

**O ACESSO AO CONHECIMENTO DO DIREITO COMO
CONDIÇÃO DE EFETIVIDADE DA CIDADANIA**

Luiz Bráulio Farias Benítez

**TESE APRESENTADA AO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM
DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
COMO REQUISITO PARA A OBTENÇÃO DO TÍTULO DE
DOUTOR EM DIREITO**

Orientador: Prof. Doutor Sergio Cademartori

Florianópolis

2006

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

LUIZ BRÁULIO FARIAS BENÍTEZ

O ACESSO AO CONHECIMENTO DO DIREITO COMO CONDIÇÃO DE
EFETIVIDADE DA CIDADANIA

Tese aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito
junto ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina
pela Banca Examinadora composta pelos seguintes professores:

Prof. Doutor Sergio Urquhart Cademartori – Presidente

Prof^ª. Doutora Samyra Napolini

Prof. Doutor Marcos Leite Garcia

Prof. Doutor Argemiro Martins

Prof. Doutor Valcir Gassen

Prof. Doutor Orides Mezzaroba

Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito

Florianópolis, 16 de agosto de 2006

RESUMO

Esta tese ancora-se na idéia de que a cidadania só pode ser plena a partir do conhecimento que os detentores e destinatários do poder numa democracia - os cidadãos - possam deter sobre a estrutura jurídico-política do estado de direito. O pressuposto necessário dessa assertiva é que a efetivação do discurso dos direitos, de cunho constitucional, só pode materializar-se naquilo que se denomina de “a luta pelos direitos”. Com efeito, constitui-se numa falácia garantista a idéia de que basta a enunciação dos direitos das pessoas numa carta política para que possam realizar-se os mesmos no plano fático. Nesse caminho, esta tese visa em primeiro lugar a discorrer num plano diacrônico sobre a formação dos sistemas constitucionais atuais, a partir do ideal racional do iluminismo, o qual desemboca nos postulados constitucionalistas do tempo presente. Aborda ainda a tese os meandros da relação entre a administração pública e os cidadãos, mediados pela normatividade abstrata e as lutas concretas para a consolidação da cidadania. Chega-se assim à ineludível conclusão de que o conhecimento do direito – como conhecimento dos direitos – constitui a ferramenta mais adequada para a conquista da plenitude da cidadania. Esta luta dá-se no quadro jurídico-político de um estado cada vez mais ambíguo no que diz com a sua intervenção na sociedade operada conjuntamente com a tentativa de desvinculação do mesmo em relação às suas obrigações sociais. Abraçando a já histórica proposta iluminista consagrada na fórmula “*sapere aude*” o trabalho centra seu foco na possibilidade de instruir os cidadãos com conhecimentos basilares sobre o direito através do ensino formal obrigatório como meio de possibilitar uma igualitária formação que maximize a capacidade dos agentes materializarem a sua liberdade pela submissão plena do poder aos direitos. Assim, aposta-se que a efetivação dos direitos consagrados e a conquista de novos direitos viabilizará a adequação entre a normatividade e a realidade social e política vivenciadas cotidianamente.

PALAVRAS CHAVE: Educação, direitos fundamentais, estado de direito, democracia, cidadania.

RESÚMEN

Esta tesis se basa en la idea de que la ciudadanía solamente puede ser plena a partir del conocimiento que los detentadores y destinatarios del poder en una democracia – los ciudadanos – puedan poseer sobre la estructura jurídico-política del estado de derecho. El presupuesto de esta afirmación es el de que la efectividad del discurso de los derechos de rango constitucional solamente puede materializarse en lo que se denomina “la lucha por los derechos”.

En efecto, constituye una falacia garantista la idea de que basta la enunciación de los derechos de las personas en una carta política para que los mismos se vean realizados en plan fáctico.

En esa senda esta tesis pretende, en primer lugar, discurrir sobre un plan diacrónico a respecto de la formación de los sistemas constitucionales actuales, a partir del ideal racional de la Ilustración, que desemboca en los postulados constitucionalistas del los tiempos presentes.

Abarca todavía la tesis los avatares de la relación entre la administración pública y los ciudadanos, intermediados por una normatividad abstracta y las luchas concretas por la consolidación de la ciudadanía.

Se concluye de forma insoslayable que el conocimiento del derecho – como conocimiento de los derechos – constituye la herramienta más adecuada a la conquista de la plenitud de la ciudadanía. Esta lucha se da en el cuadro jurídico-político de un estado cada vez más ambiguo en lo que respecta a su intervención en la sociedad, operada conjuntamente con el intento de desvinculación del mismo en relación a sus obligaciones sociales.

Haciendo suya la ya histórica propuesta iluminista consagrada en la fórmula “*sapere aude*” el trabajo enfoca la posibilidad de instruir los ciudadanos con conocimientos básicos sobre el derecho a través de la enseñanza formal obligatoria, como medio de hacer posible una formación igualitaria capaz de potenciar la capacidad de los agentes en la concretización de su libertad, por la sumisión plena del poder a los derechos.

De esta forma se apuesta en que la concretización de los derechos consagrados y la conquista de nuevos derechos posibilitará la adecuación entre la normatividad y la realidad social y política vivida en lo cotidiano

PALABRAS CLAVES: Educación, derechos fundamentales, estado de derecho, democracia, ciudadanía.

SUMMARY

This thesis anchors in the idea that citizenship only can be complete after the knowledge that the holders and the addressees of power in a democracy – the citizens – may have on laws and on the political structure of a state run by the rule of law. The necessary condition of this statement is the realization of the discourse of constitutional rights, which can only be materialized by what is called "a struggle for rights". In effect, it is a guarantist fallacy the idea that it is sufficient the statement of people rights in a political bill so as to make real these rights.

In this way, the thesis first discusses, in a diachronic plan, the formation of contemporary constitutional systems from the rational ideal of the Enlightenment, which arrives to constitutional principles of present time.

This thesis also deals with the difficulties of the relation between public administration and the citizens, which is mediated by the abstract ruling and the concrete fights for the consolidation of citizenship.

There comes the forceful conclusion that law knowledge – as the knowledge of rights – is the most adequate tool to conquer a full citizenship. This struggle is held in the law and in the political domaine of a state which becomes more and more ambiguous when it intervenes in a society, together with the intent of getting rid of its social obligations.

This thesis embraces the historical proposal of the Enlightenment which is expressed in the formula "sapere aude". It focuses on the possibility of instructing the citizens with basic knowledge on law by means of formal and obligatory instruction, in order to make for an equal formation which could maximize the capacity of agents to materialize their liberty by the full submission of power to rights.

Hence, it is expected that the realization of ensured rights and the conquer of new rights will make possible the adequacy of normativity and the socio-political reality which is experienced every day.

KEY WORDS: Education, fundamental rights, rule of law, democracy, citizenship.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO 1

1. DO IDEAL DO DIREITO RACIONAL AO SISTEMA ABERTO: REFLEXÕES SOBRE A DICOTOMIA DIREITO PÚBLICO/DIREITO PRIVADO.....

1.1. Elementos do processo de racionalização do direito na passagem da
idade média à idade moderna.....

1.2 A positivação da dogmática e o processo de autonomização do sistema
civilista enquanto sistema fechado.....

1.3 Do apogeu da sistematização codificada e centralizadora do sistema
civilista ao processo de descodificação patrocinado pelo intervencionismo
estatal: a ruptura da autonomia privada.....

1.4 A transformação principiológica no sistema civilista promovida pela
passagem da noção de estado de direito para a concepção de estado social.....

1.5 A Abertura do sistema jurídico civilista perante a influência do
constitucionalismo.....

1.6. Resumo e aportes tópicos sobre a racionalização, codificação,
descodificação e constitucionalização do direito civil.....

1.6.1 A cientificidade do direito ocidental.....

1.6.2 O monopólio da administração pública por juristas.....

- 1.6.3 A dessacralização do direito.....
- 1.6.4. A positivação e a autonomização do direito.....
- 1.6.5 Os fenômenos da codificação e a posterior descodificação.....
- 1.6.6 O direito civil influenciado pelo constitucionalismo.....

CAPÍTULO 2

2 A NOVA CONFIGURAÇÃO ESTATAL A PARTIR DAS RELAÇÕES ENTRE A ADMINISTRAÇÃO E OS CIDADÃOS.....

- 2.1 A pluralidade e o casuísmo legislativo como fatores de redução da generalidade e abstração das normas no novo contexto estatal.....
- 2.2 O novo papel da constituição: o princípio da constitucionalidade.....
 - 2.2.1 A força normativa da constituição na polêmica entre Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse.....
 - 2.2.2 A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: o contributo de Peter Häberle.....
 - 2.2.2.1 Constituição e realidade constitucional segundo Häberle
 - 2.2.2.2 A relação entre o aparato estatal e a sociedade na interpretação aberta da constituição.....
 - 2.2.2.3 O âmbito da legitimidade na interpretação aberta da constituição.....
 - 2.2.2.4 O papel da democracia no contexto da interpretação aberta da constituição.....

2.3 O contributo da teoria do garantismo ao debate sobre a legitimidade do estado constitucional.....	
2.3.1 O garantismo como base da democracia substancial.....	
2.3.2 Indissociabilidade da democracia representativa e da democracia direta.....	
2.4 Tendências do direito na era do constitucionalismo.....	
2.5. As tendências de participação como resultado da crise no estado de direito e do constitucionalismo.....	

CAPÍTULO 3

3 A PARTICIPAÇÃO DOS DESTINATÁRIOS NO PROCESSO DEMOCRÁTICO E A LEGITIMIDADE DO ESTADO CONTEMPORÂNEO.....

3.1 A ação individual e a relação social.....	
3.2. A ação social em Habermas: ação e discurso.....	
3.3 Âmbito de atividade participativa dos destinatários do direito: a esfera pública.....	
3.3.1 A construção da esfera pública.....	
3.4 Argumentação e consenso como base do estado de direito contemporâneo.....	
3.5 O direito como facilitador do entendimento em processos comunicacionais e o problema da legitimação no Estado contemporâneo.....	

.....

3.6 Conhecimento do direito e efetivação da cidadania.....

 3.6.1. A educação para a vida social.....

 3.6.2. As funções da educação.....

 3.6.3. Sinopse da educação na história.....

 3.6.3.1. A história geral da educação.....

 3.6.3.2. Os primórdios do ensino do direito em Roma.....

 3.6.4. O direito como disciplina e a educação.....

 3.6.5. O conhecimento do direito e a cidadania.....

 3.6.6. O conhecimento do direito e a luta contra o saber-poder.....

 3.6.7. A presunção de não ignorância da lei.....

 3.6.8. A luta por direitos.....

CONCLUSÃO.....

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....

INTRODUÇÃO

Esta tese, intitulada *O conhecimento do direito como condição de efetividade da cidadania*, pretende investigar alguns subsídios teóricos que demonstrem a necessidade de que os cidadãos, como destinatários de um ordenamento normativo estatal, sejam capacitados com um saber sobre os próprios direitos.

A institucionalização de mecanismos que viabilizem a aprendizagem do direito como instrumento emancipatório para os cidadãos tem sido subestimada pelos teóricos do direito.

A conformação do estado de direito, sobre as bases de um constitucionalismo material, carece de uma legitimidade fundamentada pela participação ativa e direta dos cidadãos. A conquista de uma democracia em termos substanciais passa por um processo de argumentação discursiva travada no espaço público e de acordo com os direitos fundamentais¹. Tem-se assim que o conhecimento do direito é imprescindível para o

¹ Apesar da dificuldade de definir os direitos fundamentais, eles constituem exigências morais importantes, que pretendem ser colocadas como direitos oponíveis aos poderes públicos. Sua história se confunde com a do Constitucionalismo, o qual pretendeu esquematizar um modelo de convivência política (a constituição), por trás da qual estariam os próprios cidadãos. Em linhas gerais o reconhecimento dos direitos fundamentais se dá através de algumas características: a) são direitos limitadores dos poderes do estado em benefício da superioridade dos cidadãos; b) supõe uma concepção individualista da sociedade; c) são direitos históricos; d) sua validade resulta de um consenso geral dos homens; e) são inalienáveis; f) são inclusivos, isto é, o gozo de uns não pode excluir o dos demais. Os “direitos fundamentais do homem” (José Afonso da Silva) reúnem princípios que informam a ideologia política de um ordenamento jurídico. Este ordenamento apresenta em nível de direito positivo as garantias e instituições que prometem proporcionar “uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”. Em boa parte os problemas teóricos que envolvem os direitos humanos advêm em boa parte

exercício da cidadania e consolidação de um estado garantista num processo democrático que conte com a participação engajada dos membros da sociedade.

O tema desta tese é o conhecimento do direito e a legitimação deste pela participação ativa do cidadão. O conhecimento do direito é um conceito operacional que se entende aqui como um direito à informação mínima a respeito de alguns conhecimentos técnicos que lhe permitam manifestar-se na elaboração, interpretação e aplicação do direito. Este debate se trava no seio da filosofia e da teoria do direito contemporâneas, pois trabalha-se com a legitimidade do direito e a tradicional dicotomia entre formalismo e substancialismo.

O problema, posto em forma de pergunta, é: O conhecimento do direito pelos seus destinatários é importante na legitimação do direito e na afirmação da cidadania? A hipótese afirmativa será a resposta investigada.

A justificativa desta tese parte de dois pressupostos: o primeiro, o de que, se o conhecimento serve para a emancipação humana, o conhecimento do direito nela se inclui de forma privilegiada. O segundo pressuposto tem caráter técnico: a carência de legitimidade no constitucionalismo material do ponto de vista da participação dos destinatários.

Na contemporaneidade o estudo do direito tem se centrado maciçamente nos problemas na estruturação teórica do normativismo, mais do que na solução dos

pelo triunfo de sua dimensão funcional sobre a dimensão material: a expressão é usada para designar exigências morais importantes à comunidade política, mas essas exigências já não são as mesmas ou não são compreendidas como tais por todos. Cf. SANCHÍS, Luis Prieto. Derechos fundamentales. In: VALDÉS, Ernesto Garzón; LAPORTA, Francisco J. (organizadores). El derecho y la justicia. Madrid: Trotta, 1996, 501-510. Cf. CADEMARTORI, Sergio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem*

problemas de legitimidade pela via participativa dos cidadãos. Esta lacuna torna justificável um estudo em tal sentido: o de demonstrar que o direito deve estar a serviço da cidadania e colaborar na consolidação de um estado garantista e democrático.

O objetivo geral desta tese enfoca a necessidade de disponibilizar o acesso ao conhecimento do direito para viabilizar o pleno exercício da cidadania por meio da efetivação dos direitos e garantias fundamentais visando a uma integração social, democrática e participativa como requisitos de legitimidade e validade do estado de direito.

Esta tese emprega o método dedutivo para acolher algumas teorizações gerais e aplicá-las ao caso da ação individual. O desenvolvimento desta tese se divide em três capítulos a seguir descritos.

No primeiro capítulo demonstrar-se-á a construção de uma autonomia individual baseada na capacidade jurídica e na liberdade, o que outorgou independência moral e intelectual para a regência das relações de ordem privada. Esta autonomia foi relativizada por força de leis que passaram a regular cogentemente situações que antes eram restritas à autonomia da vontade dos sujeitos. A autonomia moral e intelectual que tinha primazia na ordem privada perde seu lugar frente aos interesses coletivos que acompanham a conformação do estado social. Nesta nova realidade ocorre uma profusão de leis que se sobrepõem à vontade individual, até mesmo nas relações privadas. Isto ocasiona a necessidade de os agentes conhecerem previamente as normas jurídicas que a autonomia da vontade não poderia mais sobrepujar. O destaque da importância do

conhecimento das normas nesta nova situação ocorre porque sob o império da autonomia da vontade os sujeitos contavam com a força das normas convencionadas, ou com a potestade em algumas situações jurídicas, como no caso do pátrio poder no direito de família ou no caso do *dominus* no direito da propriedade. Superada a mera soberania da vontade que facultava um entendimento a respeito das regras convencionadas entre as partes, o conhecimento das leis passa a ser um imperativo para previsibilidade dos resultados das relações jurídicas. Os argumentos para a demonstração dessa passagem da autonomia da vontade para uma heteronímia das relações privadas se realizou com a abordagem dos seguintes temas: a) a racionalização do direito e a formação do estado moderno que impõem a generalidade e a abstração da lei como representação formal da impessoalidade do exercício do poder por parte do estado; b) a positivação do direito e o processo de autonomização do direito civil como sistema fechado a heteronomias; c) a codificação e a descodificação do direito civil como um grande processo que corporifica a passagem das leis gerais e abstratas às leis especiais; d) as mudanças principiológicas no direito civil contemporâneo sob a influência do estado social; e) a superação da fragmentação do sistema de direito privado promovida por um constitucionalismo unificador do ordenamento jurídico.

No segundo capítulo investiga-se a legitimação do direito e do estado no contexto das modernas sociedades democráticas. Nestas sociedades a legitimação do estado e do direito passa a contar explicitamente com o elemento político. A coerência da sociedade se estrutura na defesa da emancipação pela via da liberdade e da igualdade dos

indivíduos frente ao poder estatal. Tudo isto entrou em crise com a proliferação de leis setoriais destinadas a atender pressões políticas de grupos organizados ou até mesmo manipulações escusas dos detentores do poder. As desigualdades fáticas entre os membros da sociedade civil contrastavam com a igualdade formal tematizada pelo direito. Estes elementos ocasionaram uma crise cuja solução se configurou na expectativa do poder unificador da constituição e no atendimento de necessidades substanciais para a sociedade. Foi nesta configuração do estado social que parcelas majoritárias da população passaram a ter maior acesso ao processo político. O distanciamento da normatividade estatal frente à realidade social estava em xeque. A crescente participação da sociedade na atuação do estado e dos seus poderes passa a ser concebida como um elemento fundamental para a legitimação substancial do próprio estado e seu sistema de direitos. Os temas que se desenvolvem para elucidar este raciocínio são os seguintes: a) a supremacia constitucional como garantia de estabilidade, legitimação e unidade do sistema jurídico estatal; b) abertura do sistema constitucional à recepção de influências provindas da sociedade; c) a força normativa da constituição; d) os destinatários como protagonistas da interpretação constitucional democrática e legítima; e) o garantismo, a legitimidade do estado constitucional, a participação dos destinatários das normas e a democracia substancial.

No terceiro capítulo busca-se demonstrar que a participação da sociedade como meio de legitimação do estado e do direito tem de partir da análise da ação dos indivíduos como elemento basilar das relações sociais. Este é o componente metodológico que possibilita a construção de categorias coletivas com um maior grau de

precisão. A questão fundamental para analisar a conduta individual é a compreensão do sentido da ação que o sujeito manifesta. É assim que se poder analisar a racionalidade causal entre a ação e os resultados previstos pelo agente, especialmente no que diz respeito ao caráter racional-legal do estado de direito (Weber). As relações sociais se estruturam através de intersubjetividades comunicativas que constroem a concepção cultural de mundo dos sujeitos. Assim a legitimação do estado e do direito embasada na participação democrática dos destinatários tem de levar em conta as particularidades que compõem esse processo comunicativo, especialmente no que diz respeito ao conhecimento do direito. É a partir deste conhecimento que os agentes podem otimizar a previsibilidade das causas e efeitos das próprias condutas numa realidade juridicamente estabelecida. O desenvolvimento dos temas para construir esta argumentação são os seguintes: a) a ação individual, a relação social e o discurso como elementos principiológicos na participação democrática; b) a esfera pública como ambiente da atividade participativa dos destinatários do direito; c) a argumentação, o consenso e o direito como bases de legitimação do estado contemporâneo; d) a educação e o conhecimento do direito como meios para efetivação da cidadania.

CAPÍTULO 1

1. DO IDEAL DO DIREITO RACIONAL AO SISTEMA ABERTO: A DICOTOMIA DIREITO PÚBLICO/DIREITO PRIVADO

Pretende-se neste capítulo traçar o histórico das concepções que visaram racionalizar a fundamentação do direito da idade média até os dias atuais, centrando a análise sobre o direito civil, pois é este ramo que, desde Roma até o século XIX, serviu de base a todas teorizações sistemáticas do direito. É necessário salientar que o método de desenvolvimento deste estudo se efetuará através de considerações históricas sem um estrito rigor cronológico e sim enfatizando os principais fenômenos que fomentaram as transformações registradas ao longo da história.

No primeiro item buscou-se elaborar um panorama sobre as principais características que marcaram o processo de racionalização do direito na passagem dos períodos da idade média para a idade moderna. [Este processo de racionalização do direito teve início na idade média, e certos episódios aí ocorridos serão analisados.](#)

Na segunda divisão expõem-se alguns aspectos que permitem a compreensão do fenômeno da positivação do direito e o processo de autonomização do direito civil. Estas características guardam íntimas ligações com o desenvolvimento da cultura moderna,

num contexto histórico no qual a sociedade e o estado necessitavam de uma estrutura jurídica maleável no tempo e no espaço para atender os anseios de uma nova sociedade em desenvolvimento.

A terceira divisão relata as diversas significações que o direito civil recebeu ao longo do tempo. Logo a seguir, são elencadas as bases que conduziram o processo de racionalização e sistematização que culminaram na codificação do direito civil, originariamente imbuído de pretensões de auto-suficiência e completude. Conclui-se a abordagem com a descrição dos principais fatores que levaram a descodificação do sistema civil no decorrer do século XX.

A quarta divisão foi dedicada à elaboração de um diagnóstico do direito civil contemporâneo, com maior atenção sobre as mudanças nos princípios elementares do sistema civil. Tratou-se de evidenciar os motivos que provocaram uma reavaliação principiológica do direito civil, especialmente no que diz respeito à evolução da cultura e da função estatal na passagem do estado de direito para uma noção de estado social.

Na quinta divisão a atenção recaiu sobre as conseqüências da abertura do sistema civil a fontes heterônomas, em resposta às exigências de flexibilidade que os acontecimentos do século XX impuseram. Buscou-se investigar como a fragmentação do direito privado e a descodificação do direito civil poderiam ser superadas através de uma nova realidade unificadora do ordenamento jurídico promovida pela evolução do constitucionalismo.

1.1. ELEMENTOS DO PROCESSO DE RACIONALIZAÇÃO DO DIREITO NA PASSAGEM DA IDADE MÉDIA À IDADE MODERNA

A compreensão do direito moderno exige que se leve em conta o contexto histórico no qual o direito ocidental se desenvolveu rumo à cientificidade. Nos primeiros séculos da idade média a legislação tinha uma importância secundária e a ciência jurídica ainda não existia. Dessa época não há registros da existência de tratados de direito ou de ensino profissional do direito. A consequência disso foi a permanência de um direito oral derivado dos costumes tribais e regionais (os tribunais da alta idade média não se assemelhavam com os do império romano tardio). O único direito supranacional era o da Igreja Romana que vigia em todo o ocidente, mas sua importância limitava-se principalmente a questões administrativas da própria igreja².

² Para Caenegem, “as coleções de capitulares, que às vezes são encontradas nos próprios manuscritos como textos de leis nacionais, eram escritas para uso de praticantes e não se destinavam à exposição doutrinária através de comentários ou manuais. Alguns rudimentos do pensamento romano eram conhecidos através de textos como a *Lex Romana Visigothorum* ou as *Etymologiae* de Isidoro de Sevilha, uma pequena enciclopédia que destilava o conhecimento da Antiguidade. Mas esses vestígios isolados da antiga cultura jurídica não eram nem estudados, nem analisados. Seja como for, as escolas de direito ou dos advogados capazes de realizar um trabalho dessa natureza tinham desaparecido. As fontes do período revelam a ignorância do direito romano e, às vezes, do direito das capitulares, mesmo entre aqueles cujas atividades profissionais exigiam em princípio que estivessem familiarizados com essas fontes. Portanto, não é surpreendente que seja extremamente raro encontrar um autor qualificado e independente, expressando uma opinião crítica, o que deveria ser precisamente a função da jurisprudência. Uma figura excepcional nesse contexto foi Agobardo de Lyon († 840), que ousou atacar os ordálios e o princípio de personalidade na aplicação do direito. Até mesmo o direito canônico, que gozava de considerável prestígio, não inspirou qualquer estudo ou comentário teórico: os autores das coleções limitavam-se a reunir as normas existentes, e a promulgação de novas normas pelo papa ou pelos conselhos (especialmente pelo conselho dos francos) era extremamente rara”. Cf. CAENEGEM, R. C. *Uma*

A racionalização do direito moderno começou nos primórdios do segundo milênio. Sobre este tema é um referencial o trabalho de Franz Wieacker sobre as transformações no pensamento jurídico. Para ele, a correspondência entre o que se desenvolvia no pensamento jurídico e seu mundo circundante mostra as mútuas influências que ocorreram em cada época³, em maior ou menor grau: “Assim, o caldo de cultura da ciência jurídica medieval foi constituído pelos poderes universais da Idade Média anteriores à formação dos Estados nacionais; o do jusracionalismo clássico, pela escolástica da baixa Idade Média e pelas teorias sociais de Calvino e da contra-reforma; o torrão natal da Escola Histórica foi o antigo império teutónico, não o moderno Estado constitucional”.⁴

Para Wieacker as etapas históricas pelas quais se desenvolve o direito privado alemão são o resultado de quatro grandes mudanças no pensamento jurídico europeu, que podem ser vislumbradas com uma clareza maior do que nos outros antigos estados nacionais da Europa ocidental. Segundo o autor são eles: a) o surgimento de uma ciência jurídica européia nos séculos XII a XIV e sua conseqüente expansão e recepção disseminada em toda a Europa dos séculos XIII a XVI; b) o surgimento e domínio

introdução histórica ao direito privado. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 33-35.

³ “A escolástica e a ciência jurídica dos glosadores, cujos princípios metodológicos comuns eram a autoridade trans-histórica dos textos e a aplicação das figuras lógicas da tradição escolar geral da Idade Média; o humanismo filológico e jurídico, cujas raízes comuns são um desejo de verdade comprometida com a palavra, modelar e depurada, dos antigos; a época da matemática e o jus-racionalismo, que, da mesma forma, procuravam as leis gerais da natureza física e social; o desenvolvimento do sentido histórico e do historicismo e a escola Histórica, que se funda na descoberta da historicidade da moral e da liberdade humana; e finalmente, o positivismo das ciências naturais e sociais e o naturalismo jurídico, ambos orientados para a aceitação do determinismo, de acordo com as leis mecanicamente causais”. Cf. WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*, p. 9-10.

⁴ Cf. WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*, p. 10.

hegemônico do aspecto espiritual do jusnaturalismo racional nos séculos XVII e XVIII; c) a consolidação da escola histórica e do positivismo legalista e a jurisprudência dos conceitos do século XIX; d) o colapso do positivismo e a sua crise no século XX.⁵

No entanto a teorização do direito que se desenvolve desde o medievo atinge a sua maior complexidade no século XX. Entre as observações possíveis destaca-se neste estudo a característica da racionalização⁶ do direito, que através de um formalismo

⁵ Cf. WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*, p. 11.

⁶ Racionalização é um conceito ambíguo desde outros conceitos afins com razão, racionalidade e racionalismo, consistindo assim numa impossibilidade de se atingir uma definição geral. O termo racionalização pode ser relacionado a três significações distintas. Uma no sentido de “explicação ou justificação falsa ou egoísta das crenças ou práticas de um indivíduo ou grupo” que não apresenta maior importância para os objetivos deste trabalho. Uma outra é a “concepção especial de racionalização” associada ao domínio econômico e desenvolvido na Alemanha na época da primeira guerra mundial. A referência central dizia respeito à reorganização econômica voltada a coordenar, integrar, padronizar e planejar estruturado a partir de “sistemática exploração institucionalizada da pesquisa, conhecimentos, técnicas, métodos e atitudes científicas na produção, administração, distribuição e finanças”. Neste tipo de uso a racionalização enfrentava ambigüidades dependentes do ponto de vista a ser indagada, pois a racionalização técnica podia ser irracional no sentido econômico, a racionalidade administrativa poderia ser irracional do ponto de vista da eficiência do mercado, e assim por diante. Já a terceira significação, a “concepção geral de racionalização” é a que apresenta maior importância para esta tese. É nesta acepção que “as forças de racionalização —ciência e tecnologia, mercados e burocracia, disciplina e auto disciplina - são entendidas como algo que impregna todas as esferas da vida: a cultura, a sexualidade e a própria personalidade, tanto quanto a produção, a guerra, o direito e a administração”. Este sentido de racionalização se deve ao trabalho de Max Weber que apresentou uma “tentativa de caracterizar e explicar em perspectiva histórica mundial o ‘racionalismo específico e peculiar’ da moderna civilização ocidental”. Weber demonstrou modos de racionalização “em todas esferas da vida e em todas as grandes civilizações”, orientadas para diferentes fins e valores. O interesse mais perseguido por Weber foi “especificar e explicar o caráter distinto do modelo ocidental de racionalização”. Com esse desiderato, Weber destacou seis processos sociais e culturais fundamentais: “1) o desencanto e intelectualização do mundo, e a resultante tendência a ver o mundo como um mecanismo causal sujeito ao controle racional; 2) o surgimento de um *ethos* de realização secular impessoal, historicamente alicerçado na ética puritana da vocação; 3) a crescente importância do conhecimento técnico especializado em economia, administração e educação; 4) a objetificação e despersonalização do direito, da economia e da organização política do estado, e o conseqüente recrudescimento da regularidade e da calculabilidade da ação nesses domínios; 5) o progressivo desenvolvimento dos meios tecnicamente racionais de controle sobre o homem e a natureza; 6) a tendência ao deslocamento da orientação da ação tradicional e assente em valores racionais (*wertrational*) para a ação puramente instrumental (*zweckrational*)”. O elemento comum a estes processos é o destaque da racionalidade ‘formal’ sobre a ‘substantiva’. Ou seja, a supervalorização da calculabilidade da ação perante uma certa indiferença aos seus fins ou valores informativos. “O que é ‘específico e peculiar’ no modelo ocidental de racionalização é, portanto, o fato de o ‘fim’ em função do qual a ordem social é racionalizada —calculabilidade máxima

procedimental burocrático com inspiração positivista conduziu a uma compreensão do direito privado como fenômeno separado da realidade social. Estas características fizeram parte da consolidação do chamado “estado legislativo”⁷ do século XIX, no qual a potência soberana absoluta se desloca em direção ao parlamento e sua produção legislativa. Sob este novo paradigma⁸ de estado de direito enquanto império da lei, a norma jurídica legislada passou a ser considerada a instância máxima, não obedecendo ela própria a nenhuma limitação de conteúdo quanto ao que pudesse ser legislado. Como decorrência disso a interpretação do princípio da legalidade no estado legislativo assumiu um caráter material enfraquecido em contraste com um acentuado formalismo. Dessa forma qualquer poder deveria ser conferido pela lei, sendo o seu exercício e procedimentos conferidos exclusivamente por ela, sem a observância de quaisquer parâmetros substanciais oriundos da constituição.

Todo esse processo de formalização da lei desencadeou uma nova forma de legitimar o poder político, agora sob a base da impessoalidade de seu exercício e amparado no respeito incondicional das disposições legais. Entretanto no decorrer do

- não ser realmente um fim, mas um *meio generalizado* que facilita indiscriminadamente a busca deliberada de todos os fins substantivos”. Cf. BRUBAKER, William Rogers. Verbete racionalização. In: OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom; *et alii*. Dicionário do pensamento social do século XX. Trad. Álvaro Cabral e Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Zahar, 1996, p. 641-642.

⁷ Sobre a correspondência entre as categorias Estado Legislativo e Estado Liberal vide: ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Trad. Mariéa Gascón. Madrid: Trotta, 2002, p. 24; Cf. CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discrecionalidade administrativa no estado Constitucional de direito*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 60 e ss.

⁸ A noção de paradigma é usualmente utilizada segundo a formulação efetuada por Thomas Kuhn, a qual se refere a uma seleção que uma comunidade científica efetua das questões relevantes para uma determinada ciência. Neste sentido os paradigmas são “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”. Cf. KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 3ª ed. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1992, p. 13.

século XX começaram a surgir entendimentos de que o estudo do direito como um todo, e especialmente do direito privado, não poderia renunciar à historicidade local e universal da sociedade no processo de individualização da lei. As demandas sociais reclamavam soluções não totalmente atendidas pelo direito codificado.⁹

Neste desenvolvimento houve um marco histórico que merecerá uma análise mais detida. Este fato foi a descoberta do texto do *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, no século XI. Este fato está na base do desenvolvimento do direito continental.¹⁰

Na passagem entre os sistemas jurídicos moderno e o que o antecedeu encontra-se um tema em comum: a predominante influência do direito romano, principalmente a partir do mencionado diploma legal.

A história do direito ocidental europeu encontrou um marco histórico importantíssimo para o direito contemporâneo na recepção do direito romano desenvolvida na Universidade de Bolonha, a partir do século XI. Foram justamente os

⁹ Cf. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 1; WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*, p. 1.

¹⁰ “O processo de monopolização da produção jurídica por parte dos Estados modernos encontra um grande precedente na compilação de Justiniano. O direito romano era tipicamente um direito de formação ‘social’. constituindo-se gradualmente através de um desenvolvimento secular segundo os *mores*, a jurisdição pretoriana [...] e sobretudo segundo a elaboração dos jurisprudentes. Todo esse complexo de normas foi recolhido, por iniciativa de Justiniano, no *Corpus juris civilis*, de modo que tais normas perderam seu caráter de direito de origem social para assumir aquele de direito que encontra o fundamento de sua validade na vontade do príncipe [...]. E no desenvolvimento histórico sucessivo considera-se o direito romano como um direito posto pelo Estado (ou, mais precisamente, pelo Imperador Justiniano)”. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliese et alii. São Paulo: ícone, 1995, p. 30. Cf. CAENEGEM, R. C. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 24-26 e 68-78.

estudos realizados sobre o redescoberto *Corpus Iuris Civilis* que geraram a construção de um “direito erudito” desde o final do século XI.¹¹

O impacto produzido pelo resgate dessa codificação, compilada no século VI por ordem de Justiniano, pode ser observado por duas conseqüências: uma reside em que os estudos realizados a partir desse monumento da cultura romana serviram de base para a configuração do direito civil moderno, especialmente nos países latinos; a outra conseqüência é que esses estudos em Bolonha foram o gérmen da ciência européia do direito, e acrescentou um novo caráter ao pensamento jurídico da época: a dogmaticidade desenvolvida a partir da *littera boloniensis*, uma resenha crítica dos digestos justinianeus transformados em textos universitários^{12, 13}.

A formação histórica da dogmaticidade moderna também contou com outro fator importante: o declínio do Império Romano, o qual deslocou uma herança espiritual e política para a igreja cristã, a *auctoritas*¹⁴. Na segunda metade do primeiro milênio a igreja cristã consolida-se como instituição política e adota a *auctoritas* para si, deixando a *potestas* para os príncipes seculares, numa separação inédita desde os romanos.¹⁵

¹¹ Cf. WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*, p. 1; Cf. SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. Vol. 1. São Paulo: Cortez, 2000, p. 121.

¹² Originariamente *universitas* significava grupo, sociedade ou corporação. Posteriormente essa palavra “começou a ser usada para as associações de professores ou de estudantes de uma cidade. Pouco a pouco, tornou-se a designação padronizada para o corpo de professores e estudantes do *studium generale* de uma cidade”. A origem da universidade como “base comum do poderoso corpo supranacional de advogados” remonta ao século XII em Bolonha, Salerno e Paris. A partir de então se espalharam por todo o ocidente. CAENEGEM, R. C. *Uma introdução histórica ao direito privado*, p. 108-114.

¹³ Cf. FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 61.

¹⁴ *Auctoritas* poder pleno autorizado com legitimidade. Cf. KOEHLER, Henrique. *Dicionário Latino-Português*. 14ª edição. Rio de Janeiro: Globo, 1960, p. 39.

¹⁵ Cf. FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 62.

Estes acontecimentos foram fundamentais ao influenciar o pensamento jurídico na assunção de um caráter dogmático, produzido pela interação entre as idéias de autoridade romana e de verdade bíblica transcendente. Surge uma consolidação entre autoridade e razão nos termos da *littera boloniensis* enquanto *ratio scripta* fundante de todo o direito. Assim a teorização do direito medieval resgata e concilia a *fronesis* grega (no sentido de orientar a ação —com a prudência romana— no sentido de adequar o certo e o justo) e instaura uma teoria adequada a servir como instrumento de poder ao domínio político dos príncipes, ao exaltar mais a orientação da ação e a decisão do que uma manifestação de autoridade. É a partir disto que “se abre o caminho para uma progressiva tecnicização da teoria jurídica, em termos de um instrumento político”.¹⁶

Esta função sócio-política do pensamento dogmático medieval¹⁷ é um fator muito importante para a construção do estado racional que predominará na cena política dos séculos seguintes. É neste contexto que se destaca a figura do jurista especializado e

¹⁶ Cf. FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 63.

¹⁷ Antigamente o direito era concebido como uma realidade fixa e eterna, “que podia no máximo ser adaptada ou esclarecida, mas a preocupação principal era manter o bom direito antigo. A insignificância da legislação durante os primeiros séculos da Idade Média é explicável em parte por essa visão, em parte pela impotência das autoridades centrais. Embora a situação tenha mudado durante a baixa Idade Média e a época moderna, a importância da legislação ainda era muito pequena quando comparada com o seu papel nas grandes codificações do século XVIII, mantidas sob um monopólio legislativo como o que Napoleão tentou assegurar. Um fator que explica o papel secundário da legislação como fonte do direito sob o *ancien regime* é a competição com o *ius commune*, que tornou possível transformar o antigo direito europeu sem intervenção legislativa. Ainda assim a revivescência da legislação (no sentido de intervenção deliberada no desenvolvimento jurídico) remete claramente ao fim do século XI. Daí em diante o domínio do estatuto expandiu-se de maneira lenta mas segura. Ainda que os grandes códigos nacionais não tenham aparecido antes do século XVIII, ou em alguns países antes do começo do século XIX, a legislação já era um fonte plenamente amadurecida do antigo direito europeu, junto com a ciência jurídica e a jurisprudência”. Cf. CAENEGEM, R. C. *Uma introdução histórica ao direito privado*, p. 121-122.

voltado para interpretações de textos pelo uso de uma técnica formal com estilo argumentativo da retórica prudencial.¹⁸

A construção do estado moderno também contou com o auxílio dos juristas que trataram a teoria jurídica como disciplina universitária, os quais objetivaram o tratamento das questões públicas ao neutralizar até certo ponto as emoções e os interesses materiais, e com isto propiciaram uma fundamentação jurídica às pretensões de soberania dos príncipes, a partir do *Corpus Iuris Civilis*.¹⁹

Pode-se dizer que desde a idade média o pensamento jurídico se fez essencialmente em torno do poder real, cuja organização jurídica do poder encontrou na recuperação do direito romano um instrumento apropriado para uma centralização crescente que evidenciou a noção de soberania. Assim formaram-se os prolegômenos para os questionamentos sobre a fundamentação do direito de exigir obediência e a questão dos limites desse direito. Este conjunto de situações antecipa o problema jurídico da legitimidade formal do direito nos termos descritos por Weber.²⁰

¹⁸ Cf. FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 63.

¹⁹ Cf. FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 63.

²⁰ Cf. FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 64. Para Weber as ações sociais e as relações sociais podem ser orientadas, do ponto de vista dos atores, pela representação de uma ordem legítima. E a possibilidade desta realização incorre na validade da ordem em questão. Esta crença na validade de uma ordem significa que o comportamento é orientado não só pelo temor que a transgressão poderia causar, mas essencialmente pelo sentimento de dever do próprio ator. Os agentes sociais atribuem validade legítima a uma ordem por força de diversas motivações, mas a legitimidade formal a que se refere o texto acima é o caso de uma legitimidade embasada na legalidade de uma ordem estatuída positivamente. Este é o caso dos preceitos jurídicos positivados de acordo com um procedimento usual e formalmente correto. Cf. WEBER, Max. *Economia y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. Edição preparada por Johannes Winckelmann. Trad. José Medina Echavarría *et alii*. México: Fondo de cultura económica, 1997, p. 27- 32 e 170-180.

Em síntese a irradiação cultural originada desde Bolonha desencadeou um movimento intelectual de erudição do direito que se espalhou pela Europa, a qual se encontrava até então numa situação de pluralismo jurídico caracterizado pela concomitante atuação dos sistemas jurídicos canônico, feudal, real, dominial, urbano e da *lex mercatoria* (direito mercantil). Enfim era um contexto de sujeição a vários ordenamentos jurídicos, sem que houvesse regras explícitas que delimitassem a exatidão da aplicabilidade de cada um deles, o que protagonizava um sistema jurídico complexo e arbitrário.²¹

Nessa época a transformação no mundo jurídico também ocasionava diversas conseqüências para a realidade social, pois a construção de um direito erudito enquanto conhecimento disciplinar serviu de meio para que doravante os juristas monopolizassem a administração pública e o sistema judicial em toda Europa.

A formação dessa nova realidade era mais do que a manifestação de um produto técnico com fins instrumentais, uma vez que constituiu também a procura de uma nova ética política e social ajustada aos novos tempos e aos novos ideais de autonomia e liberdade.²²

A recepção do direito romano adequava-se aos interesses emancipatórios das novas classes mercantis urbanas, cuja participação na sociedade não era dominante na política. Assim, num período de transformações econômicas e políticas iniciadas pela

²¹ Cf. SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. Vol. 1. p. 121.

reabertura da rota comercial propiciada pelas cruzadas também houve reflexos produzidos pelo contato com as culturas que passaram a se comunicar de forma mais intensa. Foi fundamental a influência das cidades italianas, com sua característica republicana de autonomia e liberdade, numa sociedade culta que contracenava com os sistemas medievais caracterizados pela administração da justiça não profissional, imprevisível e injusta.²³

A recepção do direito romano contou com uma confluência de fatores culturais e interesses econômicos, os quais facilitaram a construção de “um saber jurídico autônomo, humanista e laico que pôs a autoridade do *imperium romanum* e o fascínio pelo ideal cultural romano ao serviço de um novo projeto jurídico, político e societal”.²⁴

Esta nova realidade, no transcorrer de um longo processo histórico de mútua influência e transformação entre a cultura jurídica erudita e os acontecimentos específicos de cada época, cristalizou as características de emancipação do sistema anterior à experiência bolonhesa, em direção a uma realidade jurídica mais bem representada pelo caráter da regulação, claramente perceptível no trabalho dos pandectistas.²⁵

²² Cf. SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. Vol. 1, p. 122-123.

²³ Cf. SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. Vol. 1, p. 122.

²⁴ Cf. SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. Vol. 1, p. 122.

²⁵ Cf. SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. Vol. 1, p. 123.

Se por um lado *autorictas* e *ratio* predominaram na cultura jurídica medieval, impondo o respeito aos textos como ponto de partida da argumentação, por outro lado as necessidades práticas tendiam a provocar um rompimento com o *Corpus Iuris*. É nesta conjunção de acontecimentos que “o humanismo renascentista modifica a legitimação do Direito Romano, purificando e refinando o método da interpretação dos textos”, o que possibilitou a influência da ciência moderna na teoria jurídica.²⁶

No pensamento moderno o centro das atenções fica voltado para as condições efetivas e racionais de sobrevivência, em substituição às preocupações de ordem moral. A crescente complexificação da sociedade moderna requeria soluções técnicas para dominar a natureza ameaçadora, para proteger a vida da agressão dos outros, de modo a abrir caminho para uma organização racional da ordem social. Disto exsurge o “desenvolvimento de um pensamento jurídico capaz de certa neutralidade, como exigem as questões técnicas, conduzindo a uma racionalização e formalização do direito”.²⁷

No entanto, mesmo superada a fundamentação na autoridade dos textos romanos, a teoria do direito na era moderna manteve o caráter dogmático, aperfeiçoando-o com uma qualidade de sistema que se constrói a partir de premissas, cuja validade repousa na sua generalidade racional. A teoria jurídica passa a ser um constructo sistemático da razão.²⁸ Isto significou um processo de secularização²⁹ do direito sob influência das

²⁶ Cf. FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 65.

²⁷ Cf. FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 65.

²⁸ Cf. FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 67.

²⁹ Comumente o termo secularização é utilizado para descrever o processo de separação ocorrido na modernidade entre o estado e a igreja, entre a cosmovisão religiosa e as contingências terrenas. Para mais esclarecimentos sobre o uso deste conceito ver: MARRAMAO, Giacomio. *Céu e terra: genealogia da secularização*. Trad. Guilherme Alberto Gómez de Andrade. São Paulo: UNESP, 1997, 135 p.

idéias renascentistas, o qual se expandiu com a reconstrução das regras de convivência regidas pela razão, numa sistematização crescente, consolidando o fenômeno do estado moderno.³⁰

Em linhas gerais, a incorporação do direito romano pelo direito medieval se deu no bojo dos acontecimentos sociais e do desenvolvimento da cultura rumo à modernidade, que foi também o processo de consolidação do estado moderno.

1.2 A POSITIVAÇÃO DA DOGMÁTICA E O PROCESSO DE AUTONOMIZAÇÃO DO SISTEMA NORMATIVO CIVILISTA ENQUANTO SISTEMA FECHADO

A característica fundamental da formação do direito moderno foi a difusão progressiva de um direito escrito e publicizado pelo estado. Estes elementos contribuíram para a elevação do pensamento dogmático a categoria de um saber autônomo. A fixação em textos escritos aumenta a segurança e a precisão interpretativa. Por outro lado a proliferação de normas positivadas também faculta a confrontação entre diversos sistemas e a problematização das fontes e hierarquia das normas. Assim, a passagem da soberania dos costumes enquanto direito não escrito para a supremacia do

³⁰ Cf. FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 70.

direito positivado vai sendo pouco a pouco consolidada. Para esta transformação contribuiu “o aparecimento do Estado absolutista e o desenvolvimento progressivo da concentração do poder de legislar”.³¹

É neste contexto que se concretiza a importante atitude positivista, a qual dá o privilégio à lei como fonte de direito³², conforme se mostrou ao descrever as características do estado legislativo do século XIX. A partir desta concepção se pode encarar a ordem jurídica como sistema normativo caracterizado com pretensão de validade inerente à positivação legislada:

De fato, a canalização das projeções normativas para o endereço político irá exigir, de uma parte, a centralização organizada da legislação; de outra, o aparecimento de uma série de conceitos, que a própria dogmática se encarregará de elaborar, como a proibição da decisão *contra legem*, a distinção entre fontes formais e materiais, a oposição entre direito objetivo e direito subjetivo, a distinção entre governo e administração etc. Ambas —centralização e figuras dogmáticas— estão intimamente ligadas, portanto, ao fenômeno da positivação³³ do direito.³⁴

³¹ Cf. FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 76.

³² Cf. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, p. 161 e seguintes.

³³ “O termo *positivação* pode ser entendido num sentido lato o estrito. No sentido lato, o direito positivo é considerado o direito posto pelo legislador, o que leva a uma compreensão mais ampla que pode enquadrar como positivas as formações jurídicas de épocas e lugares heterogêneos, donde a idéia de que a positivação seja um fenômeno senão essencial, pelo menos de importância decisiva na formação de qualquer direito. Aqui tomamos, porém, o termo no seu sentido estrito, procurando configurar uma situação típica do direito a partir do século XIX. Notamos, nesta época, que a relação homem/mundo circundante toma contornos específicos. Como nota Foucault (1982:356), o homem se torna, nesta época, aquele ser a partir do qual todo conhecimento pode ser constituído em sua evidência imediata e não problematizada. O mundo circundante surge como transformador das estruturas do mundo, e o mundo como uma estrutura planificada que inclui o próprio homem: o homem constituiu o seu mundo (político, social, econômico, cultural) e, simultaneamente, dele faz parte. [...] Neste contexto, o mundo, isto é, o lugar da experiência humana, passa a ser encarado pelo homem como um problema, ou um conjunto de problemas, que atuam sobre o homem, motivando-o. [...] Juridicamente, podemos, então, falar no paradoxo da positivação do direito: o homem é, ao mesmo tempo, *fundamento* e *objeto* de todas as positividades”. FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 78.

³⁴ FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 78.

Com a positivação do direito, centrada no fenômeno da lei, o instrumental jurídico assume um novo papel a partir da mutabilidade da lei no tempo e no espaço, o que era fundamental para uma sociedade em rápidas transformações. As novas realidades sociais passaram a contar com a agilidade legislativa pronta a criar, revisar e pormenorizar leis em atendimento a uma demanda inovadora. Mais ainda, o direito torna-se um instrumento ágil também para modificar planejadamente a sociedade, servindo a inumeráveis interesses.³⁵

Entre as diversas influências recebidas na reconstrução do sistema jurídico, há de se destacar que a busca de segurança³⁶ em termos da ideologia burguesa encontraram no formalismo sua melhor expressão. A ojeriza contra a justiça arbitrária foi superada com a sistematização do direito e com a valorização dos preceitos legais. Neste novo mundo

³⁵ Cf. FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 79. Cf. ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Trad. Mariéa Gascón. Madrid: Trotta, 1995, p. 27 a 30.

³⁶ O princípio da segurança jurídica tornou-se um dos principais valores fundamentais para o direito, promovendo a paz, a ordem, a estabilidade, a confiança na previsibilidade e certeza da realização do direito. Com estas condições o formalismo jurídico encontra no positivismo o seu principal fundamento teórico. Destaque-se desde já que a estabilidade e previsibilidade associadas à certeza de realização tratam de uma segurança que requer dos destinatários o conhecimento dos direitos e dos deveres estabelecidos pelas normas jurídicas. No entanto, o conhecimento do direito por parte dos destinatários será um tema tratado adiante. AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 18-19. Josef Esser estudou o papel dos princípios confrontados com a autoridade do texto legal na elaboração da jurisprudência. O estudo do direito comparado (direito continental e *common law*) desenvolvido por Esser revela uma crítica contundente à segurança derivada das normas legais. No Realismo jurídico se desenvolve uma explicação do processo judicial em bases sociológicas e psicológicas, o que desvenda a ilusão da segurança jurídica. A investigação empirista revela que o direito não consiste apenas em normas, pois se realiza através de ações humanas, principalmente dos juizes. Uma “cartografia da mentalidade dos juizes” trás à tona a “dissolução psicologista do direito em atos mentais”, que em última instância colocam as “práticas judiciais” como um revestimento racional sobre questões que são “emocionais”. Cf. ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961. p. 19-36.

jurídico despontaram a escola da exegese³⁷ na França e a doutrina dos pandectistas na Alemanha.³⁸

Efetivamente a predominância do direito como instrumento de regulação encontra um marco histórico no século XIX com o trabalho dos Pandectistas, que reestruturaram formal e hierarquicamente o direito sob um rigoroso sistema lógico embasado na experiência romana. Do direito romano dos glosadores adveio a teia de fundamentações éticas, racionais e de autoridade, agora refundidas na construção de um direito caracterizado pelo “formalismo técnico-racional, supostamente neutro em relação à ética e apenas preocupado com a perfeição técnica, a coerência lógica, a abrangência e previsibilidade totais”.³⁹

Naquela época as vantagens do positivismo atendiam aos anseios sociais da burguesia emergente⁴⁰. Desde um ponto de vista aprecia-se um potencial emancipatório, e desde outro olhar nota-se a superação dessa qualidade, a qual sucumbe perante o

³⁷ O positivismo do *Code civil* de 1804 marcou a Escola Exegética e exerceu uma influência dominante em todo o século XX. As características do *Code civil* resultaram de uma escolha consciente e expressa na sua formulação pelo Tribunato: “Não há uma introdução teórica geral a ele, uma exposição de princípios básicos, um delineamento geral de conteúdos e definições jurídicas. [...] O *Code* devia ser concebido em primeiro lugar, e sobretudo, como um texto de direito positivo, e qualquer excesso doutrinário devia ser evitado; os termos do estatuto não deviam ser obscurecidos por teorias e considerações. Esse ponto de vista está de acordo com a noção de primazia absoluta do estatuto como fonte de direito. A interpretação doutrinária, a jurisprudência (em que o juiz é reduzido a um papel passivo como a voz do estatuto) e o costume encontram-se subordinados à autoridade do estatuto”. CAENEGEM, R. C. *Uma introdução histórica ao direito privado*, p. 11-12.

³⁸ Cf. FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 80.

³⁹ Cf. SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. Vol. 1, p. 124.

⁴⁰ O direito privado representava um “autêntico baluarte” da liberdade burguesa, era o direito constitutivo da sociedade burguesa. Tratava-se de uma liberdade assentada na autonomia da vontade particular sem intervenções estatais, especialmente na economia. Cf. HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y derecho privado*. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas, p. 35-39.

predomínio formal e regulatório da erudição do direito. Para Boaventura de Souza Santos:

O potencial emancipatório do direito romano, que o colocara no centro dos debates na Europa do século XII, perdeu-se quando, segundo as palavras de Ihering, ‘a ciência jurídica se transformou em matemática’. [...] No novo contexto sociológico oitocentista de domínio do capitalismo, do nacionalismo e do imperialismo, a cientificização do direito permitida pelo direito romano — transformado, entretanto, numa erudição inútil e num esoterismo impenetrável— demonstra como, num período de hegemonia positivista, a regulação social se torna científica para ser maximizada e para, de passo, maximizar o esquecimento da ética social e política que, desde o século XII, mantivera vivas as energias emancipatórias do novo horizonte jurídico. A tensão, muito particular, entre regulação e emancipação que caracterizou a recepção do direito romano era parte integrante do projecto histórico da nova burguesia europeia, em luta pela conquista do poder econômico e cultural e, por último, do poder político. Uma vez conquistado o poder político, essa tensão perdeu toda a sua utilidade histórica.⁴¹

Assim a transformação do direito, da emancipação para a regulação, restou profundamente marcada pela nova realidade estatal e social, agora sob influência do conhecimento racionalizado. Na Europa

Foi a *Pandektenwissenschaft* alemã que desenvolveu [...] a mais notável cientificização do direito moderno, no domínio do direito privado. O caráter científico do formalismo jurídico do Código civil alemão de 1900 é o seu exemplo mais acabado. Mas as pandectas foram apenas uma manifestação extrema de um processo muito mais vasto de cientificização do direito moderno tendente a transformar o direito num instrumento eficaz da engenharia social oficial. À medida que o direito foi politizado como direito estatal, foi também cientificizado, contribuindo assim, para a reconstrução científica do Estado: a dominação política passou a legitimar-se enquanto dominação técnico-jurídica.⁴²

A concentração do poder político na esfera estatal, então delineada pela teoria da separação dos poderes, possibilitou a autonomização da esfera estatal. A repercussão

⁴¹ SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. Vol. 1, p. 124.

⁴² SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. Vol. 1, p. 143.

disto recaiu sobre uma percepção do estado como alheio às relações sociais de produção, apesar do processo histórico não ser tão fracionado assim. No entanto essa concepção foi a base da organização jurídica moderna, bem cristalizada na histórica divisão entre direito público e direito privado. Segundo esta divisão há relações jurídicas que vinculam sujeitos privados entre si e outras que vinculam os sujeitos privados em relação ao estado. Isto por sua vez ocasionou a “ilusão de que o direito privado não é um direito estatal”.⁴³

O desenvolvimento do direito, nos termos expostos acima, resultou na construção de uma atividade jurídica cada vez mais dogmática, teorizada e sistematizada, em prol da unificação do fenômeno jurídico. Este processo atinge seu ápice ao final do século XIX, com a redução das fontes do direito à lei positiva⁴⁴. Assim, foi a instauração do positivismo legal e da estatalidade das leis o preâmbulo da ciência dogmática do direito, do que adveio a subsunção⁴⁵ como método interpretativo do direito.⁴⁶

⁴³ Cf. SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. Vol. 1, p. 143.

⁴⁴ A passagem do jusnaturalismo ao positivismo jurídico induziu à redução de todo direito à lei, à plenitude do ordenamento jurídico a exemplo das codificações e à validade jurídica restrita ao formalismo legislativo sem referencia a juízos valorativos. Cf. FASSÓ, Guido. *Historia de la filosofía del Derecho*, 3 V., p. 27.

⁴⁵ “A segunda característica desta concepção, que está na base do desenvolvimento da ciência dogmática e está implícita na primeira, revela a continuidade de uma tradição dos séculos XVI, XVII e XVIII: trata-se da idéia do sistema como um método, como um instrumento metódico do pensamento dogmático no direito. A esta segunda característica é que se liga o chamado procedimento construtivo e o dogma da subsunção. [...] Pelo procedimento construtivo, as regras jurídicas são referidas a um princípio ou a um pequeno número de princípios e daí deduzidas. Pelo dogma da subsunção, segundo o modelo da lógica clássica, o raciocínio jurídico se caracterizaria pelo estabelecimento tanto de uma premissa maior, a qual conteria a diretiva legal genérica, quanto da premissa menor, que expressaria o caso concreto, sendo a conclusão a manifestação do juízo concreto ou decisão. Independentemente do caráter lógico-formal da construção da subsunção [...] é possível afirmar que, a grosso modo, esses dois procedimentos marcaram significativamente o desenvolvimento da dogmática no século XIX”. FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 81.

⁴⁶ Cf. FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 80.

Com a influência do positivismo o fenômeno jurídico passou a ser concebido como um sistema fechado e centrado no estado, produzido segundo a razão e com pretensões de completude, livre de lacunas e constituído por um complexo sistema de conceitos e proposições. A interação do sistema social com a concepção de sistema fechado viabilizou-se pelo recurso a um processo dinâmico de enquadrar os casos concretos às leis hierarquicamente justapostas numa abstração crescente. Logo, desde o ponto de vista do ordenamento jurídico como sistema, as lacunas passam a representar uma realidade momentânea, uma vez que a generalidade e a abstração das leis superiores possibilitam a integração em caso de alguma falta de previsão legal.⁴⁷

Em linhas gerais, nota-se pelo exposto, que o desenvolvimento da dogmática jurídica no século XIX representou uma certa emancipação em relação ao passado, por não mais se vincular a um direito sagrado nem a uma ética teológica. Mais do que isso, a dessacralização do direito permitiu uma maleabilidade das normas que se tornara necessária para atender as demandas de uma sociedade em transformação. Através do processo de tecnicização do direito buscou-se a “neutralização dos interesses concretos

⁴⁷ “Nesse sentido, toda e qualquer lacuna é efetivamente uma aparência. O sistema jurídico é necessariamente manifestação de uma unidade imanente, perfeita e acabada, que a análise sistemática, realizada pela dogmática, faz mister explicar. Esta concepção de sistema, que informa marcadamente a Jurisprudência dos Conceitos, escola doutrinária que, na Alemanha, se seguiu à Escola Histórica, acentua-se e desenvolveu-se com Puchta e a sua pirâmide de conceitos, o qual enfatiza o caráter lógico-dedutivo do sistema jurídico, enquanto desdobramento de conceitos e normas abstratas da generalidade para a singularidade, em termos de uma totalidade fechada e acabada. Com o advento da chamada Jurisprudência dos Interesses, que se seguiu à Jurisprudência dos Conceitos, o sistema não perde o seu caráter de totalidade fechada e perfeita, embora perca em parte a sua qualidade lógico-abstrata. [...] A idéia de sistema fechado, marcado pela ausência de lacunas, acaba assim ganhando o caráter de ficção jurídica necessária, ou seja, o sistema jurídico é considerado como totalidade sem lacunas, apenas *per definitionem*”. Cf. FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 80.

na formação do próprio direito, neutralização essa já exigida politicamente pela separação dos poderes e pela autonomia do poder judiciário”.⁴⁸

O formalismo que estruturou os sistemas jurídicos conduziu ao desenvolvimento de normas com abstração e generalidade crescentes, de acordo com a superioridade hierárquica de cada norma. Deste modo identifica-se uma crescente abstração nas regras e nos conceitos, fortalecendo a independência e a liberdade na manipulação do direito, numa mobilidade permitida pela fundamentação do direito a partir de si mesmo. Advirta-se desde já que essa escalada rumo a uma abstração crescente traz consigo o necessário distanciamento da realidade. A ciência dogmática acompanha esse roteiro ao ser dominada por classificações e fundamentações sobre a natureza jurídica de suas próprias categorias.⁴⁹

⁴⁸ Cf. FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 81-82.

⁴⁹ “Além disso, no século XIX, a atividade dogmática não se vincula mais a nenhum direito sagrado, nem mesmo a um conteúdo ético teologicamente fundado, mas a formas abstratas, sobre as quais se dispõe com certa liberdade através de novas abstrações. Mesmo a polêmica da Jurisprudência dos Interesses — e mais tarde da Escola da Livre Interpretação — contra uma Jurisprudência dos Conceitos, não muda esta situação que domina a ciência dogmática. Ela não corre contra o seu caráter abstrato, contra a sua conceptualidade, mas somente contra uma pretensão de um dispor conceitual autônomo sobre questões jurídicas apenas de um ponto de vista cognitivo. [...] Ora, isto (normas, conceitos e regras) passa a ser um material abstrato, num grau de abstração ainda maior, o que lhe dá, de um lado, uma certa independência e liberdade na manipulação do direito, permitindo-lhe grande mobilidade; pois tudo aquilo que é direito passa a ser determinado a partir das suas próprias construções. [...] De outro lado, porém, paga-se um preço por isso: o risco de um distanciamento progressivo da realidade, pois a ciência dogmática, sendo abstração de abstração, vai preocupar-se de modo cada vez mais preponderante com a função das suas próprias classificações, com a natureza jurídica dos seus próprios conceitos, etc”. FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 81-82.

1.3 DO APOGEU DA SISTEMATIZAÇÃO CODIFICADA E CENTRALIZADORA DO SISTEMA CIVILISTA AO PROCESSO DE DESCODIFICAÇÃO PATROCINADO PELO INTERVENCIONISMO ESTATAL: A RUPTURA DA AUTONOMIA PRIVADA

No campo do direito privado —especialmente no direito civil— o processo de racionalização do direito deixou marcas até hoje apreciáveis nos ordenamentos jurídicos nacionais.

Se fosse possível exemplificar as conseqüências do desenvolvimento da teorização e racionalização no direito através de um único fenômeno, certamente esse seria o papel desempenhado pelo auge das codificações no século XIX, sob a influência da escola da exegese e dos pandectistas.

São as codificações civis da França e Alemanha que melhor representam as pretensões de completude realizadas na elaboração de uma legislação racionalmente ordenada, positivada e fechada à integração com fontes heterônomas.

A importância do direito civil codificado significou mais do que completude hermética para o tratamento jurídico das questões privadas relativas às pessoas, aos bens e às suas relações. A teoria do direito civil tinha um campo de abrangência imenso perante uma atividade estatal minimizada em nome da limitação do poder político.

A legislação de direito privado que se assentava na generalidade da lei, na igualdade perante a lei e na autonomia da vontade representava a garantia de realização

jurídica da liberdade do homem. A codificação⁵⁰ civil abarcava as relações entre homens livres, autônomos e iguais sob proteção da tutela da liberdade privada e deixava as relações entre os indivíduos e o estado como as passíveis de colocar em perigo os direitos fundamentais por força do poder estatal.⁵¹

É oportuno destacar que houve importantes mudanças na utilização e significado do termo direito civil em diversos momentos históricos.

A expressão direito civil apresentava uma significação muito especial na época das codificações. Nesta época, o uso da palavra civil resultava de uma recepção do direito romano, que recebeu adequação de sentido ao uso perante um mundo pós-revolucionário e modernizado pelo processo de racionalização.⁵²

As derivações do uso latino da palavra *civile* são objeto de múltiplas significações perceptíveis na história. Em sua etimologia o termo *civis* diz respeito a

⁵⁰ As codificações modernas tiveram uma importante influência na “retomada da atividade legislativa do século XII e a proliferação de estatutos que se seguiu ao logo criaram a necessidade de compilações sistemáticas da lei em vigor. Na Idade Média e no início dos tempos modernos, tanto a Igreja quanto o Estado promulgaram tais compilações. Através dessas compilações, as autoridades tentavam organizar, depurar e adaptar corpos de normas, muitas vezes bastantes díspares. [...] Uma verdadeira codificação é um trabalho original e, em contraste com uma compilação, deve ser entendida como um regulamentação geral e exaustiva de uma área particular do direito (por exemplo, o direito civil ou o processo civil). Além disso, o projeto de um código implica um program coerente e uma estrutura lógica consistente. A linguagem de um código moderno deve ser acessível a todos e, tanto quanto possível, isenta de arcaísmos e do jargão técnico-profissional. Códigos desse tipo só aparecem a partir do século XVIII. [...] No século XVIII, os insistentes clamores por uma codificação eram mais expressões de um desejo de inovação e progresso do que uma esperança de que a ordem jurídica existente pudesse ser compilada e ordenada. A promulgação de códigos era às vezes obra de déspotas esclarecidos, agindo por iniciativa própria e de acordo com suas próprias convicções paternalistas, sob influência das idéias do iluminismo”. CAENEGEM, R. C. *Uma introdução histórica ao direito privado*, p. 16-17.

⁵¹ Cf. VEGA GARCÍA, Pedro. *La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales: la problemática de la Drittwirkung der Grundrechte*. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/340/32.pdf>> Acesso em 20 out. 2005.

⁵² Cf. DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil: Teoria Geral*. 3ª edição. Taquigrafado por Victor Bourhis Jürgens. Revista e atualizada por Gustavo Tepedino *et alii* Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 1.

civitas, respectivamente cidadão e conjunto de cidadãos que desfrutam de uma identidade que os diferencia dos demais: a qualidade jurídica reconhecida por um conjunto de leis que lhes eram próprias.⁵³

Na era clássica o *jus civile* era atribuído exclusivamente aos cidadãos romanos, especialmente no que diz respeito às relações privadas. Em contrapartida o *jus gentium* aplicava-se quando uma ou ambas partes de uma relação jurídica fosse estrangeira.⁵⁴

Ainda no mundo romano, a expansão da cidadania romana para todos que habitavam o império alterou o uso da expressão *jus civile*, que passou a significar o direito aplicado em todo o império romano, em contraposição ao uso de *jus gentium*, identificador de um direito surgido nas nações estrangeiras de forma espontânea e peculiar, e finalmente absorvido pelo sistema jurídico romano.⁵⁵

Há também que se destacar uma outra expressão que identificaria por sua vez uma classe de direitos nascidos em todos os povos, como uma decorrência da vida ensinada pela natureza para todos os animais: o *jus naturale*.⁵⁶

A queda do império romano possibilitou a percepção de um direito romano desvinculado do poder político do império que decaía. Esta cisão por sua vez abriu oportunidade para novas alterações no uso dos conceitos romanos usados até então. A expressão direito civil passou a ser associada ao conjunto de direitos privados elaborado

⁵³ Cf. KOEHLER, Henrique. Dicionário Latino-Português, p. 39.

⁵⁴ Cf. DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil: Teoria Geral*, p. 1.

⁵⁵ Cf. DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil: Teoria Geral*, p. 1.

⁵⁶ Cf. DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil: Teoria Geral*, p. 1-2.

pelos romanos e consubstanciado em grandes monumentos legislativos: *Codex, Institutas e Pandectas*.⁵⁷

Em síntese tem-se que foi no mundo medieval que a correspondência entre as expressões direito civil e direito privado atingiu seu ápice. Já sob a influência do Renascimento registra-se a quebra dessa unidade conceitual entre direito privado e direito civil, o que será tratado adiante. Pelo momento cabe registrar que o direito civil moderno preocupou-se originariamente com as questões de ordem privada relativas às pessoas, aos bens e suas relações, tudo fundado em princípios⁵⁸ como o da personalidade

⁵⁷ Cf. DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil: Teoria Geral*, p. 2.

⁵⁸ Cf. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 359-363. Adota-se a noção de que regras e princípios são duas espécies de normas. A distinção entre princípios e regras é complexa. J.J. Canotilho apresenta alguns critérios distintivos atualizados sobre tal discussão, apesar da extensão do texto que segue: “(A) *Grau de abstração*: os *princípios* são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstração relativamente reduzida. B) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz) enquanto as *regras* são susceptíveis de aplicação directa”. C) *Caráter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os *princípios* são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios Constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (e.: princípio do Estado de Direito). D) *‘Proximidade’ da idéia de direito*: os *princípios* são ‘standars’ juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (Dworkin) ou na ‘idéia de direito’ (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional. F) *Natureza normogénica*: os *princípios* são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante”. Logo a seguir Canotilho destaca que a complexidade da distinção entre princípios e regras se deriva também da falta de esclarecimento sobre duas questões fundamentais: “(1) saber qual a função dos princípios, ou seja, se têm uma função retórica-argumentativas 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 formativo, hierarquia das fontes, explicitação do conteúdo, conteúdo valorativo), ou se, pelo contrário, os princípios e as regras são susceptíveis de uma diferenciação qualitativa. Relativamente ao primeiro problema, convém distinguir entre princípios hermenêuticos e princípios jurídicos. Os princípios hermenêuticos desempenham uma função argumentativa, permitindo, por exemplo, denotar a *ratio legis* de uma disposição ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juizes, o desenvolvimento, integração e complementação do direito (*Richterrecht, analogia júris*). [...] Os princípios interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras normas, qualitativamente distintas das outras categorias de normas, ou seja, das regras jurídicas. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos. Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *optimização*, compatíveis com vários graus de

jurídica, da autonomia da vontade, da propriedade individual e da intangibilidade familiar.

Se em certa medida estas transformações conceituais já antecipam a riqueza de inovações apreciáveis no direito civil como um todo, por outro lado é necessário apontar algumas nuances de forma mais detalhada, e é isto que se fará a seguir.

No século XIX, com o apogeu das codificações, vivenciou-se a representação máxima de uma pretensa completude do código civil⁵⁹ enquanto sistema fechado à integração com fontes heterônomas. Nessa perspectiva as declarações de direitos

concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência impõe, permitem ou proíbem que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Conseqüentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de optimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à ‘lógica do tudo ou nada’), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois e uma regra *vale* (tem validade), deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. [...] em caso de *conflito entre princípios*, estes podem ser objecto de ponderação e de harmonização, pois eles contêm apenas ‘exigências’ ou ‘standars’ que, em ‘primeira linha’ (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm ‘fixações normativas’ *definitivas*, sendo insustentável a *validade* simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de *validade* e *peso* (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de *validade* (se elas não são corretas devem ser alteradas”. Cf. CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 1160-1162.

⁵⁹ Na era das codificações o *Code civil des Français* (1804) foi o mais importante. “O *Code civil* é a culminação de vários séculos de evolução do direito francês; boa parte, ele é odireito antigo, remontando às vezes direta ou mesmo literalmente ao direito consuetudinário e romano da Idade Média e do começo dos tempos modernos. Não obstante, o *Code civil* de 1804 marcou um ruptura decisiva na evolução gradual do direito. Substituiu a variedade do antigo direito por um código único e uniforme para toda a França; aboliu o direito que estava anteriormente em vigor, em particular o direito consuetudinário e romano (art. 7 da lei de 31 de março de 1804); incorporou várias medidas ideológicas inspiradas pela Revolução de 1789; e tentou tornar supérfluo o papel tradicional do direito erudito, ao proibir o comentário doutrinário sobre os códigos, na crença de que a nova legislação era clara e auto-suficiente”. CAENEGEM, R. C. *Uma introdução histórica ao direito privado*, p. 33-35.

políticos e os textos constitucionais não exerciam uma influência direta sobre as relações de direito privado.⁶⁰

A supremacia e auto-suficiência do direito privado restaram fortalecidas pela escola da exegese⁶¹, que inspirada na tradição romana medieval limitou o fenômeno jurídico ao direito codificado em uma atividade monopolizada pelo estado. Nestes termos não se reconhecia qualquer superioridade hierárquica com incidência direta para tratar de relações jurídicas de direito civil.⁶²

Essa supervalorização da lei, e especialmente do código civil, fortaleceu a dicotomia⁶³ entre o direito público e o direito privado como sistemas autônomos⁶⁴. As

⁶⁰ Cf. TEPEDINO, Gustavo. Introdução: código civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil-Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 1-2.

⁶¹ A escola da exegese concebia o código como uma obra completa que continha previsão para qualquer situação fática e concebia o estudo do direito como atividade restrita aos comentários do texto da lei. Este método excluía qualquer outra apreciação que não fosse originária do direito estatal e a interpretação da lei se limitava à investigação da vontade do legislador. Cf. FASSÓ, Guido. *História de la filosofía del derecho*, 3 V., p. 25.

⁶² Cf. TEPEDINO, Gustavo. Introdução: código civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil-Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 2.

⁶³ O tamanho desta nota se justifica pela riqueza de dados com que Bobbio explica a primazia do direito privado sobre o direito público na história. “Através de duas comentadíssimas passagens do *Corpus iuris* [...] a dupla de termos público/privado fez seu ingresso na história do pensamento político e social do Ocidente. [...] Na linguagem jurídica, a preeminência da distinção entre direito privado e direito público sobre todas as outras distinções, a constância do uso nas diversas épocas históricas, a sua força inclusiva, foram tão expressivas que induziram um filósofo do direito de orientação neokantiana a considerar os conceitos de direito privado e de direito público inclusive como duas categorias *a priori* do pensamento jurídico [Radbruch, 1932, pp. 122-27]. [...] Sejam quais forem a origem da distinção e o momento de seu nascimento, a dicotomia clássica entre direito privado e direito público reflete a situação de um grupo social no qual já ocorreu a diferenciação entre aquilo que pertence ao grupo enquanto tal, à coletividade, e aquilo que pertence aos membros singulares; ou, mais em geral, entre a sociedade global e eventuais grupos menores [...]. De fato, a originária diferenciação entre o direito público e o privado é acompanhada pela afirmação da supremacia do primeiro sobre o segundo [...]. O primado do direito privado se afirma através da difusão e da recepção do direito romano no Ocidente: o direito assim chamado das *Pandette* é em grande parte direito privado, cujos institutos principais são a família, a propriedade, o contrato e os testamentos. Na continuidade da sua duração e na universalidade da sua extensão, o direito privado romano adquire o valor de direito da razão, isto é, de um direito cuja validade

passa a ser reconhecida independentemente das circunstâncias de tempo e de lugar de onde se originou e está fundada sobre a ‘natureza das coisas’, através de um processo não diverso daquele por meio do qual muitos séculos mais tarde, a doutrina dos primeiros economistas [...] será considerada como a única economia possível porque descobre, reflete e descreve relações naturais [...]. Em outras palavras, o direito privado romano, embora tendo sido na origem um direito positivo e histórico (codificado pelo *Corpus iuris* de Justiniano), transforma-se através da obra secular dos juristas, glosadores, comentadores, sistematizadores, num direito natural, até transformar-se de novo em direito positivo com as grandes codificações do início do século XIX, especialmente a napoleônica (1804) —um direito positivo ao qual seus primeiros comentadores atribuem uma validade absoluta, considerando-o como o direito da razão. Durante séculos portanto o direito privado foi o direito por excelência. [...] Enfim, criticando como ideológica e portanto como não científica a distinção entre direito privado e direito público, kelsen observou [1960] que as relações de direito privado podem ser definidas como ‘relações jurídicas’ *tout Curt*, como relações ‘de direito’ no sentido mais próprio e estrito do termo, para a elas contrapor as relações de direito público como relações de ‘poder’. O direito público como corpo sistemático de normas nasce muito tarde com respeito ao direito privado: apenas na época da formação do Estado moderno, embora possam ser encontradas as origens dele entre os comentadores do século XIV, como Bartolo di Sassoferrato. Por outro lado, enquanto as obras de direito privado [...] são tratados exclusivamente jurídicos, os grandes tratados sobre o Estado continuam por séculos, mesmo quando escritos por juristas [...], a serem obras não exclusivamente jurídicas. [...] Um dos eventos que melhor do que qualquer outro revela a persistência do primado do direito privado sobre o direito público e a resistência que o direito de propriedade opõe à ingerência do poder soberano, e portanto ao direito por parte do soberano de expropriar (por motivos de utilidade pública) os bens do súdito. [...] Através de Locke a inviolabilidade da propriedade, que compreende todos os outros direitos individuais naturais, como a liberdade e a vida, e indica a existência de uma esfera do indivíduo singular autônoma com respeito à esfera sobre a qual se estende o poder público, torna-se um dos eixos da concepção liberal do Estado, que nesse contexto pode então redefinida com a mais consciente, coerente e historicamente relevante teoria do primado do privado sobre o público. A autonomia da esfera privada do indivíduo singular com respeito à esfera de competência do Estado é elevada por Constant a emblema da liberdade dos modernos contraposta à liberdade dos antigos, no quadro de uma filosofia da história na qual o *esprit de commerce*, que move as energias individuais, está destinado a tomar a dianteira sobre o *esprit de conquête*, do qual são possuidores os detentores do poder político, e a esfera privada se alarga em detrimento da esfera pública, senão ao ponto da extinção do Estado, ao menos até a sua redução ao mínimos termos”. BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade: para uma teoria geral da política*. 3ª ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990, p. 13-24.

⁶⁴ Lapidar é a crítica kelseniana a respeito desta dicotomia em referencia ao sentido de dominação política: A distinção de dois métodos de criação do direito, público e privado, são prolongamentos da formação da vontade estadual e não tem “significado teórico, mas apenas caráter ideológico”. Assim, a absolutização do contraste entre direito público e privado cria a impressão de que só o domínio do direito público seria o setor da dominação política, da qual o direito privado estaria excluído. Ambos setores são o resultado da vontade estadual e portanto da dominação política. “Por meio da distinção de princípio entre uma esfera pública, ou seja, política, e uma esfera privada, quer dizer apolítica, pretende evitar-se o reconhecimento de que o direito ‘privado’, criado pela via jurídica negocial do contrato, não é menos palco de atuação da dominação política do que o direito público, criado pela legislação e pela administração”. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 310-315.

normas constitucionais destinariam ao legislador ordinário a incumbência de disciplinar as relações privadas por meio da codificação civil⁶⁵. Havia também a crença na onipotência do codificador, capacitado a prever soluções jurídicas para todas as hipóteses de fato geradoras de relações jurídicas.⁶⁶

As codificações expressaram a confiança na completude com pretensão de conter “uma regra para caso”, o que também significava um prontuário infalível do qual os juízes não poderiam se afastar. A fidelidade à vontade do legislador era a preservação da vontade geral. O código civil representava a “constituição do direito privado” e fortalecia a separação entre o direito público e o direito privado. Era a expressão do liberalismo que pregava a separação radical entre sociedade e estado, com respectivos estatutos jurídicos: a constituição para o estado, o código civil para a sociedade civil.⁶⁷

Observa-se assim um processo crescente de teorização e sistematização do direito, o que resultaria num distanciamento da realidade social. Este aspecto de abstração obscurece uma questão muito importante, a de que o direito enquanto ciência social vincula-se à realidade desde uma referência básica: o homem evolui psicofisicamente através de sua existência com outros homens. Ou, noutras palavras: “A

⁶⁵ A partir do Constitucionalismo moderno as relações entre o direito *Constitucional* e o direito privado restariam marcadas pela influência dos direitos fundamentais. Inicialmente as constituições não continham uma eficácia vinculativa ao legislador do direito privado, portanto não provocavam modificações nem exerciam uma função protetora e preservadora para as matérias privadas. Cf. HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y derecho privado*, p. 33-45.

⁶⁶ Cf. TEPEDINO, Gustavo. Introdução: código civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil-Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 2.

⁶⁷ Cf. TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa, p. 2. Cf. BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade: para uma teoria geral da política*, p. 23-24. VEGA GARCÍA, Pedro. *La eficacia frente a terceros de los derechos*

complexidade da vida social implica que a determinação de relevância e do significado da existência deve ser efetuada como existência no âmbito social, ou seja, como ‘coexistência’ ”. ⁶⁸

A sistematização de regras e princípios interdependentes destinados a regular o convívio social constituíram os elementos de um conjunto unitário e hierarquicamente predisposto que poderia ser definido de duas formas: pela sua função como ordenamento jurídico e pela sua natureza estruturante da realidade social (como realidade normativa). ⁶⁹

A cisão entre a realidade e a ciência jurídica delineada por “tentativas de definir a ‘realidade jurídica’ como alguma coisa que possa viver separadamente da realidade social, econômica ou política” construiu uma herança que acompanha a teorização do direito ao longo da modernidade: “a cultura formalista, matriz de uma ‘teoria geral do direito’ sem (explícitas) ‘infiltrações’ de caráter político, econômico, sociológico: como se o direito fosse imutável, eterno, a-histórico, insensível a qualquer ideologia”. ⁷⁰

Sob a influência da escola da exegese ⁷¹ manteve-se uma separação rígida e estanque entre o direito público e o direito privado. Esta lógica mostrou-se coerente com

fundamentales: la problemática de la Drittwirkung der Grundrechte. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/340/32.pdf>> Acesso em 20 set. 2005.

⁶⁸ Cf. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 1.

⁶⁹ Cf. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 2.

⁷⁰ Cf. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 2.

⁷¹ A escola da exegese concebia o código como uma obra completa que continha previsão para qualquer situação fática e concebia o estudo do direito como atividade restrita aos comentários do texto da lei. Este método excluía qualquer outra apreciação que não fosse originária do direito estatal e a interpretação da

o individualismo⁷² oitocentista que primava pela predominância do código civil para regular as relações de direito privado⁷³. Neste sentido, aos princípios constitucionais restaria um papel equivalente ao de normas políticas destinadas ao legislador, e apenas

lei se limitava à investigação da vontade do legislador. Cf. FASSÓ, Guido. *História de la filosofía del derecho*, 3 V. p. 25.

⁷² A configuração do individualismo como fundamento de uma doutrina da moral e do direito é precisamente descrita por Bobbio: “A doutrina filosófica que fez do indivíduo, e não mais da sociedade, o ponto de partida para a construção de uma doutrina da moral e do direito foi o jusnaturalismo, que pode ser considerado, sob muitos aspectos (e o foi certamente nas intenções dos seus criadores), a secularização da ética cristã (*etsi daremus non esse deum*). [...] Precisamente partindo de Locke, pode-se compreender como a doutrina dos direitos naturais pressupõe uma concepção individualista da sociedade e, portanto, do Estado, continuamente combatida pela bem mais sólida e antiga concepção organicista, segundo a qual a sociedade é um todo, e o todo está acima das partes. A concepção individualista custou a abrir caminho, já que foi geralmente considerada como fomentadora de desunião, de discórdia, de ruptura da ordem constituída. [...] A concepção individualista significa que primeiro vem o indivíduo (o indivíduo singular, deve-se observar), que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado, e não vice-versa, já que o Estado é feito pelo indivíduo e este não é feito pelo Estado [...]. Nessa inversão da relação entre indivíduo e Estado, é invertida também a relação tradicional entre direito e dever. Em relação aos indivíduos, doravante, primeiro vêm os direitos, depois os deveres; em relação ao Estado, primeiro os deveres, depois os direitos. A mesma inversão ocorre com relação à finalidade do Estado, a qual, para o organicismo, é a *concordia ciceroniana* (a *omónoia* dos gregos), ou seja, a luta contra as facções que, dilacerando o corpo político, o matam; e, para o individualismo, é o crescimento do indivíduo, tanto quanto possível livre de condicionamentos externos. O mesmo ocorre com relação ao tema da justiça: numa concepção orgânica, a definição mais apropriada do justo é a platônica, para a qual cada uma das partes de que é composto o corpo social deve desempenhar a função que lhe é própria; na concepção individualista, ao contrário, justo é que cada uma seja tratado de modo que possa satisfazer as próprias necessidades e atingir os próprios fins, antes de mais nada a felicidade, que é um fim individual por excelência. [...] Estou seguro de que me podem objetar que o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos não esperou pela revolução copernicana dos jusnaturalistas. O primado do direito (*ius*) sobre a obrigação é um traço característico do direito romano, tal como este foi elaborado pelos juristas da época clássica. Mas trata-se, como qualquer um pode comprovar por si, de direitos que competem ao indivíduo como sujeito econômico, como titular de direitos sobre as coisas e como capaz de intercambiar bens com outros sujeitos econômicos dotados da mesma capacidade. A inflexão a que me referi, e que serve como fundamento para o reconhecimento dos direitos do homem, ocorre quando esse reconhecimento se amplia da esfera das relações econômicas interpessoais para as relações de poder entre príncipe e súditos, quando nascem os chamados direitos públicos subjetivos, que caracterizam o Estado de direito”. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 58-61.

⁷³ A recente invenção do individualismo, fruto da filosofia jusnaturalista da ilustração, originou uma nova forma de legitimar o estado. No direito, a filosofia individualista passou a consubstanciar-se após as vitórias obtidas nas revoluções burguesas, as quais tinham como mote os ideais de um direito natural. Não obstante, após a instalação da classe burguesa no poder reajustou-se a sustentação dessa classe no lugar que conquistara. Esta legitimação foi erigida então sobre uma nova ideologia jurídica: o positivismo jurídico. Tanto o jusnaturalismo quanto o positivismo são de inspiração liberal-individualista. No direito este trânsito de idéias ficou plasmado no grande debate do direito moderno, cujos marcos, para falar só de juristas, remontam às obras de Austin, de Hugo, e dos representantes da codificação francesa. Cf. CADEMARTORI, Sergio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*, p. 33; Cf.

em caráter excepcional destinadas ao intérprete como instrumento subsidiário para preencher alguma omissão da lei.⁷⁴

Essa postura alinhada com o perfil individualista da ideologia revolucionária⁷⁵ primou pela liberdade privada e pela abstinência do poder estatal no que diz respeito às questões civilistas. Foi somente no início do século XX na Europa, e após a década de 30 no Brasil, que começaram a surgir sinais de transformações patrocinadas pela

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 1995. Cf. LYRA FILHO, Roberto. *Que é direito*. São Paulo: Brasiliense, 1985.

⁷⁴ Cf. TEPEDINO, Gustavo. Introdução: código civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil-Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 3.

⁷⁵ A ideologia revolucionária registrada no *Code civil* de 1804 é “nitidamente conservador, como demonstra o respeito aos direitos de família e de propriedade como base da ordem social. Esse espírito encontrou sua melhor expressão na obra de Portalis [...]. [...] Portalis era um admirador de Bonaparte; via nele o general que restabelecera a ordem e graças ao qual a França, depois da desordem da Revolução, desfrutava mais uma vez da segurança do direito, em suas palavras, a ‘salvaguarda da propriedade’. O direito absoluto da propriedade privada e os diferentes modos de sua aquisição. Sua administração, sobretudo pelo chefe de família, e os meios de sua transmissão: estes são os conceitos essenciais dos livros II e II do *Code*. O segundo pilar do *Code* é a família, cuja característica principal é a submissão ao poder do marido e pai (livro I). [...] O idealismo ou utopismo do período revolucionário desaparecera. O *Code civil* constitui o testemunho de uma reação sóbria e realista. Depois de dez anos de regime revolucionário, liquidava-se finalmente a ilusão de uma nova sociedade de cidadãos honestos, em que as normas do direito seriam substituídas por prescrições morais que determinassem uma conduta cívica, e os tribunais e julgamentos, por reconciliações amistosas. [...] O Código Napoleão restabeleceu o direito e os tribunais em seu pleno rigor, mas agora o sistema era mais racional e seu funcionamento mais controlável e previsível do que no *ancien regime*. A eliminação do direito natural como fonte do direito positivo pertence à mesma linha de pensamento. [...] O *Code civil* [...] rejeita qualquer empréstimo do direito natural; de agora em diante, a ordem instituída era o *Code* [...] o papel do direito natural tinha acabado. No que se refere à libertação e à emancipação, o efeito do *Code* era limitado. É verdade que muitas desigualdades e tributos (especialmente os feudais) tinham sido abolidos, mas o *Code* de 1804 introduzia outras. Por exemplo, a discriminação contra as mulheres, sobretudo as casadas, o que pode ser visto em particular nas restrições à participação das mulheres nos conselhos de família ou a servirem de testemunhas, na sujeição da esposa à autoridade do marido e na obrigação de concordar com ele, assim como no princípio de reservar par ao marido o direito de administrar a propriedade de sua esposa. Havia também discriminação contra os direitos dos trabalhadores [...]. A norma do artigo 1.781 do *Code* era particularmente desfavorável: no caso de disputa entre empregador e empregado a propósito de uma questão de pagamento ou de obrigação recíproca, prevalecia a palavra do empregador”. CAENEGEM, R. C. *Uma introdução histórica ao direito privado*, p. 33-35.

crescente intervenção do estado na economia⁷⁶. Além disto, notou-se uma incipiente intervenção na autonomia privada⁷⁷, sinalizando um fenômeno que mais tarde seria conhecido como dirigismo contratual.⁷⁸

O século XX mostrou-se profícuo em transformações sociais motivadas pelo desenvolvimento econômico e tecnológico, as quais acarretaram uma irreversível complexificação das relações sociais.⁷⁹

É neste bojo de acontecimentos que se começou a levar em conta a recíproca influência entre os aspectos sociais, econômicos, políticos, éticos e normativo-jurídicos.

⁷⁶ Neste sentido: “O sustentáculo fundamental do liberalismo que, pressuposta a separação entre Estado e a Sociedade civil, relegava ao Estado a tarefa de manter a coexistência pacífica entre as esferas individuais, para que atuassem livremente, conforme suas próprias regras, entrou em crise desde que o Poder Público passou a intervir quotidianamente na economia. Diante de um Estado intervencionista e regulamentador, que dita as regras do jogo, o Direito civil viu modificadas as suas funções e não pode mais ser estimado segundo os moldes do Direito individualista dos séculos anteriores”. MORAES, Maria Celina Bodin de. *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Revista dos tribunais, nº 779, setembro, 2000, p. 22.

⁷⁷ O individualismo do século XIX foi gradativamente sendo reduzido no século seguinte por força de uma progressiva intervenção do estado que passava a limitar, ou até mesmo eliminar totalmente, a autonomia privada. Assim, o individualismo gerado sob influência das concepções jusnaturalistas e iluministas que se positivaram nos códigos civis da França e Alemanha centraram o universo jurídico na pessoa humana com sua liberdade e autonomia. Supera-se o liberalismo econômico e político do século XIX com a intervenção do estado na economia privada e no direito em geral. “Advoga-se o predomínio dos interesses gerais sobre os particulares e sobrepõe-se o espírito da socialidade e da justiça social ao do puro individualismo dos códigos civis, exigindo-se destes, não a tradicional postura dogmática adequada ao estado de direito, mas o caráter instrumental de utilidade próprio ao Estado Social. A passagem do Estado Liberal para o Estado intervencionista, com a sua crescente ingerência na organização da vida econômica, conduz assim ao declínio da concepção liberal da economia e a uma conseqüente crítica ideológica do dogma da vontade, principalmente pela doutrina marxista. E os princípios e institutos fundamentais do direito civil, a propriedade, o contrato, o casamento etc., emigram para o texto das Constituições, levando juristas de nomeada a falar na publicização do direito privado. Todas estas modificações alteram a fisionomia tradicional do direito civil, repercutindo nas fontes e nos institutos fundamentais, enfim, em toda a matéria do direito privado”. AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 363-365.

⁷⁸ Cf. TEPEDINO, Gustavo. Introdução: código civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil-Constitucional*, p. 3.

⁷⁹ Cf. WIEAKER, Franz. História do direito privado. 2ª ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 1980, p. 646-649.

Mesmo nessa época de rápidas transformações na realidade social a busca de previsibilidade e segurança havia a necessidade de positivação do direito (direito escrito e estatuído por fontes predeterminadas e reconhecidas).⁸⁰

É nesta época de inovações e reconhecimento de um pluralismo cultural que os acontecimentos começam a diluir o papel de completude e exclusividade do código civil. Uma consequência disto foi o ocasional surgimento de leis especiais e excepcionais proliferadas para disciplinar novas situações sociais até então não atendidas pelo instrumental jurídico em vigor. O ritmo das novas descobertas e demais transformações vivenciadas no século XX propiciaram a intensificação do processo legislativo. Isto ocasionou a gradativa perda de centralidade do direito codificado, que sofreu a subtração de matérias inteiras a seguir reguladas por legislação especial.⁸¹

Em linhas gerais passou-se a designar como “descodificação” o processo de desconstrução da centralidade e exclusividade do código civil pela incidência de legislações especiais. Esta nova realidade legislativa foi marcada por regulamentações extensas e com novas tipificações que abrangeram até mesmo outros ramos do direito além do privado. Estas inovações legislativas passaram a ser designadas como estatutos,

⁸⁰ Cf. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 2.

⁸¹ Cf. TEPEDINO, Gustavo. Introdução: código civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil-Constitucional*, p. 4.

seja em função de seu aspecto material ou processual, seja pelas regras interpretativas ou linguagem setorial.⁸²

A legislação estatutária também inovou por não manter o caráter universal, a neutralidade, a generalidade e a precisão lingüística que marcaram as codificações. A era dos estatutos construiu uma nova realidade legislativa ao prestigiar como tônica do estado social a definição dos objetivos de política legislativa. Isto se deu através de subsídios fiscais e outros meios para incentivar comportamentos que atendessem a prioridades de interesse social ou estatal. Assim a atuação estatal e legislativa deixou de ser meramente repressora do ilícito e passa a desempenhar um papel de agente de promoção de valores e políticas públicas numa atuação que passou a ser conhecida como função promocional do direito.⁸³

O processo de descodificação do direito civil representa o deslocamento da centralidade do código civil, enquanto corpo legislativo monolítico, para uma nova realidade marcada pela fragmentação e pluralidade de estatutos autônomos em relação ao próprio código. A esta nova realidade marcada pela “proliferação desmesurada da produção legislativa, estimulada pelos avanços da tecnologia e por uma realidade econômica cada vez mais complexa, a reclamar novos mecanismos de regulamentação”, soma-se também a influência de normas supranacionais cuja interferência ocorre em

⁸² Cf. TEPEDINO, Gustavo. Introdução: código civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil-Constitucional*, p. 4.

⁸³ Cf. TEPEDINO, Gustavo. Introdução: código civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil-Constitucional*, p. 4-5.

virtude de tratados, convenções, pactos internacionais e regulamentos de mercados regionais, os quais suscitam uma crise nas fontes normativas.⁸⁴

Em síntese observa-se que o direito privado como um todo, e o direito civil em especial, tiveram um momento de auto-suficiência —com pretensões de completude num processo de racionalização e sistematização— conhecido como época das codificações. No entanto a recíproca influência entre a realidade teórico-normativa e os acontecimentos sociais marcados pelo desenvolvimento da cultura humana ocasionaram uma necessária abertura conhecida como processo de descodificação. A par destas transformações nota-se outra influência que colocaria em xeque os tradicionais postulados do direito privado: a socialização do direito civil. Este é o tema seguinte.

1.4 A TRANSFORMAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA NO SISTEMA CIVILISTA PROMOVIDA PELA PASSAGEM DA NOÇÃO DE ESTADO DE DIREITO PARA A CONCEPÇÃO DE ESTADO SOCIAL

Apesar do momento de transição paradigmática que se encontra o direito civil na atualidade, a compreensão da realidade deste ramo do direito privado exige que se leve em consideração outros elementos, como a crise que afeta os paradigmas do direito civil

⁸⁴ Cf. TEPEDINO, Gustavo. Introdução: código civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil-*

contemporâneo consolidado desde o século XIX. Trata-se de uma crise evidenciada principalmente pela inadequação dos institutos jurídicos modernos em atender as expectativas contemporâneas.⁸⁵ Esta situação gera tensões e desencadeia mudanças no direito civil.

Historicamente os valores de segurança, justiça, liberdade e igualdade formaram a base sobre a qual se estruturou o direito após a revolução francesa. O direito civil contemporâneo mantém o substrato desses valores, agora sob influência dos interesses sociais postulados pelo constitucionalismo⁸⁶ recente.⁸⁷ É exatamente nos valores fundamentais do sistema civil onde ocorreram as referidas alterações.

Constitucional, p. 4. Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, derecho y justicia*, p. 36-37.

⁸⁵ Cf. AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. São Paulo: Renovar, 2003, p. 151.

⁸⁶ No sentido mais amplo a história dos textos constitucionais remonta às noções de institucionalização do poder e estado. Já o termo Constitucionalismo como “arma ideológica a serviço de uma classe —a burguesia—, é fenômeno verificado a partir dos fins do século XVIII”. Foi na idade média feudal que começam a surgir a partir dos costumes as “leis fundamentais” com tentativas de regular a atividade governamental. A centralização do poder na monarquia e os interesses da burguesia configuraram o estado nacional moderno. As aspirações do iluminismo humanista racionalista e individualista foram o substrato da reação ao absolutismo e formação do estado liberal clássico. Neste contexto se configura o Constitucionalismo como movimento político, ideológico e normativo que caracterizou a institucionalização e limitação do poder. Cf. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Constituição e codificação: primórdios do binômio. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais Constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 55-56. É oportuno ressaltar que o uso do termo *Constitucional* é recente e sua significação não está totalmente consolidada. A noção de Constitucionalismo é bastante ampla e ambígua: “Constitucionalismo não é hoje termo neutro de uso meramente descritivo, dado que engloba em seu significado o valor que antes estava implícito nas palavras Constituição e *Constitucional* (um complexo de concepções políticas e de valores morais), procurando separar as soluções contingentes (por exemplo, a monarquia *Constitucional*) daquelas que foram sempre suas características permanentes. [...] Assim, para definir o termo, é necessário, antes de tudo, aceitar o valor que nele se acha implícito, um valor que podemos resumir na defesa dos direitos da pessoa, do indivíduo, do cidadão. Em segundo lugar, é preciso definir tipologicamente, com base na história, as diversas soluções que, na qualidade de meios, têm sido oferecidas para alcançar tal fim e foram formalizadas mediante conceitos outros que não o de Constitucionalismo, como o de separação dos poderes, garantia, Estado de direito ou *Rechtstaat* e *Rule of law*”. MATTEUCCI, Nicola. Verbete “Constitucionalismo”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*, p. 247-248. Observa-se pelo exposto acima que o significado do termo Constitucionalismo é deveras complexo. Por este motivo passamos a adotar a síntese elaborada por Cristiano Araújo Pinto para designar o Constitucionalismo

Efetivamente o valor fundamental da segurança resguardada nos códigos civilistas consagrou a separação entre a sociedade civil e o estado com o objetivo de proteger a autonomia privada perante ingerências do poder político. Neste contexto se privilegiou a estabilidade dos códigos, outrora elaborados com a pretensão de acolher todas as demandas sociais a ele referentes.⁸⁸

No entanto as pretensões de exclusividade e completude rotuladas aos códigos logo encontraram limites no decorrer da modernidade, na qual as relações sociais se complexificaram. A título de ilustração cabe destacar um importante momento histórico que colocou em tensão essa percepção privativista originária: a inexorável intervenção estatal no sistema econômico ao longo do século XX, promovida pela incapacidade de auto-regulação do sistema econômico em atender às demandas sociais, ocasionando uma tensão entre a igualdade formal de todos perante a lei e a desigualdade material dos menos favorecidos. É nesta intervenção que se identifica o deslocamento para um segundo plano dos até então venerados princípios civilistas, como a segurança individual embasada na autonomia da vontade e a plenitude do direito de propriedade. Consta-se assim um deslocamento na hierarquia axiológica das instituições civis tradicionais, o que

contemporâneo compreendido como movimento histórico que se estabeleceu, se concretizou e se desdobrou a partir da segunda metade do século XVIII: “O Constitucionalismo, quer num sentido mais forte (Henkin), quer numa acepção mais relativizada que contemple um pequeno núcleo essencial (Rosenfeld), pressupõe a observância de direitos fundamentais, a imposição de limites ao poder estatal e a existência de um controle judicial dos atos governamentais. E, na história moderna, o veículo para tais exigências, na expressiva maioria dos regimes políticos existentes, é uma constituição escrita, que seja adotada e compreendida como lei fundamental e suprema”. Cf. ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. *A Reação Norte-Americana aos Atentados de 11 de Setembro de 2001 e seu Impacto no Constitucionalismo Contemporâneo: Um Estudo a Partir da Teoria da Diferenciação do Direito*. Tese de doutorado: Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. 2004. p. 20.

⁸⁷ Cf. AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*, 2003, p. 151.

acarretou a substituição da segurança individual em favor da segurança coletiva, do bem comum e da justiça social.⁸⁹

A abrangência desta transformação não é atributo exclusivo ao direito privado; trata-se de uma mudança bem mais ampla. A concepção do estado também passou por transformações. O aspecto essencial que identifica estado liberal circunscreve-se ao entendimento de uma organização estatal submetida a um ordenamento jurídico próprio, estruturada sob o princípio da separação dos poderes. Esse estado buscava a limitação do poder político diante dos direitos individuais e supunha uma rígida separação entre o direito público e as relações jurídicas privadas. Neste contexto sua função residia em

⁸⁸ Cf. AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*, 2003, p. 151.

⁸⁹ Cf. AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*, 2003, p. 151. Bobbio explana com acuidade o processo de primazia do público sobre o privado: “O primado do público assumiu várias formas segundo os vários modos através dos quais se manifestou, sobretudo no último século, a reação contra a concepção liberal do Estado e se configurou a derrota histórica, embora não definitiva, do Estado mínimo. Ele se funda sobre a contraposição do interesse coletivo ao interesse individual e sobre a necessária vinculação, até à eventual supressão, do segundo ao primeiro [...]. Assume várias formas segundo o diverso modo através do qual é entendido o ente coletivo —a nação, a classe, a comunidade do povo— a favor do qual o indivíduo deve renunciar à própria autonomia. [...] a todas elas é comum a idéia que as guia, resolvível no seguinte princípio: o todo vem antes das partes. Trata-se de uma idéia aristotélica e mais tarde, séculos depois, hegeliana [...]; segundo ela, a totalidade tem fins não reduzíveis à soma dos fins dos membros singulares que a compõem e o bem da totalidade, uma vez alcançado, transforma-se no bem das suas partes [...]. Praticamente, o primado do público significa o aumento da intervenção estatal na regulação coativa dos comportamentos dos indivíduos e dos grupos infra-estatais, ou seja, o caminho inverso da emancipação da sociedade civil em relação ao Estado, emancipação que fora uma das conseqüências históricas do nascimento, crescimento e hegemonia da classe burguesa [...]. Como declínio dos limites à ação do Estado, cujos fundamentos éticos haviam sido encontrados pela tradição jusnaturalista na prioridade axiológica do indivíduo com respeito ao grupo, e na conseqüente afirmação dos direitos naturais do indivíduo, o Estado foi pouco a pouco se reapropriando do espaço conquistado pela sociedade civil burguesa até absorvê-lo completamente na experiência do Estado total. [...] a distinção público/privado se duplica na distinção política/economia, com a conseqüência de que o primado do público sobre o privado é interpretado como primado da política sobre a economia, ou seja, da ordem dirigida do alto sobre a ordem espontânea, da organização vertical da sociedade sobre a organização horizontal. Prova disso é que o processo de intervenção dos poderes públicos na regulação a economia —processo até agora surgido como irreversível— é também designado como processo de ‘publicização do privado’ [...]”. BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade: para uma teoria geral da política*, p. 24-27.

garantir os direitos concernentes à liberdade e à propriedade contra os abusos do poder político.⁹⁰

Ao longo da evolução do estado moderno as relações sociais se complexificaram e exigiram a intervenção do poder público em situações até então restritas à iniciativa privada. A invasão do mundo privado fundamentou-se pela necessidade de priorizar a justiça social em nome da segurança coletiva. Esta superação dos interesses individuais, que perderam importância perante os direitos econômicos, sociais e culturais, deu origem a uma transição hoje conhecida como a passagem do estado liberal de direito para a noção de estado social.⁹¹

A primazia do bem comum e da segurança coletiva em substituição do individualismo significou um verdadeiro deslocamento no que diz respeito aos valores fundamentais das instituições civis consolidadas no alvorecer do estado moderno. Surgiu uma nova ordem de valores cujo objetivo era estabelecer uma equidade baseada em concessões jurídicas de cada um e de todos visando à construção do bem comum, principalmente em relação à dignidade humana e à distribuição das riquezas. Assim, do ponto de vista do direito privado, é no âmbito da liberdade, da autonomia privada e do direito de propriedade que ocorreram as transformações mais significativas. As reformas

⁹⁰ Cf. AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução.*, 2003, p. 152.; Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 7ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998, p. IX.

⁹¹ Cf. AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução.*, 2003, p. 152; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*, p. IX. Um estudo detalhado sobre a transição do liberalismo ao Constitucionalismo social ver: BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros. 230 p.

sociais promovidas buscavam disciplinar a equação entre a igualdade formal e a desigualdade material.⁹²

O estado social ou estado intervencionista acabou por suplantar o individualismo que caracterizou a ordem privada na época das codificações. Há ainda que se levar em conta a tensão social e política gerada pelo conflito de interesses entre os ideais burgueses e as exigências da população menos favorecida que clamava por justiça. Com isto “o valor da liberdade supera-se com o ideal da socialização e da presença do Estado na economia”.⁹³

A intangibilidade da autonomia privada passou a ser paulatinamente desfeita pelas crescentes intervenções que criaram uma nova ordem econômica e moral na sociedade através das normas constitucionais. Então a circulação de riquezas privadas passou a ser crescentemente regulada pela ordem pública e surgiu a função social da propriedade e dos contratos.⁹⁴

Foi no período posterior às guerras mundiais que a transformação paradigmática foi perceptível no direito civil. Para Francisco Amaral a complexificação social provocada pelo desenvolvimento tecnológico, cultural e econômico sob influência da mundialização das relações sociais consumistas gerou novas tendências para direito civil contemporâneo, nos seguintes termos:

I) *Interpenetração do direito civil com o constitucional*, o que representa para alguns a constitucionalização do direito civil [...] e

⁹² Cf. AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. , 2003, p. 151.

⁹³ Cf. AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. , 2003, p. 152.

⁹⁴ Cf. AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. , 2003, p. 152-153.

a superação da clássica dicotomia direito público/direito privado. [...]

II) *Personalização do direito civil*, no sentido da crescente importância da vida e da dignidade da pessoa humana, elevadas à categoria de direitos e de princípio fundamental da Constituição. [...] Todo ser humano é *pessoa*, individual e concreta. O homem, porque é pessoa em sentido ético, é um valor em si mesmo, o que legitima o surgimento de uma nova categoria jurídica, a dos Direitos da Personalidade⁹⁵. A personalização do direito não leva, porém, à diminuição de importância da esfera patrimonial individual. O *homo privatus* é ainda e sempre, um *homo oeconomicus* [...]. [...] A crescente integração dos sistemas econômico e jurídico é típica da sociedade industrial contemporânea, de que é testemunho o planejamento econômico. [...]

III) *Desagregação do direito civil* [...] O direito civil, neste século, vem-se marcando por uma crescente separação em ramos jurídicos autônomos, alguns com princípios próprios, outros vinculados ainda aos princípios fundamentais do direito civil. Surgem o direito do trabalho, o direito agrário, o direito previdenciário, o direito imobiliário, o direito aeronáutico, o direito bancário, o direito industrial, o direito notarial, etc., inexistentes no século passado, que se formam devido à crescente complexidade das relações jurídicas, a exigirem do legislador disciplina específica e autônoma.

IV) *Surgimento dos microsistemas jurídicos*. Como consequência direta dessa tendência, e também do grande número de leis especiais em relação ao Código Civil, disciplinando, com princípios próprios, matéria até então integrada nesse diploma, surgem sistemas específicos, menores, verdadeiros microsistemas legais, como o das sociedades por ações, o estatuto da terra, o do mercado de capitais, o da legislação bancária, o do inquilinato, o da responsabilidade civil, o dos direitos autorais, o dos seguros, o da propriedade industrial, o da proteção ao consumidor etc., a provocar significativa alteração na teoria das fontes e na

⁹⁵ Para J. J. Canotilho, “os direitos da personalidade abraçam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania) , os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Tradicionalmente, afastavam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações por não serem atinentes ao ser como pessoa. Contudo, hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como ‘direito à pessoa ser e à pessoa devir’, cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa. A LC 1/97 veio, de resto, autonomizar um direito ao desenvolvimento da personalidade (art. 26.º/1). No entanto, não é apenas uma ordem de direitos subjectivos, mas também uma *ordem objetiva* que justificará, entre outras coisas, o reconhecimento de direitos fundamentais a pessoas colectivas e organizações (ex.: os direitos reconhecidos às organizações de trabalhadores na Constituição Portuguesa). Neste domínio é particularmente visível a separação entre direitos fundamentais e direitos da personalidade”. CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e teoria da constituição*, p. 396.

interpretação do direito. O direito civil acompanha, assim, as transformações da sociedade contemporânea, superando o modelo do liberalismo clássico, mas conservando, como objetivo básico, a tutela de uma esfera de autonomia reconhecida ao particular, como expressão de seu valor como pessoa.

V) *Reservas à codificação*. Os códigos civis que serviram de modelo foram o Código Civil francês, de 1804, e o Código Civil alemão, de 1896. O primeiro representava o triunfo do individualismo liberal. Consagrava o direito da propriedade como absoluto, o princípio da autonomia da vontade (arts. 544 e 1334) e a igualdade de direitos, dando substrato jurídico às conquistas da Revolução Francesa. O Código Civil alemão foi o mais perfeito resultado da ciência pandectista do séc. XIX, filho tardio do liberalismo clássico.⁹⁶

Em síntese presencia-se uma verdadeira mutação ainda em andamento no sistema de direito privado, outrora regido pelo individualismo. A nova ordem encontra-se gravada no direito constitucional, que passou a regular os princípios que eram restritos à ordem privada. Ao código civil reserva-se assim uma atuação residual, restando prejudicadas as originais pretensões de totalidade, generalidade e autonomia, que são superadas pela imposição de interesses públicos plasmados na função social dos institutos do direito civil.⁹⁷

1.5 A ABERTURA DO SISTEMA JURÍDICO CIVILISTA PERANTE A INFLUÊNCIA DO CONSTITUCIONALISMO

⁹⁶ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. , 2003, p. 154-156.

⁹⁷ Cf. AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. , 2003, p. 157.

Os acontecimentos do século XX contribuíram para a superação do entendimento do direito civil como um sistema fechado na própria codificação, sem possibilidade de interferência direta de outra fonte normativa. Ainda nesse século se verifica uma certa abertura com a influencia das constituições sobre o direito privado. Esta nova realidade do direito civil já apresenta sinais de difusão nos âmbitos doutrinário, jurisprudencial e legislativo em atendimento a princípios como o da solidariedade social, da dignidade da pessoa humana e da função social da propriedade nas relações de direito civil.⁹⁸ Trata-se de uma modificação na forma de conceber princípios e instituições como autonomia da vontade, personalidade jurídica e o direito patrimonial.

As influências heterônomas sobre as relações historicamente privadas podem exemplificar-se pela criação do código do consumidor, que estipula a sobreposição dos princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio das prestações sobre a mera vontade individual. Este fenômeno representa uma imposição fundada na materialidade dos “princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade substancial, que integram o conteúdo do Estado social de direito delineado pelo constituinte”.⁹⁹

Historicamente as codificações civis privilegiavam as situações patrimoniais e a autonomia da vontade, mas contemporaneamente já não se tem essa mesma condição. No novo sistema de direito civil subordinado aos postulados constitucionais há

⁹⁸ Cf. TEPEDINO, Gustavo. Introdução: Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil-Constitucional*, p. 12.

privilégio à proteção da pessoa. Inicia-se assim uma nova fase para o direito como um todo e para o ordenamento civil em particular, devido à prevalência dos interesses existenciais sobre as situações patrimoniais.

Esta mudança de paradigma pode muito bem ser ilustrada pelas legislações atuais que tutelam com prioridade as crianças, os adolescentes, os idosos, os consumidores, os componentes da família sob o poder familiar, entre outras.

No Brasil foi um momento decisivo a reconstitucionalização da ordem política posterior à ditadura militar. A nova ordem constitucional instaura uma época na qual a hermenêutica constitucional passa a ser o centro das atenções em todo o direito. O direito constitucional deixa de ser considerado como teoria distanciada dos valores existenciais. A hermenêutica constitucional tem sido mais do que nunca o eixo sobre o qual se tem analisado a interação entre toda a realidade circundante ao exercício do poder para desvendar o sentido e a natureza das regras constitucionais.¹⁰⁰

A integração entre a constituição e o direito civil certamente não é tão pacífica como pode parecer, pois a questão da eficácia dos princípios constitucionais é assunto polêmico tanto na doutrina quanto na jurisprudência. No entanto, nas últimas décadas, as novas legislações, a jurisprudência e alguns doutrinadores têm estabelecido “um nexo de

⁹⁹ Cf. TEPEDINO, Gustavo. Introdução: Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil-Constitucional*, p. 13.

¹⁰⁰ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*, p. VII.

legitimidade entre a Constituição e as leis infraconstitucionais, bem como entre os princípios normativos e o conteúdo das cláusulas gerais”.¹⁰¹

Sobre a questão da eficácia normativa dos princípios Gustavo Tepedino afirma o seguinte:

Do ponto de vista interpretativo, conforme se observou, em doutrina, ‘a progressiva atribuição de eficácia normativa aos princípios vem associada ao processo, delimitável historicamente, de abertura do sistema jurídico. Num sistema aberto, os princípios funcionam como conexões axiológicas e teleológicas entre, de um lado, o ordenamento jurídico e o dado cultural, e de outro, a Constituição e a legislação infraconstitucional’. A análise serve de base para ulterior conclusão: ‘a articulação entre a eficácia normativa dos princípios e a abertura dos sistemas jurídicos através da aplicação dos princípios constitucionais é o que serve a fundamentar metodologicamente a reconstrução do direito civil em chave constitucional. [Como decorrência, no Brasil a atividade legislativa] só se justifica com a adoção de princípios normativos e de cláusulas gerais que não sejam meras estruturas formais e neutras mas, vinculados a critérios expressamente definidos, exprimam a tábua de valores da sociedade, consagrada na Constituição.¹⁰²

Nestes termos a questão da interpretação e aplicação das normas implica considerar-se o sistema jurídico desde uma “opção ‘ideológico-jurídica’ constitucional” que impõe limites, primando pelo respeito aos direitos fundamentais¹⁰³. Trata-se de uma

¹⁰¹ Cf. TEPEDINO, Gustavo. Introdução: Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil-Constitucional*, p. 13.

¹⁰² Cf. TEPEDINO, Gustavo. Introdução: Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil-Constitucional*, p. 14-16.

¹⁰³ A expressão direitos fundamentais é freqüentemente utilizada como sinônimo de direitos do homem. A partir da origem e significado J. J. Canotilho apresenta a seguinte distinção: “direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal.; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e teoria da constituição*, p. 393.

hierarquização de postulados interpretativos que prioriza os fundamentos constitucionais.¹⁰⁴

Por conseguinte, todo o ordenamento jurídico passa a ser considerado como um sistema tendo o texto constitucional um “papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quando naqueles de relevância publicista”.¹⁰⁵

Este processo de influência do texto constitucional sobre o direito civil é reconhecido em diversas nomenclaturas: constitucionalização do direito civil, descodificação e direito civil-constitucional. Em todas elas trata-se de admitir a unificação do ordenamento jurídico, num processo no qual incumbe ao intérprete detectar o respeito aos valores e aos princípios fundamentais do estado de acordo com a constituição.¹⁰⁶

Esta tarefa cria um problema que à primeira vista pode parecer simples: o da hierarquia das fontes de direito e sua harmonização com a constituição. O ordenamento jurídico globalmente considerado se compõe de normas de procedências diversas (parlamento, governo, particulares, etc.), organizadas em uma hierarquia sob o domínio da constituição. Esta harmonização entre as fontes é buscada em função de uma certeza formal do ordenamento para resolver os conflitos entre as normas emanadas por diversas fontes sob inspiração em uma “lógica substancial” embasada nos “valores e

¹⁰⁴ Cf. PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 5.

¹⁰⁵ Cf. PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 5-6.

¹⁰⁶ Cf. PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 6.

na conformidade com a filosofia de vida presente no modelo constitucional”.¹⁰⁷ O respeito à constituição implica a observância de certos procedimentos para criar normas infraconstitucionais e também a necessidade de que o seu conteúdo atenda a valores consagrados na própria constituição.

A correlação entre o direito constitucional e o direito civil envolve algo mais do que uma simples relação de hierarquia. Há de levar-se em conta também a interpretação e a aplicação das normas e princípios constitucionais no âmbito do direito civil¹⁰⁸. Neste complexo tema é Pietro Perlingieri um dos autores mais mencionados pelos civilistas brasileiros. Para ele, em nome da unidade do ordenamento regido pelas normas constitucionais há que se reconhecer a eficácia das normas constitucionais perante as relações privadas, independentemente da existência ou não de normas ordinárias que disciplinem a hipótese de fato em consideração.¹⁰⁹

Adotar a norma constitucional como razão primária e justificadora da interpretação e aplicação do direito representa uma incumbência inovadora para os

¹⁰⁷ Cf. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 9.

¹⁰⁸ No direito comparado a Alemanha é um caso referencial. A Lei Fundamental trouxe inovações nas garantias, na imposição da primazia *Constitucional* e na vigência dos direitos fundamentais. A partir de então ser teve uma disposição *Constitucional* determinante de aplicabilidade imediata a todos os direitos fundamentais. E mais, surge também uma jurisdição *Constitucional* com ampla competência material para compatibilizar com a Lei Fundamental os atos do poder público, os conteúdos das leis e as resoluções judiciais. Com a Lei Fundamental cada juiz passou a ter a competência e o dever de promover a compatibilização material das leis e do poder público com a constituição. Trata-se de uma nova ordem com valores objetivos, pois o poder vinculativo dos direitos fundamentais afeta a todo o ordenamento jurídico. Além dos direitos fundamentais clássicos, a Lei Fundamental ampliou sua abrangência sobre o direito privado mediante a imposição da igualdade de direitos entre homens e mulheres e entre filhos naturais e extramatrimoniais. Cf. HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y derecho privado*, p. 53-67 e 71-72.

¹⁰⁹ Cf. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 11.

civilistas, qual seja a de tratar o direito civil harmonizando-o com o conteúdo constitucional, especialmente no que diz respeito às necessidades existenciais das pessoas. De fato trata-se de uma tarefa que supõe a redefinição dos fundamentos dos institutos jurídicos sob a influência de um renovado juízo de valor.¹¹⁰

Isto impõe uma tendência normativa e cultural de reduzir a importância do conteúdo patrimonial quando confrontado com o livre desenvolvimento da pessoa, pondo em relevo os ditames constitucionais. Em suma se dá a superação do individualismo e do patrimonialismo.¹¹¹

1.6. RESUMO E APORTES TÓPICOS SOBRE A RACIONALIZAÇÃO, CODIFICAÇÃO, DESCODIFICAÇÃO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

¹¹⁰ Cf. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 11-12. Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. p. 40.

¹¹¹ Cf. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 33. **Nota-se um avanço dos interesses coletivos e sociais como forças determinantes da ordem jurídica. Trata-se de uma transformação que afeta a concepção dogmática na interpretação do direito privado. Passa-se de uma ética individual da vontade e da liberdade para uma ética social da responsabilidade solidária. Nesta nova concepção o poder público e a sociedade respondem pela existência social de cada indivíduo. Assim a garantia de existência de cada membro da comunidade jurídica e a defesa dos mais débeis começam a ter vez no direito privado. Nesta nova realidade o direito privado passa a ser necessário a ordenação do princípio da autodeterminação individual com o princípio da justiça social. Cf. HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*, p. 71-73.**

No processo de racionalização do direito, que para efeito deste capítulo foi delimitado a partir do período de passagem da idade média para a idade moderna, deu-se a construção de uma impessoalidade da lei, que se consolidaria progressivamente no transcurso do segundo milênio. Neste processo se verificaram várias transformações nas relações entre o direito e a sociedade. **A progressiva especialização, profissionalização e centralização do direito e dos tribunais ocasionaram um afastamento da participação popular na elaboração e na aplicação do direito de modo democrático. O resultado deste processo foi o fim da importância da participação popular na administração da justiça.**¹¹²

1.6.1 A CIENTIFICIDADE DO DIREITO OCIDENTAL

¹¹² Nos primeiros séculos da idade média e na “antiguidade germânica” o povo tomava parte ativa e direta nas decisões: “às vezes os juízes procuravam ajuda, e o povo era solicitado a expressar sua aprovação ou desaprovação das decisões propostas pelos juízes. O processo era completamente oral e público. Depois da Idade Média tardia, a prática desapareceu. Seria um exagero atribuir a mudança apenas à expansão do processo romano-canônico, já que mesmo fora de sua esfera de influência a participação do povo foi reduzida. No entanto, ficou claro que o exemplo e o prestígio do processo erudito desempenharam seu papel no declínio da participação popular no direito. O povo se tornou cada vez menos capaz de acompanhar as controvérsias ou de compreender a linguagem erudita dos tribunais. Essa alienação foi exacerbada quando o recrutamento dos magistrados restringiu-se aos de formação universitária, e ainda mais com a venalidade dos cargos (isto é a atribuição pela Coroa dos postos de conselheiros aos que pagassem mais). Dessa época em diante, os magistrados formaram uma classe de nobres ricos praticamente tão exclusiva quanto o direito que aplicavam. O processo inglês tornou-se também mais esotérico. Nele, também a magistratura era de difícil acesso, e a linguagem erudita era ininteligível para os não iniciados, não só por causa de seu tecnicismo, mas também porque a linguagem usada sequer derivava do inglês, mas de uma forma petrificada do francês normando que remontava ao século XII (Direito Francês). Ainda assim o processo (até mesmo o processo civil) do Direito Comum (Common law) preservou uma instituição tradicional que mantinha ligação com o povo: o júri. Como os juízes eram obrigados a explicar o significado dos princípios jurídicos em termos compreensíveis a um júri de não-juristas, o povo não foi inteiramente excluído do sistema jurídico”. CAENEGER, R. C. *Uma introdução histórica ao direito privado*, p. 144-148.

A identificação das transformações ocorridas no direito, na passagem do medievo para a idade moderna, não pode ser dissociada dos demais acontecimentos sociais e culturais ocorridos na mesma época. Entre as diversas abordagens destacou-se o desenvolvimento do pensamento europeu rumo à cientificidade e suas repercussões na esfera jurídica. Tal cientificidade é entendida como o processo de racionalização formalista do direito. Esta racionalização é tendente a privilegiar a observação do fenômeno jurídico a partir de uma forma, deixando para trás um direito haurido da teologia e passando a perseguir um direito cada vez mais fundado numa *ratio scripta*. O marco desta guinada foram os estudos posteriores à descoberta do *Corpus Iuris Civilis* no século XI. A partir deles se configurou o direito civil moderno.

A respeito desta cientificidade cabe frisar que a partir dela se abriu caminho para uma “progressiva tecnicização da teoria jurídica, em termos de um instrumento político” (Zagrebelsky). O trato do direito passara das mentes dos religiosos para a classe dos juristas a serviço dos príncipes de então. Este momento de dominação racional-legal continuava a alijar o povo de qualquer intervenção no direito.

A crescente tecnicização do conhecimento jurídico acarretou a monopolização da administração pública pelos juristas.

1.6.2 O MONOPÓLIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR JURISTAS

O caráter instrumental do direito só pôde ser conseguido com a progressiva tecnicização formal, ou seja com o aprimoramento das técnicas de análise de textos e casos abordados com o estilo da retórica prudencial. Esta última tinha o intuito de confirmar o certo e o justo à imagem do direito romano, resgatado através da codificação de Justiniano. A recepção do direito romano criou “um saber jurídico autônomo, humanista e laico que pôs a autoridade do *imperium romanum* e o fascínio pelo ideal cultural romano ao serviço de um novo projeto jurídico, político e societal” (Boaventura de Souza Santos).

A monopolização da administração pública e a erudição do direito sob a influência dos juristas puseram o direito e a administração à margem de qualquer consideração de conhecimento do direito pelo povo.

1.6.3 A DESSACRALIZAÇÃO DO DIREITO

O monopólio do direito não foi um resultado exclusivamente patrocinado pelas suas qualidades instrumentais e técnicas. Também houve interesses emancipatórios representados por uma renovação ética, política e social mais adequada aos novos tempos e ideais de liberdade e autonomia. A dessacralização do direito se deveu a que as

atenções se voltavam para as condições efetivas e racionais de sobrevivência, em substituição às preocupações morais e de ordem natural. A complexidade social em andamento exigia cada vez mais soluções técnicas para uma organização racional da ordem social. Este conjunto de fatos trouxe um pensamento jurídico racionalizado e formalista, com pretensões de neutralidade, em aproximação aos ditames do pensamento científico da época.

A dessacralização do direito produziu uma sistematização estrutural a partir de fundamentos racionais, para regulamentar o convívio social. Daí resultou uma complexificação do direito, que se tornou um produto de erudição e afastado do senso comum.

1.6.4. A POSITIVAÇÃO E A AUTONOMIZAÇÃO DO DIREITO

A dessacralização do direito conduziu à sua positivação, numa tendência a afastá-lo definitivamente de considerações metafísicas. A positivação das normas postas pelo estado consolidou um conhecimento técnico, específico e estrito: o pensamento dogmático. Este saber se centrava em si mesmo e tornou-se autônomo.

Estas características se adequavam às tendências da sociedade em rápida transformação, à qual se ajustava um direito legislado e publicizado. Tal direito atendia a critérios de segurança e precisão interpretativa, em benefício da burguesia em ascensão.

A burguesia necessitava de uma proteção jurídica para a defesa de seus interesses econômicos, culturais e políticos. Para tanto foi atribuído um caráter maleável à lei, a fim de moldá-la aos interesses da sociedade e do estado da época.

O direito passou a ser utilizado como um instrumento para modificar planejadamente a sociedade. As deliberações legislativas encontraram no formalismo um adequado método para promover a segurança nos termos ideológicos da burguesia, que almejava conquistar cada vez mais o poder econômico, cultural e político.

Com a positivação o direito converteu-se num sistema fechado e unificado no âmbito estatal. Houve uma reestruturação formal e hierárquica do direito sob um rigoroso sistema lógico marcado pela abstração e a generalidade, cujo apogeu foi atingido com as codificações. A perfeição técnica e a coerência lógica dos códigos visavam atribuir abrangência, previsibilidade, segurança e completude aos sistemas jurídicos.

O resultado de tudo isso foi a concentração do poder político na esfera estatal, que por sua vez produziu uma alheação do estado face às relações sociais. A manifestação mais significativa disto foi a cisão entre o direito público e o direito privado, ao ponto de se chegar a afirmar que o direito privado não era um direito estatal.

A restrição do fenômeno jurídico ao protagonismo do estado reduziu as fontes do direito à lei positiva. Desde outra perspectiva a abstração das normas ocasionou um distanciamento da realidade social.

Assim o direito privado, posto pelo estado em nome da vontade geral, representava na verdade os segmentos politicamente atuantes. Os governantes e os doutores criavam leis que delegavam autonomia à sociedade civil, essencialmente no âmbito dos negócios.

1.6.5 OS FENÔMENOS DA CODIFICAÇÃO E A POSTERIOR DESCODIFICAÇÃO

A codificação civil trouxe pretensões de auto-suficiência e completude, dentro de um processo de racionalização e sistematização. O fechamento sistêmico do direito civil a fontes heterônomas se realizou através de uma supervalorização da lei como fonte exclusiva do direito. O ponto culminante desta autonomização do direito civil ficou registrado pela dicotomia entre o direito público e o direito privado.

Posteriormente o direito privado passou por uma abertura provocada pela recíproca influência entre a realidade teórico-normativa e os acontecimentos sociais.

Esta tendência ficou conhecida como descodificação do direito civil e causou a derrocada da centralidade e da exclusividade do código civil, com a conseguinte proliferação de leis especiais que passaram a regular questões até então restritas ao próprio código.

As novas fontes normativas geraram uma nova legislação que abandonava a universalidade, a neutralidade, a generalidade e a precisão lingüística que marcavam as codificações. Tratava-se de uma nova compreensão da função estatal, agora sob o enfoque de um estado social protagonista de políticas legislativas voltadas ao atendimento de prioridades dos interesses da população.

Além das transformações mencionadas nota-se uma outra influência que coloca em xeque as tradicionais bases do direito privado. É um movimento contemporâneo de unificação do sistema normativo patrocinado pelo constitucionalismo.

A constituição unificou o sistema jurídico porque passou a vincular todas as manifestações do direito. Isto significou o acolhimento e a captação de valores substanciais para a sobrevivência digna, produto de reivindicações dos movimentos e da organização de indivíduos que antes participavam apenas formalmente do embate político. Esta recepção das demandas populares, sob a égide do constitucionalismo, possibilitou uma participação universal e ativa aos cidadãos nos processos de formação legislativa.

1.6.6 O DIREITO CIVIL INFLUENCIADO PELO CONSTITUCIONALISMO

Desde o fim do século XVIII presenciou-se um movimento de transformação amplo na função do próprio Estado. A organização estatal moderna era no início liberal e burguesa. O estado de direito se caracterizava pela submissão a um ordenamento jurídico próprio, estruturado pela separação dos poderes e limitador da atuação do poder político sobre os indivíduos. Havia uma rígida separação entre as esferas pública e privada. Em dado momento o estado passou a relativizar a dicotomia publico/privado pela necessidade de intervir em nome da justiça social e da segurança pública. Deu-se então a passagem do estado de direito para o estado social.

Para o direito civil o estado social superou definitivamente alguns valores cristalizados nas codificações originais. O individualismo, a autonomia da vontade e a patrimonialidade começaram a ceder espaço aos direitos existenciais, centrados na pessoa humana, na justiça social e no bem comum. **A primeira dessas características (o individualismo) é um conceito central desta tese, a respeito do qual é necessário tecer algumas considerações. Sob um aspecto a idéia de individualismo pode ser encontrada remotamente, como por exemplo no direito grego¹¹³. Não obstante, para efeito deste**

¹¹³ Cf. GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. A. M. Hespanha; L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Goubelkian, 1988, p. 77.

estudo, interessará fundamentalmente o desenvolvimento histórico moderno do individualismo. Nesse momento o individualismo se converte no fundamento teórico assumido no liberalismo no mundo moderno¹¹⁴. Com efeito, se costumeiramente o liberalismo está associado ao jusnaturalismo, ao contratualismo, ao liberalismo econômico e à luta contra o estado, todas estas tendências são atravessadas inequivocamente pela idéia de que há uma coincidência entre o interesse do indivíduo e o interesse comum ou coletivo. No direito o individualismo suplantou a concepção comunitária do direito. As pequenas comunidades desapareceram com o advento das cidades. Desde então o homem enquanto ser isolado, livre, capaz de dispor sobre a sua própria pessoa e bens se converte no sujeito do direito por excelência. Nos contratos o individualismo se manifesta através da autonomia da vontade. O indivíduo que é sujeito de direito, tem a liberdade de se obrigar ou não, e esta decisão é ditada pela sua vontade consciente. A doutrina da autonomia da vontade, dominada pela idéia de individualismo, surge modernamente com o humanismo e com a reforma no século XVI e integra o pensamento do século XVII, no qual a manifestação foi continuada com o advento da escola de direito natural. Naturalmente mais tarde (na segunda metade do século XIX e especialmente no século XX) surgiram reações contra a concepção individualista e liberal, seja na teoria dos contratos, seja no direito como um todo. Uma destas reações

¹¹⁴ Cf. GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, p. 736-740. Cf. ABAGNANO, Nicola. Verbetes “individualismo”. In: *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 554.

culminou com a proposta de elencar direitos que eram considerados mais importantes do que outros em um corpo legislativo único chamado constituição¹¹⁵.

Já no estado social o constitucionalismo passou a promover destinações sociais para os institutos historicamente reservados à esfera privada, ou seja o interesse de ordem pública fundou concepções como a função social da propriedade e dos contratos.

Para Perlingieri a função das normas constitucionais é a de expressar tanto os princípios jurídicos a serem utilizados na atividade hermenêutica como também a de priorizar os direitos substanciais, especialmente os relativos às necessidades existenciais das pessoas. Para ele a reunificação do ordenamento sob a regência do texto constitucional diz respeito ao reconhecimento da eficácia das normas constitucionais para reger todas as relações jurídicas. Vincula-se assim a legislação ordinária à uma imposição interpretativa em favor dos direitos substanciais. Inclusive as relações privadas passam a ser publicizadas e inseridas no âmbito da dignidade humana por força constitucional.

Do exposto até aqui ficou evidenciado, com o advento do estado liberal, o primado da esfera individual na configuração e na consolidação de um direito de base racional-legalista no âmbito das relações sociais. Nesse contexto o princípio da legalidade atuou como elemento de homogeneização das condutas dos indivíduos, a partir de um distanciamento dos fatores sociais e econômicos e sob o primado da generalidade e da abstração normativas. A par de tal distanciamento remanesceu para o

¹¹⁵ Cf. GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, p. 736-740.

indivíduo uma esfera de autonomia de vontade que se mostraria insustentável nas relações sociais, tornadas cada vez mais desiguais no estado liberal. Esta situação levou a uma revitalização do direito público sobre o privado, caracterizando um processo de constitucionalização do direito civil. **Tudo isto implica numa redução da autonomia privada moldada até então por um forte individualismo. As tendências sociais reduzem o âmbito da autonomia da vontade dos particulares e passam a incidir nos contratos e compõe diversas leis especiais. As exigências de solidariedade se fazem presentes em deveres ou proibições de contratar certas cláusulas ou objetos, em normas jurídicas cogentes que predeterminam determinadas relações, tudo em nome da boa fé, da justiça contratual e contra o abuso de direito.**

Neste capítulo pretendeu-se demonstrar a passagem da afirmação individualista de direitos, sob um acentuado formalismo e abstencionismo social, para um modelo de estado e sociedade calcados em um novo papel da constituição, que passou a primar pela afirmação substancial dos direitos. Este tema é desenvolvido no segundo capítulo. **Antes disso é necessário dizer uma última palavra sobre o que representou a ruptura do princípio da autonomia da vontade, que regia as relações privadas e o direito como um todo – produto da racionalização e da codificação que se consolidaram com base no individualismo. Sob o império da autonomia da vontade não era exigido do indivíduo mais que saber as situações nas quais que ele podia exercer a sua autonomia. Mais tarde, surge a criação progressiva de normas que invadiam o domínio privado reduzindo o âmbito de atuação da vontade particular, e por conseqüência, as possibilidades de autodeterminação. A descoficação e a constitucionalização do direito civil exaltaram**

direitos que não mais poderiam ser suplantados pela mera vontade individual. Esta realidade criou uma nova demanda ao próprio indivíduo: a de se tornar conhecedor de normas que acabavam de configurar cogentemente novos direitos.

CAPÍTULO 2

2 A NOVA CONFIGURAÇÃO ESTATAL A PARTIR DAS RELAÇÕES ENTRE A ADMINISTRAÇÃO E OS CIDADÃOS

Os problemas gerados sob a égide do estado legislativo ou liberal — principalmente a divergência entre a realidade legislativa e a realidade social— desencadearam uma resposta como consequência: a concepção de um estado constitucional. Trata-se de uma transformação que afetou as bases da concepção estatal, pois sob a influência do estado constitucional pela primeira vez na era moderna a lei ficava subordinada a uma instância superior à qual deveria adequar-se.¹¹⁶ Em síntese a passagem do estado legislativo ao constitucional pressupõe a afirmação do caráter normativo das constituições, que passam a integrar um plano de juridicidade superior, vinculante e indisponível para todos os poderes do estado.¹¹⁷

A partir de então a relação entre os cidadãos e a administração (braço operacional do poder executivo) superou a velha dicotomia principiológica que designava a liberdade para os particulares e a limitação do uso do poder por parte do estado.¹¹⁸ Tratava-se

¹¹⁶ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 2002, p. 33-34.

¹¹⁷ Cf. PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. P. 59

¹¹⁸ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 2002, p. 34

compatibilizar a regra da obediência à lei com a idéia de discricionariedade administrativa herdada do estado de polícia (liberal), que consistia na teoria da dupla personalidade do estado por isentar do controle judicial uma parte dos atos da administração.¹¹⁹

Assim é que, como resquício do período anterior (o das monarquias absolutas) continuou-se a reconhecer à administração pública uma esfera de atuação livre de vinculação à lei e livre de qualquer controle judicial. Esta concepção decorria de uma doutrina fundada nas três funções do estado, que incumbia à administração pública a missão de apenas executar a lei, de forma muito semelhante à atribuída ao poder judiciário. Portanto à administração pública caberia apenas a atuação dentro dos limites das normas gerais e abstratas contidas na lei, sendo possível o uso da discricionariedade naquilo que não estivesse regulamentado pela lei. Assim a discricionariedade era concebida mais como um poder político.¹²⁰

A crise da vinculação da administração à lei deve-se ao estado ter superado a sua função primordial de garantir as normas jurídicas abstratas e gerais, passando a assumir tarefas de gestão direta em questões de interesse público.¹²¹

¹¹⁹ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 18-19

¹²⁰ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, p. 18-19

¹²¹ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 2002, p. 34. A crise da vinculação da administração à lei se encontra num contexto de crise do estado legislativo. Peña Freire identifica dois fatores que caracterizaram a crise da lei, do direito e do estado liberal: a) o formalismo e o absolutismo legislativo de um estado liberal que atuava isolado da realidade social e econômica; b) a descrença na neutralidade da lei e do estado que notoriamente havia deixado se cumprir seu papel de garantia perante o poder político e se convertera em instrumento de legitimação e exercício eficaz do poder. Cf. PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. Madrid: Trotta, 1997, p. 51-56. Cf. CADEMARTORI, Luiz Henrique. *Discricionariedade administrativa no estado Constitucional de direito*, p. 60-64.

Esta intervenção mediante gestões diretas por parte do estado ocorreu numa realidade composta por uma lógica própria, regida por princípios de ordem empresarial como a eficiência e a objetividade no funcionamento. Tais gestões eram também influenciadas por interesses políticos que atuavam tanto formal quanto informalmente. Em suma esta nova forma de atuação do estado revelou uma configuração lógica intrínseca à organização que de certo modo era também refratária a uma normatização externa. Estabelecia-se assim uma crise no tradicional princípio da legalidade.¹²²

Segundo a formulação do princípio da legalidade vinculado à constituição, somente serão estados de direito aqueles modelos políticos-institucionais que incorporem normativamente uma série de limitações ou vínculos materiais às atuações da administração, como condição de validade normativa.¹²³

No entanto o princípio da autonomia funcional da administração traz implícitos os poderes necessários para realizar os ditames designados por leis que dão o sentido da ação e indicam tarefas. Perante objetivos materiais de amplo espectro apresentados através de formulações genéricas (que para sua realização exigem uma variedade de decisões operativas impossíveis de serem previstas, inclusive quanto a valores) a lei passou a identificar a autoridade pública e a facultar-lhe o poder de decidir e de atuar em perseguição do interesse público.¹²⁴

Do ponto de vista estritamente político Bobbio observa que ao processo de emancipação da sociedade diante do estado seguiu-se um processo inverso de

¹²² Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 2002, p. 34.

¹²³ Cf. PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La Garantia en el Estado Constitucional de Derecho*. Madrid: Trotta. 1997, p. 58

socialização do estado. Com isto o estado de direito liberal transformou-se em estado social, o qual não se diferencia claramente da sociedade a ele subjacente. A sociedade foi invadida através de inúmeras e variadas formas de regulamentação e intervenção direta na sua ordem econômica.¹²⁵

Esta situação pode ser bem observada na gestão de interesses nas grandes organizações públicas que atuam na saúde, no ensino ou na atividade financeira. Nestes setores da administração encontram-se situações nas quais a predeterminação legislativa tem de retroceder perante a necessária autolegislação intra-organizacional ¹²⁶ . Efetivamente nestes casos é próprio da administração, e não da lei, individualizar as situações de modo a concretizar seus objetivos. Este deslocamento da decisão para o âmbito da administração engloba também o poder decisório para estabelecer as fronteiras entre o poder da autoridade e a liberdade dos sujeitos. É o que ocorre nos casos em que a lei confere poderes para a administração agir, regulamentar e planificar, especialmente no âmbito da economia, que outrora era uma esfera eminentemente reservada aos particulares.¹²⁷

A relativização da autonomia privada perante a lei surge em diversos setores do direito, numa superação do princípio liberal da autonomia como regra, e a limitação

¹²⁴ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 2002, p. 35.

¹²⁵ Cf. BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990, p. 51

¹²⁶ A discricionariedade administrativa é inerente ao momento da prática do ato em maior ou menor grau. Não há como legislar pormenorizadamente as condições para realização de cada ato, restando uma margem interpretativa para agir a ser decidida pela administração de acordo com as necessidades e oportunidades de cada momento. A problemática de controlar o poder discricionário perante as exigências fáticas da administração e evitar os abusos de poder em tais práticas tem sido um dos temas centrais na questão do poder estatal. Cf. CADEMARTORI, Luiz Henrique. *Discricionariedade administrativa no estado Constitucional de direito*, p. 31-33; Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, p. 56-64

legislativa como exceção. Ou seja, além de orientar as condutas a lei também passa a autorizar a administração a concretizar ações no sentido de intervir na autonomia privada, especialmente em setores de relevância social. Isto último se verifica em casos como o uso da propriedade do solo, o do meio ambiente em geral e —com crescente destaque— no da proteção da vida humana perante o avanço tecnológico. Nestas condições, “*frente a los peligros de una libertad sin responsabilidad, resurge la llamada a un ‘paternalismo’ del Estado de que quizás no pueda prescindirse en asuntos como éstos*”.¹²⁸

Em linhas gerais tem-se a superação do princípio da legalidade formulado no século XIX, associado à noção de liberdade natural pressuposta em favor dos particulares, em favor de um maior poder discricionário de a administração intervir no domínio privado em nome do interesse público.¹²⁹

¹²⁷ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 2002, p. 35.

¹²⁸ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 2002, p. 35-36. O primado do direito privado difundido após a recepção do direito romano no ocidente encontra na resistência do direito da propriedade à ingerência do poder soberano um marco histórico. Já o primado do público passou por diversas transformações e se afirmou na época moderna com a superação da noção de estado mínimo. A essência da contraposição do interesse coletivo ao interesse individual reside na necessidade do indivíduo renunciar aos próprios interesses em nome da supremacia do bem comum. O primado do público justifica a intervenção estatal no âmbito privado. Em relação ao período pós-revolucionário isso significa uma inversão do processo emancipatório da sociedade civil em relação ao estado. Mas o processo de publicização do mundo privado como decorrência do processo de industrialização também acarretou uma certa privatização do público. Trata-se de uma relação dicotômica que contém aspectos contraditórios e polêmicos quanto às vantagens e desvantagens, seja na perspectiva privada ou na pública, seja em relação aos indivíduos ou aos grupos organizados. Para informações detalhadas conferir em: BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para um teoria geral da política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 3ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1990, p. 20-31. “Com esse fenômeno estatal, de caráter interventor e ao mesmo tempo permeável ao social em maior ou menor grau, no espectro político ocidental, aponta-se um dado incontestável até o momento atual: trata-se da superação da imagem debilitada que a juridicidade Constitucional assumiu na maior parte do período liberal posto que, a partir desta nova etapa, essa juridicidade vem pairar acima dos poderes estatais e, na medida do possível, fora do campo dos conflitos resultantes das disputas político-eleitorais”. Cf. CADEMARTORI, Luiz Henrique. *Discricionariade administrativa no estado Constitucional de direito*, p. 65-66.

¹²⁹ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 2002, p. 36.

2.1 PLURALIDADE E O CASUÍSMO LEGISLATIVO COMO FATORES DE REDUÇÃO DA GENERALIDADE E ABSTRAÇÃO DAS NORMAS NO NOVO CONTEXTO ESTATAL

No item anterior foi visto que a intervenção estatal em âmbitos antes restritos à iniciativa privada remodelou os domínios do direito público e do direito privado. Esta redefinição nas relações entre a autoridade pública e a liberdade privada configurou-se ao custo da generalidade e da abstração da lei.¹³⁰

A mudança na atuação do poder público perante a autonomia privada surge na medida em que o convívio social passa a ser marcado por uma progressiva participação de diversificados grupos sociais no processo político de criação das leis¹³¹. Estes grupos se configuram em torno de ações desencadeadas pela disputa baseada em interesses corporativos e pela busca de realização do princípio da igualdade. Nestes termos a criação legislativa do direito resulta de um intrincado processo político que desemboca numa legislação destinada a atender especificidades particularizadas.¹³²

¹³⁰ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 2002, p. 36-37.

¹³¹ “As razões do atual desaparecimento das características ‘clássicas’ da lei podem ser buscadas sobretudo nos caracteres de nossa sociedade, condicionada por uma ampla diversificação de grupos e estratos sociais que participam no ‘mercado das leis’ ”. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 2002, p. 37.

¹³² Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 2002, p. 37.

Segundo Lefort em uma sociedade democrática, nos termos dos atuais estados de direito, não é suficiente —para a inscrição de novos direitos— que uma ou outra reivindicação venha a contar com a condescendência dos agentes do estado. A inscrição dos novos direitos necessita antes de tudo que tal reivindicação, ainda que proveniente de um grupo hegemônico ou não, conte com o beneplácito de parte da opinião pública. Isto não significa ignorar que os diversos *lobbies* possam fazer valer seus interesses nas diversas esferas do poder. Uma das condições de êxito dessas reivindicações deverá ser a de passar por um processo de consenso, partilhado pela sociedade em geral, de que o novo direito pleiteado esteja em consonância com os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.¹³³ Embora o autor tenha corretamente salientado o papel do debate público como condição de inscrição de novos direitos sob um modelo de sociedade democrática, ele não aponta a forma ou os meios operacionais de interação social para que tais discussões públicas venham a se perfazer. É precisamente a partir dessa carência que ganham destaque os aportes de Habermas. Segundo o filósofo alemão a busca de consenso social obtém-se a partir de um modelo procedimentalista de debate cujas regras formais são previamente estipuladas, sendo tal modelo uma das características dos atuais modelos jurídicos-políticos das atuais democracias.¹³⁴

De outra parte, a criação de novas legislações setoriais que estipulam um tratamento normativo diferenciado para determinados grupos sociais representa um

¹³³ Cf. LEFORT, Claude. *Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade*. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 54.

¹³⁴ A abordagem deste aspecto do pensamento de Habermas é tratada no capítulo seguinte embora não se trate de descrever o mecanismo do seu modelo procedimentalista de comunicação, e sim a formação da esfera pública das democracias atuais e seus desdobramentos para o tema desta tese.

confronto que coloca em crise o tradicional princípio da generalidade. As transformações na nossa sociedade, associadas à força participativa de setores e grupos sociais, ocasiona uma crescente proliferação de normas jurídicas *ad hoc*, voltadas a atender necessidades circunstanciais e por isto

*destinadas a perder rápidamente su sentido y a ser sustituidas cuando surjan nuevas necesidades. De ahí, la crisis del principio de abstracción. [...] Esta ocasionalidad es la perfecta contradicción de la generalidad y abstracción de las leyes, ligadas a una cierta visión racional del derecho impermeable al puro juego de las relaciones de fuerza. En estas circunstancias, se reduce notablemente la aspiración de la ley a convertirse en factor de ordenación. Más bien espresa un desorden al que intenta, a lo sumo, poner remedio ex post factum.*¹³⁵

O surgimento de uma multiplicidade de leis voltadas a atender situações setoriais e temporais se caracteriza pela reduzida generalidade e baixo grau de abstração desta legislação setorial. Em casos extremos chega-se à produção de “*leyes-medida y las meramente retroactivas, en las que no existe la intención ‘regulativa’ en sentido propio: en lugar de normas, medidas*”.¹³⁶

O crescimento da produção legislativa também traz consigo a heterogeneidade de conteúdos como produto da pluralidade de forças políticas e sociais, as quais competem no procedimento de afirmar legalmente valores e interesses perante as estruturas do estado democrático e pluralista.¹³⁷

Neste âmbito o aspecto revolucionário que representa o atual modelo de estado democrático de direito é que o lugar do poder, antes considerado uno e absoluto, torna-se agora um lugar vazio. O essencial é que ele impede que os governantes se apropriem

¹³⁵ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 2002, p. 36-37.

¹³⁶ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 2002, p. 37.

¹³⁷ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 2002, p. 37.

definitivamente do poder. O exercício do poder depende de procedimentos que permitam um rearranjo periódico no mesmo. Isto significa que o poder político é forjado nos termos de uma competição regrada cujas condições são preservadas de maneira permanente. Este fenômeno implica a institucionalização do conflito.¹³⁸

A lei já não representa a expressão de uma sociedade dotada de uma pacífica coerência política interna e passa a ser concebida como instrumento resultante das diversas manifestações, num processo de competição e enfrentamento de interesses típicos de uma sociedade pluralista. Sob a influência de diversos grupos que perseguem interesses particulares a lei adquire uma significação personalizada, em contrapartida das qualidades de impessoalidade, generalidade e abstração, que até então eram dominantes.

¹³⁹ Com esta transformação a lei deixa de representar o papel de garantia última e absoluta de estabilidade, pois ao expressar o resultado de uma disputa de forças voltada a atender particularismos ocasionais passa também a converter-se em instrumento e causa de instabilidades. Assim tem vez uma crescente intervenção legislativa promovida pelas novas situações materiais constitucionalizadas, ao que se soma uma progressiva influência de novas forças que atuam nas instâncias estatais. Nesta disputa de interesses que reclamam proteção legal ocasionam-se regulações e intervenções sobre situações jurídicas que anteriormente eram relegados à auto-regulação dos mecanismos sociais

¹³⁸ Cf. LEFORT, Claude. *Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade*, p. 32. A idéia de um fundamento “vazio” do poder num estado democrático também é reconhecida por Michel Rosenfeld, ao tratar da noção de sujeito Constitucional: “[...] a própria questão do sujeito e da matéria Constitucionais é estimulante porque encontramos um hiato, um vazio, no lugar em que buscamos uma fonte última de legitimidade e autoridade para a ordem constitucional [...] conseqüentemente, o sujeito Constitucional encontra-se constantemente carente de reconstrução, mas essa reconstrução jamais pode se tornar definitiva ou completa”. ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito Constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p 26.

espontâneos e à autonomia privada.¹⁴⁰ As intervenções jurídicas que beneficiam determinados sujeitos sociais, e que são promovidas por mutáveis relações de força, prejudicam a generalidade e a coerência da organização social e causam instabilidade. Isto gera por sua vez a necessidade de novas proteções para enfrentar as legislações casuísticas e ocasionais promovidas por mutantes coalizões legislativas.¹⁴¹

As novas características dos ordenamentos jurídicos são consequência do pluralismo político e social que se infiltrou nas instâncias estatais, especialmente nos parlamentos. Assim o expressam micro-ordenamentos que reclamam a supremacia pelo critério da especialidade de que tratam.¹⁴² Ambos fenômenos contribuem para uma descentralização do processo legislativo, tanto a expansão do acesso ao âmbito estatal, a qual incorporou novos agentes, quanto à pluralidade de legislações que passaram a configurar um sistema jurídico constituído de várias fontes normativas.¹⁴³ Deste modo a estatalidade do direito, premissa essencial do positivismo jurídico do século passado, passa a retrair-se, cedendo poder e autonomia em determinadas situações e caracterizando o movimento de descentralização política e jurídica nos estados atuais.¹⁴⁴

¹³⁹ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 2002, p. 38.

¹⁴⁰ Para Bobbio os processos de publicização do privado e de privatização do público “compenetram-se um no outro”. Se por um lado se verifica a intervenção dos poderes públicos na regulação da economia, numa publicização de um espaço que fora restrito ao âmbito privado, por outro também ocorre a privatização do público. Isto último se verifica através da influência que o estado recebe nos organismos de decisão (parlamento e governo) e no organismo de execução (o aparato burocrático) por parte de grupos organizados em defesa de interesses próprios —organizações sindicais empregatícias e patronais, grupos empresariais, partidos políticos e tantos outros *lobbies*. Cf. BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedad*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990. p. 24-27. Cf. CADEMARTORI, Luiz Henrique. *Discrecionalidade administrativa no estado Constitucional de direito*, p. 70-71.

¹⁴¹ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 2002, p. 38.

¹⁴² Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 2002, p. 38.

¹⁴³ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 2002, p. 39.

¹⁴⁴ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 2002, p. 39.

As novas fontes jurídicas reclamam autonomia, evidenciando uma ruptura no monismo legislativo¹⁴⁵ vigente no século passado. Então conforma-se uma situação

¹⁴⁵ Para Josef Esser “*La crisis del moderno derecho legislado empieza con la conquista e instrumentalización de las concepciones del derecho común por parte del monopolio legislativo político. El concepto de ley sufre políticamente una desvaloración, en la medida en que el Estado se inmiscuye en todas las relaciones de la vida, so capa de ofrecer ‘garantías’ y de atender a ‘obligaciones’ sociales. La ley moderna es ‘ley reglamentaria’, y el jurista se encuentra ‘bajo la servidumbre de las leyes’. La ilustración, la Idea del estado nacional y las oleadas codificadoras han contribuido cada una por su parte a desmontar la autoridad suprapolítica de la jurisprudencia, reduciendo a la nada la significación autónoma de la formación judicial de normas. Verdad es que el jurista conservaba como campo propio el gran coto de la dogmática, y hasta las grandes codificaciones le encomendaban el desarrollo de las ‘grandes reglas jurídicas’, de las doctrinas generales del derecho civil y penal, de las cuestiones hermenéuticas y sistemáticas, por más que la burocracia ministerial se esfuerce en conseguir un tipo técnico de ley ‘cuyo texto se aplique automáticamente. Pero dicho coto reservado el positivismo lo entendió solo como una autorización para el refinamiento formal de los conceptos y la estructura; la necesidad de soluciones elementales de justicia en forma de principios y de una casuística de la jurisprudencia práctica y teórica, a pesar del avance de los postulados de una ‘libre’ búsqueda del derecho y del inesperado éxito de las llamadas ‘cláusulas generales’ en los textos, no llegó a hacerse consciente hasta que el quebrantamiento de la seguridad civil en conjunción con un nuevo sentimiento de la vida, dieron también lugar a la aparición de un nuevo estilo en el pensamiento jurídico. Las ambiciones de los órganos legislativos se hacen ahora sospechosas no solo al pueblo, sino al próprio estamento de los juristas, reconociéndose lo que tiene de problemático un tratamiento judicial de los casos sin criterios sustanciales de justicia que vayan más allá de la ‘interpretación de la ley’ a la manera antigua. [...] La ‘degradación’ del concepto de ley por efecto de actos políticos de oportunidad meramente efemera há provocado, en efecto, una revisión de la teoría estatalista de las fuentes del derecho, tanto por parte de la teoría continental, de inspiración iusnaturalista, como también por parte de la doctrina sociológica. Ambas tendencias, la de examinar la estructura real del derecho legislado y la de separar los elementos regulativos políticos de las aportaciones independientes y creadoras de la jurisprudência, pueden agruparse bajo la rubrica de ‘teoría pluralista de las fuentes’. La comprensión de la decadencia del sistema legislado por pérdida de las superiores conexiones de ordenamiento, inaugurada, por ejemplo, por Ripert y Eberhard Schimdt, es completada por el descubrimiento de la base jurisprudencial de las auténticas codificaciones y de la continuidad del tratamiento judicial de los problemas, en principios, reglas y precedentes, más allá de la ‘sabiduría del legislador’. [...] La ‘formulación de la ley’ es solo un marco, un esquema, cuya efectividad depende de la jurisprudência. En una palabra, un análisis realista hace surgir en ambos lados una nueva imagen del conjunto del ordenamiento jurídico y de la importancia poseída por los principios prelegales para creación de instituciones. El decepcionante descubrimiento de la escasa relación que puede haber entre la autoridad formal y la efectiva conduce necesariamente a una revaloración del ‘derecho en acción’ determinado por el proceso, es decir, de la parte que en el derecho actual pertenece a la jurisprudencia, del ius en contraposición a las vinculaciones de os foedera et leges en sentido clásico. Se llama jurisprudencial a una creación del derecho en virtud de la ciencia de los juristas, que no procede de una fijación superior de tradiciones o resoluciones, ni por edictos o estatutos oficiales, ni por ‘disposiciones’ de cualquier linaje que sean, sino que echa sus raíces en el caso mismo y en el problema. [...] Es un Derecho del caso independiente de la autoridad, em el que tradiciones nacionales y profesionales se funden en una masa autónoma de convicciones jurídicas, en un common law, que goza de primacía frente a los actos del poder legislativo político”. ESSER, Josef. Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado, p. 367-371.*

que já não reflete a pretensão de um processo normativo exclusivo e centralizado que caracteriza o direito como ordenamento.¹⁴⁶

Estes atributos demonstram a mudança que houve na concepção que havia no século passado a respeito do ordenamento jurídico monista. A superação do exclusivismo da lei gerada pela multiplicidade de normas especiais e pela pluralidade de fontes de direitos ocasionou uma crise no princípio da legalidade.¹⁴⁷

2.2 O NOVO PAPEL DA CONSTITUIÇÃO: O PRINCÍPIO DA CONSTITUCIONALIDADE

A proliferação de normas jurídicas marcou os sistemas jurídicos ocidentais o século XX. Isto se deveu à complexificação técnica e cultural havida na sociedade. Em resposta a essa heterogeneidade normativa as constituições passaram a resguardar determinados direitos vinculativos a todos, inclusive aos legisladores, estabelecendo

¹⁴⁶ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 2002, p. 39.

¹⁴⁷ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 2002, p. 39.

assim um princípio orientador para solucionar contradições emergentes das demandas sociais.¹⁴⁸

O anseio de unidade do ordenamento jurídico se corporifica através da supremacia de um conjunto de princípios e valores constitucionais¹⁴⁹ socialmente consensualizados e destinados a preservar uma convergência entre determinados aspectos da convivência política e social.¹⁵⁰ Esta mudança é considerável desde o ponto de vista da legitimidade da força normativa, pois a constituição assume uma função unificadora e de promoção da paz para sociedades interinamente pluralistas e marcadas pelas contradições de interesses.¹⁵¹

As sociedades democráticas —marcadas pela diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diversos em constante confrontação— encontram no texto constitucional um compromisso de possibilidades para uma convivência em

¹⁴⁸ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 2002, p. 39.

¹⁴⁹ Nas palavras de Canotilho: “A constituição, informada pelos princípios materiais do constitucionalismo - vinculação do Estado ao direito, reconhecimento e garantia de direitos fundamentais, não confusão de poderes e democracia - é uma *estrutura política conformadora do Estado*. [...] A constituição pretende ‘dar forma’, ‘constituir’, ‘conformar’ um dado esquema de organização política. Mas conformar o que? O Estado? A sociedade? Afinal qual é o referente da constituição? [...] O artigo 16.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 é reiteradamente citado para identificar o ‘núcleo duro’ de uma constituição em sentido moderno. [...] não se fala aqui em Estado mas em sociedade. A *sociedade ‘tem’* uma constituição; a constituição é a constituição da sociedade. Isso significava que nos esquemas políticos oitocentistas a constituição aspirava a ser um ‘corpo jurídico’ de regras aplicáveis ao ‘corpo social’. A estruturação articulada do corpo político e do corpo social através de um *corpus jurídico* recolhia ainda a idéia de *res publica* ou *Commonwealth* ‘constituída’ ou ‘conformada’ por uma lei fundamental. Nos principais teóricos do constitucionalismo (Montesquieu, Rousseau, Locke) as estruturas sociais tinham, de resto, significativa expressão nas próprias tecnologias organizativas do poder desenhadas na constituição. Neste sentido se compreende a expressão - constituição da República - para exprimir a idéia de que a constituição se refere não apenas ao Estado mas à própria comunidade política, ou seja, à *res publica*.”. A partir do século XIX a constituição passa a ter como referente o Estado, e não a sociedade. A constituição da república se transmuta em constituição do estado. A “constituição é uma lei proeminente que conforma o Estado”. CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e teoria da constituição*, p. 87-89.

¹⁵⁰ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 2002, p. 39/40.

¹⁵¹ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 2002, p. 40.

comum: “Desde a Constituição, como plataforma de partida que representa a garantia de legitimidade para cada um dos setores sociais, pode começar a competição para imprimir no Estado uma orientação de um ou outro signo, no âmbito das possibilidades oferecidas pelo compromisso constitucional. Esta é a natureza das constituições democráticas na época do pluralismo”. Trata-se da passagem da função organizadora da soberania do Estado para a soberania da constituição.¹⁵²

Esta condição seria favorável para a existência de uma constituição “aberta”, no sentido de permitir uma maior flexibilidade para a espontaneidade da vida social e do jogo competitivo, mantendo a direção política e privilegiando as condições de existência de uma sociedade pluralista e democrática. Surge assim uma importante transformação: a constituição deixa de ser o centro do qual tudo deve partir, para assumir o papel de centro para o qual tudo deve convergir.¹⁵³

A partir desta tendência Zagrebelsky propõe a “ductilidade”¹⁵⁴ como representativa do papel essencial do direito nos estados constitucionais. Segundo essa

¹⁵²Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil, p. 12-13. Cf. PEÑA FREIRE. *La garantía en el estado Constitucional de derecho*, p. 195-204. Uma abordagem detalhada sobre o fenômeno do pluralismo: WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 2ª ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1997, p. 160-163.

¹⁵³Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 2002, p. 13-14.

¹⁵⁴ Em nota explicativa, Marina Gascón, tradutora da obra “*El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*” ora em questão utiliza o adjetivo dúctil em substituição a *mitezza* (cuja tradução para a língua portuguesa corresponde a brandura, suavidade, mansidão) e *mite* (cuja tradução para a língua espanhola e portuguesa corresponde ao significado de manso, tranqüilo, doce, sossegado, brando, etc) assumindo uma postura reconhecida por ela como contestável e heterodoxa no mundo jurídico por qualificar o direito como dúctil. A tradutora justifica sua escolha porque na língua espanhola o termo dúctil utiliza-se no sentido figurado para qualificação de “acomodadizo, dócil, condescendente” e assim ajusta-se, na sua opinião, ao significado desejado pelo autor com o termo *mite*. Na língua portuguesa o adjetivo dúctil significa algo “que se possa conduzir, guiar, direcionar”; que seja manejável, que seja elástico, flexível, amoldável, que se adapta a circunstâncias e conveniências, contemporizador. Na sua raiz etimológica origina-se do latim *ductilis* com o significado do que se pode conduzir, guiar, maleável ou ainda de *ducere* associado a levar, conduzir. Cf. HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Sales. *Verbete ductil In: Dicionário Houaiss da*

expressão a constituição é concebida como um instrumento que viabiliza a coexistência de valores e princípios, e ela não pode renunciar às suas incumbências de unidade e integração. Ao mesmo tempo ela não pode ser incompatível com sua base material pluralista. Deste modo os valores e princípios não podem ser assumidos de modo absoluto, mas compatível com aqueles outros com os quais deve conviver. Esta exigência de ductilidade do direito significa a preservação com caráter absoluto de um metavalor que se expressa em dois sentidos: o imperativo do pluralismo de valores e a lealdade de confronto de valores no que diz respeito ao aspecto procedimental.¹⁵⁵

Em favor da coexistência de valores e do compromisso procedimental a ductilidade constitucional renega a relação de exclusão e imposição pela força e privilegia as relações de integração através da rede de valores e procedimentos comunicativos, sendo esta possibilidade não catastrófica para a realização política de nosso tempo.¹⁵⁶

Em suma a ductilidade do direito constitucional encontra na noção de constituição aberta¹⁵⁷ uma possibilidade de interpretação e aplicação do texto constitucional com maior interatividade com a sociedade, e conseqüentemente uma melhor coexistência entre os agentes sociais. Realizar-se-ia o direito na sociedade atual, marcada pelo pluralismo, sem renunciar aos princípios constitucionais de unidade e integração.

Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. Cf. MEA, Giuseppe. Verbetes *mite* e *mitizza* In: Dicionário de Italiano-Português. Porto Editora: Porto, p .200, p.f 625-626.

¹⁵⁵Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 2002, p. 14-15.

¹⁵⁶Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 2002, p. 13-14.

2.2.1 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO NA POLÊMICA ENTRE FERDINAND LASSALLE E KONRAD HESSE¹⁵⁸

Antes de adentrar na teoria constitucional de Peter Häberle, como representante de uma concepção de estado constitucional onde a legitimidade democrática se encontra ancorada na idéia do controle pluralista do poder político pelo cidadão/intérprete e participe do processo constitucional, cumpre ressaltar uma das polêmicas mais famosas que antecederam a afirmação da força normativa da constituição¹⁵⁹. Trata-se do debate entre Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Para Canotilho a existência de regras e princípios possibilita a compreensão da constituição como sistema aberto de regras e princípios. Sobre a constituição como sistema aberto de regras e princípios ver: CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e teoria da constituição*, p. 1159-1187.

¹⁵⁸ A explanação deste tópico, sobre esse debate, é apresentada a partir da palestra proferida por Hesse em Freiburg, em 1959, como aula inaugural da universidade dessa localidade: HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1991.

¹⁵⁹ A força normativa da constituição considerada como norma superior do ordenamento jurídico é explicada por Canotilho nos seguintes termos: “A constituição como norma designa o conjunto de normas jurídicas positivas (regras e princípios) geralmente plasmadas num documento escrito (‘constituição escrita’, ‘constituição formal’) e que apresentam relativamente às outras normas do ordenamento jurídico *caráter fundacional e primazia normativa*”. Sobre a força normativa da constituição Canotilho destaca que as expressões “normatividade da constituição” e “força normativa da constituição” fazem referência à constituição como uma “lei vinculativa dotada de *efetividade e aplicabilidade*”. Este entendimento superava a noção que atribuía à constituição “um ‘valor declaratório’, uma natureza de simples direção política’, um caráter programático despido de força jurídica actual caracterizadora das verdadeiras leis. [...] Repare-se, porém, no *paradoxo da programaticidade*, as constituições são leis mas não valem nem se aplicam como leis”. CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e teoria da constituição*, p. 1147-1150.

¹⁶⁰ Outro debate de teor semelhante, mas voltado para o aspecto do controle de Constitucionalidade e seu legítimo responsável foi travado entre Carl Schmitt e Hans Kelsen, mas a sua descrição não será aqui

Com efeito, um importante debate —embora travado entre autores separados pelo tempo— a respeito da força vinculante das normas constitucionais desencadeou-se entre os juristas mencionados. Ocorre que em 1862 Lassalle proferiu uma palestra na associação liberal-progressista de Berlim a respeito daquilo que se constituiria como a essência da constituição, e nesse âmbito ele defendeu a tese de que a matéria constitucional não é de natureza jurídica e sim política. Fundamentalmente a constituição de um país expressa as relações de poder que nele se desenvolvem, e apenas isto.

Diante dessa constatação Lassalle enumerava os diversos setores de poder político constituído em um dado país, tais como: o poder militar, encarnado nas forças armadas; o poder social, com os latifundiários; o poder econômico, com a grande indústria, e o poder intelectual representado pela consciência e cultura gerais. Delimitados estes fatores, o autor entendia que as relações resultantes da sua conjugação é que constituíam a força motriz e determinante das leis e das instituições sociais.

Portanto essas normas e instituições expressariam apenas a correlação de forças resultantes dos reais fatores de poder. Para Lassalle eram precisamente tais fatores os que determinariam e formariam a constituição real do país.

Em síntese e sob um aspecto de análise que se configurou apenas como sociológico, sem a soma dos fatores reais de poder, a constituição não seria nada além do

tratada por entender-se que fugiria ao escopo desta tese. Sobre este debate ver: KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da constituição? *In*: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug *et alii*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 237-298; Cf. SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salva guardia de la constitución*. Trad. Manuel Sánchez Sarto. Barcelona: Labor, 1931.

que “um pedaço de papel”. Assim a sua força vinculante somente se perfaria como resultante de relações fáticas, sem considerar que a norma e a realidade, ao coincidirem, refletem um limite hipotético extremo, o qual não esgota todos os aspectos intermediários de sentido do fenômeno constitucional, conforme apontaria mais adiante Konrad Hesse.

Com efeito, um século mais tarde Konrad Hesse, ao proferir a sua aula inaugural na Universidade de Freiburg, em 1959, contestou as afirmações desenvolvidas por Lassalle. Segundo Hesse a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não poderia ser confundida com as suas condições de realização. Na base de tal argumento o autor se socorreu da distinção kelseniana entre os planos do ser e dever ser para aduzir que a constituição não se limita ao mundo do ser, mas também ao do dever ser, ou seja, retomava a dimensão jurídica da constituição. Portanto a constituição significaria mais do que um simples reflexo das condições fáticas da sua vigência, em especial as forças sociais e políticas. Vale dizer: a constituição procura garantir a ordem e a adequação à realidade política e social, precisamente em função da pretensão de eficácia das suas normas, ou seja da sua dimensão de dever ser.

Em outros termos, a constituição é simultaneamente determinada e determinante na realidade social. Portanto não poderiam ser consideradas como fundamentais nem a sua pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. Sob esse aspecto a sua força, capaz de condicionar a realidade bem como a sua normatividade, não poderiam ser confundidas ou definitivamente separadas.

Essas reflexões foram sintetizadas por Hesse quando afirmou que, de uma parte, é verdadeiro que a constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. De outra parte, por ela não poder ser separada da realidade do seu tempo, a constituição somente pode ser efetivada considerando-se essa mesma realidade. Entretanto a constituição jurídica não se perfaz apenas como expressão de uma certa realidade, pois graças ao seu elemento normativo ela ordena e conforma a realidade política e social. Assim é que tanto as possibilidades quanto os limites de força normativa da constituição resultam da correlação entre o ser e dever ser.

A despeito da importância dessa polêmica, o marco histórico decisivo sobre as concepções a respeito do papel da constituição, face à interpretação e aplicação das suas normas, resultou do debate travado entre Carl Schmitt e Hans Kelsen a esse respeito.

As razões dessa constatação derivam, de uma parte, do contexto histórico e político onde tal discussão se desenvolveu, ou seja, a partir da crise do paradigma do estado liberal e o conseqüente advento do estado social de direito, consagrado nas constituições dirigentes¹⁶¹ do México (1917) e da República de Weimar (1919). De outra parte tais autores desencadearam o que, segundo algumas concepções teóricas, teriam

¹⁶¹ A expressão “constituição dirigente” baseia-se no termo empregado por Canotilho para referir-se às constituições que passaram a integrar no seu texto, previsões de intervenção e regulação estatal no âmbito sócio-econômico, inovando a tradição *Constitucional* liberal de ordem estritamente formal e procedimental (indicação dos poderes e estrutura estatal e regulamentação do processo de produção e revogação de normas tal como o previa Kelsen). Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 309-313.

sido as autênticas concepções alternativas das constituições democráticas do século XX.¹⁶²

2.2.2 A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO: O CONTRIBUTO DE PETER HÄBERLE E SEUS DESTINATÁRIOS COMO PROTAGONISTAS DA SUA INTERPRETAÇÃO

Em 1975 Peter Häberle publicou a obra “A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” que apresentou uma inovação em relação à tradição da hermenêutica constitucional.

Além da indagação sobre as tarefas, objetivos e métodos empregados na interpretação constitucional, inova o autor ao colocar em voga uma nova variável, ao relevar a importância dos agentes participantes da interpretação.¹⁶³

O modelo de interpretação constitucional vinculado a uma concepção de sociedade fechada reduzia os agentes interpretativos a uma atuação técnica. Esta era reservada aos juízes, e os procedimentos eram formalizados através de métodos, técnicas e regras da interpretação com o intuito de produzir as funções de justiça, equidade,

¹⁶² Cf. FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1999, p. 159.

razoabilidade, segurança, previsibilidade, transparência, consenso, clareza metódica, unidade, igualdade social, proteção efetiva da liberdade, ordem pública, bem comum, entre outras.¹⁶⁴

A inovação proposta sugere que existe um círculo muito amplo de participantes do processo de interpretação pluralista, num procedimento difuso de construção da realidade constitucional. Esta expansão dos participantes da interpretação constitucional leva em conta que “uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema ‘Constituição e realidade constitucional’ - aqui se pensa na exigência de incorporação das ciências sociais e também nas teorias jurídico-funcionais, bem como nos métodos de interpretação voltados para atendimento do interesse público e do bem-estar geral - [...]”.¹⁶⁵

2.2.2.1 Constituição e realidade constitucional segundo Häberle

Peter Häberle desenvolveu a teoria da constituição aberta¹⁶⁶ tendo como pressuposto a íntima relação que há entre constituição e realidade constitucional. Nesta

¹⁶³ Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997, p. 11.

¹⁶⁴ Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, p. 11-12.

¹⁶⁵ Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, p. 12.

¹⁶⁶ J.J. Canotilho concebe que a compreensão material da constituição “pretende conciliar a idéia de constituição com duas exigências fundamentais do estado democrático-constitucional: (1) a *legitimidade material*, o que aponta para a necessidade de a lei fundamental transportar os princípios materiais informadores do estado e da sociedade; (2) a *abertura constitucional*, pois a constituição deve possibilitar

situação a constituição escrita e o sentido da norma a ser interpretada e aplicada a determinado caso impõem um terceiro elemento, que é composto pelos agentes que podem ou devem participar nesse processo de individuação da norma geral e abstrata.

De forma sintética pode-se destacar que para Häberle o processo de interpretação da constituição insere-se numa concepção aberta da sociedade e interage diretamente sobre os fenômenos sociais, ocasionando uma mútua influência entre a formação da sociedade e a atitude interpretativa desenvolvida.

Neste sentido o autor afirma que “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”.¹⁶⁷

Com esta visão possibilita-se que “todas as potências públicas, participantes materiais do processo social” retem envolvidas na interpretação constitucional, a qual se torna “elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou

o confronto e a luta política dos partidos e das forças políticas portadoras de projectos alternativos para a concretização dos fins Constitucionais. Embora não deva restringir-se a um ‘instrumento de governo’ ou a uma simples ‘lei do estado’, a constituição evitará converter-se em lei da ‘totalidade social’, codificando exageradamente os problemas Constitucionais. Se uma lei básica se propõe conformar relações de vida historicamente cambiantes isso obriga-a a um conteúdo temporalmente adequado, isto é, um conteúdo apto a permanecer ‘dentro do tempo’. Caso contrário pode pôr em perigo a sua ‘força normativa’ e sujeitar-se a constantes alterações. A idéia de constituição aberta condensa algumas das sugestões mais importantes do moderno pensamento Constitucional. [...] A historicidade do direito Constitucional e a indesejabilidade do ‘perfeccionismo Constitucional’ (a constituição como estatuto detalhado e sem aberturas) não são, porém, incompatíveis com o caráter de *tarefa* e *projeto* da lei Constitucional. Esta terá de ordenar o processo da vida política fixando limites às tarefas do Estado e recortando dimensões prospectivas traduzidas na formulação dos fins sociais mais significativos e na identificação de alguns programas da conformação Constitucional”. CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e teoria da constituição*, 2003, p. 1338-1339.

¹⁶⁷ Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, p. 13

constituente dessa sociedade”.¹⁶⁸ Esta inovadora abertura aos agentes envolvidos na interpretação constitucional coloca o texto constitucional numa experiência na qual a participação de qualquer cidadão pode tornar-se uma interpretação ou co-interpretação, e assim possibilitar a atualização da própria constituição.¹⁶⁹

A ampliação dos sujeitos participantes do processo da hermenêutica constitucional e sua participação produtiva na interpretação revelam a possibilidade de uma *práxis* entre os agentes sociais e a constituição. Com isto se superaria a limitação do círculo que enfeixa a constituição, o estado com suas instituições, e os operadores do direito legitimados a interpretar o texto positivado.

Dada a amplitude da interpretação da constituição, para obter-se uma percepção realista do desenvolvimento da interpretação constitucional deve-se levar em conta que “cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública [...] representam forças produtivas de interpretação [...]; eles são intérpretes constitucionais em sentido *lato*, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes [...]”. Isto não

¹⁶⁸ Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, p. 13.

¹⁶⁹ Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, p. 13-14. A atualização possibilitada pelo processo de interpretação e aplicação do direito também se encontra prevista no último capítulo da obra *Teoria Pura do Direito*, de Kelsen, intitulado “A interpretação”. Neste texto Kelsen destaca que, se o entendimento de interpretação for a fixação cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar a consequência será que “a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta” e assim, a possibilidade do surgimento de várias soluções com igual valor, mesmo que apenas uma delas seja aplicada pelo órgão aplicador do Direito ao criar uma norma individualizada. Em síntese, tem-se que “a interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito. [...] ainda quando cria Direito apenas para um caso concreto, quer dizer, quando esse órgão apenas crie uma norma individual ou execute uma sanção. [...] desde que o ato deste órgão já não possa ser anulado, desde que ele tenha transitado em julgado. [...] pela via de uma interpretação autêntica deste tipo, é muitas vezes criado Direito novo - especialmente pelos tribunais de última instância”. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 387-397.

desqualifica o papel definitivo dos órgãos institucionais que produzirão a coisa julgada, mas destaca uma democratização da interpretação constitucional.¹⁷⁰

A convivência com as normas não é exclusividade dos intérpretes jurídicos da constituição. Tampouco lhes pertence o monopólio da interpretação constitucional. Todos que convivem no contexto abrangido pela incidência normativa são direta ou indiretamente intérpretes. Assim, ao reconhecer os destinatários como intérpretes ativos numa democratização da interpretação constitucional tem-se que “a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas”.¹⁷¹

Para Häberle, inspirado em Friedrich Müller¹⁷², conceber esta vinculação entre indivíduos, grupos, órgãos estatais e interpretação constitucional converte-se num “elemento objetivo dos direitos fundamentais”.¹⁷³

¹⁷⁰ Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, p. 14-15.

¹⁷¹ Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, p. 14-15.

¹⁷² Na era moderna, a definição dos “titulares do poder” é formalmente assentada na categoria “povo” por influência das experiências revolucionárias dos séculos XVII e XIX. Na teoria política e no Constitucionalismo a categoria povo é utilizada num sentido mais operacional do que descritivo. Trata-se de um uso instrumental que designa a um sujeito certas prerrogativas e responsabilidades coletivas no sentido jurídico e político. Não é uma classificação ou descrição sociológica. O exercício da soberania designada ao povo, geralmente distinguido da titularidade nas constituições mais modernas, encontra na democracia representativa uma dificuldade operacional difícil de ser resolvida nas sociedades contemporâneas: a correspondência entre a vontade do povo e o exercício real praticado pelos seus representantes eleitos. Outra complexidade que requer destaque é a composição e participação efetiva dos indivíduos na deliberação da vontade do povo que, na função de titular da soberania num regime democrático, se manifesta como sujeito coletivo e, portanto, não passível de redução a uma só opinião, a uma só vontade. A pluralidade é inerente à coletividade e o recurso ao princípio dos votos majoritários é inevitável. Assim, a vontade de uma fração majoritária perante as minorias vencidas deixa em aberto a preocupação com uma democracia substancial: “A democratização substancial das sociedades inigualitárias não decorre, pois, mecanicamente, da simples ampliação do sufrágio popular. É mister, antes de mais nada, atacar as fontes do poder oligárquico, as quais se encontram na própria estrutura das

2.2.2.2 A relação entre o aparato estatal e a sociedade na interpretação aberta da constituição

A comunidade aberta de intérpretes do direito estatal propicia uma “mediação específica entre Estado e sociedade”.¹⁷⁴ A composição do elenco de participantes da interpretação constitucional assenta-se em diversos elementos. Desde uma perspectiva sócio-constitucional tem-se as noções de república, de esfera pública e temporalidade da realidade social, que compõem uma conjectura de problemas que ampliam as necessidades e possibilidades da interpretação constitucional. Nestas condições uma teoria constitucional que pretenda adequar-se desde uma perspectiva sociológica como “ciência da experiência” terá de “explicitar os grupos concretos de pessoas e os fatores que formam o espaço público, o tipo de realidade de que se cuida, a forma como ela atua no tempo, as possibilidades e necessidades existentes”. A partir destes fatores teremos uma nova construção sobre a forma de realização da interpretação e conseqüentemente sobre as influências decisivas para o exercício hermenêutico que antecede a aplicação do

relações econômicas e sociais, notadamente as restrições práticas à instrução popular e o monopólio dos meios de comunicação de massa em mãos da minoria dominante”. Cf. MÜLLER, Friederich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Neumann. Revisão: Paulo Bonavides. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 14-24.

¹⁷³ Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, p. 17.

¹⁷⁴ Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, p. 18.

direito, enriquecendo e complementando a teoria da constituição no que diz respeito aos seus objetivos e métodos, ao exercer um papel de informação ou de mediação.¹⁷⁵

A contingência desta postura perante a questão da interpretação constitucional abre a possibilidade de participação para diversos agentes, entre os quais pode se destacar os órgãos estatais vinculados funcionalmente; os sujeitos da relação jurídica do processo de decisão, inclusive os terceiros interessados; pareceristas ou *experts*; “peritos e representantes de interesses de interesses nas audiências públicas do Parlamento [...], peritos nos Tribunais, associações, partidos políticos (frações parlamentares), que atuam, sobretudo, mediante a ‘*longa manus*’ da eleição de juízes”; os grupos de pressão organizados; “os requerentes ou partes nos procedimentos administrativos de caráter participativo”; “a opinião pública democrática e pluralista e o processo político como grandes estimuladores”; o papel dos meios de comunicação (rádio, televisão, imprensa); manifestações da população através de iniciativa de cidadãos, associações, igrejas, teatros, grupos organizados, etc. e também a doutrina constitucional e seus autores, que influenciam no processo de interpretação constitucional de diversas maneiras.¹⁷⁶

Em suma tem-se que a interpretação constitucional é o resultado de uma confluência de “todas as forças da comunidade política” e portanto não é um “evento exclusivamente estatal”, tanto do ponto de vista teórico quanto prático, constituindo-se

¹⁷⁵ Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, p. 19-20.

¹⁷⁶ Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, p. 20-22.

numa potencial atividade para todos que participam da conformação da realidade constitucional.¹⁷⁷

O processo político não é independente da constituição e sua interpretação. É nesse processo que se formulam pontos de vista que subsistem como a “vontade do legislador” de dar o sentido da interpretação. Assim o legislador “cria parte da esfera pública” e “realidade da Constituição”, seja através dos princípios constitucionais, seja como “precursor da interpretação constitucional e do processo de mutação constitucional”.¹⁷⁸

2.2.2.3 O âmbito da legalidade na interpretação aberta da constituição

Esta abertura da participação a diversos agentes interpretativos da constituição traz subjacente a questão da legitimação daqueles que não são formal ou oficialmente reconhecidos com competência para interpretar a constituição, ou seja, aqueles envolvidos diretamente na relação jurídica. Esta situação resolve-se a partir da assunção de que a “interpretação é um processo aberto” e não um “processo de passiva submissão” ou “recepção de uma ordem”. A interpretação como processo aberto engloba possibilidades e alternativas diversas. Ocorre a superação do processo de subsunção em favor da necessidade de ampliar o “círculo dos intérpretes”, visando à “integração da

¹⁷⁷ Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, p. 24.

realidade no processo de interpretação” como meio de concretizar a realidade pluralista de nossa sociedade.¹⁷⁹ Neste sentido abandona-se a noção da norma como uma “decisão prévia, simples e acabada”, e o centro de atenção desloca-se para o seu “desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *law in public action* (personalização, pluralização da interpretação constitucional)”. Reconhece-se que a interpretação ocorre na esfera pública e na realidade, e assim todo intérprete oficial ou extra-oficial é orientado pela teoria e pela práxis. Isto não afeta a unidade da constituição nem a independência pessoal e funcional dos juízes, pois a interpretação realizada na esfera pública compõe uma parte de legitimação que evita o livre arbítrio da interpretação judicial.¹⁸⁰

Em síntese, para Häberle:

Tem-se aqui uma derivação da tese segundo a qual todos estão inseridos no processo de interpretação constitucional, até mesmo aqueles que não são diretamente por ela afetados. Quanto mais ampla for, do ponto de vista objetivo e metodológico, a interpretação constitucional, mais amplo há de ser o círculo dos que delas devam participar. É que se cuida da Constituição enquanto espaço público (*Verfassung als öffentlichen Prozess*). [...] deve-se observar que as regras básicas de interpretação remetem ao ‘concerto’ que resulta da conjugação desses diferentes intérpretes da Constituição no exercício de suas funções específicas. [...] A unidade da constituição surge da conjugação do processo e das funções de diferentes intérpretes.¹⁸¹

¹⁷⁸ Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, p. 26-28.

¹⁷⁹ Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, p. 29-30.

¹⁸⁰ Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, p. 29-32.

¹⁸¹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, p. 32.

Observa-se neste ponto da análise que a questão da abertura da participação de todos na interpretação constitucional contém uma fundamentação que requer reflexões desde uma perspectiva da teoria da constituição e da teoria de democracia.¹⁸²

Conceber a práxis como atuação legitimante da teoria significa a assunção das “forças pluralistas da sociedade”, que representam uma parcela da “publicidade e da realidade da constituição”:

A integração, pelo menos indireta, da ‘*res publica*’ na interpretação constitucional em geral é expressão e consequência da orientação constitucional aberta no campo de tenso do possível, do real e do necessário [...].¹⁸³

Aceitar que uma constituição estructure o estado e a esfera pública ao dispor da organização da sociedade no sentido público e privado requer que as “forças sociais e privadas” não sejam tratadas como meros objetos e sim “integrá-las ativamente enquanto sujeitos”.

Considerando a realidade e a publicidade [...] estruturadas, nas quais o ‘povo’ atua, inicialmente, de forma difusa, mas, a final de maneira ‘concertada’, há de se reconhecer que essas forças, faticamente relevantes, são igualmente importantes para a interpretação constitucional. A práxis atua aqui na legitimação da teoria e não a teoria na legitimação da práxis. Como essas forças compõem uma parte da realidade constitucional e da publicidade [...],

¹⁸² Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, p. 33. A constituição que consagra o princípio da democracia propõe uma “ordenação normativa para um país e para uma realidade histórica. [...] Da mesma forma que o princípio do estado de direito, também o princípio democrático é um princípio jurídico-Constitucional com dimensões materiais e dimensões organizativo-procedimentais. [...] O princípio democrático, Constitucionalmente consagrado, é mais do que um método ou técnica de os governantes escolherem os governados, pois, como princípio normativo, considerado nos seus vários aspectos políticos, econômicos, sociais e culturais, ele aspira tornar-se impulso dirigente de uma sociedade”. CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e teoria da constituição*, p. 287-288.

¹⁸³ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, p. 33

tomam elas parte na interpretação da realidade e da publicidade da Constituição.¹⁸⁴

Em síntese, é necessário correlacionar a constituição com a publicidade e realidade, sob uma perspectiva da legitimidade. É nesta situação que num “Estado constitucional-democrático” a legitimação deve ser considerada em função da teoria da democracia¹⁸⁵ e além da mera formalidade. É necessário conceber-se que numa sociedade aberta a democracia se desenvolve

por meio de formas refinadas da mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais. Democracia desenvolve-se mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades da realidade e também o ‘concerto’ científico sobre questões constitucionais, nas quais não pode haver interrupção e nas quais não existe e nem deve existir dirigente.¹⁸⁶

Entre os agentes participantes da interpretação constitucional destaca-se a figura do “povo” que é mais do que o elemento quantitativo em termos de eleições que pretendem conferir legitimidade ao processo de decisão. Trata-se também de um elemento que exerce um papel pluralista na interpretação e legitimação do processo constitucional, como participante nos partidos políticos, na opinião científica, em grupos de interesse e como cidadão. A “competência objetiva” do “povo” enquanto participante da interpretação constitucional “é um direito da cidadania”. Assim “os Direitos Fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes

¹⁸⁴ HÄBERLE, Peter. *Heremênutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, p.33.

¹⁸⁵ Sobre a conexão entre teoria da constituição concebida como teoria da democracia ver: CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e teoria da constituição*, p. 1334.

¹⁸⁶ HÄBERLE, Peter. *Heremênutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, p. 36-37.

[...]. Na democracia liberal, o cidadão é interprete da Constituição! Por essa razão, tornam-se mais relevantes as cautelas adotadas com o objetivo de garantir a liberdade: a política de garantia dos direitos fundamentais de caráter positivo, a liberdade de opinião, a constitucionalização da sociedade [...]”. (grifo nosso) ¹⁸⁷

2.2.2.4 O papel da democracia no contexto da interpretação aberta da constituição

A associação de cidadãos no exercício da cotidiana realização dos direitos fundamentais coloca a democracia como “domínio do cidadão” e não do povo, no sentido de Rousseau, logo “a democracia do cidadão é mais realista do que a democracia popular [...]”. ¹⁸⁸

Ao conceber-se a democracia do cidadão em função dos direitos fundamentais, e não a partir de “povo soberano”, privilegia-se a “liberdade fundamental (pluralismo) e não o ‘povo’ como ponto de referência para a Constituição Democrática”. Assim dá-se a democracia dos cidadãos quanto maior for a possibilidade e a realidade de uma “discussão do indivíduo e de grupos ‘sobre’ e ‘sob’ as normas constitucionais” para que os efeitos pluralistas sobre elas emprestem à atividade de interpretação um caráter

¹⁸⁷ Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, p. 37-38.

¹⁸⁸ Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, p. 38.

multifacetado. A “sociedade é livre e aberta na medida que se amplia o círculo dos intérpretes da constituição em sentido *lato*”.¹⁸⁹

Após as reflexões já apresentadas Häberle justifica a relativização da hermenêutica constitucional pelas seguintes razões:

a) Além do juiz constitucional existem outros agentes que atuam através de formas de participação ampliadas acentuadamente no processo de interpretação constitucional;

b) Antes da ocorrência da “interpretação constitucional ‘jurídica’ dos juízes” existem outros intérpretes, pois “todas as forças pluralistas públicas são, potencialmente, intérpretes da constituição”. A ampliação do círculo dos participantes efetivos da interpretação constitucional relativiza o conceito de “participante do processo constitucional”, e assim a “esfera pública pluralista [...] desenvolve força normatizadora [...]”, o que constitui numa atualização pública que haverá de influir na posterior interpretação desenvolvida pela corte constitucional;

c) Muitas situações referentes à constituição material não chegam a ser analisadas pela corte constitucional em função da falta de competência específica ou falta de iniciativa de eventuais interessados. Assim ocorrem interpretações que não passam pelo crivo do juízo constitucional, caracterizando interpretações que “desenvolvem,

¹⁸⁹ Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, p. 38-40.

autonomamente, direito constitucional material”. Logo, “o processo constitucional formal não é a única via de acesso ao processo de interpretação constitucional”.¹⁹⁰

Numa perspectiva temporal “o processo de interpretação constitucional é infinito”, e o constitucionalista apenas um mediador, uma vez que as leis constitucionais são dotadas de “pré-história” e “pós-história”, e os agentes são envolvidos pelos conceitos de “pré-compreensão” e “pós-compreensão”. Isto conduz à defesa de que “o processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto”, e deve recepcionar os “intérpretes da Constituição da sociedade aberta”, cuja participação é fundamental no processo de “*trial and error*” que tem em vista a descoberta e a obtenção do direito. Tem-se a sociedade como aberta porque “todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional”, e desta forma manifestar as necessidades e possibilidades de acolher a pluralidade oriunda da esfera pública, e desta forma ir além da limitação do significado do texto constitucional, que a teoria convencional da interpretação tende a superestimar.¹⁹¹

A participação da opinião pública caracteriza-se pela sua abertura e espontaneidade garantidas pela falta de organização e disciplina. Mesmo assim “os princípios e métodos de interpretação constitucional preservam seu significado” pela sua

¹⁹⁰ Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, p. 41-42.

¹⁹¹ Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, p. 42-43.

função de “filtros” interagentes com “a força normatizadora da publicidade”, ao canalizarem a influência dos diversos participantes do processo.¹⁹²

A conformação e a aplicação procedimental do direito constitucional sob a perspectiva de uma sociedade aberta e pluralista de intérpretes conduz ao questionamento dos “instrumentos de informação dos juízes constitucionais”, que eventualmente possam viabilizar a participação de todos no processo de interpretação constitucional. Está certo Häberle quando diz que “o direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática”. A interpretação e aplicação do direito processual constitucional realizada pelos juízes e pela corte constitucional pode tornar-se mais “elástica”, “ampliativa” e “flexível”. Deste modo promove-se a “íntima relação contextual existente entre constituição material e direito constitucional processual”. Neste caso a “interpretação do legislador” fica em consonância com o potencial atualizador das possibilidades interpretativas oriundas da pluralidade contida na esfera pública. Neste contexto buscar-se-á o fortalecimento da pretendida legitimação da jurisdição constitucional em uma teoria da democracia.¹⁹³

As questões sobre os objetivos, métodos e participantes da interpretação constitucional provocam inovações na jurisdição constitucional e na teoria constitucional. No entanto a busca do consenso e a existência de uma unidade política extrapolam os limites da teoria constitucional, a qual não pode ser reduzida a uma concepção meramente harmonizadora de conflitos. Consenso, conflitos, compromissos e

¹⁹² Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, p. 43-44.

pluralidade de opiniões envolvem uma complexidade que vai além da possibilidade de constitucionalizar formas e processos de participação (tarefa procedimental específica de uma teoria constitucional), porque envolve conteúdos e métodos que mais bem se enquadram no mundo do processo político. Neste sentido, tendo-se o processo político como processo de comunicação de todos para com todos, reserva-se à teoria constitucional um papel como participante.¹⁹⁴

2.3 O CONTRIBUTO DA TEORIA DO GARANTISMO AO DEBATE SOBRE A LEGITIMIDADE DO ESTADO CONSTITUCIONAL

Luigi Ferrajoli, professor de Filosofia do Direito e de Teoria Geral do Direito na Universidade de Camerino desenvolveu estudos e elaborou uma teoria visando dar conta da supremacia constitucional para efeitos de interpretação e aplicação do direito. Norberto Bobbio, ao prefaciar a obra mestra do garantismo —Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal— apresenta-a como sendo a conclusão de uma extensa e minuciosa investigação sobre “os ideais morais que inspiram ou deveriam inspirar o

¹⁹³ Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, p. 48-49.

direito das nações civilizadas”. Adverte, ainda, que a proposta de Ferrajoli é “alta” por apostar na “elaboração de um sistema geral do garantismo ou, se se quiser, a construção das colunas mestras do Estado de direito, que tem por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário de poder, particularmente odioso no direito penal”.¹⁹⁵

Para efeitos deste trabalho, interessa a obra de Ferrajoli no que diz respeito à sua formulação de uma teoria geral do garantismo que propõe um modelo ideal de Estado de Direito —um horizonte a ser perseguido. A proposição do modelo garantista exalta a contraposição entre os momentos da legislação e o da jurisdição. O momento da legislação embasado no “convencionalismo” que designa a lei como parâmetro entre o lícito e o ilícito e o momento da jurisdição regido pela doutrina do “cognitivismo” que delega ao juiz os procedimentos possibilitadores do reconhecimento das circunstâncias fáticas juridicamente relevantes. “Poder” e “saber”, legislação e jurisdição resgatam duas máximas para o garantismo: “a cerca da legislação —*Autorictas, non veritas facit legem*; acerca da jurisdição —*Veritas, non autorictas facit iudicium*”.¹⁹⁶

O garantismo pode ser concebido sob três modelos: a) O garantismo como modelo ideal de estado de direito se caracteriza pela proteção dos direitos de liberdade (no sentido de um estado liberal) e também dos direitos sociais (no sentido de um estado social); b) O garantismo como uma teoria geral do direito é a proposta teórica de um

¹⁹⁴ Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, p. 51-55.

¹⁹⁵ Cf. BOBBIO, Norberto. Prefácio da 1ª edição italiana. In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paulo Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 7.

“juspositivismo crítico” contraposto ao “juspositivismo dogmático”; c) O garantismo como filosofia política que prima pelo reconhecimento e efetiva garantia dos direitos fundamentais do cidadão. È sobre isto que o estado se fundamenta e se legitima.¹⁹⁷

Na perspectiva da política do direito o garantismo propõe uma incessante busca de aperfeiçoamento da legitimidade jurídica e política sob responsabilidade dos juristas e operadores do direito que terão de agir entre as “verdades jurídicas” (normatividade) e as “verdades fáticas” (efetividade). O eixo condutor proposto é a primaz tutela da pessoa humana e seus direitos de liberdade e de segurança coletiva. O estado é um meio instrumental a ser operacionalizado através da contraposição entre as concepções éticas e técnicas de suas instituições políticas. Ao final da obra ferrajoli faz tributo “À luta pelo direito” de Rudolf Von Ihering ao ressaltar que “a luta pelo direito se apresenta como um dever para nós mesmos e para os demais”. Corroborá tal assertiva com o princípio da “garantia social” do artigo 23 da constituição francesa de 1793: “a ação de todos para assegurar a cada um o gozo e a conservação de seus direitos”. Estabelece-se assim a conclusão de que “até mesmo o mais perfeito sistema do garantismo não pode encontrar em si mesmo sua própria garantia e exige a intervenção ativa por parte dos indivíduos e dos grupos na defesa dos direitos que, ainda quando se encontrem normativamente declarados, nem sempre estão definitivamente protegidos”.¹⁹⁸

¹⁹⁶ Cf. BOBBIO, Norberto. Prefácio da 1ª edição italiana. In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, p. 9.

¹⁹⁷ Cf. BOBBIO, Norberto. Prefácio da 1ª edição italiana. In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, p. 10.

¹⁹⁸ Cf. BOBBIO, Norberto. Prefácio da 1ª edição italiana. In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, p. 11-12.

À palavra garantismo correspondem três significados diversos que foram cunhados a partir do direito penal: a) como um modelo normativo de direito que prima pela estrita legalidade, própria ao estado de direito. No “plano epistemológico diz respeito a um sistema cognitivo ou de poder mínimo”; no plano político se caracteriza como “uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade”; no plano jurídico consiste num “sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos”; b) garantismo como “uma teoria jurídica da ‘validade’ e ‘efetividade’ como categorias distintas não só entre si mas, também, pela ‘existência’ ou ‘vigor’ das normas”. Nesta distinção entre normatividade e efetividade, entre direito válido e direito vigente o garantismo apresenta uma postura crítica permanente sobre a validade das leis e suas aplicações em referência à legitimação do próprio direito; c) garantismo como uma “filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade”. Neste sentido o garantismo pressupõe a separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e externo na valoração do ordenamento, entre ser e dever ser do direito. Nestes termos a legitimação ética e política do direito e do estado é assumida desde um ponto de vista exclusivamente externo. A precedência do ponto de vista externo sem ser encoberto pelo interno ou jurídico é pressuposto em “toda doutrina democrática dos poderes do Estado”, e tem um duplo sentido: “porque o externo é o ponto de vista de baixo ou *ex parte populi*, e o interno é o ponto de vista do alto ou *ex parte principis*; e porque aquele exprime os valores extra ou meta ou pré-jurídicos ‘fundadores’, ou mesmo os interesses

e as necessidades ‘*naturais*’ —individuais e coletivas— cuja satisfação representa a justificação ou a razão de ser das coisas ‘*artificiais*’, que são as instituições jurídicas e políticas”.¹⁹⁹

O termo estado de direito empregado por Ferrajoli como adequado ao garantismo refere-se a um modelo de estado configurado de acordo com as modernas constituições e com as seguintes características:

a) no “plano formal” (legitimação formal) pelo princípio da legalidade que subordina todo poder público e o sujeita a um controle de legitimidade (controle constitucional e administrativo);

b) no “plano substancial” (legitimação substancial) pela funcionalização de todos os poderes do Estado a serviço da garantia dos direitos fundamentais e obrigação de satisfazer os direitos sociais. Ambos com os poderes necessários para os cidadãos ativarem a tutela jurisdicional (proibição de lesar os direitos de liberdade e obrigação de satisfazer os direitos sociais).²⁰⁰

A distinção entre legitimidade formal e legitimidade substancial e as respectivas condições formais e substanciais para apreciar a validade do exercício do poder são essenciais para “esclarecer a natureza da relação entre *democracia política* e *Estado de direito* nos ordenamentos modernos”. Estas condições formam o objeto de dois tipos de regras: a) “as regras sobre *quem* pode e sobre *como* se deve decidir” que dizem respeito à forma de governo e destas se depreende o caráter democrático do sistema político —ou

¹⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, p. 683-685.

²⁰⁰ Cf. CADEMARTORI, Sergio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*, p. 157. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, p. 687-688.

ao contrário, se monárquico, oligárquico ou burocrático; b) e “as regras sobre *o que* se deve ou não se deve decidir” que determinam o caráter do sistema jurídico, se “absoluto, totalitário, ou seja mais ou menos de direito”.²⁰¹

2.3.1 O GARANTISMO COMO BASE DA DEMOCRACIA SUBSTANCIAL

O Estado de direito que conjuga as garantias²⁰² liberais e sociais se configura como um “sistema de metaregras em relação às regras mesmas da democracia política”. O princípio de decidir por maioria como regra da democracia política é limitado: “se a regra do Estado liberal é que *nem sobre tudo se pode decidir*, nem mesmo em maioria, a regra do Estado social de direito é [...] *nem sobre tudo se pode não decidir*”.²⁰³

Em um sentido político, substancial e social de democracia o estado de direito equivale à democracia na medida em que reflete a vontade da ‘maioria’ e também os interesses e necessidades vitais de ‘todos’. Neste sentido o garantismo —enquanto

²⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, p. 688-689.

²⁰² Sobre a noção de garantias J.J. Canotilho esclarece: “Rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o *caráter instrumental* de proteção dos direitos. As garantias traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade”. CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e teoria da constituição*, p. 396.

²⁰³ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, p. 693.

técnica de limitação e disciplina do que os poderes públicos devem ou não devem decidir— pode ser concebido como a conotação estrutural e substancial da democracia: “As garantias, sejam liberais ou sociais, exprimem de fato os direitos fundamentais dos cidadãos contra os poderes do Estado, os interesses dos fracos respectivamente aos dos fortes, a tutela das minorias marginalizadas ou dissociadas em relação às maiorias integradas, as razões de baixo relativamente às razões do alto. Não há diferença, sob tal aspecto, entre direitos de liberdade e direitos sociais”. Isto leva Ferrajoli a uma redefinição do conceito de democracia: “chamarei de *democracia substancial* ou *social* o ‘Estado de direito’ dotado de efetivas garantias, sejam liberais ou sociais; e *democracia formal* ou *política* o ‘Estado político representativo’, isto é, baseado no princípio da maioria como fonte de legalidade”.²⁰⁴

Se na era liberal a atenção recaiu sobre os direitos à vida e à liberdade, atualmente também passaram a serem considerados vitais os direitos à moradia, ao trabalho e à educação, entre outros bens fundamentais surgentes em decorrência do aumento de ameaças às condições dignas de vivência. Assim a expansão da democracia conquistada pelo sufrágio universal poderá se estender à “multiplicação de sedes não políticas” formalizando democraticamente “o ‘quem’ e o ‘como’ das decisões” e, mais ainda, “com a extensão dos vínculos estruturais e funcionais impostos a todos os poderes —democráticos e burocráticos, públicos e privados— para a tutela substancial de

²⁰⁴ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, p. 328.

sempre novos direitos vitais, junto com a elaboração de novas técnicas de garantistas idôneas a assegurar-lhes uma maior efetividade”.²⁰⁵

As situações jurídicas²⁰⁶ “instituem ou convalidam situações de desigualdade jurídica e dão vida a relações jurídicas entre poderes e relativos deveres”. Mas também não de levar-se em conta as desigualdades desencadeadas por “poderes e sujeições extra-jurídicas” que se desenvolvem entre “funções e instituições jurídicas abandonadas à dinâmica substancialmente livre e descontrolada” ou simplesmente de forma ilegal ou extralegal.²⁰⁷

Tanto os poderes jurídicos quanto os poderes extrajurídicos formam a base das desigualdades entre as pessoas. Os primeiros ocasionam desigualdades jurídicas ou formais; os segundos as desigualdades sociais ou substanciais. O afastamento e a desigualdade produzida entre segmentos que têm acesso ao conhecimento jurídico e os que não o têm estão na base de ação da subjetividade:

Enquanto a igualdade produzida pelos direitos fundamentais é pressuposto da identidade dos sujeitos como pessoas e da sua livre comunicação baseada no respeito recíproco e reconhecimento como iguais, a desigualdade produzida pelos poderes jurídicos e não jurídicos forma o pressuposto da identidade dos sujeitos por meio das funções e hierarquias por eles personificadas, como também das

²⁰⁵ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, p. 693-694.

²⁰⁶ Ferrajoli distingue situações jurídicas de direitos fundamentais: “Partindo da definição de ‘situação jurídica’ como modalidade deontica de comportamentos gerativos de efeitos jurídicos, cheguei a uma distinção nascida entre *situações jurídicas* —públicas ou privadas, de poder e de dever— e os *direitos fundamentais*, e particularmente entre *direito de propriedade* e *direitos de liberdade*. As primeiras —sustentei— correspondem a poderes (ou deveres) adquiridos sobre a base de específicas ‘causas’ ou ‘títulos’ e exercitáveis mediante atos potestativos dotados, por sua vez, de efeitos na própria esfera jurídica, ou mesmo na alheia; os segundos correspondem, ao invés, a imunidades ou faculdades, reconhecidas a todos independentemente de qualquer título e exercitadas unicamente em comportamentos meramente lícitos, que não interfiram juridicamente na esfera de outros sujeitos”. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, p. 728.

²⁰⁷ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, p. 746-747.

relações despersonalizadas e de recíproca alienação que mediante tais funções entre eles se estabelecem.²⁰⁸

O progresso de uma “democracia substancial” está diretamente interligado à “expansão dos direitos e suas garantias” e ao “alargamento do Estado de direito ao maior número de âmbitos da vida e de esferas de poder, onde também sejam tutelados e satisfeitos os direitos fundamentais da pessoa. São os poderes desregulados que desenvolvem no seu interior os principais ‘obstáculos de ordem econômica e social’ que limitam ‘de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos’ ”.²⁰⁹

Nestes termos a democracia social é formada por todos os elementos que compõem um estado social de direito, quais sejam: a expansão dos direitos dos cidadãos em correlação aos deveres do estado estabelecendo uma maximização da liberdade e das expectativas perante uma minimização dos poderes. Maximização da liberdade no sentido de diminuir as restrições da liberdade dos cidadãos com restrições a atividades repressivas e, maximização na esfera social com a ampliação das obrigações públicas de satisfazerem as crescentes expectativas materiais dos cidadãos. Isto conduz a um aumento de “complexidade institucional” no sistema político e, na ciência jurídica de uma “imaginação jurídica” a dar conta de garantias aos direitos sociais que requerem elaborações de “mecanismos positivos de fornecimento e de controle das prestações aptas a satisfazê-los”.²¹⁰

²⁰⁸ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, p. 747.

²⁰⁹ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, p. 747.

²¹⁰ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, p. 693-695.

Existe uma ressalva que é pertinente à efetividade dos valores apregoados pelos direitos e garantias: é própria à noção de valor a impossibilidade absoluta de serem inteiramente realizados, restando apenas a possibilidade de satisfação parcial, relativa e contingente. Isto evidencia a tensão entre normatividade e efetividade; validade e vigor; dever ser e ser do direito; constituição formal e constituição material²¹¹; democracia formal e substancial. É uma aflição que atinge o estado de direito liberal onde “as *antinomias*, ou violações por comissão, dão lugar às diferenças entre normatividade e efetividade” e, aflige ainda mais o *Estado de direito social*, onde as *lacunas* ou violações por *omissão* se apresentam com maior dificuldade de realização dos direitos sociais.

Tem-se assim uma latente, estrutural e irreduzível “ilegitimidade jurídica do Estado de direito” promovida pela impossibilidade de realizar e garantir plenamente as promessas valorativas dos direitos fundamentais, tanto no estado liberal quanto no estado social. Trata-se de uma imperfeição insuperável que só pode ser diminuída pela possibilidade jurídica dos titulares dos direitos proclamados e não satisfeitos recorrerem a garantias na expectativa de satisfação: “à medida que tais direitos são insatisfeitos, estes podem, graças precisamente às garantias, tirar a legitimação dos poderes, invalidar-lhes as ações ou as omissões, vinculá-los às prestações correspondentes”. Assim o estado de direito se caracteriza tanto pela legitimação quanto pela possibilidade de “perda da legitimação jurídica ou interna do funcionamento dos poderes públicos e das normas por

²¹¹ Nesta tese usar-se-á basicamente a concepção de constituição formal e constituição material utilizada por Ferrajoli que consiste na distinção entre “modelo Constitucional normativo e assento Constitucional efetivo, ou melhor se diga, entre dever ser (normativo) e ser (efetivo) do assento Constitucional”. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, p. 717.

este produzias ou não produzidas. A análise das formas desta perda da legitimação constitui um dos principais problemas teóricos de uma ciência jurídica garantista”.²¹²

Inspirado no constitucionalismo francês Ferrajoli argumenta sobre a defesa do ponto de vista externo a partir de duas garantias elementares: a “garantia política da fidelidade” e a “garantia social da vigilância”.

A “garantia política da fidelidade” consiste no respeito devido à legalidade constitucional, especialmente aos direitos fundamentais por parte dos poderes públicos. A ausência desse respeito causa a inefetividade dos direitos e a impotência para as garantias. A referida garantia demanda alguns pressupostos:

- a) a participação popular;
- b) o pluralismo institucional expresso pela separação dos poderes e respectivos controles;
- c) o pluralismo político;
- d) a coincidência entre as “sedes legais” e as “sedes reais” do exercício dos poderes;
- e) a publicidade;
- f) o controle político e judiciário das instituições estatais;
- g) o monopólio penal;
- h) o monopólio do uso da força; e
- i) em caráter geral e num sentido cultural e deontológico, que na jurisdição se tenha a adoção em um “ponto de vista externo” por parte dos titulares de funções públicas —que assumam a gestão do poder como um instrumento de tutela e satisfação dos direitos

²¹² Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, p. 695-696.

fundamentais (com a consciência da irreduzível ilegitimidade jurídica e política que lhes é inerente).²¹³

A “garantia social da vigilância” consiste numa “condição de efetividade de todo o ordenamento e de seu sistema de garantias jurídicas e políticas” e sua definição mais eficaz, segundo Ferrajoli, é a prescrita “no artigo 23 da constituição francesa do ano I”: *“la garantie sociale consiste dans l’action de tous pour assurer à chacun la jouissance et la conservation de ses droits; cette garantie repose sur la souveraineté nationale”*. O fundamento desta garantia se identifica no “sentimento” que todos cidadãos têm dos próprios direitos fundamentais —o que equivale ao “sentido da própria identidade de pessoa e da própria dignidade do cidadão”. Nestes termos o autor designa esse sentimento com um “amor próprio” equivalente à assunção subjetiva dos valores da pessoa, que são a base dos direitos fundamentais. A partir desse patamar se constitui o pressuposto cultural do sentido de igualdade, da solidariedade e do respeito civil pelas identidades com outras pessoas —em função do caráter universal, igualitário e indivisível dos direitos fundamentais.²¹⁴

Desse sentimento de “amor próprio jurídico” deriva a “disponibilidade de cada um para a luta pela defesa e atuação dos direitos vitais próprios e de outros, ou ainda pela própria (ou outra) identidade de pessoa: para as identidades ameaçadas e a defender

²¹³ Ferrajoli exemplifica, a partir da situação italiana, alguns problemas da efetivação do princípio da garantia política da fidelidade. A constituição italiana expressa textualmente esse ponto de vista como horizonte axiológico aos poderes públicos, mas mesmo assim essa norma é ignorada pela cultura jurídica, pelo meio político e administrativo daquele país. Daí o autor depreende que: “Parece ser um destino comum a todas as máquinas políticas —não apenas às instituições estatais, mas também às burocracias dos partidos e sindicatos— alhearem-se de suas bases sociais, perderem a sua própria função de instrumento para finalidades externas, assumir a si mesmas como fins e valores”. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, p. 753-754.

e para as novas identidades, a afirmar ou reivindicar”.²¹⁵ Ferrajoli se invoca Rudolf Von Ihering, que propôs semelhante postura ao defender a luta pelo direito como um dever da pessoa para consigo mesma e para com a comunidade, na obra “A luta pelo direito” de 1872. Neste sentido:

Apenas pela luta pelos direitos, que quer dizer o seu constante exercício e a sua tenaz defesa contra todo possível obstáculo, ameaça ou violação, pode ser garantida a efetiva posse e a conseguinte valorização da pessoa. Um direito não exercitado ou não defendido é destinado a caducar e, ao fim, sucumbir. Da liberdade de pensamento e de imprensa aos direitos políticos, da liberdade pessoal aos direitos sociais, a efetividade dos direitos da pessoa não é mais garantida de uma vez por todas como graciosa concessão jurídica, mas é toda vez efeito do cotidiano e, às vezes, de custosas conquistas.²¹⁶

A luta pelo direito, ao acompanhar todos os momentos da vida dos direitos, se realiza na fundação, conservação e transformação dos próprios direitos. Na fundação ao reivindicar e conquistar novos direitos; na conservação ao exercitar cotidianamente os direitos impedindo o desuso e a caducidade, e na transformação ao adequar historicamente os direitos à realidade contingente. É neste último caso que se encontra a extrema posição do direito à resistência como alternativa contraposta aos direitos vigentes em nome da justiça e validade dos próprios direitos fundamentais — neste caso “o ‘direito’ volta a ser ‘fato’, relação de força, e inicia a re-fundação de um novo direito”.²¹⁷

A importância da luta pelos direitos se evidencia exemplarmente na história dos direitos fundamentais:

²¹⁴ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, p. 754-755.

²¹⁵ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, p. 755.

²¹⁶ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, 2002, p. 755.

²¹⁷ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, p. 755.

Pode-se tranquilamente afirmar que não houve nenhum direito fundamental, na história do homem, que tivesse caído do céu ou nascido de uma escrivãzinha, já escrito e confeccionada nas cartas constitucionais. Todos são frutos de conflitos, às vezes seculares, e foram conquistados com revoluções e rupturas, a preço de transgressões, repressões, sacrifícios e sofrimentos: primeiro os direitos à vida e a garantia do *habeas corpus*, depois a liberdade de consciência e de culto, sucessivamente a liberdade de opinião e de imprensa, mais recentemente a liberdade de associação e reunião, e por fim o direito de greve e dos direitos sociais.²¹⁸

As lutas pelos direitos se realizam através de ações individuais, processos e lutas coletivas que se constroem a partir de interesses aglutinadores, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais.²¹⁹

2.3.2 INDISSOCIABILIDADE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E DA DEMOCRACIA DIRETA

Para Ferrajoli as lutas pelos direitos são responsáveis pelas mudanças progressivas do direito. Estas mudanças vão desde o acolhimento, pela constituição, de novos direitos fundamentais até a elaboração de novas garantias para direitos consagrados. O êxito de uma luta social depende justamente da capacidade de mudar ou influenciar a legislação.²²⁰

O autor constrói então um conceito global de democracia que incorpora as próprias definições quanto à forma e aos conteúdos da democracia: “A ‘democracia’ é o

²¹⁸ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, p. 755-756.

²¹⁹ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, p. 756.

regime político que consente o desenvolvimento pacífico dos conflitos, e por meio destes as transformações sociais e institucionais. Legitimando e valorizando igualmente todos os pontos de vista externos e as dinâmicas sociais que os exprimem, ela legitima a mudança por meio do dissenso e do conflito”. Esta redefinição seria capaz de oferecer à democracia a efetividade almejada.²²¹

A luta pelos direitos é ela mesma uma forma de exercer a democracia política, além da tradicional democracia representativa. Ela consiste na “prática organizada e coletiva dos direitos de liberdade”, criando novas formas de poder e pondo em movimento a democracia direta.

[...] A liberdade, mesmo exercitada individualmente, equivale sempre a formas de contrapoder. Mas apenas se exercitada coletivamente, dá vida a contrapoderes sociais baseados na direta e igual participação de seus titulares, e por essa razão, dotados de forças de pressão, de negociação e de controle em condições não apenas de orientar os poderes institucionais à satisfação dos direitos reivindicados, mas também de impedir-lhes as degenerações autoritárias. Sem uma semelhante força social externa ao sistema político, nenhum poder institucional pode restar, no longo prazo, imune de tentações e degenerações autoritárias.²²²

A democracia representativa e o estado de direito, ainda que eficientes, são impotentes por si mesmos para impedir menoscabos da democracia.²²³

Deste modo a tensão entre o poder político e representativo e o poder social e direto são os fatores da democracia. Este poder social se exerce através da liberdade, da

²²⁰ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, p. 756-757.

²²¹ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, p. 757.

²²² Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, p. 757.

²²³ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, p. 757.

oposição e da alteridade. Assim a democracia representativa e a democracia direta não são modelos paralelos, mas constituem “uma o sustento da outra”.²²⁴

Será frustrante de antemão qualquer tentativa de cercear a democracia representativa ou a direta: o desprezo pelas experiências de democracia direta é o desprezo dos próprios conflitos e dinâmicas sociais, e assinala um regresso a formas de sistemas políticos autoritários, autocentrados e auto fundados.²²⁵

2.4 TENDÊNCIAS DO DIREITO NA ERA DO CONSTITUCIONALISMO

Os problemas de legitimação do estado legislativo ou liberal —principalmente a divergência entre a realidade legislativa e a realidade social— tiveram como desenlace a sua decadência e o conseqüente advento de uma nova realidade no arranjo institucional do poder político: a configuração do estado constitucional. Pela primeira vez na era moderna a lei encontra o seu limite de atuação norteado por uma instância que lhe confere ou não a necessária legitimidade, vale dizer a constituição. A constituição passa a ser o centro ao qual tudo deve convergir, desde um processo político de base social para criar direitos até a interpretação e aplicação dos direitos consagrados. Isto se adequa a uma era de pluralismo social, político e jurídico. Nesta era as constituições prometem

²²⁴ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, p. 757.

²²⁵ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, p. 758.

garantir a legítima realização das inúmeras demandas dos vários segmentos sociais, os quais nutrem expectativas de imprimir na ordem jurídico-política suas aspirações. Entretanto esta promessa foi cumprida apenas parcialmente, pois muitas vezes as inscrições dos novos direitos ocorreram apenas no aspecto meramente formal, notadamente em países como o Brasil. Assim é que a busca pela materialização desses direitos é uma demanda social que persiste até os dias atuais. Nesse contexto se entende que uma das vias para a efetivação de direitos haverá de passar necessariamente por um processo de participação concreta do cidadão na interpretação e na elaboração das normas portadoras de suas demandas, especialmente no que diz respeito às normas que concretizam os ditames constitucionais. Para isto é importante cogitar a necessidade de que os cidadãos tornem-se detentores de uma cultura jurídica, ainda que básica, sobre os seus direitos fundamentais e sobre as formas de pleiteá-los. Este pressuposto lhes franqueará uma participação muito mais qualificada e autônoma num processo de realização constitucional de direitos.

Alguns autores e tendências no direito constitucional contemporâneo e na filosofia do direito vão em auxílio desta tese. Uma concepção prévia, para efeitos desta pesquisa, precede as demais. É a concepção de um direito legitimado pelo procedimento (segundo Habermas, o que será visto no próximo capítulo) que pode servir a diversos interesses materiais. Isto tem criado uma tensão entre constituição e democracia por um lado e a jurisdição e a legislação por outro. Entre a formalização legislativa dos direitos e a sua posterior aplicação judicial há um longo hiato a ser preenchido. Nesse percurso, o direito não pode ser apropriado por um ou outro poder, pois ele deve ser objeto de

realização por parte de todos os poderes e todos os cidadãos. A superação daquele caráter formal da constituição, rumo à dotação desta de um conteúdo material, é uma possibilidade cogitada nesta tese e se sustenta no pensamento de alguns autores contemporâneos. Estes e suas respectivas concepções são: a ductilidade do direito (Zagrebelsky), a força normativa da constituição (Hesse), o garantismo (Ferrajoli) e a sociedade aberta dos intérpretes (Häberle). Estes autores convergem quanto ao que se entende ser o papel da constituição no estado atual. Com efeito, no estado constitucional a constituição não surge somente como um conjunto de formas normativas. Surge também como a expressão de um desenvolvimento cultural, como a representação cultural de um dado povo, como o seu próprio legado cultural e como o fundamento das suas aspirações e projetos de futuro.

2.5. AS TENDÊNCIAS DE PARTICIPAÇÃO COMO RESULTADO DA CRISE NO ESTADO DE DIREITO E DO CONSTITUCIONALISMO

No apogeu do estado legislativo notou-se que a lei geral e abstrata já não prometia a coerência política interna. Sua elaboração era resultante de um embate pluralista, mas sob a hegemonia de grupos que particularizavam na lei seus interesses. A lei deixou então de representar o papel de garantia e de estabilidade, pois ao expressar

particularismos ocasionais passou também a converter-se em instrumento e causa de instabilidades.

Nesse momento também a complexificação técnica e cultural da sociedade causou a proliferação de normas jurídicas, e isto marcou os sistemas jurídicos ocidentais, especialmente no século XX. Os juristas passaram então a formular alternativas com o intuito de sanar a falta de legitimação decorrente do fosso que se criou entre a realidade social e a realidade normativa. Teorizações recentes afirmam a necessidade de uma práxis legitimadora que revista a constituição de um caráter verdadeiramente unificador da sociedade. A expectativa de realização dos direitos fundamentais passou a ser considerada possível somente através de formas sofisticadas da mediação do processo judicial em relação a uma práxis política pluralista.

Häberle propõe, de modo ousado e inovador, que o “povo” venha a ser um efetivo intérprete da constituição; que a sua competência nesse ato seja considerada um direito da cidadania. Disso resulta a sua participação política em termos muito superiores à mera conduta eleitoral. Zagrebelsky também se une a esta tendência, pois a sua proposta de um direito dúctil igualmente encontra na noção de constituição aberta uma via para a aplicação do texto constitucional com uma maior interação da sociedade. Uma condição inarredável para o sucesso destas propostas e para a recepção das reivindicações da sociedade em geral é que haja um momento prévio de debate entre as partes envolvidas. Dessa interlocução pode advir um consenso que será partilhado por todos e que poderá consagrar demandas históricas referentes a direitos fundamentais. Mas para isso é imprescindível que este diálogo se assente em conhecimentos prévios de

direito, o que possibilitará a plena autonomia, sem manipulações ou tergiversações, ao se propugnar a inscrição de novos direitos ou reinterpretação dos velhos. Dito de outro modo, o embate entre as forças pluralistas da sociedade requer algo mais do que a igualdade formal entre seus agentes: faz-se necessário valorizar as possibilidades da compreensão do direito de forma mais igualitária por parte dos participantes. Cabe ao estado contemporâneo oferecer as condições para que as partes intervenientes tenham acesso ao conhecimento do direito para otimizar as suas capacidades de autotutela através do direito mesmo. Tal possibilidade encontra receptividade na obra de Ferrajoli —que condena os desvalores oriundos das diferenças econômicas e sociais, que são obstáculos à igualdade como metadireito—. Este autor aponta a necessidade de uma participação da sociedade para otimizar o sistema de direitos e garantias:

Contra semelhantes ilusões, a experiência ensina que nenhuma garantia jurídica pode reger-se exclusivamente por normas; que nenhum direito fundamental pode concretamente sobreviver se não é apoiado pela luta por sua atuação da parte de quem é seu titular e pela solidariedade com esta, de forças políticas e sociais; que, em suma, um sistema jurídico, porquanto tecnicamente perfeito, não pode por si só garantir nada. [...] É este substrato político, material e cultural do direito —feito da lealdade das forças políticas em relação às regras do jogo, de sentimento dos cidadãos dos próprios e outros direitos, de lutas individuais e coletivas para a sua defesa e para o seu desenvolvimento, do empenho civil e intelectual contra as carências e distorções dos poderes em todos os níveis do ordenamento— que forma a praxe do garantismo e das iguais garantias externas, não menos importantes do que aquelas internas ou jurídicas, da efetividade dos direitos fundamentais.²²⁶

A proposta garantista de assumir a legitimação externa provinda da sociedade, como reflexo do atendimento dos direitos fundamentais de liberdade e dos direitos

²²⁶ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, p. 752-753.

sociais, tem a centralidade da pessoa²²⁷ como valor e o princípio da igualdade como metadireito. Isto supõe acolher as pessoas sem distinção, mas também sem deixar de perceber as diferenças econômicas e sociais como um “desvalor” a ser combatido pelo estado. Reconhecer as diferenças sociais induz a reconhecer as diferenças culturais. Destas últimas advém o conhecimento ou o desconhecimento do direito. Neste sentido a necessidade de uma educação cultural em geral, e para a cidadania em especial, exige-se a disponibilização de um certo acesso ao conhecimento do direito. De fato, ao conhecimento do direito cabe uma importância especial em virtude da sua instrumentalidade para combater o uso do poder e garantir o livre desenvolvimento da personalidade desde uma perspectiva da autonomia e da capacidade de autotutela das pessoas.

Os direitos fundamentais (de liberdade e sociais) constituem categorias abertas cuja compreensão exige que se leve em conta a sua historicidade. A avaliação da qualidade de uma democracia e do progresso de um estado pode ser aferida através das relações entre um dado contexto social e a efetividade de seus respectivos direitos e garantias fundamentais. A correspondência entre as expectativas sociais e a eficácia de seus direitos fundamentais é dependente de uma ampla participação comunitária que exerça a vigilância no sentido de conquistar e conservar seus direitos. Uma educação para a cidadania que contemple também o conhecimento do direito, mesmo que com noções básicas, significa aumentar as possibilidades de participação dos indivíduos na

²²⁷ Sobre a centralidade da pessoa e o livre desenvolvimento da personalidade como condições para uma colaboração responsável na organização social numa perspectiva civil e constitucional ver: HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*, p. 81-88.

efetivação dos próprios direitos fundamentais. Se há de se falar em luta pelo direito (Ihering e Ferrajoli), que se tenha conhecimento da “arma oficial”: os próprios direitos. Fomentar uma educação cidadã com conhecimentos jurídicos é uma alternativa para superar aquela dificuldade que Ferrajoli designou como a mais difícil: defender e desenvolver na prática o sistema de garantias. Se o problema maior é efetivar as garantias nas relações que ocorrem no dia a dia, na realização cotidiana do direito, a participação de pessoas com conhecimentos jurídicos se revela muito apropriada, ainda mais quando se aceita que as ações humanas estão na base de todas as instituições (daí por exemplo a teoria da ação, de Weber). Disto tudo se depreende que o conhecimento do direito seria uma vantagem considerável para maximizar a liberdade e minimizar o poder. Isto pode ser conseguido pela ampliação do entendimento e da lealdade institucional devida na atuação dos poderes públicos, por uma participação democrática e pela ampliação das possibilidades na luta pelo direito. Em suma pelo fortalecimento daquilo que Ferrajoli designou como o sustento prático²²⁸ oferecido ao sistema normativo das garantias. A forma deste combate se dá através de prestações positivas

²²⁸ “É relativamente fácil delinear um modelo garantista em abstrato e traduzir-lhe os princípios em normas *Constitucionais* dotadas de clareza e capazes de deslegitimar, com relativa certeza, as normas inferiores que dela se apartam. Mas difícil é modelar as técnicas legislativas e judiciárias idôneas a assegurar efetividade aos princípios *Constitucionais* e aos direitos fundamentais por eles consagrados. A coisa mais difícil, além da elaboração teórica e normativa dos princípios, dos direitos e de suas garantias jurídicas, é, contudo, defender, atuar e desenvolver na prática o sistema de garantias. Esta não é mais uma questão jurídica, mas uma questão de fato, que diz respeito às condições externas nas quais evolui a vida do direito: com a lealdade institucional dos poderes públicos, com a maturidade democrática das forças políticas e sociais, com a sua disponibilidade para lutar pelos direitos, em uma palavra, com o sustento prático oferecido ao sistema normativo das garantias. É este sustento, contra as naturais vocações antigarantistas de todos os poderes, públicos e privados, que exprime o ponto de vista externo do quarto e último significado associado a esta expressão”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, p. 752.

que promovam a conquista de uma maior igualdade, pois isto é uma obrigação do estado em função dos direitos sociais.

Em suma a importância do sustento prático para o sistema de garantias de Ferrajoli torna desejável uma nova garantia a ser assumida pelo estado nas sociedades contemporâneas: a obrigação de prestar o acesso ao conhecimento do direito de forma universalizada, especialmente através do sistema formal e obrigatório de ensino. Esta necessidade é uma decorrência lógica. Anteriormente a autonomia da vontade era suficiente para os indivíduos estabelecerem relações jurídicas, enquanto que na nova realidade passou a ser necessário conhecer as normas jurídicas sobre as quais a autonomia da vontade já não mais poderia interferir, como foi dito no final do primeiro capítulo. Em pouco tempo, para a aplicação destas últimas normas, que eram cogentes, foi necessário enfrentar problemas de outra ordem: a interpretação de normas principiológicas abertas e a manutenção da unidade do sistema jurídico promovida pelo constitucionalismo. Neste enfrentamento é conveniente invocar as teorizações de Häberle e Ferrajoli, os quais propugnam por uma interpretação e aplicação das normas numa perspectiva mais democrática, seja no sentido de ampliar a comunidade dos intérpretes (Häberle), seja no ressaltar que as garantias jurídicas dependem em maior ou menor grau da atuação dos sujeitos e da solidariedade das forças políticas e sociais (Ferrajoli). Em ambas perspectivas o conhecimento do direito é um requisito intimamente vinculado às possibilidades participativas dos indivíduos em termos substanciais. Esta participação se otimiza mediante o conhecimento dos direitos, o que fortalece a legitimação do próprio direito.

A participação dos indivíduos deve se dar em relações intersubjetivas comandadas pelos direitos fundamentais. As formas de ação nesse intercâmbio apresentam dificuldades pelo fato de se darem no espaço público e se sujeitarem a exigências comunicacionais. O conhecimento do direito, aliado a uma construção comunicacional situa-se como um pressuposto para a fluída interação entre os destinatários das leis e os titulares do poder. O conhecimento das normas jurídicas é o resultado de um processo relacional e comunicativo que acaba por ser mediado por uma interação educacional. Este é o tema que segue.

CAPÍTULO 3

3 A PARTICIPAÇÃO DOS DESTINATÁRIOS NO PROCESSO DEMOCRÁTICO E A LEGITIMIDADE DO ESTADO CONTEMPORÂNEO

A participação dos destinatários nos processos decisórios dominados por uma concentração de autoridade se manifesta desde a antigüidade. No entanto, atendendo aos objetivos desta tese, o tratamento que segue buscará o aspecto da legitimação constituída em função dos destinatários do ordenamento jurídico, por ocasião da conformação do estado moderno e contemporâneo.

Deste modo a crescente participação generalizada dos indivíduos nas relações sociais encontra nos estudos habermasianos sobre a esfera pública uma síntese interessante, ao trazer à tona o surgimento de um público politizado. É certo que a “era das revoluções” foi um marco histórico de abertura à participação do povo na organização estatal, mas a gênese da organização social de então é mais ricamente explicitada pelo destaque das circunstâncias que concretizaram paulatinamente a

politização dos indivíduos na sociedade. Nesta perspectiva as categorias de esfera pública, esfera privada e opinião pública são centrais para o entendimento da formação de um público politizado e participante na organização social estatizada.

No capítulo anterior se verificou que a organização estatal e o direito contemporâneo apresentam uma manifestada busca de legitimação através da superação do distanciamento normativo-legal da realidade social. As vias para aproximar o direito estatal da realidade social têm passado pela efetivação substancial dos direitos, essencialmente dos direitos fundamentais. A conjunção entre normatividade e realidade social em busca de legitimação poderá ser efetivada por meio de diversos mecanismos, mas qualquer que seja o procedimento haverá de contar com a participação dos destinatários. Por sua vez existe um elemento fundamental para que tal participação possa superar a mera formalidade: o conhecimento do direito. Nesta perspectiva surge a importância da atuação dos agentes sociais na construção histórica dos direitos e sua efetivação, e por conseguinte a conformação do próprio estado. O papel da ação individual passa a ser concebido como a fonte originária da organização social e da legitimação última do estado e do direito. Assim passa-se agora a tratar dos elementos teóricos que possibilitam a compreensão da ação individual na construção das relações sociais.

3.1 A AÇÃO INDIVIDUAL E A RELAÇÃO SOCIAL

Há que destacar da teoria weberiana a proposta metodológica ‘individualista’²²⁹, como requisito do tratamento das categorizações coletivas, sendo este o primeiro passo na conformação de uma sociologia compreensiva.

Max Weber investigou a legitimidade com ênfase nos “motivos de justificação interior” ou seja, nas razões da obediência no plano psicológico do agente. Entretanto, antes de tratar da legitimidade na teoria weberiana é necessário deter-se sobre algumas questões metodológicas a partir das quais Weber estabelece a compreensão desse fenômeno social.

No início da obra *Economia e sociedade*, na primeira parte (teoria das categorias sociológicas), encontram-se algumas noções elementares dos conceitos sociológicos fundamentais.

Weber concebe a sociologia como uma ciência que pretende entender a ação social através da interpretação com vistas a explicitar a causalidade do seu desenvolvimento e suas conseqüências. Nestes termos a pedra fundamental da sociologia weberiana erige-se a partir da análise desse conceito²³⁰.

²²⁹ Para Bobbio, “é hoje dominante nas ciências sociais a orientação de estudos chamada de ‘individualismo metodológico’, segundo a qual o estudo da sociedade deve partir do estudo das ações do indivíduo. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 60.

²³⁰ O conceito de ação social utilizado nesta tese encontra-se explanado em: WEBER, Max. *Economia y Sociedad*, 1977, p. 5 a 20. Cf. BENÍTEZ, Luiz Bráulio Farias. *A burocracia, o Direito e a Educação Formal: requisitos para a integração social*. Dissertação de mestrado, UFSC/CPGD, 1996. p. 13.

Os conceitos da metodologia weberiana aqui relevantes são os seguintes: o de sentido, compreensão, agente individual, tipo ideal, relação social, legitimação e dominação.

O destaque designado à ação social nos estudos weberianos se deve a que o objeto da análise sociológica não pode ser entendido ou estudado numa dimensão conceitual coletiva (como sociedade ou grupo social) sem levar em consideração a origem da conduta dos membros que compõem tal coletividade. É evidente que a sociologia trata dos fenômenos coletivos, e Weber não nega este fato. O que este autor sustenta é que será na análise da ação dos indivíduos que se encontra o ponto de partida da pesquisa sociológica. Portanto, quanto ao método, pode-se dizer que a sociologia é "individualista". Esta constatação é corroborada com a afirmação de Weber de que no estudo dos fenômenos sociais não se pode presumir a existência pré-determinada de estruturas sociais dotadas de um sentido intrínseco, ou seja de um sentido independente daquele que os indivíduos imprimem às suas ações.²³¹

No pensamento weberiano a ação social entende-se como aquela conduta humana portadora de um sentido subjetivo inter-relacionado com os efeitos previsíveis e esperados pelo agente. Ou seja, põe-se destaque no elo de coerência entre a atitude e os

²³¹ Cf. BENÍTEZ, Luiz Bráulio Farias. *A burocracia, o Direito e a Educação Formal: requisitos para a integração social*, p. 13. Para Gabriel Cohn: "O objeto de análise sociológica não pode ser definido como a sociedade, ou o grupo social, ou mediante qualquer outro conceito com referência coletiva. No entanto é claro que a Sociologia trata de fenômenos coletivos, cuja existência não ocorreria a Weber negar. O que ele sustenta é que o ponto de partida da análise sociológica só pode ser dado pela ação de indivíduos e que ela é "individualista" quanto ao método. Isso é inteiramente coerente com a posição sempre sustentada por ele, de que no estudo dos fenômenos sociais não se pode presumir a existência já dada de estruturas sociais dotadas de um sentido intrínseco; vale dizer, em termos sociológicos, de um sentido independente daqueles que os indivíduos imprimem às suas ações". COHN, Gabriel (org.) e

efeitos correlatos à ação praticada pelo agente. A investigação do vínculo entre os fins objetivados e a ação deliberada para atingi-los centra-se na motivação para o próprio agir.

O sentido subjetivo que comunica a ação com seus efeitos pode ser alvo de diversas interpretações. A interpretação do sentido da ação em um caso individualizado é complexa, e somente quando se observa uma situação exageradamente radicalizada é que se pode identificar uma inter-relação entre a ação e a causalidade dos efeitos esperada pelo agente. Entretanto é oportuno antecipar uma advertência postulada pelo próprio Weber: os conceitos que embasam a sua sociologia são típico-ideais, tanto internamente (aspecto psicológico) quanto externamente. Ademais a ação real ocorre na maior parte dos casos de forma obscura ou inconsciente no que se refere ao seu sentido. Só ocasionalmente a consciência assume um sentido para a ação, seja ele racional ou irracional²³². Uma ação com sentido absolutamente claro e objetivo é na verdade um caso limite. Portanto toda a análise histórica ou sociológica debruçada sobre a realidade deve levar em consideração este fato²³³.

Fernandes, Florestan (coord.). *Weber: Coleção Grandes Cientistas sociais*. 7ª ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 26.

²³² Weber considera como irracional o sentido da ação que se apresenta desviado de um sentido *previsível* na construção *racional ideal pura* da ação como voltada para atingir determinados fins. Nas palavras do autor: "*El método científico que consiste en la construcción de tipos investiga y expone todas las conexiones de sentido irracionales, afectivamente condicionadas, del comportamiento que influyen en la acción, como 'desviaciones' de un desarrollo de la misma 'construido' como puramente racional con arreglo a fines*". Cf. WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, 1977, p. 7.

²³³ "*Los conceptos constructivos de la sociología son típicos-ideales no sólo externa, sino también internamente. La acción real sucede en la mayor parte de los casos con oscura semiconsciencia o plena inconsciencia de su 'sentido mentado'. El agente más bien 'siente' de un modo indeterminado que "sabe" o tiene clara idea; actúa en la mayor parte de los casos por instinto o costumbre. Sólo ocasionalmente -y en una masa de acciones análogas únicamente en algunos individuos- se eleva a conciencia un sentido (sea racional o irracional) de la acción. Una acción con sentido efectivamente tal, es decir, clara y con absoluta conciencia es, en realidad, un caso límite. Toda consideración*

A dificuldade de tratar o sentido como um conceito fechado reside no fato de que o próprio Weber não o define em nenhum ponto da obra, o mesmo ocorrendo com o conceito de compreensão.²³⁴

Para Weber o sentido e a compreensão encontram-se entrelaçados, uma vez que o papel da sociologia reside na compreensão interpretativa da ação social em busca da explicação causal entre a ação e os seus efeitos. A compreensão engloba o entendimento dos motivos que fundamentam a ação praticada em relação aos efeitos almejados²³⁵.

A identificação do sentido nas complexas esferas de ação dos agentes numa realidade empírica somente é possível através da instrumentalidade da categoria tipo ideal, a qual faculta a identificação do sentido quando comparadas as diversas ações sociais de diversos indivíduos²³⁶.

*histórica o sociológica tiene que tener en cuenta este hecho en sus análisis de la realidad". WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, 1977, p. 18.*

²³⁴ Nas palavras do autor: "em nenhum ponto se encontrará uma definição de 'sentido', como aliás também ocorre com o conceito de 'compreensão'. Nesse ponto o raciocínio de Weber parece circular: sentido é o que se compreende e compreensão é captação do sentido. Apesar disso já temos elementos para avançar se considerarmos o conceito de 'motivo', que permite estabelecer uma ponte entre sentido e compreensão. Do ponto de vista do agente, o motivo é o fundamento da ação; para o sociólogo, cuja tarefa é compreender essa ação, a reconstrução do motivo é fundamental, porque, da sua perspectiva, ele figura como a *causa* da ação. [...] No entanto, apenas interessa assinalar que, quando se fala de sentido na sua acepção mais importante para a análise, não se está cogitando da gênese da ação mas sim daquilo para o que ela aponta, para o objetivo visado nela; para o seu fim, em suma. Isso sugere que o sentido tem muito a ver com o modo como se encadeia o processo de ação, tomando-se a ação efetiva dotada de sentido como um meio para alcançar um fim, justamente aquele subjetivamente visado (pelo agente)". COHN, Gabriel (org.) e Fernandes, Florestan (coord.). *Weber: Coleção Grandes Cientistas sociais*, p. 27.

²³⁵ Gabriel Cohn interpreta a compreensão da seguinte maneira: "é somente através do sentido que podemos apreender os nexos entre os diversos elos significativos de um processo particular de ação e reconstruir esse processo como uma unidade que não se desfaz numa poeira de atos isolados. Realizar isso é precisamente compreender o sentido da ação". COHN, Gabriel (org.) e Fernandes, Florestan (coord.). *Weber: Coleção Grandes Cientistas sociais*, p. 27.

²³⁶ "Os agentes e os sentidos das suas ações não podem ser incorporados à análise científica tal como se apresentam empiricamente, visto que como tal são feixes inesgotavelmente diversificados de processos que se mesclam de todas as maneiras. Por conseguinte, já nesse ponto impõe-se, de forma perfeitamente coerente com as premissas weberianas, a construção desse instrumento de orientação da

A compreensão da categoria do tipo ideal no pensamento weberiano é de suma importância para a aplicação de seus conceitos e demais categorias. Pode-se considerar o estudo weberiano dos tipos ideais sob três perspectivas:

- a) como uma formulação de conceitos claramente definidos;
- b) como uma construção de modelos deduzidos de fenômenos históricos empiricamente semelhantes;
- c) como uma específica explicação de casos históricos particulares²³⁷.

É importante destacar que na concepção de Weber a construção conceitual da sociologia encontra a sua base nas ações consideradas do ponto de vista histórico. Assim o autor constrói os conceitos com o objetivo de possibilitar uma identificação causal e histórica dos fenômenos culturalmente importantes. Max Weber elaborou as categorias dos tipos puros ou ideais numa abstração da realidade (idealmente falando), o que torna possível uma identificação entre os conceitos e os fatos de uma forma inovadora²³⁸.

realidade empírica e meio para a elaboração de hipóteses, que é o tipo ideal, apresentado e discutido por Weber no seu ensaio sobre a objetividade". COHN, Gabriel (org.) e Fernandes, Florestan (coord.). *Weber: Coleção Grandes Cientistas sociais*, p. 29.

²³⁷ GIRGLIOLI, Pier Paolo. Verbete "Burocracia", In: BOBBIO, Norberto, et alii. *Diccionario de política*, p. 125.

²³⁸ Para Weber: "*La sociología construye conceptos-tipo -como con frecuencia se da por supuesto como evidente por sí mismo- y se afana por encontrar reglas generales del acaecer. Esto en contraposición a la historia, que se esfuerza por alcanzar el análisis e imputación causales de las personalidades, estructuras y acciones individuales consideradas culturalmente importantes. La construcción conceptual de la sociología encuentra su material paradigmático muy esencialmente, aunque no de modo exclusivo, en las realidades de la acción consideradas también importantes desde el punto de vista de la historia. Construye también sus conceptos y busca sus leyes con el propósito, ante todo, de si pueden prestar algún servicio para la imputación causal histórica de los fenómenos culturalmente importantes. Como en toda ciencia generalizadora, es condición de la peculiaridad de sus abstracciones el que sus conceptos tengan que ser relativamente vacíos frente a la realidad concreta de lo histórico. Lo que puede ofrecer como contrapartida es la univocidad acrecentada de sus conceptos. Esta acrecentada univocidad se alcanza en virtud de la posibilidad de un óptimo en la adecuación de sentido, tal como es perseguido por la conceptualización sociológica. A su vez, esta adecuación puede alcanzarse en su forma más plena -de lo que hemos tratado sobre todo hasta ahora- mediante conceptos y reglas racionales (racionales con arreglo a valores o arreglo a fines). Sin embargo, la*

Em síntese a categorização do tipo puro ideal não tem uma conotação valorativa nem objetiva de representar as características típicas ou médias de algum determinado fenômeno social. O tipo puro ideal é antes de tudo uma abstração através da qual as características extremas de um determinado fenômeno são definidas de forma a construir a forma pura ideal desse mesmo fenômeno.²³⁹

Isto tudo é importante para a compreensão do conceito e papel da ação do agente individual no que diz respeito ao aspecto individualista da sociologia quanto ao método, haja vista que somente o indivíduo é capaz de produzir ações com sentido. Desta forma o sentido somente pode ser compreendido levando-se em conta o agente, o qual por sua vez pratica suas ações imerso numa complexidade de motivações simultaneamente presentes e interagentes²⁴⁰.

*sociología busca también aprehender mediante conceptos teóricos y adecuados por su sentido fenómenos irracionales (místicos, proféticos, pneumáticos, afectivos). En todos los casos, racionales como irracionales, se distancia de la realidad, sirviendo para el conocimiento de ésta en la medida en que, mediante la indicación del grado de aproximación de un fenómeno histórico a uno o varios de esos conceptos, quedan tales fenómenos ordenados conceptualmente.[...] Para que con estas palabras se exprese algo unívoco la sociología debe formar, por su parte, tipos puros (ideales) de esas estructuras, que muestren en sí la unidad más consecuente de una adecuación de sentido lo más plena posible; siendo por eso mismo tan poco frecuente quizá en la realidad -en la forma pura absolutamente ideal de tipo- como una reacción física calculada sobre el supuesto de un espacio absolutamente vacío. Ahora bien, la casuística sociológica sólo puede construirse a partir de estos tipos puros (ideales). Empero, es de suyo evidente que la sociología emplea también tipos-promedio, del género de los tipos empírico-estadísticos; una construcción que no requiere aquí mayores aclaraciones metodológicas. En caso de duda debe entenderse, sin embargo, siempre que se hable de casos "típicos", que nos referimos al tipo ideal, el cual puede ser, por su parte, tanto racional como irracional, aunque las más de las veces sea racional (en la teoría económica, siempre) y en todo caso se construya con la adecuación de sentido". WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, 1983, p. 16-17.*

²³⁹ Cf. MOTTA, Fernando C. Prestes e PEREIRA, Luiz C. Bresser. *Introdução à organização burocrática*. São Paulo: Brasiliense, 1991, p. 23.

²⁴⁰ Para esclarecer a importância do agente individual no que tange à identificação do sentido pode-se apreciar a seguinte classificação das ações sociais: "*La acción social, como toda acción, puede ser: 1) racional con arreglo a fines: determinada por expectativas en el comportamiento tanto de objetos del mundo exterior como de otros hombres, y utilizando esas expectativas como "condiciones" o "medios" para el logro de fines propio racionalmente sopesados y perseguidos. 2) racional con arreglo a valores: determinada por la creencia consciente en el valor -ético, estético, religioso o cualquiera*

Do ponto de vista sociológico Weber parte da compreensão da ação social levando em conta o sentido que o ator atribui à própria conduta. Ele estabelece uma classificação de quatro tipos de ação:

- a) A ação racional correlacionada com um objetivo. O agente concebe os objetivos a serem atingidos e desencadeia atitudes de acordo com meios conhecidos para atingi-los. É importante destacar que este entendimento leva em conta os conhecimentos do agente e não os de um observador;
- b) A ação racional com relação a um valor, pela qual o agente coloca em segundo plano tudo, para permanecer fiel à sua idéia de honra;
- c) A ação afetiva que se revela através de uma reação emocional do agente, provocada por determinadas circunstâncias, e não em vista de um objetivo ou sistema de valores;
- d) A ação tradicional é a consignada por hábitos, costumes e crenças que inculcam reflexos comportamentais a determinadas circunstâncias, e por isso desvencilha o agente de visar um objetivo ou um valor, ou até mesmo de impeli-lo a agir motivado pela emoção.

*otra forma como se le interprete- propio y absoluto de una determinada conducta, sin relación alguna con el resultado, o sea puramente en méritos de ese valor. 3) afectiva, especialmente emotiva, determinada por afectos y estados sentimentales actuales. 4) tradicional: determinada por una costumbre arraigada. [...] Muy raras veces la acción, especialmente la social, está exclusivamente orientada por uno u otro de estos tipos. Tampoco estas formas de orientación pueden considerarse en modo alguno como una clasificación exhaustiva, sino como puros tipos conceptuales, construidos para fines de la investigación sociológica, respecto a los cuales la acción real se aproxima más o menos o, lo que es más frecuente, de cuya mezcla se compone. Sólo los resultados que con ellos se obtengan pueden darnos la medida de su conveniencia". WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, 1977, p. 20-21.*

A compreensão dos sentidos subjetivos dos agentes na época contemporânea tem de levar em conta que se trata de uma época profundamente marcada pela racionalização, principalmente na economia e no gerenciamento burocrático do estado. A economia e o gerenciamento ramificam influências por todas as esferas sociais, configurando uma tendência à racionalização voltada a objetivos. Neste contexto é que se compreende o problema filosófico da sociedade contemporânea, ao ter de identificar como e quando pode ser mais adequada uma ou outra ação nos termos identificados acima.²⁴¹

A partir das ações dos múltiplos agentes e respectivos sentidos surge o conceito de relação social. Para Weber o conceito de relação social deve ser entendido como uma pluralidade de condutas de diversos agentes individuais, com ações que apresentam entre si um sentido reciprocamente referido. Nesta identificação do sentido das ações reciprocamente comparadas é possível identificar uma certa probabilidade de que o agente atuará de uma certa forma conjugada com o sentido socialmente identificado²⁴². Muito embora a ação individual seja em última instância motivada objetivamente por um sentido unilateral, o que se depreende da conduta é que o agente levará em conta a atitude do outro em correspondência à dele, gerando-se assim uma certa expectativa que

²⁴¹ Cf. ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. Trad. Sergio Bath. Revisão da trad. Áureo Pereira de Araújo. 4ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 464-465.

²⁴² Nas palavras de Weber: "*Por 'relación' social debe entenderse una conducta plural -de varios- que, por el sentido que encierra, se presenta como recíprocamente referida, orientándose por esa reciprocidad. La relación social consiste, pues, plena y exclusivamente, en la probabilidad de que se actuará socialmente en una forma (con sentido) indicable [...]. Un mínimo de recíproca bilateralidad en la acción es, por lo tanto, una característica conceptual. [...] La relación social consiste sola y exclusivamente -aunque se trate de 'formaciones sociales' como 'estado', 'iglesia', 'corporación, 'matrimonio', etc.- en la probabilidad de que una forma determinada de conducta social, de carácter*

influencia a própria conduta. Certamente uma ação social exercida com exclusividade e plenitude de sentido, e correspondente à conduta de outrem, seria um caso radical, assim como a sua ausência também o seria²⁴³. Para uma análise dos casos intermediários há que recorrer novamente à categoria do tipo ideal.

O conteúdo do conceito da relação social é elaborado a partir da regularidade de sentidos identificáveis nas ações reciprocamente engajadas, as quais, quando observadas em conjunto, possibilitam o destaque de um certo caráter coletivo do sentido das ações individuais.

Deve-se diferenciar ação social de relação social. Na ação social a conduta do agente está orientada significativamente pela conduta de outro, e na relação social a conduta de cada um, entre os múltiplos agentes envolvidos, orienta-se por um conteúdo de sentido reciprocamente partilhado. Não havendo garantia prévia de que isto aconteça, a ocorrência de qualquer relação social só pode ser equacionada em termos de probabilidade, e esta será maior ou menor dependendo do grau de aceitação do conteúdo de sentido da ação praticada pelos participantes²⁴⁴. Distingue-se esta percepção do conceito weberiano de disciplina, que consiste numa obediência habitual sem resistência ou crítica.

O fenômeno das influências que podem ocorrer sobre a conduta dos agentes, quando envolvem a probabilidade de impor a própria vontade sobre a conduta alheia, foi

*recíproco por su sentido, haya existido, exista o pueda existir". WEBER, Max. *Economia y Sociedad*, 1977, p. 21-22.*

²⁴³ Cf. WEBER, Max. *Economia y Sociedad*, 1977, p. 22.

²⁴⁴ Cf. COHN, Gabriel (org.) e Fernandes, Florestan (coord.). *Weber: Coleção Grandes Cientistas sociais*, p. 30.

designado por Weber como um certo poder. Surge daí a relação de dominação que se manifesta com a probabilidade de que uma ordem ou mandato seja obedecido. Ela se distingue da disciplina, que envolve uma obediência habitual e sem resistência crítica²⁴⁵.

Disto advém uma questão fundamental: o inevitável vínculo de dominação entre os componentes da sociedade. Eis aqui uma preocupação constantemente presente no pensamento de Max Weber. Para este autor a dominação consiste num fenômeno no qual uma vontade manifesta do dominador influi na ação do dominado. Esta influência ocorre de tal forma que, ao ser aceita a vontade do dominador, tudo se passa como se os dominados tivessem optado pela ordem emitida como sendo a própria vontade²⁴⁶.

É importante destacar que na teoria weberiana o termo dominação é empregado num sentido muito específico: compreende um poder de mando autoritário que influencia e torna-se aceito pelos dominados, os quais expressam a sua vontade pela simples obediência ao mandato. Este destaque manifesta-se pelo fato de algumas ações

²⁴⁵ "*Poder significa la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda la resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad. Por dominación debe entenderse la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato de determinado contenido entre personas dadas; por disciplina debe entenderse la probabilidad de encontrar obediencia para un mandato por parte de un conjunto de personas que, en virtud de actitudes arraigadas, sea pronta, simple y automática. El concepto de poder es sociológicamente amorfo. Todas las cualidades imaginables de un hombre y toda suerte de constelaciones posibles pueden colocar a alguien en la posición de imponer su voluntad en una situación dada. El concepto de dominación tiene, por eso, que ser más preciso y sólo puede significar la probabilidad de que un mandato sea obedecido. El concepto de disciplina encierra el de una 'obediencia habitual' por parte de las masas sin resistencia ni crítica*". WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, 1977, p. 43.

²⁴⁶ Nas palavras de Weber: "*en lo que sigue nos proponemos emplear el concepto de dominación en su sentido limitado, que se opone radicalmente al poder condicionado por constelaciones de intereses, especialmente las de mercado, poder que en todas partes se basa formalmente en el libre juego de los intereses. En nuestro sentido es, por lo tanto, idéntico al llamado poder de mando autoritario. Consecuentemente, entendemos aquí por 'dominación' un estado de cosas por el cual una voluntad manifiesta ('mandato') del 'dominador' o de los 'dominadores' influye sobre los actos de otros (del 'dominado' o de los 'dominados'), de tal suerte que en un grado socialmente relevante estos actos tienen lugar como si los dominados hubieran adoptado por sí mismos y como máxima de obrar el contenido del mandato ('obediencia')*". WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, 1977, p. 699.

coordenarem-se pela representação de uma ordem legítima, a qual por sua vez provoca uma influência sobre o comportamento do agente individual no momento que ele pratica a ação ou estabelece uma relação social²⁴⁷.

Surge aqui um tema que merece a maior atenção. É o referente às relações sociais que têm o seu conteúdo de sentido interiorizado pelos agentes como regra orientadora de sua conduta, na medida em que é aceito como legítimo. Há neste caso um conteúdo de sentido que assume a forma de validade de uma ordem, seja ela convencional ou jurídica, e em ambos casos legítima. O aspecto particularmente importante no conceito de ordem legítima é que este permite ligar a relação social com conceitos de referência coletiva, tais como estado ou igreja, sem correr-se o risco de atribuir a estas entidades uma realidade substancial que esteja fora das ações efetivas dos agentes, já que são estes que dão vigência para aquelas instituições coletivas. Pode-se dar três exemplos desta situação: quando se fala de uma ordem econômica em termos dos conteúdos de sentido das relações sociais relativas ao mercado; quando se fala de uma ordem social que diga respeito aos conteúdos de sentido das relações sociais referentes a uma idéia de honra e a um estilo de vida dos agentes; e quando há uma ordem política cuja orientação de sentido é referente a questões de apropriação e de luta pelo poder. A partir destes exemplos são construídos três conceitos básicos de referência coletiva: o de classe quando se fala em ordem econômica; o de estamento²⁴⁸ quando se fala em ordem social, e o de partido quando se fala em ordem política²⁴⁹.

²⁴⁷ WEBER, Max. *Economia y Sociedad*, 1977, p. 25.

²⁴⁸ Segundo Raymundo Faoro a palavra estamento foi sugerida na sociologia moderna por Max Weber. Na obra *Economia y Sociedad* (1983) a definição de estamento é encontrada nas páginas 245-246.

A legitimidade do sentido da ação, socialmente manifesto, é o ponto de partida para a classificação tripartite dos tipos puros de dominação desenvolvidos por Weber: a dominação tradicional e a dominação racional-legal.²⁵⁰

Algumas ordens são orientadoras da ação social e facultam a capacidade de certos agentes obterem obediência para seus mandatos. A aceitação da obediência surge em virtude da ordem orientadora do sentido da conduta ser considerada como legítima pelos dominados. Este aspecto consolida-se como um dos elementos mais marcantes da sociologia de Weber, pela sua observação de que, em qualquer tipo de dominação, há

Entretanto, por motivo didático, transcrevemos a seguir, a interpretação sintetizada por Faoro: "o estamento político [...] constitui sempre uma comunidade, embora amorfa: os seus membros pensam e agem conscientes de pertencer a um mesmo grupo, a um círculo elevado, qualificado para o exercício do poder. A situação estamental, a marca do indivíduo que aspira aos privilégios do grupo, se fixa no prestígio da camada, na honra social que ela infunde sobre toda a sociedade. Esta consideração social apura, filtra e sublima um modo ou estilo de vida; reconhece, como próprias, certas maneiras de educação e projeta prestígio sobre a pessoa que a ele pertence; não raro hereditariamente. [...] A entrada no estamento depende de qualidades que se impõem, que se cunham na personalidade, estilizando-lhe o perfil. [...] Há o estamento, de outro lado, das sociedades modernas, não rigorosamente vinculado à sobrevivência de traços antigos, como o *gentlemen* inglês, tal as famílias tradicionais, o grupo de pretensas maneiras elevadas, o círculo dos políticos categorizadamente profissionais, de alto nível, próximos do poder e em torno dele gravitando. O estamento supõe distância social e se esforça pela conquista de vantagens materiais e espirituais exclusivas". Cf. FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. 9ª ed. Vol. I. São Paulo: Globo, 1991, p. 46-47.

²⁴⁹ "Uma relação social cujo conteúdo de sentido é interiorizado pelos agentes como uma regra orientadora da sua conduta na medida em que é aceito como legítimo. Nesse caso, o conteúdo de sentido assim aceito assume a forma de validação de uma ordem (que pode ser convencional ou jurídica) legítima. O importante nesse conceito de 'ordem legítima' é que ele permite operar com conceitos de referência coletiva, como Estado, Igreja e assim por diante, sem correr o risco de atribuir a essas entidades uma realidade substantiva fora das ações efetivas dos agentes, visto que só elas lhe dão vigência. Consideremos, a título de ilustração, um caso particularmente expressivo disso: podemos falar de uma 'ordem econômica', em termos dos conteúdos de sentido das relações sociais referentes ao mercado, ou de um 'ordem social', relativa aos conteúdos de sentido das relações sociais referentes a uma concepção de honra e a um estilo de vida dos agentes; ou ainda de uma 'ordem política', relativa aos conteúdos de sentido referentes à apropriação e luta pelo poder. Se, por outro lado, considerarmos os agentes sociais em termos da sua participação nas relações sociais correspondentes a cada uma dessas ordens, teremos condições para definir três conceitos fundamentais de referência coletiva, novamente sem atribuir às entidades em questão qualquer existência fora das ações efetivas que lhes dão vigência. Os conceitos em questão são os de classe, relativo à ordem econômica; estamento, relativo à ordem social, e partido, relativo à ordem política". COHN, Gabriel (org.) e Fernandes, Florestan (coord.). *Weber: Coleção Grandes Cientistas sociais*, p. 30-31.

uma tendência para a formação de um quadro administrativo, o qual encarrega-se de executar o cumprimento e a aceitação da vontade dos dominantes sob uma representação de legitimidade²⁵¹.

É justamente através da dominação, presente nas mais diversas situações sociais, que se imbricam as condutas pessoais pela obediência. Isto possibilita perseguir um objetivo comum para as pessoas envolvidas nesta interação de domínio e subordinação. Identifica-se assim uma certa coordenação das ações dos agentes individuais sob a perspectiva de uma relação social, ao instituir um sentido comum. Isto caracteriza a relação social —ou a ação social— como racional em comparação com outra conduta despropositada, amorfa e diletante²⁵².

Esta racionalidade propicia uma vantagem inigualável aos sistemas organizacionais em virtude de sua eficácia para perseguir e atingir determinados objetivos. Trata-se de uma eficácia que demonstra a superioridade operacional de um sistema organizado racionalmente (profissionalizado) em comparação com outro sistema não profissionalizado.

²⁵⁰ Cf. WEBER, Max. *Ciência e Política: duas vocações*. Tradução: Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Motta. São Paulo: Cultrix, 1993, p. 57.

²⁵¹ Cf. COHN, Gabriel (org.) e Fernandes, Florestan (coord.). *Weber: Coleção Grandes Cientistas sociais*, p. 30-31.

²⁵² "en su concepto más general, y sin hacer referencia a ningún contenido concreto, la 'dominación' es uno de los más importantes elementos de la acción comunitaria. En rigor, no toda acción comunitaria ofrece una estructura de este tipo. Sin embargo, la dominación desempeña en casi todas sus formas, aun allí donde menos se sospecha, un papel considerable. [...] Todas las esferas de la acción comunitaria están sin excepción profundamente influidas por las formas de dominación. Ésta y la forma en que se ejerce es en muchísimos casos lo único que permite convertir una acción comunitaria amorfa en una asociación racional. En otros casos, la estructura de dominación y su desenvolvimiento es lo que constituye la acción comunitaria y la que determina unívocamente su dirección hacia a un 'fin'. Especialmente en las formas sociales económicamente más destacadas del pasado y del presente - en el régimen de gran propiedad, por una parte, y en la explotación industrial capitalista, por otra-

Ainda sobre o sentido da ação deve-se ressaltar que Weber emprega uma divisão bipartida no que diz respeito ao motivo justificativo da ação por parte do agente: por um lado identificam-se aquelas ações fundamentadas num sentido valorativo que autojustifica *per se* as ações, e por outro lado encontra-se aquela intenção que engloba um certo poder de previsibilidade e calculabilidade dos efeitos a serem produzidos numa relação de causalidade com a ação praticada. O primeiro sentido diz respeito à racionalidade material; o segundo à racionalidade formal²⁵³.

3.2. A AÇÃO SOCIAL EM HABERMAS: AÇÃO E DISCURSO

A partir da exploração dos nexos entre a ação e a linguagem —entre o agir e o falar— Habermas desenvolve um aporte teórico que complementa a metodologia weberiana da ação, especialmente para analisar as complexas sociedades contemporâneas.

As ações em sentido amplo compreendem atos de agir e falar. Aos primeiros correspondem as atividades corporais comuns do dia-a-dia como correr, serrar, fazer algo. Aos segundos correspondem os atos de fala expressados como ordens, confissões, etc.

la existencia de la 'dominación' desempeña un papel decisivo". WEBER, Max. Economía y Sociedad, 1977, p. 695.

Em sentido estrito as ações se dividem em atividades não-lingüísticas e proferimentos lingüísticos. As atividades não lingüísticas dizem respeito ao agente que manifesta comportamentos corporais orientados para um fim. Trata-se de uma ação que emprega meios adequados para intervir no mundo com o escopo de realizar fins propositais. Os proferimentos lingüísticos se referem aos atos utilizados entre falantes que gostariam de chegar a um entendimento sobre algo no mundo. O que diferencia uma ou outra atividade é que uma terceira pessoa pode descrever algo através da observação no caso das relações de fala, mas nas observações de atos não-lingüísticos as descrições só são possíveis quando consideradas em contextos cooperativos. As condições específicas de compreensão são evidentes na fala porque as ações lingüísticas facultam entendimento por si mesmas, já que são uma estrutura auto-referencial. Nas ações não lingüísticas um observador externo não teria condições de descrever com segurança o plano da ação, pois para tanto seria necessário conhecer a intenção que comanda a ação. Pode-se inferir possíveis intenções a partir de indicadores, mas a certificação dependeria da capacidade de assumir a perspectiva do praticante da ação. As atividades não-lingüísticas não revelam por si mesmas as motivações e os planejamentos. Somente as práticas lingüísticas apresentam uma estrutura auto-referencial, desde que sob certas condições: “É preciso falar a mesma linguagem e como que entrar no mundo da vida, compartilhado intersubjetivamente por uma comunidade lingüística, a fim de poder tirar vantagens da peculiar reflexividade da linguagem natural e poder apoiar a descrição de

²⁵³ Cf. JAPIASSU, Hilton, MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. Rio de Janeiro, 1991, p 208.

uma ação executada por palavras sobre a compreensão de autocomentário implícito nessa ação verbal”.²⁵⁴

Habermas apresenta diversas outras peculiaridades desenvolvidas a partir da ação comunicativa, mas a questão principal para os objetivos desta tese é que as práticas lingüísticas se distinguem pela capacidade auto-reflexiva que exige uma cooperação do destinatário, se se visar o entendimento. Neste sentido, para o sucesso da ação a racionalidade passa a depender diretamente do modo como os sujeitos empregam o conhecimento para mediar uma compreensão mútua. Se por um lado o agir não comunicativo do saber proposicional teleologicamente orientado consiste numa racionalidade orientada para um fim, tem-se por outro lado que o uso comunicativo do saber proposicional em atos de fala envolve uma racionalidade orientada para o entendimento.²⁵⁵

Agir social ou interação são conceitos complexos que podem ser analisados com auxílio dos conceitos de agir e falar. Nas interações lingüísticas estas ações se ligam, e no convívio entre diversos agentes Habermas concebe a interação como sendo a solução para um problema de coordenação entre os planos de ação dessa pluralidade de sujeitos.²⁵⁶

O agir comunicativo exercita o uso da linguagem dirigida ao entendimento e faculta processos de entendimento que exigem ações cooperativas dos participantes, uma

²⁵⁴ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 67.

²⁵⁵ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*, p. 67-70.

²⁵⁶ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*, p. 71.

vez que a coordenação bem sucedida da fala se apóia numa racionalidade que busca meios para um acordo comunicativo.²⁵⁷

Tanto o agir comunicativo quanto o agir estratégico são variantes da integração mediada pela linguagem. Mas é somente no agir comunicativo que as limitações estruturais de uma linguagem compartilhada intersubjetivamente exige que os atores superem o egocentrismo, que se submetam aos critérios públicos em busca do entendimento e abandonem uma orientação regida pela busca racional de sucesso próprio. Este contexto confronta o agir social a uma configuração da ordem social. Habermas concebe a possibilidade de uma ordem social recorrendo ao conceito de mundo da vida²⁵⁸, no qual o agir comunicativo está contido. Neste ponto, ao incorporar a categoria mundo da vida se assomam outros componentes. A cultura, a sociedade e a estruturação da personalidade interagem em sistemas de ação altamente especializados: em relação à reprodução cultural tem-se a escola, para a integração social o direito e para a socialização a família.²⁵⁹

O conceito de mundo da vida adequado à teoria da comunicação configura-se como uma rede de ações comunicativas referentes a uma época e a um espaço social. Nesta composição as ações comunicativas se desenvolvem a partir de tradições culturais, ordens legítimas suas correlações com as identidades de indivíduos socializados. A afirmação da personalidade dos sujeitos depende de um recíproco reconhecimento

²⁵⁷ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*, p. 72.

²⁵⁸ O mundo da vida se refere ao mundo da experiência humana que antecede a qualquer tematização conceitual, é algo que se aceita como algo dado, como pressuposto, que faz parte da experiência cotidiana do sujeito com algo real no sentido pré-teórico, pré-reflexivo.

²⁵⁹ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*, p. 84-100.

intersubjetivo no contexto das tradições culturais estabilizadas em ordens legítimas, que por sua vez também dependem do reconhecimento por parte dos indivíduos.

A prática comunicativa, na qual se centra o mundo da vida, se dá em mútua influência com a reprodução cultural (tradição), com a integração social (ordens institucionais) e com uma socialização criadora de identidades: “A cultura, a sociedade e a pessoa pressupõem-se reciprocamente”.²⁶⁰

A transmissão de cultura entre as pessoas não ocorre sem uma apropriação hermenêutica mínima que faculte o aprimoramento cultural entre as elas, e sem isto tudo não se formam nem se mantêm as tradições: “O indivíduo e a sociedade constituem-se reciprocamente. Toda integração social de conjuntos de ação é simultaneamente um fenômeno de socialização para sujeitos capazes de ação e de fala, os quais se formam no interior desse processo e, por seu turno, renovam e estabilizam a sociedade como a totalidade das relações interpessoais legitimamente ordenadas”.²⁶¹

A compreensão das condições de estruturação das interações sociais no plano da intersubjetividade tem de ser considerada em sua historicidade. Tempo e espaço são critérios indispensáveis para contextualização do agir comunicativo.

²⁶⁰ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*, p. 84-100. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I, p. 111-112.

²⁶¹ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*, p.100-101.

3.3 ÂMBITO DE ATIVIDADE PARTICIPATIVA DOS DESTINATÁRIOS DO DIREITO: A ESFERA PÚBLICA

O estudo sobre a noção de esfera pública centra-se no pensamento de Jürgen Habermas, uma vez que suas reflexões sobre este tema têm tido um significativo reflexo na teorização das relações travadas no âmbito da sociedade.

3.3.1 A CONSTRUÇÃO DA ESFERA PÚBLICA

Neste item abordar-se-á a origem da participação dos cidadãos nos assuntos gerais da organização social. Esta participação se refletiu diretamente na consolidação do estado moderno e no estado contemporâneo. Para tanto resgatam-se os estudos de Habermas sobre a constituição da esfera pública burguesa e suas repercussões contemporâneas.

O uso corrente das expressões *público* e esfera pública apresenta diversos significados na linguagem comum e nas ciências, sobretudo no direito, na ciência política e na sociologia, o que impossibilita uma uniformização quanto aos seus

significados.²⁶² Para superar estas dificuldades Habermas utiliza a contraposição da expressão esfera pública perante a noção de esfera privada, enquanto esfera de opinião pública que se contrapõe ao poder estatal.

A própria 'esfera pública' se apresenta como uma esfera: o âmbito do que é setor público contrapõe-se ao privado. Muitas vezes ele aparece simplesmente como a esfera da opinião pública que se contrapõe diretamente ao poder público. Conforme o caso, incluem-se entre os 'órgãos da esfera pública' os órgãos estatais ou então os mídias que, como a imprensa, servem para que o público se comunique.²⁶³

No transcorrer da idade média as categorias público e privado preservaram a influência do direito romano, o qual configurou a esfera pública como *res publica*. Somente com o surgimento do estado moderno é que se identificaria uma esfera protagonizada pela sociedade civil.

Inicialmente, ao longo de toda a Idade Média, foram transmitidas as categorias de público e de privado nas definições do Direito Romano: a esfera pública como *res publica*. É verdade que elas só passam a ter novamente uma efetiva aplicação processual jurídica com o surgimento do Estado moderno e com aquela esfera da sociedade civil separada dele: servem para a evidência política, bem como para a institucionalização jurídica, em sentido específico de uma esfera pública burguesa.²⁶⁴

A gênese da esfera pública burguesa encontra suas raízes no capitalismo financeiro e mercantil que se expandiu a partir do século XII. Ele se caracterizou como um pré-capitalismo conservador no aspecto comercial, disciplinado pelo lucro honrado,

²⁶² Cf. HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*, p. 14.

²⁶³ HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*, p. 14/15.

²⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*, p. 16/17.

e no aspecto político pela estabilização das relações de dominação estamental.²⁶⁵ Uma consequência imediata da expansão desse comércio foi a troca de informações necessárias à regularidade do trânsito de mercadorias. Assim se constituiu um sistema organizacional crescentemente racionalizado e corporativista para a troca de informações, atendendo à demanda por segurança e agilidade nas trocas de mercadorias.²⁶⁶

No entanto essa emergente expansão no sistema de troca de mercadorias e informações centrava-se nos interesses dos próprios envolvidos nas relações comerciais, e apresentava assim um caráter estritamente privado, sem ostentar características de publicidade:

O novo sistema de comunicações sociais, com suas instituições de troca de informações, adapta-se [...] às formas existentes de comunicação enquanto continua ausente o elemento decisivo: a publicidade. Até então, o antigo sistema de comunicação da representatividade pública não se vê fundamentalmente ameaçado pela nova esfera pública definida publicitariamente. As notícias transmitidas profissionalmente ainda não são publicadas; as novidades publicadas sem qualquer regularidade ainda não foram transformadas em notícias.²⁶⁷

Desde a configuração do estado moderno o intercâmbio de mercadorias e informações passou a ter uma função revolucionária, com reflexos no seu sistema de tributação.²⁶⁸

²⁶⁵ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*, p. 27/28.

²⁶⁶ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*, p. 29.

²⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*, p. 30.

²⁶⁸ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*, p. 31.

É nesse processo de nacionalização das trocas de mercadorias e informações, e de necessidade de arrecadação tributária, que as características de regularidade e continuidade se somam ao sistema da organização social centrada no estado. Em termos weberianos as vantagens da dominação racional-legal quanto aos resultados passa a ser uma circunstância inerente ao mundo em transformação. A esfera do poder público se consolida como atividade contínua através de uma administração e exército permanentes, organizados sob princípios reguladores de competências e do monopólio do uso legítimo da força. O público torna-se sinônimo de estatal.²⁶⁹

A burocratização da organização social também desencadeou outra reação de caráter político: a necessidade de contrapor a autoridade estatal à organização de uma sociedade civil marcada pelo ideário da burguesia em ascensão. Desta necessidade de contrapeso à autoridade num ambiente de economia de mercado se constrói uma esfera privada da sociedade que se torna publicamente relevante: é a configuração da esfera pública propriamente dita.²⁷⁰

Foi nessa conjuntura que a imprensa se tornou um instrumento eficaz para a circulação das informações indispensáveis para a operacionalidade do mercantilismo capitalista. Inicialmente a circulação de informações era privadamente protegida, mas logo as notícias se tornaram mercadoria.²⁷¹ Os canais de troca de informações inicialmente desenvolvidos para atender as demandas da esfera privada burguesa

²⁶⁹ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*, p. 32/33.

²⁷⁰ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*, p. 33/34.

passaram também a servir aos interesses das autoridades administrativas, que começaram a utilizar a imprensa para publicizar suas normas jurídicas. Mas os interesses do poder público foram além o interesse de publicar seus atos normativos, e muitas agências de notícias e jornais foram assumidos pelos governos e transformados em boletins oficiais.²⁷²

É de se destacar que a publicidade veiculada pela administração encontrava limitações em relação aos destinatários, pois, se ao mesmo tempo era voltada para todos, também era real que a sua recepção estivesse restrita aos sujeitos cultos, ou seja aos burgueses, funcionários com conhecimento técnico, juristas e outros detentores de cultura que se destacavam em relação ao povo em geral. Concomitante ao moderno aparelho estatal surgiu uma nova camada de burgueses que passaram a ocupar uma posição muito importante junto ao poder público:

A autoridade dirige a sua comunicação 'ao' público, portanto, em princípio, a todos os súditos; comumente, ela não atinge, assim, o 'homem comum', mas, se muito, as 'camadas cultas'. Junto com o moderno aparelho de Estado surgiu uma nova camada de 'burgueses' que assume uma posição central no 'público'. O seu cerne é constituído por funcionários da administração feudal, especialmente por juristas (ao menos no continente europeu, onde a técnica do Direito Romano herdado é manipulada como instrumento de racionalização do intercâmbio social). Acrescentam-se ainda médicos, pastores, oficiais, professores, os 'homens cultos', cuja escala vai do mestre escola e escrivão até o 'povo'.²⁷³

²⁷¹ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*, p. 33/35.

²⁷² Cf. HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*, p. 35/37.

²⁷³ HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*, p. 37.

O processo de racionalização (Weber) e a concentração de riquezas caracterizaram as organizações sociais que se expandiram sob a forma incipiente de empresas. Surgiu assim uma comunidade burguesa representante do público perante o estado, um público diferenciado pela capacidade de manusear a palavra escrita e detentor de poder econômico.²⁷⁴

Nesta configuração de novos agentes na cena pública resulta uma acirrada disputa promovida pelas crescentes necessidades da esfera privada, em tensão com os interesses da administração pública. Desta tensão forma-se uma esfera privada que disputa com a administração o acesso a uma troca de informações cada vez mais vital para ambos. A busca de ampliação da base de abrangência para as informações na esfera privada —até então aproveitada pelos membros mais cultos da sociedade— sofreu muitas tentativas de controle por parte da administração, numa disputa de poder pela informação sem precedentes na história. Este era o resultado de uma tensão entre a regulação estatal de um lado e a autonomia privada de outro. Neste contexto se originou uma esfera crítica oriunda da sociedade civil e composta por um público alfabetizado e culto que recebia as tentativas de cerceamento da informação por parte dos detentores do poder público.

Já desde o último terço do século XVII, os jornais são complementados por revistas, que não contém, em primeira linha, informações, mas instruções pedagógicas e até mesmo críticas e resenhas. Inicialmente, revistas científicas dirigem-se aos círculos de leigos cultos [...]. No transcorrer da primeira metade do século XVIII, com os assim chamados artigos 'eruditos', a ensaística ingressa também na imprensa diária. Quando o jornal informativo de Halle também publica, a partir de 1729, além de notícias, artigos eruditos, resenhas de livros, por vezes 'um trabalho histórico escrito por algum professor e dirigido à contemporaneidade', o monarca prussiano sentese levado a tomar tal evolução em suas próprias mãos. O exercício da

²⁷⁴ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*, p. 37.

reflexão [...] é sujeito a regulamentação. Todos os professores [...] das Faculdades de Direito e Filosofia deveriam sucessivamente ‘enviar em tempo [...] uma nota especial, escrita de modo claro e inteligível, ao *directório* de publicações. [...] Os burgueses [...] formulam as idéias que logo viriam a ser as suas próprias idéias e dirigidas contra aqueles que antes as encomendavam. Num édito de Frederico II, de 1784, diz-se: ‘ Uma pessoa privada não tem o direito de formular juízos *públicos* ou até mesmo críticos e inclusive notícias que chegaram a seu conhecimento, sobre ações, comportamentos, lei, decretos e ordenações dos soberanos e da corte, de seus funcionários burocráticos, colégios e tribunais de justiça. Uma pessoa privada nem sequer tem condições de julgá-los, pois lhe falta o conhecimento completo das circunstâncias e dos motivos’.²⁷⁵

Os apelos para refrear as manifestações privadas nos meios de informação que atingiam o público em geral foram muitos, mas a situação já havia atingido um estágio irreversível. A legitimidade da administração já estava permeada pela influência da opinião pública através dos meios de comunicação que viabilizavam a circulação de informações oriundas da esfera privada.²⁷⁶ Esta conjuntura desencadeou a estruturação social da esfera pública burguesa, que Habermas define nos termos seguintes:

A esfera pública burguesa pode ser entendida inicialmente como esfera das pessoas privadas reunidas em um público; elas reivindicam esta esfera pública regulamentada pela autoridade, mas diretamente contra a própria autoridade, a fim de discutir com ela as leis gerais da troca na esfera fundamentalmente privada, mas publicamente relevante, as leis do intercâmbio de mercadorias e do trabalho social. O meio dessa discussão não tem, de modo peculiar e histórico, um modelo anterior: a racionalização pública.²⁷⁷

Observa-se na citação acima que as relações de poder passaram a ser influenciadas por uma opinião pública, e suas conseqüências se refletiram na produção

²⁷⁵ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*, p. 40.

²⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*, p. 40.

do direito e nas concepções de dominação e legitimidade. Assim a própria administração e seu poder de subjugar a esfera privada teve de enfrentar uma crítica, especificamente no que diz respeito aos interesses da camada burguesa que centralizava a atividade na esfera pública. Dá-se uma cisão que irá marcar definitivamente o mundo moderno: a conquista de uma privacidade em contraposição ao poder da administração. Uma disputa mediada e delimitada pela lei.

As motivações e a formação da razão que se contrapunha ao poder estatal se revela desde a própria esfera pública burguesa, e o seu sentido sociológico se revela pela razão de que são as pessoas privadas a verdadeira gênese da formação das idéias. A compreensão dos agentes desta esfera pública é produto das experiências vivenciadas no âmbito das relações privadas: a família, berço da intimidade e onde se forma a subjetividade, e as relações comerciais privadas.

[...] Os burgueses são pessoas privadas; como tais, não ‘governam’. Por isso, as suas reivindicações de poderio contra o poder público não se dirigem contra a concentração do poder que deveria ‘compartilhado’[...]. O princípio de controle que o público burguês contrapõe a esta dominação, ou seja, a esfera pública, quer modificar a dominação enquanto tal. A reivindicação de poder que se coloca na argumentação da esfera pública, exigência de poder, deveria, caso pudesse impor-se, levar a algo mais do que uma mera mudança na base de legitimação de uma dominação que, em princípio, é mantida. Os critérios da ‘razão’ e as formas da ‘lei’, a que o público gostaria de submeter a dominação e, assim, modificá-la de modo substancial, só revelam o seu sentido sociológico a uma análise da própria esfera pública burguesa, já pelo fato de que são pessoas privadas que nela se relacionam entre si como público. A compreensão que o tirocínio público tem de si mesmo é dirigido especificamente por tais experiências privadas que se originam da subjetividade, em relação ao público, na esfera íntima da pequena-família. Esta é o local em que historicamente se origina a privacidade, no sentido moderno de uma interioridade livre e satisfeita’. O sentido antigo de ‘privado’ —o domínio onde reina a necessidade ditada pelas exigências da

²⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*, p. 42.

sobrevivência— está [...] totalmente excluído do círculo íntimo da esfera privada, do lar. À medida que a troca de mercadorias rebenta com os limites da economia doméstica, a esfera restrita da família se delimita perante a esfera da reprodução social: o processo da polarização entre Estado e sociedade repete-se mais uma vez dentro da sociedade. [...] sob o título comum do ‘privado’ [...] se baseia, em última instância, a compreensão política que a esfera pública burguesa tem de si mesma.²⁷⁸

A constituição da esfera pública burguesa não ocorreu através de um rompimento total com o modelo político anterior: o do absolutismo monárquico. Mais do que isso representou uma passagem marcada pela sobrevivência de alguns elementos, a saber:

A esfera pública literária certamente não é autoctonemente burguesa; ela preserva uma certa continuidade em relação à representatividade pública da corte. A arte do raciocínio público é aprendida pela vanguarda burguesa da classe média culta em contato com o ‘mundo elegante’, na sociedade aristocrática da corte que, é verdade, à medida que o moderno aparelho de Estado se autonomizava em relação à esfera pessoal do monarca, separava-se cada vez mais da corte, passando a constituir um contrapeso na cidade. A ‘cidade’ não é apenas economicamente o centro vital da sociedade burguesa; em antítese política e cultural à ‘corte’, ela caracteriza, antes de mais nada, uma primeira esfera pública literária que encontra as suas instituições nos *coffe-houses*, nos *saloons* e nas comunidades comensais. Os herdeiros daquela sociedade de aristocratas humanistas, em contato com os intelectuais burgueses que logo passam a transformar as suas conversações sociais em aberta crítica, rebentam a ponte existente entre a forma que restava de uma sociedade decadente, a corte, e a forma primeira de uma nova: a esfera pública burguesa.²⁷⁹

O resultado dessa conjuntura foi a polarização entre o estado e a sociedade. A esfera privada, a esfera pública, o poder público e a opinião pública passaram a engendrar uma arquitetura política que marcou a disputa pelo poder.²⁸⁰ Os indivíduos

²⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*, p. 43/44.

²⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*, p. 45.

²⁸⁰ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*, p. 46.

tomam conta da esfera pública e a utilizam para criticar o poder do estado. Isto ocorre através de uma remodelação da esfera pública literária e as respectivas instituições. Neste processo os interesses privados ganham espaço na esfera pública. Surge uma esfera social regulamentada através de uma disputa entre a opinião pública e o poder público. Os temas propriamente políticos de uma comunidade de cidadãos agindo com objetivos civis passam a ser debatidos publicamente. O tema predominante é a garantia da troca de mercadorias, mas a tarefa política da esfera pública burguesa é também a da regulamentação da sociedade civil em oposição à *res publica*, agora contando com a experiência de uma esfera privada.²⁸¹

A polémica a partir de interesses privados contrapostos aos dos detentores do poder estatal traz à tona o problema da publicidade e da soberania estatais: *jura imperii* e *arcana imperii*. Estas fundamentam a dominação sobre o povo, considerado imaturo para compreender a complexidade das razões de estado.²⁸²

Neste contexto se consolida a crença de que a esfera pública alcança seu desenvolvimento eficaz quando estão presentes as condições de um sistema de troca de mercadorias e de trabalho social tratados como assunto particular das pessoas privadas. Em outras palavras o sentido de privado constitui-se a base da concepção de dispor livremente da propriedade em termos capitalistas. O ícone desta fase são as codificações do direito burguês que asseguraram uma esfera privada em sentido estrito,

²⁸¹ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*, p. 68/69.

²⁸² Cf. HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*, p. 69/71.

consubstanciada na articulação da categoria de capacidade jurídica universal.²⁸³ Nestas condições a concepção burguesa de estado de direito vincula toda a atividade estatal a um sistema normativo sem lacunas, legitimado pela opinião pública e com direitos que delimitam as esferas do público e do privado (cujo cerne é a esfera íntima).²⁸⁴

A esfera pública regida pelo princípio de acesso de todos os cidadãos encontra seus próprios limites, pois os sujeitos tinham de passar por critérios de admissão. Era necessária a formação cultural suficiente para tornar os cidadãos leitores e também a propriedade para a emancipação econômica. Ambos critérios encerram, em última instância, praticamente o mesmo círculo de pessoas, uma vez que a formação educacional naquela época era mais a decorrência do que o pressuposto de um status social. Este por sua vez era determinado fundamentalmente por títulos de propriedade. Os estamentos cultos eram também os proprietários. Em suma a esfera pública burguesa ficava delimitada por pressupostos sociais, persistindo assim um paradoxo: o estado de direito burguês regido pelo princípio de oposição a toda dominação acabava fundamentado em uma ordem política que não cumpria essa promessa em sua base social.²⁸⁵

²⁸³ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*, p. 93/95.

²⁸⁴ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*, p. 102/103.

3.4 ARGUMENTAÇÃO E CONSENSO COMO BASE DO ESTADO DE DIREITO CONTEMPORÂNEO

A configuração da esfera pública burguesa como âmbito de formação da opinião pública viabilizou uma politização de setores sociais até então afastados das decisões governamentais. A gênese da construção dessa opinião pública residia nas convivências privadas, especialmente na intimidade familiar e nas relações comerciais. Já a formação do consenso em sociedades contemporâneas ultrapassa o âmbito exclusivamente privado e se realiza num âmbito propriamente público —uma das conseqüências mais marcantes disto é publicização do direito privado. Nestes termos a busca de consenso passa a depender muito mais da comunicação como forma de superar a violência e as manipulações de poder. Surge aqui a necessidade de se detalhar como ocorrem as interações sociais mediadas pela linguagem nos atuais estados de direito.

No início deste capítulo foi explanado como as ações individuais manifestam um certo sentido através de ações lingüísticas ou não-lingüísticas. No entanto, nas sociedades contemporâneas a teorização das ações sociais tem de levar em conta a realidade das instituições. Neste sentido Habermas reconheceu a necessidade de incorporar as discussões jurídicas, as quais revelaram uma importância não imaginada nos primórdios de suas teorizações. Isto significou que ele não subestimou a eficácia social dos pressupostos normativos das práticas jurídicas existentes.

²⁸⁵ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma*

Nas sociedades contemporâneas a facticidade das disparidades sociais —geradas por desafios de ordem econômica e ecológica— provocam uma relativização nas instituições da liberdade, até mesmo nas democracias estabelecidas. Isto gera uma aflição que Habermas expõe no início de *Facticidade e validade*, e que o conduz à defesa de uma democracia radical. O marco inicial se desdobra a partir de um necessário exercício compartilhado da autonomia política por sujeitos que tenham clareza de entendimento sobre os interesses comuns dos participantes. Somente assim se pode conviver com o gozo das mesmas liberdades subjetivas:

Suponho, todavia, que a inquietação possui uma razão mais profunda: ela deriva do pressentimento de que, numa época de política inteiramente secularizada, não se pode ter nem manter um Estado de direito sem democracia radical. A presente pesquisa pretende transformar esse pressentimento num saber explícito. Finalmente, convém ter em mente que os sujeitos jurídicos privados não podem chegar ao gozo das mesmas liberdades subjetivas, se eles *mesmos* — no exercício comum de sua autonomia política— não tiverem clareza sobre os interesses e padrões justificados e não chegarem a um consenso sobre aspectos relevantes, sob os quais o que é igual deve ser tratado como igual e o que é diferente deve ser tratado como diferente.²⁸⁶

No pensamento habermasiano o que torna a razão comunicativa possível é o *medium* lingüístico, através do qual as interações se dão e as formas de vida se estruturam. Trata-se de uma racionalidade mediada pela linguagem e voltada ao entendimento.

Para que este processo se realize são necessárias algumas condições para uma comunicação interativa. Qualquer sujeito que utilize uma linguagem natural a fim de entender-se com um destinatário sobre algo no mundo, vê-se forçado a aceitar

categoria da sociedade burguesa, p. 102/109.

determinados pressupostos. Inicialmente é preciso tomar como ponto de partida a perseguição sem reservas de “fins ilocucionários”. Também se necessita ligar o próprio consenso ao reconhecimento intersubjetivo de pretensões validade aptas à crítica. Isto revela a disposição de aceitar obrigatoriedades relevantes para as conseqüências da interação, das quais pode resultar um consenso.²⁸⁷

Nessas condições a razão comunicativa não é uma fonte de normas do agir, ao contrário da figura clássica da razão prática. O conteúdo normativo de uma ação comunicativa somente se verifica na medida em que o agente é obrigado a aceitar pressupostos pragmáticos de tipo contrafactual. Ou seja, o ator terá de compartilhar algumas idealizações, como por exemplo: “atribuir significado idêntico a enunciados, a levantar uma pretensão de validade em relação aos proferimentos e a considerar os destinatários imputáveis, isto é, autônomos e verazes consigo mesmos e com os outros”.

²⁸⁸ Estes requisitos viabilizam a prática comunicativa cotidiana entre sujeitos dispostos a reconhecer o entendimento como alternativa ao uso da força:

Deste modo, a tensão entre idéia e realidade irrompe na própria facticidade de formas de vida estruturadas lingüisticamente. Os pressupostos idealizadores sobrecarregam, sem dúvida, a prática comunicativa cotidiana; porém, sem essa transcendência intramundana, não pode haver processos de aprendizagem.²⁸⁹

Com as qualidades expostas acima a razão comunicativa possibilita uma orientação com sólidas bases de pretensões de validade, mesmo sem oferecer indicações concretas para as práticas. A razão comunicativa não é informativa nem imediatamente

²⁸⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. , p. 9-14.

²⁸⁷ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. , p. 20.

²⁸⁸ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. , p. 20/21.

²⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. , p. 20/21.

prática. Assim, de um lado ela abrange todo o espectro de pretensões de validade da verdade proposicional, da veracidade subjetiva e da correção normativa, indo além do âmbito exclusivamente moral e prático. Por outro lado ela se refere apenas às intelecções abertas ao esclarecimento argumentativo, diferenciando-se da razão prática que visa à motivação e à condução da vontade.

São estas diferenciações que caracterizam o conceito de razão comunicativa no âmbito de uma teoria reconstrutiva da sociedade, desde que a sociedade prime pela democracia embasada em consensos.

Nesse contexto modificado, o próprio conceito tradicional de razão prática adquire um novo valor heurístico. Não funciona mais como orientação direta para uma teoria normativa do direito e da moral. Mesmo assim, ele [o conceito de razão prática] se transforma num fio condutor para a reconstrução do emaranhado de discursos formadores da opinião e preparadores da decisão, na qual está embutido o poder democrático exercitado conforme o direito.²⁹⁰

Nestas condições, as formas de comunicação viabilizam a formação política da vontade no estado de direito. Assim a legislação e a jurisprudência aparecem como “partes de um processo mais amplo de racionalização dos mundos da vida de sociedades modernas”.²⁹¹

²⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. , p. 22.

²⁹¹ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. , p. 22. **Sobre a função de elementos ‘pré-positivos’ no desenvolvimento de princípios jurídicos e elaboração da jurisprudência ver: Cf. ESSER. Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, p. 19-36.**

3.5 O DIREITO COMO FACILITADOR DO ENTENDIMENTO EM PROCESSOS COMUNICACIONAIS E O PROBLEMA DA LEGITIMAÇÃO NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

O direito moderno, se concebido como um mecanismo adjunto a processos comunicacionais, simplifica a busca de entendimento nas relações intersubjetivas através de dois aspectos: o da positividade e o da pretensão à aceitabilidade racional.

A positividade do direito associada à criação consciente de uma estrutura de normas cria uma realidade social produzida artificialmente. Isto permite uma disponibilidade sobre os conteúdos normativos ao possibilitar sua modificação, motivada por vontades conscientemente expressadas. A criação e a modificabilidade das leis tem que atender a pretensões de legitimidade. Esta necessária legitimidade se manifesta na justificabilidade da coerção jurídica para garantir a aceitação da regra e também na natureza convencional derivada das idéias de autolegislação e de autonomia política dos cidadãos associados. Estas condições implicam uma necessária organização do poder político que possibilite a formação de um direito concebível como legítimo.²⁹²

No estado de direito a prática da autolegislação e o exercício da autonomia política contribuem para o aperfeiçoamento do uso do poder administrativo e do mercado na medida em que a razão comunicativa possibilita uma racionalidade voltada

²⁹² Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. , p. 60-61.

para o consenso. Assim o mercado e o poder administrativo são integrados na sociedade através do agir comunicativo e seguem o caminho da institucionalização pelo direito. O direito assume crescentemente um papel de intercomunicação nas três fontes de integração social: o poder administrativo (estado), o mercado e a solidariedade (autolegislação e autonomia política).²⁹³

Apesar da forte tendência de atribuir ao direito um papel principal na integração social não é possível desconsiderar as forças sociais que a ele se contrapõem.²⁹⁴ Entre a necessidade de regulamentação, os anseios de emancipação e a reprodução social, o direito se sobrepõe baseado em promessas de segurança, estabilidade, certeza e neutralidade promovidas pelo formalismo que encontrou seu esplendor no positivismo. Isto se manteve até mesmo diante das evidências de que o direito muitas vezes legitimou poderes ilegítimos, instaurados como meio organizacional de dominações espúrias.

Já do ponto de vista da legitimação do estado de direito há de se destacar algumas questões peculiares que incorporam as práticas sociais através do direito.

É oportuno destacar que tecnicamente o termo legitimidade é empregado em dois sentidos. Num sentido genérico relaciona-se à justiça e à racionalidade de uma decisão. Num sentido mais específico a legitimidade assume um caráter político, ao ser referenciada pelo estado. Neste sentido

[...] podemos definir legitimidade como sendo um atributo do Estado, que consiste na presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a não ser em casos esporádicos. É por esta razão que todo poder busca alcançar consenso, de maneira que seja reconhecido como legítimo, transformando a

²⁹³ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. , p. 60-62.

²⁹⁴ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. , p. 62.

obediência em adesão. A crença na legitimidade é, pois, o elemento integrador na relação de poder que se verifica no âmbito do Estado.²⁹⁵

Do ponto de vista histórico é inerente à teoria política que a legalidade se correlacione com uma pretensão de apoio mais abrangente do que a mera aquiescência dos sujeitos perante uma ordem social ou política. Porém é somente a partir do século XX que a legitimidade como conceito empírico ou comportamental se destacou pela importância da crença dos subordinados na legitimidade de um regime político-jurídico.²⁹⁶

Diante da impossibilidade de uma relação política perpetuar-se exclusivamente através da coerção gerada pela força e pelo poder, impõe-se a exigência de uma fundamentação que se baseie no campo das razões para a obediência e que justifique a aceitabilidade de tal relação de dominação. É nesta linha de raciocínio que se desvenda a legitimidade para além do meramente factual e capaz de abranger os aspectos psicológicos e valorativos.²⁹⁷

Isto adquire maior relevância no momento em que a legitimação do direito e do estado perderam sua fundamentação metafísica e passaram a refletir um sistema produzido pela vontade humana, seja pelo soberano ou pela vontade geral. Nesta nova realidade a ação dos componentes de uma sociedade representa o pano de fundo da legitimidade. Esta mudança paradigmática significa a origem do estado de direito com

²⁹⁵ LEVI, LUCIO. Verbete “Legitimidade”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*, p. 675.

²⁹⁶ Cf. OUTHWAITE, William. Verbete “legitimidade” In: OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom *et ali* (org.). *Dicionário do pensamento social do século XX*. Trad. Eduardo Francisco Alves, Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1996, p. 413.

²⁹⁷ Cf. CADEMARTORI, Sergio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*, p. 91.

base leiga e fundada na razão, o que significou pôr a descoberto algo que antes se mantinha sob o manto da fé.

Os mandamentos da razão se materializam em um direito positivado em última instância na constituição. Esta fundamentação constitucional dos direitos e das leis formaliza uma força reguladora sobre a dinâmica dos fatos na sociedade.²⁹⁸

Atualmente nos estados democráticos se identificam direitos políticos que são intrinsecamente diferentes dos que se orientam à persecução de interesses individuais. Os direitos políticos se destinam a promover a participação dos cidadãos nas determinações políticas que referenciam a vida coletiva. Não são portanto mera expressão de direitos de dimensão individual. Deste modo o direito público (a politicidade da lei) não se reduz ao equilíbrio de interesses individuais, mas se mantém e encontra uma maior razão de ser na democracia.²⁹⁹

É verdade que nos dias de hoje já não seria possível uma fundamentação da relação política sobre as bases de um Estado que exija dos particulares uma obediência incondicionada e, também é certo que dita fundamentação deve desenvolver-se desde baixo, a partir dos indivíduos que prometem obediência em troca de segurança para seus direitos'.³⁰⁰

Dos direitos individuais deriva a pretensão de proteção de uma esfera de vida puramente individual. Dos direitos políticos deriva a pretensão de participar nas determinações do estado e de suas atividades. Isto supõe uma atitude essencialmente política e não restrita à simples defesa e promoção dos interesses individuais.³⁰¹

²⁹⁸ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 2002, p. 59.

²⁹⁹ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 2002, p. 59.

³⁰⁰ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 2002, p. 59/60.

³⁰¹ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 2002, p. 59/60.

O âmbito de atuação da vontade particular, enquanto possibilidade de autolegislação com autonomia moral, equivale à autonomia política no que diz respeito à formação coletiva da vontade. O que distingue a autolegislação moral da autonomia política é, mais do que uma forma jurídica, a diferença das contingências. A particular autonomia moral se centra na razão prática, enquanto a vontade política se fundamenta racionalmente através de argumentos relativos a contextos causais que compreendam fins coletivos e a escolha de meios para atingi-los.³⁰²

Ao acolhimento dos direitos como patrimônio subjetivo individual, com a conseguinte importância do trabalho dos juízes na atualização desse patrimônio, soma-se o reconhecimento da lei como instrumento de projetos políticos e jurídicos objetivos. Trata-se de duas concepções opostas: uma no sentido de direitos (como na América do Norte) e a outra no sentido de lei (como na França). Uma das conquistas do direito de nosso século consiste em ter estabelecido as condições possibilitadoras de um equilíbrio na tensão entre direitos e lei.³⁰³

Historicamente a idéia dos direitos como pretensões da vontade apresentou-se, num primeiro momento, com uma concepção defensiva ou negativa perante a arbitrariedade do poder. Posteriormente se desenvolve um sentido positivo, identificado na pretensão de exigência de recursos necessários ou úteis para otimizar a eficiência dos direitos da vontade, do que decorre a busca de efetividade e generalização dos direitos.³⁰⁴ A influência do humanismo laico consolidou a idéia de que o mundo não tem

³⁰² Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I., p. 197-202.

³⁰³ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 2002, p. 60.

³⁰⁴ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 2002, p. 82.

uma ordem própria e que são os homens que podem e devem agir através de sua vontade para construir e renovar tal ordem. Ou seja, os direitos que garantem o exercício da vontade assumem uma função instauradora ou renovadora da ordem social.

Desde esta perspectiva a reivindicação dos direitos³⁰⁵ constitui uma manifestação de vigor e maturidade de uma sociedade, um sinal de progresso para uma meta representada pela autonomia humana perante qualquer outra realidade social que pretenda ser assumida como dada.³⁰⁶ Nos ordenamentos jurídicos fundamentados nos princípios positivados tem-se uma diferença elementar: o embasamento recai sobre normas de direito positivo, e não sobre valores reconhecidos *a priori* como acontece no direito natural.³⁰⁷ O conjunto dos princípios constitucionais deveria constituir uma espécie de sentido comum do direito, o âmbito de entendimento e de recíproca compreensão em todo discurso jurídico, a condição para resolver os contrastes por intermédio da discussão e não através da imposição. Um sistema jurídico que pretendesse justificar-se por si mesmo se moveria no vazio. Isto explica o caminho histórico que as constituições podem percorrer.³⁰⁸

O direito é parte constitutiva e produto da complexidade das relações sociais em um dado momento histórico e pode apresentar-se como legitimador da dominação social ou como resultado de reivindicações materiais por parte dos componentes da sociedade.

³⁰⁵ A conquista dos direitos como produto das reivindicações históricas conta uma frase lapidar de Norberto Bobbio: “Do ponto de vista teórico, sempre defendi - e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos - que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 5.

³⁰⁶ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 2002, p. 84.

³⁰⁷ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 2002, p. 119.

Neste sentido o direito evidencia seu caráter eminente político ao traduzir a condensação de uma relação de forças em cada formação social.³⁰⁹

O direito é produzido em última análise por um vetor de forças que resulta de um embate comunicacional. Esta é uma característica das sociedades modernas e complexas. É nesse tipo de ambiente que a razão comunicativa se viabiliza por um “*medium* lingüístico através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam”. Esta racionalidade compreende um fim lingüístico do entendimento intermediado por um conjunto de condições que limitam e possibilitam o agir comunicativo.³¹⁰

Através da teoria do agir comunicativo Habermas pretende “assimilar a tensão que existe entre facticidade e validade” relevando que o *medium* do direito representa um dado essencial para tal fim, uma vez que “as normas desse direito possibilitam comunidades extremamente artificiais, mais precisamente, associações de membros livres e iguais, cuja coesão resulta simultaneamente da ameaça de sanções externas e da suposição de um acordo racionalmente motivado”.³¹¹

Nas atuais sociedades ocidentais marcadas pela complexidade, pluralidade e por uma política inteiramente secularizada, a noção de democracia radical é condição para a existência de um estado de direito que prime por “uma solidariedade social a ser recuperada e conservada em estruturas jurídicas”. Neste sentido os sujeitos jurídicos privados necessitam desenvolver sua subjetividade através de sua autonomia política,

³⁰⁸ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 2002, p. 124.

³⁰⁹ Cf. ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e Democracia*. São Leopoldo: UNISINOS, 1998, p. 55.

³¹⁰ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I., p. 20.

³¹¹ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I, p. 25.

com entendimento sobre os interesses em pauta e sobre os meios para chegar a um consenso.³¹²

Resgatando as influências do pensamento de Parsons e Weber, Habermas constrói, na perspectiva da teoria do discurso, uma concepção de cidadania a partir da análise do sistema e princípios do estado de direito. Para tanto Habermas parte da compreensão do direito como um sistema de saber e de ação. Deste modo os motivos e orientações axiológicas encontram-se interligados no direito interpretado como sistema de ação. Por outro lado as instituições jurídicas apresentam um elevado grau de racionalidade por incorporarem um “sistema de saber mantido dogmaticamente, isto é, articulado, trazido para um nível científico interligado com uma moral conduzida por princípios”. O Direito assim entendido faz parte do componente social do mundo da vida.³¹³ Assim as regras de direito “referem-se reflexivamente à integração social realizada no fenômeno da institucionalização”, pela participação de todas as comunicações que se orientam pelo direito.³¹⁴

As comunicações mediadas pelo direito exigem um contato com a linguagem natural ordinária pelo qual passam as realizações de entendimento, socialmente integradoras, do mundo da vida. Neste contexto “a linguagem do direito pode funcionar

³¹² Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I, p. 13.

³¹³ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I, p. 41 e 110-111.

³¹⁴ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I, p. 112. “O conceito de institucionalização refere-se diretamente a um comportamento esperado do ponto de vista normativo, de tal modo que os membros de uma coletividade social sabem qual comportamento eles podem estimular, em que circunstâncias e quando”. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I, p. 221.

como um transformador na circulação da comunicação entre sistema e mundo da vida”.³¹⁵

Na ótica da teoria do agir comunicativo, a categoria do direito moderno supervaloriza a mútua atribuição de direitos recíprocos entre os indivíduos com vistas a viabilizar uma regulação legítima da própria convivência, de acordo com o direito positivo. É neste ponto que a noção de direito subjetivo ganha um papel central na compreensão do direito. É ele que determina a liberdade de ação volitiva em condições de igualdade aos demais indivíduos e respectivas liberdades de ação.³¹⁶

Os direitos humanos e o princípio da soberania do povo compõem o substrato que legitima os estados de direito democráticos.³¹⁷ No entanto a legitimidade do direito apoia-se em última instância num arranjo comunicativo no qual os participantes de discursos racionais podem examinar e vivenciar as condições sob as quais as formas de comunicação podem ser institucionalizadas juridicamente. Logo a origem comum da autonomia privada e pública ocorre pela decodificação da “autolegislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos”. Nestas condições o caráter substancial dos direitos humanos se impõe como uma condição formal para a institucionalização jurídica da formação discursiva da opinião e da vontade.³¹⁸

Para Habermas “o princípio da democracia destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito”. A partir deste princípio tem-se que a validade

³¹⁵ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I, p. 112.

³¹⁶ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I, p. 113.

³¹⁷ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I, p. 128-133.

legítima é atributo das leis jurídicas que contam com o consentimento de todos os participantes do direito, num processo de normatização discursiva do direito. O fim desta é institucionalizar o *medium* de uma formação da vontade política comum de membros do direito livremente associados.³¹⁹

O princípio da democracia possibilita a institucionalização de uma formação política racional da vontade por meio de um sistema de direitos produzidos com garantia de igualdade e participação entre os indivíduos.³²⁰

A operacionalização do princípio do discurso necessita do estabelecimento das condições que os direitos devem atender para servir como *medium* da auto-organização de uma determinada comunidade. Assim é necessário criar um sistema de direitos e também uma linguagem que permitam um entendimento de forma voluntária, igualitária e livre por parte dos membros de uma comunidade.³²¹ O princípio do discurso assume, através da institucionalização jurídica, a figura de um princípio da democracia que passa a conferir força legitimadora ao processo de normatização. De modo sintético observa-se que “o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica”.³²² Tem-se assim um processo circular no qual “o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constitui de ‘modo co-originário’ ”.³²³

³¹⁸ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I, p. 138-139.

³¹⁹ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I, p. 145-147.

³²⁰ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I, p. 146.

³²¹ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I, p. 146.

³²² Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I, p. 158.

³²³ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I, p. 158.

A aplicabilidade do princípio do discurso por parte dos indivíduos, enquanto sujeitos do direito, condiciona a autonomia destes agentes no entendimento e na ação. Eles são autores dos direitos aos quais desejam submeter-se como destinatários. Ou seja, ao assumirem a postura de sujeitos do direito não podem mais escolher o *medium* no qual desejam realizar sua autonomia e tampouco podem dispor da linguagem: “O código do direito é dado preliminarmente aos sujeitos do direito como a única linguagem na qual podem exprimir a sua autonomia. A idéia da autolegislação tem que adquirir por si mesma a validade no *medium* do direito”. Isto significa que a avaliação da legitimidade das normas parte da garantia dos “direitos fundamentais legítimos à participação nos processos de formação da opinião e da vontade do legislador”. O sistema de direitos assim concebido demonstra a “interligação entre soberania do povo e direitos humanos, portanto a co-originariedade da autonomia política e privada”.³²⁴

O direito assume uma função estabilizadora ao assegurar as autonomias pública e privada para aliviar a tensão entre facticidade e validade. Neste particular a tensão se dá entre a positividade e a legitimidade do direito, entre forma do direito e princípio do discurso e entre sujeitos como autores e destinatários do direito.³²⁵

A constituição de uma comunidade de direito pressupõe uma limitação no espaço e no tempo, com a qual os membros se identificam e na qual interagem. Tal coletividade precisa dispor de uma instância central autorizada a agir em nome do todo. É assim que se configura a estrutura do estado voltado para o exercício da organização, visando a manter a identidade da convivência juridicamente organizada. O estado enquanto poder

³²⁴ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I, p. 163-164.

político organizado sob o princípio da separação dos poderes assume um papel central, transformando-se numa instituição para o exercício burocrático da dominação legal.³²⁶

Estas são as palavras de Habermas a respeito:

O Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, porque os direitos têm que ser implantados, porque a comunidade de direito necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade, e porque a formação da vontade política cria programas que têm que ser implementados. Tais aspectos não constituem meros complementos, funcionalmente necessários para o sistema de direitos, e sim, *implicações* jurídicas objetivas, contidas *in nuce* nos direitos subjetivos. Pois o poder organizado politicamente não se achega ao direito como que a partir de fora, uma vez que é *pressuposto* por ele: ele mesmo se estabelece em formas de direito. O poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais. [...] O direito não consegue o seu sentido normativo pleno *per se* através de sua *forma*, ou através de um *conteúdo* moral dado *a priori*, mas através de um *procedimento* que instaura o direito, gerando legitimidade.³²⁷

A tentativa do autor de reconstruir o nexó entre o direito e o poder político não é posta em termos de uma antítese entre as normas e a realidade, porque esta apreciação somente é possível mediante uma análise empírica. A pretensão do autor dirige-se para a investigação da tensão entre facticidade e validade que existe no direito. Esta tensão se apresenta na validade do direito (confronto entre a positividade e a legitimidade do direito) e no interior do sistema de direitos (aqui como tensão entre a autonomia pública e a privada). Com o estado de direito ocorre a passagem para uma dominação organizada juridicamente, na qual um critério de legitimidade regula a própria atuação.³²⁸

³²⁵ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I, p. 166-170.

³²⁶ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I, p. 170-171.

³²⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I, p. 170-72.

³²⁸ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I, p. 173-174.

É na modernidade que o poder político desenvolve-se como poder legal formalizado, com a função de estabilizar expectativas de comportamento em prol de uma segurança jurídica, a qual possibilita a calculabilidade das conseqüências do comportamento próprio e alheio. Deste modo “as normas jurídicas têm de assumir a figura de determinações compreensíveis, precisas e não contraditórias, geralmente formuladas por escrito; elas têm de ser públicas, conhecidas por todos os destinatários” e aplicadas com respeito ao princípio da igualdade.³²⁹

O estado de direito deve servir à auto-organização política de uma comunidade, a qual se constitui, com o auxílio do sistema de direitos, como uma associação de membros livres e iguais. Isto se dá mediante o uso público das liberdades comunicativas no desenvolvimento de uma integração social. Então o poder comunicativo transformado em poder administrativo gera uma estabilização de expectativas e realização de fins coletivos.³³⁰

A teoria do direito descrita por Habermas concebe a política como um processo que envolve negociações e formas de argumentação, pois a criação legítima do direito pressupõe condições de comunicação que assumem um caráter procedimental. Neste sentido a operacionalidade de um sistema político constituído pelo estado de direito necessita levar em conta a validade do direito e a força legitimadora da origem democrática do direito. A tensão entre facticidade e validade necessita ser observada tanto em sua relação interna (a partir do próprio direito), como em sua relação externa,

³²⁹ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I, p. 174-183.

³³⁰ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I, p. 220-221.

esta tendo por base a tensão entre a autocompreensão normativa do estado de direito, explicitada na teoria do discurso, e a facticidade social dos processos políticos.³³¹

O procedimento da democracia envolve processos deliberativos. A institucionalização desses processos revela o grau de realização do sistema dos direitos. Esta confluência entre o aspecto procedimental da democracia e o conteúdo normativo do estado democrático de direito pode ser mais bem compreendida a partir de que a hierarquização da política deliberativa tem duas vias de formação da opinião e da vontade: a informal e a institucional. Na informal os fluxos comunicacionais não são regulados através de processos jurídicos. Somente após uma luta pelo reconhecimento, travada publicamente, os interesses questionados podem ser aceitos pelas instâncias políticas, e conseqüentemente virem a ser juridicizados, provocando a obrigatoriedade contra todos.³³²

Os processos democráticos, como ante-sala da produção de direito legítimo gerado por uma política deliberativa, visam à promoção de integração social numa sociedade complexa.³³³

Para Habermas a esfera pública é uma rede adequada à comunicação de pontos de vista, até que se condensem em opiniões públicas. Assim a esfera pública se reproduz através do agir comunicativo, pressupondo apenas o domínio de uma linguagem natural (mundo da vida) em sintonia com a compreensão da prática comunicativa.³³⁴

³³¹ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II, p. 9-10.

³³² Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II, p. 26 e 41.

³³³ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II, p. 42-46.

³³⁴ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II, p. 92.

As interações sociais baseadas na liberdade comunicativa outorgada por uns a outros ocorre num espaço público mediado pela linguagem. A ampla circulação de mensagens compreensíveis assegura uma inclusão dos participantes ao engatar a comunicação na esfera pública a partir da vida privada.³³⁵

Habermas concebe a reconstrução paradigmática do direito a partir do papel dos direitos fundamentais e dos princípios do estado de direito. Daí advém a autoconstituição de uma comunidade de parceiros do direito em condições de liberdade e igualdade. Esta prática materializa-se no desenvolvimento da organização do estado democrático de direito, e se baseia numa constituição histórica que estabelece uma dupla relação com o tempo. Por um lado tal constituição é um “documento histórico” que condiciona a tarefa de interpretação e configuração do sistema de direitos como uma tarefa para cada geração. Por outro lado ela é um projeto de sociedade justa que articula expectativas de um futuro antecipado no presente.³³⁶

A caracterização e a compreensão do direito no tempo e no espaço decorrem também das concepções de cada pessoa a respeito da própria sociedade e influenciam a criação e a aplicação do direito. Os paradigmas jurídicos daí resultantes intervêm na consciência de todos os atores da legislação, da justiça e da administração”.³³⁷

Um estado democrático de direito no qual participam todos os envolvidos na construção dos paradigmas de uma teoria social não pode limitar-se apenas ao âmbito de um discurso de especialistas isolados da arena política. Esta abertura à participação de

³³⁵ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II, p. 93-94.

³³⁶ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II, p. 119.

³³⁷ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II, p. 127-131.

todos representa um contrapeso democrático contra o predomínio dos especialistas detentores de conhecimentos técnicos para interpretação e aplicação dos direitos.³³⁸ Esta mudança paradigmática constrói uma nova visão de justiça social que implica na inovadora interpretação e aplicação do direito, num novo contexto social regido pelos direitos fundamentais.³³⁹

A passagem de substituição do modelo jurídico liberal para o paradigma do estado social revela que o nexa entre a autonomia privada e a autonomia do cidadão produz reflexos na auto-organização da comunidade jurídica, uma vez que as pessoas somente serão autônomas na medida em que se conceberem como autoras e destinatárias do direito.³⁴⁰

Esta correlação entre a participação ativa e autônoma das pessoas privadas e a legitimidade do direito realiza-se através da formação discursiva da opinião e da vontade dos cidadãos que possuem os mesmos direitos. Trata-se de uma circularidade de ações que ocorrem através do poder regulado pelo estado de direito, o qual se estrutura sobre as comunicações de uma esfera pública política. A gênese desta esfera se encontra nos núcleos privados do mundo da vida através de instituições da sociedade civil. Esta última se estrutura sob a influência das expectativas normativas por um lado, e por outro lado sob formas de comunicação desenvolvidas num jogo de formação informal e não institucionalizada da opinião e da vontade.³⁴¹

³³⁸ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II, p. 131-132.

³³⁹ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II, p. 134-137.

³⁴⁰ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II, p. 146.

³⁴¹ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II, p. 146.

A legitimidade de uma ordem jurídica se estabelece na medida em que esta assegura a autonomia privada e a autonomia cidadã de seus membros, pois ambas são co-originaárias. No entanto a legitimidade também depende do atendimento das formas de comunicação nas quais estas autonomias podem comprovar-se: “A chave da visão procedimental do direito consiste nisso”.³⁴²

A efetivação da igualdade entre os agentes sociais no exercício da autonomia privada e da autonomia cidadã é um desafio nas sociedades complexas, pois a superação do “paternalismo do Estado social” depende de uma série de fatores. Estes dizem respeito à efetiva capacidade dos agentes sociais de autotutelarem seus direitos, como uma condição de autogerenciamento da própria vivência social num estado de direito. Somente os participantes poderão vigiar os próprios direitos no acontecer das relações. Se esta tutela ficasse exclusivamente sob responsabilidade do estado, seria necessária a sua onipresença. É certo que em termos absolutos tanto a autotutela correlata ao conhecimento do direito quanto a ubiqüidade do estado seriam idealizações. Mas também é certo que o incremento de ambas alternativas é um promissor desafio para o livre e autônomo desenvolvimento da personalidade e da instrumentalidade do estado a serviço da dignidade humana.

Os direitos só se tornam socialmente eficazes, quando os atingidos são suficientemente informados e capazes de atualizar, em casos específicos, a proteção do direito garantida através de direitos fundamentais de justiça. A competência de mobilizar o direito depende, em geral, do grau de escolaridade, da procedência social e de outras variáveis (tais como sexo, idade, experiência em processos, tipo de relação social envolvida no conflito, etc.).³⁴³

³⁴² Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II, p. 147.

³⁴³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II, p. 149-151.

A informação sobre os direitos não é suficiente; também é necessário que haja um entendimento do conteúdo de tais direitos. Trata-se de um requisito elementar, porque é impossível estabelecer uma vigilância e um controle externo e onipresente em todas as práticas sociais. A autotutela por parte dos próprios participantes é uma atitude insubstituível na luta pela efetividade do direito nas ações cotidianas. Mas isto também resulta insuficiente em muitas situações nas quais os agentes não chegam consensualmente a um entendimento, e daí a necessidade de recorrer ao direito para solucionar tais litígios. Ou seja, além de conhecer e entender os próprios direitos é também necessário ter efetivas possibilidades de acesso às prestações jurisdicionais por parte do estado. O conteúdo do saber jurídico necessário para movimentar o estado e instrumentalizar um processo judicial é um conhecimento muito especializado e portanto de difícil assimilação para o cidadão comum. Daí a necessidade de que o acesso a soluções mediadas pelo estado seja realizado com o auxílio de profissionais que tenham domínio das técnicas e do conhecimento do direito, o que se torna imprescindível para solucionar situações complexas.

A utilização do direito materializado levanta enormes barreiras, exigindo do leigo que decomponha seus problemas cotidianos (do trabalho, lazer e consumo, moradia, doença, etc.) em construções jurídicas muito especializadas, abstraídas dos contextos da experiência do mundo da vida. Daí a necessidade de uma política compensatória de proteção jurídica, capaz de fortalecer o conhecimento do direito, a capacidade de percepção, de articulação e de imposição por parte de clientes carentes de proteção.³⁴⁴

As formas de solucionar litígios são muitas, mas para que elas se realizem num sentido emancipatório é imperativa a participação dos envolvidos. Assim se estabelecerá um procedimento de aprendizagem motivado pela prática cotidiana e voltada à

efetivação dos direitos. Nestas situações a aprendizagem e a crítica são elementos fundamentais para uma permanente reflexão sobre os direitos e as práticas sociais. A participação ativa das pessoas nas práticas cotidianas que envolvem o direito e nas práticas jurisdicionais propiciam uma possibilidade de adequação entre os conteúdos normativos e a concepção de mundo dos participantes. O engajamento das pessoas nestas condições oportuniza de forma mais ampla a manifestação dos próprios interesses e faz com que o processo político de conquista de direitos vá além da criação de normas, atingindo também o próprio processo de interpretação e aplicação dos direitos.

Para Habermas a teoria do discurso “explica a legitimidade do direito com o auxílio de processos e pressupostos da comunicação —que são institucionalizados juridicamente—, os quais permitem levantar a suposição de que os processos de criação e de aplicação do direito levam a resultados racionais”. Esta procedimentalização pressupõe que os destinatários sejam tratados como membros livres e iguais perante a lei e a aplicação do direito.³⁴⁵

O direito centrado no estado social gira em torno do problema da distribuição justa das chances de vida geradas socialmente. Logo a noção de uma sociedade justa implica a promessa de emancipação e promoção da dignidade humana. Neste sentido a autodeterminação dos cidadãos materializa-se com o exercício dos direitos subjetivos e da autonomia pública, na medida em que participam da prática da legislação, desde a criação até a sua aplicação.³⁴⁶

³⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II, p. 149-151.

³⁴⁵ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II, p. 153.

³⁴⁶ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II, p. 159.

Neste conjunto de situações destaca-se o paradigma procedimentalista do direito, a qual a “*combinação universal e a mediação recíproca entre a soberania do povo institucionalizada juridicamente e a não-institucionalizada*” são a chave para entender a gênese democrática do direito”. Para Habermas:

No paradigma procedimentalista do direito, a esfera pública é tida como a ante-sala do complexo parlamentar [...]. Através dos canais de eleições gerais e de formas de participação específicas, as diferentes formas de opinião pública convertem-se em poder comunicativo, o qual exerce um duplo efeito: a) de autorização sobre o legislador, e b) de legitimação sobre a administração reguladora; ao passo que a crítica do direito, mobilizada publicamente, impõe obrigações de fundamentação mais rigorosas a uma justiça engajada no desenvolvimento do direito.³⁴⁷

A teoria de Habermas reserva um papel central para a importância do paradigma procedimental numa sociedade que prima pela auto-organização, pois para este paradigma a sociedade civil e a esfera política constituem

pontos de referência extremamente fortes, à luz dos quais, o processo democrático e a realização do sistema de direitos adquirem uma importância inusitada. Em sociedades complexas [...]. O que importa preservar é, antes de tudo, a solidariedade social, em vias de degradação, e as fontes de equilíbrio da natureza, em vias de esgotamento. Ora, as forças da solidariedade social contemporânea só podem ser regeneradas através das práticas de autodeterminação comunicativa.³⁴⁸

Habermas concebe o direito como um instrumento adequado para a produção de estabilidade social nas sociedades complexas e pluralistas, desde que respeitados determinados pressupostos.

Devido às suas características formais, o direito positivo, que surge na modernidade como resultado de um processo de aprendizagem social, pode ser tomado como meio adequado para a estabilização de

³⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II, p. 185-187.

³⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II, p. 189.

expectativas de comportamento; e parece não haver, nas sociedades complexas, um equivalente para ele.³⁴⁹

3.6 CONHECIMENTO DO DIREITO E EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA

Conforme se tem visto, a legitimação do estado e do direito se dá a partir da ação individual, a qual se converte em relação social a partir de intersubjetividades. A conjunção das ações individuais é base da formação da opinião pública. Por sua vez esta opinião poderá vir a ser institucionalizada mediante a sua juridicização. Sendo a ação individual a origem de todo esse processo, a formação cultural dos agentes é fundamental. Esta formação tem início nas relações mais íntimas e se desenvolve dentro do mundo da vida. Tal formação é processo de aprendizagem que em grande medida se dá informalmente no mundo da vida e formalmente através da educação institucionalizada. Isto posto, faz-se necessário estender-se sobre esta educação, de forma a vinculá-la com a idéia de cidadania. A ponte entre ambas poderá ser o conhecimento do direito.

³⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II, p. 322.

3.6.1. A EDUCAÇÃO PARA A VIDA SOCIAL

Pode-se definir a educação como a reprodução de conhecimentos e valores para o funcionamento de uma dada sociedade, sejam quais forem as características desta.

A educação em geral é uma forma de reproduzir o modo de ser e a concepção de mundo de pessoas, grupos e classes, através da comunicação de conhecimentos. Na transmissão de saberes estão envolvidos crenças, idéias, valores, ética, formas de trabalho, de organização social e cultural. A educação reproduz uma série de práticas de **produção** da vida social, tais como a preparação dos indivíduos mais jovens para uma atuação futura na sociedade e a repetição de processos produtivos de bens materiais e espirituais. Naturalmente que a referência genérica à educação ou à escola diz respeito ao ensino que é empreendido desde os bancos escolares até o nível superior.

No fim a educação vem a ser uma preparação para a vida. "Vida —este é o ofício que eu vou lhe ensinar", disse Rousseau ao planejar a educação do pequeno Emílio. Identicamente Herbert Spencer diz que o propósito principal da educação é a "preparação para a vida". Para Dewey a nutrição e a reprodução são para a vida fisiológica o que a educação é para a vida social. Em poucas palavras ela contém uma enorme parte do que constitui o "aprender a ser" dos indivíduos no mundo.³⁵⁰

³⁵⁰ Cf. LESTER Lester Smith, W. O. Education. 2ª ed. Londres, Penguin, 1976. 2ª ed. Londres, Penguin, 1976, p. 211.

A função da escola não é apenas informar o educando ou transmitir um conhecimento seco e inservível, mas situar os indivíduos na atualidade. Assim se lhes possibilita desenvolver suas habilidades e garantir condições de sobrevivência a si, à sua família e ao grupo social ao qual se vinculam.

3.6.2. AS FUNÇÕES DA EDUCAÇÃO

As considerações acima são suficientemente neutras e abertas para serem aplicadas praticamente a qualquer sociedade antiga ou atual. Não obstante, quando se aprofunda no tema em direção aos objetivos ou funções da educação começam a evidenciar-se fraturas entre diversas concepções que têm por trás de si divergentes orientações políticas de sociedades. Se se concebe a educação em sentido amplo, é válido afirmar que é um dever do lar e da escola o de equipar as crianças com o melhor para levar uma vida útil e satisfatória na sociedade contemporânea. *Grosso modo* podem ser elencadas duas concepções que se bifurcam: uma defende uma educação que se conforma aos padrões vigentes e outra que de variadas maneiras pretende sair deles. A primeira delas pode ser ilustrada na opinião de Lester Smith:

"É um truísmo [...] que se a educação deve ser uma preparação para o viver ela deve ser estreitamente relacionada ao tipo de sociedade na qual a maioria dos alunos tem a expectativa de viver suas vidas. A nossa é uma sociedade altamente industrializada [...]. É necessário fornecer uma educação destinada a ajustar meninos e meninas quando

cresçam para ajudar o país a manter a eminência na indústria e no comércio dos quais nosso modo de vida depende".³⁵¹

A essa visão de "educação para a cidadania numa Sociedade Industrial" (caso da Inglaterra, pátria desse autor) se contrapõe um bom número de concepções voltadas mais para a realidade dos países não industrializados, particularmente da América Latina, na qual a educação encontra condições complexas, atrasadas, de pobreza e limitação. Elas se posicionam como críticas à pedagogia de alinhamento à sociedade industrial. Estas concepções podem ser agrupadas em um torno de umas pedagogias que Witker denomina "rupturistas", as quais reúnem em suas fileiras uma diversidade de teorizações mais ou menos radicais³⁵². Entre elas o autor elenca a obra de Paulo Freire, o qual concebe a educação como a prática de atos cognoscitivos, e não de meros atos de narrar ou transmitir conhecimento, daí falar-se em educação criadora, problematizadora ou libertadora. Existem naturalmente posições radicais, das quais se destacam as críticas que certos pedagogos fazem, a partir da obra de Marx, do ensino na sociedade capitalista. Vale a pena deter-se brevemente em algumas particularidades dessa abordagem, pois ela se situa no pólo oposto daquela posição que se mimetiza com a sociedade industrial e pode ser identificada com a concepção liberal de educação. Além

³⁵¹ LESTER Lester Smith, W. O. Education. 2ª ed. Londres, Penguin, 1976, p. 206. Cf. WITKER, Jorge Velásquez. *Metodología de la enseñanza del derecho*. Bogotá: Temis, 1987, p. 8. Cf. BENÍTEZ, Luiz Bráulio Farias. A burocracia, o Direito e a Educação Formal: requisitos para a integração social. Dissertação de mestrado, UFSC/CPGD, 1996. p. 108-110.

³⁵² Cf. WITKER, Jorge Velásquez. *Metodología de la enseñanza del derecho*, p.17.

disso, por não ser hegemônica ela não é evidente. Cabe aqui uma apertada síntese de uma das fontes de crítica a esta concepção a partir da obra de M. Sarup³⁵³.

Há uma correspondência entre as relações de produção e as relações sociais da educação. O principal papel da educação é a produção de uma força de trabalho adequada a um sistema de produção hierarquicamente controlado e estratificado em classes. As escolas são fábricas (Sarup). É por causa dessa função de produzir uma força de trabalho para a empresa capitalista que o sistema educacional deve reproduzir a desigualdade econômica e deformar o desenvolvimento da pessoa. A educação é uma parcela da reprodução da divisão capitalista do trabalho, embora as raízes da desigualdade não estejam no sistema educacional, mas na própria estrutura do capitalismo. A principal função econômica do ensino escolar é facilitar a estratificação da força de trabalho a fim de manter a divisão hierárquica existente. Na sociedade capitalista há uma divisão entre os "especialistas" e os leigos. Há uma divisão entre a concepção ou trabalho mental (o papel da administração) e a execução ou trabalho físico. Nessas e noutras divisões um elemento é colocado mais alto que o outro, o que produz hierarquias. O "especialista", o trabalhador mental, o administrador, têm proeminência. O capitalismo promove e estimula essa segmentação. Há uma fragmentação causada por antagonismos raciais, sexuais e sócio-econômicos. O sistema educacional estimula e legitima a desigualdade econômica porque instala um mecanismo meritocrático para destinar os indivíduos a posições econômicas desiguais. Ele não exerce uma função igualitária, mas uma função integradora voltada para a reprodução de relações

³⁵³ Cf. SARUP, Madan. *Marxismo e educação: abordagem fenomenológica e marxista da educação*. Rio

econômicas, pois produz uma força de trabalho cujas capacidades são ditadas substancialmente pelas necessidades de emprego na economia capitalista. A educação reproduz a desigualdade e justifica os privilégios ao atribuir a pobreza ao fracasso pessoal. É possível modificar todo esse quadro. Deve-se lutar por práticas educacionais igualitárias que reduzam o poder das escolas de fragmentar a força de trabalho. O problema só será superado por uma alternativa na qual os distintos objetivos dos diferentes grupos sejam atendidos simultaneamente. A luta para libertar a educação dos seus condicionamentos e a luta para democratizar a vida econômica e social estão ligadas, e deverão ser travadas mediante a atividade coordenada das classes. O autor referido concorda que a preparação da mudança do sistema econômico por meio da educação pode envolver a utilização das instituições capitalistas existentes.³⁵⁴

Independente do modelo que se adote, tradicional ou mudancista, é sempre necessário redefinir constantemente o que se quer da escola, enquanto instituição formativa da cidadania. A partir disso se pode estabelecer o que é fundamental que a escola ensine para o desenvolvimento da cultura e o aprendizado de técnicas de trabalho que promovam em conjunto o desenvolvimento individual e social. Neste ponto é decisiva a educação política.³⁵⁵ Ela deve envolver todas as atividades da sociedade civil, para assegurar os objetivos da vida social. Se uma sociedade é democrática, é desejável que os seus cidadãos sejam educados para o exercício amplo da democracia. Esta vem a

de Janeiro, Guanabara, 1986. 191 p.

³⁵⁴ Cf. SARUP, Madan. *Marxismo e educação: abordagem fenomenológica e marxista da educação*, 191 p.

³⁵⁵ Cf. RODRIGUES, Neidson. *Lições do príncipe e outras lições*. São Paulo: Cortez, 1995. São Paulo: Cortez, 1995, p. 63.

resultar da participação de todo o povo nos assuntos de interesse da sociedade. Ela se dá mediante a intervenção pessoal dos integrantes do povo ou através de representantes eleitos de um partido político. Mas a educação política é mais que um evento: é um processo. Não deve se limitar ao voto ocasional, pois se ele é feito sem uma imprescindível informação prévia seu valor é diminuto. A educação política se dá através da prática constante da liberdade, do crescimento da consciência dos direitos das pessoas, da fiscalização por elas dos atos dos governos e órgãos públicos.³⁵⁶

Na sociedade moderna os homens se distinguem em duas categorias diante do conhecimento organizado: os que sabem e os que não sabem, ou como foi dito antes: os especialistas e os leigos. Os primeiros são os que privilegiadamente opinam, agem, tomam decisões, dirigem e interferem sobre a totalidade da vida social, nos campos da cultura, do trabalho, da vida política, da ordem jurídica. É mesmo um lugar-comum: o saber é instrumento do poder. Embora ele não crie o poder, facilita-lhe o seu exercício, preparando os indivíduos para usá-lo com mais eficiência. Assim o conhecimento pode ser considerado uma propriedade privada e um "capital" cultural.³⁵⁷

Aqueles que detêm o controle da educação manipulam o conhecimento a ser transmitido aos outros, estabelecem o que eles devem e podem saber, e sobretudo o que a maioria deve ignorar. Então o poder nas várias instâncias da sociedade acaba sendo legitimado pelo que os indivíduos sabem e pelo que eles ignoram. "A educação escolar [...] longe de servir à equalização de oportunidades ou de democratização de competências para a vida social e política, é confinada ao estreito círculo dos interesses

³⁵⁶ Cf. RODRIGUES, Neidson. *Lições do príncipe e outras lições*, p. 63.

dos grupos que controlam a totalidade da vida social, transformando-a em um poderoso instrumento de diferenciação e de legitimação das diferenças".³⁵⁸ Pode-se discutir se é da natureza da educação o produzir essa diferenciação, mas é inegável que ela é efetivamente usada nesse sentido. Assim tem sido na história. Na Grécia e em Roma a educação era ministrada por intelectuais independentes vinculados organicamente aos círculos hegemônicos, os quais detinham a cultura, a ciência e a filosofia. Na idade média a educação foi assumida pela igreja e serviu para a formação do intelectual comprometido com a verdade cristã.³⁵⁹ O mesmo vale para o capitalismo monopolista do século XX: a escola conservou os seus valores sociais e culturais.

3.6.3. SINOPSE DA EDUCAÇÃO NA HISTÓRIA

Neste tópico se fará uma resenha da história da educação, com a finalidade de buscar a sua vinculação com a idéia de cidadania, e do ensino do direito na Roma antiga, pretendendo-se destacar disto último o hermetismo do conhecimento como fator de poder e a formação jurídica doméstica como constitutiva da cidadania.

³⁵⁷ Cf. RODRIGUES, Neidson. *Lições do príncipe e outras lições*, p. 74.

³⁵⁸ RODRIGUES, Neidson. *Lições do príncipe e outras lições*, p. 76.

³⁵⁹ Cf. SANTOS, Theobaldo Miranda. *Noções de história da educação*. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1952. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1952, p. 116.

3.6.3.1. A história geral da educação

A educação tradicional nos povos do antigo oriente consistia na transmissão de uma doutrina sagrada, cujo conhecimento levava à sabedoria.

Na Grécia e Roma a educação era o processo no fim do qual o indivíduo era considerado cidadão. Os gregos empreenderam um humanismo pedagógico, cujo ideal não era apenas a obtenção do conhecimento, como também o aperfeiçoamento da personalidade através dele. A cultura era apenas um meio para elevar o indivíduo. O humanismo pedagógico grego, do qual a educação ateniense é o melhor exemplo, influenciou povos de épocas posteriores. Esse humanismo se baseava no culto da liberdade civil e o desenvolvimento harmonioso da personalidade. A educação grega era conduzida pela iniciativa particular, e a liberdade de ensino era total, uma vez que era diminuta a participação do estado na educação. A educação romana não se orientava ao aperfeiçoamento da personalidade individual, como a grega, mas ao aperfeiçoamento do estado. O seu mote não eram as artes, como entre os gregos, mas sobretudo o direito. Ela também tinha em vista a formação de bons cidadãos, mas de modo mais direto e imediato. Objetivava ao desenvolvimento da idoneidade moral para a vida doméstica e pública. "A cultura grega nasceu dos poemas de Homero; a cultura romana originou-se das leis das Doze Tábuas".³⁶⁰

³⁶⁰ Cf. SANTOS, Theobaldo Miranda. *Noções de história da educação*, p. 115. Dada a óbvia relevância de Roma em tudo o que se refere ao direito, o tema do ensino do direito nos primórdios do desenvolvimento deste será tratado num item seguinte.

Para Platão a função da educação era a de dar ao corpo e ao espírito toda a beleza e a força de que fossem suscetíveis. Devido a esta concepção é que se diz que na educação grega a cultura nada mais era do que um meio para elevar o indivíduo. Por esta razão a pedagogia grega era essencialmente formal.³⁶¹ Will Durant afirma que a educação do indivíduo para torná-lo apto ao convívio social também se encontrava na obra de Aristóteles. Ao cidadão jovem deveria ser ensinada a obediência às leis, do contrário seria impossível a existência de um estado. Para Aristóteles, somente o sistema escolar permitiria uma unidade social em meio da diversidade étnica, pois o estado era considerado uma pluralidade que deveria ser reduzida à unidade por meio da educação. Deveriam ser ensinados à juventude os benefícios da segurança e da liberdade proporcionados pelas leis e pela organização social. A virtude deveria ser ensinada ao homem, sob pena de, sem ela, o homem tornar-se um animal perverso. A virtude só poderia ser transmitida através do controle social. Caberia então ao estado fornecer ao homem a virtude por meio da educação.³⁶²

Havia dois grandes modelos educativos: o espartano e o ateniense. A educação espartana teve influência da cultura asiática, e seu traço fundamental era o caráter militar da educação e a sua submissão aos interesses do estado. A educação ateniense foi a que realizou em plenitude o ideal do humanismo grego. Existia uma grande liberdade de ensino, e a transmissão das ciências e das artes revelava a alta estima que os gregos tinham por elas.³⁶³

³⁶¹ Cf. SANTOS, Theobaldo Miranda. *Noções de história da educação*, p. 81.

³⁶² Cf. DURANT, Will. *A história da filosofia*. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 98-100.

³⁶³ Cf. SANTOS, Theobaldo Miranda. *Noções de história da educação*, p. 84.

Na idade média a educação é um ingrediente de conscientização religiosa e de adestramento dos quadros dirigentes da igreja. Paralelamente a esta educação dita escolástica, também se desenvolveu a educação leiga. A base desta era o feudalismo, no qual uma das instituições mais importantes era a cavalaria. O objetivo da educação feudal leiga era a formação de um cavaleiro virtuoso, fiel a deus, ao suserano, e protetor dos humildes. No século XII, como já existiam na Europa cidades livres e com grande número de artesãos e comerciantes, foram criadas as primeiras escolas municipais, pois as escolas clericais já atendiam mais às necessidades da vida comunal.³⁶⁴

O humanismo renascentista marcou a necessidade de uma reformulação do processo educativo, em função do espírito inovador na filosofia e na ciência. Mas são a reforma e a contra-reforma, que se relacionam com as novas aspirações econômicas e sociais da burguesia nascente, os acontecimentos de maior conseqüência na educação. O protestantismo criou princípios como a instrução universitária, as escolas populares, a laicização da instrução, o caráter nacional da educação. Isto era contra a escolástica e o exclusivismo na educação. As duas tendências que se verificam no fim do século XVII: a emergência de uma ciência nova e uma nova educação. Os humanistas expressavam confusamente as transformações que o incipiente capitalismo comercial impôs à estrutura econômica e política do feudalismo. A educação cavalheiresca e religiosa já não servia aos nobres, que se tornavam cortesãos. "Pouco servia a dialética socrática e a

³⁶⁴ Cf. SANTOS, Theobaldo Miranda. *Noções de história da educação*, p. 201-203.

teologia ao bom burguês que fretava navios para o Novo Mundo". Lutero foi um que viu a relação entre difusão das escolas e prosperidade nos negócios.³⁶⁵

Uma transformação significativa ocorreu no mundo ocidental com o advento hegemônico da sociedade burguesa, a partir do final do século XVIII, e com o desenvolvimento industrial capitalista ocorrido nos séculos XIX e XX. Alterou-se de modo radical a primitiva composição da escola, e as suas funções se modificaram sensivelmente. Pode-se mesmo dizer que a escola "termina de nascer" no século XVIII, ao se tornar uma exigência universal da vida social e econômica, e não mais apenas da vida cultural e política. Ninguém pode eludi-la impunemente, pois a complexidade da vida na sociedade industrial ampliou as exigências para a inserção dos indivíduos nas condições de reprodução da vida. Tal complexidade é evidente na forma de produção de bens materiais e na vida urbana, na organização da política e nas especializações do trabalho. No início da revolução industrial e com o advento da sociedade burguesa moderna a educação fundamental era vista portanto como uma condição de ajustamento do homem às exigências da vida. As novas formas de produção, a sofisticação tecnológica, a intensificação das relações internacionais, elevaram as antigas exigências mínimas de educação para um patamar muito mais alto do que o indivíduo poderia obter num curso elementar. Com a acessibilidade do homem burguês a todos os âmbitos da sociedade e do poder, e com a cristalização do estado nacional, a educação naturalmente se modificou. A educação se institucionalizou e o direito a ela foi inscrita na *Declaração universal dos direitos do homem*. Os revolucionários franceses atribuíram à educação

³⁶⁵ Cf. WITKER, Jorge Velásquez. *Metodología de la enseñanza del derecho*, p. 9.

uma importância na luta contra as desigualdades, o absolutismo do clero e contra os credos religiosos.³⁶⁶ A universalidade da educação foi uma conquista do Terceiro Estado, pois antes ela não era igual para todos mas privilégio das classes dominantes da época: aristocracia e clero. A burguesia e as camadas populares reconheceram o papel político da escola porque julgaram que o domínio de alguns conhecimentos —leitura e escrita em língua vernácula, aritmética simples, noções de história e geografia— permitiria aos indivíduos uma emancipação e questionamento das relações sociais da época. O estado deveria então administrar a educação.³⁶⁷

O estado, ao ter de cuidar da educação do povo, fez com que a educação passasse a ter um aspecto social, isto é, o direito a receber uma educação universal passou a ser um direito do homem. No direito brasileiro, a educação como direito fundamental está consagrada nos artigos 6º e 205 da constituição federal de 1988.

3.6.3.2. Os primórdios do ensino do direito em Roma.³⁶⁸

Os romanos sentaram os alicerces da organização social moderna, especialmente no que diz ao direito e ao estado. A contribuição mais importante de Roma à cultura não

³⁶⁶ Cf. WITKER, Jorge Velásquez. *Metodología de la enseñanza del derecho*, p. 10.

³⁶⁷ Cf. MELLO, Guiomar Namó de *et alii*. *Educação e transição democrática*. São Paulo: Cortez, 1986, p. 98.

³⁶⁸ Este item se baseia na obra: AGUDO RUIZ, Alfonso. *La enseñanza del derecho en Roma*. Madrid: Reus, 1999. Madrid: Reus, 1999, p. 19-82.

foi na filosofia ou na arte, "a contribuição fundamental de Roma a nossa cultura está em seu Direito".³⁶⁹

A história do ensino do direito em Roma é rica de elementos que permitem um contraste bastante ilustrativo com a proposta pedagógica, política e jurídica contida nesta tese. Para este efeito é oportuno esboçar algumas particularidades desse ensino no alvorecer do direito na Roma antiga, pois é nessa época que se conforma um sentido geral de cidadania, no qual ele tem um papel importante. Os dados aqui coligidos correspondem a um período que vai até o principado. Uma etapa posterior não é relevante para a cidadania, que já estava formada. Há que chamar a atenção para dois fenômenos que ocorrem no interregno abarcado: a laicização do direito e o ensino familiar do mesmo.

Em sua origem Roma era um povo de agricultores, apegados à tradição e educados na família. O espírito romano era prático e utilitário. Daí resulta uma cultura que não se pode comparar com a grega em sofisticação. A religião também refletia esse espírito: as divindades eram intermediárias que podiam proporcionar aos homens a conquista de bens terrestres. Tal religião com valores humanos e terrenos era consentânea ao culto da família e do estado, daí a devoção pela coisa pública. Na antiga educação romana a família tinha um papel fundamental. A família era depositária do que se chama comumente de virtude romana (*mos maiorum*), isto é a moral da cidade antiga. Nela se tratava de inculcar na criança a importância do coletivo sobre o individual, a consagração da pessoa à comunidade. A educação da criança era eminentemente moral, mais do que

³⁶⁹ Cf. AGUDO RUIZ, Alfonso. *La enseñanza del derecho en Roma*, p. 37.

intelectual. O essencial era formar a consciência do jovem, inculcando-lhe um sistema rígido de valores morais, de modo a transformá-lo em um cidadão exemplar.³⁷⁰

Nos primórdios a educação romana era inteiramente doméstica, e isto durou cinco séculos. O vínculo familiar era muito forte. Ao *pater familias* incumbia a educação dos filhos, com ajuda da esposa. A educação era não estatal e livre, e variava naturalmente conforme se tratasse de uma família rica ou não. Não obstante, a lei das Doze Tábuas devia ser conhecida por todo o cidadão, que a aprendia desde criança. O difundido estudo da legislação tornou o romano um cidadão submisso e disciplinado. A lei devia ser sagradamente cumprida, e o primeiro dever era a obediência à autoridade e o respeito à ordem.³⁷¹

Durante a monarquia o conhecimento, a interpretação e a aplicação do direito privado foi monopólio do colégio dos pontífices, os quais eram depositários da tradição e conhecedores dos ritos, fórmulas e termos jurídicos. As partes deviam empregar esses conhecimentos nos negócios ou nos processos, sob pena de eles serem inválidos por descuido da forma. O conhecimento do direito era monopolizado para manter a superioridade social e política da classe governante. O segredo era instrumento de poder. O conhecimento e o ensino do direito só eram acessíveis aos membros dessa classe e se transmitiam de geração a geração.³⁷²

Acontecimentos ocorridos a partir do século V a.C. causaram um processo de separação entre religião e direito, com a conseqüente perda do monopólio interpretativo

³⁷⁰ Cf. AGUDO RUIZ, Alfonso. *La enseñanza del derecho en Roma*, p. 38.

³⁷¹ "Na formação geral de todo romano culto entravam rudimentos de direito". Cf. AGUDO RUIZ, Alfonso. *La enseñanza del derecho en Roma*, 1999, p. 47.

do direito pelo colégio pontifical. No século III a.C. já existia uma jurisdição laica, que atuava à margem do colégio pontifical. Não obstante, o conhecimento e o ensino do direito continuaram a ter um caráter aristocrático, reservado aos membros da nobreza política patrício-plebéia. Os juristas tinham uma atividade ditaminatória e a ela se relacionava o ensino do direito, o qual na época tinha um caráter eminentemente prático. Não existia um ensino formalizado nem escolas de direito: os discípulos cercavam o jurista que ditaminava, ouviam suas respostas e com ele debatiam. Havia uma imbricação entre o *respondere* e o *docere*. Assim surge o ensino do direito, ao qual se dedicavam os cidadãos da mais alta condição social.³⁷³

A publicação da lei das Doze Tábuas limitou o monopólio jurídico do colégio pontifical. Como o saber laico não estava num nível suficiente para interpretar e aplicar regularmente as disposições decemvirais, a interpretação dos pontífices ainda era necessária.

Na República se separa o poder religioso do poder jurídico. A luta política entre grupos oligárquicos e a plebe resulta em uma nova classe: a *nobilitas* patrício-plebéia. A nova oligarquia determina o poder político e cultural. A atividade jurídica é monopolizada pela nova classe, o que gera a secularização e a divulgação do saber jurídico.

Um evento emblemático, como não se via desde a lei das Doze Tábuas, foi decisivo para a quebra do hermetismo da jurisprudência pontifical. Cneu Flavio era escriba de Apio Claudio e tinha publicado uma compilação na qual constava uma série

³⁷² Cf. AGUDO RUIZ, Alfonso. *La enseñanza del derecho en Roma*, p. 11.

de fórmulas processuais compostas por este último. Este feito realizado por alguém do povo marca a abertura da jurisprudência pontifical e o início do fim do monopólio dos pontífices, tornando possível o desenvolvimento de uma jurisprudência laica. A importância da ação de Apio Cláudio e seu escriba não radica tanto na revelação de um segredo dos pontífices, pois é difícil conceber que nessa época existissem conhecimentos ocultos de fórmulas processuais, mas no de haver sido compiladas as complexas fórmulas orais. Isto deu certeza do direito e abriu a interpretação aos juristas que viriam depois.³⁷⁴

A superação do caráter secreto da jurisprudência pontifical continuou com Coruncanio, o primeiro plebeu que chegou a pontífice máximo. Coruncanio respondia às questões de direito em público. Isto significou uma inovação por dois motivos. Em primeiro lugar porque os antigos sacerdotes não revelavam o procedimento de deliberação das consultas; em segundo porque o segredo em torno a estas não permitia o ensino do direito. É compreensível que tivesse de ser um plebeu quem abrisse o direito àqueles que pretendessem cultivá-lo, não mais só aos membros dos patrícios. Esse primeiro professor de direito da história inovou porque admitiu ouvintes ao proclamar seus pareceres, e principalmente porque ao revelar as motivações jurídicas que ele invocava eram transmitidos aos ouvintes os seus conhecimentos, o que fez com que estes passassem a perceber o direito como uma técnica. "A presença de ouvintes faz possível comentar e anotar os casos, estudar a lógica de resolução, aprender a arte do Direito, até então transmitida secretamente no seio do Colégio pontifical". Nesta época não havia

³⁷³ Cf. AGUDO RUIZ, Alfonso. *La enseñanza del derecho en Roma*, p. 12.

naturalmente um ensino científico do direito, pois este não era regular e sistemático, mas sim um ensino eminentemente prático e oral.³⁷⁵

O principal mestre na formação política do jovem romano era o seu pai. Ele ensinava as letras, o direito e as leis. O respeito à lei em geral, e à lei das Doze Tábuas em especial, era uma constante no comportamento dos cidadãos romanos. Os romanos desde muito tempo estiveram voltados a achar soluções através do direito a qualquer situação de conflito de interesses. O ensino das leis era uma parte importante da educação do aprendiz de cidadão. "Ensino das leis até mesmo em casa, no seio da própria família, cuja incumbência era do pai".³⁷⁶

Quando o conhecimento do direito passou aos particulares, por efeito da laicização, o seu estudo passou a interessar ao cidadão romano, uma vez que antes isto lhe era em geral impedido. Por este motivo, até então o conhecimento do direito não podia se considerar popular; continuava a ser inacessível aos cidadãos. Os novos juristas em geral pertenciam à mesma classe dos pontífices. Em suma, no fim do século I d.C. o conhecimento do direito ainda era aristocrático, não acessível a todos.

Na aprendizagem do direito o método inicial na formação do aluno consistia no *audire*. Era a forma mais antiga de aprendizagem. Foi criada por Coruncanio. O *audire* consistia simplesmente escutar as respostas dos juristas às questões apresentadas, em presenciar o raciocínio do mestre-jurista experiente "sobre casos concretos reais ou imaginários, aos quais havia que dar a solução mais justa possível de acordo com o

³⁷⁴ Cf. AGUDO RUIZ, Alfonso. *La enseñanza del derecho en Roma*, p. 26.

³⁷⁵ Cf. AGUDO RUIZ, Alfonso. *La enseñanza del derecho en Roma*, p. 28.

³⁷⁶ Cf. AGUDO RUIZ, Alfonso. *La enseñanza del derecho en Roma*, p. 44.

Direito vigente, ou propor uma regulação diferente diante da nova realidade social ou da mudança de concepção sobre a justiça da solução prevista". O *audire* também dizia respeito ao ensino familiar do direito, através do ensino da lei das Doze Tábuas na própria casa, ou ainda através da prática forense. O aluno auditor era admitido como discípulo por sua vinculação familiar ou de amizade com o jurista.³⁷⁷

A liberdade que até então existia no ensino do direito acaba com a monarquia absoluta. As escolas passaram a ter um plano de estudos fixo e professores pagos pela administração pública. Os estudantes na época eram de classe sociais superiores e pagavam pelo ensino.

Apesar do grande desenvolvimento do direito em Roma, na verdade o exercício prático do direito jamais foi completamente acessível a todos os romanos normais: "A atividade jurisprudencial nunca se popularizou em Roma. [...] A jurisprudência era uma ciência de elite, os juristas eram pouco numerosos e zelosos de sua habilidade profissional, cuja salvaguarda os conduzia a conservar o caráter privado de seu ensino".³⁷⁸

3.6.4. O DIREITO COMO DISCIPLINA E A EDUCAÇÃO

³⁷⁷ Cf. AGUDO RUIZ, Alfonso. *La enseñanza del derecho en Roma*, p. 49.

³⁷⁸ AGUDO RUIZ, Alfonso. *La enseñanza del derecho en Roma*, p. 66.

A escola de hoje está inserida em uma sociedade burguesa, mas ela não serve única e exclusivamente à burguesia. Embora voltada à reprodução dos modos culturais, econômicos e sociais hegemônicos, ela contém variados interesses de classes e é atravessada pelas contradições do capitalismo e pela influência do estado social. Nela também desfilam os interesses das classes não hegemônicas. Segundo N. Rodrigues, para estas

A escola pode ser instrumento de luta contra a dominação cultural, exatamente por socializar o código dominante da cultura e possibilitar o acesso ao conhecimento dos valores sociais, estéticos e de linguagem das classes superiores. Ao permitir às classes subalternas compreender a temporalidade do sistema econômico e do social, o conhecimento contribui para o desenvolvimento de uma consciência histórico-política, apontando as possibilidades reais de mudança e de transformação.³⁷⁹

Não obstante o mesmo autor afirma que o fundamental é que a escola habilite a utilização dos instrumentos necessários à vida profissional, política e cultural do estudante. Portanto ele precisa

Adquirir algumas habilidades, como saber ler e escrever; realizar cálculos matemáticos; identificar, analisar e compreender a organização do espaço geográfico; identificar, analisar, compreender e transformar o espaço histórico em que está inserido; conhecer os meios de produção de novos conhecimentos etc. Portanto, é necessário que ele receba o melhor ensino possível de Língua, de História, de Geografia e de Iniciação ao Conhecimento Científico. Estas quatro áreas devem ser consideradas de fundamental relevância para que a escola seja uma escola social e politicamente útil.³⁸⁰

Não há o que reparar neste último raciocínio, desde ele não seja taxativo quanto ao elenco das matérias. Esse elenco de disciplinas pode ser enriquecido como outras, como é natural. A filosofia por exemplo merece constar quem sabe até, em nível

³⁷⁹ RODRIGUES, Neidson. *Lições do príncipe e outras lições*, p. 80.

adequado, num currículo do ensino básico. Por outro lado a matemática pode não ser adequada à compreensão social do mundo.³⁸¹ Existem razões suficientes para defender a inclusão do direito como disciplina a ser ministrada no ensino público obrigatório. A forma como ela merece figurar no ensino fundamental ou no ensino médio é uma questão que compete a [pedagogos](#) e não cabe ser considerada aqui.³⁸²

Os conceitos e os dados históricos antes expostos claramente sustentam a afirmação central desta tese: o ensino do direito serve à legitimação e à efetivação do direito. A educação prepara para a vida e para o exercício da cidadania. Isto último era a função da educação na Grécia e em Roma. O direito em Roma era ensinado aos jovens no próprio lar e foi o grande legado dessa nação à cultura universal. É evidente que o direito ajudou a construir aquela grandiosa civilização. O efeito do seu ensino no lar foi notável, e uma formação escolar nos mesmos termos pode ser conveniente nas sociedades atuais. O exemplo do ensino doméstico do direito naquela nação pode muito bem servir de parâmetro em um projeto atual de ensino do direito nos termos propostos nesta tese. Em Roma a laicização do direito foi um fato que contribuiu para a sua compreensão por parte da população em geral. O caráter misterioso e oculto da jurisprudência da época era uma forma de exercer o poder, exatamente como o é na sociedade de hoje, a qual também se divide entre os especialistas e os que não sabem.

³⁸⁰ RODRIGUES, Neidson. *Lições do príncipe e outras lições*, p. 82.

³⁸¹ Cf. SARUP, Madan. *Marxismo e educação: abordagem fenomenológica e marxista da educação*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986, p. 155. Em uma citação que será transcrita adiante, Carnelutti dirá que "o valor formativo do direito, [...] não é menor que o da matemática por um lado e o da música por outro". No mesmo sentido: Cf. VALENTE, Sergio Ruy Polimeno. *Ensino de Direito nas escolas*. Disponível em: <http://www.conteudoescola.com.br/site/content/view/171/25/>

Com a lei das Doze Tábuas e quando o filho de um liberto, como Cneu Flavio, ou um plebeu como Coruncanio, desmascararam o hermetismo do conhecimento dos pontífices, deu-se uma democratização do direito que pôs o exercício do poder em outros termos. Quando se instalou a oligarquia composta por patrícios e plebeus ela monopolizou a atividade jurídica e acelerou a divulgação do saber jurídico. O ensino familiar também teve um óbvio papel na divulgação do direito. A partir da laicização o direito passou a ser visto mais como uma técnica e uma função do estado, não tanto como um conhecimento de iniciados ou predestinados. Assim como naquela época, o direito dos juristas ainda é um saber meio secreto e de poucos. Os avanços obtidos com a abertura do direito naquela época podem adequados para a atualidade. Para isso a disseminação do ensino jurídico pode almejar resultados semelhantes. Em Roma a atividade judiciária e os juristas eram comuns a uma mesma classe e jamais foram acessíveis ao povo. Embora esta seja uma tendência que não seja fácil de reverter hoje, não se pode desprezar o progresso que representaria um ensino democratizado do direito. O método do *audire* foi criado por um plebeu e consistia em ouvir raciocinar um mestre, propor novas soluções a casos jurídicos e aprender o direito desde criança. Se Roma deveu tanto ao direito, a proposta de um "novo *audire*" não deve ser tomada com desprezo. Este seria totalmente um importante aliado da educação política pela qual clamam algumas pedagogias modernas, especialmente as rupturistas, embora seja também muito conveniente nas pedagogias liberais voltadas para a formação exclusivamente técnica. A

³⁸² Carnelutti diz que o direito penal deveria ser ensinado no ensino elementar. Em um momento, ao ter em mente o direito em geral, ele se refere à utilidade de ensinar o direito no ensino médio, tendo em vista as deficiências do ensino médio italiano.

educação, consagrada na *Declaração universal dos direitos do homem*, também deve comportar a aprendizagem do direito, pois assim os cidadãos podem perceber e tomar consciência da verdadeira dimensão das faculdades que lhe são atribuídas. A sociedade está dividida entre os que sabem e os que não sabem. Se os que não sabem podem vir a saber, os arcanos da ordem deixam de ser um instrumento escuso do poder.³⁸³

3.6.5. O CONHECIMENTO DO DIREITO E A CIDADANIA

O tema da cidadania tem sido freqüente nesta tese, especialmente a partir da obra de Habermas. Não obstante é necessário desenvolver com alguns pormenores o conceito de cidadania de modo a expor a sua problemática central contemporânea e a possível contribuição desta tese ao seu enfrentamento.

Cidadania³⁸⁴ significa primitivamente a condição daquele que habita uma cidade. Ele provém do latim *civitas*, que neste particular designava o direito de cidadão (sobretudo romano). Tal indivíduo tinha os direitos plenos nessa cidade, daí que o termo passasse a designar o indivíduo que é membro de um estado e também que tem os direitos e obrigações que o estado lhe outorga. A associação destes significados resulta

³⁸³ A questão do segredo do estado e da transparência na atuação administrativa é devidamente analisada nas dimensões jurídicas e políticas na seguinte obra: CADEMARTORI, Sergio. As dimensões jurídico-políticas do segredo. Dissertação de mestrado: CPGD/UFSC.

de uma tradição histórica longa, hoje fundamental no estado moderno, que se delinea com a formação dos estados centralizados. Estes impuseram uma jurisdição uniforme sobre um território; antes ela se limitava a um burgo ou cidade medieval. O termo cidadão passou a ser sinônimo de homem livre, com direitos e obrigações individuais, asseguradas em lei. A associação entre a palavra cidade e os outros atributos da palavra cidadania não é incongruente, pois é originalmente nas cidades onde se formam as forças sociais mais interessadas na individualização e uniformização dos direitos: a burguesia e a moderna economia capitalista.

Em seus primórdios a constituição do estado moderno e da economia comercial capitalista representou uma força libertária por várias razões, uma delas a emancipação do indivíduo ante o poder local e ante as convenções medievais que dificultavam a escolha de uma ocupação diferente da transmitida por herança familiar. Outra razão é a imposição de uma jurisdição unificada, o que quebrou o arbítrio dos senhores feudais e reconheceu aos habitantes de um território, independente da condição sócio-econômica deles, os mesmos direitos.

A passagem do significado limitado (a cidadania dos burgueses) ao significado ampliado de cidadania nacional é a própria história da formação e da unificação dos estados modernos, que exercem controle sobre seus territórios e garantem aos seus habitantes de modo uniforme os mesmos direitos. Nesse momento a cidadania é fundamentalmente uma garantia negativa: contra as limitações ao comportamento individual e contra o poder arbitrário, público ou privado. O cidadão é um ente abstrato,

³⁸⁴ As informações gerais sobre cidadania foram colhidas de: FAORO, Raimundo e LAMOUNIER,

que atende só aos seus interesses individuais, e que em relação ao estado vive sob o império da lei.

Na sua origem moderna a cidadania é um direito burguês, pois as novas relações sociais e políticas a que se refere interessavam de maneira mais real e direta à nova classe comercial e industrial das cidades³⁸⁵. Um exemplo do caráter classista desse direito é a noção de igualdade perante a lei, que resultou das conquistas das revoluções inglesa, norte-americana e francesa. Essa noção originária de cidadania foi revolucionária em sua época porque criou um individualismo radical (pois tornou os indivíduos independentes da estrutura social) e neutro quanto aos seus beneficiários presentes e potenciais.

As concepções de cidadania naturalmente sofreram modificações em função dos regimes políticos de várias nações e épocas: o da Grécia, de Roma, da Europa medieval, do Renascimento. A cidadania moderna deriva das concepções antigas, mas tem caráter próprio. Hoje se concebe uma cidadania formal (a condição de membro de um estado-nação) e uma cidadania substantiva (a proteção de direitos civis, políticos e especialmente sociais)³⁸⁶. Estas duas formas de cidadania sofreram modificações após a segunda guerra mundial. Na cidadania formal um exemplo das modificações sofridas decorreu da massiva imigração para a Europa ocidental no pós-guerra, da qual resultou uma nova política de cidadania. A cidadania substantiva também recebeu a influência

Bolívar. Verbetes "Cidadania". In: *Enciclopédia Mirador*, volume V, p. 2392-2394.

³⁸⁵ Cf. FAORO, Raimundo e LAMOUNIER, Bolívar. Verbetes "Cidadania". In: *Enciclopédia Mirador*, volume V. São Paulo, Encyclopaedia Britannica do Brasil, 1986, p. 2393.

³⁸⁶ Cf. BOTTOMORE, Tom. Verbetes "Cidadania". In: BOTTOMORE, Tom e Outhwaite, William. *Dicionário do pensamento social do Século XX*, p. 73-74.

das grandes mudanças que ocorreram na Europa ocidental depois de 1945: o estado de bem-estar aumentou os direitos sociais. Isto se deveu a que o estado de bem-estar introduziu princípios mais coletivistas e igualitários, e práticas que tentaram contrabalançar as tendências não igualitárias da economia capitalista.

A cidadania também diz respeito à relação entre os direitos e deveres dos cidadãos. No século XX a cidadania teve a ver com a maior participação popular nos assuntos dos governos. Essa participação depende essencialmente do aumento dos direitos sociais, que possam gerar um nível razoável de bem-estar econômico, de educação, e uma nova formulação de "bem comum".³⁸⁷

Para se entender melhor a problemática contemporânea do tema é interessante tratar de uma tendência que se conhece por "extensão da cidadania". A análise que segue se baseia num artigo de Vera Andrade³⁸⁸ e se centra no confronto que se instaurou após a revolução francesa, o evento que deu à luz a cidadania moderna.

Na democracia liberal o conceito de cidadania é concebido como o direito à representação política. Cidadão é o indivíduo nacional titular de direitos eleitorais (votar e ser votado) e do direito de exercer cargos públicos. Uma dicotomia estrutural do liberalismo é a separação estado–sociedade civil (o todo institucional e discursivo do estado de direito capitalista). O estado se identifica com o espaço público (o lugar do poder e da política); a sociedade civil com o espaço privado da vida (as relações

³⁸⁷ Cf. BOTTOMORE, Tom. Verbete "Cidadania". In BOTTOMORE, Tom e Outhwaite, William. *Dicionário do pensamento social do Século XX*, p. 73-74.

³⁸⁸ Cf. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania, direitos humanos e democracia: reconstruindo o conceito liberal de cidadania*. In Silva, Reinaldo Pereira e (organizador). *Direitos humanos como educação para a justiça*. São Paulo: LTr, 1998, p. 123-134.

econômicas e domésticas). Por essa dicotomia o liberalismo é antiestatal e antipolítico, pois apregoa a atuação mínima do estado e despreza o poder e a política na sociedade civil. Então se reduz o espaço do político e se amplia o do mercado. A ação social e política são desestimuladas porque apenas a ação privada conduziria ao bem-estar. O liberalismo valoriza o indivíduo como um ser abstrato, atomizado, com autonomia referida a si (e não a classes, grupos ou movimentos sociais) e à margem das condições de existência e de produção nas quais se insere. A ênfase da democracia liberal é na democracia representativa ou indireta (que se reduz à democratização do estado ou a uma forma de regime político) e não na democracia participativa ou direta, que abrange a democratização da sociedade civil. O conceito liberal de cidadania fica no âmbito da representação em detrimento da participação. A participação implica a associação dos cidadãos (o que fere o pressuposto liberal do homem atomizado) e implica a politização da sociedade civil (o que fere o pressuposto liberal da sociedade civil como lugar das relações econômicas privadas). Com isto se macula a pureza da separação estado–sociedade civil, pois se introduz a política num lugar onde é indevida no modelo liberal. Logo o estado de direito liberal traz um conceito restrito de cidadania porque traz também um conceito restrito de poder, da política e da democracia. Ao identificar o poder com o poder político estatal, a política se converte em uma prática específica, cujo lugar só pode ser o estado e as instituições estatais, e a sua finalidade só pode ser a ocupação do poder estatal (governo, parlamento). A democracia se reduz à democracia político-estatal ou à democratização do estado. No modelo liberal a "cidadania existe

como epifenômeno da democracia representativa".³⁸⁹ Requer-se a construção da cidadania para além do liberalismo³⁹⁰.

A modernidade se define pela igualdade perante a lei e pela titularidade de direitos civis. De imediato se instaura uma tensão permanente com a desigualdade inerente à sociedade de classes. Isto faz com que a cidadania tenha seu conteúdo gradual e conflitivamente ampliado pela incorporação de direitos políticos, econômicos, sociais e culturais, na medida em que a sociedade se torna mais complexa. A partir do reconhecimento formal de que todos os homens são iguais e livres se desenvolve uma história de ampliação da cidadania, que desborda os limites concebidos pelo estado de direito capitalista. Os protagonistas da luta na qual a cidadania vem historicamente se ampliando não são apenas os agentes tradicionais da política (partidos políticos e organizações sindicais), mas também os movimentos sociais e um grande número de organizações de micropolítica. Vera Andrade aponta para três pressupostos para superar a concepção liberal de cidadania: uma dimensão micro (não estatal de poder); uma cidadania de construção coletiva que tem como protagonistas classes, grupos e movimentos sociais; uma cidadania com base na participação política e nos direitos humanos. Dado que a construção plural da cidadania é o problema central da construção democrática, Vera Andrade aponta para três deslocamentos de forma a superar a concepção liberal de cidadania: 1) deslocar a cidadania como categoria estática, de

³⁸⁹ Cf. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania, direitos humanos e democracia: reconstruindo o conceito liberal de cidadania*. In: Silva, Reinaldo Pereira e (organizador). *Direitos humanos como educação para a justiça*. São Paulo: LTr, 1998, p. 134.

conteúdo definitivo, para sua apreensão como processo histórico, de conteúdo político mutável decorrente da participação política e da práxis; 2) deslocamento da cidadania como englobadora unicamente dos direitos políticos para englobar também os direitos humanos; 3) deslocamento da cidadania individual (realização de direitos em condições de igualdade) às construções coletivas e plurais (realização das diferenças e respeito a minorias). Como resultado desses deslocamentos se deixa de ter uma cidadania moldada pela democracia, e se chegará a uma cidadania que molda a democracia. Afasta-se de uma cidadania instituída em direção a uma cidadania instituinte³⁹¹.

De modo geral a extensão da cidadania se dá por duas vias: a da incorporação efetiva do conjunto da população à prática de um direito (por exemplo a extensão do direito de votar); e a da ampliação de seu conteúdo (passagem de uma cidadania negativa ou formal a uma cidadania positiva ou substancial). A presente tese propõe uma ampliação em um ou outro sentido. Por um lado amplia-se o número de pessoas destinatárias de um tipo específico de educação —a jurídica—; por outro amplia-se o conteúdo da cidadania, pois fica ofertada uma participação política mais qualificada e efetiva a partir do conhecimento do direito. "A educação é de todos, vinculada à cidadania".³⁹² A aquisição de requisitos mínimos de exercício da cidadania permite ao indivíduo desempenhar de modo suficiente e decente a sua vida social, familiar, política,

³⁹⁰ Cf. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania, direitos humanos e democracia: reconstruindo o conceito liberal de cidadania*. In: Silva, Reinaldo Pereira e (organizador). *Direitos humanos como educação para a justiça*. São Paulo: LTr, 1998, p. 128.

³⁹¹ Cf. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania, direitos humanos e democracia: reconstruindo o conceito liberal de cidadania*. In: Silva, Reinaldo Pereira e (organizador). *Direitos humanos como educação para a justiça*. São Paulo: LTr, 1998, p. 133.

³⁹² Cf. MELLO, Guiomar Namó de et alii. *Educação e transição democrática*. São Paulo: Cortez, 1986, p. 113.

cultural e profissional. Para isso se precisa receber hoje uma educação ampla por causa da complexidade da vida social. Em atendimento ao princípio da dignidade humana, todos devem ter acesso às condições indispensáveis para desenvolver decentemente suas vidas: "Cabe à sociedade oferecer educação integral em todos os níveis para todos os seus membros".³⁹³

Para Witker dois conceitos devem estruturar a escola: a organização ótima da aprendizagem e um conceito geral sócio-político. O primeiro é delineado pela psicologia e pela pedagogia. O segundo supõe que a política educacional de um país pretenda fornecer uma educação global que tenha como fundamento os grandes ideais nacionais e o desenvolvimento de uma consciência nacional solidária.³⁹⁴ Certamente a escola pública não é um espaço exclusivo, nem talvez o mais privilegiado para produzir transformações políticas na sociedade. Ela não é por excelência o lugar de correção das desigualdades sociais, mas nela pode se dar a exposição de conhecimentos que propiciam a constituição de novas relações sociais.³⁹⁵ Num país onde um dos grandes desafios é diminuir o constante desrespeito a direitos —fundamentais ou não—, é de se pensar que o conhecimento sobre eles prometa um quadro distinto, ainda que através da luta gradual pela cidadania substantiva e pela homogeneização entre o grupo dos que sabe e o grupo dos que não sabem. De outro modo, esta proposta confirma a tendência contemporânea de extensão da cidadania, nos termos propostos neste item, pelas

³⁹³ Cf. RODRIGUES, Neidson. *Lições do príncipe e outras lições*, p. 77.

³⁹⁴ Cf. WITKER, Jorge Velásquez. *Metodología de la enseñanza del derecho*. Bogotá: Temis, 1987, p. 20-25.

³⁹⁵ Cf. MELLO, Guiomar Namó de et alii. *Educação e transição democrática*. São Paulo: Cortez, 1986, p. 98.

seguintes razões: avança em direção à participação popular porque fornece aos indivíduos um saber instrumental para tanto; qualifica a tomada de postura nos processos de democracia direta; serve a qualquer concepção de cidadania que se comprometa com a participação popular; implica a politização da sociedade civil; amplia a cidadania em termos quantitativos e qualitativos; funde-se com qualquer concepção de educação integral que se coadune com a implementação efetiva da cidadania.

3.6.6. O CONHECIMENTO DO DIREITO E A LUTA CONTRA O SABER-PODER

Como foi dito, um aspecto central da tese foi antecipado por Carnelutti: "[...] Uma elementar cultura de direito é necessária a todos os cidadãos a fim de que possam colaborar com a ordem social [...]"³⁹⁶. Cabe agora analisar este pensamento. Para ele os indivíduos, ao agirem conforme os preceitos legais, também "fazem" direito:

Ai! se para aplicar as leis houvessem de intervir em todos os casos os juízes! A verdade é que as aplicam também os cidadãos quando segundo elas regulam sua conduta, o que quer dizer que também eles [...] fazem direito sem sabê-lo. Em outras palavras, o juiz vem terminar o produto semi-elaborado unicamente quando os cidadãos não conseguem fazê-lo.³⁹⁷

³⁹⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Cómo nace el derecho*. 3ª ed. Bogotá: Temis, 1997. 3ª ed. Bogotá: Temis, 1997, p. 86.

³⁹⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Cómo nace el derecho*. 3ª ed. Bogotá: Temis, 1997, p. 3.

As vantagens da afirmação inicial do autor não se veriam primacialmente no âmbito da política, da democracia ou da cidadania, mas na afirmação de uma ordem jurídica, isto é de um estado de direito:

Se os juristas, pois, são os obreiros qualificados do direito, nem tudo no direito é obra deles. Assim sendo, se pode admitir que não haja necessidade de um adestramento específico para fazer as aplicações das leis necessárias à vida cotidiana, assim como para concorrer, no parlamento, à formação delas, pois existem obreiros qualificados, que são os juristas, aos quais se recorre em caso de necessidade. Mais isto supõe que na cultura geral, que deve ser administrada ao cidadão a fim de que possa regular-se na vida cotidiana, se inclua um conhecimento genérico do direito. Se não se administrasse esse conhecimento, não estaria o cidadão em condições sequer de saber quando deveria dirigir-se ao jurista pela dificuldade do caso. Em efeito, muitos inconvenientes nascem, por exemplo, em matéria contratual, precisamente porque aqueles que concluem contratos ignoram as conseqüências que deles podem seguir.³⁹⁸

Diz o autor que embora esta proposição fosse mais perceptível no campo do direito penal, haveria uma vantagem prática geral se acatada, pois as condutas dos indivíduos seriam mais seguras do ponto de vista jurídico, porque se ancorariam na legalidade, cujo conhecimento o ensino direito traria:

O Código Penal se fez para conseguir que os cidadãos se abstenham de certos atos que se consideram gravemente nocivos ao bem comum e realizem outros atos que são necessários para esse mesmo bem comum. Mas, como se poderá conseguir esse resultado, se não se lhes faz conhecer as leis que compõem dito código? Há nele um artigo em virtude do qual [...] *ignorantia legis non excusat*. [...] Seu conhecimento, pois, não pode menos que formar parte da cultura comum; do contrário haveria necessidade de que cada um de nós, em todo momento da vida, tivesse a seu lado um jurista a quem pedir conselho sobre se se poderia ou se deveria fazer algo.³⁹⁹

Os efeitos benéficos de sua proposta seriam o combate à criminalidade e a litigiosidade, a preparação técnica para as práticas e funções sociais, e a formação do

caráter dos jovens (Neste ponto ele reitera um dos fundamentos do ensino doméstico do direito na Roma antiga.):

Se a instrução jurídica superior deve reservar-se aos juristas, não pode menos que ministrar-se a todos os cidadãos uma instrução inferior. A posição é análoga no campo do direito e na medicina: aos advogados e aos juízes se os chama, como os médicos, quando se declaram as enfermidades; mas a fim de que não se declarem, é necessário difundir no povo conhecimentos elementares de higiene. No fim das contas, uma certa educação jurídica estendida aos não juristas, é um meio para combater as duas pragas sociais que são a delinqüência e a litigiosidade. Sob este aspecto [...] o ordenamento dos estudos vigentes na Itália, especialmente no que respeita à instrução média, é gravemente defeituoso. Seja para fins formativos, seja para fins informativos, quer dizer, tanto para a formação do caráter como para o adestramento técnico para as várias incumbências sociais, é necessário um mínimo de conhecimentos jurídicos. Acerca da segunda destas finalidades, é inútil eventualmente insistir, tão evidente é a coisa; em particular no que se refere ao direito penal; este, provavelmente, deveria ensinar-se nas escolas elementares, em forma e medida adequadas, se compreende. Chamo, por outro lado, a atenção sobre o valor formativo do direito, que não é menor que o da matemática por um lado e o da música por outro.⁴⁰⁰

Carnelutti trata de um tema que merece maiores considerações: o da presunção de não ignorância da lei. Outro ponto que esse autor suscita é o do aspecto formativo de sua proposta. Ele o coloca sob o ângulo da formação do caráter do indivíduo, o qual não interessa a esta tese. Não obstante se pode estabelecer um vínculo entre esse aspecto formativo e o propósito de "educação política" que a escola deve conter, segundo uma já mencionada opinião de N. Rodrigues. Dito de outro modo, o desenvolvimento desta tese permite sustentar facilmente que o ensino de direito na escola pode servir para a educação política. É natural cogitar que essa educação política tenha desdobramentos no

³⁹⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Cómo nace el derecho*. 3ª ed. Bogotá: Temis, 1997, p. 3.

³⁹⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Cómo nace el derecho*. 3ª ed. Bogotá: Temis, 1997, p. 4.

⁴⁰⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Cómo nace el derecho*. 3ª ed. Bogotá: Temis, 1997, p. 4.

próprio direito, no seu fazer e na sua teoria. Isto é sustentado a partir das obras de Häberle, Ferrajoli e Habermas.

Um povo que tenha recebido uma educação jurídica, ainda que elementar, está em condições de empreender de modo claramente vantajoso a "luta pelo direito". Esta afirmação pode ser apoiada no que Ferrajoli —com origem em Ihering— desenvolve em seu livro *Direito e razão*. Este ponto também será tratado a seguir.

3.6.7. A PRESUNÇÃO DE NÃO IGNORÂNCIA DA LEI

Sobre a presunção de não ignorância da lei se refere Joaquín Costa, um antigo jurista espanhol, como sendo "um verdadeiro escárnio e a mais grande tirania que se tenha exercido jamais na história":

É sabido que um dos mais firmes sustentáculos das sociedades civilizadas vem sendo, faz mais de dois mil anos, uma presunção *juris et de jure* [...] que se encerra nestes dois conhecidos aforismos, herdados dos antigos romanistas: 1.º A ninguém lhe é permitido ignorar as leis (*nemini licet ignorare jus*): 2.º Por consequência, se presume que todo o mundo as conhece; pelo qual, ainda que resulte que alguém as ignorava, o obrigam como se as tivesse conhecido (*nemo jus ignorare censetur; ignorantia legis neminem excusat*). Esta presunção se mantém sabendo-se que é contrária à realidade das coisas; sabendo-se que é uma ficção, sabendo-se que é uma falsidade, sabendo-se: Primeiro, que ninguém conhece todo o direito, que só uma insignificante minoria de homens sabe uma parte e não grande, das leis vigentes num momento dado; Segundo, que é impossível que a maioria, e ainda essa minoria mesma as conheça todas; e Terceiro, de que a presunção conforme a verdade dos fatos, conforme, portanto, à razão, à justiça e à lógica, seria cabalmente a inversa, que ninguém conhece as leis se não se prove o contrário. Não faltam escritores que reconhecem o falso e convencional daquela presunção, desmentida a

cada passo pela realidade; mas pensam [...] que tal ficção é absolutamente necessária para a conservação da ordem social. Devido a que a ordem social nas nações modernas não pode assentar-se sobre a verdade; precisa uma abstração, precisa de um artifício gigante, monstruoso, que condena os homens a caminhar a cegas pelo mundo; que os condena a reger a sua vida por critérios que lhe são e que fatalmente hão de ser-lhes ignorados.⁴⁰¹

Cárcova recolhe esse pensamento e afirma que por tal razão é possível falar de uma "opacidade do direito". Existe uma

Brecha profunda entre a organização e o funcionamento das formas institucionais e a efetiva compreensão e funcionamento das formas institucionais e a efetiva compreensão que os indivíduos possuem dessa organização e de tal funcionamento, que em grande medida lhes influi e determina. [...] O direito, que atua como uma lógica da vida social, como um libreto, como uma partitura, paradoxalmente, não é conhecido ou não é compreendido pelos atores em cena. Eles cumprem certos rituais, imitam algumas condutas, reproduzem certos gestos, com escassa ou nula percepção de seus significados e alcances.⁴⁰²

Esse desconhecimento é de diferente grau segundo o desenvolvimento social e cultural de um país ou dos indivíduos, mas o desconhecimento existe:

Em certas regiões do mundo, enormes contingentes sociais se acham em uma situação [...] de pobreza ou de atraso que implicam marginalidade e aculturação, o que supõe que a mensagem da ordem jurídica estatal não chega —materialmente— às periferias da estrutura social. Pensemos este tipo de fenômenos como uma das fontes do 'desconhecimento'. Em outro extremo da realidade, a fonte do desconhecimento estaria caracterizada pela complexidade dos processos simbólicos que operam nas sociedades altamente desenvolvidas. Com efeito, a interação dos homens é ali cada dia mais complexa e sofisticada.⁴⁰³

⁴⁰¹ COSTA, Joaquín. *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones: el status individual, el referéndum y la costumbre*. Disponível em: www.cervantesvirtual.com, Consulta em 10 de junho de 2006

⁴⁰² CÁRCOVA, Carlos María. Sobre la comprensión del derecho. In: Marí, Enrique e outros. *Materiales para una teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991, p. 220.

⁴⁰³ CÁRCOVA, Carlos María. Sobre la comprensión del derecho. In: Marí, Enrique e outros. *Materiales para una teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991, p. 221.

Segundo esse autor a razão desse desconhecimento, além de ele ser um subproduto da marginalidade social, está na função ideológica contida nesse desconhecimento: "O poder, assentado no conhecimento do modo de operar o direito, se exerce, parcialmente, através do desconhecimento generalizado desses modos de operar".⁴⁰⁴ A causa da opacidade que outorga aos juristas o monopólio do direito é inerente a este e obviamente se manifesta também na prática judiciária:

A própria lógica da organização do poder em nossas sociedades parece, pois, explicar este paradoxo de imposição e desconhecimento a que estão sujeitos os atores sociais, grupos e indivíduos. Há na mesma prática dos juristas, ainda no plano inconsciente, a produção de um efeito de desconhecimento, que, se em seus aspectos mais complexos se expressa no monopólio do saber e a detenção do segredo, em seus aspectos instrumentais, o faz através de uma linguagem críptica, de significação fechada e de um conjunto de rituais ininteligíveis para o leigo.⁴⁰⁵

Reitera-se deste modo o que foi dito atrás, que desde os primórdios do direito romano a posse do conhecimento do direito —e do conhecimento em geral— por parte de uns poucos é um fator de poder. Poulantzas também confirma os raciocínios acima:

Ninguém é considerado ignorante da lei, máxima fundamental de um sistema jurídico moderno onde ninguém, salvo os representantes do Estado, pode conhecê-la. Este conhecimento requisitado a todo cidadão não é objeto de uma disciplina particular na escola, como se, ao se pretender exigir que ele conheça a lei, tudo se fizesse para que

⁴⁰⁴ Em uma obra posterior na qual amplia o tema, Cárcova afirma que a ideologia é a produtora da opacidade. Nela o autor esmiúça bastante os problemas que circundam o termo ideologia, embora seu ponto de partida seja a concepção criada por Marx, a qual grosso modo consiste em ilusões, falsas representações que expressam os interesses das classes dominantes e que se destinam a legitimar e a reproduzir a ordem vigente. Não obstante, na obra que está sendo utilizada no texto principal ele já advertira que "a lei não se limita a enganar ou a mascarar [...]: organiza e consagra também, reais direitos das classes dominadas que comportam, inscritos nela, os compromissos materiais impostos pelas lutas populares e as classes dominadas" (CÁRCOVA, Carlos María. *Sobre la comprensión del derecho*, p. 228). Ele usa o sentido aludido por julgar que "não foram superados os desafios que a problemática ideológica propõe para as ciências sociais, especialmente em sua vertente marxista". Cf. CÁRCOVA, Carlos María. *A opacidade do direito*. São Paulo: LTr, 1998, p. 125.

⁴⁰⁵ CÁRCOVA, Carlos María. *Sobre la comprensión del derecho*. In: Marí, Enrique e outros. *Materiales para una teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991, p. 229.

ele a ignore. Esta máxima expressa assim a dependência-subordinação face aos funcionários do Estado, ou seja, aos fazedores, os guardiões e os aplicadores da lei, das massas populares cuja ignorância (o segredo) da lei é uma característica desta lei e da própria linguagem jurídica. A lei moderna é um segredo de Estado, fundadora de um saber açambarcado pela razão de Estado.⁴⁰⁶

Pelo exposto há que se reconhecer que o ensino do direito proposto serve para combater a dita opacidade.

3.6.8. A LUTA POR DIREITOS

Em sua obra clássica *A luta pelo direito* Ihering defende que o embate na defesa dos direitos que são reconhecidos aos indivíduos, quando estes o fazem valer contra as autoridades ou contra os infratores, é necessário para evitar que o sentimento de direito se enfraqueça numa sociedade e a tirania se instaure. Por isso ele vai além e diz que a luta é um dever para consigo mesmo e para com a sociedade: "O grau de energia com que o sentimento jurídico reage contra uma lesão do direito é a meus olhos uma medida certa da força com que o indivíduo, uma classe ou um povo compreende, por si e pelo fim especial da sua vida, a importância do direito [...]".⁴⁰⁷ A luta "é o trabalho eterno do

⁴⁰⁶ POULANTZAS, Nicos. *O estado, o poder, o socialismo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985, p. 101.

⁴⁰⁷ IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. 17ª ed. Trad. João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 87.

direito". "Só na luta encontrarás teu direito".⁴⁰⁸ Ihering foi um precursor do positivismo jurídico. Por tal razão a luta que ele preconiza nessas passagens e em toda a sua obra diz respeito ao direito que já está posto e consagrado aos indivíduos, que se é objeto de uma lesão e não é remediado pelos mecanismos legais, causa na pessoa —e por fim em toda a sociedade que repita essa conduta— uma complacência em favor de injustiças.

No Brasil alguns movimentos sociais vêm invocando a idéia de Ihering de um modo diverso ao cogitado por ele: a luta por direitos futuros. Esta luta é velha na história da humanidade. As leis das Doze Tábuas e a Carta Magna são apenas dois exemplos de leis que resultaram de conflitos. Logo a concepção de Ihering é referente uma luta que é muitas vezes o resultado final de muitas outras lutas prévias. Atento a este detalhe, Ferrajoli diz que

a luta pelo direito acompanha todos os momentos da vida dos direitos: não apenas a sua conservação, mas também a sua fundação ou transformação. [...] A luta pelos direitos não apenas é um instrumento de defesa dos direitos violados. É também o lugar e momento de elaboração e reivindicação de novos direitos, pela tutela de novas carências individuais ou coletivas. Pode-se tranquilamente afirmar que não houve nenhum direito fundamental, na história do homem, que tivesse caído do céu ou nascido de uma escrivanhinha, já escrito e confeccionado nas cartas constitucionais. Todos são frutos de conflitos, às vezes seculares, e foram conquistados com revoluções e rupturas, a preço de transgressões, repressões, sacrifícios e sofrimentos: primeiro, os direitos à vida [...] e por fim os direitos sociais.⁴⁰⁹

A luta de Ihering é *pelo* direito. Digamos que esta luta proposta por Ferrajoli é *por* direitos. Para uma ou outra há de ser importante uma aprendizagem do direito, seja para conhecer o direito que se tem, seja para conhecer o direito a que se tem direito.

⁴⁰⁸ IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*, p. 87.

Em suma, neste capítulo foram tratados os seguintes temas que permitem oferecer um embasamento para a proposição contida nesta tese.

Iniciou-se com o conceito de ação social e a sua importância ao estipular a conduta individual como o elemento a partir do qual se estruturam as relações sociais. A ação social é auto-referencial, na medida em que, a partir de alguns pressupostos lingüísticos compartilhados pelos agentes sociais, pode se dar uma cooperação que faculta uma racionalidade orientada para o entendimento. Deste modo o agir comunicativo se posiciona na base da configuração da ordem social, a partir do convívio privado. Daí se conforma a esfera pública.

Nas sociedades contemporâneas o consenso se dá por um entendimento comunicacional que deve contar com o direito como um elemento mediador. Este simplifica a busca de entendimento nas sociedades pluralistas e complexas, pois é uma linguagem universalizante que pode se traduzir proveitosamente em relação ao direito pela sustentação da sua positividade, por validar a argumentação, por dar-lhe legitimidade e por gerar a aceitação do direito pelos destinatários.

A construção do direito de forma reflexiva e democrática se desenvolve a partir da linguagem natural ordinária (mundo da vida). Daí ele se submete a um arranjo comunicativo institucionalizado juridicamente. Finalmente ele adquire um papel central como *medium* regulador legítimo da convivência entre indivíduos. Como conseqüência se tem uma interação social baseada em um sistema lingüístico que permite um entendimento voluntário, igualitário e livre entre os membros de uma comunidade. O

⁴⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal..* Trad. Ana Paulo Zomer, Fauzi

resultado é um incremento nas possibilidades de previsibilidade e calculabilidade dos comportamentos próprios e alheios, tudo em nome da segurança jurídica. Isto depende obviamente da compreensão e da precisão das normas jurídicas, que necessariamente têm que ser públicas, no sentido de conhecidas e entendidas por todos os destinatários.

Um processo democrático é uma condição para produção de um direito legitimamente legislado, que traz como complemento o acompanhamento dos destinatários na interpretação e na aplicação do direito. Para isto é imprescindível que os sujeitos sejam devidamente informados e que tenham discernimento para entender as leis. A participação de todos os envolvidos nas práticas jurídicas, desde a sua criação e até a efetivação dos direitos faz parte de um processo de aprendizagem vinculado ao processo político.

A educação é uma prática que visa principalmente a formação dos sujeitos para o convívio social. Uma etapa da educação consiste na formação cívica, na qual o indivíduo toma contato com os valores e regras que comandarão a sua vida dentro do coletivo. Desde Roma nota-se a importância do conhecimento do direito por todos os destinatários do processo educativo. Isto oportuniza duas conquistas práticas voltadas para um convívio mais harmonioso em sociedade: primeiro o conhecimento do direito permite combater o lado “opaco” deste; segundo, a luta pelo direito será exercida de modo mais qualificado a partir do conhecimento de direitos já positivados. Esta luta certamente terá em vista a conquista de novos direitos.

CONCLUSÃO

No primeiro capítulo tratou-se de demonstrar que na passagem da idade média para a idade moderna ocorreu um processo de racionalização do direito que marcou a história ocidental com a idéia de impessoalidade da lei.

Nessa época o direito e toda a cultura passaram por significativas transformações, em especial pelo grande desenvolvimento do conhecimento científico. No direito a consequência foi uma progressiva racionalização formalista, cada vez mais fundada numa *ratio scripta*. A partir da descoberta do *Corpus Iuris Civilis* no século XI a cultura jurídica circundou o direito civil moderno e se desenvolveu com uma progressiva tecnicização do direito. A cultura civilista passou a embasar o pensamento jurídico. A especialização do conhecimento técnico-jurídico e o restrito controle da criação e da aplicação das normas jurídicas alijavam os cidadãos comuns de qualquer intervenção no direito, o qual atendia cada vez mais aos interesses das classes dominantes. O resultado foi o monopólio da administração pública pelos juristas e a formação de um saber jurídico autônomo, humanista, leigo, erudito, e acima de tudo afastado das possibilidades de conhecimento por parte dos indivíduos comuns.

O monopólio do direito se consolidou com o advento da modernidade, por força das qualidades técnicas que o instrumentalizavam adequadamente ao novo paradigma positivista, marcado por interesses emancipatórios baseados numa renovação ética,

política e social correspondente aos novos tempos e ideais de liberdade e autonomia. O atendimento racional das necessidades de sobrevivência era a nova base da cultura da época, em substituição às preocupações morais e de ordem natural. A complexidade social em andamento exigia soluções técnicas para a esta nova concepção da ordem social. Este conjunto de fatos propiciou a formação de uma cultura jurídica racionalizada, formalista, com pretensões de neutralidade, cada vez mais complexa e, por todas estas razões, a formação de um direito cada vez mais afastado do senso comum dos seus destinatários.

A dessacralização do direito conduziu à sua positivação, consubstanciada num conhecimento técnico centrado em si mesmo e autônomo. Estas características se adequavam às tendências da sociedade em rápida transformação, porque propiciava critérios de segurança e precisão interpretativa a partir de um direito legislado e publicado. Estas características correspondiam aos interesses da burguesia em ascensão, que nelas encontrava meios para proteção de seus interesses econômicos, culturais e políticos, principalmente pela possibilidade de modificar as leis para atender aos interesses contingentes a cada época e lugar. Isto tudo permitiu que o direito passasse a ser utilizado como um instrumento para modificar planejadamente a sociedade.

Sucessivamente à positivação houve uma reestruturação formal e hierárquica do direito sob um rigoroso sistema lógico marcado pela abstração e a generalidade, cujo apogeu foi atingido com as codificações do século XIX. A perfeição técnica e a coerência lógica dos códigos visavam atribuir abrangência, previsibilidade, segurança e completude aos sistemas jurídicos. Estes fenômenos consolidaram a concentração do

poder político na esfera estatal e produziram um distanciamento entre o conteúdo normativo e a facticidade social. Nestes termos se estabeleceu uma cisão entre o direito público e o direito privado. O primeiro regulando as relações verticais entre os cidadãos e o estado; o segundo acolhendo as relações privadas entre os indivíduos, sob a regência do princípio da autonomia individual. A falta de correspondência entre a realidade social e o conteúdo das normas abstratas agravou-se por ser expressão de interesses de segmentos minoritários da sociedade que logravam ser politicamente atuantes. Assim, mesmo quando em nome da vontade geral, a realidade legislativa ocorria motivada pela vontade de alguns cidadãos com acesso às decisões políticas, pela potestade dos governantes e pela influência de doutores que detinham conhecimento especializado. Observa-se que nestas circunstâncias a participação dos cidadãos em geral continuava distante da criação do direito.

O fechamento sistêmico do direito civil a fontes heterônomas e a abstração das suas normas não atendiam às novas demandas de uma sociedade em acelerada transformação. A vida social cada vez mais complexa passou a provocar a criação de leis especiais destinadas a atender necessidades contingentes. Começa assim uma proliferação de normas que criaram uma nova realidade conhecida como descodificação do direito civil, e com isto a superação da centralidade e da exclusividade do código civil.

As novas legislações especiais abandonam a universalidade, a neutralidade, a generalidade e a precisão lingüística que marcavam as codificações. Neste contexto se configura uma nova atuação do estado que passa a ser receptivo a demandas de setores

da sociedade. O estado assume também uma nova função, a de protagonizar políticas legislativas voltadas ao atendimento de prioridades dos interesses da população. Tem-se assim a configuração do estado social.

A força participativa setorial abriu uma nova fase ao influenciar externamente as decisões administrativas e a criação de leis, mas isto causou uma abertura ao sistema normativo. A reação unificadora ressurge com a constituição concebida como fonte da qual tudo parte e centro para onde tudo converge. Trata-se de um poder de vinculação que atinge todas as manifestações jurídicas, especialmente no que diz respeito aos valores substanciais para a sobrevivência digna. É o momento da universalização das possibilidades de participação e reivindicações dos indivíduos que antes participavam apenas formalmente do embate político.

A passagem do estado de direito liberal para o estado social reflete várias conseqüências: a) a superação da dicotomia entre direito público e direito privado; b) a superação das possibilidades participativas meramente formais para uma participação substancial que exige o cumprimento de direitos sociais; c) a possibilidade de o estado agir até mesmo no âmbito privado em nome da segurança pública e da justiça social (v.g. a função social da propriedade e dos contratos). E num sentido geral identifica-se a superação dos valores cristalizados nas codificações e que refletiam o ideário burguês individualista, patrimonialista, e voluntarista da época. Atualmente, sob a égide do estado social, há a primazia dos valores existenciais centrados na dignidade da pessoa, nos fins sociais e no bem comum.

Em suma, neste capítulo se expuseram os fatos que marcaram o primado da esfera individual a partir da impessoalidade das leis gerais e abstratas. A alavanca que impulsionou esse primado foi o direito civil, que consagrava o individualismo sob a proteção da autonomia privada. Disto resultou uma realidade normativa distanciada da realidade social, não só pelo conteúdo abstrato e geral das leis, mas especialmente pelo alheamento de grande parte da população das possibilidades participativas concretas do processo político. A uma situação de desigualdades sociais sucedeu uma revitalização do direito público sobre o direito privado, superando-se com isto a histórica cisão que resguardava de influências externas a esfera privada como âmbito da autonomia individual. **Sob o império da autonomia da vontade não era exigido do indivíduo mais que saber as situações nas quais que ele podia exercer a sua autonomia. Mais tarde, como reação ao primado da autonomia houve a criação progressiva de normas que invadiam o domínio privado. Com isto,** se verifica a superação de uma realidade estatal marcada pelo individualismo afirmado por um formalismo jurídico. Isto marca também a perda da centralidade do direito civil no sistema jurídico para um modelo de sociedade regida constituição. A consequência nuclear disto tudo é a primazia da afirmação substancial de direitos públicos que exaltam o caráter social da vivência humana com dignidade, em superação da primazia do individualismo até então preconizado pelo direito civil. A superação do individualismo pelo estado social foi um fenômeno claramente caracterizado ao longo do texto, principalmente por autores como Tepedino, Bodin de Moraes, Francisco Amaral e Perlingieri.

A superação do individualismo inerente ao estado liberal de direito se deu com o advento do estado social, e a evidência disto no universo jurídico reside na constitucionalização do direito civil. A constitucionalização tem permitido a regulamentação, pelo estado, de relações entre indivíduos de um modo antes impensável. Um exemplo disto são as disposições atuais sobre o poder familiar. Se eventualmente algum governo, sob a égide do estado social, julgar válido por alguma razão instituir o ensino do direito como um projeto político, há que se reconhecer que na constituição que o sustenta ele terá amparo para levá-lo a cabo. Isto significa inclusive um incremento no direito social à educação, com reflexos no exercício da cidadania. Esta possibilidade foi mais amplamente analisada nos capítulos seguintes.

No segundo capítulo explanou-se a transição do paradigma individualista centrado na autonomia do sujeito para uma concepção de primazia dos interesses sociais, esta foi a marca da passagem do estado legislativo ao estado social. O instrumento que consolidou esta passagem foi a constituição, com seu poder vinculativo a todas as manifestações jurídicas. A consequência foi o fim da cisão entre o direito público e o direito privado. O distanciamento entre a realidade social e o conteúdo das normas gerais e abstratas é o desafio a ser solucionado em prol do atendimento das demandas emanadas de uma sociedade marcada por desigualdades.

A crescente complexificação técnica e cultural da sociedade foi marcada por uma proliferação de normas jurídicas promovida por parcelas da população que conseguiam se manifestar ativamente. Estas minorias que faziam valer seus interesses ocasionaram legislações voltadas a atender particularismos, e com isto a coerência política da

comunidade dos destinatários das leis decaía na medida em que a lei deixava de representar os interesses comunitários. A lei passa a ser um instrumento e uma fonte de instabilidades num sistema jurídico descentralizado pela produção de normas especiais.

A busca de alternativas para superar o distanciamento entre a normatividade e a realidade social da maioria da população passou a ser a preocupação de juristas engajados na defesa de uma práxis legitimadora que revestisse a constituição com um caráter verdadeiramente unificador da sociedade. Neste sentido se destacaram os pensamentos de Häberle, Zagrebelsky e Ferrajoli, os quais comungam de uma idéia de legitimação do direito, a qual depende de uma complementação externa que leve em conta a participação dos destinatários das normas. A linha comum entre eles se evidencia nas seguintes propostas dos autores: a de Häberle, de uma comunidade aberta de intérpretes da constituição; a de Zagrebelsky, consistente em um direito dúctil que encontre uma maior interação com a sociedade através de uma constituição aberta; a de Ferrajoli, de que a legitimação do estado e do direito se dê através de uma legitimação formal, baseada no princípio de legalidade, e de uma legitimação substancial gerada pela capacidade de tutelar os direitos fundamentais.

A participação dos destinatários como elemento legitimador do estado e do direito tem de ser concebida como parte do processo político, seja no aspecto da legislação ou da interpretação do direito. Esta participação voltada à legitimação só pode se dar através de relações intersubjetivas regidas por exigências comunicacionais e pelos direitos fundamentais.

Essa demanda de legitimação externa só pode ser suprida de forma qualificada, cidadã e democrática mediante um requisito: que a participação legitimadora dos destinatários seja precedida pelo conhecimento do direito. No entanto isto não é explicitado pelos autores consultados como uma condição central. Por isso este tema foi desenvolvido no capítulo seguinte.

O terceiro capítulo foi dedicado à operacionalidade da legitimação externa do estado e do direito, levando em conta a conduta dos sujeitos. De acordo com a teoria da ação de Weber as relações sociais consistem em comportamentos com regularidade de sentido da ação por parte dos indivíduos. Logo, para apreciar-se o grau de legitimação da organização social através da participação dos agentes sociais, há que se levar em conta as condutas individuais que se manifestam como expressão de um sentido atribuído pelos agentes. Para Weber a compreensão do sentido da ação é apreciável do ponto de vista psicológico. Assim a racionalidade do nexos causal entre as motivações subjetivas e os resultados esperados por tal prática é o que define a racionalidade da ação *puramente racional quanto aos fins* desejados. Já o desvio dessa correspondência entre a ação e os resultados previsíveis caracterizariam a irracionalidade da ação quanto aos fins —é o que ocorre com ações motivadas afetivamente.

As dificuldades de compreender o sentido da ação nos termos weberianos encontram uma redução de complexidade na teoria desenvolvida por Habermas, que estabeleceu uma distinção entre condutas de ação e de fala. A importância desta distinção sobressai do ponto de vista de um terceiro observador. A investigação das motivações do agente nos comportamentos de ação (atividades não lingüísticas) requer

que se leve em consideração a contingência na qual ocorrem tais ações. Já as atividades lingüísticas facultam um entendimento por si mesmas, pois são auto-referenciais (desde que apresentem alguns pressupostos lingüísticos). As interações comunicativas exigem uma cooperação dos destinatários, o que faculta uma racionalidade orientada para o entendimento. Isto possibilita superar o egocentrismo de uma orientação pela busca racional do sucesso próprio (atividade não lingüística), em favor de uma submissão a critérios públicos que objetivam um acordo comunicacional (atividade lingüística). A partir desta distinção, Habermas coloca o agir social na base da configuração da ordem social. A ação social inserida no mundo da vida permite uma concepção mais ampla da composição da sociedade, ao levar em conta as ações e os sistemas estruturados, onde ocorrem cotidianamente as relações sociais. Neste sentido a ordem social tem sua gênese na remota formação de uma esfera privada, e a partir desta se configura a esfera pública propriamente dita.

Nas sociedades contemporâneas a questão do consenso viabilizado por um entendimento comunicacional passou a contar com um elemento mediador: o direito. Institui-se assim uma racionalidade mediada pela linguagem e voltada ao entendimento de acordo com o direito. Neste sentido o direito moderno, integrado a processos comunicacionais, simplifica a busca de entendimento nas relações intersubjetivas através de dois aspectos: o da positividade e o da pretensão à aceitabilidade racional do direito como argumentação válida. Isto coloca em evidência a questão da legitimidade do direito no sentido de aceitação por parte dos sujeitos. Para tanto a natureza convencional

derivada das noções de autolegislação (autonomia privada) e autonomia política são elementos fundamentais para a justificabilidade da coerção inerente ao direito.

O exercício da autonomia privada e da autonomia política é basilar para o aperfeiçoamento do uso do poder estatal e do direito. É deste patamar que as práticas de contrapoder, institucionalizadas através do direito, podem viabilizar um equilíbrio a favor da democracia na tensão entre norma e realidade social. É neste contexto que uma noção de democracia radical se torna uma condição para a existência de um estado de direito que tenha como escopo recuperar e conservar a solidariedade social através das estruturas jurídicas.

Segundo Habermas o apego ao direito numa democracia deve-se à capacidade reflexiva deste, segundo acolha a participação de todas as comunicações no processo de institucionalização da opinião pública, na forma de normas jurídicas. É justamente nesta qualidade que as comunicações mediadas pelo direito se expõem a um contato com a linguagem natural ordinária, pela qual passam as realizações de integração e entendimento a partir do mundo da vida. O direito se centraliza como *medium* regulador legítimo da convivência entre indivíduos que têm recíprocos direitos. Nestas condições a legitimidade do direito procede de um arranjo comunicativo institucionalizado juridicamente. A autonomia privada e a autonomia política se realizam como autolegislação através da teoria do discurso, num processo no qual os destinatários são simultaneamente autores dos seus direitos. O princípio da democracia —garantia de igualdade e participação— constitui a base procedimental para uma normatização

legítima do direito, o qual obtém sua validade no consentimento de todos os participantes livremente associados e arrançados comunicativamente.

A operacionalização do princípio do discurso requer um sistema de direitos e um sistema lingüístico que permitam um entendimento voluntário, igualitário e livre entre os membros de uma comunidade. A função do direito como estabilizador de expectativas de comportamento depende das possibilidades de previsibilidade e calculabilidade das conseqüências do comportamento próprio e alheio, tudo em nome da segurança jurídica. Mas isto depende diretamente da compreensibilidade e precisão das normas jurídicas, que necessariamente têm que ser públicas, no sentido de conhecidas e entendidas por todos os destinatários. Tem-se assim um estado de direito a serviço da auto-organização política de uma comunidade, e sua legitimidade se assenta no princípio do discurso institucionalizado juridicamente como um princípio da democracia.

A efetivação dos direitos fundamentais e dos princípios do estado de direito, enquanto pressupostos da autoconstituição de uma comunidade de parceiros em condições de igualdade e liberdade, caracterizam um estado democrático de direito. Mas para um estado se adequar a esta qualificação será necessário que leve em conta a possibilidade de participação de cada pessoa e a sua concepção a respeito da própria sociedade, tanto na criação quanto na aplicação do direito. Esta é uma proposta voltada a superar um discurso elaborado exclusivamente por especialistas detentores de conhecimentos técnicos e isolados da arena política. É necessário reconhecer que os processos democráticos antecedem informalmente a produção de um direito legítimo, se concretizam num processo legislativo e se complementam no acompanhamento da

interpretação e na aplicação do direito legislado. Efetivando-se a participação dos membros da comunidade nos processos de interpretação e aplicação do direito, ter-se-á uma mudança paradigmática com uma nova visão de justiça social.

O direito no estado social assume o problema da distribuição justa de chances de vidas, o que implica uma promessa de emancipação e promoção da dignidade humana sob auspícios de liberdade e igualdade. Isto se materializa por meio do exercício dos direitos subjetivos e da autonomia pública na criação dos direitos e sua efetivação. Nas sociedades complexas o desafio maior se encontra nas possibilidades de superação de um paternalismo do estado, o que só poderá ser possível através da efetiva capacidade dos agentes sociais autotutelarem seus direitos, recorrendo ao estado somente em casos complexos que não tenham sido solucionados através do consenso. Para tanto é imprescindível que os sujeitos sejam suficientemente informados e que tenham discernimento para entender tais direitos, podendo posteriormente mobilizar os aparelhos estatais para buscar a efetivação dos mesmos. A participação de todos os envolvidos nas práticas jurídicas, desde a criação até a implementação e a efetivação dos direitos, faz parte de um processo de aprendizagem acoplado ao processo político como um todo. Isto ocorre até mesmo nos casos em que se torne necessária a intervenção de profissionais especializados para agir em procedimentos jurídicos que exijam conhecimento técnico complexo. Esta perspectiva de aprendizagem também compreende uma oportunidade para a reflexão crítica. Tanto a aprendizagem e a reflexão são elementos indispensáveis para a adequação do direito ao contexto social e à concepção de mundo que os participantes têm em cada época.

Este processo de aprendizagem que ocorre por meio do engajamento dos sujeitos nas práticas jurídicas é parte de um sistema de cognição mais amplo. A aquisição de conhecimentos acompanha a existência de todos, e a transmissão das informações é definida geralmente como educação.

Em termos gerais a educação envolve a transferência de conhecimentos e valores culturais entre as gerações de sujeitos de uma sociedade. A forma e o conteúdo das informações tendem a reproduzir ou inculcar reflexões de um modo de ser e uma concepção de mundo que as pessoas têm ou vivenciam. Em termos mais específicos pode-se conceber a educação como uma atividade organizada visando determinados fins, principalmente a formação dos sujeitos para o convívio social. Assim a educação prepara para a vida e para a cidadania. Isto último era o fundamento da educação na Grécia e em Roma. Na Grécia predominava uma orientação para a liberdade civil e para o aperfeiçoamento da personalidade individual. Em Roma a educação era dedicada para a formação de bons cidadãos através do direito. Na sociedade romana o direito era ensinado às crianças no ambiente familiar. Esta prática inculcou e disseminou um sentido de cumprimento do direito muito característico do espírito romano marcadamente prático e utilitário. A educação romana inculcava o papel central da família e a importância do coletivo sobre o individual.

Outro fator que estendeu a um número maior de cidadãos o conhecimento do direito foi a laicização deste, que ocorreu quando os leigos também tiveram acesso à interpretação e aplicação das leis em virtude da perda do monopólio do saber jurídico por parte dos pontífices. O direito deixou de ter no segredo a chave do poder. Passou-se

então a conceber definitivamente o direito como uma técnica ou uma função do estado, não mais como um conhecimento hermético e de poucos.

Na idade média o direito foi profundamente influenciado por concepções metafísicas e a educação foi tida como um ingrediente de conscientização religiosa e de adestramento de acordo com os ditames de tal concepção. A partir do humanismo renascentista ocorreu uma reformulação nos processos educativos por conta da influência das inovações filosóficas e científicas. A reforma, a contra-reforma, a laicização da instrução, as universidades, as escolas populares e o caráter nacional da educação coexistiram com o ideário burguês que se desenvolvia.

A hegemonia da classe burguesa marcou época em termos educacionais ao instituir a escola como uma exigência universal da vida social e econômica, e não mais apenas da vida cultural e política. A partir de então a educação em geral é um elemento indispensável ao exercício da cidadania. O ensino do direito, em qualquer âmbito, é um subsistema dessa educação. Por isso ele também tem relevância na formação da cidadania. A progressiva ampliação da cidadania a partir da revolução francesa foi marcada pela institucionalização da educação e do direito a ela proclamado na Declaração universal dos direitos do homem. A educação passou a ser concebida como um importante instrumento de transformação social, e a sua universalização se consagrou como conquista do Terceiro Estado.

Desde então a ampliação da cidadania tem se dado pelo aumento do número de indivíduos que a exercem e pela ampliação de seu conteúdo que paulatinamente passa da

mera formalidade a uma busca de substancialidade. Neste sentido recai sobre o ensino institucionalizado uma responsabilidade social e política. Sob a égide do estado social este conceito terá de incluir uma consciência solidária em prol da dignidade humana. A escola pública é um lugar privilegiado para a transmissão desse conhecimento, e um dos veículos mais apropriados é o ensino do direito. Neste poderá dar-se uma melhor compreensão dos direitos fundamentais e o que eles supõem no estado social: uma relação harmoniosa entre os direitos de todos os indivíduos.

A educação é um direito fundamental, e nela se pode incluir, com amplo fundamento pedagógico comprovado pela história, o ensino jurídico. Do ponto de vista didático o direito não é uma disciplina inferior em importância à matemática ou à geografia. Se o ensino deve ter em vista uma formação para o exercício da cidadania, a inclusão do direito não pode ser visto com descaso. O ensino do direito institucionalizado na educação obrigatória poderá propiciar avanços quantitativos e qualitativos na luta pela concretização substancial da democracia.

O ensino escolar do direito é defendido expressa ou implicitamente por autores renomados do direito e da filosofia política: Carnelutti, Cárcova, Poulantzas e Habermas.

As vantagens deste ensino se manifestam em pelo menos dois fatores práticos: por um lado tal conhecimento disseminado na população ajuda a combater a “opacidade” do direito. A opacidade do direito resulta do desconhecimento generalizado das regras jurídicas. Por outro lado a luta pelo direito será exercida mais qualificadamente mediante

o conhecimento dos direitos já positivados e será imprescindível para a consolidação da conquista de novos direitos.

Em síntese, os aportes teóricos do primeiro capítulo demonstraram a construção e o desenvolvimento **da noção de sujeito de direito com forte amparo na autonomia individual**. Isto facultava ações com um certo grau de liberdade no sentido de independência moral ou intelectual nas relações de ordem privada. Posteriormente se verificou um processo de limitação dessa autonomia por influências heterônomas à vontade privada. As relações privadas passaram a se submeter a condições impostas por força de lei, daí que a autonomia moral precedente deixa de ser a razão primordial em tais relações. Esta última conformação se consolidou nos estados sociais, mais receptivos às demandas substanciais da sociedade e estendendo sua atuação ao âmbito privado. A influência de alguns grupos organizados na elaboração das leis e das decisões administrativas realçou a maleabilidade do direito para atender demandas setoriais, ou por mera manipulação pelos detentores do poder, o que resultou numa proliferação de leis especiais.

O questionamento sobre a legitimidade e as funções do direito foi a reação desencadeada pela propagação de leis particularistas e pelas novas possibilidades instituídas pelo constitucionalismo que passou a vincular todo o sistema jurídico. A legitimação procedimental e formalista mostrou suas deficiências, e a busca de uma legitimação substancial pela via democrática passou a ser concebida como uma solução. Neste sentido Zagrebelsky propôs que em função da ductibilidade o direito exige um cuidado de todos; Häberle indicou a necessidade de uma participação da sociedade na

interpretação constitucional; e Ferrajoli sugeriu a luta pelos direitos visando à efetivação dos direitos fundamentais. A isto se acrescenta a proposta da democracia radical de Habermas. Este autor concebeu como um processo de aprendizagem e reflexão o engajamento comunicacional dos sujeitos nos processos de tomadas de decisões. Tal democracia é dita radical porque compreende como processo de aprendizagem e possibilidade reflexiva todas as ações intersubjetivas, desde as relações informais que ocorrem no mundo da vida até as interações políticas e jurídicas que compõem os processos legislativos, interpretativos e de aplicação das leis. Tem-se assim uma complementaridade entre a autonomia individual e a autonomia política. Todos esses autores são enfáticos na necessidade dos estados democráticos se legitimarem a partir da participação dos destinatários, de acordo com as peculiaridades de cada teoria. O que nesta tese se buscou demonstrar é que, seja qual for o procedimento de participação dos destinatários das normas, há de se levar a sério um dado central: o conhecimento do direito como instrumento regulador da previsibilidade e da calculabilidade das conseqüências das ações das quais os agentes podem tomar consciência. Aplicam-se aqui as vantagens derivadas da distinção weberiana entre racionalidade e irracionalidade. Weber considera como irracional o sentido da ação que se apresenta desviado de um sentido previsível, isto tendo como critério a construção racional ideal pura da ação consciente e voltada para atingir determinados fins.

Nestas condições a compreensão do direito é fundamental para que os agentes possam prever as conseqüências das suas próprias condutas com autonomia e possam visar a uma maior eficácia; otimizar os resultados desejados para suas relações

intersubjetivas. No entanto o conhecimento do direito é tema complexo sobre o qual nem mesmos os especialistas conseguem um domínio total. Por isto o recurso a tais profissionais será sempre necessário em algumas situações, mas o que se pretende é defender a hipótese que mesmo com conhecimentos rudimentares a autotutela dos direitos e o controle do uso do poder seriam maximizados. Resta por último tratar da transmissão do conhecimento do direito. Por tratar-se de um saber estruturado em um discurso técnico e muito complexo a sua cognição poderia ser vantajosamente transmitida pela educação formal. E mais, é justamente no ensino formal obrigatório que a educação para a cidadania propiciaria a consecução dessa tarefa atendendo ao princípio da igualdade de chances para todos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. Rev. Ivone Castilho Benedetti. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, 1014 p.

AGUDO RUIZ, Alfonso. *La enseñanza del derecho en Roma*. Madrid: Reus, 1999. 164p.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. São Paulo: Renovar, 2003, 659 p.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Constituição e codificação: primórdios do binômio*. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais Constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 861 p.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania, direitos humanos e democracia: reconstruindo o conceito liberal de cidadania*. In Silva, Reinaldo Pereira e (organizador). *Direitos humanos como educação para a justiça*. São Paulo: LTr, 1998. p. 123-134.

ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. *A Reação Norte-Americana aos Atentados de 11 de Setembro de 2001 e seu Impacto no Constitucionalismo Contemporâneo: Um Estudo a Partir da Teoria da Diferenciação do Direito*. Tese de doutorado: Programa de Pós-

Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.
2004. 417 p.

ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. Trad. Sergio Bath. Revisão da trad. Áureo Pereira de Araújo. 4ª. ed. São Paulo: Marins Fontes, 1993, 540 p.

BENÍTEZ, Luiz Bráulio Farias. *A burocracia, o Direito e a educação Formal: requisitos para a integração social*. Dissertação de Mestrado. UFSC-CPGD, 1996, 163 p.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Coordenação da tradução João Ferreira; Trad. Carmen C. Varrialle *et ali*. 4ª ed. 2 Vol. Brasília: Edunb, 1992, 1318 p.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade: para uma teoria geral da política*. 3ª ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990, 178 p.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 11ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, 217 p.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 1995, 239 p.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, 230 p.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998, 755 p.

BRUBAKER, William Rogers. Verbetes “racionalização”. In: OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom; *et alii*. *Dicionário do pensamento social do século XX*. Trad. Álvaro Cabral e Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Zahar, 1996, 970 p.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discrecionalidade administrativa no estado constitucional de direito*. Curitiba: Juruá, 2001, 195 p.

CADEMARTORI, Sergio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. 188 p.

CAENEGEM, R. C. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, 288 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, 1522 p.

CÁRCOVA, Carlos Maria. *A opacidade do direito*. Trad. Edílson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1998, 204 p.

CÁRCOVA, Carlos María. Sobre la comprensión del derecho. In: Marí, Enrique e outros. *Materiales para una teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991. p. 219-231.

CÁRCOVA, Carlos Maria. *Derecho, Política y Magistratura*. Buenos Aires: Biblos, 1996, 191 p.

CARNELUTTI, Francesco. *Cómo nace el derecho*. 3ª ed. Bogotá: Temis, 1997, 87 p.

COHN, Gabriel (org.) e Fernandes, Florestan (coord.). *Weber: Coleção Grandes Cientistas sociais*. 7ª ed. São Paulo: Ática, 2000, 167 p.

COSTA, Joaquín. *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones: el status individual, el referéndum y la costumbre*. Fonte: www.cervantesvirtual.com/ Consulta em 5 de maio de 2006.

DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil: Teoria Geral*. 3ª edição. Taquigrafado por Victor Bourhis Jürgens. Revista e atualizada por Gustavo Tepedino *et. al.* Rio de Janeiro: Forense, 2001, 351 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas. 1991, 180 p.

DURANT, Will. *A história da filosofia*. São Paulo: Nova Cultural, 1996, 480 p.

ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961. 493 p.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. 9ª ed, Vol. I. São Paulo: Globo, 1991, 750 p.

FAORO, Raimundo e LAMOUNIER, Bolívar. Verbete “Cidadania”. In: *Enciclopédia Mirador*, volume V. São Paulo, Encyclopaedia Britannica do Brasil, 1986, p. 2392-2394.

FASSÓ, Guido. *Historia de la filosofía del derecho*. 5ª ed. Madrid: Ediciones Pirámide, S. A. 3 v.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüidad a nuestros días*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1999, 169 p.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria geral do garantismo penal*. Trad. Ana Paulo Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista do Tribunais, 2002, 766p.

FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1993, 355 p.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de Direito Constitucional brasileiro*. vol. Rio de Janeiro, Revista Forense, 1958, 230p.

FREITAG, Bárbara. *O indivíduo em formação*. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2001, 112 p.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. A. M. Hespanha; L. M. Macásta Malheiros. Lisboa: Calouste Goubelkian, 1988, 813 p.

GIRGLIOLI, Pier Paolo. Verbete “Burocracia”, In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Coordenação da tradução João Ferreira; Trad. Carmen C. Varrialle *et ali*. 4ª ed. 2 Vol. Brasília: Edunb, 1992, 1318 p.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris. 55p.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, 397 p.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I e II. Tradutor: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 354p.

HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 67.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SafE, 1991, 34 p.

HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas, 88 p.

HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX – 1914-1991*. Trad. Marcos Santarrita. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, 598 p.

HONNETH, Axel. Jürgen Habermas: percurso acadêmico e obra. In: *Revista Tempo Brasileiro*, jul.-set.-nº 138 — 1999 – Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, ed. Trimestral.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Sales. Verbetes "dúctil" In: *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. 2922p.

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. 17ª ed. Trad. João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 1999, 88 p.

JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. Rio de Janeiro, 1991, 265 p.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990, p. 130.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug *et alii*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 237-298.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 427p.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da constituição? In: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug *et alii*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 237-298.

KOEHLER, Henrique. *Dicionário Latino-Português*. 14ª edição. Rio de Janeiro: Globo, 1960, 344 p.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 3ª ed. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1992, 257 p.

LEFORT, Claude. *Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade*. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, 331 p.

LESTER Lester Smith, W. O. *Education*. 2ª ed. Londres, Penguin, 1976, 248 p.

LEVI, LUCIO. Verbete “Legitimidade”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política. Coordenação da tradução João Ferreira; Trad. Carmen C. Varrialle et ali. 4ª ed. 2 Vol. Brasília: Edunb, 1992, 1318 p.*

LYRA FILHO, Roberto. *Que é direito*. 5ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1985. 132 p.

MARRAMAO, Giácomo. *Céu e terra: genealogia da secularização*. Trad. Guilherme Alberto Gómez de Andrade. São Paulo: UNESP, 1997.

MARTINS—COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 861 p.

MATTEUCCI, Nicola. Verbete “Constitucionalismo”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política. Coordenação da tradução João Ferreira; Trad. Carmen C. Varrialle et ali. 4ª ed. 2 Vol. Brasília: Edunb, 1992, 1318 p.*

MEA, Giuseppe. Verbetes *mite* e *mitezza*. In: *Dicionário de Italiano-Português*. Porto: Editora Porto, 2000. 1118p.

MELLO, Guiomar Namó de *et alii*. *Educação e transição democrática*. São Paulo: Cortez, 1986, 134 p.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: forense, 2002. 546 p.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Revista dos tribunais, nº 779, setembro, 2000, p. 22.

MOTTA, Fernando C. Prestes e PEREIRA, Luiz C. Bresser. *Introdução à organização burocrática*. São Paulo: Brasiliense, 1991, 310 p.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Neumann. Revisão: Paulo Bonavides. São Paulo: Max Limonad, 1998, 115 p.

MÜLLER, Friedrich. *Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?* Trad. Peter Naumann. Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre. Porto Alegre: Unidade Editorial da Secretaria Municipal da Cultura, Out, 2000. Ed. Especial, 60 p.

OUTHWAITE, William. Verbetes “legitimidade”. In: OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom *et alii* (org.). *Dicionário do pensamento social do século XX*. Trad. Eduardo Francisco Alves, Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1996, 970 p.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. Madrid: Trotta. 1997, 303 p.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 359 p.

POULANTZAS, Nicos. *O estado, o poder, o socialismo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985, 307 p.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, 393 p.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. São Leopoldo: UNISINOS, 1998, 164 p.

RODRIGUES, Neidson. *Lições do príncipe e outras lições*. São Paulo: Cortez, 1995, 119 p.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Derechos fundamentales*. In: VALDÉS, Ernesto Garzón; LAPORTA, Francisco J (organizadores). *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta, 1996, 501-510.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. Vol. 1. São Paulo: Cortez, 2000, 415 p.

SANTOS, Theobaldo Miranda. *Noções de história da educação*. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1952, 513 p.

SARUP, Madan. *Marxismo e educação: abordagem fenomenológica e marxista da educação*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986, 191 p.

SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salva guardia de la constitución*. Trad. Manuel Sánchez Sarto. Barcelona: Labor, 1931. 235 p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito Constitucional positivo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992, 768 p.

TEPEDINO, Gustavo. Introdução: código civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil-Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 590 p.

VALENTE, Sergio Ruy Polimeno. *Ensino de Direito nas escolas*. Fonte: <http://www.conteudoescola.com.br/site/content/view/171/25/> Consulta em 27 de julho de 2006.

VEGA GARCÍA, Pedro. *La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales: la problemática de la Drittwirkung der Grundrechte*. Disponível em: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/340/32.pdf> Acesso em 20 set. 2005.

WEBER, Max. *Economia y sociedad: esbozo de sociologia comprensiva*. Traducción: José Medina Echevarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora. México: Fondo de Cultura Económica, 1977.

WEBER, Max. *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. Traducción: José Medina Echevarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora. México: Fondo de Cultura Económica, 1983.

WEBER, Max. *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. Edição preparada por Johannes Winckelmann. Trad. José Medina Echavarría *et alii*. México: Fondo de cultura económica, 1997, 1237 p.

WEBER, Max. *Ciência e Política: duas vocações*. Tradução: Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Motta. São Paulo: Cultrix, 1993, p.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, 768 p.

WITKER, Jorge Velásquez. *Metodología de la enseñanza del derecho*. Bogotá: Temis, 1987, 227 p.

WOLKMER, Antonio. Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 2ª ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1997, 223p.

ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Trad. Mariéa Gascón. Madrid: Trotta, 2002, 156 p.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)