

FENOMENOLOGIA E DIREITO



HUSSERL

*Volume 11, Número 1
Abril/Setembro 2018*

*CADERNOS DA ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL
DA 2ª REGIÃO - EMARF*



**CADERNOS
DA ESCOLA DA
MAGISTRATURA REGIONAL
FEDERAL DA 2ª REGIÃO
EMARF**

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

<http://www.sfjp.ifcs.ufrj.br/revista/>



FENOMENOLOGIA E DIREITO

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 11, Número 1
abr./set.2018

Esta revista não pode ser reproduzida total ou parcialmente sem autorização

Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região : fenomenologia e direito / Escola da Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. – Vol. 11, n. 1 (abr./set.2018). – Rio de Janeiro : TRF 2. Região, 2008 - v. ; 23cm

Semestral

Disponível em: <<http://www.sfjp.ifcs.ufrj.br/revista/>>

ISSN 1982-8977

1. Direito. 2. Filosofia. 3. Filosofia Jurídica. I. Escola da Magistratura Regional Federal (2. Região)

CDU: 340.12

Diretoria da EMARF

Diretor-Geral

Desembargador Federal Luiz Paulo da Silva Araújo Filho

Diretor de Estágio

Desembargador Federal Luiz Antonio Soares

Diretor de Publicações

Desembargador Federal Augusto Guilherme Diefenthaeler

Diretor de Intercâmbio e Difusão

Desembargador Federal Marcus Abraham

Diretora de Cursos e Pesquisas

Desembargadora Federal Simone Schreiber

EQUIPE DA EMARF

Pedro Mailto de Figueredo Lima - Assessor Executivo

Rio de Janeiro

Carlos Roberto de Assis Lopes

Clarice de Souza Biancovilli

Flávia Dias de Paiva

George Geraldo Bernardino da Silva

Juliana Pimentel Duque Estrada Meyer

Leila Andrade de Souza

Luciana de Mello Leitão

Luiz Carlos Lorenzo Peralba

Maria Suely Nunes do Nascimento

Marta Geovana de Oliveira

Vilma Ferreira Amado

Espírito Santo

Soraya Bassini Chamun

Rayane Ferreira Machado Daher

Expediente

Conselho Editorial

Aquiles Côrtes Guimarães - Presidente *in memoriam*

Alberto Nogueira

Américo Augusto Nogueira Vieira

André Ricardo Cruz Fontes

Ari Marcelo Solon

Augusto Guilherme Diefenthaler

Aylton Barbieri Durão

Cleyson de Moraes Mello

Emanuel Carneiro Leão

Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva

Fernando Augusto da Rocha Rodrigues

Guilherme Calmon Nogueira da Gama

João Otávio de Noronha

Jorge Luis Fortes da Câmara

José Antonio Lisbôa Neiva

José Ferreira Neves Neto

Luiz Antonio Soares

Marcus Abraham

Marcus Vinicius Machado

Reis Friede

Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha

Comissão editorial

Aquiles Côrtes Guimarães *in memoriam*

Ana Claudia Estrela

Adriana Santos Imbrosio

Eduardo Galvão de Andréa Ferreira

Getúlio Nascimento Braga Júnior

Maria Lucia Gyrão

Nathalie Barbosa de la Cadena

Editado por

Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região - EMARF

Projeto Gráfico e Editoração Eletrônica

Leila Andrade de Souza

Foto da Capa

Edmund Husserl

Impressão

Tribunal Regional Federal da 2ª Região - COPGRA/ACOI

Tiragem

800 exemplares

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Presidente:

Desembargador Federal ANDRÉ R. C. FONTES

Vice-Presidente:

Desembargador Federal GUILHERME COUTO DE CASTRO

Corregedora-Geral:

Desembargadora Federal NIZETE LOBATO RODRIGUES CARMO

Membros:

Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO
Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA
Desembargador Federal ANTONIO IVAN ATHIÉ
Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER
Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND
Desembargador Federal REIS FRIEDE
Desembargador Federal ABEL GOMES
Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES
Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO
Desembargador Federal GUILHERME CALMON
Desembargador Federal JOSÉ ANTONIO NEIVA
Desembargador Federal JOSÉ FERREIRA NEVES NETO
Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO
Desembargador Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES
Desembargador Federal GUILHERME DIFENTHAELER
Desembargador Federal MARCUS ABRAHAM
Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA
Desembargador Federal RICARDO PERLINGEIRO
Desembargadora Federal CLAUDIA MARIA PEREIRA BASTOS NEIVA
Desembargadora Federal LETICIA DE SANTIS MELLO
Desembargadora Federal SIMONE SCHREIBER
Desembargador Federal MARCELLO GRANADO
Desembargador Federal ALCIDES MARTINS RIBEIRO FILHO
Desembargador Federal THEOPHILO ANTONIO MIGUEL FILHO

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	13
A DUPLA PERSPECTIVA ESTRUTURAL DO PSICOLOGISMO DE FRANZ BRENTANO	15
André R.C. Fontes	
ESBOÇO PARA APLICAÇÃO DA FENOMENOLOGIA EXISTENCIAL COMO PARADIGMA FILOSÓFICO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	19
Danilo Nascimento Cruz	
O MÉTODO GENEALÓGICO NIETZSCHIANO E SUA APLICABILIDADE PARA A CIÊNCIA DO DIREITO.....	29
Thiago Rodrigues Pereira	
ESTUDOS SOBRE OS PARADIGMAS DE RACIONALIDADE DISCURSIVA (DIANOÉTICA)	57
Guilherme Sandoval Góes e Cleyson de Moraes Mello	
ENSAIO CRÍTICO ÀS PROPOSTAS FOUCAULTIANAS NA TEORIA DO DIREITO.....	75
Daniel Nunes Pereira	
HERMENÊUTICA E PROCESSO: REVISITANDO O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM.....	93
Edmundo Gouvêa Freitas e Marco Antônio Ribeiro Tura	
POR UMA REINTERPRETAÇÃO ADEQUADA DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NA MODERNIDADE.....	115
Bruno Maia	
OS (DES)CAMINHOS ENTRE O PRÓPRIO E O ALHEIO: CONSIDERAÇÕES SOBRE A ESFERA PÚBLICA NO BRASIL	133
Clara Maria Cavalcante Brum de Oliveira	

APRESENTAÇÃO

A Revista Fenomenologia e Direito segue em seu décimo ano de permanente e periódica publicação. E tenho a satisfação de entregar este volume com artigos de destacados colaboradores.

Retorno, neste momento, a algumas das razões que levaram à criação da Revista: a divulgação da Fenomenologia no Direito e o desejo do fundador de um veículo com esse propósito. Mais uma vez refiro-me aos ideais do Professor Aquiles Côrtes Guimarães, que, com sua determinação, conseguiu formar um grupo seleta de estudiosos da Filosofia de Husserl e da Fenomenologia em geral, mesmo em outros e conhecidos filósofos.

O número desta Revista se inicia com um texto relacionado à Filosofia de Franz Brentano, extraído de um dos capítulos da tese de Filosofia que apresentei perante a banca do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da prestigiosa Universidade Federal do Rio de Janeiro, mais conhecida pelo acrônimo de UFRJ.

Agradeço o empenho e o desvelo dos colaboradores, que tanto engrandeceram este volume da coleção. Graças ao seu trabalho, a Revista se completa com mais uma seleção de bons textos.

Sem outras considerações, convido o leitor para mais uma boa leitura da Revista Fenomenologia e Direito.

André R. C. Fontes

Presidente do Tribunal Regional Federal
da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo)

A DUPLA PERSPECTIVA ESTRUTURAL DO PSICOLOGISMO DE FRANZ BRENTANO

*André R.C. Fontes**

No curso ininterrupto do seu trabalho de elaboração filosófica, Brentano adotou postura chamada de Psicologismo, que, posteriormente, chegou a ser criticada por ele próprio.¹ Esse psicologismo a que se pautou Brentano mais tarde foi classificado como de cariz concretista ou, como é mais conhecido, de reísta.² Dentre as muitas interrogações que essa posição suscita, há aquela relativa à possibilidade de conciliar a sua perspectiva reísta com a constante inspiração que Brentano achou nas obras de Aristóteles.³

Se Brentano revelou-se intérprete original de Aristóteles, como se extrai de sua tese, a divergência entre os ditames da filosofia aristotélica e o extremo nominalismo de sua posição reísta parece evidentemente insuperável.

Os dois principais primados da Filosofia de Brentano são:

- i) a Tese do Primado da Percepção Interna e,
- ii) a Teoria das Predicações Concretas.

* Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro-UFRJ e Desembargador no Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).

¹ F. Modenato, *Coscienza ed essere in Franz Brentano*, Bolonha: Pàtron Editore, 1979. 23.

² Adriano Bausola, *Conoscenza e moralità in Franz Brentano*, Milão: Vita e Pensiero, 1968.

³ Mauro Antonelli, *Alle radici del movimento fenomenológico Psicologia e metafísica nel Giovane Franz Brentano*, Bolonha: Pitagora Editrice, 1996. p. 54.

Quanto à primeira, a das predicções internas, recordamos que é precisamente nos fenômenos que a caracterizam que Brentano individua o fundamento do uso do primário da ligação. O outro fundamento da posição reísta de Brentano é a Teoria das Predicações Concretas. Por essa última, todos os predicados da linguagem vão transformar-se em termos concretos. Em tal sentido, não se dirá, por exemplo, “as rosas são vermelhas”, mas “as rosas são coisas vermelhas”.⁴

Uma simples tradução deverá intervir para todos os predicados da linguagem e, de modo particular, deverá aplicar-se a todos os termos abstratos. Assim operando, a tradicional concepção, segundo a qual em um juízo se atribui propriedade às coisas, vem substituída pela nova concepção pela qual em um juízo se conectam coisas e coisas.⁵ Por quanto dissemos, é patente que a Teoria das Predicações e o Primado da Percepção Interna convergem na particular atenção que vem dedicada ao problema da ligação.⁶

O repúdio ontológico dos abstratos deriva do forte destaque que vem dado ao problema das coisas individuais e concretas, ou da interpretação unívoca do conceito de existência, que se extrai da interpretação paradigmática da ligação. Ao refutar em grau de abstração, os temas ontológicos, Brentano acaba por prescindir daquilo que seria o nível da linguagem. Em substância, as expressões linguísticas da linguagem ordinária podem ser traduzidas ou deveriam poder ser traduzidas em expressões a ela equivalentes, evitando-se termos abstratos. Segue disso que a linguagem obtida operativa de tais traduções seria uma linguagem ontologicamente transparente.⁷

A Tese da Predicação concreta avançada de Brentano funda-se na teoria ontológica, segundo a qual as substâncias existem no interior dos acidentes dos quais são constantes. Isso equivale a dizer que, do ponto de vista ontológico, temos só inteiros (mais eventualmente agregados de inteiros e partes de inteiros). Se ora passamos ao correlato psicológico – no sentido de Brentano – de tais teses ontológicas, devemos considerar o plano dos juízos, aquele no qual se fala de ser e existir e das características disso que é.⁸

⁴ *Idem.* p. 103.

⁵ Liliana Albertazzi, *Introduzione a Brentano*, Roma Bari: Laterza, 1999. p. 123.

⁶ G. Rossi, *Giudizio e raziocinio*, *Studi sulla logica dei brentaniani*, Milão: La cultura filosofica, 1926. p. 5.

⁷ Mauro Antonelli, *Alle radici del movimento fenomenológico Psicologia e metafisica nel Giovane Franz Brentano*, Bolonha: Pitagora Editrice, 1996. p. 153.

⁸ Gulgielmo Forni, *Fenomenologia*, Milão: Marzorati, 1973. p. 12.

Para Brentano, os juízos se dividem em téticos e sintéticos ou predicativos. Os juízos téticos são juízos existenciais não predicativos. A toda vista, a teoria carece de diversos ajustamentos para ser defendida e não existe, até hoje, uma adequada reconstrução. De todo modo, é relevante salientar o fato que a nós serve ressaltar, é o fato de que para Brentano todos os juízos predicativos são transformáveis em juízos téticos e esses últimos são manifestamente o correlato lingüístico dos juízos ontológicos, que obtinha utilizando as teses de predicação concreta e a teoria brentaniana da substância e do acidente.⁹

Brentano tinha em mente o que se poderia chamar de senso analítico, embora um tanto diverso daqueles desenvolvidos nas perspectivas normais de tipo lógico. O contato com a obra de Brentano nos conduz ao problema da clássica relação entre o sujeito e o objeto. Esse problema do conhecimento sofre sensíveis mudanças na base da notória forma intencional de conhecer, segundo o aspecto objetivo ou noemático e subjetivo ou noético, de acordo com o mais conhecido vocabulário husserliano.¹⁰

A obra de Brentano, na sua sistemática e na sua *ratio studiorum*, por assim dizer, é marcada por uma autêntica revolução de indagações e afirmações sobre o problema do conhecimento.¹¹ Para Brentano, a sua Psicologia descritiva seria a Ciência do Futuro e deveria apresentar-se nos seus propósitos como a ciência ou a filosofia enquanto tal, destinada a assimilar toda a outra disciplina e a dar solução aos problemas mais específicos da Lógica à esfera moral.¹²

A *Psicologia, do ponto de vista descritivo*, orienta-se pela aquisição não indutiva e imediata do conhecimento *a priori* apodítico. A função vem exercitada pela consciência que ela vem representar, de modo que qualquer coisa assume em tal modo o absoluto e a universalidade. Pensava Brentano que, em um só golpe, estava para superar o objetivo posto pelo conhecimento demonstrativo e, direta ou indiretamente, superaria os lógicos, os matemáticos e os psicologistas.¹³

⁹ G. Rossi, *Giudizio e raziocinio, Studi sulla logica dei brentaniani*, Milão: La cultura filosófica, 1926. p. 5.

¹⁰ Gulgielmo Forni, *Fenomenologia*, Milão: Marzorati, 1973. p. 12.

¹¹ Para alguns trata-se de uma evolução. Cf. G. Holton, *Gli scienziati hanno bisogno de una filosofia?*, Il mulino, 40, maio-junho, 1991. p. 404.

¹² Mauro Antonelli, *Alle radici del movimento fenomenológico Psicologia e metafísica nel Giovane Franz Brentano*, Bolonha: Pitagora Editrice, 1996. p. 156.

¹³ *Idem*.

A proposta de Brentano concernia às origens e à natureza, como asseveram as provas dos nossos conhecimentos mais intuitivos e dos nossos juízos mais instintivos e espontâneos. Na elaboração de uma teoria do conhecimento que se distanciava do esquema de aquisição ou de orientação metafísica – não se trata mais, evidentemente, de uma simples gnoseologia – e que se anela de novas modalidades de insumos à realidade e ao objeto do conhecimento, ou melhor, torna atividades cognoscitivas.¹⁴

Brentano indicava nos estados da consciência aqueles momentos essenciais do processo do conhecimento, que implicavam nas expectativas e são coordenados, metodicamente, a uma representação (*Vorstellung*) ou a uma volição. Isso que emerge da aplicação da Psicologia à Lógica prática e normativa é aquilo que para os lógicos torna propriamente um problema de significado e revisa as diferentes espécies de proposições analisadas ou ainda a ambiguidade ou imperfeições de linguagem que se devem adotar.¹⁵

São três as categorias de proposições conexas: as categorias das representações, das expectativas e, por último, a das volições, correspondente às definições (em Kant, juízos analíticos, as afirmações e os juízos de valor não devem, de algum modo e sentido, ser trocados entre eles).¹⁶

As funções resolutivas, no âmbito cognoscitivo da categoria das ações voluntárias e dos juízos de valor (*Werturteil*), que legitimam a operatividade da consciência, liberando-a de sua abstração e reprimam, ao mesmo tempo, deduções e irradiações corretas. A distinção apresentada por Brentano entre os fatos mentais da segunda e terceira das três categorias por ele estabelecidas evita imputar ao procedimento da ciência uma impotência no plano cognoscitivo ou queda em forma de cientificismo.¹⁷

¹⁴ Adriano Bausola, *Conoscenza e moralità in Franz Brentano*, Milão: Vita e Pensiero, 1968. p. 71.

¹⁵ Mauro Antonelli, *Alle radici del movimento fenomenológico Psicologia e metafisica nel Giovane Franz Brentano*, Bolonha: Pitagora Editrice, 1996. p. 45.

¹⁶ Vittorio de Palma, *Il soggetto e l'esperienza La critica di Husserl a Kant e il problema fenomenológico del trascendentale*, Macerata: 2001. Quodlibet, p. 223.

¹⁷ Mauro Antonelli, *Alle radici del movimento fenomenológico Psicologia e metafisica nel Giovane Franz Brentano*, Bolonha: Pitagora Editrice, 1996. p. 79.

ESBOÇO PARA APLICAÇÃO DA FENOMENOLOGIA EXISTENCIAL COMO PARADIGMA FILOSÓFICO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Danilo Nascimento Cruz¹

“...que quando estou a ponto de perder o juízo, todo o tumulto interior se me apazigua com a visão de uma criatura como aquela, que percorre o círculo estreito de sua existência em ditoso abandono e encontra cada dia o necessário...”

Goethe²

O mundo (é) meu porque está infestado por possíveis, e a consciência de cada um desses possíveis é um possível (de) si que eu sou; esses possíveis, enquanto tais, é que conferem ao mundo sua unidade e seu sentido de mundo.

Sartre³

Resumo: Trata-se de ensaio que questiona a natureza filosófico-jurídica dos direitos da personalidade. Esta digressão tem por mote a apresentação da fenomenologia existencial tendo por matriz teórica o pensamento de Heidegger e Sartre.

¹ Membro da Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPro; Especialista em Direito do Estado e em Direito Processual Civil; Servidor do Judiciário Federal/Piauí; Desenvolve pesquisas nas áreas: Teoria da Constituição e do Processo Civil, Direito & Literatura e Direito & Filosofia; Contato: dnc_pi@hotmail.com

² GOETHE, Johann Wolfgang. Os sofrimentos do jovem Werther. Porto Alegre, RS: L&PM. 2017. p. 29.

³ SARTRE, Jean-Paul. *O ser e o nada*. 23ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes. 2013. p. 157.

Demonstraremos como a construção da ética-metafísica kantiana não serve de exclusivo fundamento à natureza filosófico-jurídica dos direitos da personalidade e partir de indagações históricas e aflitivas do cotidiano exporemos como a compreensão fenomenológico-existencial põe verniz à ideia da noção ontológica do ser por uma desconstrução do dado e a compreensão de si para existência como consciência necessária e ponto de partida para uma ação do homem para sua realização no mundo.

Palavras-chave: Direito da Personalidade; Natureza; Filosofia; Fenomenologia; Heidegger; Sartre.

1 – PROBLEMÁTICA / INTRODUÇÃO

Esta digressão ensaística circunscreve-se sobre uma possibilidade especulativa da compreensão paradigmática da fundamentação filosófica dos denominados direitos da personalidade que hoje deita fundamento sobre a ética-metafísica kantiana. A problemática se revela no momento em que outra escola filosófica, por seus fundamentos e irradiações, mostra-se apta a servir de fundamento e justificativa para a existência dos direitos da personalidade.

É senso comum, fundamento padrão, paradigma irrefutável, inquestionável, dogma no âmbito da ciência jurídica que o fulcro filosófico para a existência dos direitos da personalidade é a ética-metafísica kantiana.

Os direitos da personalidade, dentro da ciência jurídica, são um plexo de direitos diretamente vinculados à dimensão imaterial do ser humano, compondo uma senda do Direito Civil tanto em sua dogmática como em sua positivação legal, onde os referidos direitos mimetizam-se com a vinculação direta à ideia de dignidade da pessoa-humana.

A ética kantiana é inteiramente baseada nas noções de razão e dever, na capacidade do indivíduo dominar suas paixões e interesses próprios além de descobrir, dentro de si, a lei moral que deve orientar sua conduta desaguando no ideal do imperativo categórico. Essa ética, assente sobre o postulado da dignidade da pessoa-humana expressa-se pela seguinte passagem:

A necessidade prática de agir segundo esse princípio, isto é, o dever, não parte de sentimentos, impulsos e inclinações, mas sim unicamente da relação dos seres racionais entre si, relação esta em

que a vontade de um ser racional tem de ser considerada sempre e simultaneamente como legisladora, porque de outra forma não poderia ser pensada como fim em si mesma. A razão relaciona então cada máxima da vontade concebida como legisladora universal com todas as outras vontades e com todas as ações para conosco mesmos, e isto não em virtude de qualquer outro motivo prático ou de qualquer vantagem futura, mas em virtude da ideia da dignidade de um ser racional que não obedece a outra lei senão àquela que ele mesmo simultaneamente dá. No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.⁴

Toda a construção teórica funda-se na parte final da passagem acima destacada.

A questão é: Kant tem razão exclusiva? E aqui não estamos defendendo a não razão de Kant mas sim sua não razão “exclusiva”.

Senão vejamos, como justificar os seguintes exemplos:

a) A abolição da escravatura; b) A luta pelos direitos das mulheres; c) O pleno exercício da liberdade de expressão.

Pois bem, respectivamente, toda pessoa negra, toda mulher, todo cidadão que compõe a sociedade é um ser humano, logo detentor de uma racionalidade legisladora que desemboca na ideia de imperativo categórico, então por que pelo simples fato dessas pessoas serem humanas e racionais a historiografia não registra o resguardo respectivo de sua liberdade atávica, sua igualdade de gênero e a possibilidade de expressar-se como lhe convém? Qual teria sido a necessidade de movimentos escravocratas, lutas pelo direito ao voto e participação social e o fim da censura?

A partir deste questionamento demonstra-se que os direitos que engendram garantias decorrem de algo mais que uma unção metafísica de que se tem porque se é, mas que se tem porque se busca.

Tal problemática tem um reflexo direto na definição da natureza

⁴ KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. São Paulo: Martin Claret. 2011. p. 65.

filosófico-jurídica dos direitos da personalidade. A doutrina divide-se em duas grandes correntes: a do direito natural e a do positivismo jurídico. A corrente do direito natural prega que os direitos da personalidade existem por serem inerentes à condição do homem enquanto ser racional, já a corrente positivista prega que tais direitos só existem porque decorrem de uma garantia do Estado ao homem, e se o Estado garante é porque é um anseio do cidadão.

É nesse contexto que levantamos a hipótese em demonstrar de como a Fenomenologia Existencial especificamente tendo como referenciais teóricos Heidegger e Sartre respondem de forma complementar a razão ontológica dos direitos da personalidade.⁵

2 – FUNDAMENTAÇÃO DA HIPÓTESE

2.1 – Direitos da Personalidade: Aspectos Gerais

O código civil de 2002 veio à tona num momento de efervescência renovatória do direito civil brasileiro com o fito de reger as transformações da modernidade líquida.

O momento era propício, o direito privado reformulava-se, mudavam-se (sucediavam-se) os paradigmas, da despatrimonialização à repersonalização com ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em sua dimensão física quanto psíquica.

⁵A título informativo, a doutrina faz a seguinte classificação dos Direitos da Personalidade: i) Dentre os que tratam da integridade física temos: a) o direito à vida, b) direito aos alimentos, c) direito ao próprio corpo e às partes separadas do corpo(vivo), d) direito ao corpo alheio às suas partes separadas(falecido); ii) Dentre os que tratam da integridade intelectual temos: a) direito à liberdade de pensamento, b) direitos autorais de ciências, artes, literatura; iii) Dentre os que tratam da integridade moral temos: a) o direito a honra, b) direito à imagem, c) direito à identidade pessoal, familiar e social, d) direito à liberdade civil, política e religiosa, e) direito ao recato, f) direito ao sigilo pessoal, doméstico e profissional. Por todos: CAMILO, Carlos Eduardo Nicoletti(Coord.). Comentários ao código civil: artigo por artigo. 2ª ed. São Paulo: RT, 2009. p. 122.

Uma segunda classificação dá-se no plano conceitual, ao demonstrar que direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade são mesma coisa diferencando apenas o plano em que personalidade humana se manifesta. A expressão direitos humanos é utilizada no plano internacional; direitos fundamentais é o termo normalmente usado para designar direitos positivados em cartas constitucionais já os direitos da personalidade são empregados em alusão aos atributos humanos que exigem especial proteção no campo das relações privadas. Nesse sentido: CRUZ, Danilo Nascimento. Tutela dos direitos da personalidade: aspectos materiais e processuais. Artigo inédito.

Dentre os muitos conceitos trazidos pela doutrina civilista sobre os direitos da personalidade, Cristiano Chaves e Nelson Rosendal lecionam:

Consideram-se, assim, direitos da personalidade aqueles direitos subjetivos reconhecidos à pessoa, tomada em si mesma e em suas necessárias projeções sociais. Enfim, são direitos reservados ao desenvolvimento da pessoa-humana, em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe emprestar segura e avançada tutela⁶

2.2 – Natureza filosófico-jurídica dos direitos da personalidade

Quanto a natureza filosófico-jurídica existe uma discussão doutrinária se se trata de um direito natural ou um direito positivo. Os que o veem como um direito natural argumentam pela condição ínsita à pessoa-humana enquanto corolário do princípio da dignidade humana. Os que o veem como norma positivada argumentam que a inexistência do tipo normativo torna o direito da personalidade irrealizável, uma vez que não haveria previsão no ordenamento jurídico.

2.3 – Premissas filosóficas postas

Kant acreditava que o que faz de nós seres humanos, ao contrário dos animais, é o fato de pensarmos reflexivamente sobre nossas escolhas. E a ideia proeminente do pensamento kantiano para chegarmos à noção de dignidade dá-se pela compreensão da capacidade do homem identificar dentro de si a conduta correta a ser seguida. A ideia é fundamentar a prática moral não na experiência mas numa lei aprioristicamente inerente à racionalidade humana, essa lei se denomina imperativo categórico. Isso quer dizer que só deveríamos fazer aquilo que fizesse sentido para todos (comunidade) na mesma situação, isso significa que não deveríamos usar os outros, mas tratá-los com respeito, reconhecendo a autonomia das pessoas e sua capacidade como indivíduos de tomar por conta própria, decisões pensadas.⁷ Todo o homem é um fim em si mesmo, um sistema particular capaz de autogovernar a si próprio⁸.

⁶ TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. 2ª ed. São Paulo: Método, 2012, p. 86.

⁷ WARBURTON, Nigel. Uma breve história da filosofia. Porto Alegre: L&PM, 2012, p.117.

⁸ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de filosofia do direito. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.331.

2.4 – Premissas filosóficas propostas

Dentro da problematização levantada propomos a utilização dos fundamentos da fenomenologia existencial como paradigma filosófico complementar à natureza filosófico-jurídica dos direitos da personalidade.

Para o desenvolvimento desta hipótese é necessário estipularmos pontos de inflexão e roteiro investigativo prévio.

Antes de mais nada é necessário salientarmos o que tratamos como fenomenologia existencial e porque teremos como referencial teórico Martin Heidegger e Jean-Paul Sartre.

Existencialismo ou Fenomenologia Existencial? Na obra “*O existencialismo é um humanismo*” Sartre elenca Heidegger como um existencialista⁹ mas tal assertiva foi de pronto rechaçada pelo mestre alemão em sua obra “*Carta sobre o humanismo*” em que fez considerações sobre a conferência sartreana¹⁰

O ponto é, ainda que Heidegger refute a designação de existencialista sua filosofia de cunho existencial aurida da fenomenologia de Husserl como que num evento em cadeia influenciou substancialmente o pensamento de Sartre. Ambos devem à fenomenologia husserliana o desenvolvimento de seus trabalhos.

Heidegger encara a fenomenologia antes como um meio que nos conduz à evidência das coisas, facultando-nos uma apreensão das mesmas, uma via de acesso que resguardaria o modo com que as coisas se mostram, tal como são.

Ou como prefere Heidegger – “*as coisas em si mesmas.*”¹¹

Heidegger busca, por uma desconstrução, o ser do ente para uma compreensão do *ser-aí* enquanto um *ser-no-mundo* através do fenômeno – o que se revela, o que se mostra em si mesmo, pois a compreensão do fenômeno depende de como ele se mostra e de como ele aparece.¹²

⁹ SARTRE, Jean-Paul. *O existencialismo é um humanismo*. 2ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes de Bolso. 2013. p.17.

¹⁰ SARTRE, Jean-Paul. *O existencialismo é um humanismo*. 2ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes de Bolso. 2013. p.62.

¹¹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 9ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes. 2014. p. 67-68.

¹² HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 9ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes. 2014. p. 67-68.

Daí exsurge a necessidade de uma ontologia fundamental, uma releitura do ser, essa essência perene que permite o ente.

O ser, o ente, a compreensão, a desconstrução ontológica, a realização do *ser-aí* (*dasein*) enquanto *ser-no-mundo*.

Ao existir, o *ser-aí* define o que ele é, e os muitos momentos deste modo de ser se mostram à análise do *ser-aí* como existenciais. Existenciais são estruturas ontológicas tão somente engendradas na dinâmica da existência, são portanto, componentes ontológico-existenciais do ente que somos.¹³

Ser é condição de possibilidade, é condição para realização do *ser-aí* enquanto um existente.

A essência do *ser-aí* reside em sua existência. Por isto, as características que podem ser explicitadas junto a esse ente nunca são “propriedades” presentes à vista de um ente presente à vista que possui tal ou tal “aparência”, mas sempre modos de ser que lhe são possíveis apenas isto. Deste modo, o termo “*ser-aí*”, com o qual designamos esse ente.¹⁴

Todos esses conceitos da filosofia de Heidegger são importantes para as proposições que serão desenvolvidas pela ação existencialista de Sartre. A ideia da noção ontológica do ser por uma desconstrução do dado e a compreensão de si para existência é consciência necessária como ponto de partida para uma ação do homem, quase como um estopim; um ponto de partida necessário.

E Sartre demonstrará bem isso quando do trato da ação do homem para sua realização no mundo.

O homem é fundamentalmente desejo de ser,¹⁵ nada mais que o conjunto de seus atos¹⁶ e o existencialismo uma moral de ação e compromisso.¹⁷

E é justamente esse desejo de ser em ação que sustenta a viabilidade

¹³ KAHLMEYER-MERTENS, Roberto S. 10 lições sobre Heidegger. Petrópolis, RJ: Vozes. 2015. 141 p.

¹⁴ HEIDEGGER, Martin apud CASANOVA. Marco Antônio. Compreender Heidegger. 3ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes. 2012. p. 89.

¹⁵ SARTRE, Jean-Paul. O ser e o nada. 23ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes. 2013. p. 692.

¹⁶ SARTRE, Jean-Paul. O existencialismo é um humanismo. 2ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes de Bolso. 2013. p. 30.

¹⁷ SARTRE, Jean-Paul. O existencialismo é um humanismo. 2ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes de Bolso. 2013. p. 33.

da hipótese aqui traçada, demonstrando que não basta nascer homem para que se garanta seus direitos da personalidade mas que compreenda e se faça homem para que se lute pela implementação positivada dos direitos da personalidade.

Afinal, *toda realidade humana é uma paixão, já que projeta perder-se para fundamentar o ser.*¹⁸ Um contínuo “lançar-se para”.

E essa consciência do homem moderno é a única base a partir da qual é possível garantir realmente o ultrapassamento da ipseidade e, com isso, a possibilidade de uma existência livre¹⁹

3 – CONCLUSÕES

Dentro do engendramento argumentativo desenvolvido até aqui, chegamos às seguintes conclusões especulativas:

1 – Ainda que contrário a sedimentado conceito dogmático, a ética-metafísica kantiana não serve de exclusivo fundamento à natureza filosófico-jurídica dos direitos da personalidade.

2 – O agir humano no tempo e no espaço tem significativa importância para a origem de tutelas normativo-positivas dos denominados direitos da personalidade.

3 – Se dogmaticamente os direitos da personalidade reservam-se ao desenvolvimento da pessoa-humana, em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe emprestar segura e avançada tutela, é imperioso destacar que a compreensão fenomenológico-existencial põe verniz à ideia da noção ontológica do ser por uma desconstrução do dado e a compreensão de si para existência como consciência necessária e ponto de partida para uma ação do homem para sua realização no mundo.

4 – Por fim, resta demonstrado a possibilidade de como a Fenomenologia Existencial, especificamente tendo como referenciais teóricos Heidegger e

¹⁸ SARTRE, Jean-Paul. *O ser e o nada*. 23ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes. 2013. p. 750.

¹⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva*. 2ª ed. Petrópolis, 2012. p. 135.

Sartre, responde de forma complementar como paradigma fundante à razão ontológica da natureza filosófico-jurídica dos direitos da personalidade

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de filosofia do direito. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.331.
- CAMILO, Carlos Eduardo Nicoletti(Coord.). Comentários ao código civil: artigo por artigo. 2ª ed. São Paulo: RT, 2009. 1021 p.
- CASANOVA, Marco Antônio. Compreender Heidegger. 3ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes. 2012. p. 89.
- CRUZ, Danilo Nascimento. Tutela dos direitos da personalidade: aspectos materiais e processuais. Artigo inédito.
- GADAMER, Hans-Georg. Hermenêutica em retrospectiva. 2ª ed. Petrópolis, 2012. p. 135.
- GOETHE, Johann Wolfgang. Os sofrimentos do jovem Werther. Porto Alegre, RS: L&PM. 2017. p. 29.
- HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo. 9ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes. 2014. p. 67-68.
- KAHLMAYER-MERTENS, Roberto S. 10 lições sobre Heidegger. Petrópolis, RJ: Vozes. 2015. 141 p.
- KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. São Paulo: Martin Claret. 2011. 140 p.
- MÉSZÁROS, István. A obra de Sartre – busca da liberdade e desafio da história. São Paulo: Boitempo. 2012. 334 p.
- NUNES, Benedito. Heidegger & ser e tempo. Rio de Janeiro: Zahar. 2002. 45 p.
- SARTRE, Jean-Paul. O existencialismo é um humanismo. 2ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes de Bolso. 2013. p.17.
- SARTRE, Jean-Paul. O ser e o nada. 23ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes. 2013. p. 692.
- TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. 2ª ed. São Paulo: Método, 2012, p. 86.
- WARBURTON, Nigel. Uma breve história da filosofia. Porto Alegre: L&PM, 2012, p.117.

O MÉTODO GENEALÓGICO NIETZSCHIANO E SUA APLICABILIDADE PARA A CIÊNCIA DO DIREITO

Thiago Rodrigues Pereira¹

Resumo: O presente estudo tem como objetivo apresentar o método genealógico nietzschiano como uma proposta de superação do clássico método positivista que ainda possui grande aplicabilidade no Direito brasileiro.

O método genealógico permitirá analisar as bases históricas formadoras da ciência do Direito, para que se possa ser proposta uma reconstrução da ciência jurídica à luz de uma hermenêutica filosófica aplicada ao direito constitucional, em especial nos princípios constitucionais que irão sempre nortear toda e qualquer interpretação do Direito e assim permitir que se encontra a resposta constitucionalmente mais adequada.

Palavras-chave: método; genealogia; positivismo; Nietzsche

THE NIETZSCHEAN GENEALOGICAL METHOD AND ITS APPLICABILITY TO SCIENCE OF LAW

Abstract: This research aims to show the genealogical method by Nietzsche as a

¹ Pós Doutor em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis – UCP, com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES; Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá – UNESA/RJ com bolsas da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro - FAPERJ e CAPES respectivamente; Professor Adjunto do Programa de Pós Graduação em Direito da UCP; Professor do Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro – UNILASALLE-RJ; Professor do Master of Science in Legal Studies da American College of Brazilian Studies – AMBRA COLLEGE; Coordenador Pedagógico do site www.novoliceu.com

propose of overcoming of the classic positivism method, because this method still has important application in Brazilian Law.

The genealogical method allows to analyze historical basis of science of Law, to propose a reconstruction of science of law. After that, it proposes to think the science of law using Philosophical hermeneutics applied of constitutional law, especially in the constitutional principles, because they will help every juridical interpretation and they will help to meet the right constitutional answer.

Key words: method; genealogy; positivism; Nietzsche

INTRODUÇÃO

O método positivista que ainda hoje é o mais utilizado tanto nos bacharelados em Direito quanto na própria aplicação do Direito por profissionais da área jurídica não mais se coaduna com a realidade histórica por que passe o atual quadro do pensamento humano.

O método positivista, se teve enorme importância, principalmente por obra de Hans Kelsen, que pode ser apontado como o primeiro filósofo do Direito a pensar em fazer Direito de forma científica, hodiernamente não mais consegue dar as respostas que a sociedade como um todo espera. Novos fatos sociais cada vez mais se multiplicam de forma impressionante e o fato jurídico, ainda baseado nos ditames positivistas, não consegue alcançá-lo, alias, nem perto consegue chegar, tamanha é a diferença na velocidade entre eles.

Em razão dessa insuficiência do método positivista, mister se faz repensar, portanto o próprio método do Direito, pois um novo paradigma se faz necessário, o antigo paradigma positivista já se mostra esgotado. Em que pese a dificuldade que existe em se superar um paradigma, um modelo já concebido por um novo, o Brasil precisa dar esse passo que deverá transformar a forma de pensar o Direito.

A proposta ora apresentada, que de forma nenhuma pretende esgotar o tema, é de propor um novo paradigma para a ciência do Direito, com base no método genealógico nietzscheano, que tem, de forma resumida, a missão de re-valorar, trans- valorar os valores do Direito, e assim se afastar dessa idéia utópica de um Direito puro e livre das influências de outras áreas

do saber como a filosofia, sociologia, antropologia, psicologia, etc., além, e aliás principalmente, da moral.

Portanto, o objetivo central do presente trabalho será demonstrar o que vem a ser o método genealógico, o esgotamento do modelo positivista, e como seria a aplicabilidade desse modelo no âmbito jurídico.

I – O MÉTODO GENEALÓGICO

O presente capítulo irá, portanto apresentar as bases do método genealógico, desde sua forma embrionária até a proposta de se pensar esse método como um método de pesquisa por Friedrich Nietzsche. A genealogia pode ser conceituada como sendo *“a investigação de causas em um sentido não cartesiano, a saber, sem linearidade, reducionismo ou mecanicismo, como também positivismo características que são interligadas”*. Assim, apenas será possível a linearidade das causas se pegarmos o complexo e reduzirmos os fatos causais tornando-os simples, delimitáveis. Com isso, encontraremos na positividade essa resposta sendo que tais fatores efetivamente não são rígidos como aparentemente possa parecer³.

O método genealógico, bem diferente dos mais variados métodos de pesquisa ainda hoje dominantes, não busca a causa⁴ efetivamente, pois para o método genealógico que será aplicado na presente pesquisa encontrar as causas nada mais seria que encontrar as questões afetivas, ou seja, que não existe uma causa por si mesma, mas sim uma que está sendo movida pelo afeto, pela vontade de poder de cada um.

² MARTINS, André. Filosofia e saúde: métodos genealógico-conceitua Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=SO102-311x2004000400009&script=sci_arttext Acessado em 10.02.2011. p. 1.

³ Idem.

⁴ Em relação as causas, foi provavelmente Aristóteles quem primeiro se aprofundou nesse tema quando após criticar a existência do dualismo platônico do mundo das idéias e mundo sensível e a sua teoria da forma, elaborou uma forma de fazer ciência diferente do que até então foi proposto. Aristóteles afirmava que tudo na natureza seria organizado de acordo com linhas causais que seriam tais causas determinadas pelas potencialidades que acompanham os vários tipos de matéria. Aristóteles elenca então quatro causas, tendo por objetivo esgotar a pergunta “Por que razão?”, em relação às coisas que poderiam ser chamadas de causas. A primeira causa é chamada de causa formal e tem como intuito encontrar a coisa pela qual a matéria é formada. A segunda causa objetiva encontrar a essência da coisa, a forma da coisa. A terceira causa é a chamada causa eficiente, que seria a causa a qual geraria uma mudança primária na coisa. Por fim, a quarta causa seria a causa final, a causa que determinaria a finalidade da existência da coisa, também chamada de teleologia, tendo em Deus, nas palavras de Aristóteles, o primeiro motor, ou seja, a grande causa final e explicação para todas as coisas.

Apesar de ter sido com Nietzsche que a genealogia se torna realmente um método científico, houveram outros genealogistas que o precedeu como Spinoza e Schopenhauer, e outros que sofreram fortemente sua influência como Foucault, Freud, Marx e Heidegger⁵.

O método genealógico vai ser, portanto, uma forma de denunciar o método filosófico tradicional que desde Sócrates-Platão acredita na existência de um mundo da idéias que seria a causa do mundo sensível. Denuncia também o pensamento cartesiano que é a base do racionalismo tradicional, em relação à distinção entre a *res extensa* e a *res cogitans*⁶, pois para Descartes seríamos uma substância cuja essência seria constituída apenas de pensamento, e, portanto, seria distinta do corpo, que seria a sua

⁵ Por uma opção, apenas os filósofos Spinoza, Foucault e Heidegger dos mencionados nesse capítulo é que serão a posteriori abordados sendo apresentados seus pensamentos e assim sendo demonstrado a influência do pensamento nietzscheano em seus respectivos pensamentos.

⁶ Em relação a essa distinção, Descartes elabora sua teoria da dúvida metódica, onde ele coloca todo o conhecimento adquirido até então sob suspeita afirmando que: “sou obrigado a confessar que, de todas as opiniões que recebi outrora em minha crença como verdadeiras, não há nenhuma da qual não possa duvidar atualmente, não por alguma inconsideração ou leviandade, mas por razões muito fortes e maduramente consideradas: de sorte que é necessário que interrompa e suspenda doravante meu juízo sobre tais pensamentos, e que não mais lhe dê crédito, como faria com as coisas que me parecem evidentemente falsas, se desejo encontrar algo de constante e de seguro nas ciências (...)”. DESCARTES, René. *Metafísicas* in FERRAZ, Danilo Marcondes. *Textos Básicos de Filosofia – Dos Pré-socráticos a Wittgenstein*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999, p. 76. Assim, Descartes irá duvidar até da existência de Deus, depois dos atributos de Deus, pois o mesmo poderia ser um ser enganador, para depois afirmar não só da existência como também de seus atributos perfeitos quando afirma que “em primeiro lugar, o que a pouco tomei como regra, isto é, que as coisas por nós concebidas muito clara e distintamente são todas verdadeiras, só é certo porque Deus é ou existe, porque é um ser perfeito e porque tudo que existe em nós vem dele, de forma que as nossas idéias ou noções, sendo coisas reais e provenientes de Deus em tudo o que possuem de claro e distinto, não podem deixar de ser verdadeiras. Assim, se muitas vezes temos algumas que contêm falsidade, isto só pode ocorrer com as que têm algo de confuso e obscuro, porque nisso participam do nada, isto é, só se nos apresentam confusas porque não somos de todo perfeitos. É evidente que não menos repugnante do que achar que a verdade ou a perfeição possam vir do nada é admitir que a falsidade ou a imperfeição proceda de Deus, como tal”. DESCARTES, René. *Discurso do Método – para bem dirigir a própria razão e buscar a verdade nas ciências*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 45. Dessa conclusão que Deus existe e é perfeito, será que Descartes parte para a sua “demonstração” mais famosa, que é o argumento do cogito, ou seja, de que posso duvidar de tudo menos de que eu existo pois caso contrário eu não poderia estar nem estar duvidando. Assim, afirma Descartes que “suponho, portanto, que todas as coisas que vejo são falsas; persuado-me de que nada jamais existiu de tudo que minha memória repleta de mentiras me representa; penso não possuir nenhum sentido; creio que o corpo, a figura, a extensão, o movimento e o lugar são apenas ficções do meu espírito. O que poderá, pois, ser considerado verdadeiro? Talvez nenhuma outra coisa a não ser que nada há no mundo de certo. (...) Mas há algum, não sei qual, enganador mui poderoso e mui ardiloso que emprega toda sua indústria em enganar-me sempre. Não há pois dúvida alguma de que sou, se ele me engana; e por mais que me engane, não poderá jamais fazer com que nada seja, enquanto eu pensar ser alguma coisa. De sorte que, após ter pensado bastante nisto e de ter examinado cuidadosamente todas as coisas, cumpre enfim concluir e ter por constante que esta proposição, eu sou, eu existo, é necessariamente verdadeira, todas as vezes que a enuncio ou que a concebo em meu espírito”. DESCARTES, René. *Metafísicas* in FERRAZ, Danilo Marcondes. *Idem*. p. 79.

extensão, e assim, todo corpo, por ser extensão, necessitaria de uma essência, que seria o eu, o *cogito ergo sum*.

Percebe-se então no pensamento de Descartes um prosseguimento do pensamento socrático-platônico de dar total primazia para a razão em detrimento do corpo, afirmando que apesar dos filósofos, no dizer de Descartes, terem o entendimento de que *“no entendimento nada existe que não tenha estado antes nos sentidos, nos quais, entretanto, é certo que as idéias de Deus e da alma nunca estiveram”*⁷, para depois concluir que *“nem a nossa imaginação nem os nossos sentidos poderiam jamais assegurar-nos de qualquer coisa, se o nosso entendimento não interviesse”*.

O primeiro filósofo a questionar a filosofia tradicional, em especial a dicotomia cartesiana do corpo e mente, foi Spinoza, que pode ser considerado um precursor de Nietzsche, pois teria sido o primeiro a inaugurar um pensamento genealógico, pensamento esse ainda não como o método genealógico nietzschiano, mas que se pode conceber como a sua forma embrionária. O próprio Nietzsche afirmou isso em uma carta enviada para Franz Overbeck datada de 30 de julho de 1881 quando afirma que:

*“Eu tenho um precursor! Eu estou muito espantado, arrebatado! Eu tenho um precursor, e que precursor! Eu quase não conhecia Spinoza. Que eu me sinta atraído por ele nesse momento releva de um ato ‘instintivo’. Não é apenas que sua tendência global seja a mesma que a minha: fazer do conhecimento o afeto mais poderoso - em cinco pontos principais eu me reencontro em sua doutrina, e sobre essas coisas, esse pensador, o mais anormal e mais solitário que seja, me é verdadeiramente muito próximo: ele nega a existência do livre-arbítrio; dos fins; da ordem moral do mundo; do não-egoísmo; do Mal. Se, de fato, nossas divergências são igualmente imensas, ao menos repousam sobre as condições diferentes da época, da cultura, do saber. In summa: minha solidão que, como do alto das montanhas, muitas vezes me deixa sem ar e faz jorrar meu sangue, é ao menos uma dois-lidão - magnífica!”*⁸

Mas no presente capítulo, onde se está procurando apresentar o motivo pela escolha do método genealógico para a presente pesquisa bem como

⁷ DESCRATES, René. Discurso do Método – para bem dirigir a própria razão e buscar a verdade nas ciências. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 44.

⁸ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. Carta a Franz Overbeck. <http://guaikuru.blogspot.com/>, 1881. Disponível em <http://guaikuru.blogspot.com/2006/03/friedrich-nietzsche-carta-franz.html>. Acesso em 17 de maio de 2007.

conceitos básicos do mesmo, já se pode afirmar que dentro do pensamento spinozista, nasce então a preocupação em não se fazer a distinção corpo e mente, quando Spinoza irá colocar a razão dentro do “mundo sensível”, nos dizeres de Platão. Assim, se conhecemos, temos um conhecimento inserido no mundo, que não pode ser separado do mundo pois sempre estará impregnado de “mundanidade”, nos dizeres heideggerianos, *o dasein*, *o ser aí*, ou seja, o ser não separado do ente. Sendo assim, algo sempre estará por de trás das nossas ações, haverá sempre um “motor”, mas não àquele imaginado por Aristóteles em sua teoria das 4 causas, mas sim o afeto, o valor, que sempre irá nos motivar e portando embasar e fundamentar todas as nossas ações no mundo, pois estas nunca serão apenas racionais.

A intuição genealógica de Spinoza, antes ainda de Nietzsche, vem a denunciar essa idéia de causalidade como fim que desde Platão e Aristóteles vinha vigendo no pensamento filosófico. Portanto, Spinoza foi o primeiro genealogista, no melhor sentido nietzschiano do termo, tanto no aspecto da genealogia como investigação das causas, como também na idéia das causas serem fundamentalmente afetivas⁹. Pode-se entender o termo genealogia (termo esse cunhado por Nietzsche) como senso uma “análise histórica da formação de determinados discursos que constituem um saber, ou saber, relacionando-os com formas de exercícios do poder em um contexto social e cultural específico¹⁰”. Pode-se perceber essas idéias genealógicas em Spinoza quando ele afirma que “os homens se supõem livres porque têm consciência das suas volições e do seu apetite e não pensam, nem em sonho, nas causas pelas quais são dispostos a desejar e a querer, sendo delas totalmente ignorantes¹¹”. Sua idéia de genealogia também se encontra em sua obra *Tratado Político*, quando ele afirma que:

“os filósofos concebem as emoções que combatem entre si em nós como vícios nos quais os homens caem por erro próprio. É por isso que se habituaram a ridicularizá-las, deplorá-las, reprová-las, ou, quando querem parecer mais morais, detestá-las. Julgam assim agir divinamente e elevar-se ao pedestal da sabedoria, prodigalizando toda sorte de louvores a uma natureza humana que não existe em

⁹ MARTINS, André. Filosofia e Saúde, métodos genealógico e filosófico conceitual. Rio de Janeiro: Caderno de Saúde Pública, 20(4), 950-958, jul-ago de 2004.

¹⁰ MARCONDES, Danilo, 1997, p. 273.

¹¹ SPINOZA, Baruch. Ética demonstrada à maneira dos geômetras. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 118.

parte alguma, e atacando através de seus discursos a que realmente existe. Concebem os homens, com efeito, não tais como são, mas como eles próprios gostariam que fossem. Daí, por consequência, que a maioria deles, em vez de uma ética, tenha escrito uma sátira¹²”

Apesar da importância do fato de Spinoza ser um predecessor Nietzsche, fato que o próprio reconhece, é praticamente um consenso entre boa parte dos filósofos que o pensador que mais o influenciou foi Arthur Schopenhauer, e o próprio vai citá-lo em várias das suas obras¹³. Corroborando com o pensamento genealógico, Schopenhauer chegou a afirmar que *“em nossa própria consciência, a vontade se apresenta sempre como elemento primário e fundamental, sua predominância sobre o intelecto é incontestável, este é absolutamente secundário, subordinado, condicionado¹⁴”*.

O pensamento de Nietzsche se pudesse ser resumido, poderia ser na crítica feroz a toda e qualquer moralidade e racionalidade que oprima o homem, daí a sua teoria sobre o *super-homem*, do homem que se liberta da moral e que consegue um perfeito equilíbrio entre razão e instinto. Assim, se Nietzsche denuncia a moralidade e a racionalidade, e para realizar tal empreitada, seria imperioso um método de pesquisa que fosse completamente diferente dos métodos aplicados até então pelos filósofos¹⁵.

Assim, ele irá aplicar a idéia da genealogia transformando-a realmente em um método de pesquisa. Através, portanto, desse novo método

¹² SPINOZA, Baruch. Tratado político. São Paulo: Abril Cultural; 1983. p. 307.

¹³ Para ilustrar o alegado, em sua obra O Nascimento da Tragédia e o Espírito da Música, Nietzsche vai afirmar: “Assim, segundo a doutrina de Schopenhauer, entendemos imediatamente a música como a linguagem da vontade e sentimos nossa fantasia estimulada a dar forma àquele mundo espiritual que nos fala, invisível e no entanto tão vivo e móvel, e a corporificá-lo para nós em um exemplo analógico”. NIETZSCHE, Friedrich. O Nascimento da Tragédia e o Espírito da Música in coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 41. Também em outra obra Nietzsche irá mencionar o pensamento de Schopenhauer corroborando com o mesmo quando afirma que : “Talvez se pudesse, sob esse aspecto, imputar-me muita ‘arte’, muita refinada falsificação da moeda: por exemplo, eu teria deliberada e propositalmente, fechado os olhos à cega vontade de moral de Schopenhauer, em um tempo em que, sobre a moral, eu já era bastante clarividente”. NIETZSCHE, Friedrich. Sobre Verdade e Mentira no Sentido Extra-Moral. in coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 64.

¹⁴ SCHOPENHAUER apud MARTINS, André. Idem. p. 2.

¹⁵ Apesar de ser Spinoza ser considerado como o primeiro genealogista, o primeiro filósofo a criticar a forma condenável que eram tratadas as paixões humanas, que era uma verdadeira condenação moral, vista como viciosas, que seria oriundas de falhas da vontade ou do livre-arbítrio, foi René Descartes, contudo, ainda permaneciam em sua filosofia as idéias de que o homem seria caracterizado essencialmente pelas paixões e de que as paixões indicariam o seu lado animal, ou seja, em termos ontológicos, o homem seria dividido em duas partes, o corpo e o espírito, ou como dizia Aristóteles, o homem seria uma substância composta de matéria e idéia (forma).

investigativo, o método genealógico, Nietzsche irá denunciar a existência de causas afetivas por de trás de explicações tidas como racionais, científicas.

O objetivo então de investigação à luz do método genealógico será, portanto, demonstrar a idéia da verdade como falaciosa, pois por de trás da idéia de verdade, existem ideais morais, e tais ideais estarão impregnados de egoísmo, culpa, política, vontade de poder, medo, raiva, inveja, etc.¹⁶. O valor da vida será então questionado por Nietzsche, pois ele irá afirmar que após o pensamento de Sócrates¹⁷ até o pensamento moderno, são os valores transcendentais que irão valorar a vida e a partir da modernidade, será a vontade de verdade que fará esse papel, será então essa busca pela verdade que fará a vida valer a pena¹⁸.

A “filosofia do martelo¹⁹” de Nietzsche irá com sua força tentar desconstruir os valores até então estabelecidos e para isso o método genealógico será essa grande ferramenta. Irá desvelar o que está velado, tentando recuperar uma forma de viver em prol da vida que segundo Nietzsche teria se perdido após a introdução do pensamento socrático. Assim

“pela genealogia, ao invés de buscar-se uma verdade do já dado, a reconstrução de fatos, busca-se interpretar os afetos e genealogicamente presentes na origem de modos de vida e formas da cultura. Estes não seriam fatos, mas sintomas e índices de modos de encarar a vida e de inserir-se afetivamente no mundo²⁰”.

¹⁶ Nesse sentido afirma Nietzsche: “No homem essa arte do disfarce chega a seu ápice; aqui o engano, o lisonjear, o mentir e ludibriar, o falar-por-trás-das-costas, o representar, o viver em glória de empréstimo, o mascarar-se, a convenção dissimulante, o jogo teatral diante de outros e diante de si mesmo, em suma, o constante bater de asas em torno dessa única chama que é a vaidade, é a tal ponto a regra e a lei que quase nada é mais inconcebível do que como pôde aparecer entre os homens um honesto e puro impulso à verdade. Eles estão profundamente imersos em ilusões e imagens de sonho, ao dizerem de olho apenas resvala as tontas pela superfície das coisas e vê ‘formas’, sua sensação não conduz em parte alguma a verdade, mas contenta-se em receber estímulos e como que dedilhar um teclado às costas das coisas.” NIETZSCHE, Friedrich. Sobre a Verdade e Mentira no Sentido Extra-Moral in coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p 54

¹⁷ Nietzsche irá denunciar que após o pensamento de Sócrates a filosofia grega perde a sua importância e originalidade, pois eram os pré-socráticos os verdadeiros filósofos e Sócrates teria inaugurado o “fim da verdadeira filosofia” em prol da busca desenfreada pela verdade tendo por idéias superiores transcendentais o norte do filósofo.

¹⁸ MARTINS, André. Op cit. p. 2.

¹⁹ Essa expressão foi retirada da que foi a última obra de Nietzsche publicada em vida, chamada O Crepúsculo dos Ídolos – ou como filosofar com um martelo. Nessa obra Nietzsche está ainda mais ferino em suas ironias e críticas, em especial à Sócrates. Assim, Nietzsche propõe que se deva filosofar usando um martelo para “com ele” destruir os antigos ídolos, que seriam a moralidade, a importância exacerbada do conhecimento científico, a racionalidade, o niilismo e todo e qualquer valor que faça a potência de agir do homem baixar.

²⁰ Idem. p. 3.

A genealogia vai, portanto, denunciar, através de uma desconstrução de objetivações, capaz de desconstruir e relativizar as crenças atuais, compreendendo como as verdades atuais foram formadas ao longo de um processo histórico da civilização, da ciência e da filosofia, demonstrando que as mesmas não podem ser tidas como absolutas, nem até como relativas²¹.

O método genealógico, ao “*desconstruir a verdade*”, e por conseguinte os conceitos, acaba por abrir a pesquisa para se buscar novos conceitos, e no dizer de Deleuze e Guattari, citando Nietzsche sobre a necessidade de novos conceitos, vão afirmar que “*os filósofos (...) não devem mais se contentar em aceitar os conceitos que lhes são dados, para apenas limpá-los e fazê-los reluzir; é preciso que comecem a fabricá-los, criá-los, colocá-los e persuadir os homens a recorrer a eles*”²². O interessante do método genealógico é que ao mesmo tempo em que ele propõe desconstruir os antigos conceitos e a criação de novos conceitos, ele proporá que esses novos conceitos não sejam tidos por verdades absolutas, imutáveis, pelo contrário, o *fluxo contínuo*²³ que é de grande importância dentro do pensamento nietzschiano será sempre pereene, e sendo assim, o trabalho do pesquisador que aplica a genealogia, será um de sempre desconstruir e voltar a construir de forma *eterna*. Talvez seja essa a grande *maldição* do filósofo, do eterno construir.

Com isso Nietzsche vai propor que se volte a fazer filosofia levando-se em conta a tragédia da vida, interpretando-a de forma a elevar nossa potência de agir, e com isso, filosofia para ele é uma forma de buscar *saúde*, não só física como psíquica, até porque, para Nietzsche essa dissociação entre corpo e alma (mente) é completamente equivocada. Mas para que isso possa acontecer, o método genealógico é condição *sine qua non* para o êxito de tal empreitada. Será esse o método para superar o paradigma do modelo positivista. Com isso, conforme ensina Roberto Machado sobre esse método, “*a genealogia avalia o conhecimento, o importante não será perguntar se ele é verdadeiro ou falso (...) o importante não é a verdade, mas a força do conhecimento*”²⁴. Sendo assim, a genealogia pode ser considerada como sendo uma reflexão filosófica, uma extensão histórica, onde Nietzsche irá

²¹ MARTINS, André. Op cit. p. 4

²² MARTINS, André. Op cit. p. 5

²³ Em relação a idéia do fluxo contínuo mencionada, será melhor abordada em capítulos posteriores quando se irá apresentar discussão entre Heráclito e os mobilistas e Parmênides e os eleatas em relação ao movimento e a opção de Nietzsche pela teoria do primeiro.

²⁴ MACHADO, Roberto. Nietzsche e a Verdade. 2a edição. Rio de Janeiro: Graal, 2002, p. 55

denunciar os valores eternos, entendendo serem eles valores históricos, sempre em um eterno devir, assim, nas palavras de Nietzsche:

“O que nos separa mais radicalmente do platonismo e do leibnizianismo é que não acreditamos mais em conceitos eternos, em valores eternos, em formas eternas, em almas eternas; e a filosofia, na medida em que é científica e não dogmática, é para nós apenas uma maior extensão da noção da ‘história’. A etimologia e a história da linguagem nos ensinaram a considerar todos os conceitos como advindos, muitos dentre eles como ainda em devir²⁵”.

O modelo positivista, modelo esse ainda muito aplicado, em especial no Brasil, continua a ser o modelo que inspira as graduações em Direito bem como as decisões judiciais, ainda é quase um dogma científico dentro do pensamento jurídico. É esse paradigma positivista que se quer criticar no presente estudo. Quando a comunidade científica aceita um paradigma, ela adere toda a ela, seja de forma consciente ou inconsciente²⁶. Sempre há uma enorme resistência à inovação, e existindo um paradigma, os cientistas irão se esforçar para adequar toda produção intelectual a tal paradigma, e esse *ajustamento do paradigma à natureza (...) com frequência ocupa os melhores talentos científicos duma geração*²⁷. A crítica que Kuhn faz então ao fazer ciência diz respeito ao fato de que os cientistas ao invés de possuírem a imagem de um *“explorador ou um inventor de novas e luminosas teorias que permitem previsões brilhantes e inesperadas*²⁸”, se esforçam na verdade em apenas *“juntar um cubo chinês cujo aspecto final é conhecido desde o princípio*²⁹”.

Um novo paradigma para o Direito se mostra necessário em razão do modelo positivista já se mostrar insuficiente para dirimir as demandas do século XXI, século da chamada pós modernidade. Assim, alterar o paradigma do Direito se mostra necessário nesse quadrante da história em prol de um

²⁵ NIETZSCHE, Friedrich W apud MACHADO, Roberto. op cit. p. 59.

²⁶ Esse pensamento em relação ao paradigma é muito bem apresentado por Thomas Kuhn. Afirma ainda que paradigma seria “um resultado científico fundamental que inclui ao mesmo tempo uma teoria e algumas aplicações tipo aos resultados das experiências e da observação. Mais importante ainda é, um resultado cujo contemplar está em aberto e que deixa toda espécie de investigação ainda por ser feita. E, por fim, é um resultado aceito no sentido de que é recebido por um grupo cujos membros deixam de tentar opor-lhe rival ou de criar-lhe alternativas. Pelo contrário, tentam desenvolvê-lo e explorá-lo numa variedade de formas que voltarei a seguir (...) no esquema de desenvolvimento das ciências maduras vai- se passando, em regra, de um paradigma para outro”. KUHN, Thomas S. *Função do Dogma na Investigação Científica in A Crítica da Ciência – sociologia e ideologia da ciência*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, sem ano, p. 65 e 66.

²⁷ Idem, p. 69.

²⁸ Idem, p. 70.

²⁹ Idem, p. 69.

novo que melhor se enquadre nas necessidades contemporâneas pois “*uma quebra das regras do jogo preestabelecido é o prelúdio habitual para uma inovação científica importante*”³⁰. Essa quebra diz respeito, para o Direito, na substituição do Direito Positivista por um Direito que tem como fundamento os princípios constitucionais, princípios esses não que sejam imutáveis, mas sim que correspondem ao prevista na lei maior, e que assim podem, pelo menos em tese, acabar, ou ao menos diminuir, com a discricionariedade tão elevada que se percebe em tantos julgados. Para que essa substituição possa ocorrer, o método genealógico será de grande serventia, pois ao analisar os afetos, denuncia a vontade de verdade em especial o do modelo positivista e com isso será proposto um novo modelo mais condizente com a realidade pós-positivista e pós-moderna que estamos a viver no Direito.

II – O PENSAMENTO DE NIETZSCHE

A originalidade do pensamento nietzschiano é única na história da filosofia. Mesmo em Spinoza e mais tarde com Foucault não há essa força das palavras igual a que Nietzsche se exprime. Ele literalmente faz de sua escrita, uma arma de denuncia do que ele julga ser falacioso. Sua filosofia, como a de Spinoza, é uma filosofia em prol da vida, da vida vivida, e não uma idealizada, com recalques, opressão, culpa, etc. Ele acredita que esses sentimentos negativos absolutamente nada acrescentam de bom na vida do homem.

Sua crítica feroz à filosofia tradicional já começa em seus primeiros escritos, quando faz pesadas críticas a Sócrates. Desde a sua obra “O Nascimento da Tragédia” em 1871, até ao seu último escrito publicado em vida que foi “Crepúsculo dos Ídolos” em 1888, Nietzsche procurava a mesma coisa, ou seja, denunciar a moral que dominava o mundo, propondo uma transvaloração de todos dos valores, onde deveríamos, por seu método genealógico, investigar a origem dos valores antes de simplesmente aceita-lo. Nietzsche denunciava também os erros da ciência moderna que ficou presa em sua “própria teia”, numa busca desenfreada atrás de *verdades absolutas*, termo essa também muito criticado por Nietzsche pois constatou a sua impossibilidade.

Nietzsche acredita que o pensamento humano acabou sendo decidido na opção que foi feita pela filosofia tradicional de Parmênides ao invés de

³⁰ Idem, p. 74.

Heráclito, a quem acredita ser o maior pensador pré-socrático e até certo ponto um predecessor seu. A idéia da eterna mutabilidade das verdades está contida em Heráclito, conforme foi demonstrado no capítulo 1. Nietzsche em sua *A Filosofia na Época Trágica dos Gregos*, de 1873, credita a Heráclito a primeira negação de dualidades física e metafísicas de mundos, quando afirmou:

“Dessa intuição Heráclito extraiu duas negações conexas, que somente pela comparação com as teses de seus antecessores são trazidas à clara luz. Primeiramente, negou a dualidade de mundo inteiramente diferentes, que Anaximandro havia sido forçado a admitir; não separava mais um mundo físico de um metafísico, um reino das qualidades determinadas de um reino da indeterminação indefinível. Agora, depois desse primeiro passo, não podia mais ser impedido de uma audácia ainda maior da negação: negou em geral, o ser. Pois esse mundo único que lhe restou – cercado e protegido por eternas leis não escritas, fluindo e refluindo em brônzeas batidas de ritmo – não mostra, em parte nenhuma, uma permanência, uma indestrutibilidade, um baluarte na correnteza. Mais alto do que Anaximandro, Heráclito proclamou: ‘Não vejo nada além do vir-a-ser. Não vos deixeis enganar! É vossa curta vista, e não a essência das coisas, que vos faz acreditar ver terra firme em alguma parte no mar do vir-a-ser e do parecer. Usais nomes das coisas como se estas tivessem uma duração rígida: mas nem mesmo o rio em que entráis pela segunda vez é o mesmo que da primeira vez’³¹.”

Acrescenta ainda Nietzsche sobre Heráclito, que os ensinamentos dele se encontram com o seu pensamento da não permanência das coisas, do eterno *dever*, do eterno *vir-a-ser*, da possibilidade da existência dos opostos, ou seja, tudo que Parmênides negou com a sua idéia de que o *ser* é e o *não-ser* não é.

“O eterno e único vir-a-ser, a total inconsistência de todo efetivo, que constantemente apenas faz efeito e vem a ser mais não é, assim como Heráclito o ensina, é uma representação terrível e atordoante, e em sua influência aparenta-se muito de perto com a sensação de alguém, em um terremoto, ao perder a confiança na terra firme. Era preciso uma força assombrosa para transportar esse feito em seu oposto, no sublime, no assombro afortunado. Isto Heráclito alcançou com uma observação sobre a proveniência própria de todo vir-a-ser e perecer, que concebeu sob a forma de polaridade, como desdobramento de

³¹ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A Filosofia na Época Trágica dos Gregos*. Coleção os Pensadores. - 5.ed. - São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 199.

uma força em duas atividades qualitativamente diferentes, opostas, e que lutam pela reunificação. Constantemente uma qualidade consigo mesma e separa-se em seus contrários; constantemente essas contrários lutam outra vez um em direção ao outro. O povo pensa, por certo, conhecer algo rígido, pronto, permanente; na verdade, há cada instante luz e escuro, amargo e doce lado a lado e presos um ao outro, como dois contendores, dos quais ora um, ora o outro tem a supremacia. O mel segundo Heráclito, é a um tempo amargo e doce, e o próprio muno é um cadinho que tem de ser constantemente agitado. Da guerra dos opostos nasce todo o vir-a-ser: qualidades determinadas, que nos parecem como duradouras, exprimem apenas a preponderância momentânea de um dos combatentes, mas com isso a guerra não chegou ao fim, a contenda perdura pela eternidade. Tudo ocorre na medida desse conflito, e é precisamente esse conflito que revela a eterna justiça³².

Na sua “A Filosofia na Época Trágica dos Gregos” de 1873, Nietzsche já começava a traçar as linhas gerais de suas futuras críticas aos valores, a necessidade de verdades e de sua filosofia em prol da vida. Uma outra importante obra de Nietzsche e que serve muito bem como sendo um início, uma base para a filosofia nietzschiana é o *Nascimento da Tragédia*. Nessa obra Nietzsche traz um dos mais importantes argumentos de sua teoria: a relação entre o *apolíneo* e o *dionisíaco*³³. A arte na filosofia nietzschiana é essencial pelo valor que ele dá a *aparência*, pois ele acredita ser a *aparência* não só necessária à manutenção da vida como também a sua intensificação. O *dionisíaco* que mais interessa a Nietzsche é o artista trágico é na “arte trágica

³² Ibidem, 1999, p. 258.

³³ Essa relação entre o que Nietzsche denomina de apolíneo e o dionisíaco é de grande importância dentro de seu pensamento, pois com ela ele denuncia toda a “ditadura apolínea” que começou efetivamente a ocorrer após Sócrates, que ele chamava de “o homem de uma só visão”. Quando Nietzsche escolheu apolíneo, que deriva de Apolo, e dionisíaco que deriva de Dionísio, ele pensou na relação entre razão e instintos que existe em todo homem. Apolo, também conhecido por Febo, era considerado o deus da sabedoria e falava aos homens por meio de suas sacerdotisas (as pitotisas) as em seu santuário em Delfos. Já Dionísio era considerado como o deus do crescimento exuberante e da opulência, e também o deus do vinho, e até por conta disso, seus festejos eram sempre regados a essa bebida, que inebriavam seus convivas e até por isso, em sua comemoração, os rituais acabavam em verdadeiras orgias que aconteciam nas florestas, que ficaram conhecidas como bacanais (Baco, do latim Bacchus era como Dionísio também era conhecido). SCHWAD, Gustav. As mais belas histórias da Antiguidade Clássica – os mitos da Grécia e de Roma. São Paulo: 1996, p. 320 e 327. Portanto, enquanto Apolo representava o conhecimento, a razão, Dionísio representava os instintos. E enquanto toda a filosofia tradicional desde Sócrates prega que a razão deva controlar os instintos (que Apolo deve se sobrepujar sobre Dionísio) a filosofia de Nietzsche prega que ambos devam andar juntas sem a prevalência de um ou de outro (muitos consideram que haveria uma prevalência do dionisíaco em relação ao apolíneo no pensamento nietzschiano, o que não parece estar correto, pois seria efetivamente a união dos dois que comporiam o que mais tarde Nietzsche denominaria de super-homem.

que há possibilidade da união entre a aparência e a essência, sendo capaz de articular os dois instintos, as duas pulsões artísticas da natureza³⁴. Essa idéia de tragédia mencionada representa a disputa entre o *apolíneo* e o *dionisíaco*, entre o *principium individualis* e o uno originário (representado por Dionísio). A questão no Nascimento da Tragédia de Nietzsche é fazer como que o seu leitor aceite o sofrimento como integrante da vida, mas não é um mascaramento, muito menos resignação, é saber fazer com que os *maus encontros* retirem a nossa potencia de agir o menos possível, ou seja, temos que ter consciência da tragédia e mas nos afetarmos o menos possível, em uma idéia em favor da vida. Quem consola então o homem da tragédia deve ser é o equilíbrio entre o *apolíneo* e o *dionisíaco*, entre a verdade e a aparência:

“Eis a estranha ‘consolação’ que proporciona a tragédia: a certeza de que existe um prazer superior a que se acede pela ruína e pelo aniquilamento do herói, da individualidade, da consciência; pela destruição dos valores apolíneos. O que poderia das a impressão de uma negação da aparência em nome da essência. Isto porem seria um equivoco, na medida em que a negação dos valores apolíneos só pode ser realizada em forma de representação, de imagem, de ilusão, isto é, apolineamente. Se o dionisíaco puro é aniquilador da vida, se só a arte torna possível uma experiência dionisíaca, não pode haver dionisíaco sem apolíneo. A visão trágica do mundo, tal como Nietzsche a interpreta nesse momento, é um equilíbrio entre ilusão e verdade, entre aparência e a essência: o único modo de superar a radical oposição metafísica de valores³⁵.”

Após essa breve incursão em conceitos basilares da filosofia nietzschiana, a questão fundamental de seu pensamento já pode enfim ser analisada. A questão central no pensamento de Nietzsche é a questão da verdade. Ele diferente de praticamente todos os filósofos mais importantes até então, por não propor uma epistemologia com base em definir critérios do que seria efetivamente falso e verdadeiro no conhecimento, como pensou Platão, Kant, entre outros pois “desde o início, a investigação nietzschiana sobre o conhecimento não se limita ao interior da questão do conhecimento, mas o articula com um nível propriamente político ou social com o objetivo de mostrar que a oposição entre verdade e mentira tem uma origem moral³⁶”.

³⁴ MACHADO, Roberto. Nietzsche e a Verdade. 2a ed. Rio de Janeiro: Graal, 2002, p. 25.

³⁵ Ibidem, p. 26.

³⁶ Ibidem, p. 38.

Para realizar essa investigação sobre a moral, os valores, Nietzsche idealiza um método, ao qual o batiza de método genealógico. Esse método é mais do que simplesmente investigar a história de nossas supremas referências de valor, mas também a fazer uma nova Avaliação do valor desses valores, portanto, não se trata apenas de um estudo da gênese dos valores, mas sobretudo do valor dessa gênese³⁷.

Nesse estudo do valor dos valores, Nietzsche faz duras críticas a idéia de verdade absoluta e de valores morais universais (tanto que Kant é sempre mencionado em suas obras sem que ele efetivamente escreva seu nome, e normalmente Kant é mencionado de uma forma sarcástica).

“Em associação a isso, delineiam-se outras frentes de batalha: antes de mais nada, parte-se da idéia heterodoxa de que nossos valores mais elevados, aqueles que consideramos como referenciais supremos para nosso pensamento, crença e ação – tais como, por exemplo, Bem e Mal, Verdade e Falsidade, Realidade e Ilusão, Responsabilidade e Acaso, Dever, Obrigação, Culpa, Pecado e Inocência – não correspondem a conceitos cuja significação seja permanente, independente do curso da história e das transformações culturais; eles não tem como correspondentes ‘verdades eternas’ universalmente reconhecidas e professadas por todos³⁸.”

Nietzsche entende então, criticando os moralistas, afirmando que os supremos valores morais não são absolutos, de validade objetiva, independentes dos condicionamentos psicológicos, sociais, políticos, econômicos e culturais, pois a história faz parte de tudo, e nela há diversos fatores que os fazem mudar radicalmente o seu sentido. Assim, valores morais não devem ser tidos como padrões invariáveis de julgamento, pelo contrário, pode e até devem ser objetos desses julgamentos, para que assim se possa exigir critérios superiores aos referenciais morais instituídos³⁹.

Então a quem cabe valorar a ciência, os conhecimentos, o nosso pensamento? Segundo Nietzsche, cabe a arte e a filosofia estabelecer os valores da ciência, que nada mais é do que “dominar” o instinto de conhecimento. Nietzsche não propõe o aniquilamento da ciência, mas domina-la. Até que ponto a ciência é quem deve determinar os valores?

³⁷ NIETZSCHE, Friedrich. Para a Genealogia da Moral. São Paulo: Scipione, 2001, p. 13.

³⁸ Ibidem, p. 13-14.

³⁹ Ibidem, p. 15.

Essa é a questão que preocupa Nietzsche já no século XVIII e que hoje parece ser ainda mais atual em virtude dos avanços científicos, principalmente no campo da medicina, genética.

Nietzsche não critica o conhecimento em si, mas sim o instinto de conhecimento sem medida e sem discernimento, o instinto ilimitado de conhecimento, a verdade a qualquer preço. Dominar a ciência e determinar o seu valor no sentido de controlar a exorbitância de suas pretensões, no sentido de estabelecer até onde ela pode se desenvolver.

O pensamento nietzscheano vem então denunciar que o conhecimento, ao longo da história da filosofia, foi pensado como distante da moral, o que é um equívoco. Isso aconteceu pois a idéia era da razão dominando tudo e a todos, como “comandante suprema” da vida dos homens como se ela detivesse toda as verdades que o homem necessitasse, independente da moral que existiria em outra esfera, mas não na teoria do conhecimento. Nietzsche então demonstra que o conhecimento só é possível junto da moral, pois são intrinsecamente ligados. Nem mesmo a filosofia escapa do projeto moral:

“De leve fui descobrindo o que até agora tem sido a grande filosofia. Nada mais que uma autoconfissão do autor, uma espécie de memórias involuntárias e despercebidas. As intenções morais – ou imorais – também formavam, em toda a filosofia, o verdadeiro germe vital de onde sempre desabrochou a planta inteira. Realmente, para elucidações do problema de como se formam as mais remotas afirmações metafísicas de um filósofo seria bom – e mesmo inteligente – perguntar primeiro: a que moral quer isto – quer ele – chegar? Pois que não acredito que o ‘instinto do conhecimento’ seja o pai da filosofia, mas sim que um outro instinto se serviu apenas aí, como noutros campos, do conhecimento – e do desconhecimento! – como de um instrumento⁴⁰”.

Assim, Nietzsche propõe, portanto, subordinar o conhecimento e a verdade à moral, que funcionaria como critério de avaliação do conhecimento quando não aceita nem que o próprio conhecimento faça uma crítica interna, nem que a verdade esteja fora de uma genealogia da moral. Portanto, “se a questão do conhecimento remete à da moralidade,

⁴⁰ NIETZSCHE, Friedrich. Para Além do Bem e do Mal – prelúdio de uma filosofia do futuro. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 36-37.

se a norma do conhecimento não é epistemológica, mas moral, é porque a vida é o critério ultimo de julgamento tanto do conhecimento quanto da moral⁴¹. Assim, os moralistas querem fazer pensar que a ciência está livre da moral, quando na verdade a moral está “embutida” na ciência, e a maioria dos indivíduos nem se apercebe disso acreditando nessa falácia.

A história tem um papel central no pensamento nietzschiano, pois é com ela que ele procura demonstrar a correção de suas assertivas. Ele afirma nada poder ser subtraído à passagem do tempo e ao curso da história, pois a história irá demonstrar que, assim como Heráclito pensou, tudo está em um *devenir*, em um *vir-a-ser* eterno, pois quando usamos o método genealógico, percebemos que “não existe essência originária que se mantém permanente e se realiza progressivamente ao longo da história. Eles se modificam permanentemente, são produtos de relações de poder, cuja configuração se dá na história efetiva dos povos⁴²”.

Nossas ideias de bom e mal, estando dentro dessa historicidade de *perene devenir*, deve também sempre passar pelo crivo genealógico nietzschiano. Por isso Nietzsche escreveu um livro onde pretendia mostrar aos leitores a necessidade de ultrapassar esses conceitos tidos como estanques pela filosofia tradicional, refletindo ao longo da história, repensado esses valores, tentando ir *além do bem e do mal*. Há uma nítida diferença em Nietzsche que muitos confundem por acreditarem em verdades universais. Bem e mal são diferentes de bom e mal. Para Nietzsche não existe *o bem* nem *o mal*, o que existe é *o bom para mim* e o que *mau para mim*. Onde bom é o que aumenta a minha potencia de agir e mau por outro lado é o que diminui minha potencia de agir, que é o que provém da fraqueza.

Contra Kant que propõe uma filosofia moral com seus imperativos categórico e hipotético, Nietzsche por seu turno, com a sua radicalidade habitual, afirma que o *homem moral* não seria efetivamente bom nem melhor que outro, mas sim que ele é fraco, reativo e negativo. Esse *homem moral* é incapaz de reavaliar os valores, de fazer uma transvaloração dos valores, ficando encerrado nesse círculo de pseudoverdades. Nietzsche, portanto, vem desvalorizando todos os valores, pensando uma nova ideia de perfeição, onde o que não corresponde a nossa lógica, ao nosso *belo, bom e verdadeiro*

⁴¹ MACHADO, Roberto. 2002, p. 53.

⁴² NIETZSCHE, Friedrich, 2001, p. 22.

poderia ser perfeito em um sentido superior ao nosso próprio ideal⁴³. Ele flexibiliza qualquer ideal de perfeição, até porque para Nietzsche, o que é julgado por perfeito, belo, verdadeiro, bom, hoje, amanhã pode não mais o ser, e ele por óbvio não pode se fechar em conceitos herméticos. Ele está sempre aberto a novas “verdades”].

A sua filosofia genealógica, com base em uma perspectiva trágica e dionisíaca, critica os valores metafísicos, morais, epistemológicos que vigoram na modernidade, mas que na verdade remontam ao platonismo da filosofia, que é o pensamento filosófico intrinsecamente metafísico e moral, e que constituem o âmago do niilismo⁴⁴.

A proposta de Nietzsche, ao criticar a filosofia de caráter metafísico platônico da existência de dois mundos, o mundo das idéias, o mundo ideal e perfeito e o mundo sensível, o mundo da aparência onde estaríamos, se assemelha a idéia de Spinoza, pois ambos não pensam o corpo separado da mente, a espírito do corpo, a razão dos instintos, o *apolíneo* do *dionisíaco*. Não existiria essa dicotomia. Assim Nietzsche propõe a criação de novos valores para a vida, não valores corretos transcendentais, mas sim valores *afirmativos para a vida*. A essência da filosofia de Nietzsche é ser uma filosofia *feliz*, sem pecados, recalques, culpa, e sua teoria da tragédia já exposta é justamente isso, mesmo na tragédia não há motivo de desespero pois esta faz parte da vida. Portanto, “Cindir o mundo em um ‘verdadeiro’ e um ‘aparente’, seja do modo cristão, seja do modo kantiano (um cristão *pérfido* no fim das contas) é apenas uma sugestão da *décadence*: um sintoma de vida que decal”⁴⁵.

A sua filosofia dos bons encontros é uma tentativa de combater o *niilismo*, que é a criação de valores morais considerados superiores, pois este encontro *niilista* corresponderia a uma vontade de potência negativa, pois a reduz, e o que ele prega é o oposto, uma vontade de potencia afirmativa, de superabundância de vida. Esse projeto então de transvaloração visa garantir a vitória da vontade de potencia afirmativa mudando o princípio de avaliação. Esse é um verdadeiro contra-movimento. A questão dessa avaliação é em ultima instancia, a questão das condições de intensificação ou conservação, de amento ou diminuição da vida⁴⁶.

⁴³ MACHADO, Roberto, 2002, p. 86.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 86.

⁴⁵ NIETZSCHE, Friedrich. Crepúsculo dos Ídolos – ou como filosofar com o martelo. Tradução de Marco Antonio Casa Nova. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000, p. 33.

⁴⁶ MACHADO, Roberto, 2002, p. 89.

Todas essas questões de Nietzsche apenas podem funcionar se primeiro se *desconfiar da razão*, pois a razão foi posta em um pedestal que tudo deve passar pelo seu crivo. O homem não pode ser definido pela sua razão, pela sua consciência. Ele é mais do que isso! E a sua consciência não é mais do que um outro órgão como outro qualquer, não é superior a nada. Enquanto os racionalistas querem por o homem em posição superior a todo o resto da natureza por causa da sua razão, bem aos moldes platônicos e agostinianos, Nietzsche discorda, mostrando que o homem nada mais é do que um membro integrante do conjunto. O homem não é apenas homem, é animal também, e, portanto, como pode desprezar seus instintos? O que faz o homem diferir dos outros seres e poder ter os instintos e a razão em pé de igualdade. O homem não pode ser considerado uma espécie superior aos outros animais em relação ao progresso. Assim Nietzsche inverte tudo que foi até hoje pensado em relação a racionalidade, onde sempre foi acreditado serem os instintos que nos enganavam. Ele então vai dizer que não são os instintos que nos enganam, mas sim a razão, que falsifica muitas vezes o testemunho dos sentidos, mas os sentidos não mentem.

Portanto, a sua ideia de felicidade difere frontalmente da tradicional. Para Nietzsche a felicidade corresponde ao maior número possível de bons encontros, de vontade de potencia positiva, na relação harmônica da razão com os instintos, do *apolíneo* com o *dionisíaco*. Já na filosofia tradicional, a felicidade é vista como o uso correto da razão, e é justamente isso que Nietzsche critica:

“Tudo é ao mesmo tempo oculto, cheio de segundas intenções, subterrâneo – Procuo compreender de que idiosincrasia provém essa equiparação socrática entre Razão = Virtude = Felicidade: essa equiparação que é, de todas as existentes, a mais bizarra, e que possui contra si, em particular, todos os instintos dos helenos antigos”⁴⁷

A filosofia trágica dionisíaca de Nietzsche está em oposição, em luta contra a filosofia racional, em especial a filosofia de Sócrates/Platão e de Kant. A articulação do conhecimento com o social que neste momento pretende sobretudo elucidar como a exigência de verdade surge da exigência da coexistência pacífica entre os homens, da exigência da vida gregária. Paz, segurança e lógica estão intimamente ligadas. Mas sendo isso uma

⁴⁷ NIETZSCHE, Friedrich, 2000, p. 22.

opção, não por constituir uma verdade transcendente. E é esse ponto que o Direito (os juristas), em sua maioria, ainda não conseguiu perceber e, por conseguinte fundamentar de maneira satisfatória suas opções, pois quase sempre caem em lugar comum, caem na universalidade platônico-kantiana.

III – O MÉTODO GENEALÓGICO E O PENSAMENTO DE NIETZSCHE APLICADO AO DIREITO

Uma grande parte dos aplicadores do Direito⁴⁸ defendem a idéia de uma “verdade processual”. Ora, existe então uma verdade cindida da idéia de verdade comumente utilizada? Esse é outro argumento jurídico na tentativa desesperada de obter alguma segurança para o Direito. Até aí, nada demais se entenda isso apenas como uma opção. Mas acontece que muitos juristas se apegam a isso, em especial os processualistas, e passam a defender essa teoria como se a “verdade processual” fosse a mais importante do mundo fenomenológico. Poucos são os juristas que entendem que a verdade não pode ser transcendente, mas também não podem ser fruto de consenso. A verdade é uma “substância sobre a qual se alcança uma concordância prática e provisória, que independe de possíveis diferenças da motivação entre os participantes no debate para aceitarem uma proposição como verdadeira⁴⁹”. Essa idéia de verdade apenas como sendo provisória já foi afirmada por Popper e mencionada em capítulo anterior onde foi tratada a questão da teoria da verdade na filosofia contemporânea. O Direito ainda não deixou de ter essa necessidade de certeza absoluta, ele não consegue trabalhar com a questão da impossibilidade de certeza. Ele fundamenta essa sua idéia de certeza para tentar mostrar que a decisão será a mais justa possível, o que nem sempre vai corresponder aos anseios dos jurisdicionados e até da sociedade como um todo.

“Alguns ainda têm necessidade de metafísica; mas também esse impetuoso desejo de certeza que irrompe hoje nas massas sob a forma

⁴⁸ É usada essa expressão pois ainda não são muitos os pensadores do Direito, mas sim aplicadores, ou que mencionam operadores do Direito, que são aqueles que simplesmente seguem o que é feito a tantos séculos sem se preocuparem em realizar uma análise mais detida para verificar se o modelo por eles utilizado ainda se mostra em conformidade com os anseios sociais pós-modernos, e principalmente, se realmente estão fazendo ciência.

⁴⁹ NASCIMENTO, Rogério José Soares Bento do. A Constitucionalização do Processo Penal: Reinterpretando o processo penal a partir do princípio democrático. in A constitucionalização do direito. Org. Daniel Sarmento e Claudio Neto. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 857-878.

científico- positivista, esse desejo de querer possuir alguma coisa absolutamente estável (...) tudo isso ainda é prova da necessidade de um apoio, de um suporte, em suma, do instinto de fraqueza que não cria, mas conserva as religiões, as metafísicas, e todo o tipo de convicção⁵⁰”.

Ao que parece, o Direito (os juristas) sempre tenta fundamentar suas teorias, decisões, leis, em uma filosofia da moral, mas pretendendo demonstrar que estão fazendo algo com “caráter científico”. A crítica que Nietzsche faz aos filósofos da moral, muito bem se aplica ao pensamento jurídico quando afirma que:

“Até o momento em que esta obra foi escrita, os estudos sobre a moral nunca deram aos fenômenos abordados um tratamento efetivamente científico. Filósofos e moralistas limitaram-se à tarefa de fundamentar, isto é, a prover a legitimação e a justificação filosófica da moral, em particular da moral vigente, no caso, da moral cristã ou, mais precisamente, socrático-platônico- cristã: o cristianismo e o platonismo não diferem em essência, sendo o primeiro uma tradução superficial e vulgarizada do segundo (o cristianismo é o platonismo para o povo)⁵¹”.

O que o Direito precisaria era de uma reflexão sobre os valores aos quais está fundamentado, e não simplesmente fundamentar suas escolhas nesses valores que muitas das vezes podem nem estar certos pois, conforme afirma Nietzsche “Necessitamos de uma crítica dos valores morais, o próprio valor desses valores tem primeiramente, alguma vez, de ser posto em questão⁵². Merece ser mencionado que o Direito parece que obras importantes que discutiam a questão da fundamentação do conhecimento, da interpretação, do fazer ciência, como *Ser e Tempo* de Martin Heidegger, *Verdade e Método* de Hans-Georg Gadamer e as obras impactantes como *Microfísica do Poder*, *Vigiar e Punir*, *História da Loucura* *História da Sexualidade* de Michel Foucault passam quase que completamente se provocar o que seria de se esperar, uma reviravolta no pensar o Direito. Quando Nietzsche denuncia a idéia de verdade metafísica e universalista que se tem desde o pensamento de Sócrates, onde o ser e o ente são separados, tal denuncia não encontrou eco na seara jurídica.

⁵⁰ NIETZSCHE, Friedrich. *Gaia Ciência*. §347 apud MACHADO, Roberto. *Nietzsche e a Verdade*. 2a ed. Rio de Janeiro: Graal, 2002, p. 79.

⁵¹ NIETZSCHE, Friedrich. *Para a Genealogia da Moral*. São Paulo: Scipione, 2001, p. 24

⁵² *Ibidem*, 2001, p. 25

Hodiernamente alguns jus filósofos vêem se debruçando sobre essa questão da fundamentação da ciência do Direito. Dentre os pensadores brasileiros se pode mencionar Lenio Streck e sua hermenêutica filosófica aplicada ao Direito⁵³. Nessa proposta, Streck quer aplicar a chamada virada lingüística dentro do pensamento jurídico.

Essa virada além de forte influência heideggeriana⁵⁴ também sofrerá influência de Gadamer e também de Wittgenstein⁵⁵. Talvez seja

⁵³ O pensamento de Streck foi apresentado na disciplina Hermenêutica Jurídica ministrada no curso de doutoramento em Direito da UNESA-RJ, sendo de grande impacto e possuindo uma forte ligação com o pensamento nietzschiano, muito provavelmente pelo fato de Nietzsche ter sido um leitor e profundo conhecedor do pensamento nietzschiano.

⁵⁴ Martin Heidegger é considerado por muitos como sendo o mais importante filósofo do século XX. Sua filosofia é uma ruptura com o modelo tradicional do pensamento ocidental. Sua principal obra foi *Ser e Tempo* (*Sein und Zeit*), que mesmo inacabada foi sem dúvida uma das obras mais lidas e mais influentes do último século. Nessa obra, Heidegger procurou retomar uma idéia que, segundo ele, estava abandonada a muito, que é a ontologia, pois apenas se estaria estudando, desde Platão, os entes, esquecendo-se do Ser. O que Heidegger queria portanto era à volta do estudo da questão do ser. Apenas o ente passou a ser estudado em detrimento do ser que teria um conceito muito vago. Entretanto, Heidegger demonstra que não se pode pensar o ente separado do ser pois todo o ente está presente no ser. O ente caracterizaria-se por mostra-se, o aparecer, a manifestação, mas também pelo desaparecer, o ausente, o errante. Os entes estariam assim sempre no ser (verdade) e também no não ser (não verdade). Sua idéia é inovadora em relação à filosofia tradicional, pois busca na tradição poética o sentido a sua idéia para verdade. Critica a alteração do sentido grego para verdade, que é *aletheia*, feito por Platão em sua Alegoria da Caverna. O sentido de *aletheia* na tradição poética grega quer dizer manifestação, desvelamento do ser, retirada do véu, tendo portanto a verdade um sentido primordialmente ontológico, significando o mostrar-se do ser. A idéia de visão correta de Platão, onde o homem teria que se acostumar, teria que adequar, o seu olhar ao objeto, teria surgido aí à idéia metafísico-epistemológica. Ficou a verdade então como a adequação do sujeito ao objeto. Heidegger propõe então à volta da ideia de *aletheia* ao seu sentido etimológico, que é, conforme já mencionado, a idéia de desvelamento, manifestação, onde o homem seria o único ente que procura o ser. Para firmar esse seu pensamento, Heidegger idealiza a idéia de ser aí, que ficou mundialmente conhecido como *Dasein*. Para Heidegger o homem é o único ente que busca o ser. A questão que mais nos interessa é a epistemologia heideggeriana, ou seja, como ele vê a verdade e qual o seu pensamento para atingir, encontrar essa verdade. Conforme já mencionado, a verdade para Heidegger está no ser e não no ente como a filosofia tradicional normalmente tratou. Assim, como a verdade está no ser, e o ser é (está) na pre-sença (é o ser aí), no *Dasein*, a verdade está encoberta, ‘velada’, necessitando ser desvelada. O “ser verdadeiro enquanto ser-descobridor é um modo de ser na pre-sença”. Portanto, são os fundamentos ontológicos-existenciais do próprio descobrir que mostram o fenômeno mais originário da verdade. A verdade assim existe, está encoberta, devendo o homem encontra-la na pre-sença, no ser, no *Dasein*. A pre-sença, portanto, é e está essencialmente na verdade, e a verdade só se dá na ,medida e enquanto a pre-sença é, e só assim o ente é descoberto e ele só se abre enquanto na pre-sença. Assim, toda a verdade em geral, só é verdade enquanto pre-sença é, antes da pre-sença e depois da pre-sença não havia verdade pois a verdade não poderia ser enquanto abertura, descoberta e descobrimento. O exemplo de Heidegger são as leis de Newton, onde ele afirma que tais leis antes de serem descobertas, elas não seriam verdadeiras, nem falsas do ponto de vista óptico. Os entes das leis de Newton já existiam, elas já existiam mas apenas se tornaram verdadeiras com Newton. Por fim, podemos mencionar a idéia de Heidegger sobre a existência de verdades absolutas. Aplicando-se a idéia heideggeriana de verdade como desvelamento, até se poderia aceitar a idéia da existência de verdades absolutas, mas só poderia ser comprovado de modo suficiente caso se logre demonstrar que em toda a eternidade, a pre-sença foi e será.

⁵⁵ O filósofo austríaco Ludwig Wittgenstein diferentemente da maioria dos filósofos, começou seu estudo acadêmico em uma matéria que normalmente não “produz” grandes pensadores, que é a engenharia. Mas

a pouca utilização das pesquisas desses filósofos dentro do pensamento jurídico que impediu que o Direito pudesse progredir e assim superar o modelo positivista.

A grande questão desse modelo positivista é que quando em um caso concreto se pode fazer a subsunção da norma com um ato esse modelo funciona, entretanto, conforme já mencionado, os fatos sociais acontecem de forma muito mais veloz do que pode prever o legislador, e assim, existiram fatos sociais não previstos pelo ordenamento jurídico, e sendo assim, o interprete deverá recorrer a outros mecanismos para resolver a questão como

foi depois que saiu de onde estudou primeiro em Berlim e foi para Manchester na Inglaterra, que conheceu Bertrand Russell na Universidade de Cambridge e ampliou seus conhecimentos em matemática, lógica e filosofia. Wittgenstein foi um filósofo tão importante na filosofia contemporânea que normalmente se divide seu pensamento em dois: O primeiro Wittgenstein, quando da elaboração do *Tractatus Lógico-Philosophicus* (ou *Logisch-Philosophische Abhandlung*), que foi esse o título escolhido por ele quando o enviou a Russell); e o 2o Wittgenstein da elaboração do *Philosophical Investigations*. No *Tractatus*, Wittgenstein dividiu todas as sentenças em dois grupos: as sentenças atômicas e as sentenças complexas. As complexas seriam formadas a partir da união de mais de uma sentença atômica. As sentenças atômicas seriam as sentenças que empregam as formas primitivas de linguagem, ou seja, os nomes e predicativos elementares. Em relação as atômicas, apenas as sentenças completas se poderia aferir se são verdadeiras ou não. Em relação as sentenças complexas, só se poderia aferir se ela é ou não verdadeira examinando os valores de verdade das suas partes, tese essa denominada como princípio da extensionalidade, que já estava presente no pensamento de Frege e Wittgenstein. A idéia da verdade no primeiro Wittgenstein está centrada na lógica, onde uma sentença para ser considerada verdadeira, deveria ser uma verdade lógica, e só seria uma verdade lógica caso resultasse, através da substituição, dos componentes primitivos nela presentes, onde primitivo seria o que não admitisse qualquer definição ulterior. Essa portanto pode ser entendida como uma “verdade lógica”. Contudo, essa própria idéia de verdade lógica, que acabará por cair em uma idéia de uma verdade necessária seria vazia, pois nada diria por nada excluir. O problema metafísico dessa idéia de verdade consiste em que como o mundo é composto pela totalidade de proposições atômicas verdadeiras, contudo, por serem atômicas também podem ser falsas já que nada em sua estrutura pode determinar seu valor de verdade. O ponto central que marca uma alteração no pensar de Wittgenstein é sobre a concepção de linguagem. No “primeiro Wittgenstein”, a linguagem era tida como possuidora de uma estrutura básica, lógica, e agora nas suas *Investigações* sua nova teoria diz respeito ao que ele denominou de jogos de linguagem, que seriam múltiplos e multifacetados. Portanto, a uma grande alteração na maneira de Wittgenstein perceber a linguagem, e essa segunda maneira mais se coaduna com a idéia nietzschiana do que aquela primeira idéia de uma linguagem lógica. Com isso, Wittgenstein se distancia da idéia de que o que é dado seriam os dados sensoriais dos positivistas e se aproxima de Kant e de sua antropologia filosófica quando acredita que o que é dado são as formas de vida. Assim, a verdade lógica nos moldes fregeana é superado por Wittgenstein por uma perspectiva social. A idéia é de que o padrão de correção (verdadeiro) não é dado por Deus nem oculto na ordem natural descoberto por uma lógica existente. Agora, esse padrão é produzido lingüisticamente pelo homem. Aí, Wittgenstein se aproxima ainda mais de Kant e se distancia de Nietzsche quando acredita que o homem não poderia dizer por si mesmo o que seria certo ou errado na comunicação. Para ele, seria o constrangimento público quem refrearia não só cada um dos indivíduos, mas todos os indivíduos. Wittgenstein assim, com essa nova teoria, inaugura o que seria a teoria da prioridade da terceira pessoa em detrimento da primeira pessoa, deslocando a idéia de que o mundo seria considerado cientificamente para o aspecto do significado que os indivíduos tem. Haveriam mistérios que a ciência não poderia revelar que apenas a descrição cuidadosa filosófica pode dar do “dado”, onde essa explicação não seria dada pela experiência imediata mas sim pelas formas de vida que tornam possível a experiência. Então, com Wittgenstein, a idéia de certeza da primeira pessoa que vigia desde Descartes e Hume é posta deslocada do centro da filosofia.

analogia, princípios gerais, costumes, etc., o que irá gerar impreterivelmente um elevado grau de subjetivismo de sua parte, ou seja, será o interprete, principalmente o magistrada que acaba por decidir um caso concreto com base no seu entendimento muito próprio da sua percepção do fato, e como a moral, conforme denuncia Nietzsche, está impregnada nos indivíduos, acaba sendo a moral do juiz que ira regular uma questão não prevista pelo legislador. Assim, o grau de insegurança jurídica nesse modelo será enorme e o grau de satisfação do jurisdicionado com a prestação judicial do Estado por meio do seu agente público, o juiz, não será satisfatória.

Em virtude disso, percebe-se o que hoje costuma se chamar de cultura dos manuais (Manual de Direito Penal, Manual de Direito Constitucional, etc.), onde o grau de cientificidade beira o zero, sendo na maioria das vezes repetições de forma mais simples do que já se encontra na lei ou decidido pelos tribunais, sem uma real preocupação pelo seu autor de efetivamente fazer ciência. Portanto, é imperioso que se compreende que *“a crise do ensino jurídico é, antes de tudo, uma crise do direito, que na realidade é uma crise de paradigmas, assentada em uma dupla face: uma crise de modelo e uma crise de caráter epistemológico”*⁵⁶.

Muito provavelmente tal crise se deva ao fato do Direito ser uma ciência social aplicada, onde nas universidades não se tem a preocupação em formar pensadores da ciência do Direito, mas sim estão preocupados com a questão da técnica, a necessidades do mercado para formação de advogados, juizes, promotores, defensores, etc. A grande questão não é pensar o Direito mas sim encontrar o que diz a lei ou então o que entende a jurisprudência de um tribunal, principalmente do Supremo Tribunal Federal. Cada vez menos se quer encontrar e buscar a origem daquele valor através de uma genealogia, entender o porque foi feito dessa forma, nas criticas sempre pertinentes de Streck, de entender o motivo dos crimes contra o patrimônio muitas vezes são de penalidades mais elevadas dos que muitos dos crimes contra a vida.

Assim, superar o modelo positivista, colocar o direito constitucional e em especial os princípios constitucionais como centro da interpretação jurídica onde a linguagem passa a ter também para o direito a importância que tem hoje para o pensamento filosófico, se faz mais do que necessário,

⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermeneutica e Ensino Jurídico em Terra Brasilis in 180 anos do Direito no Brasil*. São Paulo: Millennium Editora, 2008, p. 390.

se mostra hoje imprescindível para poder cumprir com as promessas da modernidade tardia que o Brasil está inserido e que ainda não as cumpriu como vários países da Europa e Estados Unidos. Sem esquecer que na esteira do pensamento de Streck, os princípios que serão a grande base da interpretação jurídica, não podem abrir ainda mais a interpretação como pensam pensadores, mas ao contrário, sua função será a de fechar a interpretação, conceder os limites pelos quais o intérprete não poderá ultrapassar, fazendo com que o subjetivismo ocasionado pelo modelo positivista possa ir aos poucos perdendo sua força.

III - CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta ora apresentada foi a de apresentar o método genealógico nietzschiano para que ele possa contribuir por repensar o direito de forma a superar o modelo positivista que se encontra esgotado como método científico para ser utilizado pelo Direito.

Com isso, ao denunciar a inexistência de ideais acéticos, onde sempre haverá disputa de poder, de idéias, desmistifica a idéia da neutralidade do interprete demonstrando que ele não está em um mundo das idéias platônico, mas sim é o *ser aí* de Heidegger, se encontra no mundo, e será nesse mundo e com suas influencia que ele irá interpretar, e deve então saber conviver com isso.

Assim, Nietzsche e seu método genealógico irão sempre fazer com que o homem ultrapasse aqueles valores arraigados, que consiga transvalolar todos os valores, que ele consiga perceber todas as disputas de poder que ali existirem. Ao utilizar então esse método genealógico, ele será perceberá as falácias do método positivista que prega uma neutralidade, uma cientificidade que na verdade são inexistentes.

Nenhuma ciência pode se dar ao luxo de se sentir “imune” a influência de qualquer outra ciência e até a moral, não existe essa separação, como não existe separação de corpo e mente, como não existe a separação do ser e do ente. Sendo assim, esse discurso positivista ao afirmar isso, afirma de forma falaciosa e assim acaba por sempre descambar para subjetivismo, munindo o intérprete de um poder muito acima do que seria necessário, e esse intérprete

nem é neutro, muito menos conseguiu se tornar um verdadeiro super-homem nietzschiano que é aquele homem que conseguiu superar todos os valores morais pré-concebidos na sociedade, aquele que entende e aceita a tragicidade da vida, mas consegue na grande maioria das vezes utilizá-la em seu proveito, privilegiando os bons encontros e com isso e no entanto sua potência de agir.

O método genealógico é um método que primeiro busca destruir os ídolos antigos, no caso, seria o positivismo, para depois poder começar a construção de um novo. No caso do Direito, essa re-construção deveria levar em conta os outros ramos do saber humano, e a importância da linguagem na seara humana, pois não existem valores ou até palavras que habitem um mundo superior, como pensou Platão com sua teoria dicotômica de mundo das idéias e mundo sensível. O que existe é o *dasein* heideggeriano, ou seja, o que existe é o ser aí, é o homem no mundo, com suas qualidades e defeitos, seus bons e maus encontros que deve saber se municiar de ideais para se “proteger” dos maus encontros, se “proteger” de teorias falaciosas que prometem coisas em um discurso, mas que na verdade continuam nos moldes positivistas subjetivistas ou então propõe uma superação do paradigma positivista, mas na verdade continua com uma teoria onde o subjetivismo impera.

Assim, a grande questão será coadunar a possibilidade de múltiplas respostas, bem aos moldes idealizados por Nietzsche com base no pensamento de Heráclito com a necessidade do Direito de encontrar “a resposta correta”, e aí que a virada linguística pode e deve trabalhar junta com o método genealógico pois permitirá ao intérprete encontrar a resposta constitucionalmente mais adequada.

Em um Estado como o Brasil, que ainda se encontra em uma “modernidade tardia”, onde as promessas da modernidade já concretizadas em países europeus e da América do norte, o respeito aos ditames constitucionais se faz necessário. Ter a constituição como norte obrigatório para todas as atitudes de todas as esferas do Poder Republicano se faz necessário, bem aos moldes do idealizado por Canotilho e sua teoria da constituição dirigente, onde a função da constituição será dirigir todas as atitudes daquele Estado. Portanto, se em países mais desenvolvidos tal teoria do dirigismo constitucional não mais se faz necessário, aqui continua sendo imprescindível.

Com isso, ao denunciar as falácias positivistas, a existência de valores morais em todo o positivismo jurídico, deve se passar a uma segunda fase de utilizar da virada linguística para aí começar a construir junto com o pensamento nietzschiano um novo Direito que seja mais condizente com o século XXI, tendo por grande paradigma o texto constitucional, deixando os antigos códigos de regras positivistas para uma visão do direito mais principiológica, mas não os chamados princípios gerais do direito previstos na Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro, mas os princípios previstos no texto constitucional.

Mas para que isso ocorra, o direito constitucional deverá ocupar o seu papel de destaque, o seu papel de protagonista nessa reviravolta metodológica ora proposta para assim podermos lutar contra os subjetivismos, contra os decisionismos, em prol de um Direito que seja efetivamente científico.

V – BIBLIOGRAFIA

DESCARTES, René. Discurso do Método – para bem dirigir a própria razão e buscar a verdade nas ciências. São Paulo: Martin Claret, 2006

FERRAZ, Danilo Marcondes. Textos Básicos de Filosofia – Dos Pré-socráticos a Wittgenstein. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999

KUHN, Thomas S. Função do Dogma na Investigação Científica in A Crítica da Ciência – sociologia e ideologia da ciência. Rio de Janeiro: Zahar Editores, sem ano

MACHADO. Roberto. Nietzsche e a Verdade. 2a edição. Rio de Janeiro: Graal, 2002

MARTINS, André. Filosofia e saúde: métodos genealógico-conceitual. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=SO102-311x2004000400009&script=sci_arttext Acessado em 10.02.2011

NASCIMENTO, Rogério José Soares Bento do. A Constitucionalização do Processo Penal: Reinterpretando o processo penal a partir do princípio democrático. in A constitucionalização do direito. Org. Daniel Sarmiento e Claudio Neto. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. Carta a Franz Overback. <http://guaikuru.blogspot.com/>, 1881. Disponível em <http://guaikuru.blogspot.com/2006/03/friedrich-nietzsche-carta-franz.html>. Acesso em 17 de maio de 2007.

- _____. O Nascimento da Tragédia e o Espírito da Música in coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999
- _____. Sobre Verdade e Mentira no Sentido Extra-Moral. In coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999
- _____. A Filosofia na Época Trágica dos Gregos. Coleção os Pensadores. - 5.ed. - São Paulo: Nova Cultural, 1999
- _____. Para Além do Bem e do Mal – prelúdio de uma filosofia do futuro. São Paulo: Martin Claret, 2006
- _____. Crepúsculo dos Ídolos – ou como filosofar com o martelo. Tradução de Marco Antonio Casa Nova. Rio de Janeiro: Relume Dumará,
- 2000NIETZSCHE, Friedrich. Para a Genealogia da Moral. São Paulo: Scipione, 2001
- _____. Gaia Ciência. §347 apud MACHADO, Roberto. Nietzsche e a Verdade. 2a ed. Rio de Janeiro: Graal, 2002, p. 79.
- _____. Para a Genealogia da Moral. São Paulo: Scipione, 2001, p. 24
- SCHWAD, Gustav. As mais belas histórias da Antiguidade Clássica – os mitos da Grécia e de Roma. São Paulo: 1996
- SPINOZA, Baruch. Ética demonstrada à maneira dos geômetras. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 118.
- SPINOZA, Baruch. Tratado político. São Paulo: Abril Cultural; 1983. p. 307 .
- STRECK, Lenio Luiz. Hermeneutica e Ensino Jurídico em Terra Brasilis in 180 anos do Direito no Brasil. São Paulo: Millennium Editora, 2008

ESTUDOS SOBRE OS PARADIGMAS DE RACIONALIDADE DISCURSIVA (DIANOÉTICA)

Guilherme Sandoval Góes - Doutor e Mestre em Direito pela UERJ. Professor de Direito Constitucional e de Direito Eleitoral da EMERJ. Coordenador do Curso de Pós-graduação em Direito Público da UNESA. Professor do Programa de Mestrado da ESG e da UNIFA Membro da Academia Brasileira de Estudos Estratégicos.

Cleyson de Moraes Mello - Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UERJ. Professor do PPGD da UVA. Diretor Adjunto da Faculdade de Direito de Valença. Professor Titular da UNESA. Membro do IAB.

Resumo: Sobre a influência do neoconstitucionalismo e da escola do pós-positivismo jurídico, o presente trabalho pretende analisar a interligação entre o direito e a filosofia de modo a compreender melhor a solução hermenêutica para a colisão de normas constitucionais de mesma hierarquia.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Teoria Constitucional. Estado de Direito. Racionalidade.

Abstract: Under the influence of the neoconstitutionalism and the post-positive school of law, this job aims at analyzing the connection between law and philosophy in such a way that we can understand the new interpretative model capable of solving post-modern constitutional problems.

Keywords: Neo-constitutionalism. Constitutional theory. Rule of law. Rationalism.

INTRODUÇÃO

Com espede no aporte lógico-filosófico trazido pelo giro epistemológico da revolução da filosofia da linguagem, o presente artigo visa demonstrar que o direito constitucional hodierno, calcado na dogmática pós-positivista, dá nova feição à normatividade dos princípios jurídicos.

Com rigor, o desenvolvimento desse novo principialismo constitucional envolve a tensão dialética entre a obtenção de certeza jurídica e a distribuição de justiça, ou seja, entre uma visão positivista do paradigma de racionalidade linguístico-subsuntiva e uma visão principialista de paradigma jusnatural de valores.

Na verdade, o desiderato acadêmico deste artigo é salientar o avanço da metodologia discursiva do direito, com bases epistemológicas na filosofia da linguagem, que abriu espaço para a ascensão da normatividade dos princípios a partir do delineamento de uma nova racionalidade do discurso jurídico. Não se pode negar que a racionalidade meramente linguística não preenche os requisitos necessários à efetividade ou eficácia social de normas constitucionais abertas, cuja tensão aparente exige a ponderação de valores como meio de solução de colisão normativa. Isto significa dizer, por outras palavras, que, em sede positivista de racionalidade limitada, impossível sair da incontinência verbal do texto da norma para alcançar qualquer estágio de convencimento argumentativo.

Portanto, em linhas gerais, a pretensão do presente artigo é examinar essa mudança de racionalidade normativa, provocada pela necessidade de dar plena efetividade a princípios constitucionais a partir da valorização da dimensão retórico-argumentativa das decisões judiciais. São os imperativos dogmáticos do principialismo que exigem o uso da racionalidade discursiva, esquecida que tinha sido pela aplicação mecânica reducionista da hermenêutica positivista.

No âmbito das pesquisas a realizar, a ideia é demonstrar que a racionalidade discursiva é a base da teoria da eficácia pós-positiva da Constituição, na medida em que é a base da força jurígena que a dogmática principialista imprime à dimensão retórico-argumentativa das decisões judiciais. É nesse sentido que ocorre a interconexão entre direito e filosofia,

entre positivismo e jusnaturalismo, entre letra da lei e valor ético que ela encerra, entre aplicação mecânica e aplicação axiológica da lei.

Assim, o objetivo do artigo que se segue é salientar que a efetividade ou eficácia social das normas de direito público depende atualmente das avançadas teorias discursivas do direito, especialmente daquelas construções pós-positivas que superam a lei sem apelar, entretanto, para justificações *jusnaturalis*. Não é demais predizer que, em face do novo quadro constitucional, cujo centro jurídico-axiológico é o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, a dimensão retórico-argumentativa das decisões judiciais transformar-se-á na principal arma hermenêutica da garantia da plena efetividade dos direitos fundamentais, notadamente da tutela dos hipossuficientes.

Em outras palavras, é correto afirmar que, sob o guarda-chuva normativo principiológico do neoconstitucionalismo, o juiz constitucional tem o condão de neutralizar a insensibilidade ética do pensamento liberal conectado a paradigmas de racionalidade formal. Com efeito, o espírito dogmático que interliga o direito e a filosofia é a busca pela maior efetividade dos princípios jurídicos e a proteção dos direitos fundamentais, sendo fácil perceber que a legitimação democrática das decisões judiciais virá dos paradigmas de racionalidade dianoética, de cunho discursivo.

No plano das interseções deontológicas que unem as dimensões ética e jurídica da Constituição, é preciso que se compreenda que o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana deve estar acima dos interesses neoliberais do Estado de Direito legislativo. Esta deve ser a tônica da dogmática pós-positivista dentro desse complexo cenário jurídico de crise da contemporaneidade.

A RACIONALIDADE DIANOÉTICA E A SUPERAÇÃO DO DIREITO AUTOPOIÉTICO

Resta indubitável que a dogmática jurídica brasileira deve seguir trilhando a vertente pós-positivista, que faz a reaproximação entre o direito e a ética, usando como ponte a filosofia jurídico-constitucional. Com espeque, no direito superador da lei, opera-se a desconstrução do legalismo estrito

do positivismo normativista kelseniano, sem, entretanto, adentrar a esfera discricionária do direito natural.

A nova racionalidade do direito, de cunho dianoético, vale dizer, discursivo, tem latitude científica suficiente para superar a racionalidade meramente linguístico-subsuntiva do positivismo jurídico a partir da dimensão retórica das decisões judiciais aceitas pela comunidade aberta de intérpretes da Constituição. Com isso a racionalidade empírico-subjetiva de caráter volitivo do mero decisionismo judicial perde sua hegemonia. Com efeito, o primeiro passo é reconhecer, com a ajuda do Professor Luís Roberto Barroso, a grave crise existencial do direito que:

não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a injustiça passeia pelas ruas com passos firmes e a insegurança é a característica da nossa era. Na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar. Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma. Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos pós e neo: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é.¹

Realmente a tarefa de distribuir justiça social com segurança jurídica é um dos grandes desafios do neoconstitucionalismo pós-positivista, que para tanto necessita ir muito além da mera revelação do sentido prévio da norma posta, vislumbrando a Constituição como uma reserva de justiça, caracterizada pela coerência do conteúdo material de suas normas que se harmonizam na unidade axiológica da busca do bem comum e da dignidade da pessoa humana.

É nesse sentido que a filosofia jurídico-constitucional é a antítese da visão autopoietica do Direito, tal qual concebida por Niklas Luhmann.² A perspectiva autopoietica tenta conferir ao direito a possibilidade de

¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Revista Jus Navigandi, Rio de Janeiro. Disponível <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em 06 de março de 2017, p. 2.

² LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1980; e Sistemas sociales. Lineamentos para una teoría general. Barcelona: Anthropos Editorial, 1998.

“autorreferência sistêmica” dentro de um paradigma de racionalidade formal, como se o direito pudesse ser autônomo em relação à sociedade e aos demais fluxos epistemológicos, *e.g.*, a política, a economia, a sociologia, a filosofia, etc.

Assim, sob a ótica da sofisticada teoria de Luhmann, os sistemas sociais são concebidos com base nos *princípios da noética*, vale dizer, parte da lógica que estuda as quatro leis fundamentais do pensamento: identidade, contradição, terceiro excluído e razão suficiente.³ É bem de ver, por conseguinte, que a noética se estrutura a partir de uma lógica de “ordem no sistema”, que não se harmoniza com as colisões de princípios constitucionais de mesma dignidade normativa, igualmente válidos e em vigor dentro de um mesmo ordenamento jurídico.

Ora o pós-positivismo se desenvolve exatamente neste espectro normativo complexo, onde florescem conflitos de normas de mesma hierarquia, o que evidentemente requer um tipo de discurso jurídico com base no pensamento discursivo que é, por excelência, um *pensamento dianoético*. Aliás, as expressões são sinônimas.

Com rigor, o que se quer aqui reafirmar é a mudança de paradigma da interpretação constitucional que se afasta da noese luhmanniana, para se aproximar da racionalidade discursiva,⁴ verdadeiramente dianoética que viabilizou o “giro epistemológico” no âmbito das investigações metodológicas pós-positivas, provocado por sua vez pelo giro pragmático da Filosofia da

³ Observe, com muita atenção, que a ideia de sistemas noéticos se interliga quase que umbilicalmente com os princípios da lógica clássica pautada na vertente silogística de cunho dedutivo. Pelo princípio da identidade, formulável na proposição “A é A”, não há qualquer possibilidade de algo existir e não existir ao mesmo tempo. Do mesmo modo, pelo princípio da não-contradição projeta-se a intelecção de que na hipótese de surgir duas proposições contraditórias, uma das duas é necessariamente falsa. Finalmente, pelo princípio do terceiro excluído, chega-se à conclusão que, diante de duas proposições contraditórias, apenas uma poderá ser considerada verdadeira. DANTAS, David Diniz Dantas. *Interpretação constitucional no pós-positivismo. Teoria e casos práticos*. São Paulo: Madras, 2004, p. 115-144.

⁴ Antônio Cavalcanti Maia e Cláudio Pereira de Souza Neto destacam que “No mundo francófono, as investigações de Chaïm Perelman salientaram a importância crucial da argumentação na autocompreensão hodierna do direito, erguendo inúmeras objeções ao positivismo jurídico. Essas críticas situam-se na ancoragem filosófica dessa perspectiva – herdeira do racionalismo moderno e sofisticada pelo empirismo-lógico do círculo de Viena -, quanto nas questões metodológicas, concernentes à racionalidade das decisões jurídicas, não acolhendo as premissas kelsenianas como definitivas, especialmente quando essas negligenciam o papel crucial desempenhado pelos princípios gerais de direito na economia geral de funcionamento dos sistemas jurídicos ocidentais após a Segunda Grande Guerra. Cf. MAIA, Antonio Cavalcanti & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Os princípios gerais de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Direitos fundamentais*. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro, vol. XII Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 168. (grifos nossos).

linguagem, especialmente após a obra de Wittgenstein II. Nesse sentido, lapidar o magistério de Écio Oto Ramos Duarte:

*De outro lado, a tentativa de oferecer pautas justificativas que assegurem a **racionalidade do método jurídico** deve se dar conta de que a fundamentação normativa, hoje, deve ser mediada desde os pressupostos discursivos inseridos na estrutura pragmática consolidada a partir de uma **razão linguística**. Para esse intento, é necessário um esboço das teorias básicas apresentadas pela Filosofia da Linguagem, especialmente as elaboradas por autores como Wittgenstein, Searle e Austin. Além dessas construções teóricas estruturarem os pressupostos de uma teoria filosófica da linguagem capaz de imprimir a razão linguística na reflexão dos fenômenos jurídicos, é salutar frisar que o próprio giro pragmático ocorrido na Filosofia da Linguagem provocará, por sua vez, um “giro epistemológico” no âmbito das investigações metodológico-jurídicas que, agora, desde um paradigma de **racionalidade discursiva**, deverá refletir-se em um novo condicionamento à elaboração da própria Teoria do Direito. (grifos nossos)⁵*

Assim sendo, insista-se, por fundamental, nesta intelecção de que a racionalidade dianoética é a base da teoria da eficácia pós-positiva da Constituição, porque base de legitimação da norma-decisão, aqui considerada como norma já devidamente interpretada pelo juiz/intérprete no plano concreto de significação.

E mais: levando-se em consideração os novos desafios advindos da judicialização da política - que transfere para o Poder Judiciário as decisões políticas fundamentais do Estado -, o juiz no Século XXI não pode prescindir dos paradigmas de racionalidade discursiva para resolver os conflitos principiológicos que surgem no contexto neoconstitucional do direito hodierno. Não há outro caminho para se alcançar a reaproximação entre a ética e o direito que não seja a aplicação das teorias argumentativas de racionalidade dianoética.

Assim, pode-se afirmar que os paradigmas de racionalidade discursiva superam o positivismo jurídico e sua crença de que o fenômeno jurídico também é dominado pelo pensamento matematizante das ciências exatas, únicas detentoras do conhecimento verdadeiro, depurado de leis naturais e

⁵ DUARTE, Écio Oto Ramos. Teoria do discurso & correção normativa do direito: aproximação à metodologia discursiva do direito. São Paulo, Landy, 2ª ed., 2004, p.35.

imutáveis. Para o positivismo jurídico, o conhecimento científico do Direito é objetivo, é a norma posta, é a norma efetivamente positivada. Observe, aqui, com atenção, que essa busca da cientificidade pura reduz o Direito ao conjunto de normas postas pelo legislador democrático. Ou seja, a letra fria da norma posta é o imperativo categórico da interpretação constitucional autopoiética, não cabendo ao juiz cogitar da retitude material dessa norma, na medida em que o Direito é um sistema axiomático e fechado composto de regras jurídicas.

É nesse sentido que despontam as ideias de autossuficiência, autorregulação e autorreprodução sistêmicas e que, aliadas ao dogma da pretensão de completude do Direito, perfazem juntos a visão autopoiética do Direito, tal qual concebida por Niklas Luhmann. Com efeito, na teoria de Luhmann, os diversos subsistemas sociais formulam suas comunicações a partir de “códigos binários”. O Direito, por exemplo, opera distinguindo o lícito do ilícito, de modo fechado, permitindo apenas o acoplamento estrutural. E assim é que a perspectiva autopoiética confere ao Direito a possibilidade de autorreferência sistêmica dentro de uma visão formal e autossuficiente, como se o direito fosse autônomo em relação à sociedade.

Sob a ótica da sofisticada teoria de Luhmann, o Direito é um sistema fechado autopoiético, que não se entrelaça com os demais subsistemas da sociedade. Trata-se de uma visão formal do direito positivo, compreendido como um sistema cerrado, autônomo, autorreprodutor, autossuficiente e autorreferenciado. Destarte, fácil é constatar, mais uma vez, que essa visão formalista, fechada e autopoiética do Direito não se coaduna com a ideia de inserção cientificamente válida dos valores éticos e do senso de justiça no discurso jurídico.

O papel do juiz do século XXI não é meramente técnico, da mesma forma que a normatividade do Direito não vem exclusivamente de sua sistematicidade intrínseca, dominada pela hegemonia da norma posta. No dizer de Haradja Leite Torrens:

O período da exegese é profundamente influenciado pelo legalismo, decorrente do exacerbamento dogmatista na interpretação do Código de Napoleão de 1804. Nele, o papel do juiz era eminentemente técnico, pois se limitava a conhecer dos fatos e subsumi-los à lei. Nesta situação, os valores relacionados à

*razoabilidade e à realização da justiça não eram importantes. Sobre esses aspectos, escreve Perelman, "se é verdade que os juízes devem fazer o direito, este direito, no espírito da escola da exegese, era reduzido a uma entidade quase mística, a Lei, expressão da vontade nacional. A hegemonia exegética caracterizou-se, sobretudo, pela personificação da justiça vendada, que não cogitava as consequências fáticas da aplicação da lei, na forma do brocardo *dura lex sed lex*. Durante esse período, o primado da segurança jurídica determinava a redução do direito à lei.⁶*

De clareza meridiana, pois, a perspectiva separatista entre o mundo jurídico e o mundo moral, cuja origem vem da aplicação mecânica da lei, patrocinada pela visão autopoietica positivista. Tal separação custa muito caro para a ciência jurídica, na medida em que a reduz a mera aplicação das normas postas pelo legislador democrático. Ora essa busca de segurança jurídica máxima esvazia o ideal constitucional de distribuição de justiça, como se fosse possível ao Direito adotar modelos matemáticos da escola positivista. Certamente não o é.

A visão formal/autopoietica/positivista/liberal/axiomática/dedutiva reduz o papel do Direito, tornando-o mero ente regulador da sociedade. Certamente não o é, também, ao revés, resta indubitável que o Direito não deve apenas regular a realidade social, mas, sim, moldá-la ou conformá-la, consoante os valores axiológicos compartilhados por essa mesma sociedade. Dessarte, não pode o Direito ficar atrelado a uma ontologia substancial do *Estado legislativo de Direito*, dominado pela hegemonia da lei positiva do legislador democrático, que faz coincidir o Direito com a Norma Posta, inteiramente objetivo, completo e ontologizado.

Para a visão autopoietica, aos operadores do Direito não cabe a tarefa de captar o sentido mutante de justiça no âmbito da realidade social, uma vez que o ideal de justiça se encerra no exato momento em que o legislador faz a positivação da norma. Já não lhe cabe mais a aferição da retitude axiológica dessa norma legislada.

Com isso, fica muito bem caracterizada a importância dos paradigmas de racionalidade dianoética, cuja dinâmica *jusfilosófica* é exatamente inserir

⁶ TORRENS, Haradja Leite. *Hermenêutica Jurídica e Paradigmas Interpretativos. Perspectivas e fundamentos de aplicação da teoria integrativa de Ronald Dworkin em face da ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p. 20.

cientificamente o sentimento constitucional de justiça no discurso jurídico contemporâneo. Afasta-se de uma dimensão jurídico-formalista do Direito, deslocando-se para o contexto neoconstitucional, com dimensão axiológico-indutiva.

É nesse diapasão que a racionalidade argumentativa se torna o novo imperativo categórico da nova interpretação constitucional, abrindo novo espaço hermenêutico para as teorias da argumentação jurídica, em detrimento do isolamento autopoietico do pensamento positivista. Assim, juízes e tribunais do tempo presente não podem ficar apartados da evolução social do Estado, abrindo-se a muitos outros fluxos epistemológicos advindos, *e.g.*, da filosofia, da geopolítica, da ciência política e outras.

Urge reconfigurar o perfil de juízes e tribunais de acordo com os novos tempos pós-positivistas, abandonando-se a figura do juiz-máquina e sua aplicação mecânica da lei, substituindo-a pela figura do juiz-democrático e sua aplicação axiológico-indutiva.

É por tudo isso que a análise que se segue vai procurar demonstrar que a norma-decisão é a norma-resultado que surge da aplicação axiológico-indutiva do direito, na qual juízes e tribunais devem fazer uso da racionalidade dianoética para justificar as razões que informam a prestação jurisdicional. Ou seja, a decisão final de mérito do juiz é o resultado da compilação de todos os elementos envolvidos na solução do caso decidendo, semânticos e extrassemânticos, jurídicos e extrajurídicos.

AS DECISÕES JUDICIAIS E A LEITURA AXIOLÓGICO-INDUTIVA DO DIREITO

Uma vez compreendida a importância dos paradigmas de racionalidade dianoética, impende agora examinar o papel do discurso axiológico-indutivo do Direito na fundamentação das decisões judiciais.

Com efeito, a eficácia da Constituição somente pode ser aferida a partir da norma-decisão, *i.e.*, da norma devidamente interpretada no plano concreto de significação e cuja normatividade foi justificada dentro de um paradigma de racionalidade dianoética. A interpretação sempre será

necessária para a fixação da norma-resultado. Calha, nesse sentido, a visão de Jane Reis Gonçalves Pereira:

Contra essa noção [a ideia de que só se efetiva a interpretação quando há dúvida sobre o significado do texto] é comum objetar-se que a interpretação é sempre necessária, pois só é possível determinar a clareza ou obscuridade de um texto após interpretá-lo. Mas, ao que parece, a dicotomia interpretação noética/dianoética (ou compreensão/interpretação) tornaria a referida divergência apenas semântica.⁷

Assim sendo, a ideia de norma-decisão é aqui desenvolvida dentro daquela imagem da obra de Wittgenstein II⁸ do *jogo de linguagem* se transformando em *jogo de interpretação*, imagem esta que serve também como substrato jusfilosófico para o já citado *jogo concertado dos princípios*, instrumento fundamental da hermenêutica constitucional contemporânea.

Com efeito, já se consolidou na melhor doutrina o entendimento de que a norma-decisão do juiz é a última fase do ciclo hermenêutico, que começa com a incidência dos fatos reais do caso concreto sobre a normadado (texto da norma preexistente no ordenamento jurídico) e acaba com a norma-produto (norma-resultado: norma propriamente dita) vinda de um processo de interpretação pautado nos paradigmas de racionalidade discursiva, dianoética, argumentativa, persuasiva.

⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 36.

⁸ A obra de Wittgenstein tem duas fases bem diferentes: na primeira, o autor é essencialista, isto é, admite que a linguagem tem um sentido próprio, independente do contexto fático que a circunscreve, já o segundo Wittgenstein, muda radicalmente de posição, desenvolvendo uma nova concepção lingüística pautada nos chamados “jogos de linguagem”. Tal concepção leva em consideração o contexto lingüístico na obtenção do sentido do texto. Dessarte, sob a ótica dos “jogos de linguagem”, Wittgenstein II não mais pergunta o que é a linguagem, mas, sim, como a linguagem funciona? Afasta-se, por conseguinte, Wittgenstein II do essencialismo lingüístico. Nesta nova perspectiva dos “jogos de linguagem”, admite o filósofo diferentes usos das palavras. A descoberta do texto não é mais feita a priori, mas dentro do contexto pragmático (contexto de vida). Nesse mister, a interpretação do texto deve ser vislumbrada como um conjunto de jogos de linguagem regidos por regras específicas, tornando-se, por via de consequência, em um “jogo de interpretação”. Com efeito, a nova metódica wittgensteiniana aponta diferentes métodos de interpretação válidos que podem se transformar na solução de um caso. E assim é que transportando as idéias wittgensteinianas para o campo da dogmática jurídica, podemos afirmar que a concretização constitucional admite diferentes caminhos exegéticos, ora bastando a simples referência ao “texto da norma”, ora buscando-se o resultado da interpretação a partir da formulação de “conceitos” inculpidos de forma vaga nas leis ou na Constituição. Para uma avaliação mais precisa das repercussões da obra de Wittgenstein II no “giro epistemológico” na metodologia jurídica, sugere-se, além, da célebre obra do próprio autor, WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. 2. edição. Petrópolis: Editora Vozes Ltda, 1996, também, a leitura de DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do discurso & correção normativa do direito: aproximação à metodologia discursiva do direito*. São Paulo, Editora Landy, 2.ed., 2004, p. 121-135.

Com a devida sensibilidade acadêmica, o leitor haverá de concordar que o “texto da norma” é a norma-dado dotada de *racionalidade linguística* que lhe é imposta pelo legislador democrático ao elaborar abstratamente a lei, enquanto que a “norma propriamente dita” é a norma-resultado dotada de *racionalidade discursiva* que lhe é imposta pelo jurista/juiz ao aplicar uma determinada teoria da argumentação jurídica num caso concreto.⁹

Eis aqui a essência da reconstrução neoconstitucionalista do direito, qual seja: a superação da racionalidade linguístico-subsuntiva ligada ao texto da norma que cede à racionalidade dianoética associada à dimensão retórico-argumentativa das decisões judiciais. Agora, a normatividade do direito não se atrela tão somente ao conteúdo semântico-literal da norma *in abstracto*, mas, também, ao grau de aceitabilidade da norma-decisão por parte da comunidade aberta de intérpretes da Constituição.

Com isso, a dimensão retórico-argumentativa das decisões ganha valor fundante na construção da normatividade do direito. O discurso jurídico já não é mais dimensionado apenas pela literalidade da norma posta, mas, também, pela coerência da argumentação jurídica feita por magistrados, promotores e advogados e cuja aferição final será feita pela *consciência epistemológica dos intérpretes da Constituição*.

Em consequência, é correto afirmar que a efetividade ou eficácia social de uma norma constitucional é aferida em função do grau de adesão que induz no âmbito daquilo que Karl Larenz denominou de “consciência jurídica geral dos membros da comunidade jurídica”,¹⁰ ou, como quer Peter Häberle,¹¹ da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”. É por isso que surge, dentro de uma sociedade pluralista e assimétrica como a brasileira, eivada de valores contraditórios, a necessidade de uma nova teoria da eficácia da Constituição, cuja interpretação seja feita por todos os cidadãos. Isto significa dizer por outras palavras que, tanto a Corte Suprema e o restante do poder judiciário, quanto os demais operadores do direito, carecem auscultar os

⁹ GÓES, Guilherme Sandoval. Neoconstitucionalismo e dogmática pós-positivista. In: BARROSO, Luís Roberto. A reconstrução democrática do direito público no Brasil. Livro comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 121.

¹⁰ LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Gulbenkian, 1968, p. 264.

¹¹ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

princípios de justiça e solidariedade impregnados na comunidade aberta de intérpretes da Constituição, na medida em que sua adesão é a régua que faz a medida exata da efetividade das normas constitucionais.

No plano hermenêutico, como já amplamente visto, não há como ilidir que os novos paradigmas de racionalidade discursiva dão nova feição para a correção normativa do direito, vez que imprimem força jurígena aos princípios constitucionais em geral e aos direitos fundamentais em particular.¹²

Materializa-se aqui o giro hermenêutico dos direitos fundamentais, cuja normatividade agora é função de atividade exegética focada num núcleo de racionalidade discursiva (dianoética) que distribui justiça no caso concreto em detrimento da ideia de certeza jurídica máxima e das próprias razões de Estado.

De forma lapidar, Nadia de Araujo mostra essa tendência de expansão do paradigma dos direitos fundamentais, tanto na ordem constitucional, quanto na ordem internacional. E mais ainda: tal solução vem dos direitos fundamentais e não mais das chamadas razões de Estado. Vale, pois, reproduzir, seu magistério, *in verbis*:

*O desenvolvimento da **teoria dos direitos fundamentais**, cuja universalização encontrou eco nos planos interno e internacional, interfere na metodologia do DIPr, que não pode ficar alheia a sua disseminação. É preciso adequar a sua utilização ao **paradigma dos direitos humanos**. A ordem pública tem papel fundamental para equilibrar a aplicação do método conflitual, especialmente se for dado ao aplicador da lei parâmetros para fazê-lo, o que só é possível se for utilizada a **perspectiva retórico-argumentativa**, estribada no desejo, de encontrar a solução justa, a partir da lógica razoável, e não mais apenas através das **razões de Estado**.¹³ (grifos nossos)*

Enfim, agregue-se por derradeiro que, os paradigmas de racionalidade

¹² De feito, a mundividência da racionalidade meramente linguística é muito limitada, especialmente porque acredita que a gênese da cientificidade do direito é sua própria sistematicidade intrínseca, o que evidentemente o isola de qualquer outra construção epistemológica. Nessa visão formalista, os valores axiológicos ainda não positivados não têm o condão de penetrar no discurso axiomático-dedutivo do direito, sem o grave risco de quebra de cientificidade. Assim sendo, observe, com muita atenção, que é o paradigma de racionalidade argumentativa que desloca a base teórico-metodológica dos direitos fundamentais, viabilizando destarte a confluência entre a ética e o direito, elemento central do neoconstitucionalismo pós-positivista.

¹³ ARAUJO, Nadia de. Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 22.

argumentativa consolidam um novo método de interpretar a Constituição; fixam as bases teóricas de uma nova teoria da eficácia constitucional e, finalmente, criam as condições necessárias e suficientes para a solução das antinomias constitucionais, usando a técnica da ponderação de valores.

Portanto, os paradigmas de racionalidade dianoética caracterizam-se por estabelecer como fundamento da decisão judicial a aceitação da sociedade aberta, cujo elo é exatamente a *argumentação*, de um determinado *discurso*.

O mérito da decisão judicial evolui de um caráter eminentemente formal-instrumental de aplicação subuntivo-silogística para adquirir um caráter substancial, axiológico, que desloca a solução concreta do caso para a esfera da ponderação de valores de mesma dignidade constitucional.

Em consequência, é bem de ver que a filosofia constitucional contemporânea não se limita à aplicação mecânica do texto da norma, dentro de um discurso axiomático-dedutivo, ao contrário, a nova interpretação constitucional vai muito além da mera integração da incompletude do sistema jurídico (lacunas, conceitos indeterminados, normas em branco, etc.), pois, valoriza a dimensão tópica (Theodor Viehweg)¹⁴ e da argumentação (Chäim Perelman) das atividades exegéticas do direito.

Trata-se da aplicação axiológico-indutiva do Direito, na qual não há uma única resposta certa previamente estabelecida para solução do caso concreto, mas, sim, um núcleo de racionalidade discursiva dentro de um processo de distribuição de justiça para um determinado caso concreto. Por outro lado, a racionalidade discursiva da leitura axiológico-indutiva do Direito não equivale à liberdade sem limites para a entrega da prestação jurisdicional, ao revés, no âmbito da reconstrução neoconstitucionalista do Direito, a norma-decisão (norma propriamente dita) sempre será submetida a padrões de consenso, de justiça e de eficácia social.

Em suma, todo este conjunto metodológico-conceitual faz parte da reconstrução neoconstitucionalista do Direito, cujo epicentro é a leitura axiológico-indutiva da lei. Os paradigmas de racionalidade dianoética usam fórmulas avançadas que desenvolvem o Direito, bem como o aproximam da ética. Desenvolvem o Direito porque são capazes de dar força normativa aos princípios constitucionais abertos de baixa densidade normativa.

¹⁴ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

Nesse sentido, o leitor haverá de concordar que tanto a concepção dedutiva (aplicação silogística partindo do caso geral para o particular), quanto a visão axiomática (pretensão de completude do direito: conceitos jurídicos fechados capazes de descrever *in abstracto* toda a realidade social) não se coadunam com normas constitucionais principiológicas de baixa densidade normativa e alto teor de vagueza.

Com efeito, no constitucionalismo brasileiro que é *axiologicamente fragmentado*,¹⁵ a aplicação inflexível do discurso axiomático-dedutivo do direito torna desnitrado o processo de interpretação constitucional, vez que a operação exegética fica desprovida do *jogo concertado dos princípios*, principal instrumento da atividade decisória dos magistrados de hoje em dia.

É Robert Alexy que aponta, pelo menos, quatro grandes motivos denegadores da concepção tecno-formal do direito, a saber: (1) a imprecisão da linguagem do direito, (2) a possibilidade de conflitos entre as normas, (3) o fato de que é possível haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, que não cabem sob nenhuma norma válida existente, bem como, (4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria textualmente um estatuto.¹⁶

Note-se que a reconstrução neoconstitucionalista do direito caminha na direção desta crítica de Alexy, na qual se verifica a insuficiência do discurso axiomático-dedutivo do direito na solução de problemas constitucionais da contemporaneidade. Urge, pois, inverter o sinal da nova interpretação constitucional deslocando-o para a **dimensão axiológico-indutiva do direito**. Já não mais atende ao dador da norma-decisão (juiz ou intérprete) a mera racionalidade subsuntiva amparada pelo pensamento sistemático-silogístico.¹⁷

¹⁵ A Constituição de 1988 é híbrida, nitidamente compromissória na medida em que tenta albergar, a um só tempo, as vertentes do liberalismo burguês e da social democracia. Daí a tendência de positivar o texto constitucional de modo amplo sem maiores detalhamentos acerca das condutas necessárias para a realização dos fins pretendidos, optando-se por fórmulas abertas que projetam “estados ideais”, cuja exegese é mais complexa, na medida em que o intérprete fica obrigado a definir a ação a tomar. Em essência, a Constituição de 1988 fica dividida entre valores contrapostos (axiologicamente fragmentada), ou seja, de um lado, os direitos sociais pressionando por ações estatais positivas superadoras da reserva do possível e, do outro, as liberdades privadas requerendo estatalidade mínima ou negativa.

¹⁶ ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. A Teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy Editora, 2001, p. 17.

¹⁷ Cf Guilherme Sandoval, op. cit., p.

Ao revés, a crítica de Alexy entremostra diferentes obstáculos hermenêuticos que se antepõem ao paradigma positivista e reforça cada vez mais a necessidade de novas fórmulas teóricas, aptas a superar a letra da lei, mas que, no entanto permaneçam subordinadas à ordem jurídica como um todo. É o que Karl Larenz brilhantemente denomina de “**direito extra legem, porém, intra jus.**”¹⁸

Esta é a razão pela qual se acredita que os paradigmas de racionalidade dianoética criam as bases teóricas que informam a correção normativa do direito a partir da leitura axiológico-indutiva, que supera a letra da lei (*extra legem*), mas, permanece limitada pela ordem jurídica como um todo (*intra jus*).

CONCLUSÃO

Este trabalho acadêmico procurou *ab initio usque ad mais* analisar a importância dos paradigmas de racionalidade dianoética na solução dos hodiernos casos de colisão de normas constitucionais de mesma dignidade normativa.

Impregnado pela lógica autopoietica da autorregulação, autossuficiência e autorreprodução sistêmicas, o paradigma positivista buscou desenvolver uma concepção axiomático-dedutiva do direito, onde a aplicação mecânica e o silogismo jurídico lhe serviam de fundamento. Sob este aspecto, é iniludível a prevalência do pensamento positivista fechado, desprovido de qualquer perspectiva de abertura axiológica.

É nesse sentido que desponta a reconstrução neoconstitucionalista do direito que vem sendo edificada a partir da virada hermenêutica da racionalidade discursiva (dianoética) que, por sua vez, viabiliza a ideia de que a dimensão retórica das decisões judiciais é parte integrante da normatividade do direito. Com o devido espírito científico, o presente trabalho acadêmico procurou apresentar uma arquitetura conceitual que permite ao intérprete justificar racionalmente sua norma-decisão.

Sem desconsiderar a hermenêutica tradicional positivista, os paradigmas de racionalidade dianoética buscam orientar o decisor no ato de transformar texto da norma (plano abstrato preliminar) em

¹⁸ Cf Karl Larenz, ob.cit., p. 502.

norma concretizada (plano concreto de significação). Trata-se, pois, de reconfiguração normativa que visa a solucionar qualquer que seja o problema constitucional a resolver (inclusive os chamados casos difíceis).

É por isso que é importante reconhecer que as características dos paradigmas de racionalidade dianoética permitem que o juiz/intérprete, na fixação de sua norma-decisão, faça uso da argumentação jurídica como meio de fundamentação da sentença.

Assim sendo, é possível imprimir força jurídica aos princípios, que muito embora sejam enunciados normativos abertos que não se prestam para a subsunção silogística, podem gerar direito subjetivo para o cidadão comum no caso concreto. Enfim, foram essas as questões que se me impuseram considerar ao investigar as bases teóricas dos paradigmas de racionalidade discursiva nestes tempos de reconstrução neoconstitucionalista do direito.

Situado entre o eclipse do normativismo positivista kelseniano e o perigo de reprivatização *jusnaturalista*, o neoconstitucionalismo buscou desenvolver fórmulas avançadas que reaproximem o Direito e a Ética. Vive-se, indubitavelmente, uma nova era jurídica de hegemonia axiológica dos princípios, onde a dignidade da pessoa humana se projeta como vetor exegético sobre toda a ordem jurídica nacional. Urge, pois, superar os tempos jurídicos da predominância cêntrica da norma posta que cristalizava a ideia de pretensão de completude do direito.

Em tempos de reconstrução neoconstitucionalista, a dimensão retórica das decisões judiciais passa a compor a normatividade do direito em função de seu grau de aceitabilidade por parte da comunidade aberta de intérpretes da Constituição. Portanto, cabe ao jurista contemporâneo repensar um novo modelo dogmático, considerando agora novas e avançadas fórmulas hermenêuticas de direito superador da lei, cujo desafio maior é a reinserção do senso de justiça como fundamento do direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. A Teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.

- ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. Rio de Janeiro: Malheiros, 2004.
- ARAUJO, Nadia de. Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. A reconstrução democrática do direito público no Brasil. Livro comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- _____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Revista Jus Navigandi, Rio de Janeiro. Disponível <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em 06 de março de 2017.
- BICKEL, Alexander M. The Least Dangerous Branch, 2ª ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986.
- DANTAS, David Diniz. Interpretação constitucional no pós-positivismo. Teoria e casos práticos. São Paulo: Madras, 2004.
- DUARTE, Écio Oto Ramos. Teoria do discurso & correção normativa do direito: aproximação à metodologia discursiva do direito. São Paulo, Editora Landy, 2ª ed., 2004.
- DWORKIN, O império do direito. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- GÓES, Guilherme Sandoval. Neoconstitucionalismo e dogmática pós-positivista. In: BARROSO, Luís Roberto. A reconstrução democrática do direito público no Brasil. Livro comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HABERMAS, Jurgen. Direito e democracia entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Gulbenkian, 1968.
- LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. Tradução Maria da Conceição Córte-Real. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1980.
- _____. Sistemas sociais. Lineamentos para uma teoria general. Barcelona: Anthropos Editorial, 1998.
- MAIA, Antonio Cavalcanti e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Os princípios gerais de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: BINENBOJM, Gustavo (Org.). Direitos fundamentais. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro, vol. XII, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- PERELMAN, Chäim. Lógica Jurídica. Nova retórica. São Paulo, Martins Fontes, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- TEUBNER, Gunther. O direito como sistema autopoietico. Tradução José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- TORRENS, Haradja Leite. Hermenêutica Jurídica e Paradigmas Interpretativos. Perspectivas e fundamentos de aplicação da teoria integrativa de Ronald Dworkin em face da ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.
- VIEHWEG, Theodor. Tópica e jurisprudência. Tradução Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.
- WALZER, Michael. Spheres of Justice – A Defense of Pluralism and Equality. USA: Basic Books, 1983.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. Investigações Filosóficas. 2. edição. Petrópolis: Editora Vozes Ltda, 1996.

ENSAIO CRÍTICO ÀS PROPOSTAS FOUCAULTIANAS NA TEORIA DO DIREITO

Daniel Nunes Pereira¹

Resumo: O estudo ora proposto evidencia questões problemáticas do pensamento de Michel Foucault, especialmente no que concerne à Teoria do Direito. Os argumentos mobilizados reverberam o debate havido entre Foucault e Jürgen Habermas, bem como as considerações de pensadores marxistas recentes. Em um primeiro momento, busca-se evidenciar aporias e hipostasias do pensamento foucaultiano quando tensionado à problemática ora posta. Em seguida evidenciam-se flertes da obra de Foucault com o Irracionalismo e os problemas desta postura intelectual face as demandas civilizacionais neokantianas e hegelianas. Por fim, avança-se a eventual filiação de Michel Foucault à Pós-Modernidade e as consequências disto para o pensamento jurídico, tendo em vista a influência do filósofo francês no Direito.

Palavras-chave: Construção Social do Direito, Foucault, Pós-modernidade.

Abstract: The study hereby proposed evidences problematic issues on the thought of Michel Foucault, especially regarding the Law Theory. The arguments deployed reverberate the discussion held between Foucault and Habermas, and the considerations of recent Marxist thinkers. At first, the paper seeks to highlight aporiae and hypostasis of Foucault's thought tensioned on the problems hereby

¹ Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD/UFF), Mestre em Ciências Sociais e Jurídicas (PPGSD/UFF), Mestre em Ciência Política (PPGCP/UFF), Especialista em História Européia (Universiteit Utrecht), Bacharel em Direito (UFF-Niterói-RJ). Professor do Curso de Direito da Universidade Veiga de Almeida. Professor Adjunto da Faculdade de Direito de Valença. Contato: danielnunes@id.uff.br .

shown. After the paper denounces flirtations of Foucault's work with the irrationalism and the problems of this intellectual attitude towards the neo-Kantian and Hegelian civilizational demands. Finally, the paper retains to an eventual filiation of Michel Foucault to Post-Modernity and the consequences of this for the legal thought, considering the influence of the French philosopher in law theory.

Keywords: Social Construction of the Law, Foucault, Post-Modernity.

INTRODUÇÃO

O presente estudo busca evidenciar algumas questões problemáticas do pensamento 'foucaultiano' às Ciências Sociais, sobretudo à Teoria do Direito, em algumas de suas formulações, especialmente no que eventualmente concerne às hodiernas posições positivistas e críticas de orientações marxistas. Para tal, o artigo ora proposto buscará reconstruir alguns argumentos do debate entre Michel Foucault e Jürgen Habermas, trazendo à baía também algumas considerações de pensadores marxistas (sobretudo da Escola de Frankfurt, mas também Slavoj Žižek) acerca da obra do filósofo pós-estruturalista² francês.

Parece ser necessário, contudo, asseverar as muitas faces que Foucault pode apresentar, para então apontar a qual feição o presente estudo se debruça. Aponta-se, primeiramente, a compreensão de que o pensamento foucaultiano se divide em três fases³, representadas nominalmente pela 'Arqueologia', 'Genealogia' e 'Ética', congruentes, respectivamente às publicações originais de "*Histoire de la folie*" (1961), "*Surveiller et Punir: Naissance de la prison*" (1975) e os dois últimos volumes de "*Histoire de la sexualité*" (1984). Esta compreensão triádica pressupõe Foucault como um pensador de ideias descontínuas, por conseguinte, assistemático. Contudo,

² Não há consenso quanto à ocupação acadêmica e vertente epistemológica adotadas por Foucault, tendo em vista o inegável fôlego intelectual de sua obra compreendida nos tumultuados anos sessenta (MILLER, 1993, pp. 95-98). Contudo, o presente estudo, em nome de coerência interna ao seu leitmotif, adota a premissa de que Michel Foucault é um Filósofo continental pós-estruturalista, ainda que ele mesmo negasse este rótulo (MEGILL, 1985, p.187). Foucault considera a si mesmo como um pensador crítico e da ontologia, ainda que as estruturas linguísticas sejam seus limites ontológicos (MEGILL, 1985, p. 223). No que concerne a sua posição crítica, esta não é convencional, buscando condução de projetos emancipatórios, mas, ao contrário, apontar os problemas dos projetos havidos (MEGILL, 1985, pp.189-191)

³ Cf. Guilherme Castello Branco e Vera Portocarrero (2002)

⁴ O título original da primeira edição era, na verdade, "Folie et Dérison".

há uma outra compreensão⁵, a qual enxerga Foucault como sistemático, ao menos em dois grandes blocos de sua obra. Neste sentido, haveria um primeiro Foucault arqueológico e estruturalista (cujas publicações se estendem até o final da década de sessenta), e um segundo momento genealógico e pós-estruturalista (referente às obras da década de setenta em diante). Nesta segunda compreensão há sistematização só e somente dentro de cada um dos dois referidos blocos da obra de Foucault. Todavia, o presente estudo parte da premissa que em ambas as compreensões não resta clara a posição foucaultiana quanto à agência humana, sobretudo no que concerne ao Direito, enquanto expressão máxima do 'Dever-Ser' como práxis da 'sociedade-artefato'. Ou seja, sua obra (mesmo em uma teórica fase 'Ética') expõe apenas causalidades, mas não gera qualquer juízo normativo *per se*.

O estudo proposto se estrutura cartesianamente em três seções, nas quais empreende-se expediente argumentativo dialético, *id est*, contrapondo premissas foucaultianas às críticas anteriormente mencionadas. Neste sentido, primeiramente busca-se evidenciar aporias e hipostasias de alguns conceitos de Foucault concernentes à problemática intelectual ora posta, ou seja, impropriedades analíticas de algumas de suas proposições face às questões a serem relatadas. Em um segundo momento buscar-se-á evidenciar de flertes da obra de Foucault com a Irrracionalidade⁶, tensionando-os aos eventuais problemas epistemológicos desta postura intelectual diante de determinadas demandas civilizacionais neokantianas e hegelianas das ciências sociais, especialmente o Direito. Por fim, a partir do que se evidencia nas seções anteriores, questiona-se a pertinência em compreender Foucault como um pós-moderno, e quais as consequências disto para as ciências sociais, em especial o Direito, sobretudo no que concerne às metanarrativas que propugnam a emancipação humana e tomada de consciência, ou seja, teorias que propõem alguma ética focada na agência humana como móbil de mudanças infraestruturais da sociedade.

⁵ Cf. Hubert Dreyfus e Paul Rubinow (1995).

⁶ O termo Irrracionalismo designa geralmente as correntes filosóficas que focam o exercício da vontade e individualidade em detrimento da compreensão racional do mundo objetivo (LUKÁCS, 1988, p.89). Contudo, o termo é difuso, não se aplica a uma vertente filosófica específica, mas designa genericamente algumas tendências no curso da História da Filosofia Continental (LUKÁCS, 1988, p.103). Contudo, de maneira mais estrita, epistemólogos aplicam o referido termo às diferentes correntes filosóficas que reagiram em oposição às hegemonias do Positivismo e Neokantismo na primeira metade do século vinte (LUKÁCS, 1988, p. 168), retornando ao final do mesmo século sob o signo do Pós-Modernismo (SOLOMON, 1990, pp. 270-272) – o termo e a categoria 'Pós Modernidade' são em si problemáticos, e serão sucintamente analisados posteriormente no presente estudo. Foucault rejeitava rótulos, e costumava se enxergar como parte da Modernidade, mas não necessariamente em um contínuo epistemológico (FOUCAULT, 1977, p. 120)

A partir do debate entre Habermas e Foucault é possível enxergar os pontos mais controversos do pensador francês, os quais orbitam as relações predicadas a '*Discurso*', '*Poder*' e '*Razão*', especialmente no que concerne a democracia, a sociedade civil e agência humana (ASHDEN, OWEN, 1999).

Antes de proceder a qualquer crítica ou elogio à obra de Foucault, é preciso asseverar que tratar do referido filósofo '*na*' e '*para*' a *luria* é deveras complicado, pois o autor não criou (nem ambicionou criar) um modelo filosófico coeso⁷ como os pensadores modernos tradicionais⁸ (geralmente acionados sem muitos embargos pelo pensamento jurídico). De maneira diversa dos referidos intelectuais modernos, Foucault optou por caminhos menos ortodoxos, especificamente ao subverter a historiografia tradicional e tentar resgatar discursos obsoletos com o fito de desconstituir noções de verdade. Em suma, a grande virtude (e talvez pecado) de Foucault é sua dedicação intelectual em denunciar formas de sujeição ('*assujettissement*') sobre os corpos na sociedade, não necessariamente predicando sua análise a uma ética (ou '*Dever-Ser*')

O presente esforço intelectual não visa exaurir a temática ora estudada, tampouco afirmar peremptoriamente qualquer juízo valorativo acerca da pertinência da obra de Foucault à determinada cultura jurídica. Trata-se meramente de algumas problematizações ao pensamento do filósofo francês no que concerne à determinadas postulações ideológicas específicas. Portanto, não se ambiciona demolir o portentoso constructo da obra foucaultiana, mas tensionar algumas categorias face a determinadas questões da construção social do Direito.

I. AS HIPOSTASIAS DO LÉXICO FOUCAULTIANO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Com o fito de tratar adequadamente das questões pertinentes ao estudo proposto, insta, aprioristicamente, estabelecer breve sistematização de

⁷ Cf. o exposto por João Freitas De Castro Chaves (2006, p. 10)

⁸ Podem ser apontados como tradicionais pensadores modernos, *exempli gratia*, Thomas Hobbes, John Locke Immanuel Kant, Georg W. F. Hegel, Alexis de Tocqueville, Karl Marx, dentre muitos outros. O critério para apontar quais são os pensadores modernos tradicionais concerne a capacidade e anima destes em oferecer ideários normativos científicos ou políticos diante do ocaso do Antigo Regime, ascensão dos Estados Nacionais, avanço da secularização ou as céleres transformações do modo-de-produção capitalista. (CALINESCU 1987, p. 206).

alguns conceitos da obra de Foucault, com vistas a compreendê-los e apontar eventuais impropriedades e limitações. Para tal, mobilizam-se as categorias '*Discurso*', '*Arqueologia*' e '*Genealogia*'. Tais conceitos revelam, em grande medida, os limites do pensamento de Foucault diante da reflexão jurídica.

Um '*Discurso*' no léxico foucaultiano pode ser definido em termos de declarações ('*énoncés*') de '*coisas ditas*'. Todavia, '*Discurso*' é um conceito deveras opaco e fugidio na obra de Foucault, mas em sua forma mais básica (apresentada em '*Arqueologia do Saber*'), o termo refere-se aos vestígios verbais materiais havidos na história de determinado agrupamento social, havendo, por conseguinte uma '*realidade discursiva*' dotada de '*seres discursivos*' (FOUCAULT, 2008, p. 9). Tais declarações, por sua vez, são eventos específicos ligados a um contexto histórico e capazes de repetição. Estes contextos se consubstanciam nos chamados sistemas de pensamento e conhecimento, nominalmente, '*formações discursivas*' ou '*Epistemes*' (INGRAM, 1994, p. 241). Em tese, estes sistemas são regidos por regras (sobretudo lógicas, sintáticas e gramaticais) havidas e procedimentalizadas à consciência de entes individuais (INGRAM, 1994, p. 242). A consciência, contudo, jaz circunscrita nas possibilidades conceituais destes sujeitos, o que determinaria os limites do pensamento e uso da linguagem em um determinado espaço e tempo (INGRAM, 1994, pp. 243, 244). A posição no discurso é definida como consequência do seu uso funcional, não sendo, por conseguinte, as declarações equivalentes às proposições ou sentenças (FOUCAULT, 2008, p. 131). Tal conceituação é reverberada pelas Ciências Sociais, inclusive (e sobretudo) o Direito.

A teoria do Direito, em sua feição tradicional, funciona como discurso logocêntricos de justificação da necessidade de obediência aos poderes instituídos. Mesmo uma eventual delimitação da soberania constituída, típica do liberalismo político conjugado à filosofia jurídica, não escapa desta lógica. Ou seja, o '*Discurso*' seria como a '*matéria negra*' na astronomia, mesmo quando parece ausente, jaz oculto. O discurso que ordena a sociedade é sempre o discurso daquele que detém o saber, corriqueiramente predicado à *luria*.

A crítica que subjaz na concepção foucaultiana de '*Discurso*' mira, conforme Vighi e Feldner (2007, p. 7) tanto o marxismo (ortodoxo) quanto a psicanálise (freudiana). Neste sentido, a obra de Foucault insurge-se contra o que considera concepções (ditas) reducionistas e jurídicas de poder em

nome de um pretenso humanismo ominosoque denunciaria a distorção da verdade nas próprias 'Ciências Humanas':

[...] podem-se sempre fazer ciências humanas de ciências humanas, a psicologia da psicologia, a sociologia da sociologia etc.) bastam para mostrar sua singular configuração. Em relação à biologia, à economia, às ciências da linguagem, elas não estão, portanto, em carência de exatidão ou de rigor; estão antes, como ciências da reduplicação, numa posição meta-epistemológica. Ainda assim, o prefixo não está talvez muito bem escolhido: pois só se fala de metalinguagem quando se trata de definir as regras de interpretação de uma linguagem primeira. Aqui as ciências humanas, quando repetem em duplicidade as ciências da linguagem, do trabalho e da vida, quando, na sua mais fina extremidade, se reduplicam a si mesmas, não buscam a estabelecer um discurso formalizado: diversamente, elas envolvem o homem que tomam por objeto no campo da finitude, da relatividade, da perspectiva — no campo da erosão indefinida do tempo. Talvez fosse melhor falar a seu propósito de posição 'ana-epistemológica' ou 'hipo-epistemológica'; se retirássemos este último prefixo de alguma compreensão pejorativa, explicaria indubitavelmente o que há: permitiria compreender que a invencível impressão de fluidez, de falta de exatidão e precisão que deixam quase todas as ciências humanas não é senão o efeito superficial daquilo que possibilita defini-las em sua positividade. (FOUCAULT, 2005, p. 387)[tradução aproximada]

Esta crítica foucaultiana consubstanciada na noção de 'Discurso' sustenta-se em duas abordagens metodológicas paralelas: i) a chamada 'Arqueologia', entendida como busca de pressupostos históricos de um determinado sistema de pensamento (FOUCAULT, 2008, 154), e ii) a 'Genealogia', foco no processo histórico de um determinado sistema de pensamento (FOUCAULT, 2005, 95). Estes dois instrumentos metodológicos buscam descobrir as regras de formação dos discursos, ou sistemas discursivos e suas regularidades, ou seja, as condições que ordenam a estrutura de uma forma de discurso. Por conseguinte, a metodologia não busca ou reivindica uma verdade no conhecimento, mas tenta revelar 'jogos de verdade', pois "condena a análise histórica do discurso a ser busca e repetição de uma origem que escapa a toda determinação histórica; o outro a destina ser interpretação ou escuta de um já dito que seria, ao mesmo tempo um não-dito" (FOUCAULT, 2008, p. 28).

É importante ressaltar, contudo, que as observações de Foucault acerca das distinções entre 'Arqueologia' e 'Genealogia' são e grande medida vagas e confusas (QUEIROZ, 1999, pp. 23-25). As maneiras pela qual Foucault instrumentaliza seus métodos são, para todos os efeitos, deveras semelhantes, senão idênticas (QUEIROZ, 1999, pp. 30-31). Isto, pois, se a 'Arqueologia' aborda um nível no qual as diferenças e semelhanças são determinadas pela própria produção de formas gerenciáveis de conhecimento, a 'Genealogia', de maneira quase idêntica, busca ossubstratos de conhecimento e cultura, sendo que Foucault descreve este último como um nível em que os fundamentos essenciais de verdadeiro e do falso só poderiam ser distinguidos por evidenciação dos mecanismos de poder (QUEIROZ, 1999, p. 33). Tal redundância procedimental parece ocultar o fato de que ambas as categorias foucaultianas são em essência o mesmo conceito epistêmico e metodológico.

A 'Genealogia', especificamente, questiona o surgimento comumente entendido de várias crenças filosóficas e sociais, tentando explicar o espaço, alcance ou totalidade de determinada ideologia em dado recorte espaço-temporal. A partir desta noção, seria possível transcender os limites das concepções meramente ideológicas em função de suas próprias possibilidades gnosiológicas. Michel Foucault expandiu o conceito original de Nietzsche para uma noção de 'contra-história' a partir da posição do sujeito, traçando o desenvolvimento das pessoas e das sociedades ao longo da história. Assim busca revelar a constituição de saberes, discursos, domínios de objetos, sem uma necessária abordagem transcendental ou metafísica (FOUCAULT, 2003, 206). Esta abordagem, contudo, imprescinde do que Foucault chama de 'Método Arqueológico':

Em poucas palavras, parece que a partir da observação empírica de um conjunto de fatos historicamente aceitáveis, no mesmo período de tempo em que são observáveis, a análise busca o nexo 'saber-poder', sustentado onde ele é aceito, mas buscando o que o torna aceitável, obviamente, não em geral, mas apenas quando ele é aceito. Isto é o que pode ser caracterizado como recuperação de sua positividade. Então há um tipo de procedimento, que, despreocupado de sua legitimação e, conseqüentemente, excluindo a perspectiva legal, percorre o ciclo de positividade, procedendo do fato de aceitação para o sistema de aceitabilidade, sendo ambos analisados pela correlação entre 'Saber' e 'Poder'. Podemos dizer que este é, em alguma medida, o nível arqueológico de análise. (FOUCAULT, 2007, p. 61) [tradução aproximada].

A metodologia foucaultiana de fato parece ser útil a uma primeira abordagem crítica de um cientista social e jurista, contudo, nega veementemente qualquer ontologia da profundidade, *id est*, questões de origem, de sentido e a busca da verdade histórica (ainda que funcional e analiticamente). Neste sentido, a obra foucaultiana se coaduna a mera '*ontologia do presente*' (QUEIROZ, 1999, p. 19), satisfeita com a superfície da ontologia histórica, afastada de projetos entendidos como globais ou radicais (QUEIROZ, 1999, pp. 19-20). Tal análise revela não só um '*presentismo*' tóxico na obra de Foucault, mas também uma regressão teórica atávica de certo romantismo, *id est*, ominosa inflação da subjetividade operada por um solipsismo alheio às metanarrativas modernas e projetos civilizacionais.

A forma como Foucault hipostasia suas próprias categorias ('*Discurso*', '*Arqueologia*' e '*Genealogia*') acaba por inflar a subjetividade, causando, segundo Habermas (2000, p. 387), perigosa redução da historicidade humana e sua significância coletiva, visto que superestima a perspectiva do observador etnológico como principal ente significante da Realidade. Por conseguinte, são reduzidas as pretensões de validade a meros efeitos de poder, deflacionando a significância de qualquer normatividade, naturalizando o '*Ser*' em detrimento de qualquer '*Dever-Ser*'.

A tríade '*Discurso*', '*Genealogia*' e '*Arqueologia*', tomada ortodoxa e acriticamente, pode engendrar uma infértil busca por objetividade histórica de determinadas estruturas discursivas, o que caracterizaria os *anima* de pesquisadores foucaultianos como presentistas e auto-referenciados (HABERMAS, 2000, pp. 347, 352, 389), flertando, por conseguinte, com ideários e posturas irracionistas, às custas de metanarrativas civilizatórias, como Ética, Filosofia Moral, Teoria Política ou Direito.

II. UM PERIGOSO FLERTE COM A IRRACIONALIDADE

Ao debruçarmo-nos sobre a questão do '*Discurso*', revelado epistemologicamente mediante arqueologia e genealogia *foucaultianas*, enxergamos um perigoso flerte com o ideário (autointitulado) pós-moderno pela inflação da subjetividade (RODRIGUES, 2006, p. 150), em especial ao reduzir o sentido histórico à perspectiva de um dado observador (HABERMAS,

2000, pp. 386-387). Assim como Nietzsche, Foucault parece empreender uma crítica à “Razão do Sujeito” e demais formas modernas de conhecimento (HABERMAS, 2000, p. 123) como meramente ‘genealógicas’, isto é, situadas, historicamente, em detrimento a um mito dionisíaco pretérito à formação da subjetividade moderna (HABERMAS, 2000, p. 125). Esta subjetivação da ‘Razão’ enquanto ‘Discurso’, anulação de diferenças organicamente naturais, é evidenciada pela metodologia de Foucault enquanto explicação dos possíveis nexos entre Ciências Sociais e práticas clínicas de isolamento e vigila:

O nascimento da instituição psiquiátrica, da clínica em geral, constitui um bom exemplo de uma forma de disciplina que mais tarde Foucault descreverá simplesmente como tecnologia moderna de dominação (...) o olhar objetivante e examinador, que decompõe analiticamente, que tudo controla e penetra, adquire para essas instituições uma força estruturante; e o olhar do sujeito racional, que perdeu todos os vínculos meramente intuitivos com seu mundo circundante, que demoliu todas as pontes do entendimento intersubjetivo, e para o qual, em seu isolamento monológico, todos os outros sujeitos só podem ser alcançados na qualidade de objetos de uma observação impassível. (HABERMAS, 2000, p. 343).

A noção foucaultiana de ‘Discurso’, por ser tributária do niilismo de Nietzsche (FOUCAULT, 2008, pp. 15, 16), tende a abandonar qualquer consciência de tempo (não busca ‘origens’, mas ‘começos’ contingentes), bem como os esforços hermenêuticos empreendidos desde Schleiermacher e Dilthey (HABERMAS, 2000, p. 350). Tanto o ‘Arqueólogo’ quanto o ‘Genealogista’ podem reduzir hermeneuticamente às suas meras estruturas os objetos cognoscentes, reproduzindo apenas relações de causalidade em detrimento de imputações normativas oriundas da reflexão metafísica.

O arqueólogo, ao contrário, retransformará os documentos loquazes em monumentos mudos, em objetos que tem de ser liberados do seu contexto para se tornarem acessíveis a uma descrição estruturalista. A partir de fora, o genealogista aproxima-se dos monumentos arqueologicamente desenterrados para explicar sua proveniência dos altos e baixos contingentes de lutas, vitórias e derrotas. Somente o historiador que despreza soberanamente tudo o que se abre a compreensão de sentido pode anular a função de fundador do sujeito cognoscente (HABERMAS, 2000, p. 351).

Em outras palavras, ao recusar até mesmo ‘absolutizar o relativo’, a

história efetiva, no sentido nietzschiano de '*Wirkliche Geschichte*', busca evitar as armadilhas da história tradicional com sua dependência de metafísica (VIGHI, FELDNER, 2007, p. 14). Esta historiografia genealógica torna-se eficaz na medida em que se reintroduz naquilo que haveria de imortal no homem, afasta-se do continuísmo, mas coaduna as rupturas a possíveis interpretações etapistas (VIGHI, FELDNER, 2007, p. 14). A partir destas premissas historicistas foucaultianas que explicam o fenômeno '*Discurso*' não se justificaria, por exemplo, criticar seus escritos como eternizadores de uma lógica historicamente específica e limitada de simbolização (VIGHI, FELDNER, 2007, p. 18).

Contudo, tais premissas nietzschianas, ao observar e teorizar o Direito em senda crítica⁹ tornam-se problemáticas se supormos que, conforme Hegel (2003, p. 206) a própria concretização do Direito no Estado faz com que não se indague a respeito da moralidade individual, mas mire-se na eticidade estatal. Tal conclusão (que permite a base de qualquer teoria jurídica relevante) só se dá pela assunção de que o pensamento histórico é formado não pela mobilidade ou fluidificação subjetiva, mas sua própria impossibilidade de completa coerência gnosiológica (ŽIŽEK, 2014, p 33)

Neste sentido, em Foucault, não há compreensão (*Verstehen*) como em Kant e Weber, nem historicismo metafísico (*Geschichtsphilosophie*), como em Hegel, mas desconstrução e conseqüente obliteração do contexto de significância. Se ignorada a hipótese de que todos os seres humanos buscam

⁹ Para Žižek "(...) pode-se tomar três propensões para a filosofia do direito que, às vezes, tornam-se contraditórias entre si. Na primeira, o direito deve ser buscado na concretude, ao considerar os excluídos. Enquanto o direito não for para todos, como uma questão de política de combate, de contrariedade aos interesses do capitalismo, se estará no predomínio absoluto de uma corrente neoliberal de dominação. Como Žižek afirma em diversas passagens de sua obra, o capitalismo convive muito bem com os direitos humanos, com o multiculturalismo, com o assistencialismo e com as reivindicações das minorias. Por exemplo, para Žižek, a resolução não é negar os direitos humanos ou as lutas das minorias, mas tomar partido pelas mudanças dos quadros sociais de exclusão, contrariando a política imperialista neoliberal. Em um segundo momento, para Žižek, o direito se manifesta como exercício do poder, e sua verdade estaria na exceção. Žižek parte de Carl Schmitt, no sentido do realismo político, na constatação da bipolaridade amigo/inimigo. O direito não é abstração, e não lhe importa os aspectos positivistas em si mesmos. O direito é realidade e depende em sua filosofia essencialmente de uma decisão política, de uma politização novamente das relações econômicas de base, da escolha amigo/inimigo, na qual o inimigo é o sistema capitalista e a política neoliberal. Não que com isto Žižek negue alguns direitos, mas é cômico das insuficiências desses e das suas posições no campo maior da ideologia e do poder nu, da vida nua, para usar uma expressão de Agamben. Em um terceiro momento, conforme já se afirmou, o filósofo esloveno, em um pensamento teórico mais apurado, retomará o marxismo jurídico, reconhecendo que o direito existente é aquele que medeia as relações econômicas capitalistas, por isso é insuficiente enquanto objeto de transformação. Aqui Žižek é contraditório com suas críticas não-marxistas ao neoliberalismo" (GRILLO, 2009, pp. 51-52).

uma orientação subjetivamente significativa para o mundo (WEBER 1978, p. 499), o que fundaria, portanto, qualquer ciência? O radicalismo de Foucault busca, por conseguinte, afastamento das reflexões metafísicas em sede da finitude humana como fundamento da atividade filosófica, o que encerra em ominosa letargia epistemológica o pensamento crítico do Ocidente.

É elucidativa a crítica de Jürgen Habermas a Foucault no que concerne à temática da Racionalidade, especialmente aos argumentos expostos em *"Surveiller et punir: Naissance de la Prison"* (1975 / 1985¹⁰) e *"Les mots et les choses: Une archéologie des sciences humaines"* (1966 / 2005), nos quais (em uma explicação sucinta) o filósofo francês entende as Ciências Humanas como meras estratégias de dominação, ignorando suas potencialidades hermenêuticas, críticas e civilizacionais. Em *"Surveiller et punir"* (1975 / 1985) neutraliza a diferença entre vontade de saber e vontade de poder ao afirmar que todos os discursos são poderosos. A categoria de poder serve tanto para a análise das tecnologias que mostram o funcionamento do saber, quanto como conceito fundador, teórico, peça chave para desmascarar a razão, através da genealogia. Isto significa que, segundo Foucault, as ciências humanas (sobretudo o Direito) são originadas e perpetuadas mediante uma compreensão binária de *'Saber-Poder'*, o que, para Habermas (2000, p. 256) é um reducionismo epistemológico, afeito a abordagens irracionistas. Neste sentido Habermas aponta uma perigosa (senão incoerente) mistura de idealismo transcendental com a pressuposição de uma eventual ontologia empírica:

A genealogia das ciências humanas de Foucault entra em cena com um irritante papel duplo. Por um lado, desempenha o papel empírico de uma análise das tecnologias de poder (...). Neste aspecto, as relações de poder interessam como condições de formação e como efeitos sociais do conhecimento científico. E, por outro lado, esta mesma genealogia desempenha o papel transcendental de uma análise das técnicas de poder que se propõem explicar como são possíveis os discursos científicos sobre o homem. (...). No seu conceito básico de poder Foucault força o encontro do pensamento idealista da síntese transcendental com os pressupostos de uma ontologia empírica. Esta abordagem, não pode, portanto, conduzir a uma saída da filosofia do sujeito, porque o conceito de poder [...] foi ele próprio retirado do repertório da filosofia da consciência. Para a filosofia da consciência há apenas duas espécies de relações que o

¹⁰ A primeira data consignada nas referências usadas concerne à publicação original, enquanto que a segunda refere-se à edição utilizada no presente trabalho.

sujeito pode adotar perante o mundo de objetos: relações cognitivas (...) e relações práticas. (...) Através do critério de sucesso da ação, o poder permanece dependente da verdade. Ora, Foucault inverte esta dependência. Foucault não pode fazer desaparecer as aporias que atribui à filosofia do sujeito por meio de um conceito de poder retirado da própria filosofia do sujeito. (HABERMAS, 2000, p.259).

A partir da crítica Habermasiana, Foucault parece ignorar ideais das metanarrativas modernas, geralmente associados a proposições coletivistas (ou socializantes) de emancipação humana, pois enxerga os indivíduos como meros produtos estandardizados por alguma formação discursiva (HABERMAS, 2000, p. 273). Por conseguinte, haveria certo desprezo das categorias (eminentemente modernas) de validade, de sentido e valor, pois não vislumbra todo e qualquer sinal de ação comunicativa no mundo da vida (em léxico habermasiano). Este aparente irracionalismo ignora a herança epistemológica da Modernidade, a qual fornece os critérios civilizacionais de distinção dicotômica entre categorias como autonomia e heteronomia, legalidade e moralidade, e, sobretudo, opressão e emancipação. Ao não vincular tal herança da Modernidade, segundo Habermas, Foucault parece ignorar a possibilidade de um arranjo social legítimo, dotado de elementos basilares como intersubjetividade, alteridade, agência humana, normas imperativas e axiologia, o que potencialmente frustraria a consolidação de ideais civilizacionais em termos institucionais. Ou seja, uma mera filosofia da consciência, quando alheia a outras abordagens, é ingênua por não levar em conta suas próprias aporias, sendo imperioso retornar ao discurso filosófico da modernidade (HABERMAS, 2000, p. 278), mesmo que ladeado a algum *'contra-discurso'*, desde que este possa sublimar a mera subjetividade e solipsismo epistemológico. Contudo, o flerte irracionalista parece tender a chamada *'Pós-Modernidade'* em todos os seus pecados de fragmentação social.

Essa tendência pós-modernista e (pois) irracionalista é temerária ao Direito pois ignora (proposital ou acidentalmente) a Razão, cuja essência (em sentido kantiano) é a máxima instância reguladora da paz (GOYARD-FABRE, 2006, p.202). O *animus* de Foucault insere-se no movimento de criticismo à *Luria* (revisto e renovado face a tradição neokantiana, especialmente da escola de Marburgo), pois, a partir de Nietzsche, e paralelo a François Lyotard, denuncia entraves e aporias do racionalismo jurídico da Modernidade (GOYARD-FABRE, 2006, p.263). Esta revisão da herança Kantiana esboça o

contradiscurso filosófico, pelo qual o paradigma da filosofia da consciência seria suplantado pelo paradigma da intercompreensão (GOYARD-FABRE, 2006, p.279). Todavia este contradiscurso parece não elucidar a relação interpessoal mediada pela linguagem (conforme propõe Habermas e outros frankfurtianos, visto que parece não fazer distinções entre a Razão centrada no sujeito e a chamada '*Razão comunicacional*' (GOYARD-FABRE, 2006, pp.279-280).

Os conceitos céticos de razão tiveram um efeito terapêutico sobre a filosofia, desencantando-a e confirmando-a na sua função de guardiã da racionalidade. De outro lado, porém, difundiu-se também uma crítica radical à razão, a qual não somente protesta contra a transformação do entendimento em razão instrumental, como também identifica a razão como repressão procurando, a seguir, de modo fatalista ou extático, encontrar refúgio em algo totalmente Outro. (HABERMAS, 1990, p.16)

Esta crítica, em última análise, sustenta-se pela premissa ideológica de que a Racionalidade Kantiana, até em seus ajustes reclamados no último quartel do século vinte, presume uma reflexão incessantemente renovada sobre o Direito (GOYARD-FABRE, 2006, p.289).

III. CONSIDERAÇÕES FINAIS - FOUCAULT UM PÓS-MODERNO?

Entende-se, em sede de premissa argumentativa, '*Modernidade*' como o período no qual o '*Universal*' não existe fora do '*Ente antropomórfico*' (ABBAGNANO, 2007, p.679). É, por conseguinte, *ab origine*, fruto de reflexão religiosa¹¹ face à crescente secularização da vida mundana. Em tese, este

¹¹ A noção de Modernidade "(...)surge aqui e ali por meados do século XIX, para indicar muito vagamente uma corrente de estilos e conteúdos poéticos novos. No alvorecer do presente século, na Itália, ele passa, por analogia, do campo literário para o religioso. É usado inicialmente com ironia pelos católicos tradicionalistas, em luta polêmica contra os simpatizantes e promotores do movimento cultural inovador que assentava principalmente no evolucionismo em todos os setores e provocou o interesse crítico de todas as igrejas históricas, a começar pela cristã e particularmente pela católica. Com este significado reformista-religioso, o termo entrou no léxico usual europeu para aí ficar definitivamente. Por isso, quem hoje diz Modernismo reevoca um movimento, de idéias substancialmente crítico-religiosas, muito complexo e variado em suas múltiplas expressões, que, no início do século XX, na área ocidental, tentou arrancar a formulação da fé revelada de um quadro metafísico absolutizante, para inseri-la no processo real da história e da cultura, em constante mudança. O Modernismo representou, em termos mais simples, um esforço por harmonizar a fé com o progresso científico, esforço que se apresentaria de novo na transição de uma época a outra" (BOBBIO, MATTEUCCI, PASQUINO, 1998, p.769).

período prolonga-se a contemporaneidade, sendo as mudanças observadas meros sintomas de agudização do que se iniciou ao ocaso da Idade Média, não havendo, de fato qualquer ruptura epistêmica que justifique eventual utilização do sufixo 'Pós':

Outros creem que as formas realmente distintas de arte e pensamento contemporâneos deram um salto quantitativo além de outras sensibilidades do modernismo e ganharam o direito de se chamar a si próprias de "pós-modernas". Respondo a esses argumentos antitéticos, embora complementares, retomando a visão de modernidade que está no início deste livro. Ser moderno, eu poderia dizer, é experimentar a vida pessoal e social como um turbilhão marítimo, encontrar o próprio mundo e a si próprio em perpétua desintegração e renovação, agitação e angústia, ambiguidade e contradição: ser parte de um universo no qual tudo o que é sólido se desmancha no ar. Ser um moderno é, de algum modo, sentir-se à vontade neste turbilhão, fazer dos ritmos deste o seu próprio ritmo, mover-se nas suas correntes à procura das formas de realidade, de beleza, de justiça que seu fluxo febril e perigoso propicia (BERMAN, 2010, p. 345) [tradução aproximada].

A conceptualização de 'Pós-Modernidade' é essencialmente problemática, pois convergem argumentos de sede epistemológica, histórica e estética (KAPLAN, 1993, p. 12). O Pós-modernismo, no entanto, não é nem algo natural nem um artefato material e, enquanto teoria, não busca qualquer equilíbrio (BRANN, 1992, p. 4), pois trafega epistemologicamente entre 'Resistência' e 'Transgressão', sem perder de vista sua fundação estética e ideológica no Capitalismo Tardio e sua indústria cultural de massa (JAMESON, 2003, pp. 66-67). Dentro destes termos, Foucault parece se encaixar no quadro de pensadores da 'Pós-Modernidade'.

Foucault critica a modernidade e o Humanismo iluminista, especialmente ao proclamar "morte do homem" (FOUCAULT, 2005, p. 373) e desenvolver novas perspectivas sobre a sociedade, conhecimento, discurso e poder. Neste sentido, Foucault rejeita a equação da razão, emancipação e progresso, argumentando que a interface entre as formas modernas de poder e conhecimento serviram para criar novas formas de dominação (FOUCAULT, 1984, p. 42). O projeto foucaultiano, em poucas palavras, trata de uma "crítica da nossa era histórica" (FOUCAULT, 1984, p. 43) de forma a problematizar modernas formas de conhecimento, racionalidade, instituições sociais e

subjetividade, reduzidas a meras contingentes construções históricas e sociais de poder e dominação.

No que concerne à construção social do Direito, a obra de Foucault parece reduzir a *luria* a meros procedimentos e práticas havidas no interior de formações históricas específicas, descritas via arqueologia e genealogia. Isto se torna problemático pois parece recusar qualquer noção de antropologismo transcendental, buscando meramente descrever o funcionamento das práticas jurídicas sem admitir qualquer *animus* universalista, a não ser para denunciá-lo como forma de opressão. O apelo ao denunciamento desprovido de Ética ou qualquer axiologia, parece evidenciar Foucault como pós-moderno:

Em consonância com a concepção materialista da história - que sustenta que "não é a consciência que determina a vida, mas a vida que determina a consciência" -, podemos dizer que, funcionando como uma espécie de encarnação do "Espírito do Tempo", ou melhor, como Espírito de sua geração, Foucault é o pensador que melhor capta as alterações operadas na ordem capitalista a partir da onda longa recessiva que se abate sobre o modo de produção capitalista e a cultura, em fins dos anos sessenta do século vinte - a crise estrutural do capital analisada por Mészáros . Entretanto, a sensibilidade e a engenhosidade de Foucault não foram suficientes para que ele pudesse superar uma compreensão unilateral deste fenômeno objetivo. (...) Ademais cabe lembrar que Foucault foi um pensador proto pós-moderno, muito mais do que um pensador tipicamente pós-moderno. Se comparado aos pósmodernistas atuais, o neilista de cátedra se revelaria como um pensador bastante racional e muito preso a documentos e provas históricas. Além disso, diferentemente do conjunto de defensores da pós-modernidade, não há em seu pensamento uma proposição clara da constituição de um novo paradigma, nem tampouco uma proclamação aberta do sujeito descentrado. Contudo, sua obra prenuncia todos os traços antiontológicos do pós-modernismo: o neo-irracionalismo, a semiologização do real, o deslocamento do sujeito moderno, centrado e autônomo, a política transgressiva. Portanto, mesmo não tendo nunca utilizado o termo pós-moderno, Foucault foi o mais importante precursor da lógica cultural do capitalismo tardio. Aliás, quando a cristalização deste termo e de seus correlatos (pós-modernismo e pósmodernidade), emergem nas ciências humanas e sociais, em finais dos anos setenta - com o livro fundacional de Lyotard -, grande parte dos fundamentos da obra foucaultiana já havia sido erguida. (RODRIGUES, 2006, pp. 163-164).

O Direito, enquanto projeto universalizante moderno específico impescinde de algum voluntarismo alheio às meras descrições vazias desprovidas de propostas. Considerando o Direito fundado em um paradigma de agência civilizacional com vistas à emancipação humana, presente em uma primeva deontologia jurídica (*lato sensu*) narrada em Jhering (1915) e transcendida em Cossio (1964), entende-se a *luria* como força propagadora e garantidora da liberdade (material) do homem. Este entendimento material de liberdade que o Direito se propõe a garantir e propagar se coaduna concomitantemente às conquistas democrático-procedimentais liberais e aos esforços igualitários dos muitos socialismos, transitando, portanto, entre os dois grandes limites da *weltanschauung* moderna.

Todavia, ideias de emancipação com um viés universalizante, ainda que por meta-narrativas meramente metodológicas, negam materialmente a formalidade de relativismos “líquidos” que são em si contraditoriamente absolutizantes, sob o signo do próprio Liberalismo tardio. Uma compreensão afeita ao pós-modernismo (seja entendido como recorte histórico ou ideário normativo) tende a mesclar gnosiologicamente o objeto de qualquer investigação com próprio enunciado acerca do mesmo, o que tende a limitar a agência às contingências fragmentárias, sejam elas de ordem semiológica ou histórica. Possibilitar algum conhecimento metanarrativo, especificamente o Direito, significa negar qualquer flerte com o ideário pós-moderno.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, Nicola. “Dicionário de Filosofia”. São Paulo: Editora Martins Fontes. 2007.
- ASHENDEN, Samantha, OWEN, David. “Introduction: Foucault, Habermas and the Politics of Critique”. In: ASHENDEN, Samantha, OWEN, David. [eds.] *Foucault contra Habermas: Recasting the Dialogue between Genealogy and Critical Theory*. Londres: Sage. 1999.
- BERMAN, Marshall. “All That Is Solid Melts Into The Air” Londres: Verso. 2010 [1982].
- BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. “Dicionário de Política”. Brasília: Editora UNB. 1998 [1983].
- BRANN, Eva T. H. “What is Postmodernism? ”. In.: *The Harvard Review Of Philosophy Vol 2. Nº1*. Cambridge: Harvard University Press. 1992. Disponível no sítio eletrônico <<http://www.harvardphilosophy.com/issues/1992/Brann.pdf>> acessado em 03 de janeiro de 2016.

- CALINESCU, Matei. "Five Faces of Modernity - Modernism, Avant-garde, Decadence, Kitsch, Postmodernism". Durham: Duke University Press. 1987.
- CASTELO BRANCO, Guilherme, PORTOCARRERO, Vera. [orgs.]. "Retratos de Foucault". Rio de Janeiro: Nau Editora. 2002.
- CHAVES, João Freitas de Castro. "O Problema do Direito Novo em Michel Foucault: Entre a Resistência e o Fora". Dissertação de Mestrado defendida em 2006; 200 fls. Faculdade de Direito – Universidade Federal de Pernambuco. *Mimeo*. Disponível no sítio eletrônico <<http://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4588>> acessado em 28 de março de 2016.
- COSSIO, Carlos. "La Teoría Ecológica Del Derecho Y El Concepto Jurídico De Libertad". Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1964.
- DREYFUS, Hubert, RABINOW, Paul. "Michael Foucault, uma trajetória filosófica: para além do Estruturalismo e da Hermenêutica". Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1995 [1983].
- FOUCAULT, Michel. "The Essential Foucault - Selections from Essential works of Foucault. 1954-1984". Nova Iorque: The New Press. 2003.
- FOUCAULT, Michel. "What is Critique?" In. LOTRINGER, Sylvère [ed.]. *The Politics of Truth*. Nova Iorque: Semiotexte. 2007 [1984].
- FOUCAULT, Michel. "Arqueologia do Saber". Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária. 2008 [1968].
- FOUCAULT, Michel. "The Order of Things - An Archaeology of the Human Sciences". Londres: Routledge, 2005 [1966].
- FOUCAULT, Michel. "Vigiar e punir". Petrópolis: Vozes, 1987 [1975].
- FOUCAULT, Michel. "What is an Author?". In. *Language, Counter-Memory, Practice: Selected Essays and Interviews by Michel Foucault*. BOUCHARD, Donald [ed.]. Ithaca: Cornell University Press. 1977 [1969].
- GOYARD-FABRE, Simone. "Filosofia Crítica e Razão Jurídica". São Paulo: Martins Fontes. 2006.
- GOYARD-FABRE, Simone. "Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno". São Paulo: Martins Fontes. 1999 [1997].
- GRILLO, Marcelo Gomes Franco. "O Direito Na Filosofia De Slavoj Žižek: Perspectivas Para O Pensamento Jurídico Crítico". São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie. Dissertação de mestrado defendida em 2009; 125 fls. Universidade Presbiteriana Mackenzie - Mestrado em Direito Político e Econômico. *Mimeo*. Disponível no sítio eletrônico <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp107612.pdf>> acessado em 20 de dezembro de 2015.
- HABERMAS, Jürgen. "O Discurso Filosófico da Modernidade". São Paulo: Editora Martins Fontes. 2000 [1985].

- HABERMAS, Jürgen. "O Horizonte da Modernidade está se deslocando". In. *Pensamento PósMetafísico: Estudos Filosóficos*. Rio de Janeiro, ed. Tempo Brasileiro. 1990 [1988].
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich "Princípios da Filosofia do Direito". São Paulo: Editora Martins Fontes: 2003 [1820].
- INGRAM, David. "Foucault and Habermas". In. *GUTTING, Gary [ed.] The Cambridge Companion to Foucault*. Cambridge: Cambridge University Press. 1994.
- JAMESON, Frederic. "O Marxismo Tardio – Adorno ou a Persistência da Dialética". São Paulo: Boitempo Editorial / Editora UNESP. 2003 [1990].
- JHERING, Rudolf Von. "The Struggle for Law". Nova Iorque: J. J. Lalor Editor. 1915 [1872].
- KAPLAN, E. Ann. [org.] "O Mal-Estar no Pós-Modernismo – Teorias e Práticas". Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1993 [1990].
- KAPLAN, E. Ann. "Introdução". In.: *Kaplan, E. Ann. [org.] O Mal-Estar no Pós-Modernismo – Teorias e Práticas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1993 [1990].
- LUKÁCS, Georg. "Die Zerstörung der Vernunft - Der Weg des Irrationalismus von Schelling zu Hitler". Aufbau: Berlin. 1988 [1954].
- MEGILL, Allan. "Prophets of Extremity - Nietzsche, Heidegger, Foucault, Derrida". University of California Press: Berkeley. 1985.
- MILLER, James. "The Passion of Michel Foucault". Harvard Press: Cambridge. 1993.
- QUEIROZ, André. "Foucault: o Paradoxo das Passagens". Rio de Janeiro: Pazulin. 1999.
- RODRIGUES, Mavi. "Michel Foucault sem espelhos: um pensador proto pós-moderno". Rio de Janeiro: ESS-UFRJ. Tese de Doutorado defendida em 2006; 256 fls. Escola Serviço Social – Universidade Federal do Rio de Janeiro. *Mimeo*. Disponível no sítio eletrônico <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=35386> acessado em 20 de dezembro de 2015.
- SOLOMON, Robert. "Nietzsche, Postmodernism, and Resentment – A Genealogical Hypothesis" In: *KOELB, Clayton [org.] Nietzsche as Postmodernist - Essays Pro and Contra*. Albany: State University of New York Press. 1990.
- VIGHI, Fabio, FELDNER, Heiko. "Žižek: beyond Foucault". Nova Iorque: Palgrave MacMillan, 2007.
- WEBER, Max. "Economy and Society" Berkeley: University of California Press. 1978 [1922].
- ŽIŽEK, Slavoj. "Bem-vindo ao deserto do Real". São Paulo: Boitempo, 2008 [2002].
- ŽIŽEK, Slavoj. "Menos que Nada: Hegel e a Sombra do Materialismo Dialético". Boitempo Editorial. 2014 [2012].

HERMENÊUTICA E PROCESSO: REVISITANDO O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Edmundo Gouvêa Freitas¹ e Marco Antônio Ribeiro Tura²

Resumo: O presente trabalho pretende apresentar soluções alternativas para questões que integram a problemática do Direito. Objetiva analisar os negócios jurídicos processuais no Código de Processo Civil e a arbitragem. As teorias da interpretação do direito também evoluíram, criando-se novos modelos que não partem da análise da norma jurídica, mas sim da apreensão dos valores encontrados nos casos em concreto, sob prisma dos princípios gerais de direito, notadamente os

¹ Mestre em Hermenêutica e Direitos Fundamentais (Universidade Presidente Antônio Carlos-MG), Especialista em Direito Processual Contemporâneo (Universidade Estácio de Sá-MG), Bacharel em Direito (Universidade Salgado de Oliveira-MG). Membro da Escola Superior de Advocacia (OAB\ MG – 36ª Subseção). Árbitro e Mediador no Centro Brasileiro de Litígios Econômicos (Caraive Group). Coordenador do CERAC - Centro Especializado de Resolução Adequada de Conflitos do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade de Direito de Valença. Docente do Ensino Superior (CESVA\FAA-RJ) e (UNIFAMINAS-MG). Advogado e Consultor Jurídico, com ênfase em Alternative Dispute Resolution. E-mail: monitoriaposgraduacao@gmail.com.

² Pós-Doutor em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo. Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Representante do Brasil no Comitê Global para a Regulação de Investimentos Internacionais. Ex-Professor da Universidade de São Paulo, da Escola Superior do Ministério Público da União e da Faculdade de Ciências Econômicas e Administrativas de Santo André. Ex-Coordenador do Grupo de Estudos sobre Regulação de Mercados e Políticas Setoriais da Escola de Administração Fazendária. Ex-Procurador do Ministério Público da União. Presidente do Conselho Administrativo do Grupo de Relações Internacionais e Políticas Públicas e do Conselho Diretivo do Centro Brasileiro de Litígios Econômicos. E-mail: professor@marcotura.com.br.

direitos humanos fundamentais. A seguir são tecidas considerações gerais sobre a interpretação jurídica, bem como princípios e métodos específicos da interpretação constitucional. Opta-se pela apresentação das ideias dos autores mais influentes na doutrina nacional, selecionados a partir de um critério de número de citações e especialidade da obra. Conclui-se que: ainda que convenção de arbitragem e ao processo arbitral apresente estruturas semelhantes às do processo estatal, importante se faz o constante aperfeiçoamento criativo das técnicas de resolução de conflitos.

Palavras-chave: Direito Processual Constitucional, Hermenêutica jurídica, arbitragem, negócio jurídico processual

HERMENEUTIC AND PROCESS: REVISITING THE LEGAL BUSINESS PROCEDURES AND THE ARBITRATION CONVENTION

Abstract: This work intends to present alternative solutions to questions that integrate the issue of law. Aims to analyse the legal business procedure of the Civil Procedure Code and arbitration. Theories of interpretation of the law also evolved, creating new models that do not depart from the analysis of the rule of law, but the seizure of the values found in cases where concrete prism under the general principles of law, notably fundamental human rights. Next contains general considerations regarding legal interpretation as well as principles and methods specific to constitutional interpretation, with emphasis on the historic element. The methodology was to examine the ideas of several authors, so the criteria to choose among the most prominent authors in the national legal doctrine were the number of times one was quoted and the specificity of ones work. Finally, the research concludes that: Even though the arbitration agreement and the arbitral proceedings presents great structures similar to the ones of the state process, important is the constant creative improvement of conflict resolution techniques.

Keywords: Constitutional Process, Legal Hermeneutics, Arbitration, Legal Business Procedures.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O direito não deve ter sua aplicação divorciada de fatores históricos, econômicos, sociais e políticos. Desta forma, resta indubitável que o Poder Judiciário pátrio não mais se amolda como o mecanismo adequado de resolução de controvérsias em determinados conteúdos.

Neste contexto, há que trazer à lume os meios propícios de resolução de conflitos como: Conciliação, Mediação, Negociação, *Dispute Board*, e dentre outros, a Arbitragem – que será o objeto da presente análise.

Não pairam dúvidas de que as Cortes de Justiça Estatais acumulam taxas de congestionamento no patamar aproximado de 70% dos casos que são submetidos à Justiça brasileira, sem contar o prazo médio de duração do processo judicial estabelecido em 5,1 anos³.

Certamente, o ambiente empresarial contemporâneo não comporta compatibilidade à técnica processual civil geral, dada as metas de eficiência, velocidade e especialidade dos negócios.

Funcionando como alento à expectativa de desenvolvimento do direito e adaptação ao tecido social entrou em vigor há cerca de um ano a Lei n. 13.105\2015 que trata do Código de Processo Civil brasileiro, trazendo em seu conteúdo diversas inovações – aparentemente – comprometidas com a celeridade e efetividade do processo.

Diretamente relacionado ao estudo ora proposto tem-se o incentivo à autocomposição, ratificado pela Lei n. 13.140\2015 – Lei de Mediação.

Por outro lado, em pesquisa literal no texto legal do ordenamento processual civil de 2015 verificam-se 20 menções ao termo Autocomposição; 39 da expressão Mediação e 12 do vocábulo Arbitragem, deixando claro que o CPC\2015 não fomentou a utilização da arbitragem.

Em fundamentação ao posicionamento em tela colaciona-se como um dos pontos nodais o disposto no artigo 337, §6º que prevê a renúncia do foro arbitral em caso de inércia na resposta réu quando da arguição das preliminares processuais – medida sem correspondência no código de 1973 – à qual discorrer-se-á adiante.

Neste sentido a doutrina⁴ já se posicionou:

Não houve um incentivo à utilização da arbitragem. O NCPC somente se preocupou com a conciliação e a mediação. Perdeu-se uma grande oportunidade de atualizar a legislação e inserir a Arbitragem como um dos pilares da reforma processual. (...)

Carta de BH: Moção de discordância com a supressão da disciplina da "Alegação de Convenção de Arbitragem" do texto do NCPC: Nós, processualistas de diversos Estados da Federação, reunidos em Belo

³ CARNEVALE, Marcos Ignácio da Silva. Crise Social e Poder Judiciário: uma análise sociológica dos quantitativos do CNJ. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 99.

⁴ FREITAS, Edmundo Gouvêa, et ali. Curso do Novo Processo Civil. ARAÚJO, Luis Carlos de e MELLO, Cleyson de Moraes. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 881.

Horizonte, Minas Gerais, entre os dias 05 e 07 de dezembro de 2014, manifestamos nossa profunda discordância com a supressão, no relatório final da Comissão Especial ao Projeto do Novo Código de Processo Civil aprovado no Senado Federal na sessão realizada em 04 de dezembro de 2014, da disciplina da “Alegação de Convenção de Arbitragem” inicialmente inserta nos artigos 345 a 350 do texto do substitutivo da Câmara dos Deputados. Consideramos que, ao retrocedermos o regramento ao modelo atualmente existente, perdeu-se a chance de evoluir de maneira substancial e adequada nas relações e interação entre a Arbitragem e o Poder Judiciário, com prejuízos significativos ao diálogo entre os dois institutos e, sobretudo, à tutela adequada de direitos, um dos pilares do novo diploma. A disciplina outrora existente, longe de representar entrave à razoável duração do processo, de diversos Estados da Federação, reunidos em Belo Horizonte, Minas Gerais, entre os dias 05 e 07 de dezembro de 2014, manifestamos nossa profunda discordância com a supressão, no relatório final da Comissão Especial ao Projeto do Novo Código de Processo Civil aprovado no Senado Federal na sessão realizada em 04 de dezembro de 2014, da disciplina da “Alegação de Convenção de Arbitragem” inicialmente inserta nos artigos 345 a 350 do texto do substitutivo da Câmara dos Deputados. Consideramos que, ao retrocedermos o regramento ao modelo atualmente existente, perdeu-se a chance de evoluir de maneira substancial e adequada nas relações e interação entre a Arbitragem e o Poder Judiciário, com prejuízos significativos ao diálogo entre os dois institutos e, sobretudo, à tutela adequada de direitos, um dos pilares do novo diploma. A disciplina outrora existente, longe de representar entrave à razoável duração do processo, prestigiava instrumento simples e célere para a resolução específica de questão antecedente ao exame pelo Poder Judiciário de qualquer outra matéria no curso do processo.

Tal intenção do legislador não é novidade, posto que verificou-se em mais de 20 anos de vigência da Lei n. 9.099\1995 o notório insucesso da Arbitragem no procedimento sumaríssimo – conforme leciona ROCHA⁵:

Ocorre que, quando os Juizados começaram a ser instalados, foi editada a Lei n. 9.307\96, que revogou os arts. 1072 a 1102 do CPC de 1973 e instaurou um novo modelo de arbitragem, de natureza extrajudicial (Mundialmente, a arbitragem é vista como um meio alternativo de composição de conflitos que deve ser realizado fora

⁵ ROCHA, Felipe Borring. Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais: teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2014, p. 161.

do âmbito judicial. Ver sobre o tema, Alexandre Câmara, Arbitragem: Lei n. 9.307\196, p. 2). Com isso, o novo procedimento judicial arbitral criado pela Lei n. 9.099\05 também foi reputado obsoleto e abandonado. De fato, não se tem notícias de algum juizado no Brasil que esteja aplicando a arbitragem prevista nos arts. 24 a 26 da Lei.

Uma questão relevante na pesquisa⁶ dos meios alternativos de resolução de conflitos associada ao instituto da cooperação judicial⁷ é que se identificam falhas na correta interpretação dos textos legais em congruência às disposições contratuais suprimindo, não raras vezes, o Princípio da Autonomia da Vontade Privada em detrimento da burocracia procedimental estéril, já que, em grande parte, esta não goza de soluções dotadas de efetividade.

Apenas para argumentar, uma vez que não é objeto do presente estudo, entre a Lei de Mediação e o CPC\2015 verificam-se graves antinomias abarcando o tema mencionado alhures, notadamente quanto á obrigatoriedade da audiência de mediação e conciliação (artigo 334, § 4º\ NCP e artigo 2º, § 2º \ LM), muito embora os textos legais terem sido publicados entre irrisória amplitude temporal – lapsos do legislador também evidenciados na Lei n. 13.129\2015 que reformou a Lei de Arbitragem no ambiente de *vacatio legis* do hodierno Código de Processo Civil.

Posta assim a questão, uma mera abordagem sintética sobre o assunto já é capaz de identificar alguns entraves procedimentais que impactam negativamente no ambiente empresarial interno, na medida em que o direito está intrinsecamente relacionado ao desenvolvimento.

O que se pretende na presente análise crítica é comprovar como as questões processuais devem ser apreciadas também sob a análise econômica do direito, já que as teratologias legislativas acarretam retrabalho dos operadores jurídicos – públicos e privados – além da significativa majoração dos custos de manutenção do acesso à justiça e amplo exercício de defesa dos direitos.

⁶ Grupo de Pesquisa desenvolvido na Faculdade de Direito de Valença (2016-2017) sobre a orientação do Prof. Edmundo Gouvêa Freitas intitulado “Diagnóstico da Cooperação Judicial ao Procedimento Arbitral Brasileiro”.

⁷ Cooperação e Arbitragem: A cooperação jurisdicional também abrange pedidos de juízos arbitrais (art. 69, §1º do CPC), embora nesse caso a cooperação não inibe o controle, pelo Poder Judiciário, da legitimidade do pedido de colaboração formulado. (MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil comentado. 2 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 204). No mesmo sentido: FPPC, Enunciado 5: (art. 69, § 3º) O pedido de cooperação jurisdicional poderá ser realizado também entre o árbitro e o Poder Judiciário. (Grupo: Arbitragem – Enunciado aprovado por aclamação).

Em derradeiro, sendo o Estado o maior interessado na pacificação social, bem como figurando como litigante contumaz nas Cortes de Justiça pátrias far-se-á análise da arbitrabilidade e hermenêutica do instituto aplicado à administração pública.

Mister se faz destacar neste estudo a insegurança jurídica dos métodos de interpretação do direito e sua influência negativa na efetividade pertinente à resolução dos conflitos, bem como a urgência de eficiente política pública de minoração das taxas de congestionamento do Poder Judiciário, sem, contudo, comprometer o acesso à justiça, o respeito ao contraditório pleno, a cognição exauriente e o devido processo constitucional.

Sobremais, perquire-se a viabilidade da Arbitragem como instrumento adequado de solução de conflitos na seara empresarial, ressaltando suas principais características como confidencialidade, flexibilidade procedimental, prazo razoável para solução e alta capacitação e especialidade da mão-de-obra envolvida.

2. DA INFLUÊNCIA DA ARBITRAGEM AO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

É de curial sabença que as normas para adoção do processo arbitral estão reguladas na Lei n. 9.307\1996 com as modificações da Lei n. 13.129\2015, bem como nas regras estabelecidas pelos regulamentos da Câmara de Arbitragem escolhida pelos partícipes.

Além disso, é facultado às partes estabelecerem regras próprias que deverão constar na convenção de arbitragem, seja na cláusula compromissória ou no compromisso arbitral, sendo estas submetidas à análise e aprovação da câmara de arbitragem competente.

O árbitro possui, à luz do direito brasileiro, sujeito aos limites da convenção arbitral e das regras de arbitragem aplicáveis, flexibilidade para estabelecer o procedimento para produção de prova. Portanto, a princípio, poderia determinar exibição de documentos e informações de forma mais ampla do que a prevista no Código de Processo Civil, mesmo se a sede estiver no Brasil⁸.

⁸ MUNIZ, Joaquim de Paiva. Curso Básico de Direito Arbitral: teoria e prática. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 199.

Em derradeiro, a decisão arbitral goza de segura estabilidade, uma vez que as partes consensualmente escolhem o órgão julgador, têm acesso ao currículo do árbitro e produtividade para escolha da pessoa do julgador e são atores da escolha do procedimento, razão pela qual, salvo raras exceções, aceitam sem recalitrância a decisão final, seja ela favorável ou desfavorável.

Em comparação com a jurisdição estatal, o órgão jurisdicional é determinado de acordo com as regras de competência estabelecidas no ordenamento processual civil, não há análise curricular do magistrado para designação à apreciação do caso concreto de acordo com sua especialidade, já que a distribuição do feito é, em regra, por sorteio, sendo tais fatores uma das causas do *sistema recursal pródigo*⁹ evidenciado na prática forense.

Não obstante o CPC de 1973 contemplar negócios jurídicos processuais de forma episódica no texto legal, na novel legislação processual civil, enfatiza-se a expressa *cláusula geral convencionalidade processual*¹⁰ (artigo 190), é indubitável a grande influência prática do procedimento arbitral.

*Os negócios jurídicos são aqueles [...] para os quais o sistema jurídico confere o grau máximo de liberdade de conformação ao agente, que pode escolher não só o tipo de ato a ser praticado (seu enquadramento legal), mas também seu conteúdo eficaz!*¹¹.

*O dispositivo admite que as partes realizem verdadeiros acordos de procedimento para otimizar e racionalizar a atividade jurisdicional*¹².

O presente instituto confirma-se como uma forma de incentivo à autocomposição, vez que podem instituir mudanças no procedimento ajustando-o para as especificidades da demanda¹³.

*Em derradeiro, os atos e processuais termos processuais independem de forma determinada, exceto quando a lei expressamente exigir forma específica*¹⁴.

⁹ Expressão utilizada pelo Min. Luiz Fux em palestra em Juiz de Fora-MG organizada pela 4ª Subseção da OAB/MG quando da edição da Lei n. 13.105/2015.

¹⁰ CABRAL, Antônio do Passo. Convenções processuais. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 146.

¹¹ Op. Cit., p. 44.

¹² BUENO, Cassio Scapinella. Manual de Direito Processual Civil. Volume único. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 215.

¹³ Importante destacar que encontra-se em andamento pesquisa etnográfica que analisa a audiência judicial (seja de autocomposição ou de instrução e julgamento) como ponto de intensificação do conflito entre os partícipes do processo – que será objeto de oportuna publicação.

¹⁴ FREITAS, Edmundo Gouvêa, et alii. Curso do Novo Processo Civil. ARAÚJO, Luis Carlos de e MELLO, Cleyson de Moraes. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 212.

Por fim, tratando de direitos patrimoniais disponíveis será facultado às partes no procedimento comum a adoção dos negócios processuais aproximando a técnica da jurisdição estatal à do equivalente jurisdicional¹⁵, no caso, a arbitragem, no qual as partes poderão convencionar sobre ônus, poderes facultades e deveres processuais, sendo autorizado, inclusive, o estabelecimento de um calendário para a prática de atos processuais (artigo 191, *caput*).

FPPC, Enunciado 580. (arts. 190; 337, X; 313, II) É admissível o negócio processual estabelecendo que a alegação de existência de convenção de arbitragem será feita por simples petição, com a interrupção ou suspensão do prazo para contestação. (Grupo: Negócios processuais)

Em última análise, conforme explicitado pelo enunciado, o negócio processual poderá contribuir para superação de algumas teratologias referentes à convenção de arbitragem no diploma processual vigente.

3. QUESTÕES POLÊMICAS ACERCA DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

A saber, convenção arbitral é o ato formal pelo qual as partes decidem submeter à arbitragem todos ou alguns dos litígios surgidos ou a surgir entre elas, com respeito a uma determinada relação jurídica contratual ou extracontratual (art. 7º, Iº da Lei Modelo da UNCITRAL)¹⁶.

No âmbito processual civil a convenção de arbitragem sempre corroborou-se defesa processual peremptória, ou seja, leva à extinção do processo sem resolução do mérito. No CPC de 1973, tal matéria não poderia ser apreciada de ofício pelo juiz, conforme vaticinava o artigo 301, § 4º - atual artigo 337, § 5º.

Contudo, o CPC atual ensejou uma redefinição com aludido conceito, pois que nos termos do artigo 337, § 6º, prevê a aceitação da jurisdição estatal com renúncia do foro arbitral em caso de ausência de alegação de convenção de arbitragem nas preliminares processuais no prazo de resposta do réu.

¹⁵ É preciso insistir no fato de que há divergências na Doutrina quanto à natureza jurídica da arbitragem como Jurisdição e Processo ou Equivalente Jurisdicional e Procedimento.

¹⁶ MAGALHÃES, Rodrigo Almeida; FREITAS, Edmundo Gouvêa, et ali. Curso do Novo Processo Civil. ARAÚJO, Luis Carlos de e MELLO, Cleyson de Moraes. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 875.

FPPC, Enunciado 47. (art. 485, VII) A competência do juízo estatal deverá ser analisada previamente à alegação de convenção de arbitragem (Grupo: Arbitragem; redação revista no III FPPC-Rio).

FPPC, Enunciado 48. (art. 485, VII) A alegação de convenção de arbitragem deverá ser examinada à luz do princípio da competência-competência. (Grupo: Arbitragem – enunciado aprovado por aclamação)

(...)

FPPC, Enunciado 153. (art. 485, VII) A superveniente instauração de procedimento arbitral, se ainda não decidida a alegação de convenção de arbitragem, também implicará a suspensão do processo, à espera da decisão do juízo arbitral sobre a sua própria competência. (Grupo: Arbitragem)

(...)

FPPC, Enunciado 434. (art. 485, VII) O reconhecimento da competência pelo juízo arbitral é causa para a extinção do processo judicial sem resolução de mérito. (Grupo: Arbitragem)

Justificado pela criação da competência concorrente entre a Jurisdição Estatal e Jurisdição Arbitral – *ex vi* do CPC, Art. 337, § 6º “a ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem, na forma prevista neste Capítulo, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral” – disposição sem correspondência no Código revogado.

Com base no artigo de lei supracitado pode-se perceber a teratologia legitimada no atual ordenamento processual civil pátrio, já que facultou-se a possibilidade de prorrogação da competência absoluta.

Em análise de farto acervo jurisprudencial doméstico, fácil perceber que na sistemática processual anterior falecia à Jurisdição Estatal competência para julgamento de controvérsias precedidas de convenção de arbitragem.

Assim, tem-se duas situações: a convenção de arbitragem é defesa processual peremptória quando arguida em contestação e defesa processual dilatória quando a parte quedar inerte no regular exercício do contraditório.

Outro assunto que merece destaque refere-se às medidas urgentes que serão de competência do órgão judiciário, sejam conservativas ou

antecipatórias, sendo requeridas diretamente ao Poder Judiciário pelo árbitro pela via da carta arbitral e os mecanismos da cooperação judicial.

Importante enfatizar neste contexto, a inovação legislativa da Lei n. 13.129/2015, notadamente, quanto às tutelas cautelares e de urgência com ampliação do poder de decisão dos árbitros quanto à tutela provisória.

Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.

Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão.

Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.

Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros.

TALAMINI¹⁷ explica que *o emprego de ação judicial urgente não implica violação nem renúncia à convenção arbitral.*

Não bastasse isso, a polêmica também se instaura no dicotômico artigo 1.015 do CPC/2015 que refere-se ao rol restritivo para aplicabilidade do recurso de agravo de instrumento.

Importante lembrar que no regime do Código de 1973 a decisão interlocutória tinha como recurso cabível na prática forense o agravo de instrumento.

Na reforma processual alterou-se significativamente o conceito de sentença e de decisão interlocutória.

CPC/1973, Art. 162:

§ 1o Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa. (Redação original)

¹⁷ TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e estabilização da tutela antecipada. In: Novo CPC Doutrina Seleccionada, v. 4: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Coord. Geral: DIDIER JR. Fredie; Organizadores: MACÊDO, Lucas Buriel de. PEIXOTO, Ravi e FREIRE, Alexandre. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 165.

§ 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei. (Redação dada pelo Lei nº 11.232, de 2005)

§ 2º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.

(...)

CPC\2015, Art. 203.

§ 1º-Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.

§ 2º-Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º

Conforme se verifica do texto legal o conceito de decisão interlocutória é amplo, já que no atual diploma processual, *mutatis mutandis*, o que não é sentença será decisão interlocutória.

A questão não é simples porque está diretamente ligada ao regime recursal, causando celeuma nos recursos em espécie, ou seja, na interposição da apelação ou do agravo de instrumento como meio de impugnação das decisões judiciais.

Mister se faz ressaltar que o novo regime do agravo de instrumento em relação à convenção de arbitragem acarreta efeitos na competência interna do órgão jurisdicional ocasionando gravíssimos problemas quanto ao Princípio Constitucional Fundamental da Isonomia.

CPC, Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I - tutelas provisórias;

II - mérito do processo;

III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;

VI - exibição ou posse de documento ou coisa;

VII - exclusão de litisconsorte;

VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1o;

XII - (VETADO);

XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Conforme se vê do artigo colacionado cabe agravo de instrumento de decisão que rejeita a alegação de convenção de arbitragem (artigo 1.015, III).

A redação adotada ensejou a omissão do legislador quanto à possibilidade de interposição de agravo de instrumento contra decisão que acata a alegação de convenção de arbitragem¹⁸.

Desta forma, resta clara a diferenciação de tratamento entre os polos da demanda afrontando, sobremaneira, os princípios fundamentais da igualdade, da ampla defesa e do regular exercício do contraditório.

Não revela-se razoável a parte aguardar a ocasião da sentença para impugnar a hipótese retromencionada em sede de apelação, já que é indubitável o tratamento diferenciado para decisão que rejeita e para decisão que acata a alegação de convenção de arbitragem.

Impende observar ainda que tal questão discute a possibilidade da impugnação da competência interna via agravo de instrumento quando da

¹⁸ A interpretação sistemática do inciso III do Art. 1015 do CPC, apesar de aguda celeuma, revela possibilidade de apreciação do conflito de competência pela via do agravo de instrumento, destacando que o teratológico dispositivo legal comporta ainda outras discussões sobre o tratamento não isonômico entre os polos da demanda, devendo ser resolvido oportunamente pela hermenêutica contemporânea (vide o tópico 4).

ocorrência da convenção de arbitragem, o que não é mais aceito pela novo regime do agravo, na medida em que o rol restritivo não dispôs acerca dos conflitos de competência¹⁹.

Sobre parte desta discussão já se posicionou o Fórum Permanente de Processualistas Civis:

Enunciado 435. (arts. 485, VII, 1015, III) Cabe agravo de instrumento contra a decisão do juiz que, diante do reconhecimento de competência pelo juízo arbitral, se recusar a extinguir o processo judicial sem resolução de mérito. (Grupo: Arbitragem)

4. A ARBITRABILIDADE SOB A ÓTICA DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Apesar desta pesquisa não objetivar o aprofundamento da historicidade da temática em tela no Brasil, as Ordenações do Reino, o Regulamento 737, Código Comercial de 1850, Textos Constitucionais pretéritos e Códigos de Processo Civil revogados já contemplavam a arbitragem.

1494 – Tratado de Tordesilhas – As terras descobertas na América forma objeto de disputa entre Portugal e Espanha, tendo como árbitro o Papa Alexandre VI.

1603 – Ordenações Filipinas – Primeiro ordenamento que tratou da arbitragem no Brasil. Cabia recurso das sentenças arbitrais.

1824 – Códigos Comercial e Regulamento 737 – Arbitragem obrigatória nos contratos de locação mercantil, matéria societária, liquidação de sociedade, casos de naufrágio, avarias e quebras.

1866 – Extinções do regulamento 737 – Revogação da arbitragem obrigatória.

1867 – Promulgações do Decreto 3.900 – Regula o juízo arbitral para as questões comerciais.

1891 – Constituição Republicana – Propõe o uso da arbitragem como meio eficaz para resolver e evitar guerras e conflitos fronteiriços.

¹⁹ Importante destacar que o REsp 1.679.909 – decidido pela 4ª Turma do STJ em 14/11/2017 – escreveu um relevante capítulo acerca da possibilidade de cabimento do recurso de Agravo de Instrumento contra alegações de incompetência, já que o Art. 64, § 3º do CPC vaticina que as alegações de incompetência devem ser decididas imediatamente e a prorrogação da decisão para análise do Tribunal de Justiça em preliminar de apelação compromete, indubitavelmente, a celeridade processual.

1909 a 1911 – Celebração de vinte nove Convenções Internacionais

1916 – Código Civil – Artigos 1037 a 1048

1939 – Código de Processo Civil – Artigos 1031 a 1046

1973 – Código de Processo Civil – Artigos 1072 a 1102

1996/1997 – Celebração de Convenções Internacionais

Convenção do Panamá

Protocolo de Lãs Lenás

Convenção de Montevideú

1996 – Lei 9307/96 – Lei de Arbitragem

1996 – Arguição de Inconstitucionalidade da Lei 9307/96

2001 – Declaração de Constitucionalidade da Lei 9307/96

2002 – Ratificação da Convenção de Nova Iorque de 1958

2003 – Promulgação do Acordo do sobre Arbitragem no MERCOSUL

2004 – EC 45/2004 – Alterou a competência para homologação de sentença estrangeira do STF para o STF²⁰.

Muito embora a Justiça privada anteceder a Jurisdição estatal e a figura do árbitro já estar contemplada nos instrumentos de pacificação social desde o período formulário (após o ano de 149 a.C.), no Brasil a constitucionalidade da Lei n. 9.307\96 foi reconhecida somente no ano de 2001 pelo Supremo Tribunal Federal (SE 5.206).

Cumprido reportar-se à análise da constitucionalidade da Arbitragem no Brasil conforme a lição de TALAMINI²¹:

Ao se reconhecer a liberdade das partes no emprego da arbitragem, está admitindo-se que elas possam optar pelo mecanismo de solução

²⁰ C.f.: SILVA, Watson Pacheco. A evolução histórica da arbitragem internacional e do Mercosul. Disponível em: <http://www.recursostribunais.adv.br/a-evolucao-historica-da-arbitragem-internacional-e-do-mercosul/>. Acesso em: 19\11\2017.

²¹ TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e estabilização da tutela antecipada. In: Novo CPC Doutrina Seleccionada, v. 4: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Coord. Geral: DIDIER JR. Fredie; Organizadores: MACÊDO, Lucas Buriel de. PEIXOTO, Ravi e FREIRE, Alexandre. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 161.

de conflito que lhes pareça mais compatível com as necessidades concretas da necessidades concretas da situação litigiosa. características como a celeridade, a aptidão de o procedimento ser amoldado em conformidade com a peculiaridades que a instrução exigirá, a informalidade etc. tendem a fazer do processo arbitral um meio mais eficiente de tutela, em determinados casos. Neste sentido, o instituto da arbitragem é consentâneo com a diretriz constitucional de busca pela tutela efetiva e adequada.

Cumprido examinar, todavia, que a arbitrabilidade é regulada no Art. 1º da Lei n. 9.307/96, não cabendo interpretações diminutas do dispositivo legal:

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

Segundo CARMONA, no direito positivo brasileiro, a Lei no 9.307/1996 define como requisitos para a arbitralidade objetiva – isto é, o que pode ser submetidas ao juízo arbitral – a patrimonialidade e a disponibilidade do direito²².

Impende refletir, nesse passo, sobre serem possíveis conflitos entre os princípios da arbitragem e os princípios constitucionais da Administração Pública²³ expressos no artigo 37, caput.

A Constituição Brasileira conseguiu-se elevar-se ao conceito de norma jurídica fundamental. (...) Procura-se, por outro lado, ir além da constitucionalidade como princípio formal de unidade da ordem jurídica, tendo presente a realidade social²⁴.

Sabe-se que o regime jurídico-administrativo compõe-se de dois grandes vetores denominados princípios da supremacia do interesse

²² Sobre esses requisitos ver: CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei no 9.307/96. 2. ed., rev., atual. e ampl., 4. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

²³ C.f.: TURA, Marco Antônio Ribeiro. O lugar dos princípios em uma concepção do direito como sistema. RIDB, Ano 3 (2014), nº 1, p. 671-703.

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Os métodos de achamento político. In: Comentários à Constituição do Brasil. ____; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 45.

público e da indisponibilidade do interesse público. *Todo o sistema de Direito Administrativo, a nosso ver [sic], se constrói sobre os mencionados princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela Administração*²⁵.

Importante ressaltar que ambos os princípios estão a sofrer interpretações mais consentâneas com a democracia e devem ser entendidos de maneira mais dialógica.

*A hermenêutica jurídica é um domínio teórico, especulativo, voltado para a identificação, desenvolvimento e sistematização dos princípios de interpretação do Direito. (...) O termo hermenêutica vem de Hermes, personagem da mitologia grega encarregado de transmitir a mensagens dos deuses aos homens. Como os homens não falavam diretamente com os deuses, sujeitavam-se à intermediação de Hermes, à sua capacidade de compreender e revelar*²⁶.

(...)

*Foram várias tentativas de estabelecer regras ou cânones hermenêuticos, com ênfase no predomínio da objetividade do texto ou na subjetividade do intérprete ou, até mesmo, na conjugação das duas teses (paradigma objetivista e da filosofia da consciência)*²⁷.

Complementando o assunto dos problemas metodológicos entre o vínculo estabelecido entre a Lei, os Tribunais e as autoridades administrativas colaciona-se as ideias de ENGISCH²⁸ quanto aos conceitos jurídicos indeterminados:

Por conceito indeterminado entendemos um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos. (...) Os conceitos jurídicos são predominantemente indeterminados, pelo menos em parte. (...) Muitos dos conceitos indeterminados são, num sentido que já vamos precisar, conceitos normativos. (...) Se pensarmos que todo o conceito jurídico é elemento constitutivo de uma norma jurídica e dela recebe o seu sentido e o seu conteúdo, então parece que deveríamos designar propriamente como normativo todo

²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 56.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação Constitucional como interpretação específica. In: Comentários à Constituição do Brasil. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar F.,; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). São Paulo: Saraiva\Almedina, 2013, p. 91.

²⁷ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e Princípios da Interpretação Constitucional, op. cit., p. 75

²⁸ ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. 10 ed. MACHADO, J. Batista (Trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 208-211.

e qualquer conceito jurídico (e dentro da hipótese legal, toda e qualquer situação de fato), o que aliás, já ocasionalmente se fez. (...) De modo algum se poderá dizer, portanto, que todos os conceitos indeterminados sejam ao mesmo tempo normativos.

Nesta esteira, a supremacia só se justifica se o público estiver em confronto com o privado e este for indigno, constitucionalmente falando, no caso concreto, de proteção e, ainda assim, cabível solução que, ao menos, assegure a preservação da tradução patrimonial do interesse privado sucumbente.

Ao mesmo tempo que as prerrogativas colocam a Administração Pública em posição de supremacia perante o particular, sempre com o objetivo de atingir o benefício da coletividade, as restrições a que está sujeita limitam a sua atividade a determinados fins e princípios que, se não observados, implicam desvio de poder e consequente nulidade dos atos da Administração²⁹.

De igual forma, a indisponibilidade do interesse público é limitação para a ação da Administração e não da Legislação, de modo que, sendo a lei o campo de definição do sentido e do alcance da expressão interesse público, a ela cabe decidir igualmente sobre sua possibilidade de disposição em ou outro caso³⁰.

O que importa, portanto, é a constatação de que os direitos fundamentais vinculam os órgãos administrativos em todas as suas formas de manifestação e atividades, na medida em que atuam no interesse público, como um guardião e gestor da coletividade³¹.

Importante ressaltar que, em sendo indisponível o interesse público pela Administração, sem lei que autorize, e contendo, a expressão interesse público, a proteção de todos os valores e princípios constitucionais, não é admissível que a Administração disponha da moralidade e da impessoalidade e da eficiência, por exemplo, no trato com os cidadãos.

Os princípios remetem o intérprete a valores e diferentes modos de

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 61-62.

³⁰ Infelizmente, no Brasil, seja nas esferas superiores, seja em modestas comarcas do interior, não raros são os casos de desnaturação de Princípios por operadores do Direito com hermenêutica ignóbil de modo a garantir, compromissados com o clientelismo e fisiologismo políticos, a proteção de interesses exclusivamente particulares sob a égide do Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas instrutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In: Comentários à Constituição do Brasil. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). São Paulo: Saraiva\Almedina, 2013 p. 195.

promover resultados. (...) a distinção entre categorias normativas, especialmente entre princípios e regras, tem duas finalidades fundamentais. Em primeiro lugar, visa a antecipar características das espécies normativas de modo que o intérprete ou o aplicador, encontrando-as, possa ter facilitado seu processo de interpretação e aplicação do Direito. Em consequência disso, a referida distinção busca, em segundo lugar, aliviar, estruturando-o, o ônus de argumentação do aplicador do Direito, na medida em que a uma qualificação das espécies normativas permite minorar – eliminar, jamais – a necessidade de fundamentação, pelo menos indicando o que deve ser justificado³².

Ora, os princípios expressos nada mais são do que decorrências teleo-axiológicas dos princípios máximos do regime jurídico-administrativo.

É desta forma que o Direito não pode se ancorar no paradigma epistemológico da filosofia da consciência e na subjetividade. Observa-se a entificação do Direito. O Direito deve restar harmonioso com o modo de ser-no-mundo (mundo da vida). Dessa maneira é possível reconhecer o fundamento da concretização normativa desejada³³.

Assim que deve-se abordar a questão não somente da arbitrabilidade envolvendo a administração pública, mas, sobretudo, qualquer controvérsia que esta figure como parte ou interessada.

São expressos os princípios contidos no artigo 37, caput, da Constituição Federal: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A legalidade não é ferida pela utilização da arbitragem. Ora, precisamente foi uma lei de caráter nacional (mais do que federal, visto que vincula não apenas os órgãos e entes federais) que estabeleceu a arbitragem como possível de ser utilizada por partes capazes para direitos patrimoniais disponíveis.

O administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil ou criminal, conforme

³² ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4 ed. 3. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 56-57.

³³ MELLO, Cleyson de Moraes. A Hermenêutica Filosófica e a Tutela da Dignidade da Pessoa Humana. Revista Legis Augustus. Vol. 3, n. 1, p. 5-15, setembro 2010, p. 9.

o caso. (...) Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza³⁴.

O Estado é, como toda pessoa jurídica, dotado de capacidade que, aliás, é plena. E como pessoa titulariza interesses que comumente são denominados de públicos. Todavia, aqui reside confusão. Não são os interesses públicos do Estado os interesses públicos da sociedade. Primários são apenas e tão-somente os interesses extrapatrimoniais da Sociedade que ao Estado incumbe por força da Constituição defender. Secundários aqueles patrimoniais que ao Estado pertencem como pessoa jurídica que é.

Não há, portanto, do ângulo da legalidade, qualquer conflito entre princípios administrativos e arbitrais. Deixe-se, ademais, de lado as discussões sobre os demais princípios porque não há evidentemente qualquer conflito de origem entre eles e os arbitrais.

Os direitos constitucionais enquanto princípios são comandos de otimização. Enquanto comandos de otimização, princípios são normas que requerem que algo seja realizado na maior medida possível, das possibilidades fáticas e jurídicas³⁵.

Ao contrário, onde está o conflito entre a busca de meio célere e estável para solução adequada de demandas e que permite, assim, mais segurança jurídica (cálculo e previsão) e a exigência de moralidade, impessoalidade e eficiência?

Posta assim a questão, prossegue-se para aquele princípio que mais costumeiramente é apontado como o maior atingido pela utilização da arbitragem na Administração Pública: a publicidade.

A ausência de publicidade somente é admitida quando outros interesses públicos possam ser concretamente ofendidos. Existem contratações que envolvem questões sigilosas. Bem de ver que o sigilo não pode ser imposto de modo arbitrário, mas deve ser cumpridamente justificado. Em tais casos, o princípio da publicidade poderá ser afastado³⁶.

³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 82.

³⁵ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Ratio Juris, v.16, n. 2, p. 131-140, jun. 2003, p. 135.

³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 73.

É comum dizer que a Administração deve, em seus negócios, agir de maneira a dar-lhes a mais ampla publicidade. Aliás, esse é o segundo sentido da expressão Administração Pública. Há, todavia, certa confusão, especialmente em se tratando da arbitragem.

Nesse passo, o princípio da publicidade determina antes de tudo que a Administração submeta ao controle seus atos. A publicidade aqui é dar a conhecer aos órgãos de controle. Satisfeita tal exigência, não necessariamente haverá publicação dos termos e condições de seus negócios que, como sabido, só são publicados em extratos, resumos. A confidencialidade e publicidade, inexistente qualquer dever de a Administração divulgar todo e qualquer ato.

O que há é um princípio que, como todo princípio, sobre ponderações e exceções conforme as circunstâncias do caso concreto e as permissões legais.

Ademais, não há nenhum dever que vincule as partes e os julgadores a submeterem ao regime do sigilo as arbitragens. Sim. É certo que as partes podem convencionar isso³⁷. Mas não são obrigadas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento da pesquisa comprovou alguns meandros procedimentais que não são incompatíveis com o padrão de eficiência e celeridade do ambientes de negócios, coroando os métodos propícios de solução de conflitos como a Mediação Empresarial, o Comitê de Resolução de Conflitos (*Dispute Board*) e, caso, a Arbitragem as técnicas mais adequadas de solução de controvérsias no ambiente empresarial.

Apesar da intenção do legislador em propiciar efetividade e celeridade com advento do Código de Processo Civil de 2015, após alguns meses de vigência já é possível identificar inúmeros entraves procedimentais, em especial em prejuízo do instituto da arbitragem.

Como se nota, para os investimentos do setor empresarial são analisados inúmeros indicadores, sendo um deles de que modo as demandas são resolvidas no ambiente cultural de instalação de certo empreendimento, tendo o Direito direta relação ao desenvolvimento econômico do país.

³⁷ Relembre-se o segundo tópico desta pesquisa sobre arbitragem e negócio jurídico processual.

No presente estudo buscou-se apontar como teratologias procedimentais que impactam significativamente nos custos da demanda e, conseqüentemente, para composição de pretensões resistidas.

Não se pode perder de vista que o funcionamento eficiente da jurisdição impacta positivamente na garantia dos padrões de qualidade de vida do cidadão pátrio, posto que o tempo do processo mantém correlação ao cenário econômico.

Há que se estabelecer, ademais, diretrizes mais claras para cooperação entre os juízos arbitrais e o Poder Judiciário, já que os mesmos não devem competir entre si, mas, sobretudo, somar esforços para efetiva e adequada pacificação social.

Sobre o posicionamento acerca da dicotomia entre público e privado e, conseqüentemente, a arbitrabilidade das controvérsias onde a Administração figure como parte ou interessada.

Corroborando o assunto, o interesse público do Estado enquanto pessoa, secundário, é patrimonial e é disponível, mas sempre controlável por seus próprios órgãos internos.

Com isso, atos negociais, de mera gestão, não se confundem com atos de império, estes sim interesses públicos propriamente ditos, primários, pertencentes à Sociedade e apenas tutelados pelo Estado.

Novamente aqui se coloca a vontade do Estado como pessoa e que não é, em tal condição, soberano e acima dos órgãos de controle e que deve submeter a eles o conteúdo de litígios e decisões correspondentes.

Em remate, importante se faz o constante aperfeiçoamento criativo das técnicas de resolução de conflitos, destacando a devida atenção para a suficiente exegese do direito correlato à pretensão resistida, devendo o julgador estar comprometido com maior integração dos partícipes da demanda, primando pela congruente valoração da prova produzida, evitando, em remate, que a solução do caso concreto tenha como base o mero talento argumentativo do operador do direito e manipulação do discurso jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. *Ratio Juris*, v.16, n. 2, p. 131-140, jun. 2003.
- ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4 ed. 3. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang.; STRECK, Lenio Luiz, et ali. Comentários à Constituição do Brasil. MENDES, Gilmar F.;; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). São Paulo: Saraiva\Almedina, 2013.
- BUENO, Cassio Scapinella. Manual de Direito Processual Civil. Volume único. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CABRAL, Antônio do Passo. Convenções processuais. Salvador: Juspodivm, 2016.
- CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei no 9.307/96. 2. ed., rev., atual. e ampl., 4. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.
- CARNEVALE, Marcos Ignácio da Silva. Crise Social e Poder Judiciário: uma análise sociológica dos quantitativos do CNJ. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.
- DIDIER JR., Fredie, et ali. Fórum Permanente de Processualistas Cívis: Carta de São Paulo. Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-5%C3%A3o-Paulo.pdf>. Acesso em 11\11\2017.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. 10 ed. MACHADO, J. Batista (Trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- FREITAS, Edmundo Gouvêa; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida, et ali. Curso do Novo Processo Civil. ARAÚJO, Luis Carlos de e MELLO, Cleyson de Moraes. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil comentado. 2 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MELLO, Cleyson de Moraes. A Hermenêutica Filosófica e a Tutela da Dignidade da Pessoa Humana. *Revista Legis Augustus*. Vol. 3, n. 1, p. 5-15, setembro 2010.
- MUNIZ, Joaquim de Paiva. Curso Básico de Direito Arbitral: teoria e prática. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2016.
- ROCHA, Felipe Borring. Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais: teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2014.
- SILVA, Watson Pacheco. A evolução histórica da arbitragem internacional e do Mercosul. Disponível em: <http://www.recursosetribunais.adv.br/a-evolucao-historica-da-arbitragem-internacional-e-do-mercosul/>. Acesso em: 19\11\2017.
- TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e estabilização da tutela antecipada. In: Novo CPC Doutrina Seleccionada, v. 4: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Coord. Geral: DIDIER JR. Fredie; Organizadores: MACÊDO, Lucas Buril de. PEIXOTO, Ravi e FREIRE, Alexandre. Salvador: Juspodivm, 2016.
- TURA, Marco Antônio Ribeiro. O lugar dos princípios em uma concepção do direito como sistema. *RIDB*, Ano 3 (2014), nº 1, p. 671-703.

POR UMA REINTERPRETAÇÃO ADEQUADA DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NA MODERNIDADE

Bruno Maia¹

Resumo: O texto a seguir reinterpreta a Teoria da Separação dos Poderes a partir de uma perspectiva discursiva constitucionalmente adequada, que visa criticar e explicitar o porquê não podemos sustentar, na Modernidade, a interpretação positivista clássica, dada pela doutrina constitucional brasileira à teoria em questão, a fim de que, assim, se proceda ao resgate institucional do Direito por meio da praxis jurídica, o que permite concluir que o Direito é um sistema normativo de princípios, e não, de regras, e que os poderes são independentes e harmônicos entre si.

Palavras-Chave: separação, poderes, interpretação, sistema, princípios

Abstract: The following text reinterprets the Theory of Separation of Powers from a constitutionally adequate discursive perspective, which seeks to criticize and explain why we cannot support in Modernity the classical positivist interpretation given by the Brazilian constitutional doctrine to the theory in question, So that institutional redemption of the Law can be proceeded through legal praxis, which allows us to conclude that Law is a normative system of principles, not rules, and that the powers are independent and harmonic to each other.

Keywords: separation, powers, interpretation, system, principles

¹Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais Pela Universidad del Museo Social Argentino, Mestre em Hermenêutica e Direitos Fundamentais pela Universidade Presidente Antônio Carlos, Especialista de Direito Civil pela PUC MG, Bacharel em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos, Advogado.

INTRODUÇÃO

A doutrina clássica do Direito Constitucional no Brasil, ao interpretar a Teoria da Separação dos Poderes vem dando a ela entendimento inadequado no contexto do Estado Democrático de Direito da Modernidade.

Partindo de uma compreensão convencionalista do Direito, a Doutrina Constitucional brasileira está atrelada aos pressupostos da Escola da Exegese. Não havia à época da Revolução Francesa uma preocupação com a legitimidade das decisões judiciais, já que, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário seriam, também, no contexto revolucionário de 1789, harmônicos e independentes entre si.

Os ideais da Escola da Exegese e o problema das “lacunas” como tradicionalmente o conhecemos foram de encontro à Teoria da Separação dos Poderes, que converteu-se em um paradoxo, porque não conseguiu, a partir das premissas positivistas das quais partiu, justificar-se adequadamente.

Entretanto, é possível reinterpretarmos a Teoria da Separação dos Poderes de modo adequado, e no contexto de uma sociedade plural, e complexa na Modernidade. Isto se dá a partir de um resgate institucional do Direito, que pretendemos empreender nas páginas a seguir.

1. CONTEXTO HISTÓRICO E JUS FILOSÓFICO DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Segundo José Afonso da Silva, o princípio da separação dos poderes veio a ser definido e divulgado por Montesquieu e tornou-se objetivamente positivado nas Constituições das ex-colônias inglesas da América, consolidando-se definitivamente na Constituição dos Estados Unidos de 17 de setembro de 1787².

Foi a partir da Revolução Francesa, que o princípio da separação dos poderes converteu-se em um dogma constitucional, a ponto de o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 declarar que não haveria constituição nas sociedades em que não se assegurasse a

² AFONSO DA SILVA, José. Curso de direito constitucional positivo. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 109.

separação dos poderes, pois ela constitui técnica extremamente relevante para a garantia dos Direitos do Homem³.

De acordo com Arno Wehling, a lei constitui o eixo do pensamento de Montesquieu. Estão elencadas, neste sentido, as leis naturais, relacionadas às necessidades e instintos do homem, e as leis por ele próprio criadas com a finalidade de ordenar as relações sociais. Referidas leis não dizem respeito somente aos condicionamentos aos quais o povo está submetido, mas à existência de vários bens universalmente válidos, e não, à existência de um único bem assim considerado, como defendiam os seguidores do Direito Natural⁴.

Para Montesquieu, a lei, em termos gerais, é a razão humana que governa todos os povos da terra. As leis políticas e civis de cada nação são casos particulares nos quais resta aplicada esta razão⁵.

Montesquieu, é considerado, o “anti Maquiavel” em razão de ter desenvolvido a teoria que suprime o poder político, considerando-se que, embora existam os três poderes políticos ou funções estatais, quem governa não é a oligarquia, o príncipe, a ordem a classe ou casta, mas a lei. Trata-se aqui de uma lei distinta da concepção absolutista. Nesta devia-se obediência pura e simples. Na concepção defendida por Montesquieu, a obediência decorria da liberdade de agir em função da lei⁶.

Montesquieu estabelece duas regras ou critérios que fundamentam a separação de poderes: a) uma negativa, fundamentada na interdição à mesma autoridade de acumular duas funções estatais, e b) uma positiva, por meio da qual a função legislativa, em razão da sua natural complexidade e relevância, era compartilhada pelo rei e por duas câmaras: a alta ou senado, representada pela nobreza e pelo clero; e a baixa, com representação popular. Assim, o absolutismo restava moderado por uma forte reformulação do papel do rei e dos estados reais, numa aproximação ao modelo político germânico, em que o governo era compartilhado pelo rei e pela assembleia, antes que da tradição imperial romana, com olhos voltados ao que ocorria na Inglaterra, com o papel cada vez maior do parlamento no governo⁷.

³ AFONSO DA SILVA. Curso..., cit., p. 109.

⁴ WEHLING, Arno. Montesquieu, barão de. In: Dicionário de filosofia do direito. BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 585-588, p. 587.

⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O espírito das leis. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 16.

⁶ WEHLING. Montesquieu..., cit., p. 587.

⁷ WEHLING. Montesquieu..., cit., p. 587.

A Teoria dos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) de Montesquieu, suas definições e separação não pode ser atribuída exclusivamente a ele após os estudos de Eisemann. Os autores iluministas não pregavam àquela época a doutrina da soberania popular, mas recorriam ao Direito Natural a fim de aperfeiçoar a tese de Bodin, que versava sobre a soberania real, considerando-se que a principal ameaça no horizonte – de Montesquieu, inclusive – não era a de uma revolução popular (ou do terceiro Estado), nem mesmo burguesa. Tratava-se da escalada do absolutismo rumo ao despotismo, posteriormente caracterizado como despotismo esclarecido⁸.

Enfim, na obra *O Espírito das Leis*, que reúne o eixo do pensamento de Montesquieu, estão enunciadas as causas físicas e morais que condicionam as leis e a história de cada povo⁹.

1.1 Uma Breve Explicitação Acerca dos Desdobramentos da Escola da Exegese

Segundo Lúcio Antônio Chamon Júnior, antes da Revolução Francesa, não havia teoria nem prática acerca da separação dos três poderes. Ao julgador eram oferecidas diretrizes para que pudesse decidir. O julgador recorria, ao constatar a ausência de uma regra aplicável ao caso concreto, aos questionamentos da ordem divina e aos peritos locais, acerca dos costumes, além de recorrer, também, ao poder decisório de foro íntimo. Somente mais tarde, os julgadores passaram a recorrer ao Direito Romano, e a evocar o processo diante do rei, considerado fonte de todo o Direito, em razão de reunirem-se no juiz e no rei poderes ilimitados¹⁰.

Surge, então, o problema da compreensão das lacunas como hoje é conhecido, isto é, um fruto historicamente relacionado à limitação do Poder Judiciário em face da assunção de uma Teoria dos Três Poderes, que sob a perspectiva do Estado Liberal, justificaria um limite do poder absolutista e monárquico, que consolidou os abusos perpetrados no Antigo Regime. Em um primeiro momento dos ideais revolucionários, e da leitura desses ideais no contexto revolucionário, firma-se a preponderância da lei, e do Poder Legislativo, que reduz o juiz a um instrumento de aplicação da lei¹¹.

⁸ WEHLING. Montesquieu..., cit., p. 587.

⁹ WEHLING. Montesquieu..., cit., p. 588.

¹⁰ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da argumentação jurídica: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes do direito moderno*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 41.

¹¹ CHAMON JUNIOR. *Teoria...*, cit., p. 42.

A partir da Lei 16-24 de agosto de 1790, instituiu-se na França o *référé législatif*, que convidava os juízes a que se dirigirem ao Corpo Legislativo todas as vezes em que houvesse dúvida acerca da interpretação da lei, isto é, uma solução previamente convencionada na própria lei para a solução de um caso. Enfim, quando o juiz, ao aplicar o Direito, se deparasse com uma lacuna. O recurso ao *référé législatif* significou um grande inconveniente, pelo fato de o Legislativo ditar uma norma com efeitos retroativos e de criar uma confusão entre os poderes – neste caso, em proveitudo Poder Legislativo¹².

Em face da sobrecarga do Poder Legislativo, os autores do “*Code Napoléon*” foram levados a solucionar o problema das lacunas instituindo o artigo 4º que proibia o juiz de recusar-se a julgar o caso diante de uma obscuridade ou insuficiência da lei, responsabilizando-o por denegação de justiça¹³.

A Escola da Exegese apresentava cinco traços característicos, a saber¹⁴:

a) O culto ao texto da lei, o que implica afirmar a identidade entre ela e o Direito Positivo, cabendo aos juízes uma atividade interpretativa, e jamais uma atividade criativa, pois significaria uma usurpação do poder, já que a nação soberana teria investido essa prerrogativa ao Legislativo¹⁵;

b) O predomínio da intenção do legislador sobre a literalidade dos textos legais do Direito Positivo, tendo em vista a multiplicidade de interpretações dos dispositivos legais que poderiam surgir das transformações e necessidades estatais, proibindo-se os juízes de interpretar e aplicar o Direito de modo particular, já que a intenção do legislador estaria traduzida no texto da lei¹⁶;

c) Uma compreensão estatista do Direito, pois havia por parte dos seguidores da Escola da Exegese, a proclamação da onipotência jurídica do Legislativo, significando, neste sentido, a onipotência estatal¹⁷;

d) Uma contradição interna à Escola, entre a crença na onipotência do legislador e à uma noção metafísica do Direito, pois embora fosse o legislador

¹² CHAMON JUNIOR. *Teoria...*, cit., p. 42.

¹³ CHAMON JUNIOR. *Teoria...*, cit., p. 43.

¹⁴ CHAMON JUNIOR. *Teoria...*, cit., p. 63.

¹⁵ CHAMON JUNIOR. *Teoria...*, cit., p. 63.

¹⁶ CHAMON JUNIOR. *Teoria...*, cit., p. 64.

¹⁷ CHAMON JUNIOR. *Teoria...*, cit., p. 66.

onipotente, haveria, também, um direito divino fundado em princípios absolutos e imutáveis anteriores e superiores ao Direito Positivo¹⁸;

e) O argumento de autoridade atinente às autoridades e predecessores, o que significava um culto generalizado à opinião das autoridades acadêmicas mais antigas, inseridas no movimento da Escola da Exegese¹⁹.

Como visto, uma das constatações a que podemos chegar é que o problema acerca da compreensão clássica da Teoria da Separação dos Poderes definida e divulgada por Montesquieu, e o atinente às lacunas no Direito são problemas correlatos, porque devedores de uma compreensão convencionalista do Direito, isto é, da compreensão do Direito como um sistema de regras, traço característico da Escola da Exegese – uma compreensão que influencia, ainda hoje, o Direito Constitucional brasileiro.

2. A COMPREENSÃO DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E A SUA RELAÇÃO COM A ESCOLA DA EXEGESE

O princípio da divisão de poderes constante do artigo 2º da Constituição é um princípio geral do Direito Constitucional. Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são expressões com duplo sentido. Exprimem, simultaneamente, as funções executiva, legislativa e jurisdicional, além de indicar seus respectivos órgãos, conforme dispõem os artigos 44 a 75, 76 a 91 e 92 a 135 da Constituição²⁰.

Para José Afonso da Silva, o poder é compreendido como um fenômeno sócio-cultural, isto é, um fato característico da vida social. Pertencer a um grupo social significa que ele pode exigir certos atos, uma conduta voltada a determinados fins perseguidos, pois o poder é uma energia que coordena e impõe decisões com a finalidade de atingir a realização de determinados fins²¹.

O Estado, como grupo social que é, tem o seu poder político, que coordena e impõe regras à sociedade civil, visando à mínima manutenção

¹⁸ CHAMON JUNIOR. *Teoria...*, cit., p. 67.

¹⁹ CHAMON JUNIOR. *Teoria...*, cit., p. 68.

²⁰ AFONSO DA SILVA. *Curso...*, cit., p. 106

²¹ AFONSO DA SILVA. *Curso...*, cit., p. 106-107.

da ordem, e ao máximo estímulo do progresso voltado à realização do bem comum. É a superioridade desse poder político estatal que caracteriza a sua soberania, e que implica independência, em confronto com os poderes exteriores à sociedade estatal – soberania externa – e supremacia sobre todos os poderes interiores à mesma sociedade – soberania interna. Daí extraem-se as três características do Poder Político, a saber: a) a unidade, b) a indivisibilidade e c) a indelegabilidade²².

Sendo o Estado uma estrutura social, ele é carente de vontade real e própria. Manifesta-se por meio de seus órgãos, que exprimem exclusivamente uma vontade humana. Os órgãos estatais podem ser supremos (Constitucionais), ou dependentes (administrativos). Os órgãos constitucionais exercem o Poder Político, o governo; e os dependentes constituem a Administração Pública. Os órgãos dependentes estão, assim, em uma posição hierárquica inferior. Enquanto os órgãos constitucionais constituem o Direito Constitucional, os órgãos dependentes submetem-se às normas do Direito Administrativo. Isto é o que distingue esses dois ramos do Direito²³.

O governo é o conjunto de órgãos por meio do qual a vontade estatal se formula, se expressa e se realiza. Trata-se do conjunto de órgãos supremos que exerce as funções do Poder Político. O Poder Político uno, indivisível e indelegável desdobra-se em várias funções, a saber: a) a legislativa, b) a executiva, e c) a jurisdicional²⁴.

A função legislativa edita as regras gerais e abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, isto é, as leis. A função executiva não se limita à simples execução das leis. Ela comporta prerrogativas. Essas prerrogativas abarcam todos os atos e fatos jurídicos que não tem caráter geral e impessoal. Por esta razão, a função executiva abrange as funções típicas de governo, as funções políticas co-legislativas e decisórias, e, por fim, a função administrativa cujas missões básicas são a intervenção, o fomento e o serviço público. A função jurisdicional visa à aplicação do Direito aos casos concretos, dirimindo os conflitos de interesse²⁵.

²² AFONSO DA SILVA. *Curso...*, cit., p. 107.

²³ AFONSO DA SILVA. *Curso...*, cit., p. 107.

²⁴ AFONSO DA SILVA. *Curso...*, cit., p. 108.

²⁵ AFONSO DA SILVA. *Curso...*, cit., p. 108.

Não se deve confundir a distinção das funções do poder com a divisão ou separação dos poderes, embora estejam necessariamente conectadas. A distinção de funções diz respeito à especialização de tarefas governamentais, considerando-se sua natureza, e desconsiderando-se os órgãos que as exercem. Existem distinções funcionais, quer haja órgãos especializados para cumprir cada uma das funções, quer referidas funções resembradas concentradas num órgão apenas. A divisão de poderes implica confiar a cada uma das funções do governo (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que levam o nome de cada uma das funções, exceto o Judiciário. Caso as funções sejam exercidas por um único órgão, tem-se a concentração de poderes²⁶.

A divisão de poderes está embasada em dois elementos: a) a especialização funcional, o que significa dizer que cada órgão é especializado para exercer uma função de modo que às assembleias, ao Congresso, à Câmara e ao Parlamento se atribui a função legislativa, ao Executivo, a função executiva e ao Judiciário, a função jurisdicional; e b) a independência orgânica, o que significa dizer que é necessária, além da especialização funcional, a independência correspondente a cada órgão, não havendo meios de subordinação. Trata-se, enfim, da visualização de uma forma de organização jurídica das manifestações do Poder²⁷.

Atualmente, o princípio da separação dos poderes não é compreendido com tanta rigidez como o foi outrora. A ampliação das atividades estatais impôs uma nova visão da teoria da separação dos poderes, e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo, e executivo, e destes com o judiciário. Atualmente, prefere-se falar que há uma *colaboração de poderes*, característica do Parlamentarismo, já que nesse caso, o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados); enquanto no Presidencialismo, houve o desenvolvimento das técnicas da independência orgânica e harmonia dos poderes²⁸.

A Constituição manteve a cláusula “independentes e harmônicos entre si” típica da divisão de poderes no presidencialismo. A independência dos poderes tem triplo significado: a) no sentido de que a investidura e a permanência das pessoas em um dos órgãos do governo não depende da

²⁶ AFONSO DA SILVA. Curso..., cit., p. 108.

²⁷ AFONSO DA SILVA. Curso..., cit., p. 109.

²⁸ AFONSO DA SILVA. Curso..., cit., p. 109.

confiança nem da vontade de outrem; b) no sentido de que, no exercício das atribuições que lhe são próprias, não precisam os titulares consultar outros, nem necessitam da sua autorização e c) que na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas as disposições constitucionais e legais²⁹.

Assim, é que cumpre, por exemplo ao Presidente da República prover e extinguir cargos públicos da Administração federal; e às Câmaras do Congresso compete a elaboração dos seus regimentos internos em que estão consubstanciadas as regras atinentes ao seu funcionamento, sua organização, direção e polícia; ao passo que ao Chefe do Executivo cumpre organizar a Administração Pública, e o estabelecimento dos seus regimentos e regulamentos. Em relação ao Poder Judiciário, sua independência e autonomia pronunciam-se cada vez mais, pois cabe a ele a nomeação de juízes, e a tomada de providências em relação à sua estrutura e funcionamento, até mesmo, em matéria orçamentária, conforme disposto pelos artigos 95, 96 e 99 da Constituição³⁰.

A harmonia entre os três poderes se dá pelas normas de cortesia, no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos tem direito. Entretanto, a divisão de funções entre os órgãos do poder, e sua independência não são absolutas. As interferências que ocorrem estabelecem um sistema de freios e contrapesos a fim de equilibrar a realização do bem comum. O sistema de freios e contrapesos é indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um poder em prejuízo do outro, sobretudo, dos governados³¹.

Cabendo ao Legislativo a edição de normas gerais e impessoais, há um processo para a elaboração normativa em que o Executivo participa, por meio da iniciativa das leis, da sanção e do veto. Entretanto, a iniciativa legislativa correspondente ao Executivo é contrabalançada pela possibilidade que tem o Congresso para modificar o projeto por meio das emendas, ou de rejeitá-lo, inclusive. Por outro lado, o Presidente da República tem o poder de vetar os projetos de lei de iniciativa do Congresso, e de, também, emenda-los. Em compensação, o Congresso pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, pode rejeitar o veto, e recorrendo ao Presidente do Senado, promulgar a lei,

²⁹ AFONSO DA SILVA. Curso..., cit., p. 109-110.

³⁰ AFONSO DA SILVA. Curso..., cit., p. 110.

³¹ AFONSO DA SILVA. Curso..., cit., p. 110.

caso o Presidente da República não o faça no prazo estabelecido pelo artigo 66 da Constituição³².

O Presidente da República não pode interferir nos trabalhos legislativos a fim de obter a rápida aprovação dos seus projetos, porém pode fixar prazo para sua apreciação nos termos do artigo 64 da Constituição³³.

Os Tribunais não estão autorizados a influir no Legislativo, entretanto podem declarar a inconstitucionalidade das leis, não as aplicando nesse caso. Do mesmo modo, o Presidente da República não interfere na função jurisdicional, porém os ministros dos Tribunais Superiores são por ele nomeados, cabendo o controle ao Senado Federal, que aprova o nome escolhido nos termos do artigo 52,III, alínea *a* da Constituição³⁴.

Há entretanto, “exceções” ao Princípio da Separação dos Poderes delineadas pelos artigos 54 e 62 da Constituição que versam, respectivamente, sobre as incompatibilidades, a edição de medidas provisórias pelo Presidente da República e a autorização de delegação das atribuições legislativas ao Presidente da República³⁵.

Embora respeitemos as considerações de José Afonso da Silva, acerca do Princípio da Separação dos Poderes, não podemos com elas concordar. Em primeiro lugar, porque partem de premissas convencionalistas que compreendem o Direito como um sistema de regras fundado no binômio regra/exceção. Em segundo lugar, porque referidas considerações estão assentadas na ideia de que há fins que devem ser alcançados pela norma, e que revelariam a “vontade do legislador”, consolidando a onipotência do Legislativo, isto é, do Estado, em detrimento dos demais poderes (funções).

Uma vez voltados à consecução do “bem comum”, estariam referidos fins normativos definidos *a priori* pelo legislador. Enfim, não podemos concordar com a premissa de que há um *ethos compartilhado*, e que eledetermina os projetos de vida de todos os cidadãos. Esta é uma concepção que permeou a Escola da Exegese, excessivamente apegada ao Positivismo, e que, de acordo com a doutrina constitucional brasileira clássica, por aqui

³² AFONSO DA SILVA. Curso..., cit., p. 110.

³³ AFONSO DA SILVA. Curso..., cit., p. 111.

³⁴ AFONSO DA SILVA. Curso..., cit., p. 111.

³⁵ AFONSO DA SILVA. Curso..., cit., p. 111.112.

insiste – mas não deve permanecer – pois compromete a legitimidade do Direito e da Democracia.

A partir do momento que compreendemos o Direito como uma comunidade de princípios idealmente coerente, no sentido de Ronald Dworkin³⁶, isto é, a partir do momento que compreendemos o Direito como integridade, e não, como um sistema convencionado de regras, ao gosto do Positivismo Jurídico exacerbado, típico da Escola da Exegese – à qual se filia José Afonso da Silva – podemos dar à Teoria da Separação dos Poderes uma interpretação constitucionalmente adequada.

3. POR UMA REINTERPRETAÇÃO CRÍTICO-DISCURSIVA ACERCA DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Quando assumimos com Habermas uma perspectiva discursiva do Direito, os direitos de participação política dos cidadãos são institucionalmente publicizados, culminando no processo de produção legislativa. Referidos direitos se efetivam em uma dimensão comunicativa orientada pelo princípio do discurso em um duplo aspecto: o princípio do discurso tem um sentido cognitivo, a partir do qual podemos filtrar toda sorte de argumentos, que tenham a seu favor, a presunção de uma aceitabilidade racional³⁷.

Isto quer dizer que o procedimento democrático, assentado no princípio do discurso fundamenta legitimamente do Direito. Em contrapartida, o caráter discursivo de formação da autonomia privada institucionalmente publicizada, tem um sentido prático orientado ao entendimento das relações intersubjetivas, que restam assim, despidas da violência – o que desencadeia a força da liberdade comunicativa produzida intersubjetivamente. Assim, estão entrelaçadas a produção discursiva do Direito e o poder comunicativo. É na ação comunicativa que as razões intersubjetivas são problematizadas publicamente pelos cidadãos acerca das suas compreensões do Mundo da Vida, que constituem-se, também, em motivos³⁸.

³⁶DWORKIN, Ronald. O império do Direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 271 et seq.

³⁷HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. 6 ed. Trad. Manuel Giménez Redondo. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 218.

³⁸HABERMAS. Facticidad..., cit., p. 218.

O Direito é um sistema funcionalmente diferenciado voltado à estabilização das expectativas de comportamento³⁹. Como a operação característica do sistema do Direito é a comunicação mediada pela linguagem⁴⁰, ele se compõe de todas as comunicações sociais cuja formulação se relacione com o Direito. Trata-se aqui de uma compreensão sistemática do Direito em um sentido lato. Há, também, um sentido estrito que parte da premissa de que é a partir das operações comunicativas próprias do Direito, que ele pode se auto reproduzir, considerando-se a delegação de competências orientadas aos poderes estatais, a saber: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário⁴¹.

No contexto do Estado Democrático de Direito, a legislação é considerada a função central. Nela, além dos partidos políticos e dos eleitores, a aplicação do Direito é levada a efeito indiretamente pelos tribunais⁴². A Teoria do Direito leva em consideração as ordens jurídicas em concreto. Tomam-se os dados a partir do direito vigente, dos precedentes, da dogmática jurídica, e da atividade legislativa a partir de uma perspectiva histórica, que resgata, racionalmente a praxis jurídica⁴³.

A Teoria do Direito abrange o legislador, a jurisprudência e todos os subsistemas sociais voltados, reflexivamente, à produção do Direito. A tensão entre a facticidade e a validade do Direito manifesta-se na jurisprudência, como a tensão estabelecida entre a “segurança jurídica” e a correção normativa das decisões⁴⁴.

É a partir da Teoria Discursiva (filosófica) do Direito que podemos compreender e justificar, principiologicamente, uma sociedade bem ordenada, em que o ideal e o real são subjacentes. As decisões do Judiciário devem ser consistentes e racionalmente aceitáveis⁴⁵. Significa dizer que

³⁹ Quer dizer que o Direito orienta-se comunicativamente obedecendo ao seu código binário lícito/ilícito. Assim como o Direito, os outros sistemas sociais tem seus respectivos códigos binários. A Política obedece ao código conveniência/inconveniência. A Religião obedece ao código sagrado/profano. A Economia obedece ao código binário lucro/prejuízo. Para maior aprofundamento acerca da codificação binária, conferir LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. 2 ed. Ciudad de México: HERDER, 2005, p. 223 et seq.

⁴⁰ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do direito da alta modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas*. 3 ed. rev. e com estudo comemorativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 89 et seq.

⁴¹ HABERMAS. *Facticidad...*, cit., p. 264

⁴² HABERMAS. *Facticidad...*, cit., p. 265.

⁴³ HABERMAS. *Facticidad...*, cit., p. 265.

⁴⁴ HABERMAS. *Facticidad...*, cit., p. 266.

⁴⁵ HABERMAS. *Facticidad...*, cit., p. 267.

os provimentos emitidos pelo Poder Judiciário decorrem da tensão argumentativa produzida pelos concidadãos por eles afetados. Enfim, os provimentos jurisdicionais emitidos são produzidos a partir do consenso dos cidadãos livres e iguais.

A atividade do Judiciário é produto de toda a praxis jurídica anterior. Esta história institucional do Direito é o pano de fundo de uma decisão tomada no presente. A positividade do Direito é um reflexo do seu caráter contingente, da sua imprevisibilidade. Em contrapartida, a pretensão da sua legitimidade exige um constante resgate institucional do Direito a fim de que os membros da comunidade jurídica possam reconhecer nas decisões, a racionalidade do Direito, que se volta ao passado no presente, para abrir-se em perspectiva, ao futuro. Isto é possível a partir do resgate dos princípios que norteiam a praxis jurídica. O problema relacionado às decisões judiciais refere-se a como aplicar-se um direito contingente de modo consistente, e, ao mesmo tempo, assegurar a correção normativa e a segurança jurídica⁴⁶. Significa dizer que contingência e segurança são, em si, um paradoxo.

A Hermenêutica colocou em xeque a subsunção dos fatos aos acordos previamente pactuados pelos membros de uma comunidade jurídica. Há um deslocamento da questão interpretativa dos dispositivos legais, na medida em que o sentido dos mesmos não é dado aprioristicamente. O sentido normativo de um texto legal é carente de sentido, isto é, carente de interpretação. A interpretação em questão desenvolve-se a partir de um raciocínio circular⁴⁷, isto é, a construção da norma jurídica tem como ponto de partida o próprio caso concreto.

Habermas afirma que a partir da compreensão do Direito como integridade, Dworkin caracteriza uma comunidade jurídico-política ideal, na medida em que seus membros se reconhecem como titulares de iguais liberdades fundamentais⁴⁸. Sob a perspectiva do Direito como integridade, o juiz procede a uma reconstrução racional do Direito vigente, pois toma em consideração a Constituição e toda a praxis jurídica co-implicada aos concidadãos⁴⁹.

Habermas, entretanto, tece críticas à proposta monológica de Dworkin

⁴⁶ HABERMAS. *Facticidad...*, cit., p. 268.

⁴⁷ HABERMAS. *Facticidad...*, cit., p. 268-269.

⁴⁸ HABERMAS. *Facticidad...*, cit., p. 285.

⁴⁹ HABERMAS. *Facticidad...*, cit., p. 293.

e do “Juiz Hercules⁵⁰” no sentido de que o Direito não deve ser compreendido como um meio de integração social – um meio que permite manter a auto compreensão de uma comunidade solidária, ainda que ela seja um ideal, razão pela qual “Hercules” deveria ter se liberado de sua construção monológica em termos teóricos. Afinal, as relações intersubjetivas de reconhecimento recíproco de iguais liberdades fundamentais dos concidadãos no Mundo da Vida se estabelecem mediante a ação comunicativa, isto é, pela dimensão normativa da linguagem, já que nas sociedades complexas, a generalização dessas relações é levada a efeito em termos abstratos por meio do Direito.⁵¹ Trata-se por conseguinte, do reconhecimento dos princípios como normas jurídicas, por meio dos quais os concidadãos livres e iguais exercem comunicativamente, suas liberdades fundamentais.

Os princípios procedimentais que asseguram a legitimidade das decisões judiciais são fundamentados desde uma perspectiva interna ao Direito. Não basta o recurso às regulamentações do direito processual. É imprescindível que o conteúdo do Direito seja interpretado objetivamente. A reconstrução da praxis jurídica se procede em termos de uma Teoria do Direito, e não em termos dogmáticos⁵².

A perspectiva dogmática, aliás, foi o que pretendeu sustentar a Escola da Exegese e, ainda hoje, sustenta José Afonso da Silva, ao considerar o princípio da separação dos poderes como um dogma, em termos meramente funcionais. Este posicionamento doutrinário permite ao juiz que, no caso de insuficiência ou obscuridade da lei, decida o caso por meio de argumentos meta jurídicos – o que provoca uma corrupção sistêmica.

Pode-se dizer que a Escola da Exegese representou um paradoxo, na medida em que foi de encontro aos seus pressupostos. Ao tentar explicitar a separação dos poderes harmônicos e independentes entre si, a Escola da Exegese provocou uma confusão entre eles de modo que uns se sobrepusessem aos outros nas situações de contingência, em que não se podia alcançar a segurança jurídica das decisões judiciais.

⁵⁰ Trata-se de uma metáfora à qual recorre Dworkin para explicar que ao decidir um caso concreto, o juiz deve empreender um esforço hermenêutico, desvelando o Direito (a praxis jurídica) à sua melhor luz, isto é, da forma mais adequada possível.

⁵¹ HABERMAS. *Facticidad...*, cit., p. 294.

⁵² HABERMAS. *Facticidad...*, cit., p. 296.

A perspectiva da Teoria do Discurso é intersubjetiva no que se refere às compreensões reflexivamente problematizadas acerca do Mundo da Vida mediante a ação comunicativa. Quando tentamos convencer-nos uns aos outros de algo, somos intuitivamente orientados a uma prática em que se parte da premissa da situação ideal de fala, livre de quaisquer coerções. Nessa situação ideal de fala, os interlocutores fazem interferências sobre as problematizações que se referem às pretensões de validade do Direito – e o fazem a partir de razões. Como a argumentação orienta-se ao entendimento, do consenso, extrai-se a força do melhor argumento – considerado válido e legítimo, que fundamentará a norma jurídica, e estabilizará as expectativas de comportamento dos concidadãos por ela afetados⁵³, isto é, os provimentos judiciais. Sob tal perspectiva, o juiz não é mero instrumento de aplicação da lei, como defendido pela Escola da Exegese e pela doutrina clássica do Direito Constitucional brasileiro.

Há uma distinção entre os discursos de fundamentação e aplicação do Direito. O discurso de fundamentação é aberto a toda sorte de argumentos, sejam éticos, morais, pragmatistas etc. Já o discurso de aplicação, em que se pauta uma decisão correta, funda-se no cumprimento de condições comunicativas procedimentais, que possibilitam a imparcialidade da decisão⁵⁴.

Todo procedimento orienta-se ao entendimento do qual extrai-se o consenso⁵⁵. O consenso não é tomado aqui como sinônimo de maioria, mas no sentido de que os concidadãos afetados por uma norma jurídica, por eles construída, tem a possibilidade de tornar públicas, sob o aspecto intersubjetivo (reflexivo), suas perspectivas de vida institucionalmente – isto é, no processo de produção e de aplicação do Direito. O Princípio do discurso resulta de uma especificação dos princípios da Moral e do princípio democrático, já que referido princípio respeita as diversas espécies de normas de ação⁵⁶.

O sistema dos direitos, que assegura aos concidadãos o exercício das suas autonomias pública e privada co-dependentes e complementares é interpretado a partir de uma perspectiva procedimental democrática. – o que permite que o direito seja imparcial quando aplicado. Os discursos jurídicos, além de serem produzidos reflexivamente, são, também,

⁵³ HABERMAS. *Facticidad...*, cit., p. 299-300.

⁵⁴ HABERMAS. *Facticidad...*, cit., p. 302.

⁵⁵ HABERMAS. *Facticidad...*, cit., p. 305.

⁵⁶ HABERMAS. *Facticidad...*, cit., p. 306.

institucionalizados. Assim, não se pode compreender que os discursos jurídicos sejam casos particulares da argumentação moral⁵⁷, já que não é possível sustentarmos nas sociedades modernas, plurais e complexas um *ethos compartilhado*.

Os discursos jurídicos se referem às normas jurídicas, e estão inseridos no sistema jurídico juntamente com as formas que lhes são próprias⁵⁸. A tensão entre a positividade e a legitimidade do Direito é resolvida em termos discursivos – o que assegura a correção normativa das decisões. Sob tal enfoque, a sentença é a regra particular do caso concreto⁵⁹.

As disposições procedimentais não regulam as razões que se devam considerar admissíveis, nem regulam a marcha da argumentação. Referidas disposições asseguram os âmbitos de desenvolvimento dos discursos jurídicos, que somente a partir dos seu resultado, são convertidos em procedimento, tendo em vista que o resultado pode significar a necessidade de se examinarem os tribunais superiores⁶⁰. A unilateralidade do Direito chama a atenção para o fato de que os tribunais superiores, dentre eles o Tribunal Supremo, deve decidir cada caso concreto mantendo a coerência de todo o Direito⁶¹.

Sendo o Direito um sistema funcionalmente diferenciado, e orientado por seu próprio código binário, e considerando-se os discursos jurídicos de fundamentação e aplicação do Direito como autônomos e complementares entre si, ao aplicar o Direito, o juiz não deve inserir no discurso de aplicação, a sua perspectiva pessoal sobre o caso concreto, impondo-a a outrem. Se assim agir, haverá a corrupção do Direito por outros subsistemas sociais que se orientam por meio de um código binário diverso do que se refere ao Direito, provocando uma confusão entre os Poderes (funções). Neste caso, em proveito do Judiciário, que se converteria em Legislativo.

Sob a perspectiva da Teoria do discurso de Habermas, para cuja compreensão, o aporte oferecido pela Teoria dos Sistemas de Luhmann é imprescindível, podemos reconstruir a interpretação de José Afonso da Silva à Teoria da Separação dos Poderes, no sentido de que cabe ao Legislativo

⁵⁷ HABERMAS. *Facticidad...*, cit., p. 306.

⁵⁸ HABERMAS. *Facticidad...*, cit., p. 306.

⁵⁹ HABERMAS. *Facticidad...*, cit., p. 307.

⁶⁰ HABERMAS. *Facticidad...*, cit., p. 308-309.

⁶¹ HABERMAS. *Facticidad...*, cit., p. 309.

elaborar leis gerais e impessoais; ao Executivo não cabe interferir no Legislativo para obter maior celeridade nos seus projetos, e ao Judiciário não cabe influir no Legislativo, embora aquele possa julgar a inconstitucionalidade das leis. Ao Executivo, não cabe interferir nas atividades do Judiciário, embora os ministros dos tribunais superiores sejam por ele nomeados, cabendo o controle ao Senado Federal, que aprova o nome escolhido.

Trata-se, assim, de compreendermos os Poderes como independentes e harmônicos entre si. Afinal, o Direito e a Política são sistemas funcionalmente diferenciados, mas que se irritam – o que permite o acoplamento estrutural⁶² entre eles, consolidado na Constituição da República de 1988.

Entretanto, uma reinterpretação da Teoria (ou do princípio) da Separação dos Poderes só pode ser compreendida adequadamente em termos discursivos, a partir do momento que reconhecemos não haver supremacia de um Poder (função) em detrimento de outro. Isto, porque o Poder discursivamente compreendido não é, como defendia o Positivismo exacerbado da Escola da Exegese, a legitimação da violência. O Poder, é, em termos discursivos, fundamentado na ação comunicativa reconhecida aos concidadãos, titulares de iguais liberdades fundamentais, que integram a sociedade civil – esta sim, autora e destinatária do Direito que deve ser institucionalmente resgatado pela praxis jurídica.

CONCLUSÃO

Montesquieu, é considerado, o “anti Maquiavel” em razão de ter desenvolvido a teoria que suprime o poder político, considerando-se que, embora existam os três poderes políticos ou funções estatais, quem governa não é a oligarquia, o príncipe, a ordem a classe ou casta, mas a lei da qual decorre, não uma obediência cega, mas a liberdade de agir.

Sob a perspectiva da Teoria do discurso de Habermas, para cuja compreensão, o aporte oferecido pela Teoria dos Sistemas de Luhmann é imprescindível, podemos reconstruir a interpretação de José Afonso da Silva

⁶² Quer dizer que o Direito e a Política estão enclausurados em si mesmos e se retroalimentam comunicativamente, a partir de suas próprias operações recursivas, numa relação que se dá entre sistema e ambiente. Isto não significa que o Direito e a Política desobedeçam aos seus respectivos códigos binários, caso contrário, haveria uma corrupção do Direito pela Política ou da Política pelo Direito. LUHMANN, Niklas. Introdução à teoria dos sistemas. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Editora Vozes, 2009, p. 128et seq.

à Teoria da Separação dos Poderes, no sentido de compreendê-los como independentes e harmônicos entre si. Afinal, o Direito e a Política são sistemas funcionalmente diferenciados, mas que se irritam – o que permite o acoplamento estrutural entre eles, consolidado na Constituição da República de 1988.

Entretanto, uma reinterpretação da Teoria (ou do princípio) da Separação dos Poderes só pode ser compreendida adequadamente em termos discursivos, a partir do momento que reconhecemos não haver supremacia de um Poder (função) em detrimento de outro. Isto, porque o Poder discursivamente compreendido não é, como defendia o Positivismo exacerbado da Escola da Exegese, a legitimação da violência. O Poder, é, em termos discursivos, fundamentado na ação comunicativa reconhecida aos concidadãos, titulares de iguais liberdades fundamentais, que integram a sociedade civil – esta sim, autora e destinatária do Direito que deve ser institucionalmente resgatado pela praxis jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da argumentação jurídica: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes do direito moderno*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- _____. *Filosofia do direito da alta modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas*. 3 ed. rev. e com estudo comemorativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 6 ed. Trad. Manuel Giménez Redondo. Madrid: Editorial Trotta, 2010.
- LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. 2 ed. Ciudad de México: HERDER, 2005.
- _____. *Introdução à teoria dos sistemas*. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- WEHLING, Arno. Montesquieu, barão de. In: *Dicionário de filosofia do direito*. BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 585-588.

Os (DES)CAMINHOS ENTRE O PRÓPRIO E O ALHEIO: CONSIDERAÇÕES SOBRE A ESFERA PÚBLICA NO BRASIL

Clara Maria Cavalcante Brum de Oliveira¹

Resumo: O presente texto resulta de leituras realizadas no segundo semestre de 2017, na disciplina, *Os novos direitos entre o público e o privado*, ministrado pelo professor Dr. Nilton Cesar Flores, no curso de Doutorado do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá. A proposta foi analisar a relação entre esfera pública e privada no Brasil tomando como pano de fundo as concepções de esfera pública na leitura de Arendt e Habermas. O recorte temático sugerido neste artigo representa uma primeira análise sobre a relação entre o público e o privado, para uma investigação sobre a frágil delimitação dessas esferas na experiência brasileira e o fenômeno do patrimonialismo que fortalece a desigualdade, enfraquece a relação entre os dois ideais políticos, liberdade e igualdade e compromete o direito à democracia, expresso no art. 21 da DUDH, tema da pesquisa de doutoramento. O texto foi dividido em duas partes, sendo a primeira sobre os conceitos de público e privado, as ideias de Hannah Arendt, nas obras *Origens do totalitarismo* (1951) e *A condição humana* (1958) e Jürgen Habermas na obra *Mudança Estrutural na Esfera*

¹ Doutoranda em Direito pela PPGD da Universidade Estácio de Sá, na linha de Pesquisa Direitos Fundamentais - Novos Direitos sob a orientação do Prof. Dr. Vicente de Paulo Barreto. Mestre em Filosofia pela UERJ-IFCH, Especialista em Mediação Pedagógica em EAD - PUC/RIO, Especialista em Filosofia Contemporânea pela UERJ-IFCH, bacharel e licenciada em Filosofia pela UERJ-IFCH, bacharel em Direito pela UNESA, Bacharel em Comunicação Social - FACHA. Exerce o magistério superior nas modalidades presencial e à distância na UNESA e UVA. E-mail: clarabrum1@hotmail.com.

Pública (1961). A segunda parte do texto versa sobre a frágil delimitação dessas esferas na experiência brasileira e o fenômeno do patrimonialismo na esteira das considerações dos intérpretes do Brasil. Nas considerações finais buscou-se ressaltar a importância de uma esfera pública para o possível enfraquecimento do patrimonialismo e o papel do Direito à democracia neste cenário de resgate de uma sociedade civil, da participação efetiva e da cidadania reivindicante.

Palavras-chaves: esfera pública; esfera privada; igualdade; democracia.

Abstract: The present text results from readings made in the second semester of 2017, in the discipline, *The new rights between the public and the private*, taught by Professor Dr. Nilton Cesar Flores, in a postgraduate studies at the Estácio de Sá University. The proposal was to analyze the relation between public and private sphere in Brazil, taking as a background the conceptions of public sphere in the reading of Arendt and Habermas. The thematic review suggested in this article represents a first analysis of the relation between the public and the private, for an investigation on the fragile delimitation of these spheres in the Brazilian experience and the phenomenon of patrimonialism that strengthens the inequality, weakens the relation between the two political ideals, freedom and equality and compromises the right to democracy, expressed in art. 21 of the DUDH, the theme of the doctoral research. The text was divided in two parts, the first on the concepts of public and private, the ideas of Hannah Arendt, in the works *Origins of totalitarianism* (1951) and *The human condition* (1958) and Jürgen Habermas in the work *Structural Change in the Public Sphere* (1961). The second part of the text deals with the fragile delimitation of these spheres in the Brazilian experience and the phenomenon of patrimonialism in the wake of the interpretations of the interpreters of Brazil. In the final considerations, we sought to emphasize the importance of a public sphere for the possible weakening of patrimonialism and the role of the Right to democracy in this scenario of recovery of a civil society, effective participation and demanding citizenship.

Keywords: public sphere; private sphere; equality; democracy.

1 INTRODUÇÃO

O presente texto resulta de leituras realizadas no segundo semestre de 2017, na disciplina, *Os novos direitos entre o público e o privado*, ministrado pelo professor Dr. Nilton Cesar Flores, no curso de Doutorado do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá. A proposta foi analisar a relação entre esfera pública e privada, no Brasil, tomando como pano de fundo as concepções de esfera pública na leitura de dois autores que inauguraram a reflexão e que se tornaram referencial teórico para uma análise sobre esfera pública. São eles, Hannah Arendt e, posteriormente, com

maior profundidade, Jürgen Habermas. Por isso, o recorte temático sugerido neste artigo representa uma primeira análise sobre a relação entre o público e o privado, para uma investigação sobre a frágil delimitação dessas esferas na experiência brasileira. Essa frágil delimitação fortalece a desigualdade e compromete o direito à democracia, expresso no art. 21 do DUDH, tema da pesquisa de doutoramento.

Nesse sentido, o texto foi dividido em duas partes, sendo a primeira intitulada “Entre o público e privado”, na qual buscou-se analisar os conceitos de público e privado, bem como observou-se as ideias de Hannah Arendt, nas obras *Origens do totalitarismo* (1951) e *A condição humana* (1958) e Jürgen Habermas na obra *Mudança Estrutural na Esfera Pública* (1961). Por que trazer as ideias de Arendt? Antes de Habermas, Arendt analisou a ideia de esfera pública e a importância da delimitação entre o espaço público e privado como condição para o advento do espaço político que é o da ação. Assim, a análise das contribuições de Arendt e Habermas oportunizou reflexões sobre o direito à democracia expresso no art. 21 da DUDH, bem como para uma reflexão sobre a trajetória brasileira na construção de uma esfera pública no horizonte das ideias democratizantes que se fortaleceram a partir da déc. 80.

A segunda parte do texto sob o título “Sobre a sociedade civil e a esfera pública no Brasil” investigou-se se efetivamente experimentamos a formação de uma esfera pública no final da fase do regime militar e quais as suas especificidades para o fortalecimento do processo democrático. Por fim, nas considerações finais destacou-se a importância de uma sociedade civil, no sentido forte, e seus espaços públicos para um possível enfraquecimento do fenômeno do patrimonialismo presente na experiência política brasileira. Buscou-se, por conseguinte, destacar o papel do Direito à democracia neste cenário de resgate de uma sociedade civil, da participação e da cidadania, três conceitos importantes e que sofreram deslocamentos de sentido a partir do projeto neoliberal implementado nos países da América Latina nas décadas de 80 e 90.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Entre o público e o privado

Segundo Nicola Abbagnano, em seu clássico *Dicionário de Filosofia*,

o termo “público” do inglês *public*; francês, *publique*; alemão *Offentlich* foi utilizado no sentido filosófico, na tradição de pensadores anglo-saxões, com a finalidade de designar conhecimentos ou elementos de conhecimentos que estão disponíveis a qualquer um, opondo-se à ideia de algo privado, não acessível. Nesse horizonte, também mencionou que Immanuel Kant (1724-1804) utilizou o termo no sentido de *objetivo*, ou seja, aquilo que pode ser participado por todos e, por conseguinte, com comunicabilidade intersubjetiva (ABBAGNANO, 1982, p. 780).

Inicialmente, o termo *público* em Hannah Arendt (1906-1975) poderá ser identificado como ‘o que pode ser visto ou ouvido por todos’, o que é ‘comum a todos’, ou seja, ‘o mundo comum em que todos devem estar interessados no mesmo objeto’. E *Privado* poderá ser a ‘esfera da família’, ‘da consciência’, ‘do que não é partilhado’, ‘o reservado’ (ARENDR, 1951, p. 262).

Ao se refletir sobre tais distinções, caminhando pela cidade, pode-se identificar as duas dimensões no espaço citadino. Identificam-se residências, parques, museus, restaurantes com suas mesas ‘reservadas’ e sabe-se que não se pode sentar, como igualmente não se pode ingressar nas residências alheias sem ser convidado. Cenas cotidianas são capazes de mostrar a dicotomia entre o *público* e o *privado*, entre o comum e o não comum – entre o *próprio* e o *alheio*. A ideia fundante é a da compreensão da tensão entre o espaço público e privado na construção da esfera pública, a partir de uma sociedade civil, no sentido forte, como importante para as condições de possibilidades da política (ARENDR, 1958).

Se não há a distinção entre o que é público e privado, se há a dissolução dessa dicotomia, perderemos a experiência de um mundo compartilhado porque qualquer um atribuirá qualquer significado às coisas, em qualquer tempo, conforme seus interesses ou conforme o interesse daqueles que impõem suas verdades a uma coletividade. Perderemos a experiência da igualdade, porque “a esfera pública é tão consistentemente baseada na lei da igualdade como a esfera privada é baseada na lei da distinção e da diferenciação universal” (ARENDR, 1951, p. 262). E sobre a igualdade, Arendt (1951, p. 262) destaca que “não nascemos iguais; tornamo-nos iguais como membros de um grupo por força da nossa decisão de nos garantirmos direitos reciprocamente iguais.”

A importância da dicotomia *público/privado* conduz a algumas questões, a saber: o que significa esfera pública? O que foi a *esfera pública burguesa europeia* na análise habermasiana? Em nossa experiência brasileira tivemos uma esfera pública autêntica? Essa esfera pública que marca a existência de uma sociedade civil pode ser o lugar para o fortalecimento das condições de possibilidade do direito à democracia consubstanciado no art. 21 do DUDH?

Quando, por exemplo, Arendt observou a questão do poder e da violência na obra de 1951 destacou que a pessoa que não tem noção do que é *res publica* se comporta de forma violenta e não discute racionalmente, porque compreendeu um suposto mundo comum na ótica de uma única perspectiva e, nessa perspectiva, simplesmente o outro não existe (ARENDR, 1951). Essa percepção é interessante para se pensar mais adiante sobre o conceito de patrimonialismo.

A esfera pública como o lugar da ação em conjunto com o outro, fortalece essa ideia do *si mesmo* e do *outro*. Todavia, se o sujeito não percebe o outro, a dimensão privada coloniza a pública e, nesse horizonte, o que é 'comum a todos' perde sua força, enfraquece a delimitação de espaços e permite a confusão entre as esferas. A dissolução da delimitação entre as esferas elimina a possibilidade de construção de uma sociedade civil autêntica. E esta é capaz de construir um lugar comum de construção de uma *esfera pública* e, nesse espaço, ou em muitos espaços públicos possíveis, cada um poderá construir a sua *ação*. Para Arendt, nas sociedades contemporâneas, elimina-se propositadamente o lugar da *ação* para que algo diferente apareça: o comportamento (ARENDR, 1951).

A *ação* que envolve em Hannah Arendt a vida em comum, no sentido do *zoom politikon* aristotélico, é substituída pelo *comportamento* em que as pessoas são impelidas a ter certas ideias e forja-se uma suposta opinião pública, esvaziando-se a construção de consensos pelo diálogo. A sociedade contemporânea, por exemplo, que pode ser caracterizada como uma *sociedade de massa*, em muitos aspectos, esvazia a sociedade civil e os espaços públicos quando elimina os lugares comuns. E, a perda desses espaços compartilhados, representa o esvaziamento das condições de possibilidade para a igualdade que a liberdade pública poderia proporcionar. A impossibilidade de compreensão da dicotomia *público e privado* é a perda

da condição humana que se caracteriza na ação de seres humanos que vivem juntos (ARENDDT, 1951; 1958).

Nesse espaço seríamos todos iguais ou mereceríamos igual consideração – o lugar do direito a ter direitos. Sem uma sociedade civil, não há espaço público e, conseqüentemente, não há esfera pública, comprometendo-se, também, a ideia de cidadania que traz em si a concepção de um *sujeito reivindicante* e a possibilidade de *ação política*. Não há igualdade, porque ela é o nexo que interliga cada participante desse espaço público possível. Tudo se fragiliza (ARENDDT, 1951; 1958).

A esfera pública configura o *locus* da comunicação intersubjetiva que permite a construção das opiniões, dos julgamentos para a probabilidade de uma opinião pública. Entendendo-se por este termo, a formação de uma vontade pública que se consolida em formas de participações políticas horizontais. Nessas relações horizontais se exercitam e se desenvolvem diferentes aspectos de igualdade. A igualdade é, por conseguinte, um pressuposto da vida política (ARENDDT, 1951; 1958).

Além de Hannah Arendt, Jürgen Habermas nos oportunizou uma excelente reflexão sobre a formação da esfera pública europeia em sua obra de 1961, tese de habilitação de pós-doutoramento na Faculdade de Filosofia de Marburg. Nesta obra, o tema, ou seja, o objeto de investigação, foi a esfera pública como uma categoria histórica que nasceu no que denominou de “outono” da Idade Média europeia. A sua intuição era articular duas ideias: a *esfera pública* e a *opinião pública* para compreender algumas tensões e transformações geradas pelo advento do capitalismo e que construíram as condições de possibilidade para a estruturação de uma “esfera pública burguesa” (HABERMAS, 1984).

Nesta análise uma das lições importantes é a ideia segundo a qual a *esfera pública* não pode ser deslocada de seu tempo histórico, de seu caminhar histórico (HABERMAS, 1984, p. 9). E como Arendt, Habermas observou o conceito como *polissêmico*. O público pode ser aquilo que é acessível a todos, capaz de frequência pública, mas é também visto como prédios públicos que abrigam instituições e que não são abertos à frequência de qualquer pessoa (HABERMAS, 1984, p. 14).

O próprio Estado assumiu em dado momento histórico o sentido de “poder público” com a tarefa de promover o “bem público.” O que conduz, em certo sentido ao clássico conceito de “bem comum”. E mais. O uso da palavra “esfera” ressalta, segundo o filósofo, o sentido de oposição, um setor que se opõe a outro e, neste ponto, pode-se dizer que a *esfera pública* se opõe à *esfera privada*. A origem do termo na tradição alemã ocorre com o uso do termo *Offentlich*, no interior da sociedade burguesa como equivalente ao francês *publicité*. Uma sociedade baseada na troca de mercadorias e de trabalho social (HABERMAS, 1984, p. 15).

Uma percepção interessante que Habermas destaca é a forma como as esferas se relacionavam no mundo antigo. Na *pólis* grega, por exemplo, a experiência pública estava na *práxis* comunitária vivida na *Agora*, mas para ter esse privilégio o sujeito teria que ter a autonomia privada, ou seja, ser senhor livre numa sociedade escravagista. A esfera privada grega era constituída pela casa, pela estirpe, bens e escravos – assim, “a posição na *pólis* dependia da posição doméstica” (HABERMAS, 1984, p. 16). E de certo modo esse modelo ideológico perdurou até hoje no Brasil.

No período medieval, não há a dicotomia público-privado, uma vez que as relações são verticais, há um superior e um inferior, há privilégios com base em interesses particulares, baseado no domínio fundiário. A ideia de *publicus* aparece como “representatividade pública”, ou seja, reconhecimento nos documentos medievais assinados pelo senhor ou pelo Soberano com seus selos. Esse reconhecimento decorre do *status*, da sua aura de autoridade e vincula-se ao Rei reunido com seus senhores laicos, religiosos (que tinham uma representatividade especial) e cavaleiros. Destaque-se que não há nesse momento histórico a ideia de *representante do povo*, pois o ser humano comum não participava dessa representatividade (HABERMAS, 1984, p. 19).

Qual a mudança estrutural? A mudança estrutural se iniciou com o movimento do humanismo², do séc. XIV ao XVI, que impregnou a vida na corte, que ofuscou a vida do nobre rural e permitiu uma cultura aristocrática

² O humanismo foi um movimento intelectual durante o Renascimento, inspirado na civilização greco-romana que se baseava num saber crítico voltado para o desenvolvimento das potencialidades humanas. Um belo exemplo dessa influência é o afresco Escola de Atenas de Rafael Szancio. Características desse movimento: a invenção da imprensa por escritos móveis, as grandes navegações, a crise do sistema feudal, o aparecimento da burguesia, o racionalismo, antropocentrismo, cientificismo, valorização do corpo e da beleza, dentre outros. Exponentes: Petrarca, Alighieri, Erasmo de Rotterdam, Tomas More e Montaigne (ABBAGNANO, 1982, p. 493-4).

urbana. Somente a partir do Séc. XVI, diz Habermas, o termo em latim *private, privatus* surge como algo excluído do aparelho do Estado (HABERMAS, 1984, p. 22). Outro dado importante que começa a acenar para a cisão entre público e privado foi a Reforma que, sob o ponto de vista filosófico, colocou a liberdade de crença como a primeira esfera de autonomia privada – a ligação com o divino passa a ser coisa privada (SOUZA, 2000). Aos poucos, o Estado absolutista passa a ser visto como público, os servidores do Estado como servidores públicos e os prédios em que atuam tais autoridades, como prédios públicos. A corte assumiu paulatinamente o lugar privado, ao mesmo tempo, que se objetivaram as instituições, tais como a burocracia, o exército e a justiça (HABERMAS, 1984, p. 22-28).

Nesse caminhar histórico europeu, que em nada se assemelha ao nosso percurso, surgiram as corporações urbanas que permitiram o advento da esfera burguesa em oposição ao Estado. E ela surgiu com um novo imaginário que buscava, para si, a representatividade da antiga classe nobre. O que efetivamente ocorreu foi a absorção dos ideais humanistas ao lado da crescente troca de mercadorias e informações – importante mudanças econômicas. E mais. O comércio local expandiu-se propiciando uma relação horizontal de dependência. Surgiram as nações da nacionalização da economia citadina e, depois, o Estado Moderno com suas instituições e demandas. Todas as transformações desembocaram na ideia de *permanência* como atividade estatal *continuada*, um poder público moderno (HABERMAS, 1984, p. 27-31).

O que Habermas destaca é que a burguesia emergente possibilitou a reunião de pessoas privadas em um espaço público que fez oposição à vida na corte. Rompendo, portanto, gradativamente com o modelo de dominação. Obviamente, as primeiras manifestações dessa esfera pública (de pessoas privadas), não eram políticas e, por isso, foi designada como *esfera pública literária* que habitava os cafés e salões, reunindo, com o passar do tempo, grupos de intelectuais humanistas e intelectuais burgueses – uma mistura interessante (SOUZA, 2000). Essa parlamentação adquire aos poucos conotação mais crítica (HABERMAS, 1984, § 4º). E, é neste cenário, que Habermas distingue o que ele designou por *esfera privada* ou *sociedade civil*, representada pela família e pelo setor privado de trocas, da *esfera pública política* que apresenta a tensão entre *opinião pública*, o Estado e as

necessidades da *sociedade*. Nesse sentido, observou Habermas (1984, p. 41) que 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 de troca na esfera fundamentalmente privada, mas publicamente relevante, as leis do intercâmbio de mercadorias e do trabalho social.

Desta percepção de Habermas e das considerações de Arendt pode-se pensar se as condições de possibilidade de formação de uma esfera pública, capaz de dialogar com o Estado, não estariam vinculadas à dicotomia público e privado que se configura dialética e paulatinamente no ambiente cidadão. As considerações de Arendt e Habermas aqui reunidas, destacam a importância da delimitação desses diferentes espaços, construídos num caminho histórico marcado de avanços e retrocessos, para o fortalecimento do que é comum, da coisa pública em suas diferentes concepções.³ E mais, que a *inexistência* de uma esfera pública, representaria, também, a *inexistência* da cidadania.

Sem cidadania, não há efetividade de direitos, não há igualdade, porque a igualdade é um ideal político que representa o nexo que interliga cada participante da esfera pública entre si e, esse elemento, é fundamental para o reconhecimento de direitos que não são dados, mas *construídos intersubjetivamente* no âmbito da esfera pública (VALERA, 1999, p. 224). Todavia, a mera existência de uma esfera pública, embora seja necessária, não é suficiente para as experiências democratizantes e para o reconhecimento de novos direitos. É um fator necessário, mas não suficiente.

Uma distinção importante quando se pensa em esfera pública é aquela entre *sociedade civil* e *esfera pública*. Por quê? Porque o conceito de Sociedade civil pode assumir significados diversos ao longo do tempo e em contextos históricos diferentes. Para Norberto Bobbio (1909-2004), o conceito *sociedade civil* assumiria o sentido de um lugar das relações sociais

³ A ideia de *bem comum* (de origem grega) ou *res pública* (de origem romana) apresentou diferentes sentidos ao longo da história, particularmente em sociedades baseadas na escravidão. Desde o mundo antigo ideais como liberdade, igualdade, bem comum e justiça sempre foram conceitos polissêmicos e conviveram com o não reconhecimento da cidadania para alguns segmentos da sociedade como a mulher, o escravo, o estrangeiro (meteco), por exemplo.

diferente das relações políticas. Em verbete de seu *Dicionário de Política* (1997, p. 1026) observa os diferentes usos do conceito, que inicialmente, para os *jusnaturalistas*, vincula-se à ideia de Estado no sentido de uma situação que nasce do contrato social em contraposição ao estado de natureza. Sobre essa ideia cita uma célebre passagem de John Locke, no *Segundo Tratado sobre o Governo Civil* (§ 87) que observa que aqueles que se reúnem num só corpo, aceitam uma lei comum e um poder político centralizado para dirimir conflitos, se encontram em sociedade civil. Menciona, igualmente, Kant, na *Metafísica dos Costumes*, na Doutrina do Direito (§ 44), no mesmo sentido lockeano segundo o qual o homem deve sair do estado de natureza e entrar num *Estado civil*. Então alguns autores do contratualismo moderno vinculam o conceito de Sociedade civil à ideia de poder político centralizado, que designamos por Estado.

As definições ofertadas por Marx e Gramsci, mais contemporâneas, traduzem segundo o filósofo italiano, com maior precisão o que atualmente definimos por sociedade civil. Para Marx, o conceito assumiu o sentido das relações econômicas individuais – a esfera privada. Gramsci ofereceu um sentido um pouco diferente quando a vinculou à superestrutura política e ideológica. A sociedade civil em Gramsci seria o conjunto de organismos privados, bem como a sociedade política ou Estado que corresponde à função hegemônica que determinado grupo exerce, numa dada sociedade. O que é a superestrutura? É o complexo das relações ideológicas e culturais. De um modo geral, Bobbio adverte que há certo predomínio da tese marxista como lugar das relações entre indivíduos, grupos, classes, um espaço aberto ao conflito econômico, ideológico, religioso em que o Estado seria o mediador (BOBBIO, 1997, p. 1210).

Antony Giddens (2005) observou em sua obra *Sociologia* que podemos designar por sociedade civil grupos de pessoas, famílias, associações com o papel importante de reivindicar direitos. Por isso, não podemos confundir *sociedade civil* com *esfera pública*. *Esfera pública* é o espaço construído pela sociedade civil para a discussão livre de sujeitos autônomos e reivindicantes. E mais. Podemos ter diferentes espaços públicos no interior da mesma sociedade civil e, nestes espaços, debater assuntos para a formulação de agendas que possam de algum modo obter a consideração do Estado (GOMES, 2008).⁴

⁴ É interessante observar o deslocamento de sentido que o conceito de sociedade civil vai sofrer no Brasil para seu esvaziamento político na déc. de 90.

Com essa ideia, a esfera pública poderia assumir o papel legitimador de uma sociedade livre que se compromete com *ideias comuns* e *racionais* em que a discussão acontece fora do âmbito do poder político. Na visão de Charles Taylor, na obra *Argumentos filosóficos* (2000, p. 277), a esfera pública é o

espaço comum em que os membros da sociedade se congregam, por meio de uma variedade de meios, sejam eles impressos, eletrônicos ou em encontros diretos, para discutir questões de interesse comum acerca dessas questões. A esfera pública é uma característica moderna. A tal ponto de ser simulada.

Aproveitando as contribuições de Giddens e Taylor, a *esfera pública* poderia configurar uma ferramenta para ampliar a participação no processo político e fortalecer a sociedade civil como agente reivindicante. Em verdade, a sociedade civil possibilitaria a abertura de espaços públicos e a esfera pública que se configura nesses espaços públicos fortaleceria, por sua vez, a sociedade civil.

2.2 Sobre a sociedade civil e a esfera pública no Brasil

Arendt e Habermas não escreveram sobre a experiência brasileira, mas podem oportunizar conceitos para uma reflexão sobre a nossa trajetória que parece ter experimentado até hoje um movimento pendular que oscila entre governos autoritários e governos liberais. Assim, a análise nesta parte deve observar se ocorreu a construção de uma esfera pública no Brasil para a formação de uma vontade pública capaz de se consolidar em formas de participações políticas horizontais. E quais seriam as condições de possibilidade para formação dessa esfera pública.⁵

Do simples cotejo analítico dos autores que pensaram e pensam a história do Brasil⁶, percebe-se que não seguimos o percurso europeu estudado por Habermas, cujas obras inserem-se especificamente no contexto alemão. No Brasil, os direitos sociais, constituíram os primeiros a serem outorgados, por exemplo. Interessante que foram criados em regimes ditatoriais. E mais. Não representaram conquistas do cidadão comum,

⁵ Cf. a obra *Brasil: uma biografia* da lavra de Lília M. Schwarcz e Heloisa M. Starling que oportuniza uma preciosa contribuição sobre o caminho da democracia no Brasil.

⁶ Gilberto Freyre, Sergio Buarque de Holanda (personalismo), Raimundo Faoro (Patrimonialismo estamental), Jessé Souza (modernidade seletiva) e outros.

mas concessão do Estado (GOMES, 2008). Foram direitos outorgados que possibilitaram uma leitura segundo a qual o Estado seria o principal sujeito da sociedade, pois se configura como o distribuidor de favores e benefícios, independentemente da representação política. Essa ideia, nos dizeres de Murilo de Carvalho, configuraria a situação de uma “estadania” conceito que significa que a cultura política brasileira prioriza o Estado em detrimento de uma intermediação de representação legítima (GOMES, 2008; CARVALHO, 1996).

A trajetória brasileira foi diferente daquela analisada por Thomas Humprey Marshall (1893-1981), na obra *Cidadania, Classe social e Status*, e que ocorreu em três momentos: no séc. XVIII, os direitos civis; no séc. XIX, os direitos políticos e no séc. XX, os direitos sociais (MARSHALL, 1961).⁷ Será que não houve a emergência de uma modernidade política no Brasil? Como podemos caracterizar uma modernidade política? Uma modernidade política pode ser caracterizada pela elaboração de espaços públicos; pela interseção entre pessoas letradas e políticos; pelo uso público da razão; pela formação da opinião pública autêntica e pelo fortalecimento da noção de sociabilidade (GOMES, 2008, p. 41). Evidentemente, alguns elementos podem ser identificados em nossa trajetória outros, infelizmente, não.

Por que no Brasil os direitos sociais foram os primeiros a serem outorgados? Concedidos em regimes ditatoriais? Porque possivelmente eram mais tolerados pela classe dominante⁸ agrária e industrial, o que permitiu a tese segundo a qual os direitos sociais não pertenceriam a todos, mas à determinada categoria, fruto de negociação com o governo. Experimentou-se, portanto, em primeiro lugar, a criação do Estado para depois surgir a sociedade como uma mistura de partes desiguais, por isso a desigualdade foi e permanece naturalizada (GOMES, 2008, p. 43).

⁷ O Brasil experimentou um governo unitário desde os seus primórdios. Durante a fase colonial, as capitânias hereditárias foram entregues a nobres, de 1534 a 1759 quando foram extintas e transformadas em províncias por Marques do Pombal em 1821. Com a Proclamação da Independência, a carta de 1824 assegurava a mesma estrutura: províncias cujos presidentes eram nomeados pelo Imperador. Em 1831 com a abdicação de D. Pedro I ocorre o primeiro movimento descentralizador. Com o Ato Adicional em 1834 foi aprovada a Lei 16 de 12/08/1834 que emendou a Carta de 1824 para criar a Monarquia Representativa. Com a proclamação da república, o governo provisório expediu o Dec. Nº 1 de 15/11/1889, criando a federação, cujos entes federativos nascem de um Estado imperial unitário (GOMES, 2008; SCHWARCZ; STARLING, 2015)

⁸ Optei pelo uso do termo classe dominante e não elite por considerá-lo mais operacional diante da realidade brasileira contemporânea em que grandes grupos econômicos financiam projetos políticos em troca de benefícios. Classe dominante significa um grupo econômico que exerce um domínio econômico e político, focado na desconstrução de uma sociedade civil reivindicante, de uma educação para autonomia, visando tão somente o lucro. Cf. Masturcelli, D. E. Elite e Classe dominante. Notas sobre o marxismo inspirado na teoria das elites. Out. n. 18. 1º sem. 2009. Disponível em: www.uel.br/grupo-pesquisa/gepal/segundosimposio/danilomarturcelli.pdf. Acesso em: 10 de nov. 2017.

Partindo dessa constatação compartilhada pelos autores que estudam a trajetória brasileira, não podemos negar uma certa *herança ibérica* que foi diferente da anglo-américa em que a sociedade antecedeu o Estado através de um pacto entre indivíduos⁹. O federalismo estadunidense e o federalismo brasileiro¹⁰ comprovam essa diferença. Experimentamos, para alguns, um *vício de origem* marcadamente patrimonialista que teria comprometido nossa trajetória (ZIMMERMANN, 2005).

De fato, a questão do patrimonialismo¹¹ está no centro de qualquer investigação que assuma o desafio de pensar a democracia no Brasil, porque é um conceito importante para reflexão sobre a relação entre as esferas pública e privada e para novos desenhos institucionais. Por quê? Porque o fenômeno do patrimonialismo perpetua arranjos entre o campo econômico e o sociopolítico, no sentido do atendimento aos interesses de quem detém o poder, produzindo assim um *modus operandi* que perpetua a desigualdade como natural, o favoritismo, dissolve a separação entre público e privado, fortalece uma ordem jurídica que favorece interesses distantes dos interesses de todos, dentre outras situações igualmente indesejáveis.¹² Enfim, compromete a natureza de um poder democrático conforme nos desvelam os episódios recentes da história político brasileira.

Autores brasileiros problematizaram o patrimonialismo como um fenômeno ora visto apenas do ponto de vista do Estado, ora presente na sociedade civil¹³, e, de qualquer sorte, intimamente relacionado com os

⁹ O pacto do Mayflower de 1620, por exemplo, desvela essa ideia. Eram peregrinos que cruzaram o Atlântico em um navio com o nome Mayflower. Redigiram e assinaram um contrato social para sobrevivência do grupo em que a igualdade possui um lugar especial. O reconhecimento da igualdade e sua relação necessária com a liberdade. Cf. Zimmermann. Ver tb. Pacto Mayflower – A âncora comum. Disponível em: <<https://www.allabouthistory.org/portuguese/o-pacto-do-mayflower.htm>>. Acesso em: 12 nov. de 2017.

¹⁰ O federalismo brasileiro seguiu o modelo estadunidense (1787), resultado da Convenção de Filadélfia, mas sem as devidas adaptações e/ou reflexões como advertiu na ocasião Júlio de Castilhos. O federalismo brasileiro surgiu de um poder unitário que deliberou sozinho – uma história republicana marcada pelo autoritarismo, instabilidade política e golpes de Estado.

¹¹ O conceito de patrimonialismo foi objeto de estudo de Max Weber, na obra *Economia e Sociedade*, no capítulo IX, denominado “Sociologia da dominação”. C.f. WEBER, 2012, v.2.

¹² A literatura poderá ser um grande aliado nesta reflexão. Encontramos em autores como Guimaraes Rosa, *Sertão Veredas*; Lima Barreto, *O triste fim de Policarpo Quaresma* e Érico Veríssimo, na terceira parte de *Tempo e o Vento*, narrativas que ilustram as relações sociais e de poder e desvelam como a cultura brasileira foi se construindo sem a emergência do sujeito moderno no horizonte da dominação tradicional de viés patrimonialista.

¹³ Temos duas vertentes: o patrimonialismo do Estado e nesta vertente, Raymundo Faoro, Simon Schwartzman, por exemplo; e de outro o patrimonialismo na sociedade civil observado por Florestan Fernandes e Maria Sylvia de Carvalho Franco. Para esta autora o atraso que nos destrói decorre da forma como acomodamos

dilemas do Estado brasileiro na tensão entre o público e o privado. Nos dizeres de Sidney Guerra (2012, p. 57):

O patrimonialismo significa que o Estado é visto como um bem pessoal, patrimônio que designa a propriedade transmitida por herança de pai para filho. O Estado é dirigido pelo governante como uma empresa pessoal, no quadro do capitalismo mercantil e, como consequência, gera corrupção ao seu redor e neutraliza a iniciativa dos produtores. A corrupção torna-se um dado intrínseco ao sistema como resultado e uma exacerbação do Estado e não uma mera prática pessoal.

Neste diálogo sobre o patrimonialismo, há autores que não aceitam qualquer modernização possível em razão do vício de origem, como Faoro¹⁴, e aqueles que o relativizam e observam alguma modernização da sociedade brasileira a despeito do patrimonialismo, como Jessé Souza. E, neste ponto, é relevante analisar o Estado patrimonialista que se esconde atrás de uma máscara de um Estado Democrático de Direito debilitado no plano da sociabilidade.¹⁵

Encontramos nesse caminhar histórico uma classe dominante e política de grandes proprietários que fizeram concessões, mas que estiveram sempre comprometidos com poder privado. A denominada *República velha* (1889-1930), por exemplo, foi a república dos coronéis¹⁶ em que não se ampliou a cidadania, ao contrário, os grupos agrários e oligárquicos dominaram a ferramenta do voto, no interior do país, como elemento importante para o clientelismo político. Outro exemplo: os escravos recém libertos (1888) vivenciavam uma subcidadania, sem direitos civis, sem acesso à educação e demais direitos sociais. A Guerra dos Canudos (1896-1897) e a Guerra do Contestado (1912-1916) configuram episódios de massacres e violações que passaram ao largo de uma realidade política republicana, baseada na criminalização da pobreza (GOMES, 2008; SCHWARCZ:STARLING, 2015).

princípios antiéticos em nossas maneiras de ser e agir como sociedade civil. (Cf. FRANCO, 1969; SCHWARTZMAN, 1982).

¹⁴ O vício de origem refere-se à herança ibérica. Cf. VIANA, Luiz Werneck. Weber e a interpretação do Brasil. Novos estudos – CEBRAP. N. 53, março 1999. p. 33-47.

¹⁵ Sobre este ponto cf. o artigo STRECK, L.L. O que o procurador pastor tem a ver com a desmoralização do Direito? In: Conjur. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jun-01/senso-incomum-procurador-pastor-ver-desmoralizacao-direito>. Acesso em: 1 jun. 2017. Veja-se a seguinte passagem: “Falemos dos indefectíveis irmãos Batista ou dos réus que receberam liberdade no Superior Tribunal de Justiça enquanto esse mesmo tribunal deixou presa uma mulher que furtou peito de frango e outros queijandinhos”.

¹⁶ De 1898 a 1902, Campos Salles instaura a república dos coronéis fortalecendo a aliança entre a Presidência e os governadores (coronéis) (SCHWARCZ:STARLING, 2015).

Na era Vargas (1930-1945), por exemplo, identificou-se a diminuição da autonomia dos Estados. De 1946 a 1964, tivemos alguma experiência democrática com processo de urbanização, modernização e industrialização em razão de exigências econômicas internacionais. De 1964 a 1985, o período do regime militar com maior poder à União e, nesse período, em 1968, o Ato Institucional nº 5 marcando uma fase de grande repressão. Mais tarde em 1982 intensifica-se o processo de esgotamento do regime militar, mas restou sem sucesso a reivindicação de eleições diretas em 1984. E, nesse contexto, através de eleições indiretas, chega ao poder Tancredo Neves em 1985, sendo imediatamente sucedido por José Sarney que com a EC nº 26 de 1985 convoca a Assembleia Nacional Constituinte (GOMES, 2008; SCHWARCZ:STARLING, 2015).¹⁷

Da fase final do governo Geisel até João Baptista Figueiredo (1979-1985), autores identificam a formação de uma esfera pública, autêntica, que denunciava o esgotamento do regime militar, desmoralizado em razão de casos de corrupção, desconfiança da população, crise econômica e o enfraquecimento do partido governista, Arena. Nesta fase alguns movimentos foram importantes e podem denotar a formação de uma esfera pública, ainda que frágil, tais como: o advento de uma imprensa alternativa, as sucessivas manifestações dos sindicatos dos trabalhadores no ABC, a importante atuação de representantes da Igreja Católica como Dom Evaristo Arns, Dom Helder Câmara e de grupos de religiosos representantes da teologia da libertação, dentre eles o Frei Leonardo Boff, que lutavam pelo engajamento social do clero na América Latina ao lado do trabalho das Comunidades Eclesiais de Base. Sem mencionar a classe artística que buscou maneiras alternativas para lutar por liberdade e igualdade (GOMES, 2008; SCHWARCZ:STARLING, 2015).¹⁸

¹⁷ Interessante observar que em 1979 ocorre uma situação *sui generis*: a anistia dos presos políticos e igualmente, a anistia dos *torturadores* também – vítimas e algozes anistiados. Além deste fato, destaque-se o fim do bipartidarismo com a Lei Orgânica dos Partidos. Neste cenário estranho, a sociedade civil foi mobilizada para internalizar o movimento das Diretas já, no final do governo de João de Figueiredo para pressionar o Poder Legislativo a aprovar a *Emenda Dante de Oliveira* para o voto direto para presidente que não foi aprovada e foi nesse contexto que Tancredo Neves foi escolhido em eleições indiretas, mas sobrevivendo seu falecimento, José Ribamar Sarney, do partido governista que sempre defendeu o regime militar, membro do partido Arena, assumiu o poder (GOMES, 2008; SCHWARCZ:STARLING, 2015).

¹⁸ Um exemplo de música que denunciou a corrupção no governo militar e que menciona queda do viaduto Paulo de Frontin, bem como a situação de presos políticos como o irmão do Henfil, foi a canção O bêbado e a equilibrista gravada em 1979, por Elis Regina, melodia de João Bosco e letra de Aldir Blanc tornou-se um hino à anistia no período final da ditadura militar iniciada no golpe militar de 1964.

No Brasil, a sociedade civil foi marcada pelas mazelas do viés autoritário no sentido pensado por Gramsci, mas que demonstrou na déc. de 70 um papel importante opondo-se ao autoritarismo – mostrou-se num sentido forte que infelizmente não se repetiu. Posteriormente, ocorreu um enfraquecimento do potencial de mobilização e organização política da sociedade civil brasileira com a construção de deslocamentos de sentidos para esse esvaziamento, como parte de um projeto político e econômico.

Aragon E. Dasso Jr (2006) em sua pesquisa de doutoramento, sob o título *Reforma do estado com participação cidadã? Déficit democrático das agências reguladoras brasileiras*, investigou o déficit democrático das agências reguladoras criadas no contexto da reforma ultraliberal¹⁹ do Estado brasileiro operada pelo governo de Fernando Henrique Cardoso, em seu primeiro mandato de 1995 a 1998. E, nesta análise, oportuniza um estudo sobre a década de 90, bem como um cuidado conceitual que enriquece a análise sobre o público e o privado.

Assim, observa que nenhum Estado subdesenvolvido que seguiu a doutrina ultraliberal, sob a globalização capitalista, resolveu seus problemas de desigualdade social. No contexto da globalização, a administração pública foi a que mais sofreu alterações e muitos Estados fizeram ajustes em razão dessa ideologia ultraliberal nos anos 70, 80 e 90. A suposta classe dominante brasileira defendeu a tese da reforma do Estado nos anos 90, como algo inevitável. Associado à reforma do Estado estava o fenômeno da democracia como forma e regime de governo – uma democracia formal. Todavia destaca que mesmo com o fim da ditadura em 1985, experimentamos o desconforto de uma democracia *imperfeita* (DASSO Jr., 2006, p. 22). Particularmente preferiria dizer: uma democracia *não realizada* porque não há interface com a cidadania.

Deve-se registrar cinco questões importantes em sua pesquisa, a saber: 1. a globalização²⁰ não é um processo natural e inevitável, seu fundamento teórico é o ultraliberalismo que prega o domínio irrestrito do mercado; 2. O

¹⁹ Dasso Júnior observa esse novo contexto conforme a doutrina de Ignácio Ramonet, designado por “pensamento único” e que ele chamou de “ultraliberalismo”. Essa doutrina parte da ideia da prevalência do econômico sobre o político e da ideia de que o capitalismo seria o estado natural da sociedade. Acrescenta-se que a democracia não seria o estado natural da sociedade, mas o mercado com sua desregulamentação, privatização, liberalização etc. (DASSO Jr., 2006, p. 21-22)

²⁰ Dasso Jr, observa que a globalização não é um resultado econômico, mas um programa político; o autor destaca o fato de que a globalização inclui um programa político, não é consequência da economia apenas, mas um conjunto de medidas políticas para liberalização do comércio nos países periféricos – eliminação das regulações nacionais que freiam as empresas e seus investimentos. Numa linguagem de Bourdieu seria uma *política de despolíticação* – consciente e deliberada. O mercado mundial é uma criação artificial e política (DASSO Jr. 2006, p. 41).

modelo de gestão pública é para o modelo neoliberal e para globalização; 3. A reforma do Estado promovida pelo governo FHC foi feita em nome do modelo ultraliberal; 4. A reforma regulatória promovida por FHC, se baseou em modelos estrangeiros, fundamentado na ideologia segundo a qual interessa transpor para atores privados as atividades do Estado a título de monopólio ou quase-monopólio; e, por fim, 5. Não há democracia sem participação cidadã;

No mesmo sentido, Evelina Dagnino, cientista política e pesquisadora da UNICAMP, no artigo *Sociedade civil, participação e cidadania: de que estamos falando?* (2004), investigou os dilemas da democracia brasileira causados pelo que denominou de “confluência perversa” de dois projetos políticos distintos: o projeto democrático e participativo da Constituição de 1988, e o projeto neoliberal ou ultraliberal que caracteriza o cenário atual. Essa “confluência” pode ser desvelada no deslocamento de sentido - propositado - em três categorias que se afiguram referências centrais numa democracia. São elas: a sociedade civil, a participação e a cidadania (DAGNINO, 2004, p. 95).

O marco formal do processo de democratização ocorreu, no Brasil, sem dúvida, com a promulgação da Constituição de 1988. Uma Constituição designada por Ulisses Guimarães com a alcunha de “Constituição cidadã”. Esse marco representa, segundo a autora, o primeiro projeto, o processo de alargamento e aprofundamento da democracia com “a criação de espaços públicos para a crescente participação da sociedade civil nos processos de discussão e de tomada de decisão relacionados com as questões de políticas públicas” (DAGNINO, 2004, p. 95).

Com a Constituição de 1988, dois elementos foram importantes: 1. o Brasil experimentou o restabelecimento de uma democracia formal com eleições livres e a reorganização partidária; 2. Vivenciou uma sociedade civil num sentido forte em razão da luta na fase anterior, que marcou uma boa participação para construção de espaços públicos e compartilhamento de poder (DAGNINO, 2004).

Temos, por exemplo, mecanismos importantes de democracia direta e participativa (além do célebre art. 14 da CRFB/1988), com a criação os Conselhos Gestores de Políticas Públicas nas esferas municipal, estadual e federal, com representação paritária do Estado e da Sociedade civil para a

construção de políticas públicas sobre segmentos importantes. Ademais, temos os orçamentos participativos, embora não sejam exigência legal e sim escolha política, podem configurar um importante espaço público para deliberação sobre orçamento municipal em que a população pode ser ouvida (DAGNINO, 2004).

E o segundo projeto da “confluência perversa”? O segundo projeto foi o de construção de um “Estado mínimo” com seu papel voltado para o encolhimento de suas responsabilidades sociais e transferência para sociedade civil, esta redefinida, para o modelo neoliberal e que ganha espaço no Brasil com a eleição de Fernando Collor de Mello, do PRN, em 1989. Naquele momento histórico acontecia um “processo global de adequação das sociedades latinas, sobretudo, ao modelo neoliberal produzido pelo *Consenso de Washington*” (DAGNINO, 2004, p. 96).

A tese de Dagnino (2004) é que na última década, a década de 90, ocorreu uma “confluência perversa” entre esses dois projetos. Qual seria a perversidade desse encontro de ideias *a priori* opostas? Para a autora, o encontro de processos democráticos de alargamento de cidadania com a ideologia de um “Estado mínimo” mostra uma situação cujos efeitos não são aparentes, não são evidentes. E, embora projetos opostos, ambos requerem uma sociedade civil ativa, ou seja, propositiva – *essa é a perversidade*. Mas o que seria uma sociedade civil para processos democráticos e o que seria uma sociedade civil para um projeto neoliberal? Há uma diferença necessária, mas que fica encoberta.

Há um dado significativo: foi construída uma concepção falsa de sociedade civil, a partir do uso de referências comuns - compartilhadas. Os conceitos de *participação*, *sociedade civil* e *cidadania* sofreram um deslocamento de sentido para um campo conceitual vazio, tornando-se *flatus vocis*, conceitos vazios, desconectados de uma realidade social, marcadamente desigual e excludente. Essa é a perversidade que segundo a autora marcou a déc. de 90 no Brasil. Eis o dilema: temos uma Constituição de 1988 com a emergência de construção de espaços públicos para participação social e, ao mesmo tempo, o encolhimento do Estado e a ideologia da transferência de suas responsabilidades sociais para uma “frágil” sociedade civil nos moldes neoliberais (DAGNINO, 2004, p. 97).²¹

²¹ Frágil porque há uma constante imposição de elementos políticos e culturais considerados adequados e a consequente internalização desses valores. São representações construídas transnacionalmente e apresentadas como corretas ressignificando o mundo da vida de acordo com os interesses que defendem.

Qual a dinâmica de funcionamento dessa “confluência”? Se olharmos para a forma como lidamos com os movimentos sociais, a efetividade dos Conselhos Gestores e o funcionamento das ONGs, perceberemos a tese de Gramsci sobre a vinculação entre cultura e política quando definiu sociedade civil como *superestrutura*. Tais segmentos atuam junto com o Estado e acabam cooptados por um *projeto político*²² que utiliza deslocamentos de sentidos e violência simbólica para definir e defender concepções cujos objetivos são antagônicos à sua própria natureza de sociedade civil.²³ Leituras sobre o mundo da vida são feitas, mas no horizonte neoliberal e impostas como autênticas (BOBBIO, 1997; GOMES, 2008; DAGNINO, 2004).

Projetos políticos, afirma a cientista política, “não se reduzem a estratégias de atuação política no sentido estrito, mas expressam, veiculam e produzem significados que integram matrizes culturais mais amplas” (DAGNINO, 2004, p. 98). Por isso é importante a análise do deslocamento de sentido das noções *sociedade civil*, *participação* e *cidadania* e suas implicações num cenário democrático esvaziado de uma real democracia. Um lugar em que o espaço público é cooptado por interesses privados. Um espaço em que o poder econômico é o elemento facilitador para ocupar os espaços públicos e tomar o público como privado.

Nesse fenômeno de deslocamento de sentidos, as redefinições são colocadas como mais adequadas, conforme a tendência mundial – quem determina a tendência mundial? Neste ponto, a autora analisa a redefinição da noção de sociedade civil a partir, por exemplo, do surgimento das ONGs²⁴, do terceiro setor e das fundações empresariais, bem como a criminalização dos movimentos sociais. E, é nesse espaço, que é possível identificar a falta que faz a delimitação entre o público e o privado, o sentido de bem comum compartilhado com o outro e demais ideias similares. Conforme já mencionado,

²² A autora observa que a expressão “projeto político” serve “para designar os conjuntos de crenças, interesses, concepções de mundo, representação do que deve ser a vida em sociedade, que orientam a ação política dos diferentes sujeitos” (DAGNINO, 2004, p. 98; BOURDIEU, 2002).

²³ A classe dominante com interesses velados de dominação introduz mudanças culturais, a partir do uso de certa linguagem que significa o que Bourdieu chamou de violência simbólica, ao impor significações como legítimas e dissimula as relações de forças existentes (DASSO Jr., 2006, p. 28).

²⁴ A autora faz uma crítica à ONGs que congregam competência técnica e inserção social, mas que são os interlocutores ideais do Estado interessado na transferência de responsabilidade social, bem como difundem o paradigma global ligado ao projeto liberal, abandonando as raízes ligadas aos movimentos sociais. Elas acabam vinculadas aos interesses dos organismos internacionais que as financiam e ao Estado e, muitas vezes, se esquecem da sociedade civil a qual se intitulam representantes (DAGNINO, 2004, p. 100).

a dissolução entre as esferas elimina a Sociedade civil, no seu sentido forte, que é capaz de construir um lugar comum de constituição de uma *esfera pública* e, nesse espaço, cada cidadão poderia edificar a sua *ação*. O esvaziamento do lugar da *ação* é o fortalecimento do lugar do comportamento.

O que se pode observar é a despolitização da participação dos sujeitos, pois a nova sociedade civil (que foi reduzida propositalmente a certos segmentos), despida de seu sentido político real, mergulha, por exemplo, na esfera moral de trabalho voluntário ou de responsabilidade social para realizar funções/deveres que deveriam ser do Estado. Assim, esvaziam-se os espaços públicos para o debate e participação que resta reduzido a uma “gestão despolitizada” (DAGNINO, 2004, p. 103).

Além do deslocamento de sentido no conceito de sociedade civil e participação, a mais perigosa foi a ressignificação neoliberal do sentido de cidadania, limitando-a às relações entre indivíduo e Estado. Segundo Dagnino (2004), experimentamos uma cidadania ampliada quando no final dos anos 70 e durante os anos 80 surgiram reivindicações sobre moradia, água, luz, transporte, educação e saúde, dentre outras ideias em resistência ao regime militar. Todavia, não houve continuidade e se fortaleceu uma relação meramente vertical de cidadania, enfraquecendo-a.

Assim, é imprescindível habituar a visão sobre três elementos que podem resgatar a cidadania em seu sentido forte, a saber: *a ideia de direito a ter direitos na luta política pela igualdade e diferença; a ideia de integração social na luta por reconhecimento; o direito a participar da própria definição do sistema para uma nova sociedade* (DAGNINO, 2004, p. 104). O que significa dizer que é preciso ser coparticipante em governos locais e possibilitar, com isso, as condições de possibilidade de espaços públicos locais. Segundo Evelina Dagnino (2004, p. 105).

O processo de construção de cidadania como afirmação e reconhecimento de direitos é, especialmente na sociedade brasileira, um processo de transformação de práticas arraigadas na sociedade como um todo, cujo significado está longe de ficar limitado à aquisição formal e legal de um conjunto de direitos e, portanto, ao sistema político-judicial.

Um novo sentido de cidadania passa necessariamente por um novo sentido de sociabilidade que reconhece o outro porque este “outro” também

possui interesses válidos e seus direitos igualmente legítimos aos de todos. Este reconhecimento requer a construção gradual de espaços públicos para interlocução. E, com o empenho de muitas gerações, consolidar-se a ideia do debate e da negociação de conflitos para a “reconfiguração de uma dimensão ética da vida social” (DAGNINO, 2004, p. 105). Talvez tenha sido esta ideia a norteadora da Constituição de 1988, a “constituição cidadã” e que requer uma educação qualificada para habituar a visão neste novo horizonte de sentidos.

Todavia, as leituras neoliberais enfatizam uma sedutora ligação entre *cidadania* e *mercado* como se “ser cidadão” se limitasse a “ser consumidor” em que o mercado é oferecido como uma instância substitutiva para a cidadania e os direitos trabalhistas são progressivamente esvaziados e eliminados em nome da livre negociação, bem como os direitos sociais esvaziados pela lógica do mercado.²⁵ Assustador ou não, o reconhecimento dos direitos que foram tidos pela história da humanidade como indicadores de modernidade, transfiguram-se em imagem de atraso ou obstáculo ao mercado – em perfeito deslocamento de sentido. E o que é pior. O mercado surge como o caminho de cidadania para inclusão no mundo desenvolvido. Não foi ao acaso que Zygmunt Bauman elaborou uma obra com um título que provoca boa reflexão: *A ética é possível no mundo dos consumidores?*

O ressurgimento da temática que envolve a dicotomia público e privado no debate político brasileiro contemporâneo faz com que seja necessária uma reflexão, que não pode ser deslocada de seu tempo histórico, que não pode descurar de uma “metodologia de duas pontas”, ou seja, a teoria numa ponta e a realidade em outra. Deve ainda versar sobre a recuperação de uma sociedade civil e seus espaços públicos diante da lógica ultraliberal a qual o Brasil se tornou prisioneiro.

²⁵ A reforma trabalhista brasileira de 2017, sem qualquer participação de uma esfera pública, foi instrumentalizada pela lei 13.467/2017 e Medida Provisória 808 sob o pretexto de combater o desemprego e a crise econômica. O projeto de Lei foi de iniciativa de Michel Temer e foi aprovado na Câmara dos Deputados em 26/04/2017, por 296 votos favoráveis e 177 contrários. No Senado Federal, em 11 de julho de 2017, com 50 votos a favor e 26 contra. Sancionado em 13 de julho de 2017, entrou em vigor em 11 de novembro de 2017. O referido Projeto de Lei foi criticado pela Central Única de Trabalhadores - CUT, pela Organização Internacional do Trabalho – OIT e Ministério Público do Trabalho. Foi defendido por alguns economistas e empresários e, particularmente, pelo Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Ives Gandra Martins Filho, membro da prelazia da Opus Dei, “jusnaturalista” e adepto do núcleo mínimo dos Direitos Humanos. O ministro é filho de Ives Gandra Martins, renomado tributarista, emérito professor e Presidente do Conselho Superior de Direito da Fecomercio de São Paulo.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho de pesquisa se propôs a tarefa propedêutica de refletir sobre a esfera pública no Brasil a partir das leituras de Arendt e Habermas, sem a pretensão de esgotar o assunto. A ideia norteadora foi investigar o nexo entre a frágil delimitação entre as esferas pública/privada e o déficit democrático decorrente, numa tentativa de realizar uma possível ontologia do presente. Para tanto, o ponto de partida foi resgatar os conceitos de público e privado até a sua relação com a ação política de um possível sujeito reivindicante.

A seguir, considerando as contribuições específicas de Habermas destacar a importância de uma análise da esfera pública como uma categoria histórica, que não pode ser deslocada de seu tempo e lugar. Foi relevante diferenciar, nessa trajetória os conceitos de sociedade civil e de esfera pública, incorporando as contribuições de Giddens, Bobbio e Taylor que nos deixam a lição de que a sociedade civil oportuniza a criação de espaços públicos que podem permitir a construção de uma esfera pública autêntica cuja vontade expresse uma verdadeira vontade pública capaz de ser importante para o Estado.

O Brasil herdou ideias que não gostamos de mencionar. Herdou diferentes formas de escravidão, herdou grandes proprietários que se colocam acima da Lei, herdou um poder político comprometido com o poder privado. Conforme as lições de Habermas, temos que admitir que não experimentamos a criação de uma burguesia liberal industrial que pudesse operar uma mudança estrutural na esfera pública, sendo uma oposição às oligarquias que organizaram e ainda organizam o país. Ainda estamos no nível das demandas por redistribuição para tentarmos minimizar as desigualdades opressoras. Assim, a delimitação propedêutica aqui realizada focalizou a sociedade civil, a esfera pública, a participação e a cidadania como categorias fundamentais para quem pretende pensar o Brasil.

Nas fronteiras entre rua, espaço público e âmbito doméstico, a cidadania não pode mais ficar limitada à visão liberal como mera titularidade de direitos, deve antes de tudo envolver a *dimensão republicana* e a *dimensão comunitária*, ou seja, deve se vincular essencialmente com o *bem coletivo* com a *participação na vida pública* e deve salvaguardar o *sentimento de pertencimento* a uma comunidade política. E, somente nesse horizonte, a

cidadania poderá ser pensada, num sentido forte. Que sentido seria esse? O de uma titularidade de direitos que permite *efetivamente* o interesse pelo bem comum e pela participação na vida pública da cidade, fundada num sentimento de pertencimento a uma comunidade política cuja existência legítima a própria titularidade de direitos, em si. Trata-se de uma construção de valores, uma construção que se dá mediante luta constante em face dos dilemas que enfrentamos com as sucessivas reformas do Estado.

Em recente relatório sobre a desigualdade no Brasil, intitulado *A distância que nos une: um retrato das desigualdades brasileiras* (setembro de 2017), construído pela Oxfam do Brasil, observa-se que se tivéssemos mantido o ritmo médio de redução da desigualdade social como se viu desde a Constituição de 1988, levaríamos em média 35 anos para chegarmos ao nível do Uruguai e 75 anos para o Reino Unido, em termos atuais (OXFAM, 2017, p. 19). E como ressalta o relatório, a desigualdade e a pobreza “não são inevitáveis”, mas decorrem de escolhas políticas injustas que refletem a colonização do público pelo privado (patrimonialismo), sem a existência de uma sociedade civil autêntica e seus espaços públicos para uma oposição ao Estado e para ser o lugar do diálogo e consenso.

Neste cenário perverso, a pobreza segue criminalizada, a cidadania é identificada também como mera caridade e, sob esta ótica, doar para o “Criança Esperança” se transforma em ação de cidadania. A luta democratizante dos anos 80 apresentava uma outra cidadania comprometida com a constituição de sujeitos. Mas a “confluência perversa”, segundo a tese de Evelina Dagnino (2004), reforçada pela análise do déficit democrático das reformas na déc. 90, analisado por Aragon E. Dasso Jr. (2006), viabilizaram visões estreitas, reducionistas e excludentes, desqualificando movimentos sociais e sustentando a falácia de que a democracia se faz no Congresso Nacional, mas não nas ruas com todas as pessoas.

Por isso, a atualidade do conteúdo presente no artigo 21 da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* de 1948 (DUDH), que presentifica o *direito à Democracia*, ressalta a importância de resgatarmos a sociedade civil e seus espaços públicos quando menciona:

Toda a pessoa tem o direito de tomar parte na direção dos negócios públicos do seu país, quer diretamente, quer por intermédio de representantes livremente escolhidos.

Toda a pessoa tem direito de acesso, em condições de igualdade, às funções públicas do seu país.

A vontade do povo é o fundamento da autoridade dos poderes públicos; e deve exprimir-se através de eleições honestas a realizar periodicamente por sufrágio universal e igual, com voto secreto ou segundo processo equivalente que salvaguarde a liberdade de voto.²⁶

A leitura deste artigo do DUDH evidencia sua permanente atualidade para uma análise sobre as instituições políticas. Ademais, podemos observar, o valor da igualdade presente na expressão “toda pessoa” que traz em si a necessidade de manutenção de um sistema democrático, na medida em que assegura o direito à participação significativa nas decisões de seu país ou cidade: “tomar parte na direção dos negócios públicos do seu país”; “direito de acesso, em condições de igualdade, às funções públicas do seu país”; “eleições honestas”; “eleições periódicas” e etc. sendo certo que esse direito não deve estar limitado, em verdade, a uma aparência de participação que se esgota em momentos de eleição.

O eleitor, para além dos momentos de eleição, no horizonte da teoria que assevera a situação de membro do poder soberano legitimador, deve ter o acesso ao planejamento de políticas públicas que envolva saúde, educação, meio ambiente, dentre outras que interferem diretamente em interesses políticos, sociais e econômicos do país e não apenas exercer o direito de voto que pode estar comprometido com um discurso de dominação sem estar vinculado à construção de identidades.

Quando não há uma delimitação entre as esferas, tudo se torna possível, já alertava Arendt na déc. de 50. Restará apenas a democracia no sentido formal e seus belos textos em nossos velhos manuais de Direito – como expresso pelo dito comum: “o papel aceita tudo”. A consequência lógica dessa realidade é a naturalização da desigualdade social que eterniza o patrimonialismo. Há, por outro lado, a emergência de uma *cidadania jurídica* que desvela o reconhecimento da Constituição de 1988 e de um Poder Judiciário que deve ser capaz de assegurar a efetividade de direitos e não perpetuar muitos aspectos do patrimonialismo; uma *cidadania política e social* na efetiva participação nos processos democráticos.

²⁶ Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 5 jun 2016.

A sociedade civil pode ser um elemento importante nas relações com o Estado, mas, é preciso ter em mente, ela não pugna apenas pelo o bem comum, ela também desvela interesses particulares, porque é um conjunto diversificado de interesses muitas vezes conflitantes – ela é heterogênea, complexa e multifacetada, assim como a democracia. E é assim que tem que ser. E, neste horizonte, no mais perfeito uso de nossas liberdades, conforme a advertência de Jessé Souza (2000), é preciso investigar as especificidades da democracia brasileira porque em cada lugar, cada espaço, em cada tempo histórico encontramos uma rede de sentidos que formam uma tessitura diferente nos (des)caminhos entre o próprio e o alheio.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, N. Dicionário de filosofia. São Paulo: Mestre Jou, 1982.
- ANDRADE, D.M; CASTRO, C.L.de C.; PEREIRA, J. R. Cidadania ou estadania na gestão pública brasileira? In: Revista de Administração Pública. V. 46, ano I. Rio de Janeiro. Jan/Feb. 2012. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-76122012000100009>. Acesso em: 03 out 2017.
- ARENDT, H. As origens do Totalitarismo. São Paulo: Companhia das letras, 2013.
- BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). O liberalismo e a constituição de 1988. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.
- BOBBIO, N. Igualdade e liberdade. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.
- _____. Dicionário de Política. Brasília: UnB, 1997. 2 v.
- BOURDIEU, P. O poder simbólico. 5. ed. RJ: Bertrand Brasil, 2002.
- CANTO-SPERBER, Monique. Dicionário de ética e filosofia moral. São Leopoldo: Unisinos, 2013.
- CARVALHO, José Murilo de. A construção da ordem. Rio de Janeiro: Campus, 1980.
- _____. Os bestializados. O Rio de Janeiro e a República que não foi. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.
- _____. A formação das almas. O imaginário da república no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.
- _____. Cidadania: tipos e percursos. Estudos históricos, Rio de Janeiro, n.18,1996.
- _____. Cidadania, estadania, apatia. Jornal do Brasil, Rio de Janeiro, p.8, 24 jun.2001. Disponível em: <http://historiasemlimites.com.br/wp/cidadania-estadania-apatia-jose-murilo-de-carvalho/>. Acesso em: 10 out 2017.

- COSTA, Sergio. Esfera pública, redescoberta da sociedade civil e movimentos sociais no Brasil. Uma abordagem tentativa. *Novos Estudos - CEBRAP*, (38). Março de 1994. P. 38-52.
- CHAVES, Lázaro Curvêlo. A luta pela redemocratização. Disponível em: <http://www.culturabrasil.org/abertura.htm> . Acesso em: 23 jul. 2017.
- DAGNINO, Evelina. Sociedade civil, participação e cidadania: de que estamos falando? MATOS, Daniel (Coord.). Políticas de cidadania y Sociedad civil em tempos de globalização. Caracas: FACES, Universidad Central de Venezuela, p. 95-110.
- DASSO JÚNIOR, Aragon Érico. Reforma do estado com participação cidadã? Déficit democrático das agências reguladoras brasileiras. Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Doutorado. Florianópolis, 2006. 459 p.
- FRANCO, Maria Sylvia de Carvalho. Homens livres na ordem escravocrata. São Paulo: IEB-USP, 1969.
- GIDDENS, A. Sociologia. 4.ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.
- GOMES, Sandro dos Santos. As novas comunidades católicas: rumo a uma cidadania “renovada”? Dissertação (Mestrado em Sociologia). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. 117 f
- GUERRA, Sidney. Direitos humanos & cidadania. São Paulo: Atlas, 2012.
- HABERMAS, J. Mudança estrutural na esfera pública. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- KANT, I. Metafísica dos costumes. São Paulo: EDIPRO, 2003.
- KINZO, Maria D’Alva G. A democratização brasileira. Um balanço do processo político desde a transição. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392001000400002. Acesso em: 12 nov 2017.
- MARSHALL, T. H. Cidadania, Classe social e Status. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- PIZZIO, A. A sociedade civil e a esfera pública em regimes democráticos. Notas sobre a participação popular. *Inter-Ação: Revista da Faculdade de Educação. UFG*, 34 (1): 187-198, jan/jun. 2009.
- SOUZA, Jessé. A modernidade seletiva. Uma reinterpretação do dilema brasileiro. Brasília: UnB, 2000.
- SCHWARTZMAN, Simon. Bases do autoritarismo brasileiro. Rio de Janeiro: Campus, 1982.
- TAYLOR, C. Argumentos filosóficos. São Paulo: Loyola, 2000.
- WEBER, Max. Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. 4. ed. Brasília: UnB, 2012. V. 2.
- ZIMMERMANN, Augusto. Teoria Geral do Federalismo democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Impressão e acabamento:
COPGRA/ACOI
TRF 2ª Região



Rua Acre, 80 - 22º andar ♦ Centro ♦ Rio de Janeiro ♦ RJ
☎ (0xx21) 2282-8788 ♦ 2282-8530 ♦ 2282-8599 ♦ 2282-8465
Fax: 2282-8449 ♦ <http://emarf.trf2.jus.br/site>