta uma determinada tese e se dão razões para tanto. Ademais, há argumentos, ou fragmentos de argumentos, que não consistem num uso *explícito* da linguagem, ao menos da linguagem falada ou escrita. 2) uma argumentação pressupõe sempre um problema, uma questão (de índole muito variada) cuja resposta tem que se basear nas razões apropriadas ao tipo de problema de que se trata. 3) uma argumentação supõe tanto um processo, uma atividade, como o produto ou resultado dessa atividade. Como atividade, a argumentação é tudo o que está entre a declaração do problema e solução do mesmo; como resultado, em uma argumentação sempre se deve distinguir essas três entidades: premissas, conclusão e inferência (a relação que se dá entre as premissas e a conclusão). 4) Argumentar é uma atividade racional, no duplo sentido de que é uma atividade orientada a um fim, bem como no sentido de que há critérios para avaliar uma argumentação; ou seja, sempre parece fazer sentido se perguntar se uma argumentação é boa ou ruim, melhor ou pior que outra aparentemente boa, mas na realidade muito ruim, e assim por diante.⁵¹

2.2. Da necessidade de (re)pensar a argumentação no Direito Marítimo brasileiro

A argumentação no Direito Marítimo carece de uma compreensão adequada, vez que, para interpretar e aplicar o direito, é necessária uma pré-compreensão. Como exemplos, há julgados que, na nossa percepção, inclusive, violam a ordem pública, tal como o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que manteve sentença que julgou procedente cobrança de sobre-estadia de contêiner, mesmo que, paradoxalmente, inexistia contrato entre o transportador e o usuário dos serviços.

⁵⁰ ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentación Jurídica**. 2. O que é argumentar. p. 2-9.

⁵¹ ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentación Jurídica**. 2. O que é argumentar. p. 3-9.

Embora tenhamos que cumprir as decisões judiciais, desde que não haja possibilidade de reforma, deve-se ressaltar que um dos deveres da academia é criticar a jurisprudência, visando aperfeiçoá-la. Tal dever é uma das justificativas da existência de vários Programas de Mestrado e Doutorado em Direito, bem como Grupos de pesquisa, livros e revistas especializadas no país.

O citado julgado teve como fundamento que a cobrança de *demurrage* de contêiner se dá pelos usos e costumes no transporte marítimo (*Lex Maritima*), o que não se pode tolerar, especialmente porque juiz estatal não pode julgar *contra legem* (ordem pública). A única exceção no direito brasileiro é para o árbitro, somente na hipótese da arbitragem ser por equidade, e não com base no direito. Vejamos o acórdão ora criticado:

Apelação com revisão nº 0026549-30.2011.8.26.0562

Comarca: Santos 2ª Vara Cível. Apelante: Cilomex Comercial Importadora e Logística em Comércio Exterior S/A. Apelada: Hand Line Transportes Internacionais Ltda. Voto nº 14.345.

EMENTA. Apelação. Ação de cobrança. Transporte marítimo. Tarifa de sobrestadia de contêineres. Sentença de procedência. Manutenção.

[...] 3. 'Demurrage'. Inequívoca responsabilidade do importador pelo pagamento de sobrestadia pelo atraso na devolução de contêiner, haja ou não cláusula contratual nesse sentido. Prática encontrando *amparo jurídico nos usos e costumes do comércio*, do pleno conhecimento de empresas como as litigantes, especializadas, ambas, em negócios tais. Hipótese em que, de todo modo, o instrumento do contrato é expresso ao estabelecer tal responsabilidade e o unitário pela sobrestadia. 4. Contêiner. Data da restituição do equipamento Prova cujo ônus toca ao devedor Ausência de prova impondo que se aceite a data apontada pelo credor, na nota de débito. [...] Apelação desprovida.

O uso equivocado, para não dizer abusivo por parcela da magistratura na apreciação e valoração da prova, do princípio do livre convencimento que estava disposto no CPC de 1973 - art. 131,⁵² contribuiu para que o adjetivo *livre* fosse suprimido do Novo CPC, tal como sugere o seu art. 371, vejamos: *Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.*

Por tais motivos, é importante doutrinar, especialmente porque o Direito Marítimo sofre grande influência do Direito Público, por meio do Direito Regulatório, e da economia internacional. O Direito Marítimo é uma disciplina com forte grau de dinamismo e que, portanto, requer um processo constante de atualização. Nesse ambiente assumem relevância, ainda, a

⁵² 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. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973, revogado pela Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil - Novo CPC)

ordem constitucional e a ordem pública, aqui considerados como elementos relevantes para uma argumentação jurídica adequada à Constituição Federal, tema que será abordado no Capítulo III.

3. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO MARÍTIMO

A constitucionalização do Direito Marítimo brasileiro tem possibilidade de maior eficácia através da regulação setorial independente (art. 174, *caput*, da CF/88), especialmente porque o seu objeto, o navio e suas relações jurídicas contratuais como, por exemplo, contrato de transporte marítimo, deve sofrer regulação por meio da Antaq.

3.1. Direito Marítimo e Direito Regulatório

Para citar um exemplo dessa possibilidade, será analisada a argumentação do Instituto Iberoamericano de Direito Marítimo (IIDM), Seção Brasileira, em ofício n. 004/2015, datado de 30 de agosto de 2015, enviado ao Diretor-Geral da Antaq a propósito da audiência pública da Resolução n. 4.271/2015, que trata dos direitos e deveres dos usuários e do transportador marítimo, fruto de discussão dos usuários insatisfeitos com os abusos cometidos pelos armadores, em sua maioria estrangeiros, e agentes intermediários.

A argumentação da tese de revogação da citada resolução da Antaq desconsidera que o contrato de transporte marítimo deve observar a regulação setorial feita pela Antaq, nos termos do art. 174, *caput* da Constituição Federal⁵³ e da Lei n. 10.233/2001 - Lei de criação da Antaq e que o direito privado deve, sempre, dialogar com o direito público, especialmente quando o fundamento é constitucional.

Além disso, o Projeto de Lei n. 1.572/2011, que institui o Código Comercial, são cristalinos no que tange à subordinação dos armadores e dos contratos de transporte marítimo às normas de Direito Público. Vejamos: "*Art. 549. O direito comercial marítimo reger-se-á pelas disposições do presente Código, sem prejuízo de outras normas aplicáveis, especialmente tratados internacionais ratificados*".⁵⁴

⁵³ Art. 174. *Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.*

⁵⁴ Texto aprovado em 29.02.2016 pela Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 1572, de 2011 do sr. Vicente Cândido, que *Institui o Código Comercial*, com base no parecer do Relator-Geral: Deputado Paes Landim. Disponível em: <www.camara.gov.br>. Acesso em: 10 mar. 2016.

O mesmo se dá com o Código Civil, por meio do parágrafo único do art. 2045, qual seja: "[...] *Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.*"

Sobre a vinculação dos contratos, inclusive de transportes, à Constituição e aos limites da ordem pública, cabe a lição de Maria Helena Diniz:

Vinculação da convenção a preceitos de ordem pública. O art. 2035, parágrafo único (norma especial), retrata, expressamente, a incindível vinculação da convenção de execução, feita pelos contratantes, a princípios jurídico-constitucionais, fazendo interligação entre a antiga e a nova situação jurídica. Os contratantes deverão sujeitar sua vontade às normas de ordem pública, que fixam, para atender os interesses da coletividade, as bases jurídicas fundamentais que dão suporte à ordem econômica da sociedade, como a função social da propriedade e dos contratos. A ordem pública é um limite à manifestação da vontade e às convenções particulares.⁵⁵(grifos no original)

Nesse cenário, de forma diametralmente oposta à doutrina da civilista, é pertinente citar trechos dos argumentos do ofício do IIDM-Brasil acima mencionado:

8. Partindo da premissa que o serviço de transporte marítimo tem natureza privada, mister se faz elucidar os limites de competência da ANTAQ para a regulação da atividade de transporte marítimo, especialmente em aspectos que envolvem o livre comércio e livre iniciativa do mercado como é o caso da Resolução em análise.

9. As resoluções editadas por agências reguladoras, como é o caso da ANTAQ, são classificadas como atos normativos em escala de menor potencial na pirâmide jurídica e, portanto, estão subordinadas às normas legais que estabeleçam regras prévias acerca do tema, não sendo possível a inovação ou contrariedade às leis.

[...]

17. O termo "*composição detalhada dos correspondentes valores dos preços*" trata de valores confidenciais, segredos comerciais de cada empresa, além de se referir a uma gama de valores que não caberia, no momento da oferta do serviço, serem detalhados, pois isto poderia impossibilitar o desenvolvimento livre econômico do negócio. Portanto, nota-se que a ANTAQ interfere para além da sua alçada de competência, interferindo inclusive no livre comércio.

[...]

20. O princípio da liberdade de contratar se desdobra em:

- Liberdade para contratar ou não contratar;
- Liberdade para escolher livremente a contraparte contratual;
- Liberdade para estabelecer o conteúdo do contrato.

[...]

⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado** – *Contém notas à LICC*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1405.

26. Pelo que foi exposto receamos que a proposta de norma venha tornar a legislação brasileira dissonante do que se pratica na indústria internacional, o que pode acarretar elevação de custos e desinteresse por investir no setor, razão pela qual opinamos pela REVOGAÇÃO DA RESOLUÇÃO 4.271 DE 4 DE AGOSTO DE 2015.⁵⁶ *(letra maiúscula no original)*

Não há, portanto, como concordar com os argumentos do IIDM-Brasil, seja pelo caráter constitucional da regulação setorial da Antaq no setor de transporte marítimo, inclusive nos contratos de transportes. Inexiste, portanto, incompatibilidade entre o marco regulatório do setor marítimo, a competência da agência reguladora e a liberdade de contratar, ressaltando-se que essa é relativa, e não absoluta, vez que deve observar as normas de Direito Público editadas pela Antaq, inclusive sanções, desde que esta discuta as mesmas em audiência pública, tal como feito na resolução acima.

Aliás, o princípio da livre iniciativa não é capaz, *per se*, de afastar a incidência de intervenção do Estado no domínio econômico e do princípio da defesa do consumidor. Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou, da seguinte forma:

O princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor. (RE 349.686, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 14-6-2005, Segunda Turma, DJ de 5-8-2005.) No mesmo sentido: AI 636.883-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8-2-2011, Primeira Turma, DJE de 1.3.2011.

A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CF, art. 170. O princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da Ordem econômica: CF, art. 1º, IV; art. 170. Fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor: empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa. (RE 422.941, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 5-12-2005, Segunda Turma, DJ de 24-3-2006.) No mesmo sentido: AI 683.098-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 1º-6-2010, Segunda Turma, DJE de 25-6-2010.

É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. *Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais.* Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts. 1º, 3º e 170. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da 'iniciativa do Estado'; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. [...] (ADI 1.950, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3-11-2005, Plenário, DJ de 2-6-2006.) No mesmo sentido: ADI 3.512, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 15-2-2006, Plenário, DJ de 23-6-2006.

⁵⁶ IIDM-Brasil. **Ofício n. 4/2015**. Ref. Resolução nº 4.271 de 4 de agosto de 2015. Análise pelo Instituto Ibero Americano de Direito Marítimo – Seção Brasileira. Data de 30 out. 2015.

Afinal, o mercado não é produto da natureza, e pode ser criado juridicamente para um fim socialmente justo. Não há, portanto, oposição entre regulação e mercado, tal como ensina Cass Sustein:

What, then, is the relationship between free markets and social justice? In answering that question, we should recognize that markets, free or otherwise, are not a product of nature. On the contrary, markets are legally constructed instruments, created by human beings hoping to produce a successful system of social ordering. As I have emphasized throughout, there is no opposition between 'markets' and 'government intervention'. Markets are (a particular form of) government intervention. Hence the interactions promoted by markets include coercion as well as voluntary choice. Markets should hardly be identified with freedom. The law of property, for example, coerces people who want access to things that they do not own. And like all instruments, markets should be evaluated by asking whether they promote our social and economic goals.⁵⁷

Aqui, portanto, é necessário um desafio hermenêutico, pois não como há insistir na aplicação do regime jurídico único privado dos contratos marítimos, especialmente porque o Direito é um só, que tem como fundamento e origem a Constituição Federal. Afinal, o Direito Marítimo não pode ser indiferente ao Direito Constitucional, ao Direito Administrativo e ao Direito Regulatório do transporte aquaviário.

É, portanto, dever do intérprete efetuar a modulação dos institutos do Direito Marítimo e, especialmente, os seus contratos, à luz do Direito Constitucional. A regulação setorial pressupõe equilíbrio, de modo que, não há só um regime jurídico de Direito Administrativo a depender da matéria, mas uma relação de publicização do Direito Privado e, por sua vez, do Direito Marítimo, e não o contrário, tal como sustenta o citado ofício, qual seja a privatização do Direito Constitucional na sua vertente de Direito Regulatório.

Esses direitos, de natureza pública, são derogatórios do Direito Privado, como o direito de propriedade que deve observar a função social da propriedade; e o contrato, que deve observar a função social do contrato (de transporte), conforme determina a Constituição Federal. A interpretação deve ser sistemática, com fundamento na Constituição, porque o direito não é um amontoado de normas. No âmbito do Direito Privado e, principalmente, da necessidade de um diálogo entre as fontes de Direito Privado e de Direito Público, para que aquele não prepondere sobre esse, a ordem pública assume relevância, especialmente em conflitos com partes de nacionalidades diferentes, como é comum no transporte marítimo internacional.

⁵⁷ SUNSTEIN, Cass R. **Free Markets and Social Justice**. Oxford University Press: Oxford, New York, 1999, p. 384.

3.2. Direito Marítimo e a ordem pública

Tendo em vista o alto grau de internacionalidade e de transnacionalidade, especialmente pela quantidade de atores internacionais que fazem uso dos navios e dos seus contratos de transporte e de utilização de embarcações, o Direito Marítimo relaciona-se sobremaneira com a ordem pública, aqui considerada como equidade.

Dessa forma, o Direito Internacional Privado é disciplina relevante para o Direito Marítimo, especialmente pela grande quantidade de nacionalidades existentes na expedição marítima, com grande potencial de conflito, o que demanda a necessidade de identificar lei e foro aplicáveis.⁵⁸

Assim, quando houver conflito e a regra indicada como aplicável for lei estrangeira, ela deverá passar por dois testes. O primeiro verificará se, conhecido o conteúdo do direito estrangeiro, não será o caso de sua não aplicação. Dentre os casos de exceção à aplicação do direito estrangeiro, o mais relevante é a ordem pública. Assim, se a regra estrangeira potencialmente aplicável violar a ordem pública do foro, ela não será aplicada, mas sim, a norma jurídica do foro local.

Deve-se mencionar, portanto, que é comum a cláusula de eleição de foro no estrangeiro em contrato de transporte marítimo, todavia, o Supremo Tribunal Federal historicamente tem interpretado a autonomia da vontade para eleição de foro, a fim de observar se o acordado foi a expressão inequívoca da vontade das partes.

Como exemplo, ao revisar decisão de instância inferior, o STF, ao analisar o Recurso Extraordinário nº 18.615, julgado em 21 de junho de 1957, não considerou a citada cláusula de eleição de foro para Amsterdã, na Holanda, em contrato de adesão de transporte marítimo.⁵⁹ De acordo com a doutrina francesa, a vontade é presumida e ocorre uma ficção, não há, portanto, concurso de vontades. Assim, segundo Nádia de Araújo:

⁵⁸ Com ênfase nos problemas envolvendo os contratos de transporte marítimo, inclusive na União Europeia: LAMY, Eduardo de Avelar. Contrato de transporte marítimo internacional: legislação aplicável e competência. *In*: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de (coord.) **Temas atuais de direito do comércio internacional**. v. 2, p. 407-431; SILVÉRIO, Fernando; MAY, Otávia de Oliveira. A cláusula de eleição de foro no conhecimento de transporte marítimo (*Bill of Lading*). *In*: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. (Org.) **Direito Marítimo made in Brasil**. São Paulo: Lex, 2007. p. 121-164; CALABUIG, Rosario Espinosa. Resolución de controversias y derecho aplicable em el transporte marítimo internacional: el caso de La Unión Europea. *In*: CASTRO JUNIOR. **Temas atuais de direito do comércio internacional**, v. 2, p. 433-466.

⁵⁹ Ressalte-se que tal prática vem sendo efetuada até hoje pelos países que possuem grande frota mercante aos exportadores e importadores de países com pequena frota mercante, como o Brasil, inclusive determinando como lei aplicável a Convenção para Unificação de Certas Regras de Direito concernentes aos Conhecimentos Marítimos, provenientes da Convenção de Bruxelas, de 25 de agosto de 1924, assinada, mas não ratificada pelo Brasil e as Regras de Haia, de 1968.

No seu voto, o Min. Villas Boas esclareceu que tinha como perfeitamente válida a convenção que transfere o conhecimento das questões do gênero a uma jurisdição estrangeira, mas no caso não podia admiti-la porque inexistia uma prova cabal da vantagem que uma determinada cláusula daria a uma das partes no foro de Amsterdã, e por isso achou que a parte estaria mais protegida na jurisdição brasileira.⁶⁰

Sobre o tema, a jurisprudência do STF está consolidada no sentido de admitir a eleição do foro e a prorrogação, mas com algumas particularidades, cabendo destacar, segundo Franceschini:

[...] os acórdãos dos eminentes e saudosos Mins. Carlos Maximiliano, Sent. Estr. 993, de Portugal, RT 136/824; Hahnemann Guimarães, Sent. Estr. 1.080, DJ 09.08.1949, p. 2.035; Annibal Freire, Sent. Estr. 1095, DJ 24.09.1949, p. 3.003-3.004 com referência a minha opinião, Estudos, 726, e José Linhares, Arq. Jud. 45/298-300, 'mas sempre com as restrições da ordem pública e da fraude à lei' (parecer Proc. Geral acolhido, Arq. Jud. 73/88). Perdurou nessa diretriz, Sents. Estrs. 1.546, RTJ 10/401, 1.855, RTJ 34/404, 1.820, RTJ 35/155. E continuou nos últimos acórdãos, avultando-se os de lavra do eminente Min. Luiz Gallotti, Rec. Extr. 10.419, DJ 09.12.1950, p. 3.218, 'reconhecendo plenamente a submissão voluntária'; no Rec. Extr. 34.606, RTJ 4/313, não a admitindo com toda a procedência, 'nos contratos de adesão' (transportes, seguros etc.) 'onde não existe um verdadeiro e inequívoco acordo de vontade'; e Sent. Estr. 1.649, DJ 23.04.1959, 380, 'prorrogação pelo comparecimento sem alegar a incompetência'.⁶¹

Ademais, os contratos de transporte marítimo de pessoas e coisas, embora tipicamente de adesão, possuem um regime diferenciado a partir da edição do Novo CPC. Isso se dá porque é possível ao juiz, de ofício, decretar a abusividade de cláusula de eleição de foro em qualquer contrato, e não somente o contrato de adesão, conforme o art. 63 adiante:

63. As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações. § 1º A eleição de foro só produz efeito quando constar de instrumento escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico. 2º O foro contratual obriga os herdeiros e sucessores das partes. § 3º Antes da citação, a cláusula de eleição de foro, se abusiva, pode ser reputada ineficaz de ofício pelo juiz, que determinará a remessa dos autos ao juízo do foro de domicílio do réu. § 4º Citado, incumbe ao réu alegar a abusividade da cláusula de eleição de foro na contestação, sob pena de preclusão.

Vale destacar, o controle que o magistrado tem, de ofício ou requerimento da parte, sobre a autocomposição em processo que trate de direitos que a admitam, bem como nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão, tais como cláusulas de eleição de foro ou abusivas, como se verifica nos contratos de transporte marítimo, nos termos do art. 190 do Novo CPC, *in verbis*:

⁶⁰ ARAÚJO, Nádía de. Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro. In: RODAS, João Grandino (Coord.). **Contratos internacionais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 219.

⁶¹ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. A lei e o foro de eleição em tema de contratos internacionais. In: RODAS, João Grandino (Coord.). **Contratos internacionais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 101.

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Diante de tal quadro, pode-se sustentar que no Brasil é permitido o *pactum de foro prorrogando* expresso ou tácito, quando inexistir fraude à lei, violação aos princípios de ordem pública, desatenção aos limites da liberdade contratual em tema de Direito Processual Internacional ou ofensa aos princípios fundamentais de Direito das obrigações em matéria contratual.⁶²

Não se deve, portanto, aceitar a eleição de foro sem qualquer conexão de caráter objetivo ou subjetivo admitido pelo Direito Processual Internacional,⁶³ tão somente em decorrência da experiência ou tradição de um determinado foro em face da exigência da especialização de certas matérias, tais como a do foro inglês para as questões de Direito Marítimo, empréstimos em eurodólares ou relativas ao comércio internacional de grãos, dentre outros.

A única exceção refere-se à possibilidade de eleição de juízo arbitral em país neutro diverso daquele a cuja jurisdição esteja submetida cada uma das partes litigantes, desde que se trate de disputa a respeito de matéria comercial e que envolva Estados ratificadores do Protocolo relativo às Cláusulas de Arbitragem, assinado em Genebra aos 24.09.1923 (art. 1º do Protocolo), e ratificado no Brasil pelo Decreto nº 21.187, de 22 de março de 1932.

Vale ressaltar que numa compra e venda internacional, por exemplo, há várias espécies de relações jurídicas, todas elas gerando direitos e deveres para as partes. Dentre as relações, podemos citar: a) as que ocorrem entre os operadores e o Fisco, em face da ocorrência dos fatos geradores que geram obrigação tributária, tal como o imposto de renda e o imposto de importação; b) aquelas envolvendo operadores de comércio exterior, transporte marítimo e os operadores portuários que, algumas vezes, causam avarias às cargas e possuem o dever de

⁶² Sobre o tema, com maior profundidade especialmente no que tange aos contratos internacionais de compra e venda celebrados na internet, ver: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. Direito das obrigações: os contratos internacionais de compra e venda. In: FERREIRA JUNIOR, Lier Pires; CHAPARRO, Verônica Zarate (Coord.) **Curso de direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006, p. 361-408.

⁶³ Os elementos de conveniência de foro indicativos da competência internacional *rationi loci* em matéria contratual devem ser reconhecidos como razoáveis pela ordem jurídica pátria, dentre os quais, o domicílio, o local do cumprimento da obrigação, a nacionalidade, o local da ocorrência do fato que gerou a obrigação.

indenizar e c) entre os exportadores e os importadores que, por estarem no exterior, às vezes não honram o contrato com as empresas brasileiras, dentre outras.

Mencione-se, ainda, que o Direito Internacional Público, portanto, é essencial no processo de segurança jurídica do transporte marítimo internacional, do meio ambiente marinho e no combate ao comércio internacional injusto. Para Jacques Guillaume, a instância pública definitivamente deve retomar nas mãos aquilo que jamais deveria ter perdido: o espírito da regulação.⁶⁴

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse cenário, a fim de contribuir para o debate, que se inicia, sobre a constitucionalização do Direito Marítimo e o equilíbrio entre os interesses da carga e do transportador, são feitas algumas conclusões:

a) O Direito Marítimo brasileiro é disciplina de direito privado que tem como objeto regular as relações jurídicas em torno do navio, como contrato de transporte, contrato de afretamento e a responsabilidade civil, e tem como fontes as convenções internacionais, Código Civil, Código Comercial e *Lex Maritima*. Apesar disso, qualquer ramo do Direito, seja público ou privado, não está imune à efetividade da Constituição da República.

b) O Brasil é um país com forte dependência das empresas estrangeiras de navegação, visto que a sua frota mercante é inexpressiva, o que faz com que os contratos de transportes (adesão) sejam redigidos no exterior, com cláusulas abusivas. Apesar disso, não se verifica no ensino jurídico uma perspectiva crítica e que defenda os interesses dos usuários de serviços de transporte marítimo (*cargo owners*) e das empresas de navegação brasileira.

c) O argumento dos armadores estrangeiros, aceito por parcela do Poder Judiciário, é fundado na tese de que as relações jurídicas devem observar a *Lex Maritima*, ou seja, os usos e costumes. Ocorre que, a maioria dos navios estrangeiros que presta serviços no Brasil é registrada em países de bandeira de conveniência, como Libéria, Panamá e Ilhas Marshall.

d) Tais países praticamente vendem suas bandeiras, para ter fonte de receita nesse mercado, incorrendo em práticas transnacionais e, muitas vezes, cometendo fraudes

⁶⁴ GUILLAUME, Jacques. Les transports maritimes dans La mondialisation. In: GUILLAUME, Jacques (Org.). *Les transports maritimes dans La mondialisation*. Paris: Harmattan, 2008, p. 22.

internacionais e crimes praticados contra a administração pública dos países onde operam, especialmente relacionados às defesas da concorrência, do usuário, do meio ambiente e da ordem tributária.

e) Assim, a argumentação jurídica, sem diminuir o papel relevante da hermenêutica, pode desmistificar a tese de não efetividade da ordem pública no Direito Marítimo e justificar a crítica ao uso sem limites da *Lex Maritima* no Direito Marítimo brasileiro pelos operadores do direito.

f) Para tanto, o Direito Marítimo deve ser recepcionado com a filtragem fundada na observância do princípio da ordem pública disposta no art. 17, LINDB, nos princípios constitucionais da soberania e da função social dos contratos de transportes, à luz dos arts. 170, 174, *caput* e 178, *caput*^[1], bem como Código Comercial e Código Civil, e do novo Código de Processo Civil que entrou em vigor, especialmente em face das cláusulas contratuais abusivas que tais contratos de transportes padronizados (de adesão) contém, com graves prejuízos aos usuários brasileiros, sem cumprir disposições constitucionais.

g) Nesse cenário, é relevante que o Direito Marítimo, como disciplina jurídica autônoma, observe os preceitos do Direito Regulatório.

h) Ademais, o Direito Marítimo moderno, emancipado à luz do Direito Constitucional, por via do Direito Regulatório (art. 174, *caput*), deve ser interpretado como um regime jurídico passível de publicização, e não o contrário (privatização), o que requer uma hermenêutica e argumentação jurídicas que equilibrem os diversos interesses das partes envolvidas no transporte marítimo internacional, especialmente com a observância da previsibilidade e da modicidade nos preços dos contratos de transportes.

i) Deve-se fugir da tradicional lógica binária (lícito x ilícito; público x privado; válido x inválido; civil x constitucional) que reina na juridicidade do Direito Marítimo. Ela é mais complexa. O intérprete e aplicador da norma, em cada caso concreto, deve buscar os efeitos práticos da sua

[1] Acerca da eficácia do princípio da reciprocidade nos tratados de transporte internacional, embora se trate de caso envolvendo transporte aéreo, tramita no STF a Repercussão Geral (RE n. 636.331), decorrente do AI 762184 RG / RJ - Rio de Janeiro. Repercussão Geral no Agravo de Instrumento. Relator(a): Min. Cezar Peluso. Julgamento: 22/10/2009. *Ementa: Recurso Extraordinário. Extravio de bagagem. Limitação de danos materiais e morais. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor. Princípio constitucional da indenizabilidade irrestrita. Norma prevalecente. Relevância da questão. Repercussão geral reconhecida. Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que verse sobre a possibilidade de limitação, com fundamento na Convenção de Varsóvia, das indenizações de danos morais e materiais, decorrentes de extravio de bagagem.* Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 22 jan. 2013. A decisão do STF poderá ter impacto na eficácia, no âmbito doméstico, das convenções que regulam a limitação da responsabilidade civil no transporte marítimo internacional. Sobre o tema: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Norman Augusto. **Limitação da Responsabilidade civil no transporte marítimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2016. Obra decorrente de pesquisa do PPCJ/Univali e International Maritime Law Institute, IMO, Malta, financiada com recursos da CAPES - Programa Professor Visitante do Exterior - PVE.

decisão, inclusive do ponto de vista da análise econômica, observar a força criativa dos fatos sociais, e a ordem pública, nos termos do parágrafo único do art. 2045 do Código Civil.

j) Nesse contexto, a discussão e a difusão de uma Política do Direito que possibilite, ao mesmo tempo, uma nova hermenêutica e uma nova argumentação, por meio da constitucionalização do Direito Marítimo, que contribuam para os novos desafios decorrentes dos embates dos interesses transnacionais que se dão no transporte marítimo, na busca de maior eficácia para a efetividade do interesse público no setor.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARAÚJO, Nádía de. Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro. *In*: RODAS, João Grandino (Coord.). **Contratos internacionais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ARROYO, Ignacio. **Compendio de Derecho marítimo**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2002.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito - Teorias da Argumentação Jurídica - Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002.

_____. **Curso de Argumentación Jurídica**. Mimeografado, 2015.

_____. **Una Filosofía del Derecho para el Mundo Latino. Otra vuelta de tuerca**. Mimeografado, 2015.

BAUCHET, Pierre. **Les transports mondiaux, instrument de domination**. Paris: Economica, 1998.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1572, de 2011 do sr. Vicente Cândido, que *Institui o Código Comercial*, com base no parecer do Relator-Geral: Deputado Paes Landim. Disponível em: <www.camara.gov.br>. Acesso em: 10 mar. 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado – Contém notas à LICC**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. A lei e o foro de eleição em tema de contratos internacionais. *In*: RODAS, João Grandino (Coord.). **Contratos internacionais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GUILLAUME, Jacques. Les transports maritimes dans La mondialisation. *In*: GUILLAUME, Jacques (Org.). **Les transports maritimes dans La mondialisation**. Paris: Harmattan, 2008.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo. IIDM-Brasil. **Ofício n. 4/2015**. Ref. Resolução nº 4.271 de 4 de agosto de 2015. Análise pelo Instituto Iberoamericano de Direito Marítimo – Seção Brasileira. Data: 30 out. 2015.

JAYME, Erik. **Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne: Cours Général de Droit International Privé**. The Hague, Boston, London: Martinus Nijhoff, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LORANGE, Peter. **Shipping Company Strategies: Global Management under Turbulent Conditions**. London: Emerald, 2008.

MOURA, Geraldo Bezerra de. **Direito da navegação**. São Paulo: Aduaneiras, 1991.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **Crise de paradigmas - Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz**. Mimeografado, 2014.

SUNSTEIN, Cass R. **Free Markets and Social Justice**. Oxford University Press: Oxford, New York, 1999.

TETLEY, William. **International Maritime and Admiralty Law**. Québec: Éditions Yvon Blais, 2002.

TÔRRES, Heleno Taveira. Regime jurídico das empresas de transporte aéreo e marítimo e suas implicações fiscais. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Comércio internacional e tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.