

SÍNDROME DE CEFEU E O DESLUMBRAMENTO PÓS-POSITIVISTA

Helio Ricardo Brandão*

Sumário: 1 - Introdução; 2 - As armadilhas de um sistema jurídico excessivamente abstrato; a) Síndrome de Cefeu e a importância das regras; b) Fragilidade dos Direitos Fundamentais em razão de excessiva Ponderação de Interesses; c) Positivismo-democrático.

1 - Introdução

O homem é um ser social. Desde os tempos mais remotos, essa característica marca a trajetória de nossa civilização. Outros animais, inegável, também possuem uma natureza social, buscam a convivência com os seus pares, desenvolvendo sociedades, não raramente, complexas.

As comunidades humanas sempre se formaram em razão de necessidades. Da inquestionável necessidade de contato com nossos iguais, de proteção. Necessidades as mais variadas, de diferentes naturezas. Em algum momento de nossa história, descobrimos que a união de forças permite alcançar objetivos mais rapidamente, como na busca por alimentos, e na construção de abrigos.

O convívio social, traço importante de nossa natureza, trouxe não só benesses, mas, também, desgastes e conflitos. Esses conflitos sociais, no decorrer dos tempos, foram resolvidos de diferentes maneiras.

Com o nosso desenvolvimento no processo civilizatório, passamos da autotutela à jurisdição. Para assegurarmos nossa própria existência, percebemos a inevitável necessidade de reger nosso convívio social, importante face de nossa natureza e fonte de tantos conflitos. Entretanto, em cada momento histórico, tivemos diferentes fundamentos para a legitimação do Direito.

O jusnaturalismo foi a primeira grande escola filosófica a tentar legitimar a existência do Direito. Entre suas ramificações, pode-se destacar duas importantes vertentes: o jusnaturalismo teosófico e o racional.

Na pré-modernidade, configurava-se o Estado Absolutista, fundado na vontade de Deus, representado na Terra pelo rei. As leis existiam em razão de vontade divina, e nela se legitimava.

Com a virada filosófica advinda com a Revolução Burguesa, a Razão passa a ser considerada o epicentro da ação humana, legitimando a existência do Direito. Este existe em razão do ser humano reconhecer a necessidade de regramento da vida social, não por imposição de, suposta, vontade divina.

Com o reconhecimento da Razão como importante fator da vida humana, e, por conseguinte, dos fenômenos sociais nascidos pela ação do homem, importante passo foi dado no processo civilizatório de nossa raça. Outrossim, de forma tão comum, nos perdemos nesse caminho, percorrendo obscuras sendas antidemocráticas.

O Racionalismo francês, fruto do caráter sacramental e de mito impingido à Razão, fomentou graves erros, mais potencializando e projetando injustiças, do que sendo o elemento emancipatório que dele se espera ser.

Essa crença absoluta e, "irracional", no poder da Razão, conferiu à lei equivocada

*Bacharel em Direito pela UniverCidade

aura de intocabilidade, suprimindo importante standard da busca por uma Sociedade mais justa e igualitária, o questionamento.

Gradativamente, o Direito se afastou da moral, virando sinônimo de norma positivada. As premissas eram de estatalidade do Direito, e de suposta completude do ordenamento, havendo exacerbado formalismo.

O positivismo acrítico kelseniano foi o seu maior expoente.

A lei, pois, passou a ser a fachada que legitimava e impulsionava governos autoritários, cometendo-se indescritíveis e terríveis crimes em nome da "lei". O debate quanto à justiça, quando havia, findava-se na positivação da norma. Essa positivação passou a ser um filtro que impermeabilizava e colocava o ordenamento jurídico ao abrigo de qualquer contestação, ética ou mesmo de cunho material.

O professor Luis Roberto Barroso, eminente constitucionalista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, indica¹ dois marcos da decadência do positivismo²: a queda dos regimes nazista e fascista, com o fim da Segunda Grande Guerra.

Em razão dos erros cometidos tanto pelo jusnaturalismo, como pelo positivismo, e das traumáticas experiências alemã e italiana, que ensejaram a eclosão da Segunda Grande Guerra, com a descoberta, ao final do conflito, dos terríveis crimes cometidos contra a Humanidade, bem como dos obscuros anos instaurados pelas ditaduras na América Latina³, o momento histórico é de reflexão.

O ideário do constitucionalismo, então, vem ganhando cada vez mais voz.

Como construir uma Sociedade mais justa e igualitária? Como consertar os erros do passado, evitando dolorosa e indesejável repetição desses erros? Como conciliar Constitucionalismo e Democracia? Como lidar com a lei da escassez, partindo da premissa da universalização dos direitos individuais e sociais? Qual deve ser o papel do Estado numa Sociedade Pós-moderna?

A grave crise pela qual passa o Legislativo⁴ no Brasil, a indiferença do povo com o Executivo⁵, vem potencializando o Poder Judiciário como único dos Poderes capaz de efetuar as transformações almejadas. De dar esperança.

Sem entrar no mérito da judicialização das grandes questões do nosso tempo, a doutrina e a jurisprudência pátria vêm adotando posições de transcendência normativa⁶,

¹BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: BARROSO, Luis Roberto. Temas de direito constitucional. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª edição, 2009, p. 27.

²Outrossim, cabe ressaltar um ponto: o regime nazista não era, de modo algum, um regime positivista no termo puro da acepção. Na verdade, era um híbrido entre o positivismo kelseniano e jusnaturalismo teosófico. Entre suas características positivistas, destaca-se a ululante separação entre Direito e Moral, estatalidade e rigoroso formalismo, não se olvidando da aproximação entre Direito e Norma. Porém, há de se destacar, por outro lado, notável característica jusnaturalista: a suposta proeminência da raça ariana. Deus, na criação, teria dado privilegiado lugar à raça ariana, legítima governante do mundo, herdando o direito de controlar todas as outras raças, inferiores por natureza. Entretanto, há quem entenda que o regime nazista seria uma espécie de jusnaturalismo hegeliano. Ver Michael Stolleis. The Law under the Swastika: Studies on Legal History in Nazi Germany. Tradução de Thomas Dunlap. Chicago: The University of Chicago Press, 1998

³Independente da linha ideológica seguida, ditadura é ditadura, não importa se de Direita, ou de Esquerda. De farda, quiçá de toga.

⁴O sentimento de indignação é grande. Em pesquisa divulgada em 03, de dezembro de 2007, pelo instituto Datafolha, 45% dos brasileiros considera como ruim ou péssimo o desempenho do Congresso. Em recente pesquisa, de março de 2009, 37% dos brasileiros considerou como ruim ou péssimo o desempenho dos nossos congressistas. Ver em <http://datafolha.folha.uol.com.br/>

⁵Desesperança e ceticismo quanto a significativas mudanças, ou mesmo mudanças.

⁶Ver em: BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo. Editora: Renovar, 2009. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2006. BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

de um sistema jurídico que valorize os princípios, no que se convencionou chamar Pós-positivismo.

Outrossim, essa abstrativização do Direito, mediante excessiva valorização dos princípios e aplicação de métodos hermenêuticos abertos e sem densidade metodológica, podem ensejar graves distorções em nossa Sociedade, potencializando males crônicos como corrupção, paternalismo e abismos sociais.

A adoção dos ideais pós-positivistas, sem qualquer análise crítica, pode gerar os mesmos erros cometidos pelo positivismo, mudando-se, tão-somente, o meio pelo qual o mal se propaga.

Devemos, então, sem qualquer embaraço, nos perguntarmos: estamos comprando gato por lebre?

2 – As armadilhas de um sistema jurídico excessivamente abstrato

a) Síndrome de Cefeu e a importância das regras

O deslumbramento irracional com a perspectiva pós-positivista no Brasil, influenciada por grandes nomes como Robert Alexy e Ronald Dworkin⁷, como ponto oposto ao decadente Positivismo, de um Direito tendo como principal alicerce e canal de propagação os princípios, ensejou grave deterioração de outro canal do Direito, as regras.

O apego à norma positivada, principalmente nas duas últimas décadas, faz reverberar a imagem da amoralidade, da tirania. Seu defensor é tido como reacionário. Todavia, é errônea e descabida a demonização das regras, elemento fundamental de uma ordem jurídica justa e democrática. Não se pode alçar princípios a um pedestal de adoração e marginalizar as regras, que passam a ser vistas como mal necessário, deixadas a segundo plano. As regras têm a sua importância. Dão objetividade, previsibilidade e segurança às relações.⁸

Com o deslumbramento pós-positivista, há forte clamor pela supressão, na medida do possível, da norma positivada. Todavia, devemos nos fazer algumas perguntas. Anular uma importante esfera do ordenamento jurídico, por si só, permitirá uma melhor prestação da tutela jurisdicional? É capaz de fazer frente às dificuldades impostas por uma Sociedade pós-moderna? Consegue sanar os erros do positivismo kelseniano, sem cometer novos?

O imediatismo da Sociedade contemporânea potencializa nossa natureza impulsiva, nos faz tomar decisões, muitas vezes bem intencionadas, sem mensurarmos suas conseqüências. Ofuscados pela busca de um perfeccionismo na tutela jurisdicional, deixamos de colocar em perspectiva outras conjunturas políticas, outros contextos históricos. Outros momentos.

Na pressa de melhorarmos a prestação da tutela jurisdicional, de sanarmos os erros do positivismo acríptico e radical de Kelsen, cometemos novos erros, radicalizamos outros pontos.

Se no positivismo kelseniano havia uma pretensão supremacia qualitativa das regras, o que se evidenciou um erro, hoje, o pós-positivismo declara suposta supremacia qualitativa dos princípios.

⁷Ver. DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo, Editora Martins Fontes, 2002. ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo: 2008.

⁸SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades; In Daniel Sarmento (Org.) Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

No decorrer dos tempos, o ser humano, quando confrontado com algum problema de difícil solução, tende a tomar posições radicais. Ao invés de demorada, profunda e crítica reflexão, adota-se uma cultura de radicalismo sobre radicalismo. As mudanças, tão-somente, se dão através de um extremo ao outro, de uma posição radical para uma posição radical antagônica. No decorrer de cada momento histórico, navega-se de uma posição radical para outra.

Erroneamente, temos o hábito do sacrifício. Constatado algum conflito de natureza complexa, sacrificamos totalmente uma posição em favor da outra.

Celeridade na satisfação processual, ou um processo mais trabalhoso, mais minucioso na busca pela Justiça? Nunca conseguimos um meio-termo. Ou o sistema é excessivamente moroso, ou excessivamente falho pela celeridade. O que vale mais, uma norma ou um costume? Nenhum ordenamento jurídico conseguiu harmonizar esses dois institutos jurídico-sociais. Ou se adota um sistema mais positivado (romano-germânico), ou um sistema majoritariamente costumeiro (common law).

Cabe ressaltar que essa atitude de sacrifício se deu em diversos momentos históricos, e em diversas esferas do convívio social, não existindo tão-somente no campo do Direito.

Na ciência política, eterno conflito entre Direita e Esquerda, e seus radicalismos. Ditaduras de Esquerda, de Direita. Não importa a tendência, sempre presente o radicalismo.

Na acepção de Estado, e suas antagônicas naturezas Maximalistas e Minimalistas. Graves e profundos erros no Liberalismo, mas distorções e deficiências no Welfare State.

Militarismo ou pacifismo? Sendo Estados de natureza belicosa, Esparta, Alemanha Nazista e o Império japonês foram devastados pelo militarismo. Entretanto, Holanda e Bélgica, na WWII, foram devastados, indiferentemente ao discurso pacifista de seus governantes.

Quanto ao ponto supra, cabe tecer algumas linhas - ainda que de forma rápida, já que este não é o objeto principal do presente trabalho-, em razão da sua simbologia, permitindo ao leitor a contextualização de um terrível erro, cometido sob a fachada de uma bela palavra: paz.

Neville Chamberlain, primeiro-ministro britânico entre 1937-1940, representa bem os desastres advindos de um radicalismo.⁹

Apesar de evidentes manifestações do rearmamento alemão desde a subida dos nazistas ao poder (1933), a Inglaterra, principal potência mundial à época, ofuscada e iludida pela busca do pacifismo, manteve-se inerte. Enquanto a Alemanha nazista investia grande parte de seu poder econômico em preparativos para a guerra, a Inglaterra apregoava uma paz secular, diminuindo seus investimentos nas forças armadas, mas, principalmente, dispersando regimentos, desativando vasos de guerra, e interrompendo contratos para a aquisição de aviões.

Cegos pela busca da paz, meramente uma palavra e, como qualquer outra palavra, abstrata, sacrificamos povos. A Áustria e a Tcheco-eslováquia foram integradas ao Terceiro Reich. Sem qualquer manifestação, à favor ou contra, desses povos. Por trás dessa integração, anos de escravidão, tortura, degradação humana. Permitimos uma extinção quase completa de duas culturas, dois povos. Milhões de pessoas.

Em 1938, Neville Chamberlain, ao chegar em Londres depois da Conferência de Munique, gritava "I believe it is peace in our time". Nas entrelinhas do acordo de Munique, a aprovação, a ratificação da danação de dois povos. Sacrifício tão grande, em nome de uma palavra. Tão abstrata.

⁹MASON, David. Churchill, História Ilustrada da Segunda Guerra Mundial, Editora Rennes, Rio de Janeiro, 1973.

Em 1939, a Segunda Grande Guerra chegou, indiferente a sacrifícios tão grandes. O pacifismo utópico dos anos anteriores prejudicou os esforços de guerra da Inglaterra, postergando a duração do conflito, permitindo mais mortes, mais destruição.

Inúmeros são os exemplos de sacrifício – irracional - em nome de fins tão abstratos, quando nos encontramos confrontados com problemas de difícil solução. Tal atitude, de sacrifício, descamba, invariavelmente, para uma postura radical, destrutiva.

Com o deslumbramento pós-positivista, refletimos a atitude de sacrifício de Cefeu que, na mitologia grega, ofereceu a vida de sua filha, Andrômeda, para alcançar a paz com Poseidon e as nereidas do mar.¹⁰

As regras, hoje, seguem a trilha já percorrida por Andrômeda, outrora acorrentada e ofertada como sacrifício em um rochedo. Na mitologia grega, Andrômeda, filha do rei Cefeu, foi oferecida em sacrifício para ser devorada por Cetus, o monstro marinho de Poseidon.

O rei Cefeu, acreditando que o sacrifício de sua filha traria paz para seu povo, concretizou o conselho do Oráculo. Sem qualquer hesitação, ofereceu sua filha a Cetus, para aplacar a ira do Deus do Mar.

É a síndrome de Cefeu, mal histórico da humanidade. Temos arraigado o atrasado pensamento que, para salvar algo, é necessário o sacrifício de outra coisa. É incoerente e inadmissível o entendimento de que a supressão de um ponto, por si só, irá potencializar outro.

Sem qualquer tipo de embargo quanto à veracidade da mitologia, importante lição traz o seu fundo de moral nítida e incontestável a perpetuação, no decorrer da civilização humana, de atitudes semelhantes as do rei Cefeu. Quando confrontado com um problema de difícil solução, o ser humano tem o péssimo hábito de sacrificar coisas importantes, sem qualquer tipo de reflexão séria, supondo que este sacrifício, por si só, irá sanar o problema em questão, sem criar outros.

No início do século XXI, repetimos os mesmos erros.

Para alcançarmos o ideal de Justiça, e na busca pela perfeição da prestação da tutela jurisdicional, potencializamos os princípios em detrimento das regras, marginalizadas em razão dos males provocados pelo positivismo kelseniano, acrílico e incompatível com o atual momento histórico.

É inadmissível o sacrifício das regras, importante instrumento do Direito, em prol de um bem tão abstrato como a Justiça. Além disso, tal sacrifício é incoerente, vez que não há qualquer certeza que, com a consumação desse sacrifício, há de se alcançar, por ato reflexo e imediato, a Justiça almejada. Logo, suprimir do ordenamento um elemento tão importante, sem qualquer respaldo racional, muito menos qualquer certeza crível quanto a ser um meio idôneo ao fim almejado, é uma atitude leviana e irresponsável, verdadeira roleta-russa jurídica.

Tal qual Andrômeda, as regras, em razão da visão pós-positivista, estão acorrentadas e segregadas. Despojadas do seu valor, postas a sacrifício em detrimento de um “bem maior” - hoje, a busca pela perfeição da tutela jurisdicional-. Entretanto, tal como no caso de Andrômeda, é realmente necessário esse sacrifício? Deve ser consumado? Esse sacrifício é um meio adequado para alcançar o fim almejado?

A perspectiva de um Direito alavancado por princípios e, na medida do possível, com o menor uso de enunciados normativos positivados, seduziu a todos os juristas após a desastrosa experiência positivista kelseniana. Outrossim, o remédio para um mal raramente é encontrado de forma saudável no seu oposto.

¹⁰BULFINCH, Thomas. O Livro de Ouro da Mitologia, Histórias de Deuses e Heróis. Trad: David Jardim Junior. 13ª edição. Editora Ediouro, Rio de Janeiro, 2001.

O racionalismo francês da Revolução via nos juízes um dos grandes males do seu tempo, impregnados de corrupção e arbitrariedades.¹¹ Enalteciam a razão, a lei, o legislador. De um oposto ao outro, tivemos os mesmos resultados. Não é de hoje a corrupção do Legislativo e sua falta de representatividade, Poder que vive uma crise institucional no Brasil.

Após a embriaguez provocada pela perspectiva pós-positivista, deve-se deixar de lado suposta supremacia qualitativa dos princípios sobre as regras.

Com a virada do milênio, o Direito Constitucional no Brasil foi adotando teorias como as de Konrad Hesse, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Rawls.¹² Após o colapso do Direito nos anos da Ditadura, a redemocratização e reconstitucionalização, com a normatização da Constituição e a importância axiológica dos princípios, revitalizaram o Direito, que voltou a ser concebido como instrumento do progresso civilizatório, prestigiando uma visão mais humanística.

No final da década de 90, a tese da Força Normativa da Constituição ganhou força no Brasil. A Constituição deixa de ser uma aglomeração principiológica, e passa a ter valor normativo, permitindo a defesa de um direito subjetivo em juízo com base em suas disposições.

A diferenciação de princípios e regras é de fundamental importância para o Direito Contemporâneo, onde se busca a perfeição da tutela jurisdicional. Entretanto, data vênua, encarar uma regra como um objeto oco, sem qualquer conteúdo axiológico, bem como entender que princípios são fontes inesgotáveis, e ápice, de sentido axiológico, merece reflexão.

A diferença mais marcante, ventilada pela doutrina, para distinguir regra de princípio é a essência de cada um.

Regra é um comando objetivo, funcionando pelo sistema do “all or nothing”¹³, mediante subsunção do fato à norma. Ou o fato se enquadra à regra, preenchendo perfeitamente seu campo hipotético, ou a norma não é aplicada.

Princípio teria uma carga axiológica maior, funcionando através de um sistema de peso de valores.¹⁴

Em razão dessa carga axiológica dos princípios é traçada suposta superioridade.

O argumento de supremacia em razão de carga axiológica é um tanto abstrato, e há de se esvair por mera análise do art. 121 do Código Penal vigente, que traz em seu bojo o ordenamento de não matar. Há uma densidade axiológica nessa regra de difícil equiparação. O direito à vida é debatido desde que o homem aprendeu a se comunicar. Por trás da regra em questão, incontestável, há todo um fundamento de metaética, teoria da justiça e outras questões complexas.

Além disso, há que se atentar para as deficiências de um Direito tendo nos princípios seu principal canal de propagação.

Como os princípios funcionam através de um sistema de peso, de análise de valores, há uma indefectível carga de subjetividade. Se a principal aplicação do Direito se der através de princípios, essa subjetividade pode ensejar discrepâncias indesejáveis, destrutíveis.

¹¹BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: BARROSO, Luis Roberto. Temas de direito constitucional. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª edição, 2009, p.14.

¹²Ver HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Trad: Gilmar Ferreira Mendes. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2009. ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Malheiros, São Paulo, 2008. DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a sério. Trad: Nelson Boeira. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2002. RAWLS, John. Justiça e Democracia. São Paulo: Martins Fontes, 2002

¹³DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

¹⁴Idem, *ibid*, p.42.

Casos não só semelhantes, mas praticamente iguais, poderiam ter resoluções antagônicas, vez que a discricionariedade dada pelos princípios daria uma indesejável abstratividade ao Direito. Esse conceito de Direito permitiria ampla e irrestrita participação dos dogmas pessoais do operador do Direito.

O professor Luis Roberto Barroso expõe uma verdade sobre a natureza humana e Direito¹⁵: o ideal de objetividade e neutralidade é um mito. Certamente, um mito pernicioso, que se propagou no decorrer dos séculos, mais causando mal do que bem. Em razão da natureza humana, e da natureza dialética do próprio ordenamento jurídico, é impossível ao operador a aplicação do Direito sem esbarrar em seus próprios dogmas pessoais. Por isso a importância do auto-conhecimento e auto-crítica.

Todavia, permitir amplo e irrestrito papel de dogmas pessoais na aplicação e composição do Direito é um erro. O ordenamento jurídico, principalmente os direitos fundamentais, devem ter seus alicerces ao abrigo das idas e vindas de governos, da volatilidade dos posicionamentos das classes políticas dominantes, bem como devem passar incólumes frente às pressões da opinião pública, ratificando-se a idéia do pré-compromisso, e da necessidade de uma aplicação, racional e intersubjetivamente controlável, do Direito.¹⁶

Então, o uso irracional e irrestrito dos princípios, com sua intrínseca carga de subjetividade, produziria problemas maiores do que os já enfrentados hoje, no tocante ao conflito de um direito face à opinião coletiva ou de outro membro da comunidade política.

Essa visão holística de Direito não parece coadunar com as posições ventiladas e concretizadas em nosso ordenamento, em razão do surgimento dos institutos de unificação de jurisprudência e súmulas, especialmente as vinculantes. Sendo certo que a falta de objetividade do sistema daria margem a um sem número de arbitrariedades, margeando eventual autoritarismo, também é incompatível com a busca de uma Justiça distributiva.

Eventual posição política majoritária em determinado momento histórico facilmente se valeria dessa abstratividade do ordenamento jurídico para consolidar injustiças, sob falsa roupagem de legitimidade, justiça e democracia, ratificando, infelizmente, a visão Marxista de Direito¹⁷. Logo, é indispensável a existência de mecanismos objetivos, previsíveis e que possam dar segurança aos membros da comunidade política.

Aos aspirarmos o Direito como este deveria ser, não damos conta da capacidade humana e suas limitações e, por conseguinte, das limitações institucionais. Importante trazer à colação importante lição de Maquiavel, "(...) Mas, como minha intenção é escrever algo útil para quem estiver interessado, pareceu-me mais apropriado abordar a verdade efetiva das coisas, e não imaginá-las. Muitos já conceberam repúblicas e monarquias jamais vistas, e de cuja existência real nunca se soube. De fato, o modo

como vivemos é tão diferente daquele como deveríamos viver, que quem despreza o que se faz e se atém ao que deveria ser feito aprenderá a maneira de se arruinar, e não a defender-se. Quem quiser praticar sempre a bondade em tudo o que faz está fadado a sofrer, entre tantos que não são bons. É necessário, portanto, que o príncipe que deseja manter-se aprenda a agir sem bondade, facultade que usará ou não, em cada caso, conforme seja necessário." (O Príncipe, de Maquiavel. Capítulo XV, pp. 96 e 97, editora Martin Claret; grifo nosso)

A lição que podemos tirar de Maquiavel é que devemos nos pautar pelas circunstâncias fáticas existentes, "*verità effettuale della cosa*", não pela nossa vontade ou como as coisas deveriam ser, "*come se dovrebbe vivere*".

Devemos ponderar o que realmente queremos: um sistema jurídico com belos institutos, com uma roupagem perfeccionista e essência idealista, baseado em como o Direito deveria ser, sem levar em conta as limitações humanas e capacidades institucionais; ou um ordenamento capaz de funcionar dentro das limitações humanas e de acordo com a capacidade das instituições, sem aspirações holísticas de "como deveria ser", mas, sim, se estruturando pelas circunstâncias fáticas existentes, do que é possível concretizar sem arroubos de um otimismo-utópico.

O segundo ordenamento jurídico parece coadunar com a visão de mundo proposta pela pós-modernidade, em que se deixa de lado a pirotecnia dos grandes ideais, e passa a focar nas pequenas metas, suscetíveis de real concretização.

Apesar da beleza de um ordenamento pautado majoritariamente (ou mesmo exclusivamente) por princípios, não haveria praticidade na vida real, ainda mais em países como o Brasil, portador de males crônicos como a corrupção e abismos sociais. A função social do Direito seria perdida, da mesma forma em que foi perdida no positivismo kelseniano.

Nesse Direito holístico, onde se consolida a suposta supremacia dos princípios, nos perderíamos no caminho civilizatório com maior facilidade. Por exemplo, sem uma regra para determinar o tempo de mandato do presidente da República, daríamos chance para aventuras anti-democráticas. O tempo de mandato seria calculado através do Princípio da Democracia? Se em determinado momento histórico uma força política hegemônica entendesse que, para estabilizar o país, é preciso um mandato de 25 anos? No Direito Tributário, seria saudável a inexistência de alíquotas? Os tributos seriam cobrados, sem a premissa de pontos mínimos e máximos para a base de cálculo, equilibrando-se os princípios da capacidade contributiva e do não-confisco?

Indispensável, então, a existência de regras. Bem como indiscutível a importância destas.

Entre regras e princípios não há uma diferença qualitativa, mas funcional.¹⁸ Impopular é a defesa de regras em face de princípios. Os males provocados pelo positivismo acrílico e desligado de valores sociais foram muitos. Suas feridas até hoje são sentidas. Outrossim, adotar um sistema jurídico com, suposta, supremacia dos princípios, indefectivelmente abstrato e subjetivo, certamente causará os mesmos males e sofrimentos, mudando-se apenas o meio.

Portanto, a moderna dogmática jurídica não deve consolidar a idéia de supremacia qualitativa dos princípios em face das regras. Esses dois canais do Direito são igualmente importantes, e se relacionam de forma harmoniosa para uma correta aplicação do Direito, entrelaçando-se e completando-se.

Um ordenamento jurídico tendo nos princípios principal canal de aplicação do Direito é um erro, e produzirá tantos males quanto o positivismo kelseniano. Essa visão

¹⁵BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: BARROSO, Luis Roberto. Temas de direito constitucional. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª edição, 2009, p. 08/11.

¹⁶Ver item 3.3.3.3. do magnífico trabalho do professor Humberto Ávila, em sua mais importante obra. ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. Malheiros, São Paulo, 2008, 8ª edição. Por óbvio, é de bom alvitre reconhecer a impossibilidade prática de se dar plena concretude à aplicação do Direito. Outrossim, é de fundamental importância, contra o decisionismo e o oba oba constitucional, utilizando os termos do professor Daniel Sarmento, um ponto mínimo de metodologia racional.

¹⁷MARX, Karl. A questão judaica. In: Manuscritos Econômico-Filosóficos. Tradução Alex Martins. São Paulo, Martin Claret, 2001.

¹⁸"Teoria dos Princípios,..." op. Cit.

invariavelmente descambará para uma abstratividade destrutiva, à mercê de forças políticas dominantes, sem qualquer mecanismo objetivo que possa garantir um mínimo de segurança, tão necessária para o desenvolvimento social.

a) Fragilidade dos Direitos Fundamentais em razão de excessiva Ponderação de Interesses

"Nós poderíamos ser muito melhores se não quiséssemos ser tão bons"

Sigmund Freud

Os princípios são encarados como mandamentos de maximização de decisões políticas fundamentais, segundo o entendimento de Robert Alexy², que tanto influenciou os doutrinadores brasileiros.

Entretanto, numa Constituição pluralista e compromissória como a nossa, tal assertiva, à primeira vista, não coadunaria com nosso ordenamento constitucional. Como harmonizar princípios e regras constitucionais numa Constituição que não foi elaborada por uma força política hegemônica, mas fruto de debates através de linhas políticas tão distintas e, não raramente, antagônicas?

O conflito de princípios constitucionais é possível e saudável, até porque faz parte da lógica do sistema jurídico, que é dialético. Utiliza-se, então, para solucionar esses conflitos, a técnica de Ponderação de Interesses.

Tal método consiste na valoração de cada interesse em jogo, fazendo-se concessões recíprocas sem afetar essencialmente a natureza de cada princípio. Isso é, os interesses são ponderados, sem haver a anulação de um pelo outro, ou sua descaracterização, mediante concessões mútuas, na busca de um resultado socialmente desejável, nos dizeres do professor Luis Roberto Barroso.

O fundamento para a Ponderação de Interesses é o princípio da Unidade da Constituição. Tal princípio diz que não há contradição nem hierarquia entre enunciados normativos constitucionais (regras e princípios). Eventual conflito será aparente, e solucionado através de método hermenêutico adequado.

A Ponderação de Interesses surge como o principal método hermenêutico para a composição de conflitos no Brasil²⁰, entrelaçando-se com uma visão mais humana do Direito, proposta pelo pós-positivismo.

Outrossim, insta ressaltar a falta de densidade metodológica dessa técnica. Sua alta carga de subjetividade, somada à inexistência de mecanismos concretos e objetivos para sua aplicação, podem promover distorções indesejáveis no sistema, como a falta de segurança jurídica e à suscetibilidade à injustiças (falta de uma homogeneidade em demandas idênticas).

Outro ponto de importante registro é a consequência da ponderação. Para comportar os dois interesses em conflito, o operador faz uma valoração de pesos e, buscando um resultado socialmente desejável, faz concessões recíprocas, sem afetar a essência de cada princípio em tensão. Essas concessões recíprocas nada mais são do que uma flexibilização desses princípios, muitas vezes direitos fundamentais.

É legítimo que um magistrado, agente não eleito pelo povo, possa flexibilizar direitos fundamentais, elementos considerados prioritários em nossa Ordem Constitucional,

¹⁹ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros, 2008, p. 117.

²⁰Ver BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, Ed. Saraiva, São Paulo, 2009.

onde receberam a máxima proteção da Carta através de sua inclusão no rol de cláusulas pétreas, proteção essa insculpida mediante deliberação de agentes políticos eleitos pelo povo? Se legítimo, é coerente essa flexibilização sem qualquer mecanismo concreto e dotado de critérios objetivos, em contraste com a preocupação da Constituição de dificultar a reforma de seus elementos normativos e, principalmente, de vedar qualquer deliberação de proposta tendente a diminuir a intensidade protetiva de um direito fundamental?

Importante trazer à colação que o entendimento de maximização do campo de incidência dos princípios²¹, principalmente quando se trata de direitos fundamentais, irá tensionar de tal forma o sistema, provocando conflito atrás de conflito, que ao invés de proteger e efetivar a Unidade da Constituição implicará em sua violação.

A maximização da incidência desses princípios irá criar permanente e desnecessário estado de tensão, transformando em regra o que era pra ser exceção, inviabilizando o ideal de rigidez constitucional com a constante prática de flexibilização²² pelo Judiciário no dia-a-dia dos tribunais.

A ponderação de interesses, bem ou mal, permite uma flexibilização de um direito fundamental, o que se aceita como legítimo em nome da Unidade da Constituição, e porque um engessamento total da ordem constitucional seria altamente pernicioso, vez que o Direito não teria condições de acompanhar, e fazer frente, às mudanças da Sociedade, nem de ser o agente do progresso que se espera que seja, buscando soluções socialmente desejáveis em cada caso concreto.

A Constituição de 1988 veio para propor transformações, de efetuar mudanças sociais, não para salvaguardar o *status quo*. A Carta de 88 é denominada de Constituição cidadã²³, se preocupando com questões sociais, dando grande importância para a proteção e efetivação dos direitos fundamentais, como em sua inclusão no rol de cláusulas pétreas explícitas.

Logo, permitir reiterada flexibilização desses direitos fundamentais através da Ponderação, devido a constante estado de tensão criado pela maximização do campo de incidência, não parece coadunar com o papel reservado aos direitos fundamentais em nossa Constituição, em cujo epicentro axiológico se encontra a Dignidade da Pessoa Humana.

A maximização do campo de incidência ensejará reiterado e, indesejável, uso da Ponderação, reconhecidamente um método altamente subjetivo, apesar da tentativa de alguns doutrinadores de lhe dar densidade metodológica e mecanismos objetivos, dentro do possível.²⁴

A Ponderação traz em seu rastro o perigo da subjetividade, cuja essência abstrata permitirá elevado grau de discricionariedade. Falta uma densidade metodológica para permitir, na medida do possível, segurança jurídica. Na verdade, como podemos falar de sopesamento de valores, se nossa Sociedade não tem amadurecidos tais valores?

²¹Defendido em PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro. Editora Renovar, 2006.

²²Há uma constante flexibilização de direitos que, em tese, seriam inflexíveis. Na verdade, há uma flexibilização praticamente permanente, sem grandes intervalos. Tal comportamento é, negativamente, potencializado pela euforia principiológica que vivemos no Brasil, gerando decisionismo, o ba oba constitucional e carnavalização do Direito Constitucional, consoante preclara lição do professor Daniel Sarmento.

²³Expressão cunhada por nosso último grande estadista, Ulysses Guimarães.

²⁴SARMENTO, Daniel. A Ponderação de Interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris., 2002. BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional. Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2005.

Insta ressaltar que a segurança jurídica é uma importante esfera da Dignidade da Pessoa Humana. Não é possível ter uma vida digna com uma instabilidade das relações sociais. Quiçá com um grave quadro de instabilidade das relações jurídicas. De fato, a segurança jurídica permite a efetivação de outras esferas da Dignidade da Pessoa Humana.

Por óbvio, permitir exacerbado uso da Ponderação é permitir uma Flexibilização permanente não só dos direitos fundamentais, mas da própria Segurança Jurídica, incompatível com o Constitucionalismo Contemporâneo.

Entretanto, há uma piora dessa perspectiva quando se analisa a conseqüente flexibilização dos direitos fundamentais pela ótica da legitimidade.

Por óbvio, a hermenêutica constitucional²⁵ é utilizada por Operadores do Direito, especialmente pelos membros do Judiciário, sendo certo que esses elementos não são escolhidos de forma democrática pelo povo, mas ingressando nos quadros da magistratura mediante concurso público.

A realidade é que se tem elementos democraticamente ilegítimos²⁶ atuando em constante e, indevida, flexibilização de direitos tão essenciais como os direitos fundamentais, direitos estes que foram deliberados e votados por agentes eleitos pelo próprio povo, portanto, jungidos de essência democrática, que elaboraram, mediante Assembleia Nacional Constituinte, consubstanciada pelo Poder Constituinte Originário, uma Carta Política que propõe a projeção e garantia de efetivação desses direitos ditos fundamentais.

Logo, na ordem constitucional vigente, é inconcebível a idéia de maximização do campo de incidência dos princípios constitucionais, especialmente aqueles que se transmudam em direitos fundamentais, por dois motivos:

1. inevitável flexibilização dos direitos fundamentais: a utilização da Ponderação deve ser encarada como técnica hermenêutica residual, isto é, não deve ser o método padrão para resolver os conflitos entre enunciados normativos constitucionais. A falta de densidade metodológica e, por conseguinte, de mecanismos objetivos e, na medida do possível, impessoais, fazem da Ponderação um método hermenêutico com uma alta carga de subjetividade. Sendo uma técnica muito abstrata, uma força política dominante pode se valer dessas deficiências para propagar e consolidar injustiças e arbitrariedades.

Entretanto, sua utilização é necessária em alguns casos, onde a tensão entre os enunciados normativos constitucionais está além da tensão normativa comum. A maximização do campo de incidência dos princípios, principalmente daqueles que são direitos fundamentais, exige, numa Constituição pluralista, compromissória, exacerbado uso da Ponderação. Seu uso indiscriminado faz transparecer de forma mais clara suas imperfeições: abstratividade e subjetividade em excesso, ofuscando suas virtudes.

Essas imperfeições podem descambar para as esferas da arbitrariedade e, mesmo, do autoritarismo. Além disso, se, em

²⁵A referência se dá ao método de Ponderação de Interesses.

²⁶SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades; In Daniel Sarmento (Org.) Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

primeiro momento, a Ponderação surge para salvaguardar o princípio da Unidade da Constituição, seu indiscriminado uso há de fragilizá-lo, além de fragilizar os direitos fundamentais, o que não coaduna com a visão constitucional advinda com a Carta de 88, que coloca os direitos fundamentais em lugar de destaque na ordem constitucional, garantindo sua máxima proteção através de sua inclusão no rol de cláusulas pétreas.

2. ilegitimidade democrática dos agentes que efetuam a ponderação: os Constituintes de 88, eleitos pelo voto do povo, apesar de alguns elementos impostos pelo regime anterior²⁷elaboraram, através de deliberações em Assembleia Nacional Constituinte, uma Carta Política.

Os constituintes, legitimados pelo ato democrático que os elegeram, colocaram no centro do sistema constitucional os direitos fundamentais, cujo epicentro axiológico é a Dignidade da Pessoa Humana.

Cabe ressaltar que, em razão do momento histórico da época, o final de anos de autoritarismo, indignidades e desrespeitos com o ser humano, não foi sem motivo a primazia dos direitos fundamentais na nova ordem constitucional.

Para garantir a existência desses princípios, bem como sua efetividade, encetou-se os direitos fundamentais no rol de cláusulas pétreas, dando a mais forte proteção constitucional existente em nossa ordem, evitando sequer a deliberação de reformas que amenizassem a intensidade protetiva de um direito fundamental.

Incoerente, então, a fragilização advinda com a exacerbada utilização da Ponderação. Há uma inversão política da engenharia constitucional. Se a premissa é de flexibilização, isto é, sua aceitabilidade, é incoerente que a delimitação dessa flexibilização seja feito por elemento estranho ao povo, não por seus representantes.

Esta técnica hermenêutica permite ligeira diluição da proteção de um direito fundamental, quando em conflito com outro enunciado normativo constitucional, sem alterar sua essência, para uma solução socialmente desejável, fundada na Unidade da Constituição. Contudo, constante flexibilização deixará de proteger a Unidade da Constituição, implicando, ao revés, em sua violação. Além disso, permite irracional fragilização dos direitos fundamentais.

Se agentes democraticamente legitimados estabeleceram importante papel para esses direitos, inclusive garantindo uma proteção de cláusula pétrea, incoerente é a flexibilização dos direitos fundamentais por agentes que não possuem, sequer, legitimidade democrática e, o pior, fragilizam esses direitos através de método abstrato, com alta carga de subjetividade, permitindo indesejável intensidade de pessoalidade.

²⁷Cabe ressaltar que o Supremo já se manifestou acerca da pureza do Poder Constituinte Originário da Carta de 88.

Para concluir, admita-se, *ad argumentandum*, que seja aceitável o exercício de ponderação sem standards que consigam dar o mínimo de concretude a tal método. É possível o douto magistrado analisar, ainda que de forma abstrata, todos os pontos sensíveis, as variáveis do caso concreto e, indispensável, que não se olvide, a contextualização do momento histórico?

Data vênua, impossível. Juízos são seres de carne e osso, são seres humanos também. E por serem humanos, possuem suas limitações, além de inegável falibilidade inerente à nossa raça.

Por óbvio, em casos mais importantes e de grande visibilidade, é indiscutível a aproximação do exaurimento da matéria. Contudo, e no caso do “Zé da quitanda”?

O Conselho Nacional de Justiça, em brilhante iniciativa, publicou importante documento²⁸ sobre o Poder Judiciário pátrio. É humanamente impossível o juiz trabalhar, exaurindo a matéria, tendo os devidos cuidados ao exercer a Ponderação, em todas as demandas. São 67,7 milhões de causas ativas em nosso sistema jurídico!

a) Positivismo-Democrático

“A democracia é o pior de todos os regimes. Com a exceção de todos os outros.”

Winston Churchill

No Brasil, a pós-modernidade trouxe a perspectiva de um Direito pós-positivista. Todavia, cabe uma pergunta. O Brasil já foi positivista?

O Direito, no Brasil, já se enquadrou na acepção do brocardo *dura lex sed lex*?

É possível falar em pós-positivismo, quando não tivemos, de fato, um positivismo no Brasil?

O Brasil, desde a sua formação, possui dois males sociais crônicos. Somos o país do jeitinho e do patrimonialismo. Da carta de Pedro Vaz de Caminha, pedindo emprego para um parente, à farras das passagens aéreas no Congresso, o brasileiro tem a ambígua qualidade de “se virar”, dar um jeitinho, transformar aquilo que lhe é desfavorável, em algo que lhe traga alguma benesse, comumente confundindo o público com o privado.

Em todas as Constituições brasileiras, como explica o Prof. Luis Roberto Barroso, há uma insinceridade normativa, uma inefetividade crônica dos postulados legais. A única mudança desses males, no decorrer do tempo, é a intensidade em cada momento histórico.

A Carta de 1824, muito conhecida por ter sido uma Constituição semi-rígida, regravava a maioria de D. Pedro II, que viria aos 21 anos, mais tarde alterada para 18 anos. Não dando atenção às disposições constitucionais, D. Pedro II foi declarado maior aos 14 anos, sendo, então, declarado Imperador.

Situações semelhantes ocorreram em todas as constituições seguintes. A Constituição de 1891 seguiu os moldes liberais da Carta norte-americana, mas de liberal a sociedade brasileira nada tinha. Havia a previsão de sufrágio universal, mas todas as eleições eram escandalosamente fraudadas.

A Constituição de 1937 dava grandes poderes ao Legislativo, entretanto, permitia que o Executivo legislasse por decreto se o Congresso estivesse fechado. Por óbvio, Getúlio Vargas fechou o parlamento e governou editando decretos.²⁹

²⁸Ver Justiça em Números, no sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça, em <http://www.cnj.jus.br/>

²⁹Ver brilhante síntese dos males das Constituições brasileiras em SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades; In Daniel Sarmento (Org.) Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

O jeitinho e o patrimonialismo são o combustível para a insinceridade normativa e a inefetividade das leis.³⁰ Inclusive, tais fenômenos ocorrem na Constituição de 1988.

Dentre inúmeros exemplos, o mais significativo é o art. 7º, IV, Constituição Federal de 1988:

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;”

O salário mínimo, nacionalmente unificado, é uma vitória dos trabalhadores no Brasil, mas a realidade não condiz com a letra da lei, e suas proposições.

Mesmo quando a insinceridade normativa não surge pela malícia de driblar a lei, o próprio legislador a induz, com arroubos idealistas como esse.

O Brasil, portanto, nem de longe chegou a ser positivista, em nenhum momento de sua história.

Se não fomos positivistas, tampouco liberais.

Sendo o país do jeitinho e do patrimonialismo³¹, a força da lei somente recaiu sobre as classes economicamente menos favorecidas, e naqueles sem prestígio social ou político.

Garantias, benesses e oportunidades sempre foram um privilégio das classes social e economicamente mais favorecidas. Se a premissa for de igualdade, nunca cumprimos. Inclusive, cabe esclarecer, a discriminação social no Brasil é infinitamente maior do que a discriminação étnica, ao contrário do que alguns movimentos propagam³²

Como diria Luis Roberto Barroso, “chegamos ao novo milênio atrasados e com pressa”³³. Se o Brasil não foi positivista, como podemos estar em um momento pós-positivista?

Após os obscuros anos de ditadura, quando vivemos um vácuo constitucional (e profundo e amargo abismo autoritário), no final dos anos 80 foi convocada uma Assembléia Nacional Constituinte para elaborar uma nova constituição, marcando o ápice da luta pela reconstitucionalização e redemocratização.

A Constituição de 1988 surgiu como proposta de mudança, de transformações sociais. De esperança. Depois do vácuo constitucional advindo com a ditadura, os doutrinadores brasileiros que trabalharam na elaboração de nossa Constituição condensaram décadas de vivência jurídica de outros países, principalmente EUA, França, Alemanha e Itália.

Influenciados por outras culturas jurídicas, pegamos carona na experiência de décadas. Mesmo, de século. Aproveitamos o que podia ser aproveitado, adequando³⁴

³⁰Expressões cunhadas por Barroso.

³¹HOLLANDA, Sergio Buarque de. Raízes do Brasil. 26ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

³²Exemplo esclarecedor é o de Machado de Assis. Sendo um intelectual, grande escritor, a Sociedade da época não o discriminou quando ascendeu socialmente.

³³BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: BARROSO, Luis Roberto. Temas de direito constitucional. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª edição, 2009.

³⁴Ou, pelo menos, a tentativa.

à nossa realidade social. Absorvemos as conclusões quanto ao positivismo. Reconhecemos seus erros, fragilidades e desvios, e embarcamos em ideais de transcendência normativa.

Todavia, já paramos para nos perguntar se essa opção a ser trilhada, de fato, permitirá um avanço no processo civilizatório de nossa Sociedade? Ou mero servilismo cultural – o que é bom pra eles é bom pra nós?

A Sociedade brasileira possui profundas feridas provocadas pela desigualdade. A maioria, em constante ulceração. Algumas, em processo de cicatrização. Outras, infelizmente, em estado de putrefação.

Apesar dos avanços de nossa Sociedade, são suas mazelas que sobressaem e, sem qualquer sombra de dúvidas, é sua profunda desigualdade que a estigmatiza.³⁵

Dois desvalores históricos potencializam os efeitos dessa desigualdade: o patrimonialismo e a corrupção.

O Direito, encarado como agente do progresso social, não tem o condão de resolver todos esses males crônicos e, no caso do Brasil, culturais.

O Direito, de fato, é e deve ser um agente do progresso social, entretanto, é de bom alvitre reconhecer suas limitações. Problemas tão graves de uma estrutura social não são resolvidos por letra de lei, por “canetadas”, mas, sim, através de processos de transformação social, geração após geração, inevitavelmente de forma lenta.

Todavia, o Direito, numa concepção de Justiça distributiva, protegendo e efetivando valores como Democracia, direitos fundamentais e ideais Republicanos, há de escorar nossa caminhada no processo civilizatório, evitando a obscura senda do autoritarismo, afastando recaídas à medidas que violam os Direitos Humanos; constrói, de fato, uma estrada mais segura, livre de arroubos radicais.

O Direito, então, seria a bússola da nossa Sociedade na caminhada do processo civilizatório³⁶, corrigindo os rumos se necessário, indicando os pontos a serem seguidos. Orientando e corrigindo.

Sendo o Direito um elemento tão importante no processo civilizatório, parece incoerente a adoção de um sistema tão abstrato e com dose tão elevada de subjetividade. O momento do Brasil, nessa caminhada, é diferente do momento vivido pela Alemanha, Itália, Espanha, Portugal e tantos outros.

O Brasil, desde o seu “descobrimento”, é acorrentado e seu povo violentado pela desigualdade e pelo patrimonialismo. São males crônicos, culturais. Arraigados.

Se o Direito é reflexo direto de uma sociedade, como é possível que nosso ordenamento trilhe o caminho percorrido pelo sistema Alemão, por exemplo? São tão distintas essas sociedades, que é difícil expor suas igualdades, ou mesmo semelhanças.

Sopesando as virtudes e males do positivismo, sua adoção pelo Brasil seria benéfica. Iríamos corrigir dois graves problemas de nosso ordenamento no decorrer dos tempos: a insinceridade normativa e a inefetividade das leis. Permitiria a extinção de uma pernicioso cultura de “lei pra pobre, lei pra rico”. Dura lex sed lex. A lei seria aplicada independente da condição social, ou qualquer outra distinção.

O positivismo aqui defendido não é o defendido por Kelsen, acrítico e oco de valores sociais. Mas, sim, um positivismo jungido de essência social e democrática.

³⁵SARMENTO, Daniel. Direito Adquirido, Emenda Constitucional, Democracia e Justiça Social. In Livres e Iguais, Estudos de Direito Constitucional. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, p. 3.

³⁶Entendo que existam três dimensões que vêm permitindo vigorosos passos no processo civilizatório: 1) democracia; 2) a garantia, defesa e promoção da Dignidade da Pessoa Humana; 3) e, ainda que de forma tímida, a Vedação ao retrocesso. O principal instrumento para o progresso no processo civilizatório, sem sombra de dúvidas, há de ser o Direito.

Os enunciados normativos positivados devem ser respeitados, reconhecidos como importantes elementos de um ordenamento jurídico, sendo alavancados ao mesmo patamar dos princípios, evitando-se uma abstratividade destrutiva, bem como a variação de intensidade da incidência da lei em cada camada da Sociedade.

Com o crescimento exponencial da intensidade da Globalização, e com o boom tecnológico das últimas duas gerações, a capacidade de mudança das Sociedades aumentou vertiginosamente. Avançamos, em anos, caminhos que teriam sido percorridos em décadas, não sendo exagero até falar em séculos.

A globalização diminui as fronteiras, permitindo uma sinergia global quase que instantânea. Há notável enfraquecimento do conceito clássico de soberania³⁷, e o surgimento de uma cultura do imediatismo.

Porém, se há livre trânsito de informações, e grande movimentação de riquezas, também há propagação, em grande escala, da pobreza.

Se a época do Neo-liberalismo foi o tempo do “Eu posso”, o pós-modernismo deve ser a Era do “Nós podemos”.

Não basta reconhecermos a característica plural da nossa Sociedade, mas agirmos como tal.

Da mesma forma que a Revolução Iluminista foi um marco para a criação de instituições essenciais do Estado, o 11 de Setembro deve ser um marco para a consolidação do diálogo institucional.

As instituições não podem ser consideradas como ilhas isoladas, cada qual com sua competência e seus fenômenos. Pelo contrário. Devem se relacionar de forma harmônica e crítica, compondo soluções para as grandes questões. Dialogando.

Não se trata de usurpação ou invasão de competência, mas, sim, de pluralizar e democratizar o debate acerca das grandes questões de nosso tempo.

É inconcebível o setor econômico elaborar projetos sem conhecer e analisar pontos da área social e jurídica. A pluralização do debate permite significativa melhora da qualidade das decisões.

Da mesma forma, na área jurídica. É incoerente, numa Sociedade reconhecida como plural, num Estado dito Democrático, que se permita o entrenchamento do Supremo Tribunal Federal como o único agente legítimo para interpretar a Constituição e ser seu guardião.³⁸

Data vênua entendimento contrário, é dever de todo cidadão zelar pela Constituição, e direito de todo operador do Direito de exercer sua interpretação.

Encarar o Supremo Tribunal Federal, órgão que vem adotando posturas de insaciável fome de atribuições, como único e legítimo responsável pela interpretação da Constituição, e sua proteção, é instaurar uma ditadura jurídica, permitindo verdadeiro retrocesso às nossas poucas conquistas democráticas.

Uma ditadura de toga³⁹ seria diferente da terrível ditadura de farda, que tanto mal provocou em nosso país?

³⁷SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos Vs Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In Sarmento, Daniel. Livres e Iguais, Estudos de Direito Constitucional. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, p. 46.

³⁸SCHMITT, Carl. O Guardião da Constituição. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte. Editora Del Rey, 2007, p. 193/229. Insta ressaltar que, apesar de não concordarmos com a idéia final, referente a quem incumbe a competência para julgar a constitucionalidade das leis, entendemos correta a construção do desenvolvimento da tese. Faltaria, pois, imparcialidade para o Tribunal Supremo de um Estado ao cumular a competência quanto à aferição de constitucionalidade das leis.

³⁹Ver SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades; In Daniel Sarmento (Org.) Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

Devemos ter cuidado com palavras doces, que, à primeira vista, soam bem aos nossos ouvidos. Não devemos nos esquecer que por mais difícil que seja construir uma democracia, é o caminho menos traumático para avançarmos no processo civilizatório.

A judicialização⁴⁰ dos grandes problemas do nosso tempo, com o ventilado ativismo judicial, concomitantemente com a profunda crise pela qual passa o Legislativo e o Executivo, vão delineando um perigoso caminho trilhado pela alta cúpula do nosso Judiciário.

O Poder Judiciário deve ser a balança entre o Executivo e o Legislativo. Intervindo somente e, tão-somente, quando for necessário. Corrigindo e orientando. Ao assumir o papel principal na tríade, no exato momento de enfraquecimento dos outros poderes, dá-se margem ao autoritarismo judicial.

Estamos vivenciando a tentativa de implantar-se uma República nos moldes propostos por Platão⁴¹, de um Estado governado por uma pequena classe de acadêmicos, intelectuais. De alguns poucos agentes, que seriam a materialização da Razão.

Deve-se ter cuidado, muito cuidado, para não nos deixarmos levar pelos mesmos ideais que ensejaram o fatídico 1º de abril de 1964.

Outrossim, a guarda deve ser dobrada não em direção à caserna. Mas, sim, na direção do Palácio da Justiça.

Não se pode ignorar o que os 11 arautos de Platão estão plantando. Não há como saber se essa semente irá, ou não, dar frutos.

LE BONHEUR ET LE DROIT ADMINISTRATIF

NOTA INTRODUTÓRIA

Diogo de Figueiredo Moreira Neto

Poucos, como JACQUELINE MORAND-DEVILLER, consagrada Professora Decana de Direito Administrativo da Universidade de Paris I – Panthéon-Sorbonne, poderiam aliar, em páginas tão bem escritas, a asperidade e dureza da Ciência do Direito Administrativo com a suavidade e leveza da elegante prosa, por vezes quase poética, com que explora essa relação com a felicidade.

Desde logo ela própria confirma essa dificuldade, pois a "*felicidade é uma palavra ignorada, ou quase, do direito administrativo*", e ainda constata que é um "*Termo bastante fugidivo e bastante subversivo dentro de uma ordem jurídica fundada sobre a objetividade e a neutralidade*"...

Mas, como por mágica, JACQUELINE, jurista e crítica teatral, possivelmente por isso mesmo, transforma essa perplexidade inicial em encantamento, fazendo eclodir das tênues vergôntes da *felicidade* a floração do *princípio esperança*, nos levando, para isso, a redescobrir a felicidade garimpando nos campos da História, desde a moeda de Adriano, que fez nela cunhar a trilogia *Humanitas, Felicitas, Libertas*, até as grandes Declarações de Direitos e Constituições contemporâneas.

Não quero nem devo antecipar-me ao leitor na descoberta dessas jóias de pensamento e de erudição, que encontrará nas páginas tão diferentes da prosa que normalmente se lê em publicações jurídicas, mas, sem dúvida, é sobre o Direito e, especialmente sobre as possibilidades do Direito Administrativo, que elas nos levam a pensar quando se refere à *gestão da infelicidade*, à *governança dos riscos...* ou à *felicidade enquanto solidariedade e espiritualidade*.

A este ponto, a mensagem da autora tem muito a ver com a Advocacia de Estado – e com esta Revista de Direito, que há cinquenta anos tem sido instrumento dessa vocação – pois que todos esses temas conformam os nossos cenários quotidianos: o real, sobre o qual trabalhamos, e o ideal, para o qual trabalhamos.

Merci, JACQUELINE.

⁴⁰BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.

⁴¹Platão, A República. Ed. Martin Claret. São Paulo, 2002.