

EDUARDO ANTONIO TEMPONI LEBRE

**O CONCEITO DE JUSTIÇA DEMOCRÁTICA: SEU PROCESSO DE
CONHECIMENTO E A QUESTÃO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES
NA REPÚBLICA**

DOUTORADO

FLORIANÓPOLIS

2002

EDUARDO ANTONIO TEMPONI LEBRE

DOUTORADO: Tese apresentada à Banca Examinadora do Curso de Pós-Graduação do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, como exigência parcial para obtenção do título de DOUTOR em Direito, sob a orientação do Professora Doutora Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira

FLORIANÓPOLIS (SC)
2002

SUMÁRIO

Resumo	9
Abstract	10
Resumen	11
INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO I – DAS CONDIÇÕES TRANSCENDENTAIS DA JUSTIÇA DEMOCRÁTICA	29
1. FILOSOFIA E JUSTIÇA.....	29
2. DA CRÍTICA AO PENSAMENTO CLÁSSICO.....	48
2.1. Justiça platônica.....	51
2.2. Sistema aristotélico de Justiça.....	59
2.3. Jusfilosofia romana de Cícero.....	71
3. DA CRÍTICA À DOUTRINA MEDIEVAL DE JUSTIÇA.....	77
3.1. Santo Agostinho.....	78
3.2. Tomás de Aquino.....	86
4. DA CRÍTICA À CONCEPÇÃO MODERNA DE JUSTIÇA.....	90
4.1. Descartes.....	91
4.2. Leibniz.....	95
4.3. Kant.....	97
5. A ATUALIDADE DA FILOSOFIA DO DIREITO E DO ESTADO SOBRE A JUSTIÇA.....	101
5.1. A Justiça por si mesma ou como objeto do Direito.....	103
5.2. Direito: Ideologia ou Ciência?.....	116
5.3. Direito e Política em busca da Justiça Democrática.....	135

CAPÍTULO II- DAS CONDIÇÕES POSITIVAS DA JUSTIÇA DEMOCRÁTICA..... 141

1. A LÓGICA DO PODER.....	141
1.1. Estado de natureza.....	145
1.2. Poder natural.....	149
1.3. Formação da sociedade e do Estado.....	154
1.4. Condição pública.....	160
1.5. Solidez da República.....	162
1.6. Democracia.....	166
2. FUNDAMENTOS DO ESTADO REPUBLICANO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	176
2.1. Legitimidade e legalidade.....	177
2.2. Cidadania.....	181
2.3. Integração social.....	188
2.4. Soberania.....	192
3. DAS RELAÇÕES ENTRE ESTADO REPUBLICANO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O CIDADÃO.....	199
3.1. Garantia de direitos humanos.....	200
3.2. Garantia de direitos ambientais.....	204
3.3. Liberdade.....	205
3.4. Igualdade.....	208

CAPÍTULO III - DAS CONDIÇÕES FUNCIONAIS DA JUSTIÇA DEMOCRÁTICA..... 211

1. DA FUNDAMENTAÇÃO DO CONTROLE DO PODER.....	211
1.1. Supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade.....	214
1.1.1. Controle político.....	219
1.1.2. Controle judicial.....	221
1.1.3. Controle preventivo ou repressivo.....	223
1.1.4. Controle judicial difuso e concentrado.....	224
1.1.5. Vias de defesa e de ação.....	225
1.1.6. Sistema de controle adotado pela Constituição brasileira.....	227
1.1.7. A importância do mandado de injunção.....	229
2. DA DIMENSÃO ÉTICA DO CONTROLE DO PODER.....	244
3. DA CRÍTICA À <i>LOCKE</i> E <i>MONTESQUIEU</i>	249
4. ORIENTAÇÃO DEMOCRÁTICA DO CONTROLE DO PODER	252
5. A RACIONALIZAÇÃO DA JUSTIÇA COMO CONTROLE DO PODER.....	254
5.1. A necessidade da separação dos poderes.....	255

**CAPÍTULO IV – UNIVERSALIZAÇÃO DO CONHECIMENTO DA JUSTIÇA
DEMOCRÁTICA..... 265**

1. A RAZÃO, A FÉ E A CAUSALIDADE NA JUSTIÇA.....	265
1.1. Considerações sobre o universalismo.....	265
1.2. A causalidade na Justiça.....	269
1.3. Situação das relações jurídicas no Estado republicano democrático de direito.....	284
2. O PROCESSO DE CONHECIMENTO DA JUSTIÇA DEMOCRÁTICA	286
2.1. Sobre a forma de se conhecer o objeto.....	286
2.2. O conhecimento político.....	289
2.3. O conhecimento judiciário.....	293
2.4. O conhecimento administrativo.....	310
3. PRINCÍPIOS UNIVERSAIS DA JUSTIÇA DEMOCRÁTICA	314
3.1. Princípio da equidade.....	314
3.2. Princípio da estabilidade.....	315
4. UMA NOVA COMPREENSÃO DA DIVISÃO DE PODERES.....	316
4.1. O esgotamento do modelo republicano tripartido.....	316
4.2. Necessidade da ampliação de novas funções.....	318
5. OS EFEITOS DA INTERNACIONALIZAÇÃO DAS SOCIEDADES.....	318
5.1. Influência de Poderes supranacionais.....	318
5.2. Rumo à república mundial.....	321
6. CONSOLIDAÇÃO DA PAZ SOCIAL ATRAVÉS DA JUSTIÇA DEMOCRÁTICA	327

**CAPÍTULO V – CONCEITO DE JUSTIÇA
DEMOCRÁTICA.....331**

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....335

RESUMO

Muito já se discutiu a respeito da universalização da Justiça, entretanto, como tese filosófica a Justiça permite renovação constante e garante a abertura necessária para mais um trabalho que, humildemente, trata deste valioso tema para cognição humana, tão importante, que envolve o comportamento individual e coletivo, relacionado com o Estado.

Sendo nossa intenção desenvolver o assunto indicando uma abordagem que irá fincar suas raízes, principalmente, na verificação do conceito de Justiça. Dessa forma, pretendemos ir além de dados fornecidos tanto pela Ciência Política quanto pela Ciência do Direito, tarefa esta somente autorizada e possivelmente desenvolvida pela Filosofia do Direito e do Estado. Nesse sentido, denominamos de Justiça Democrática o nosso principal objeto e assumimos um compromisso de buscar uma universalização do conhecimento deste objeto, o qual deve ser estudado à luz da sociedade politicamente organizada que integra o Estado.

Isto tudo, porque, sem dúvida, acreditamos que a idéia da Justiça Democrática esteja intimamente ligada à maneira como concebemos o Estado e a sociedade. No entanto, o maior desafio desta tese repousa, justamente, quando encontramos o Estado que passa a deter juridicamente o poder capaz de realizar a Justiça Democrática, como fruto de um certo materialismo, aí, devemos ser cautelosos, pois, há necessidade de manter alguns pontos relacionados com o humanismo, como, nesta tese, o caso da fé e da razão.

Desde o advento do Estado constitucional vem se prevendo institucionalmente a separação dos poderes em três modalidades: legislativo, executivo e judiciário, independentes e harmônicos entre si. Ora, se esta separação dos poderes do Estado, do ponto de vista político, melhorou o desempenho da distribuição da justiça, principalmente, em relação à idéia anterior das monocracias, por outro lado, sob ótica da Filosofia do Direito e do Estado, verificamos um novo fator de complexidade, pois, cada um desses poderes do Estado podem manifestar entendimentos próprios sobre o que é justo ou injusto. De modo que se este diferencial apresentar-se radicalmente dispare, pode gerar um conflito insuperável entre os poderes, assim acontecendo, estaria em risco a própria manutenção do ideal da sua separação, que é uma das bases modernas da democracia ocidental.

É óbvio e sabemos também, que é necessário edificar o conceito de Justiça Democrática em sólidas bases filosóficas que, em relação ao Estado, implica envolver o Direito e a Política. Nosso objetivo, sinteticamente falando, reside na compreensão de como pode o Estado republicano democrático de direito sobreviver ao conflito inevitável decorrente do antagonismo entre a distribuição da justiça e a realização da justiça, ou seja, estabelecemos uma visão do possível nexos de causalidade entre a fé e a razão, tendo em vista a importância deles no conhecimento humano de qualquer natureza. Contudo, o Direito e a Política estão envolvidos no processo de universalização da Justiça Democrática, posto que ambos detêm valores e fundamentos essenciais a sua compreensão. De modo que, para se chegar ao conceito proposto, identificamos os chamados princípios da equidade e da estabilidade, que contêm diversos elementos produzidos pelo conhecimento da lógica do Poder do Estado. Para tanto, partimos do ponto de vista transcendental, prosseguindo com o positivo e o funcional. E, sendo que, em caso de conflito, a quem caberia a solução, para a devida manutenção da ordem? Defenderemos, então, a afirmação de um modelo de justiça denominado de Justiça Democrática em que deve operar o equilíbrio e a estabilidade entre os poderes do Estado, sustentado por uma nova compreensão do ideal de separação, sendo certo que o fundamento deste princípio supera o Direito e Política, para demonstrar-se como produto da Filosofia. Finalmente, acenamos com uma concepção da Justiça Democrática, residindo numa projeção da formação de uma república mundial, como meio de se buscar a paz social.

ABSTRACT

It has already been discussed much about Justice universalization, however, as philosophical thesis the Justice allows constant renewal and assures the necessary opening for one more work that, humbly, treats this valuable theme for human cognition, so important, that involves the individual and collective behavior, related with the State.

Being our intention to develop the subject indicating an approach that is going to stick its roots, mainly, in verifying the Justice concept. In this way, it is intended to go further the data supplied as from Political Science as from Law Science, task that only authorized and possibly developed by Law Philosophy and the State. Therefore, it is named Democratic Justice the main object and assumed a commitment to search for a knowledge universalization of this object, which must be studied in the light of a society politically organized that integrates the State.

All this, because, doubtless, is believed that the idea that Democratic Justice is closely linked to the way how it is conceived the State and the society. Although, the greatest challenge of this thesis lies, justly, when it is found the State that begins to deter juridically the power able to hold the Democratic Justice, as a way of a certain materialism, then, it is needed to be careful, because, there is the necessity to maintain some points related with humanism, as in this thesis, the case of faith and reason.

Since the constitutional State advent has been predicting institutionally the power separation in three modalities: legislative, executive and judiciary, independent and harmonious among them. Since, this State power separation, from the political view, has improved the justice distribution performance, mainly, in relation to the previous idea of the monarchies, on the other hand, under the view of Law Philosophy and the State, it is verified a new complexity factor, because each one of these State powers can manifest proper understandings about what is fair or unfair. So that, this differential presents itself radically the discharge, that can generate a conflict insuperable among the powers, if it happens, would be in risk the maintenance itself of the ideal of its separation, that is one of the modern bases of the Western democracy.

It is obvious and also known, that it is necessary to edify the Democratic Justice concept in solid philosophical bases that, in relation to the State implies to involve the Law and Politics. The objective, synthetically speaking, is on the comprehension of how a law democratic republican State can survive to the inevitable conflict from the antagonism between the justice distribution and justice realization, or rather, it is established a view of the possible casualty sense between faith and reason, since the importance of them in the human knowledge of any nature. However, Law and Politics are involved in a Democratic Justice universalization process, as both have the values and fundamentals essential to its comprehension. So that, to get to the proposed concept is identified the so-called equity and stability principles, that contain several elements produced by the logic knowledge of the State Power. In this way, the standpoint transcendental follows the positive and functional. And, being that, in the case of a conflict, who gives the solution for the right order maintenance? It is defended, then, the statement of a justice model denominated Democratic Justice that must operate the balance and stability among the State powers, sustained by a new comprehension of the separation ideal, being sure that the fundament of this principle overpasses the Law and Politics to demonstrate themselves as the Philosophy product. Finally, it is showed as a Democratic Justice conception, lying in a formation projection of a worldwide republic, as a way of searching the social peace.

RESUMEN

Mucho ya se ha discutido al respecto de la universalización de la Justicia, mientras tanto, como tesis filosófica la Justicia permite una renovación constante y reafirma la necesidad de iniciar un trabajo más, que humildemente, trata este valioso tema para el conocimiento humano, tan importante, que abarca el comportamiento individual y colectivo, relacionado con el Estado.

Es nuestra intención desarrollar la tesis indicando un abordaje que fijará sus raíces, principalmente, en la verificación del concepto de Justicia. De esta forma, pretendemos ir más allá de los datos suministrados tanto por la Ciencia Política como por la Ciencia del Derecho, tarea ésta solamente autorizada y posiblemente desarrollada por la Filosofía del Derecho y del Estado. En ese sentido, denominamos como Justicia Democrática a nuestro principal objeto y asumimos el compromiso de buscar una universalización del conocimiento de este objeto, lo cual debe ser estudiado a la luz de la sociedad políticamente organizada que integra el Estado.

Todo esto, porque, sin dudas, creemos que la idea de Justicia Democrática está íntimamente relacionada a la forma en que concebimos el Estado y la sociedad. No obstante, el mayor desafío de esta tesis se basa, justamente, cuando descubrimos que el Estado pasa a detentar jurídicamente el poder capaz de realizar la Justicia Democrática, como fruto de cierto materialismo; por ello, debemos ser cautelosos, pues, existe la necesidad de mantener algunos puntos relacionados con el humanismo, como, en esta tesis, el caso de la fe y de la razón.

Desde el advenimiento del Estado constitucional se ha previsto institucionalmente la separación de los poderes en tres tipos: legislativo, ejecutivo y judicial, independientes y armónicos entre sí. Ahora bien, si esta separación de los poderes del Estado, desde el punto de vista político, mejoró el desempeño de la distribución de la justicia, principalmente, en relación a la idea anterior de las monocracias, por otro lado, bajo la perspectiva de la Filosofía del Derecho y del Estado, verificamos un nuevo factor de complejidad, pues, cada uno de esos poderes del Estado pueden manifestar alcances propios sobre lo que es justo o injusto. De modo que, si esta diferencia se presenta radicalmente dispar, puede generar un conflicto insuperable entre los poderes, y de esta manera, estaría en riesgo la propia subsistencia del ideal de su separación, lo que constituye una de las bases modernas de la democracia occidental.

Es obvio y también sabemos que es necesario, edificar el concepto de Justicia Democrática sobre sólidas bases filosóficas que, en relación al Estado, implica abarcar al Derecho y a la Política. Nuestro objetivo, en síntesis, reside en comprender cómo el Estado republicano democrático de derecho, puede sobrevivir al conflicto inevitable originado en el antagonismo entre la administración de justicia y la realización de justicia, o sea, establecemos una visión del posible nexo de causalidad entre la fe y la razón, teniendo en cuenta la importancia de ambas en el conocimiento humano de cualquier naturaleza. Sin embargo, el Derecho y la Política están incluidos en el proceso de universalización de la Justicia Democrática, puesto que ambos ejercen valores y fundamentos esenciales para su comprensión. De modo que, para llegar al concepto propuesto, identificamos los llamados principios de equidad y de estabilidad, que contienen diversos elementos creados por el conocimiento de la lógica del Poder del Estado. Para ello, partimos del punto de vista trascendental, prosiguiendo con el positivo y el funcional. Entonces, en caso de conflicto, ¿a quién le correspondería encontrar la solución, para el debido mantenimiento del orden? Defenderemos, entonces, la afirmación de un modelo de justicia denominado Justicia Democrática en el que deben obrar el equilibrio y la estabilidad entre los poderes del Estado, sustentado por una nueva comprensión del ideal de separación, ya que en realidad, el fundamento de este principio supera el Derecho y la Política, para mostrarse como un producto de la Filosofía. Finalmente, enunciaremos un concepto de Justicia Democrática, que reside en la perspectiva de la formación de una república mundial, como medio de buscar la paz social.

CAPÍTULO I

DAS CONDIÇÕES TRANSCENDENTAIS DA JUSTIÇA DEMOCRÁTICA

1. Filosofia e Justiça

Necessariamente, quando uma investigação tende a convergir para uma conclusão urge demonstrar, em princípio, o sólido plano que ela percorrerá. No entanto, ao investigar a Justiça, objeto complexo, os filósofos aperceberam-se de que o procedimento não é verdade universal. Qualquer plano sólido acabará como massa líquida correndo em qualquer direção caso não seja, previamente, demonstrada a linha de demarcação entre o que é científico e o que é filosófico.

A investigação da Justiça, através da Filosofia, portanto, deve atender, no mínimo, a três critérios formais: a descrição histórica do fenômeno, a imposição de uma ordem aos seus limites naturais insuperáveis e a análise crítica dos assuntos abordados.

Este Capítulo, pretende desenvolver o que convencionamos considerar

uma análise das condições transcendentais da Justiça Democrática.²² Verificar-se-ão as hipóteses imateriais (ou seja, hipóteses com reflexos posteriores à matéria), que são hipóteses descritivas que envolvem tanto o sujeito, responsável pela ação, quanto o próprio objeto, resultado dela. Ou seja, ao sustentarmos a Justiça Democrática relacionada com o Direito e com a Política, encontrando ações humanas distintas porém convergentes mas, em muitos aspectos, divergentes, é preciso previamente, descrever as hipóteses imateriais da Justiça, numa análise crítica de dimensão histórico-evolutiva. Assim procedendo a relativa historicidade da verdade filosófica fica implicitamente reconhecida como correta.²³

A Justiça, por ser transcendental, apresenta-se, de fato, como um dos vários problemas fundamentais da Filosofia. Existe uma necessidade constante, fruto da aspiração natural ao conhecimento da Justiça, de que somente os filósofos (e não os cientistas), encontrariam as respostas adequadas, embora nunca definitivas ou absolutas. Seria inadequado e impossível a uma ciência particular (ou uma *filosofia científica*)²⁴ solucionar adequadamente o problema da Justiça, como equivalente ao conhecimento de suas primeiras causas e de seus

²² Transcendentais porque superam o mundo ético (dever-ser) para avançar sobre a natureza das coisas do ser.

²³ Vide ACKER, Leonardo Van. *O Tomismo e o pensamento contemporâneo*, p.76-77. Nesse ponto, mais do que resgatar uma obra filosófica, assinalamos a importância do trabalho do professor Van Acker. Os seus escritos sobre o tomismo merecem ser acolhidos pela Filosofia do Direito e do Estado como fruto de uma pesquisa incansável que, no século XX, elaborou uma nova interpretação de uma obra antiga, assegurando-nos as ferramentas necessárias para o início desse estudo. Demonstra a não superação do núcleo do pensamento de Tomás de Aquino sobre o conhecimento dos objetos, mas adapta-o, como uma peça de encaixe de quebra-cabeças, aos nossos dias. Na qualidade de professor, participa ativamente da escola neotomista que ajudou a fundar em nosso país.

²⁴ Vide BAZARIAN, Jacob, op. cit., p. 34: *o empirismo inglês do séc.17, o materialismo francês do séc. 18, a dialética de Hegel, o materialismo e ateísmo de Feuerbach, que tornaram possível a criação de uma filosofia científica que é o materialismo dialético e histórico elaborado por Marx e Engels, e seus epígonos Plekhanov, Lenin e muitos outros*. Ainda, diz o autor, op. cit., p. 39, que *esta passagem do problema prático (ético) para o problema teórico (ontológico) se reflete na definição que Aristóteles dá, então, da filosofia como ciência das primeiras causas e dos primeiros princípios*. São estes os movimentos fundadores da Filosofia científica, segundo ele, sendo que, Bazarian acredita que ela se formou em contraposição à Filosofia especulativa (metafísica clássica). Adotada esta classificação, a discussão das condições transcendentais da Justiça Democrática concentra-se na segunda.

primeiros princípios.

A palavra *filosofia*, aliás, tem diversos significados, o que se pode depreender de fragmentos de textos pré-socráticos que a caracterizam, nitidamente, como sendo amor à sabedoria, ou seja, o conhecimento humano. É seu primeiro sentido que, naquele longínquo período, detinha uma face de mito e outra de romance, sendo a literatura dos heróis gregos a parte mais remota da filosofia romântica da antigüidade.²⁵

Cultuada, na época, como ser abstrato e livre de expressão corpórea, totalmente destituído de método e confundindo-se com a própria manifestação romântica de culto à sabedoria, tratou indistintamente problemas como a origem da vida com a finalidade da morte, à luz de mitos que contribuíram para o aprofundamento teórico posteriori. A vida, a morte, o bem, o mal, a necessidade, o instinto, a virtude, a lealdade, a liberdade, a felicidade, o infortúnio, a nobreza, a tirania e tantos outros foram objeto de obras dos mais antigos escritores, os que representaram a humanidade em tempos remotos.

Segundo parte dos historiadores, TALES DE MILETO²⁶ teria sido o primeiro filósofo da Grécia antiga, sem que se possa precisar datas. Estima-se que tenha vivido entre os séculos VII e VI a.C. HERÁCLITO(540-475a.C.), PARMÊNIDES (539-469a.C.), ANAXÁGORAS (500-428 a.C.) e LEUCIPO (450 a.C.) foram seus discípulos. Foi DEMÓCRITO²⁷, entretanto, (460-360 a.C.) quem mais se empenhou para delimitar o objeto da filosofia enquanto problema da

²⁵ Sabemos que no século XII a.C. os dórios fundaram, em solo próximo ao mar Egeu, a primeira colônia que, mais tarde, depois de quatro séculos de disputas bélicas com os aqueus, relatados em epopéias *Iliada* e *Odisséia* - ambos atribuídos à Homero (provavelmente escritos entre os séculos X e VIII a.C.) -, expandir-se-ia para formar a Grécia Antiga que abrigou os primeiros filósofos da cultura ocidental.

²⁶ Fundador da escola de Mileto, afirmou ser a água a origem de todas as coisas.

²⁷ Vide MORENTE, Garcia, op. cit., p. 77, que, em sentido contrário, acredita ter sido Parmênides de Eléia o mais importante filósofo pré-socrático. Atribui-se a Demócrito, a *Pequena Ordem do Mundo*, 730 anos após a tomada de Tróia.

cosmologia. Acredita-se, também, que ele tenha esboçado um conceito de *ética*²⁸ buscando respostas em *valores* na realização do prazer, na tentativa de explicar o infortúnio e a felicidade do homem. Cabe a questão sobre a presença de materialismo no pensamento de DEMÓCRITO, embora a idéia supere as limitações impostas ao ser humano aquela época. Mas ele contentou-se com o mundo como se lhe apresentava? O desenvolvimento de um conteúdo materialista embora discreto, em seu modo de ver o mundo deve, apenas, ser encarado como o verdadeiro momento de transição entre a poética (filosofia romântica igual ao amor à sabedoria) e a ciência (filosofia como o próprio saber). Se houve uma passagem, ela se deu através do método, somente uma proposta materialista poderia garantir aquele novo domínio intelectual, a metodologia. JOHANNES HESSEN, afirma ter DEMÓCRITO superado o *realismo ingênuo* e fundado o *realismo crítico*.²⁹ Essa concepção é a base que sustenta toda construção da Filosofia ocidental moderna, tendo sido reformada, ao longo da história, por outros filósofos como GALILEU, do Renascimento, e mais tarde, por DESCARTES e LEIBNIZ e, principalmente no que concerne o controle do poder do Estado, por LOCKE³⁰.

Muitos outros sábios gregos ajudaram a formar a Filosofia. É o caso de PROTÁGORAS, filósofo que figura como representante autêntico do individualismo e subjetivismo dos sofistas, quando afirmou que o *homem é a medida de todas as coisas*, referindo-se claramente ao direito de sustentar sua

²⁸ Vide VECCHIO, Giorgio del. *Lições de filosofia do direito*, p. 33: *Anaxágoras, Demócrito, etc., que consideram também não o problema ético-jurídico, mas o cosmológico ou do ser em geral; embora encontremos já uma outra referência àquele problema em Heráclito e Demócrito.*

²⁹ Ver HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*, p. 95.

³⁰ Ver MICHAUD, Yves. *Locke*, p. 11-28. Em 1660, Locke torna-se leitor do grego: influenciado por Gassendi retoma os estudos da matéria a partir de Demócrito. Mais tarde é possível verificar a importante ligação entre categorias de separação de idéias atomistas de Locke, concebidas a partir de uma tese de Demócrito, que se tornaram o fundamento da primeira menção moderna sobre a separação dos poderes do Estado, pensamento fundamental para a Justiça Democrática.

realidade própria e individual.³¹ A teoria do ser de PARMÊNIDES, igualmente, representa um dos mais sólidos pensamentos pré-socráticos e que, segundo FRIEDRICH NIETZSCHE³², está impregnado de ontologia.

É difícil dizer, com precisão, o momento histórico que marca a transição dos sofistas (500-400 a.C.) para as idéias socráticas. A partir do conjunto de obras que explanam o pensamento de SÓCRATES, contudo (469-399 a.C.), é possível afirmar que, definitivamente, o significado da Filosofia deixou de ser o amor pela sabedoria para tornar-se a própria sabedoria. SÓCRATES só é conhecido através de terceiros, admiradores ou adversários. Nada deixou escrito.

Segundo GARCIA MORENTE, foi a partir do pensamento socrático que começou a fluir uma Filosofia *consciente de si e sabedora dos métodos que empregava. Sócrates é , na realidade , o primeiro filósofo que nos fala do seu método . Sócrates nos conta como filosofa.*³³ Portanto, se DEMÓCRITO já havia utilizado algum tipo de metodologia o fez inadvertidamente, enquanto, SÓCRATES foi o fundador da de um método: a maiêutica, que consiste em formular questões sobre o objeto e procurar em sua resposta outra indagação e, assim, sucessivamente, até a redução sintética da proposição levar à descoberta

³¹ Vide VECCHIO, Giorgio del, op. cit., p. 35 : *Os Sofistas eram individualistas e subjectivistas. Ensinavam que cada homem possui seu modo próprio de ver e de conhecer as coisas. Daqui a tese, segundo a qual não é possível uma ciência autêntica, de carácter objectivo e universalmente válida, mas tão só opiniões individuais. Ficou célebre o dito de PROTÁGORAS: o homem é a medida de todas as coisas.* O que o leva a afirmar que, para Kant, a proposta não retira a validade universal da ciência: *Em sentido bem diverso foi sustentado, mais tarde, por KANT, por exemplo, que a mente é a medida de todas as coisas. KANT, com efeito, considerava a mente humana como sendo necessariamente idêntica em todos os indivíduos e, por isso, ao afirmar que ela é a medida de todas as coisas, não destruía a validez universal da ciência. As formas subjectivas, dentro da doutrina kantiana, são aptas a apreender, pela maneira inerente à sua própria estrutura, a realidade sensível – e de tal sorte que toda a experiência dela leva já o seu cunho. Mas estas formas são igualmente próprias e comuns a todos os sujeitos pensantes. Ora, para os Sofistas, apenas existem as opiniões mutáveis de cada indivíduo e, portanto, uma verdadeira ciência não é possível.*(Ibidem).

³² Vide NIETZSCHE, F. (In Os Pensadores, v. Os Pré-socráticos), p. 133-138.

³³ MORENTE, Garcia, op. cit., p. 38.

da essência do objeto (universalização de conceitos).

Diversas versões históricas procuram descobrir de forma exata quem foi realmente SÓCRATES, cuja existência física foi até negada, tese rechaçada pela grande maioria. Foi PLATÃO (427-347 a.C.) quem mais desvendou para a posteridade o pensamento de seu mestre, embora haja traços de seus estudos em ARISTÓTELES (348-322 a.C.), aluno de PLATÃO. As contribuições mais consistentes, no entanto, foram relatos de um adversário intelectual de nome ARISTÓFANES³⁴, que satirizou as idéias e a própria figura de SÓCRATES, e, ainda, do amigo XENOFANTE³⁵, ambas importantes para a compreensão da Filosofia socrática.

Importante destacar que SÓCRATES depositou sua confiança numa Justiça superior independente da sanção e da coerção estatais que, ao final e por ironia do destino, ceifaram-lhe a vida. Ele teria propagado em seus discursos, no entanto, que os indivíduos obedecessem à lei, como importante virtude do homem, sem contudo renunciar à liberdade de defender as idéias em que se acredita. Foi sentenciado à morte e curvou-se ao veredicto. SÓCRATES foi um grande pensador e, segundo GIORGIO DEL VECCHIO, teria sido um dos principais fundadores da ética. Seu diálogo preocupa-se demasiadamente em investigar os princípios racionais da atividade humana.³⁶ A posição de SÓCRATES, ainda hoje apropriada, considera de um lado, o fundamento

³⁴ Ver ARISTÓFANES. *As Nuvens*, p. 213-300. Uma das maiores e, com certeza, a mais relevante contribuição de Aristófanes, foi o relato da essência dialética do debate sobre a Justiça promovido por Sócrates. Encontramos em sua obra, um diálogo entre o justo e o injusto, cujo o raciocínio tenta, uma vez sendo provocado pelo raciocínio justo, demonstrar que é ele quem deve prevalecer. Como em um caso judicial, onde figuram os advogados, de um lado, o ataque e de outro a defesa. Entretanto, o mais importante é o reconhecimento da habilidade de Sócrates em estabelecer a dinâmica do diálogo com a capacidade de convencimento garantida a ambos os lados.

³⁵ Vide XENOFANTE. *Ditos e feitos memoráveis de Sócrates*, p. 53-209.

³⁶ Vide VECCHIO, Giorgio Del, op. cit., p. 39.

ideológico da fé na Justiça superior (ser transcendental) e, de outro, o plano ético da virtude do homem que respeita a lei, ou seja, uma espécie de Justiça humana como dever-ser racional. Por conseguinte, essa sua idéia dualista repercute, positiva ou negativamente, em todas as afiliações filosóficas posteriores. Partindo daquela separação inicial para poderem formular suas próprias e diferentes (originais) concepções sobre a Justiça, alguns deles reafirma, até, a posição de SÓCRATES, embora outros a neguem.

O editor das obras póstumas de HANNAH ARENDT, atestando a importância do método socrático, que teria influenciado sobremaneira toda a Filosofia e, em particular, aquela filósofa, deixou bem clara essa posição:

Mas, Arendt salienta sobretudo dois pontos: por um lado, o método socrático, caracterizado de forma mais minuciosa com os conceitos 'parteira', 'moscardo' e 'poraquê' (ou seja, um peixe da família dos peixes elétricos que ao toque causa paralisia); por outro lado, as idéias socráticas de 'aparência' e 'ser' e do 'dois-em-um'.³⁷

E, mais adiante, a própria HANNAH ARENDT, discorrendo sobre SÓCRATES e seu método, afirma que:

Em primeiro lugar, sobre o método socrático. Na aula 'Introduction into Politic', Hanna Arendt se pergunta: como pode ser aumentado nosso sentido para coisa política através da pergunta o que é política?, se o resultado da pergunta não é uma resposta explícita, inequívoca? Ou de maneira mais concreta: quando debatemos sobre um tema, por exemplo, a justiça, não significa que depois também estamos mais inclinados a agir de forma justa? A segunda pergunta é respondida afirmativamente e Arendt justifica isso com a referência ao diálogo de Sócrates com Eutifron, que trata do que é piedoso. Como Eutifron deve proceder depois de haver descoberto que seu pai matou um escravo que também seria um assassino? É piedoso perseguir aquele que comete injustiça, é piedoso aquilo que é amado pelos deuses? Na conversa são indagadas as opiniões dos interlocutores e levadas para consciência (nascidas com o apoio da 'parteira' Sócrates); com perguntas e respostas se tenta encontrar a verdade. No entanto, no final do diálogo que vai de um lado para o outro, está o reconhecimento de que para se seguir em frente, seria preciso começar de novo do início. A propósito, diz Hannah Arendt,

³⁷ ARENDT, Hannah. *O Que é política?*, p. 164.

nada indica que a investigação de pergunta e resposta à maneira maiêutica não termine exatamente assim na próxima vez.... Para Arendt o acento está, em outras palavras, no âmbito (público) do agir e em sua influência através de um pensar comprometido com o método socrático – aquele método cuja função adicional consiste em abalar as opiniões ideologicamente incrustadas e também as instituições (Sócrates na condição de moscardo ou de poraquê).³⁸

Não duvidamos que o poder de persuasão da linguagem filosófica possa ser suficientemente forte para produzir mudanças no agir. É uma consideração bastante relevante e definitiva sobre a Filosofia que representa o que deveria ser. A fórmula derivada do originário amor pela sabedoria, foi posteriormente, alterada para outra regra fundamental, a necessidade de pesquisa (observação de fenômenos), fruto da exigência de universalização filosófica.

As categorias do saber universal têm como base as socráticas: a) a necessidade de procurar desvendar o mistério da vida; b) a resolução de problemas práticos observados pelos sentidos humanos; c) a busca incansável de respostas a perguntas sucessivas para se atingir a essência de um objeto ou a sua verdade; d) a postura de natureza crítica; e) o caráter especulativo ; f) a filosofia não se confunde com a ciência, embora possa absorver grande parte do seu conteúdo. Muito claramente MIGUEL REALE explica que:³⁹

a investigação filosófica pressupõe pelo menos uma verdade – admitida à vista das verdades das ciências - , e é a capacidade sintetizadora do espírito, pela qual o homem se distingue dos outros animais, aos quais não é dado superar, integrando-os numa unidade conceptual nova e concreta, os elementos particulares e múltiplos da experiência⁴⁰

³⁸ Ibidem, p. 164 e 165.

³⁹ Segundo Leonardo Van Acker: *E por filosofia, é evidente que entendemos as doutrinas dos filósofos, com exclusão das opiniões incompetentes do público leigo na matéria, inclusive os publicistas que receberam um verniz de filosofia no seminário ou na universidade. Já Sócrates observava que mais vale a simples ignorância do que a pretenciosa meia ciência.* (ACKER. *O Tomismo e o pensamento contemporâneo*, p. 48).

⁴⁰ REALE, M. *Introdução à filosofia*, p. 8.

Explicação que será de grande valia para o conceito de Justiça Democrática, já que o texto por si só esboçou o perfil de uma importante escola, diretamente ligada a produção de textos relacionados com a Justiça, que sempre ocupou um grande espaço nos ensaios mais importantes da Filosofia. Podemos citar a Bíblia: na origem da humanidade, a Justiça divina teria sentenciado Adão e Eva a viverem fora do Paraíso, por terem praticado ato contrário à vontade de Deus. O próprio KELSEN abre um de seus livros com a elevação da *Justiça à questão da Verdade*, citando o conhecido julgamento de CRISTO.⁴¹ Não há dúvida de que a Filosofia sempre privilegiou os temas ligados à Justiça. O espírito humano não se aquieta com facilidade quando se depara com as imperfeições e distorções que comportamentos injustos possam projetar na sociedade⁴², o que resulta na organização de condutas repudiadas ou aceitas: é a fase embrionária das noções de direito e dever, da sanção, da coerção e da imperatividade, todos atributos da norma jurídica, categoria de norma que, por sua vez, pertence ao Direito. Outorgado ou promulgado, o Direito sempre será objeto de questionamentos filosóficos que analisam a justiça ou a injustiça de seu conteúdo ou, escapando um pouco deste maniqueísmo (produto de uma filosofia analítica), que dão a conhecer a Justiça como objeto imanente (produto do reconhecimento de que não há uma realidade absoluta que independe do sujeito humano—posição marcante da filosofia neotomista— que ao lado da fenomenologia põem fim ao isolamento mútuo do objeto e do sujeito). Este fato que vai, coincidentemente, ao

⁴¹Vide KELSEN, Hans. *O Que é justiça*, p. 01.

⁴² Como exemplo podemos citar o episódio da paixão criminosa de Ápio Cláudio pela jovem plebéia Virgínia. Vide LÍVIO, Tito. *História de Roma*, v. I, p. 257-268: *Virgínia parecia protegida contra a violência quando o reclamante declarou que não havia necessidade de amotinar o povo. Estava agindo de acordo com a lei e não com violência(...) Todos murmuravam contra a injustiça da sentença, sem que ninguém ousasse protestar(...) Tão grave injustiça teria inflamado até mesmo um temperamento calmo.*

encontro da proposição máxima de compreender as causas do infortúnio ou da felicidade do ser humano.

Uma vez colocada uma possível definição de Filosofia e, ainda, demonstrada sua relação com a Justiça, resta-nos apresentar as condições transcendentais da Justiça Democrática como parte do percurso obrigatório para a demonstração teórica que nesta tese envolve tanto o Direito quanto a Política, a fim de melhor explicitar as hipóteses propostas. Partiremos de conceitos particulares para chegarmos ao conhecimento de um conceito universal.⁴³

⁴³ Cabe abrir um parêntesis à tarefa de adequar os pontos marcantes de uma teoria do conhecimento sobre o objeto denominado Justiça. Apresentando-se como uma forma de identificar o problema através das diversas definições essenciais que os filósofos têm dito sobre o assunto. Encontramos sete propostas de encarar o problema relativo ao conceito de justiça que demonstram atualidade contemporânea: a primeira idéia envolve a democracia, em todos os seus aspectos intrínsecos e extrínsecos, pressupõe o reconhecimento mútuo dos membros da sociedade enquanto integrantes livres do processo de decisões políticas. Portanto, trata-se de sustentar a exigência da homogeneidade dos interesses em realizar fins comuns. Podemos citar, como exemplo, pelo menos dois momentos históricos o da polis grega, quando restrições foram impostas às condições de participação para garantir a homogeneidade; e a da democracia representativa de Rousseau, na qual se manifestava o corpo político segundo o modelo de organismo includente. A segunda tese, cujas referências são Hegel e Max Weber ainda que caracterizada por conflitos de interesses econômicos e sociais, definitivamente marcada pela inserção do Direito liberal através de um sistema composto por traços individualistas e descentralizadores, levou a sociedade a cumprir as exigências da idéia de democracia. Todos os membros da sociedade, sem exceções, experimentam sua integração e homogeneização político-sociais na qualidade reconhecida como *“pessoa de Direito”*. A consequência é a submissão da idéia de democracia à lógica do Direito. A terceira posição, no intuito de conciliar as exigências da idéia de democracia com a racionalidade econômica em vigor, está fora de alcance do poder estruturador do Direito liberal por não ultrapassar o campo comunicativo das relações sociais, abstraindo, deste modo, as condições materiais que as constitui. É a dinâmica abstraidora do Direito liberal em consequência da qual a sociedade constitui-se à base da vigência de princípios mutuamente excludentes garantidos pelo Direito (individuais, geralmente garantidos pela Constituição). São exemplos os contratos constantes do Código Civil, em reforço da segmentação social em nível material e a *inclusão/exclusão* da riqueza socialmente produzida. Uma quarta tese envolve o Estado do bem-estar social e a idéia de comunidade. Devido a sua dinâmica abstraidora, o Direito liberal não chega a garantir a inclusão material e social dos membros da sociedade. Também é pouco provável a imposição de normas morais substanciais sobre regras do procedimento legal. Abre-se, assim, o abismo entre a sociedade civil legalmente constituída e a idéia de comunidade-moral materialmente justa. As políticas sociais de Getúlio Vargas, no Brasil, conhecido como o “pai dos pobres” e as políticas sociais bismarkianas, na Europa, são exemplos desse procedimento. Poderíamos nos perguntar: a legalidade é condição suficiente da legitimidade? A resposta implica considerar outra pergunta: seria o caso de cidadania ou direito da cidadania? A quinta tese identifica o comprometimento do Estado do bem-estar social com a lógica do Estado de Direito, submetendo aquele aos limites do último. A alternativa de solução é a comunitarista, com os seus ideais de solidariedade, responsabilidade social, subordinadas a um sistema de normas morais consentidas. Como reação imediata, as idéias norteadoras do comunitarismo opõem-se à racionalidade institucional da sociedade contemporânea, como a sexta corrente. Ela se dá quando é possível identificar o uso de violência gerada a partir de movimentos sociais (exemplo: Movimento Sem Terra, no Brasil). Por fim, a sétima hipótese, que encoraja a

O resultado consiste em se demonstrar este Capítulo como condições transcendentais que seriam várias partículas do conhecimento relacionadas à existência do ser humano não isolado, o que nos leva a procurar na Filosofia o desenvolvimento dos aspectos essenciais da individualidade humana, que por sua vez explicam a convivência e a formação da sociedade politicamente organizada e respectivos comportamentos. É a busca incessante de uma definição de Justiça, desde a antigüidade até os tempos atuais. É uma das razões pelas quais o vocábulo *justiça* é empregado no cotidiano de maneira muito mais ampla do que a palavra *filosofia*. É o caso também do termo democracia, cujo adjetivo democrática, derivado do substantivo, apresenta nítida indeterminação semântica.

Mas em que condições o Direito e a Política convergem para a Justiça Democrática?

Toda uma corrente de afiliações filosóficas que, embora sejam originais, apresentam-se criticamente como desdobramentos umas das outras⁴⁴,

atualidade crescente das idéias comunitaristas é associada ao paradoxo político que marca a democracia meramente legal. Quanto mais o Direito liberal se desdobra aprimorando-se, tanto mais evidencia-se sua incapacidade de garantir a Justiça social. A insuficiência da homogeneização da sociedade através de estruturas jurídicas exige processos complementares de formação da vontade política, v.g. orçamento participativo, formulação de um conceito de Estado que pressuponha o conceito de política, como no caso do pensamento de Carl Schmidt. A partir destes pontos volta-se à discussão, tratando de todos eles e de outros princípios desenvolvidos em teorias clássicas bastante reproduzidas e atualizadas, apresentando quadros críticos elaborados por juízos valorativos que podem implicar a superação de postulados ou o reconhecimento e sua plena aceitação como um princípio de universalização, que por sua vez implica a construção da Justiça Democrática.

⁴⁴ Aqui, nosso método ampara-se, em grande parte, na idéia de Patrick Gardiner que, em definição sobre a pujança do método histórico considera que: *O cientista, o historiador e o filósofo avançam assim, não menos do que o homem prático, nas suas actividades de acordo com planos, pensando intencionalmente e assim alcançando resultados que podem ser julgados segundo critérios dos próprios planos. Consequentemente, pode existir história destas coisas. Tudo quanto é necessário é que haja comprovação de como foi levado a cabo tal pensamento, e que o historiador seja capaz de o interpretar, isto é, de re-presentar no seu próprio espírito o pensamento que é objecto do seu estudo, tendo em consideração o problema do qual ele partiu, e reconstruindo os degraus através dos quais se foi tentando a sua solução. Na prática, a dificuldade mais frequente do historiador é identificar o problema, visto que, se o pensador é de um modo geral cuidadoso ao expor fases do seu próprio pensamento, por outro lado, fala normalmente para contemporâneos que já conhecem o problema, e pode muito bem acontecer*

impõem soluções à problemas semelhantes, que envolvem a tese da Justiça Democrática. São questões que dizem respeito ao Estado e aos indivíduos sempre inseridos num contexto coletivo, ou seja, cremos que os indivíduos detêm condição pública permanente, como fruto de suas próprias consciências individuais.⁴⁵

Estabelecida a interação entre Filosofia e Justiça, não restam dúvidas de que as relações de poder e seus desdobramentos na sociedade implicam determinadas características que o Estado pode assumir em decorrência da aprovação política de um modelo jurídico, que chamamos de Direito. O Direito, enquanto ciência, não responde de maneira efetiva ao problema da Justiça Democrática, por estar limitado a uma metodologia própria que só lhe assegura uma autonomia suficiente para ser identificado como saber científico que cuida da sistematização das leis de um determinado ordenamento jurídico. É a razão pela qual o Direito figura como conjunto de valores lógico-rationais ordenados por um método próprio que responde pelo estudo das normas jurídicas. Porém, se da sua aplicação redundam conseqüências que vão além da ação legal ou ilegal, esta análise não pode limitar-se ao método jurídico, ou seja, à própria norma jurídica enquanto objeto. Portanto, embora o Direito seja elemento indispensável à construção do conceito de Justiça Democrática, não é o único. Há elementos

que nem sequer o chegue a mencionar. E sem saber qual o problema de que se ocupava, o historiador não pode avaliar o êxito do seu trabalho. É o esforço do historiador por descobrir este problema que dá importância ao estudo das <<influências>>, o qual é tão fútil quando se concebem as influências como o transvasar de pensamentos já existentes de um espírito para o outro. Uma investigação inteligente acerca da influência de Sócrates sobre Platão, ou de Descartes sobre Newton, procura revelar não os pontos em comum, mas de que modo as conclusões obtidas por um pensador levantam problemas ao pensador seguinte.(GARDINER, Patrick. *Teorias da história*, p. 318-319).

⁴⁵ Ora, nas condições transcendentais, a consciência individual está sendo investigada não como fato mas como objeto imaterial. Tal perspectiva levará à explicação do fenômeno da condição pública, pela aplicação da causalidade. Vide Capítulo II, item 1.4, bem como a análise da causalidade entre a razão e a fé, pertinente à Moral, no Capítulo IV, item 1.

paralelos sempre lembrados nos escritos filosóficos sobre a Justiça e estão situados na intencionalidade, que superam esta estrita noção científica do Direito. Toda Filosofia para merecer o nome, zela pela presença da intencionalidade, essencial, à compreensão do Estado, pois envolve o poder que está relacionado, quase sempre, com o sujeito como produto das ciências humanas: é o que chamamos de Política.

A intencionalidade se manifesta, desde sempre, de forma, que não é o campo específico desta investigação mas que como vem fazendo parte da Justiça, e está intimamente ligada ao sujeito-objeto, que é exatamente o aspecto estético da Justiça, deve ser mencionada. Vejamos, na antiga mitologia grega destacam-se as figuras monstruosas da Medusa, do Minotauro, etc., as quais simbolizam o mal e que cometem atozes injustiças pertencem a um mundo sobrenatural e atuam sobre o mundo real que, por sua vez, eram combatidas por heróis como Hércules (semideus), símbolo da força, que espalha a sua própria justiça (metade humana e metade divina) pelo mundo, estória conhecida como produto de um desafio lançado pela tirania que representam o mal, ataca as forças do bem, até que, nas mãos do herói grego surge a reação vitoriosa da justiça. Da mesma forma, na literatura infanto-juvenil mais recente, destacam-se diversos heróis, com características diversas mas com intenções semelhantes, como o Zorro, implacável na luta contra a tirania de agentes públicos, representantes do Estado colonialista espanhol, que marcaram presença na Califórnia do Século XVIII. Ou, ainda, como o extraterrestre e naturalizado patriota norte-americana) o Super-Homem, do Século XX. O Capitão América, o Homem-Aranha, todos eles vestindo as cores da bandeira pátria (azul e vermelho). Eles lutam, principalmente, contra os inimigos internos e externos do Estado norte-

americano, não dispensando, em certas e especiais ocasiões, a salvação da Terra.

Mas não é só a arte (literatura, teatro, cinema e televisão) que contém mensagens estéticas de Justiça. A experiência real contempla vários enredos, alguns trágicos como as verdadeiras condenações penais públicas à morte: elas são um exemplo cristalino de que o ser humano é, também, atraído pelos atos extremos (uma ação vale por milhares de palavras ditas ou escritas), como execução da pena capital, um ritual de justiça, muitas vezes amparado pela legalidade, através do Estado. Pode ser ilegal, quando propiciado por outras fontes de poder (linchamento popular, inquisição religiosa, etc.). O homicídio, ação freqüentemente praticada, por sede de justiça ou seria por sede de vingança?

A Filosofia estética não tem respostas para a diferença entre um ato de vingança e um ato de justiça, pois não se situa no plano da razão. A sensibilidade emocional é desencadeada pelas mais variadas formas de execução penal através dos tempos: o apedrejamento, a crucificação, o enforcamento, a decapitação, o fuzilamento, a cadeira elétrica e o envenenamento. Outro padrão estético para a Justiça, são as penas cumpridas em prisões que, geralmente, vêm associadas a condições insalubres e imorais, como os calabouços, ratos, insetos, odores fétidos, torturas e demais adereços brutais, compondo uma espécie de estética da Justiça e que tem acompanhado a humanidade desde a fundação das primeiras Cidades-Estado, apesar dos direitos humanos repudiarem todas estas práticas.

Para UMBERTO ECO, uma mensagem desempenha uma função estética quando ela se apresenta estruturada de modo ambíguo e surge como

auto-reflexiva⁴⁶, isto é, quando ela pretende atrair a atenção do destinatário, primordialmente, para a sua forma própria ou seja, a mensagem em si. A natural ambigüidade da mensagem estética da Justiça manifesta-se de maneira informativa, já que permite numerosas escolhas interpretativas.

No campo da Justiça, se tomado como exemplo o da aplicação da pena capital, subtraindo-se as pessoas que a assistem por dever de ofício, no entanto, restam outras que ali estão de livre e espontânea vontade. Por qual motivo? Das possíveis respostas surgem outras indagações: vingança, compaixão, ódio, piedade, ou elas nem deveriam estar ali? A ambigüidade substitui qualquer certeza.

A mensagem pode pôr em jogo vários níveis de realidade: o nível técnico-físico da substância de que são feitos os significantes; o nível da natureza diferencial dos significantes; o nível dos significantes denotados; o nível dos vários significados conotados; o nível dos sistemas de expectativa psicológicos, lógicos e científicos a que os signos me remetem: e a todos esses níveis estabelece-se como que um sistema de relações estruturais homólogas, como se todos os níveis fossem definíveis, e o são, com base num só código geral que a todos estrutura.⁴⁷

O código geral referente ao acima transcrito, tendo como base a pena de morte, seria o homicídio. Os vários níveis de realidade que envolvem diretamente a Justiça acarretarão um tipo de reação, em cada envolvido: pode ser de comiseração (no caso de um sacerdote), revolta (no caso de um parente próximo do executado), alívio (dos pais ou filhos da vítima), comprovação científica (v.g., da pessoa que atesta a morte do executado) ou narrativo (v.g., no caso de um repórter) em todos estes casos, no entanto, permanece a pergunta: teria sido justa ou injusta a execução? É o que ECO chama de um perfeito

⁴⁶ Conforme ECO, Humberto. *A Estrutura ausente*, p. 52.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 55.

sistema de relações estruturais homólogas. O sistema descrito parece ser o mais lógico. A estética porém não é o âmbito da lógica. Quem comanda as ações, num dado momento, ou os parentes da vítima, que concordavam com a pena de morte, ao assistirem a sua execução, podem acabar não sentido nenhum alívio, ao contrário. Naquele momento passam a condenar a pena capital. É possível mudar o plano racional pela experiência real emocionalmente vivificada, através da estética. Essa alternância própria da estética, acontece efetivamente. O clássico filme *Inferno na torre*, demonstra, por um lado, que o cinema pode gerar um terror real nas pessoas pela arte de reproduzir um incêndio fictício no maior edifício do mundo, mas tem seu lado exuberante, pois cenas jamais vistas na realidade, foram montadas, com efeitos especiais, pela indústria cinematográfica (nesse caso específico trata-se do culto à tragédia).

Num dado momento, KANT, ao analisar o sublime, sustenta uma certa dose de dinâmica à faculdade de julgar que levaria à estética, no sentido ético.⁴⁸ Segundo PAUL RICOEUR, a competição entre o gosto e o gênio identificada na concepção kantiana é de maior importância quando transposta para o plano do juízo político que, segundo ele, foi muito bem explorada por ARENDT, sendo que RICOEUR acredita ser melhor a tentativa de libertar uma concepção do juízo político da teoria do juízo de gosto do que religar esta concepção à teoria do juízo teleológico, via uma filosofia da história.⁴⁹ Considerados estes argumentos,

⁴⁸ Vide RICOEUR, Paul. *O Justo ou a essência da justiça*, onde analisa a proposta kantiana sobre o juízo, a partir de critérios aplicados ao juízo estético da terceira crítica de Kant, *A Crítica da faculdade de julgar*, segundo Paul Ricoeur: *Para julgar os objectos belos enquanto tais, é necessário o gosto, mas para as próprias Belas Artes, quer dizer, para produzir tais objectos, é necessário gênio.* (Ibidem, p. 131).

⁴⁹ Ibidem, p. 132: *É uma grande aposta, porque os laços entre a filosofia da história e o juízo teleológico são imediatamente perceptíveis na obra kantiana, talvez devido ao facto de Kant ter escrito a sua filosofia da história, enquanto que a filosofia política de Hanna Arendt, emprestada de Kant, é em grande parte reconstruída, se é que não se mantém mesmo incoativa, na verdade, virtual.*

PROTÁGORAS tinha razão pois detectamos um sentido imaterial, e portanto transcendente, no qual é impossível, da mesma maneira que nos aspectos estéticos, dissociar o sujeito produtor do conhecimento, do objeto, fenômeno da Justiça. O sujeito, por sua própria experiência sensível *a priori* de um dado conhecimento, é quem determina o núcleo de variação do significado (justo ou injusto, feio ou belo, amor ou ódio, etc.). É, também, quem coloca a carga (ou potencial) emocional, na ação que vai assumindo vários sentidos dentro de uma perspectiva de ambigüidade (ou paradigmática), sendo certo que podem ser produzidos um ou mais significados a partir do mesmo significante, que *a priori* for sendo modificado pela experiência real. Esse é um ponto fundamental para o desenvolvimento das teorias da Justiça. Se este fenômeno for desprezado estarão limitadas e, portanto, nunca universalizadas. Da mesma maneira, se as teorias somente se deixarem influenciar pela estética da Justiça, estarão, por sua vez, limitando a sua capacidade de criação e de funcionamento racional.

Há que haver, portanto e sem dúvida, uma correspondência a que KANT se referiu como o primado da razão prática sobre a teórica. Resolveu o problema pela negativa de um sistema moral baseado na utilidade, insuscetível às emoções – ser feliz, infeliz, odiar, amar, vingar e etc. A moral para KANT, situa-se num nível superior à utilidade. Portanto a lei moral, sendo universal, amenizou, segundo KANT, o princípio sofista de que o homem é a medida de todas as coisas, porém, não o afasta, apenas, explica a razão do porque se deve entender as ações humanas não movidas pelos impulsos particulares.⁵⁰

⁵⁰ Mais adiante, veremos que da condição pública (produzida na consciência individual) deriva a cidadania (produzida na consciência coletiva). É impossível dissociá-las numa razoável concepção de Estado.

E o pensamento kantiano, foi severamente criticado por DEL VECCHIO, que, citando a contradição lógica do furto, crime que tende a admitir a propriedade ao mesmo tempo que a nega, sendo, portanto contrário à lei moral. A teoria kantiana não teria demonstrado nada que autores antigos e medievais não tenham observado sobre a lei moral, principalmente, os representantes da doutrina cristã.⁵¹ A crítica de DEL VECCHIO mais parece uma forma de superação de um postulado lógico que acompanha a sociedade contemporânea, de que a Moral tenha sua importância reduzida frente ao Direito. A bem da verdade, KANT nunca propôs uma hierarquização mas diferentes campos de atuação.

Resumindo, verificada a complexa composição destes dois ingredientes, podemos enumerar as implicações filosóficas como sendo de ordem ética, metafísica, lógica e estética. Estas categorias filosóficas não devem ser submetidas à hierarquia. As ações humanas (morais, políticas, jurídicas, religiosas, econômicas etc.), no plano da Filosofia, devem revestir-se de Justiça (como um valor racionalmente interposto); metafisicamente, há necessidade de coexistência entre a fé transcendental como valor integrante do justo, (sinônimo de “bem”), como condição transcendental sua razão, manifestada pela lógica, são as condições positivas. No plano da ética estão as condições funcionais das relações de poder a fim de estabelecer a ligação entre dever-ser racional e ser transcendental, porque ambos envolvem o marco divisório entre o justo e o injusto; por fim, reconhece-se o conteúdo emocional ou nível potencial de emoção, igualmente localizado na Justiça, e que não pode ser menosprezado,

⁵¹ Vide VECCHIO, Giorgio Del, op. cit., p. 133-134.

uma vez que representa a percepção sensorial *a priori* do justo e do injusto, como expressão manifesta da estética.⁵²

As implicações com a Ciência, por sua vez, apresentam-se na Filosofia. Neste aspecto, há uma preocupação acentuada no que tange a relação entre Direito e Justiça, cujo aparecimento, que de alguma forma pode ser tratada enquanto aporia passível de ser reduzida ou minimizada, na medida em que se deve entender as verdadeiras diferenças entre as ditas “ciências sociais”, na qual se situa a Ciência do Direito das “ciências naturais”. Cabe apontar o estudo da Justiça Democrática, também, como compreensão fenomenológica de valores. Dentre várias formas de valor, o da Ciência do Direito, portanto, integra o conceito de Justiça Democrática, ao lado de outros valores importantes.⁵³

Nítida é a importância de se reconhecer a relatividade da Justiça, característica fundamental para entender a noção de sua universalidade através do método que a Justiça Democrática estabelece, argumentando com a relevância manifesta da inclusão da Justiça no Direito e na Política.

As principais implicações filosóficas que rondam a Justiça Democrática, serão agora consideradas sob o prisma das várias etapas do pensamento filosófico que, por opção metodológica, estão dispostas de forma histórico-cronológica, segundo uma linha de afiliações filosóficas decorrentes da evolução

⁵² É por isso que concordamos que a Filosofia é capaz de interferir na forma de agir, porque mesmo em se tratando de alguns fenômenos que não dependem da ação humana, pode-se questionar-lhes justiça. Se os médicos por exemplo, não tivessem considerado injustas as mortes pela varíola, nunca teriam descoberto a sua vacina (situação típica que vem despertando a Filosofia para um ramo novo o da Bioética e do Biodireito). Ao contrário, existem categorias de fenômenos que não dependem de julgamento algum, apenas sujeitam-se à observação e contemplação como, por exemplo, o movimento de rotação da Terra. No primeiro caso, sem dúvida, há um grande potencial emotivo envolvendo a faculdade de julgar, porque o sentimento de injustiça produzido pela observação de uma morte precoce causada por doenças impulsionou desde Hipócrates, as mais recentes descobertas da Ciência Médica.

⁵³ Pode existir ou não uma correspondência entre o Direito e a Justiça. O papel mais importante do Estado é manter em equilíbrio as forças sociais para que o Direito possa coincidir com a Justiça. A questão de como a Ciência do Direito < pode ou não pode > ou < deve ou não deve > interferir nesse plano será oportunamente analisada.

crítica de uma sobre a outra, como maneira de se extrair um potencial de conhecimento através dos tempos.

1. DA CRÍTICA AO PENSAMENTO CLÁSSICO.

A Filosofia da antigüidade já se interessava pela universalização da Justiça, de acordo com três possibilidades investigatórias, o conhecimento da Justiça (gnoseologia da Justiça); seu conceito (ontologia da Justiça); e seus valores (axiologia da Justiça). A Justiça sempre foi um tema complexo, pleno de todos os atributos inerentes à profunda percepção do espírito humano. Foi percebido pela maioria dos filósofos da antigüidade, que, em menor ou maior grau, dedicaram-se ao assunto; a importância de três desses autores clássicos merecem destaque pelo aprofundamento da problemática, com seu aspecto ontológico: PLATÃO, ARISTÓTELES e CÍCERO.

É uma opção que reacende a crítica ao pensamento clássico, seja pelo destaque que ainda possuem, seja pela análise contida em diversos autores medievais, modernos e, finalmente, pela atualidade que os contemporâneos lhes emprestam, por terem atribuído um conceito a Justiça, cada qual a sua maneira.⁵⁴ Mas, destacam-se, principalmente, por os seus ensinamentos sobre a universalização da Justiça, que fazem parte de um quadro inicial de nossa investigação: as condições transcendentais da Justiça Democrática, a partir de um critério de classificação de afiliações filosóficas posteriores a estes grandes sábios da antigüidade.

Não obstante, terem os antigos vivido em sociedades com poucos

⁵⁴ A Filosofia da antigüidade preocupou-se mais com a ontologia da Justiça.

recursos tecnológicos, ausentes os meios de comunicação de massa bem como, outras comodidades modernas conseguiram apontar os principais problemas da natureza humana, dentre os quais destacamos o da Justiça.

Feita essa constatação histórica, uma conclusão se impõe, se PLATÃO retrata tão bem o idealismo filosófico na *Republica* e, principalmente, um ideal de Justiça enquanto, inversamente ARISTÓTELES na *Política* opera com nova metodologia fundada em conceitos lógicos deduzidos de premissas intuídas pela *praxis* e por ele bem interligados na teoria (*Ética à Nicômancos*), em Roma, CÍCERO prossegue como compilador sublime destas duas correntes filosóficas, (sendo, também, por elas influenciado, porém preservando sua originalidade pelo empirismo no trato com a Justiça), não dispensando em certos momentos, apontamentos históricos detalhados sobre a Justiça e assim contribuindo para um aprimoramento de todas as condições que envolveram aquela Cidade. Dessa maneira, entendemos que CÍCERO não desenvolve um *rótulo de Justiça* mas está próximo de uma *essência da Justiça*, que deve ser entendida como uma profusão de conceitos ideais e positivos, com a finalidade de funcionar adequadamente em sociedade já que, além de se preocupar com o Estado romano, ele escreveu sobre a maneira correta de envelhecer e, sobre a amizade, temas que o fizeram aprofundar-se na Moral da sociedade romana e na metafísica.

Ademais, no campo da Política, a jusfilosofia romana de CÍCERO parece ser a consumação de fatos e verdades que tendem a confirmar o triunfo da república democrática sobre a monocracia dos imperadores, o que tornaria essa república mais justa e mais virtuosa, já que a vontade popular é o seu fundamento. Na monocracia, ao contrário, o fundamento é a vontade do

soberano. Contando com um vasto domínio da história greco-romana, CÍCERO conclui que só a Justiça torna possível o governo da república.

Não se discute que autores como estes possam divergir em vários pontos. É indiscutível, porém, que têm preocupações comuns: CÍCERO revisita as obras dos dois gregos. Sendo ARISTÓTELES um crítico de PLATÃO, está implícito que CÍCERO é crítico dos dois.⁵⁵

Apesar do tempo distante em que viveram, de comunicação e transporte difíceis, longe dos complexos problemas que os Estados hoje enfrentam, garantiram uma redução filosófica à princípios fundamentais que são insuperáveis, e continuam sendo estudados como pontes de acesso às modernas e contemporâneas teorias da Justiça.⁵⁶ Concluindo, seriam dois destes princípios, em PLATÃO e CÍCERO encontramos como mais importante elemento do conceito de Justiça a **estabilidade do Estado**. ARISTÓTELES, por sua vez, estabelece seu conceito de Justiça (*Ética a Nicômacos*) na **equidade**. Os dois elementos vão integrar a Justiça Democrática, atualizados, evidentemente, seus conteúdos.

⁵⁵ Vide ARISTÓTELES. *Política*, p.189 : *a monarquia se originou nos serviços prestados pelos melhores homens à sua classe contra o povo, e um rei é investido no poder pelos melhores homens por sua superioridade em qualidades, ou por ações inerentes a tais qualidades, ou pela circunstância de pertencer a uma família com aquelas qualidades*. Este autor, que não compreende *A República* de Platão, julga ela contemplar contradições explícitas, já que especialmente, sobre a forma de Constituição ou melhor, no que diz respeito à forma republicana de Sócrates da igualdade e comunhão de bens não foram observadas por Platão.

⁵⁶ Vide BITTAR, Eduardo C. B. *A Justiça em Aristóteles*, p. 51-52: *a) a justiça, em uma primeira acepção, significa respeito aos deuses e ao culto; b) em uma Segunda acepção, a justiça é judiciária, o que significa um post factum, um corretivo com relação ao surgimento de uma situação de injustiça; c) a justiça normativa, que, melhor que a judiciária, é um ante factum, ou seja, um algo preventivo colocado a serviço dos polítai como garantia da ordem e do Bem Comum; d) justiça é, também, sinônimo de autoridade e de obediência, estando implícita na noção de ordem a idéia de hierarquia; e) a justiça aparece como piedade num sentido mais ético do termo; f) a justiça é humana, no que se refere ao tratamento dos homens inter homines, e a justiça é animal no que se refere ao tratamento dos homens para com os animais*. Portanto, o autor propôs seis preceitos e máximas genéricas sobre a Justiça na antigüidade.

2.1. Justiça platônica.

BERTRAND RUSSEL, filósofo lógico produzido pela Grã-Bretanha, relata que o propósito principal do livro *A República*, de PLATÃO, é o de definir o conceito de Justiça. O vocábulo *justiça* ganhou muito mais conteúdo em PLATÃO do que em SÓCRATES enquanto este associou a Justiça à igualdade (democrática), o outro usou Justiça como sinônimo de Lei (Direito). De fato, PLATÃO estabelece uma nova versão da Justiça, diferente daquela apoiada no princípio de igualdade socrática, sendo a igualdade platônica idealizada como uma possibilidade de diferentes competências estabelecidas entre os diversos indivíduos gregos que integram a *República*, não vislumbrando nisso uma injustiça, uma vez que o poder e os privilégios dos guardiães (governantes) e dos demais cidadãos estariam previamente estabelecidos por uma lei-primeira. Somente haveria injustiça quando alguém mais sábio do que os guardiães estivesse longe do poder de direção do governo da *República* ou quando o cidadão não compartilhasse das decisões afetas à *República*. Portanto, PLATÃO criou um sistema de pouca mobilidade social, mas que autorizava a promoção e o rebaixamento de cidadãos conforme seus méritos. Retrato de uma forma de meritocracia, pode então ser compreendida como primeiro critério de justiça do regime republicano da Cidade-Estado, que, além disso, utilizava como critério para ocuparem os lugares indicados naquela sociedade, as habilidades naturais de cada indivíduo, através da aferição das habilidades com as competências desenvolvidas em cada uma das funções estatais ou privadas. Portanto, segundo essa idéia, a Justiça platônica propõe que cada homem dedique-se ao seu trabalho, sendo que os princípios fundamentais da repartição do labor

(competências sociais) estavam presentes desde a constituição da Cidade-Estado.⁵⁷ Fica evidenciada a vinculação da igualdade em PLATÃO a uma intenção, a principal premissa do seu conceito de Justiça. Manter a estabilidade do Estado, utilizando-se de regras jurídicas para garantir a eficácia da divisão de tarefas que poderiam ser questionadas pelo princípio da liberdade, acabam sendo sufocadas pelo Direito.

KELSEN, identifica um problema insuperável na teoria formulada por PLATÃO, a ausência de um conteúdo de Direito material, ou seja, a noção de Justiça estava baseada em critérios metafísicos. O Direito material está ausente no pensamento do filósofo grego, e KELSEN, não concebe a Justiça, desta forma, Uma simples evidência na Constituição do Estado, não é suficiente para realizar a Justiça isoladamente. KELSEN, mostra que a Constituição, para PLATÃO, não representa a ordem jurídica, mas, apenas o método de produzi-la baseada na educação para governar. A Constituição platônica tem um conteúdo muito mais pedagógico do que jurídico ou político.⁵⁸ Afere-se também que a hipótese dualista entre o “bem” e o “mal” foi a tônica encontrada por PLATÃO para definir a sua idéia de Justiça, uma vez que, como bem observa KELSEN, PLATÃO não reconhece uma percepção através dos sentidos. Seu objeto de cognição fica além dos sentidos, ou seja, encontra-se fora do alcance da experiência.⁵⁹ Foi a dialética o método filosófico criado por PLATÃO, como projeto de aperfeiçoamento da maiêutica socrática, que consiste na intuição da idéia e no esforço de encontrar

⁵⁷ Vide PLATÃO, op. cit., p. 131-132: *Agora, pois, vê se tenho razão. O princípio que estabelecemos de início, ao fundarmos a cidade, e que devia ser sempre observado, esse princípio ou uma das suas formas é, creio, a justiça. Nós estabelecemos, e repeti-mo-lo muitas vezes, que cada um deve ocupar-se na cidade apenas de uma tarefa, aquela para a qual é mais apto, por natureza. Foi o que estabelecemos. Mais ainda: que a justiça consiste em fazer o seu próprio trabalho e não interferir no dos outros. Muitos disseram isto e nós próprios o dissemos muitas vezes.* (Esta concepção foi extraída do texto original do diálogo entre Sócrates e Glauco).

⁵⁸ Vide KELSEN, Hans. *A Ilusão da Justiça*, p. 450-451.

⁵⁹ Vide KELSEN, Hans. *O Que é Justiça*, p. 85.

espaço para a crítica sobre a essência fundamental da intuição da idéia. A dialética pressupõe o debate entre as percepções intuitivas e conclusivas a respeito da idéia.⁶⁰

Por outro lado, HESSEN afirma ter sido PLATÃO o pioneiro na defesa do objetivismo. Desenvolvendo uma pioneira teoria das idéias é a primeira concepção do objeto como elemento decisivo entre os dois membros da relação cognitiva. *O objeto determina o sujeito.*⁶¹

Difícil é discordar da análise de KELSEN que concluiu haver falha conceptual na construção da teoria da Justiça, de PLATÃO, cujo princípio da igualdade, parte de uma discriminação arbitrária inicial que não é racional. Portanto, mesmo que legal, *A República* platônica não seria legítima. O que KELSEN não percebeu é que não é apenas o conteúdo de Direito material da Constituição do Estado que levaria à decadência da Justiça platônica, mas, fundamentalmente, o ser transcendental indeterminado, por ignorar mecanismos de compreensão, na medida em que ele prioriza uma possibilidade de racionalidade natural, que não apresenta conteúdo decisivamente religioso. A inteligência superior seria o apanágio de poucos indivíduos (sábios ou filósofos) que se tornariam naturalmente, os governantes da república. Neste aspecto, obteve parcial reconhecimento na *República de Utopia*, de TOMÁS MORUS, onde ele admite que ao invés de só ouvir os filósofos, deve o rei ser um filósofo.⁶² Com isto,

⁶⁰ Conforme MORENTE, Garcia, op. cit., p. 38-40.

⁶¹ Conforme HESSEN, op. cit., p. 88-90: *O que PLATÃO denomina ideia chama-se em HUSSERL essência. E assim como as ideias representam em PLATÃO um mundo existente por si, as essências quidditates formam em HUSSERL uma esfera própria, um reino independente. O acesso a este reino reside, repetimos, numa intuição não sensível. Se esta foi caracterizada por PLATÃO como a intuição das ideias, é designada por HUSSERL como uma <<intuição da essências>>.*

⁶² MORUS, Tomás. *Utopia*, p. 47-48: *Com efeito, nosso querido Platão considera que os Estados só têm chance de ser felizes se os filósofos forem reis ou se os reis passarem a filosofar. Não irá se distanciar essa felicidade se os filósofos não se dignarem sequer dar suas opiniões aos reis? Eles não seriam egoístas, disse Rafael, a ponto de se recusarem a isso (e muitos provaram sua*

MORUS acreditou que PLATÃO conhecia as implicações negativas dos conselhos sobre o Estado que o rei recebe dos filósofos (conselheiros). Chegou a afirmar que PLATÃO teria sugerido que os sábios se abstivessem de toda atividade política, reafirmando que o rei seria o verdadeiro e único filósofo.

Não é possível concordar integralmente com MORUS, sobretudo nesse pormenor, uma vez que aceitamos como definitivo o critério da inteligência na *República*, sendo o suficiente para PLATÃO constatar que somente a natureza indica de forma correta as posições a serem ocupadas pelos cidadãos em seu meio (o que foi mencionado por MORUS), sendo a Filosofia o meio capaz de identificar estas pessoas através da sabatina dialética (destaque para importância política do método criado por PLATÃO). Portanto, a conclusão óbvia, que passou despercebida a MORUS, foi que a plena realização da *República* se explicaria apenas quando um filósofo ou um grupo deles se tornassem dirigentes da Cidade-Estado, levando-nos a acreditar que a implementação deste projeto resultaria, a curto prazo, num regime de Estado totalitário. Portanto, a liberdade, garantia de mobilidade social da *República* platônica ficaria restrita aos indivíduos-governantes (guardiães e cidadãos) que detêm o domínio de um método filosófico⁶³. Se a pessoa fosse capaz de assimilá-lo e utilizá-lo, teria um

boa vontade através de suas obras), se os detentores do poder estivessem inclinados a escutar bons conselhos. Mas Platão percebeu com clareza: se os próprios reis não forem filósofos, eles jamais seguirão as lições dos filósofos, por estarem desde a infância imbuídos de idéias falsas e profundamente envenenados por elas. Ele próprio constatou isso na corte de Dionísio. De minha parte, se propusesse a um rei, seja qual for, medidas saudáveis, se tentasse arrancar de seu coração a perniciosa semente lançada pelos maus conselheiros, você não concorda que eu seria expulso na mesma hora ou tratado como um bufão?

⁶³ Vide comentários de Bernard Pietre (In PLATÃO. *A República: livro VII.*), PLATÃO, op. cit., p. 83: *jogo, empregando-a apenas para contradizer as outras pessoas. E, a exemplo daqueles que os confundem numa controvérsia, agem de modo semelhante deleitando-se, com suas réplicas, em fustigar incessantemente e em provocar, como cachorrinhos, a todos aqueles que deles se aproximam. Glauco – Sim, e como! Sócrates – Depois de terem confundido os outros e a si mesmos, rapidamente passam a não acreditar em mais nada do que acreditavam antes. Em razão disso, eles próprios e, em sua esteira, toda a filosofia, se tornam objetos de calúnia aos olhos do resto do mundo. Glauco - É verdade. Sócrates – Numa idade mais madura não se é inclinado a semelhante frenesi. Ao contrário, imita-se antes àquele que deseja a polêmica como meio de*

cargo no governo. Ora, um governo composto de sábios que, livres e iguais entre si, estabelecem um pacto democrático para a tomada de decisões, não é verdadeiramente o que procuramos na Justiça Democrática. É evidente que a maioria dos Estados atuais ainda estabelecem o critério da inteligência como exigência para a investidura em alguns cargos públicos, principalmente, os relacionados com a jurisdição. A Constituição da República Federativa do Brasil, nos artigos 127, parágrafo 2º ; 131, parágrafo, 2º e 134, parágrafo único, trata da exigência de concurso de provas e títulos, o artigo 94 e o artigo 119, II, estabelecem como requisito da nomeação no cargo público o *notório saber jurídico*. Ou, ainda, o critério da inteligência pode ser útil para explicar o pequeno acesso aos cargos gerenciais das grandes empresas privadas e das multinacionais.⁶⁴

O que verdadeiramente deve importar para a Justiça Democrática é a garantia de acesso (oportunidades iguais) aos meios pedagógicos adequados à formação do cidadão, sendo inquestionável que o Estado é responsável por isto. Se for eficaz nesta empreitada, não há razão de interpretar o critério da inteligência como fator excludente (o que vem ocorrendo desde a antigüidade), mas, incluyente, de uma cidadania responsável.⁶⁵

encontrar a verdade do que àquele que se deleita em refutar a outrem pelo simples prazer de refutar. Assim, portar-se-á com mais comedimento, fazendo desta ocupação algo digno de consideração e não de crítica.

⁶⁴ Vide SINGER, Paul. *Aprender Economia*, p. 79: *Capital humano é, na prática, escolaridade. Quem fica mais tempo na escola e obtém um grau mais avançado tem gastos com o ensino, material escolar, além de abrir mão dos salários que ganharia se, em vez de estudar, tivesse trabalhado. Este sacrifício é considerado um investimento em capital humano, análogo ao investimento que alguém faz ao comprar ações de uma empresa ou um imóvel. Quando o indivíduo, munido de um diploma, entra no mercado de trabalho, ele 'vale' mais do que um indivíduo não diplomado. Este valor adicional ou diferença salarial é considerado o retorno do seu investimento em capital humano. Sem dúvida, há estreita correlação entre escolaridade e nível de ganho – quem tem mais escola ganha mais... O que sem dúvida, aumentou no Brasil (assim como em outros países capitalistas) foi o credencialismo, ou seja, a exigência de certificados escolares para a ocupação de posições elevadas na hierarquia empresarial ou do serviço público.*

⁶⁵ Sobre crítica à tecnocracia, Norberto Bobbio escreve que: *Tecnocracia e democracia são antitéticas: se o protagonista da sociedade industrial é o especialista, impossível que venha a ser*

NORBERTO BOBBIO, afirma que *a partir do momento em que o voto foi estendido aos analfabetos tornou-se inevitável que estes pedissem ao estado a instituição de escolas gratuitas.*⁶⁶

De qualquer forma, PLATÃO não imaginava que sempre existiria uma estreita ligação entre a economia nacional (produção e comercialização de mercadorias) e o sistema educativo. Neste particular a igualdade de oportunidades na *República platônica* aproxima-se da situação atual da América Latina, onde *a pretensão de uma igualdade de oportunidades formais para todos os cidadãos é uma piedosa ficção.*⁶⁷

A proposta platônica de elitização da sabedoria encontra amparo ideológico, com reflexos atuais largamente visíveis, como no caso das:

(...) reformas educativas mundiais, cujo centro é a privatização, elitização e mercantilização da Educação Superior, têm por objetivo converter o modelo estadunidense de produção de conhecimento universitário a serviço do grande capital no único modelo possível, com uma pretensão totalitária ainda maior do que Max Weber tinha em mente quando, em 1917, advertia sobre o perigo de que a universidade alemã assimilasse o paradigma estadunidense (Wissenschaft Beruf). A subordinação de todos os setores da vida às ordens do grande capital e a medição mercantil-positivista de todas as relações sociais com o cálculo empresarial de custo-benefício expõe o legado da formação humanística tradicional à sua pior ameaça absolutista.⁶⁸

Não obstante, toda crítica levantada, na identificação falha da *República platônica*, no que concerne a igualdade de oportunidades e a democracia, há possibilidade de visualizar algumas idéias de PLATÃO que retratam muito bem uma verdade universal, detectadas com o auxílio da intuição,

o cidadão qualquer. A democracia sustenta-se sobre a hipótese de que todos podem decidir a respeito de tudo. A tecnocracia, ao contrário, pretende que sejam convocados para decidir apenas aqueles poucos que detêm conhecimentos específicos. (BOBBIO, Norberto. *O Futuro da democracia*, p. 34).

⁶⁶ Ibidem, p. 35.

⁶⁷ Vide CHOMSKY, Noam e DIETERICH, Heinz. *A Sociedade global*, p. 153.

⁶⁸ Ibidem, p. 157.

uma vez que são implícitas com o progresso do mundo e da sociedade surge tarefa obrigatória que envolve a permanência de ações para garantir um certo equilíbrio (ou *medium virtus*) da Cidade-Estado, o que, em termos fundamentais, ele chamou de ***bem absoluto***. Trata-se provavelmente, de um princípio de Justiça, mencionado por PLATÃO, posteriormente definido por CÍCERO como a **estabilidade do Estado**.⁶⁹

Na *Republica*, Livro IX, encontramos um pensamento metafísico explicado por uma metáfora que deve estar relacionado ao conhecimento dessa estabilidade de fundamental importância para a compreensão da Justiça platônica. PLATÃO afirma que o *homem tirânico, como se origina do homem democrático, o que é, uma vez formado, e como é a sua vida, infeliz ou feliz*.⁷⁰ Fazendo uma analogia à divisão proposta para este estudo da Justiça Democrática, temos em PLATÃO *como se origina* (como condição transcendental) *o que é*, representando o próprio ser (como condição positiva) e *como é sua vida*, manifestação do dever-ser ético (como condição funcional). No entanto, ele não explica a estabilidade de forma clara e racional. A metáfora parece-lhe suficiente para sustentar os efeitos de uma conduta justa ou injusta. Quimera, Cila, Cérbero e outros personagens de fábula reúnem *formas múltiplas num único corpo*,⁷¹ podendo o único corpo, ser interpretado como representação do Estado. PLATÃO, projetando-se numa espécie de discurso surrealista genético, afirma ainda que este corpo *modela uma espécie de animal multiforme, contendo várias cabeças, dispostas em círculo, de animais dóceis e de animais*

⁶⁹ Estabilidade que é, posteriormente, até melhor desenvolvida em termos racionais por Cícero. Sobre o reconhecimento de uma “condição de estabilidade” em Platão, vide AZEVEDO, Plauto F. de. *Justiça Distributiva e aplicação do direito*, p. 45.

⁷⁰ PLATÃO, op. cit., p. 291.

⁷¹ Ibidem, p. 314-315.

ferozes, e capaz de mudar e tirar de si mesmo tudo isso ⁷², obra que segundo Glauco exige um escultor hábil. É quando a estabilidade surge como chave da questão. Será sempre mais estável o Estado que, através de um governo, conseguir superar o abismo entre os vários comportamentos que se desenvolvem em sociedade e, ainda, consegue ser chamado de um Estado justo. Ademais, toda a preocupação do filósofo grego com um sistema de governo adequado à forma republicana e estruturado segundo rígidos critérios sociais de pouca ou quase nenhuma mobilidade, somada a um sistema educativo elitizado voltado unicamente para o interesse do Estado, não deixa dúvida sobre a existência de um princípio de estabilidade garantindo efetividade à *Justiça platônica*. Não bastava ser um Estado, há necessidade de ser um Estado justo, nos moldes dos valores da época que acabariam por sustentar um governo adequado às relações de poder estabelecidas naquela sociedade.

Concluindo, dois pontos se destacam. O primeiro, diz respeito ao dualismo do Direito presente na *República* de PLATÃO, severamente criticado por KELSEN, que nega a *Justiça platônica* – crítica, aliás, do Círculo de Viena, inaceitável para aqueles que a reconhecem. O segundo ponto caracteriza-se como identificação, na obra de PLATÃO, de um ideal de estabilidade do Estado, inspirado em critérios de *Justiça de ordem transcendental*,⁷³ principalmente, no

⁷² Ibidem, p. 315.

⁷³ Em sentido contrário, Tomás Morus identifica uma racionalidade materialista na *Justiça platônica*, na medida em que Platão teria se recusado a redigir uma Constituição para os que rejeitassem o princípio da comunidade dos bens, o que levou Morus a afirmar que sua tese da eliminação da propriedade privada, inspira-se em idéias platônicas. Vide MORUS, op. cit., p. 61-62: *Com efeito, esse grande sábio já havia percebido que um único caminho conduz à salvação pública, a saber, a igual repartição dos recursos. E como realizá-la onde os bens pertencem a particulares? Quando cada um exige o máximo para si, não importa o título que alegue, e por mais abundante que sejam os recursos, uma minoria irá açambarcá-los e deixará a indigência ao maior número. Junte-se a isso que a sorte com freqüência dá a cada um o que ele menos mereceu: muitos ricos são gananciosos, desonestos, inúteis ao Estado; muito pobres são simples e modestos, e seu incessante trabalho traz mais benefícios ao estado que a eles próprios. Estou portanto convencido de que os recursos só podem ser repartidos com igualdade e justiça, que os negócios dos homens só podem ser bem administrados, se for suprimida a propriedade privada.*

que diz respeito à formação do cidadão, que o tornaria apto a participar da seleção para o governo da Cidade-Estado.⁷⁴

2.2. Sistema aristotélico de justiça.

ARISTÓTELES intitulava-se o “amigo da verdade”. Fundou a lógica como método filosófico, a partir do qual construiu diversos pensamentos. A lógica consiste na demonstração racional e dedutiva de duas ou mais premissas, com o objetivo chegar a uma conclusão. Tornou-se também conhecida a lógica aristotélica e seu princípio do terceiro excluído: se $X=Z$ e $Z=T$, logo, $X=T$.⁷⁵

Foi uma revolução promovida desde o advento do pensamento socrático, principalmente, porque o raciocínio apodíctico ou a filosofia analítica (nomenclatura igualmente utilizada), que é resultante de conclusão obtida através de uma operação mental de intuição de premissas indiscutíveis, passou, como contágio, a influenciar também a sustentação dos raciocínios anteriores definidos como dialética platônica e maiêutica socrática. Portanto, com ARISTÓTELES, agora em novas bases, a Filosofia deu um salto. O raciocínio tornou-se mais direto e, conseqüentemente, mais objetivo, por contar com premissas prováveis, que deixam de gerar outras infinitas indagações (como no caso dos métodos anteriores) para conseguir a segurança da conclusão lógica. É evidente, porém,

⁷⁴ Vide GARDNER, Howard. *A Criança pré-escolar*, p. 161: *Independente da época, a questão da educação é a mais falada em todas as sociedades contemporâneas. Se a discussão tem lugar no Japão, geralmente considerado o país de maior sucesso na educação de seus jovens, ou nos Estados Unidos, cujos problemas educacionais tornaram-se uma virtual obsessão entre os dirigentes políticos (embora não, do mesmo modo, entre o público em geral), surgem enormes questões de filosofia e prática.*

⁷⁵ Vide MORENTE, Garcia, op. cit., p. 41: *Esta concepção de Aristóteles é verdadeiramente genial, porque é a origem daquilo que chamamos a lógica. Não se pode dizer que seja Aristóteles o inventor da lógica, visto que já Platão, na sua dialética, possui uma lógica implícita; porém é Aristóteles que lhe dá estrutura de forma definitiva, a mesma forma que tem hoje.*

que o sucesso da lógica aristotélica ficou muito mais visível nas ciências exatas, principalmente na matemática (que retrata verdades eternas e imutáveis). Tornaram-se inviáveis nas ciências ditas naturais, os inacabáveis e prolongados discursos que travavam uma impiedosa batalha para prevalecer o mais “aceitável”, sendo que, no final das contas, o que aparecia era o discurso retórico, que visava atingir a persuasão acima de tudo (categoria do razoável, como *noção mais vaga, com conteúdo condicionado pela história, pelas tradições, pela cultura de uma comunidade*).⁷⁶ A lógica apresentou-se, naquele momento, como um rompimento com os filósofos anteriores. Passou a aproximar-se do raciocínio puro, não mais dependendo do forte apelo emotivo (do discurso retórico) que, muitas vezes, no calor do debate, a dialética e a maiêutica apresentam. Assim, o novo pensamento de ARISTÓTELES, no dizer de UMBERTO ECO, marca o início da *autoridade indiscutível da dedução lógica*, distanciando-se da retórica que *propunha-se, destarte, como uma técnica dirigida no sentido de arrastar o ouvinte*.⁷⁷

Apesar de a crítica afirmar que a *arte da persuasão* não modificou, em absoluto, a lógica teria somente aprimorado-a com a inovação das técnicas de dedução, chegando a ser citada como *fraude sutil*. ARISTÓTELES foi o primeiro filósofo a deduzir suas premissas políticas, concluindo-as em bases lógicas dando destaque à Justiça, aproximando-se de conceitos-sistêmicos essencialmente integrais, como, por exemplo, no discurso que chamou de *judiciário*. Na Política, influenciado pelo próprio raciocínio lógico, característica do seu discurso,

⁷⁶ Vide PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*, p. 253.

⁷⁷ ECO, Humberto, op. cit., p. 73-74. E, ainda, conforme o autor citado, *ibidem*: *Aristóteles distinguia três tipos de discurso: 1) o deliberativo, que versava sobre o que seria útil ou não ao andamento da vida associada; o judiciário, que versava sobre o justo e o injusto; e o epidítico, que se desdobrava em loas ou em vitupérios ao que quer que fosse.*

estabelece na *Ética*, como não poderia deixar de ser, uma fórmula lógica para a Justiça, bem retratada por KELSEN, de maneira a traduzi-la em linguagem mais universal :

(...) se um direito a é conferido a um indivíduo A, e um direito b ao indivíduo B, a exigência da justiça distributiva é cumprida se a razão entre o valor a e o valor b for igual à razão entre o valor A pelo valor B . Se os indivíduos A e B são iguais , os direitos a serem conferidos a cada um serão iguais também.⁷⁸

Esta fórmula que tem fundamento metafísico no Direito natural, foi chamada por ARISTÓTELES, de *Justiça distributiva*. Ela pretendia explicar porque alguns indivíduos merecem mais que outros, o que pressupõe princípio da atribuição por merecimento. Este julgamento, definido como imparcial, sustentado pela derivação lógica do princípio da igualdade, envolve diretamente as decisões do governo da Cidade-Estado. Seu conteúdo portanto é incerto e está relacionado com a defesa ou rejeição da democracia. Por outro lado, o Direito não prossegue neste rumo e seus discursos judiciários nos remetem a outras condições de existência da Justiça. O conteúdo do Direito material passa a ter uma maneira lógica de funcionar, ao contrário da obra de PLATÃO. ARISTÓTELES, afirma que a legitimidade, a virtude e a equidade, estão num plano diferente do Direito material. Ou seja, o cidadão justo é aquele que obedece a lei, sendo a lei a expressão máxima do Estado, como diz KELSEN: *Por legitimidade Aristóteles sem dúvida compreende a conformidade com o Direito positivo.*⁷⁹ Fica patente a tentativa de dar um tratamento imparcial ao conceito de Justiça. No entanto, ele não despreza os valores fundamentais do Direito; deixava sua vez, a sua lógica

⁷⁸ KELSEN. *O Que é justiça?*, p. 126.

⁷⁹ *Ibidem*, p.125.

suplantar os elementos axiológicos da Justiça, porque apenas estabelece as diretrizes do princípio da igualdade. Ademais, ele não questionou a Justiça por não acreditar na segurança jurídica das leis, quando os valores da comunidade delas se distanciam, mas chegou bem próximo disto ao afirmar na *Política* que: *embora concordando com que a vida conforme à qualidades morais é a mais desejável.*⁸⁰

A visão de um Direito material subordinado a certos princípios fundamentais do Estado, não chegou a ser um erro de ARISTÓTELES, mas provavelmente uma preocupação exagerada com o costume histórico de equilíbrio entre poder público e o privado, bem como da manutenção da ordem das Cidades-Estados gregas, reconhecidamente sustentadas pela mão-de-obra escrava e que, também, manifestaram interesse constante em guerras e outras violações da autodeterminação dos povos, que podem ter sido as causas principais de sua decadência.⁸¹

Mais adiante, em razão da nítida separação entre Direito e Política, ARISTÓTELES é forçado a admitir a dualidade “*Justiça distributiva*” e a “*Justiça corretiva*”, são as duas faces de uma mesma moeda. A consagração do mérito de cada indivíduo segundo as normas de Direito material aceitas como legítimas é, sem dúvida, idéia de Justiça distributiva, que pode estar relacionada tanto com o

⁸⁰ ARISTÓTELES. *Política*, p. 226.

⁸¹ Ibidem, p. 224-225 : *Contudo, se quisermos examinar detidamente o assunto parecerá absurdo demais que um estadista esteja sempre imaginando meios de exercer o domínio e a tirania sobre povos vizinhos, quer estes queiram ou não. Como se poderia considerar um ato de boa política ou legislação o que não é sequer legítimo? Não é legítimo dominar, mesmo justamente, quanto mais injustamente – estar-se-á usando a força, e não o direito. Além do mais, não vemos acontecer o mesmo em outras ciências; não faz parte das atividades de um médico, nem de um piloto, o uso da doutrinação ou compulsão contra os doentes, no caso do primeiro, ou contra os passageiros de sua nau, no caso do outro. Muitas pessoas, porém, parecem pensar que o governo despótico seja a atividade compatível com a condição de estadista, quando este não se envergonha de impor aos outros o que não acha justo ou útil em seu próprio caso; nos assuntos internos elas pedem um governo justo, mas nas relações com outros povos elas não têm a menor preocupação com a justiça.*

segmento público quanto com o privado, sendo em ambos os casos expressão de uma atividade política do governo da Cidade-Estado. Por sua vez, a reparação de uma situação provocada por um indivíduo que violou a lei ou o estabelecimento de uma relação de paridade entre litigantes são idéias de Justiça corretiva, intimamente relacionada com a função judiciária da Cidade-Estado, podendo, entretanto, ser excepcionalmente delegada aos particulares, quando no exercício regular de seus direitos. Nesse particular, o pensamento de ARISTÓTELES tem uma percepção diferenciada do objeto cultural chamado *juízo*. Em *Ética a Nicômacos*, descreve o *juízo* como discernimento compreensivo do homem, o qual se forma a partir da percepção do que é eqüitativo. A eqüidade, por sua vez tem como fundamento a verdade. De acordo com o filósofo, julgar acertadamente é julgar segundo a verdade.⁸²

Para melhor assimilação do assunto, representa-se o pensamento do filósofo, acerca da sua teoria da Justiça corretiva, através do seguinte esquema:

**JUSTIÇA CORRETIVA
COMO EQUIDADE**

- CONFORME A RETA RAZÃO { EXCELÊNCIA MORAL }
- QUALIDADE RACIONAL { PRODUTO DA AÇÃO HUMANA
COMO CAUSA EFICIENTE }
- DIFERENTE DO CONHECIMENTO CIENTÍFICO
- INFERIOR À SABEDORIA FILOSÓFICA

Nestes termos, verifica-se que um tipo especial de dotação de discernimento converge para uma origem natural, que reverencia o juiz compreensivo como, por exemplo, uma pessoa idosa que adquiriu o bom entendimento através da inteligência trazida naturalmente, pelo aprendizado empírico. Distintamente do saber filosófico que não tem essa origem natural.

⁸² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*, p. 226-227.

Ninguém é filósofo por natureza diz ARISTÓTELES. Para que serve, então, o discernimento? Ao que ele responde: *o discernimento é a disposição da alma relacionada com o que é justo.*⁸³

Como análise complementar, nos socorremos de PERELMAN, este último, nos informa que PLATÃO demonstra uma nítida preferência a um conceito de Justiça que está fundado na alteridade, ao contrário de ARISTÓTELES, que prefere indicar a sua Justiça corretiva como expressão de virtudes em competição, tais como a equidade (discutida neste ponto), bem como a misericórdia e a generosidade.

A elevação, por parte de ARISTÓTELES, do homem prudente como sendo justo, implica num rompimento com PLATÃO, sendo que desse confronto, PERELMAN, originalmente, extrai uma síntese de princípios que, segundo ele, chama-se “*consenso*”, passando a ser o seu próprio fundamento para a Justiça⁸⁴, na forma do esquema abaixo:

**JUSTIÇA
COMO
CONSENSO**

- **VOLENTI NON FIT INJURIA E PACTA SUNT SERVANDA**
- **COSTUME**
- **PODERES RECONHECIDOS POR CAUSA DE UMA
IDEOLOGIA ACEITA NA COMUNIDADE POLÍTICA**

⁸³ Ibidem, p. 228.

⁸⁴ PERELMAN, Chaim, op. cit., p. 247-253. Segundo o autor, p.252: a) a primeira forma de consenso, geradora de direitos e de obrigações, que é justo reconhecer, é a que se manifesta pela expressão de uma ou de várias vontades, formulada numa promessa ou numa convenção. Todo ajuste que resulte de uma promessa, de um contrato ou de um pacto, é justo respeitá-lo. Daí os brocados jurídicos bem conhecidos: *volenti non fit injuria*, a quem consente, não se faz injustiça, e *pacta sunt servanda*, os contratos devem ser cumpridos. b) A forma comunitária e implícita do consenso se manifesta no costume que, por ser de há muito seguido pelos membros de uma comunidade, parece exprimir um consenso ao qual é justo amoldar-se. c) A derradeira forma de consenso é indireta: não se pode pensar em acordo sobre uma regra ou sobre um precedente considerado justo, mas numa confiança concedida a uma autoridade reconhecida pelos membros de uma comunidade, cujas decisões seriam obrigatórias, às quais seria, portanto, justo amoldar-se. Tratar-se-á de uma autoridade religiosa, tal como Deus ou seus porta-vozes para uma comunidade religiosa, ou de uma autoridade política, tal como uma rei, um parlamento ou um juiz, cujos poderes seriam reconhecidos por causa de uma ideologia aceita na comunidade política.

Fica patente que PERELMAN, defende as posições aristotélicas da Justiça corretiva em detrimento das platônicas, chegando a afirmar que:

No debate entre Platão e Aristóteles, não hesito em colocar-me do lado de Aristóteles. Pois se, há trinta e cinco anos, tive a coragem de escrever que a filosofia é o estudo sistemático das noções confusas, a noção de justiça é a que melhor parece ilustrar essa tese.⁸⁵

PERELMAN justifica o fundamento da Justiça como “*consenso*” através de duas premissas: o consenso coletivo e implícito, e o consenso indireto, destinado à autoridade. Como forma prática de solucioná-los deve se recorrer a raciocínios dialéticos (porém já influenciados pela lógica), no sentido de ARISTÓTELES, que os opõe aos raciocínios analíticos (racional puro que se aplica nas ciências exatas). Nas palavras de PERELMAN, os raciocínios dialéticos: *permitem descartar certas decisões como desarrazoadas, mas quase nunca logram mostrar de uma forma indiscutível que a solução pretendida é a única razoável.*⁸⁶

Resta concluir, partindo das divergências traçadas, que a dialética aristotélica é influenciada pelo método lógico, passando a permitir a dedução de premissas sobre a Justiça, para melhor retratá-la nem HUMBERTO ECO nem PERELMAN, no entanto, acreditam que existam princípios de Justiça análogos a princípios matemáticos que, se aplicados, sempre resultariam em soluções justas. A própria realidade o comprova. Na tentativa de explicar o que acontece, ECO destaca uma modalidade de retórica como depósito de técnicas argumentativas, já comprovadas e assimiladas pelo corpo social (soluções codificadas); uma outra

⁸⁵ Ibidem, p. 249.

⁸⁶ Ibidem, p. 253.

modalidade retórica seria a técnica gerativa; haveria uma última modalidade para estudar as condições gerais do discurso suasório. Enquanto que PERELMAN a denomina de *nova retórica*, afirma sua relatividade, uma vez que o que pode ser considerado razoável numa sociedade a um determinado tempo, pode não ser noutra sociedade ou em outra época.⁸⁷

É imperioso reconhecer que não se poderia tratar da Justiça Democrática sem estabelecer um padrão de discurso, que tende a persuadir, reestruturando ao máximo o já conhecido. Por esta razão faz-se mister adotar o conceito de uma “*retórica nutritiva*”, que parte de premissas adquiridas, analisando-as com o apoio de outras premissas, se necessário, a fim de elevar o conceito do estudo da Justiça Democrática. E como não concordam com PERELMAN quando ele afirma que a Justiça apresenta-se como uma noção confusa? Mas é um comentário de ECO que utilizamos para acreditar num verdadeiro efeito positivo da *retórica nutritiva* sobre o conceito da Justiça Democrática:

A primeira tem um movimento efetivo: parte de premissas e argumentos adquiridos, critica-os, reconsidera-os e procede inventando cadências estilísticas que, embora obedecendo a algumas tendências gerais do nosso sistema de expectativas, na verdade o enriquecem.⁸⁸

Assim, apresentando-se este prolongado debate sobre as considerações que se originaram em ARISTÓTELES, a citação tanto de ECO quanto de PERELMAN, não significa que não temos uma opinião própria.

A propósito, já escrevemos, em obra anterior, o seguinte:

⁸⁷ Vide ECO, Humberto, op. cit., p. 76 . E, também, PERELMAN, Chaim, op. cit., p. 253.

⁸⁸ ECO, Humberto, op. cit., p. 78, referindo-se a *retórica nutritiva*.

*Portanto, para o Direito podem existir apenas duas situações: o lícito e o ilícito; sendo que o indivíduo pode, mas sabendo que não deve, conduzir-se de maneira contrária a norma jurídica.*⁸⁹

Isto significa que o princípio do terceiro excluído, expressão da lógica aristotélica, nunca mais foi afastado do processo de conhecimento judiciário da Justiça. Ao proferir uma decisão definitiva de mérito, em processo judicial, o juiz somente tem uma entre duas opções: ele condena ou absolve o réu.⁹⁰ Também não existe, na parte dispositiva de uma sentença espaço para a lógica deôntica, estes três campos ônticos do proibido, do permitido e do obrigatório, os quais gerariam o princípio do quarto excluído. Eles podem ser úteis na compreensão dos valores utilizados pelo magistrado, como princípios de interpretação do Direito, na Justiça distributiva, constante da fundamentação da sentença, mas, ao final, não tem o juiz como escapar da lógica aristotélica de Justiça corretiva, condena ou não condena. Observa-se, ainda, que uma ação judicial pode conter vários pedidos, tanto do autor quanto do réu. Aplicam-se a eles o mesmo raciocínio. Os juizes usam a expressão “*ação procedente em parte*”, quando deferem, apenas, algum ou alguns dos pedidos, julgando-os justos enquanto outros lhes parecem injustos, em face do todo. Portanto, aquela expressão forense e usual, também, não implica em afastamento da lógica aristotélica.⁹¹

Na Política ocorre o inverso com a aplicação indiscriminada da lógica aristotélica. Ela pode gerar certos enganos grosseiros. Nos países ditos emergentes, como o Brasil: 1^a premissa = a democracia é o governo do Estado

⁸⁹ LEBRE, Eduardo Antonio Temponi. *Sistema Jurídico de custeio dos sindicatos*. (Dissertação de Mestrado), p. 8.

⁹⁰ Em tal proposição lógica, não há espaço para uma série infinita de discussão, seja dialética ou maiêutica. Na lógica clássica deve haver um ponto final, ou seja, um resultado.

⁹¹ Não é intenção desta tese discutir e aprofundar o debate sobre lógica. Não se trata principalmente, de averiguar qualidades ou fraquezas existentes tanto na lógica formal quanto em outros tipos de lógica.

pela representação obtida por livre escolha da maioria; 2^a premissa = a maioria do povo que escolhe a representação é pobre; conclusão = serão os pobres a maioria dos eleitos para cargos representativos no governo. As duas premissas são absolutamente verdadeiras. Por quê, então, a conclusão lógica não o é? Ora, se, por um lado, a lógica formal adequou-se bem ao discurso judiciário, por outro não encontrou na atividade política uma boa morada. São poucos os pobres capazes de concorrer à cargos eletivos, o que é um defeito grave da democracia representativa, ao passo que no Direito, com o aprimoramento de novas técnicas processuais, melhora a cada dia o acesso dos indivíduos pobres ao Poder Judiciário, principalmente, com a garantia do direito de ação, consagrado como princípio fundamental de direito no Estado Constitucional.⁹²

A bem da verdade, não se consegue encontrar nas deduções lógicas tradicionais uma forma segura de garantir a democracia no processo de conhecimento político e administrativo da Justiça. Vejamos este exemplo: **A** é um país pobre e **B** é um país rico; sendo que **A** toma dinheiro emprestado de **B**, para erradicar a miséria; **B** retoma seu capital emprestado acrescidos de juros; conclusão, **A** consegue erradicar a miséria. Obviamente, que não há lógica nisso. Uma análise histórica simples remete-nos à constatação de que países pobres ficaram ainda mais pobres em relação a seus credores e não conseguiram fazer a Justiça corretiva pretendida. Aumentaram, ao contrário, a miséria interna, enquanto os países ricos obtiveram as melhores condições econômicas de vida para seus cidadãos. Fica demonstrado que é melhor emprestar o dinheiro e

⁹² Num exemplo de lógica clássica aplicada, se um Estado, concede o direito de petição e de ação a todos, representado como direito Q ; e este mesmo Estado confere um direito Z de assistência jurídica gratuita aos necessitados; B, sendo pobre terá garantido os direitos Q e Z. Pois de nada adiantaria um sem o outro.

recebê-lo de volta com juros para garantia de uma Justiça distributiva para os seus cidadãos.

Finalmente, podemos dizer que no Direito a retórica aristotélica está presente como uma *técnica gerativa*, com *movimento efetivo* que garantem efeitos positivos para a sociedade, enquanto que, na Política apresenta-se como um *movimento aparente*, que segundo ECO

(...) parece induzir-nos a decisões novas (adquirir um produto, concordar com uma opinião política), mas, ao fazê-lo, parte de premissas, argumentos e cadências estilísticas que pertenciam ao universo já-aceito, e portanto, impele-nos a fazer, embora de modo aparentemente diverso, o que sempre fizemos.⁹³

É por esta razão que KELSEN, tendo desenvolvido a purificação do Direito através de uma cientificidade obtida com a apropriação da lógica formal, não fulmina de críticas ARISTÓTELES. Ao contrário, torna-se seu aliado e ressalta sua importância na medida em que, reconhecidamente, a lógica aristotélica desenvolve terreno fértil no Direito e vem obtendo resultados práticos para a sociedade, marcando sua presença em processos de conhecimento da Justiça, ainda que seja inoperante em termos de Política.⁹⁴

⁹³ ECO, Humberto, op. cit. , p. 78. Observa-se que as expressões *técnica gerativa*, *movimento efetivo* e *movimento aparente*, foram bem descritas por Humberto Eco.

⁹⁴ No tocante à Justiça corretiva, Kelsen entende que dirigir-se a um juiz significa dirigir-se à Justiça, o que se aproxima do que conhecemos hoje como poder judiciário. A fórmula de Justiça distributiva por outro lado é solucionada quando ela retratar a autoridade do Direito positivo, vinculando o governo às leis desvendando, assim, que a igualdade dessa Justiça distributiva é igualdade jurídica e não política, conforme o que diz KELSEN, *O Que é justiça*, p. 127. Portanto, aceitando ou não sua idéia positivista já se encontrava em Aristóteles os dois processos de conhecimento da Justiça, um político e outro judiciário, fato que reforça a nossa tese de que pode existir mais de um processo de conhecimento da Justiça. Na verdade, quando tratada de forma ilimitada a Justiça tende a produzir uma série infinita de causa e efeito. A Justiça Democrática, portanto, tem que delimitar seu campo de atuação no Direito e na Política, vide Introdução e Capítulo IV, item 1.

A Justiça Democrática, tendo em vista uma possível utilização de um critério classificatório, aproxima-se de alguns dos postulados aristotélicos ⁹⁵, na medida em que através de sua teoria do fracionamento permite-nos o distanciamento para defendermos a possibilidade de a Justiça ter mais de um processo de conhecimento. Além disto, a equidade princípio geral da Justiça aristotélica é princípio universal da Justiça Democrática, embora sustentada em novas bases. Este conceito, emite um significado insuperável para o desenvolvimento do Estado, em linhas tão perto da razão quanto é possível, distanciando-se, portanto, da pura crença na Justiça, que é a marca da obra de PLATÃO. De fato, na *Política*, ARISTÓTELES estuda o poder do Estado a partir de uma Constituição, dividida em três partes: uma que trata da deliberação sobre assuntos públicos, a segunda que dispõe sobre as funções públicas e a terceira que diz respeito à organização do poder judiciário.⁹⁶

Considerando a divisão da Justiça em corretiva e distributiva, o judiciário deve ser tratado, segundo as regras da Justiça corretiva, ou seja, separado das funções de governo e dele tendo autonomia decisória. É exatamente, o que faz ARISTÓTELES na medida em que não menciona o poder judiciário como função de governo mas como poder oriundo diretamente da Constituição do Estado. Do que resta concluir que, se ARISTÓTELES, exclui o Direito do conceito de Justiça, embora não seja ele seu elemento integrante, entende-se que o Direito, numa visão aristotélica, não garante totalmente uma escolha justa, principalmente, diante das virtudes, o fato levou-o a utilizar a lógica

⁹⁵ O mestre grego não pode ser responsabilizado pelo uso indiscriminado do método lógico que tanto contribuiu e continua contribuindo para a Ciência, quanto para a Filosofia. Outros estudiosos partiram da lógica de ARISTÓTELES para criarem outros métodos ou reformularem alguns dos seus conceitos tradicionais, atualizando-os.

⁹⁶ Vide ARISTÓTELES. *Política.*, p. 151.

para dar uma explicação de que o Direito pode ser uma virtude somente se forem eliminadas as demais escolhas livres, e, além disso, dentro da Justiça corretiva. A Justiça distributiva ficaria à mercê da natureza humana, já que o homem sendo político por natureza, passa entender a contrapor razão da natureza e razão do Direito, submetendo-as às virtudes. O único elemento, então que pode interagir entre a natureza e o Direito é a equidade que a Justiça Democrática considera o equilíbrio necessário ao seu conceito.

2.3. Jusfilosofia romana de Cícero.

O Estado romano representou a maior expressão de organização social, política e jurídica da antigüidade, o que resultou, sem dúvida, em grande contribuição para advento da Filosofia do Direito. Pela primeira vez, o mundo conheceu uma Cidade-Estado com atributos e qualidades de superpotência, econômica e bélica. Roma fundou ou dominou cidades, do norte da África às longínquas Ilhas Britânicas. Os romanos experimentaram as atividades políticas democráticas e tirânicas. Viveram o apogeu e o caos e, por fim, separaram-se em dois Impérios, como último suspiro antes da destruição total.

A história de Roma é complexa e pode ser dividida em três períodos: 1) período dos Reis, em que se destacou a elaboração da Lei das Doze Tábuas. Tal diploma legal foi escrito em chapas de bronze e publicado no Fórum de Roma, por volta de 451 a.C., representando seu ordenamento jurídico positivo. Foi uma reação ao *jus privatum* de natureza costumeira exercido pelo *pater* (chefe de família). 2) O Direito tornou-se público (*jus publicum*) e instaurou-se a igualdade

civil e o princípio de não se poder alegar ignorância às leis. 3) O Primeiro Triunvirato e divisão do Império Romano (Roma e Bizâncio).

Foi no Império Romano do Oriente (o Bizantino) que Justiniano outorgou o *Corpus Juris Civilis*, considerado o primeiro Código de Leis Civis. Inaugurou-se, com ele, uma nova linha filosófica para o Direito: foi a manifestação prática do fator de positividade jurídica, fato que marcou o início de uma nova fase: a possibilidade dos operadores do Direito passarem a utilizar o raciocínio silogístico, ou seja, a operação mental de subsunção de um determinado fato à uma norma jurídica positivada. Em consequência, a codificação de leis romanas inaugurou, em bases judiciais, uma originária forma do raciocínio silogístico (herdado em parte de ARISTÓTELES, com sua sustentação na lógica formal). Os romanos conjugaram os métodos consuetudinário e sistemático, aperfeiçoando-os pelas novas técnicas de elaboração das leis, os chamados códigos, de forma a acentuar a tendência de afastamento gradual de leigos do processo de interpretação e aplicação do Direito. Tanto evoluíram estes dois métodos, que houve quem defendesse o Direito natural como limite dessa positividade jurídica. A saída estava no aprimoramento da Justiça, dividida, definitivamente, entre o jusnaturalismo e o juspositivismo, estes como objetos permanentes para o estudo de uma jusfilosofia.

CÍCERO foi um notável representante da Filosofia do Direito e do Estado em Roma, destacando-se com sua obra *Da Re Publica* e como cidadão que ocupou diversos cargos públicos.⁹⁷ Ao contrário de ARISTÓTELES, CÍCERO

⁹⁷ Marco Túlio Cícero, político e orador latino. Era advogado e foi questor na Sicília, cujos cidadãos defendeu. Quando foi Cônsul, denunciou a conspiração de Catilina e fez com que se executassem seus cúmplices. Abraçou o partido de Pompeu e mais tarde, após Forsália, ligou-se a César. Depois que este morreu, foi proscrito pelo segundo triunvirato, tentou fugir, mas foi assassinado

não apenas demonstrou as bases racionais da justiça corretiva, como desenvolveu-as, de forma empírica (quase completa), empenhando-se em adequá-las sempre aos direitos do cidadão frente ao Estado, elaborando uma teoria da Justiça.

CÍCERO defende a *reta razão*, expressão por ele utilizada para confirmar a importância dos valores exteriores ao ordenamento jurídico, mas, que o vincula plenamente, aproximando-se, neste singular aspecto, bem mais de ARISTOTÉLES do que de PLATÃO:

Não há dúvida de que a justiça prescreve que não se mate o próximo, nem se toque no que lhe pertence . Mas, que fará o justo que, no perigo de um naufrágio, vê agarrar-se a uma tábua outro mais fraco do que ele? Expulsá-lo-á para salvar-se, mormente quando no meio do mar ninguém pode presenciar tal fato? Fá-lo-á se proceder cortadamente, posto que pereceria se o não fizesse. Se prefere morrer a prejudicar a outrem, será na verdade justo, mas estulto, pois dá sua vida para conservar a alheia.⁹⁸

O principal argumento da *reta razão*, na fase romana, modifica-se em relação à ARISTÓLES para tornar-se, com CÍCERO, numa pura manifestação do fundamento jusnatural, portanto metafísico⁹⁹, que vincula o Estado e os particulares aos seus princípios inderrogáveis. É a defesa de que ninguém pode legislar ou aplicar a lei longe dos princípios jusnaturalistas, sob pena de cometer injustiças. A *reta razão*, portanto, é elevada a princípio fundamental do ordenamento jurídico, não mais concebida unicamente como excelência moral

por ordem de António. Político medíocre, vaidoso em excesso, passava constantemente de um a outro partido, desejoso sempre de ser do partido mais forte. Sempre agindo de um político levou a eloquência latina ao apogeu com os seus discursos (*Verrinas, Pro Murena, Pro Milone*) e em suas arengas políticas (*Catilinárias, Filípicas*). O estilo de seus discursos serviu de modelo a toda a retórica latina. Seus tratados filosóficos, onde professa o ecletismo da Nova Academia, ajudam-nos a conhecer a Filosofia antiga.

⁹⁸ CÍCERO, Marco Túlio. *Da República*, p. 99.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 33-34: *Feliz o homem que pode verdadeiramente gozar do bem universal, não por mandamento das leis, mas em virtude de sua sabedoria; não por um pacto civil que com ele se queira celebrar, mas pela Natureza mesma que dá a cada um o que julga que pode saber, usar e ser-lhe útil.*

(como na *Ética a Nicômacos*). Deixa registrada sua nova concepção de ordem transcendental e influência sobre o Estado:

A razão reta, **conforme à natureza , gravada em todos corações, imutável , eterna , cuja voz ensina e prescreve o bem , afasta do mal que proíbe e, ora com seus mandados** , ora com suas proibições , jamais se dirige inutilmente aos bons, nem fica impotente ante os maus. Essa lei não pode ser contestada, nem derogada em parte, nem anulada ; não podemos ser isentos de seu cumprimento pelo povo nem pelo senado ; não há que procurar para ela outro comentador nem intérprete; não é uma lei em Roma e outra em Atenas,- uma antes e outra depois, mas uma, sempiterna e imutável, entre todos os povos e em todos os tempos ; uno será sempre o seu imperador e mestre, que é Deus , seu inventor, sancionador e publicador, não podendo o homem desconhecê-la sem renegar-se a si mesmo, sem despojar-se do seu caráter humano e sem atrair sobre si a mais cruel expiação, embora tenha conseguido evitar todos os outros suplícios.¹⁰⁰

Mais do que apenas teorizar, CÍCERO, com gênio intuitivo, buscou uma utilidade prática para a república, ora aproximando-se do método de PLATÃO, ora discordando de seu conteúdo. Apesar de idealista, já pela escolha do nome de sua principal obra sobre o Estado - que não é mera coincidência - não imaginou uma república invisível e abstrata como o filósofo grego. A *República* de CÍCERO, ao contrário, assume características novas de persuasão, traz um novo raciocínio retórico e estabelece uma série de idéias mais próximas das atuais, sobre tudo no que respeita ao controle do poder político. Marcou suas posições contra a tirania, fosse ela do senado, ou do imperador ou dos magistrados, reconhecendo que o Direito positivo nunca foi suficiente para explicar as derivações axiológicas provocadas pelo mundo do ser. Embasou seu conceito numa república que legislasse com justiça (contribuindo para justa integração com o Direito positivo) e não contrariasse *reta razão*, ou melhor, o Direito natural, de origem metafísica, que reproduzisse a essência de uma

¹⁰⁰ Ibidem, p. 100. O grifo é nosso.

divindade superior no universo, produtora de comandos justos, hierarquicamente superiores aos comandos produzidos pelo Direito positivo. Portanto, ele tende a não admitir a codificação do Direito natural pois eleva-o à categoria de Justiça, enquanto admite a codificação do Direito positivo como melhor técnica legislativa. Por esta razão CÍCERO é considerado um compilador autêntico: foi hábil em absorver os métodos, tanto de PLATÃO, quanto de ARISTÓTELES, de quem ora se aproxima, ora se afasta, crítico e independente.

Seu conceito de Justiça, foi o primeiro a garantir uma forma concreta de estabilidade do Estado¹⁰¹ que, ao lado da eqüidade, foram assimilados como princípios universais da Justiça Democrática, consideradas as circunstâncias atuais.

O modelo econômico de Roma, que prosperou com as guerras e os saques aos povos dominados,¹⁰² mereceu a profunda indignação de CÍCERO!

Também, a administração da coisa pública, faz parte integrante do seu conceito de Justiça:

XLI. Lélío: - 'Creio o mesmo ; renuncio convosco a tudo quanto até agora dissemos da República, ou a quanto possamos dizer daqui por diante, se não confirmamos antes que, sem uma suprema justiça, não se pode reger de modo algum a coisa pública. Mas, se te apraz, deixemos isso por hoje. Temos ainda muito que dizer, e podemos diferi-lo para amanhã'. Aceita essa opinião, pôs termo à polêmica por aquele dia.¹⁰³

No que diz respeito à ética da *reta razão*, CÍCERO privilegia a virtude:

¹⁰¹ Já se pretendia esta estabilidade na obra de Platão, que idealizada de forma metafórica, mas que aparece de forma concreta no texto de Cícero: *Recordai minhas primeiras palavras: um Estado em que os direitos e as prerrogativas não estão num equilíbrio perfeito, em que os magistrados não têm suficiente poder, bastante influência as deliberações dos nobres e o povo bastante liberdade, não pode ter estabilidade nem permanência.* (CÍCERO, op. cit., p. 81).

¹⁰² Ibidem, p. 96: *Nenhum povo teria pátria se tivesse de devolver o que usurpou, exceto os árcades e os atenienses, que temerosos, na minha opinião, de que chegue o dia dessa justiça, supõem ter saído da terra, como os ratos da imundície dos campos.*

¹⁰³ Ibidem, p.87.

Alguns homens, cujas almas se elevaram a eminente altura, puderam discorrer a respeito das coisas que, como disse, tinham recebido dos deuses, e tornar-se dignos delas. Assim, os que nos legaram suas dissertações sobre a vida são, para nós, grandes homens, e o são realmente, quer considerados como sábios profundos, quer como apóstolos da verdade, quer como mestres da virtude. Não se deve, por isso, deixar de reconhecer que a arte social de governar os povos, ou na variedade dos descobrimentos dos homens versados no governo da República, ou no que eles escreveram em seu ócio fecundo, longe de ser uma ciência sem importância, desperta nos engenhos privilegiados uma virtude divina e quase incrível; e quando a essas excelsas faculdades naturais, desenvolvidas pelas instituições civis, se unem, como nos interlocutores deste diálogo, sólida instrução e extensos conhecimentos, ninguém haverá que a eles se deva antepor.¹⁰⁴

A diferença reside, pois, na opção do homem sábio: alguns teriam estudado os *princípios da natureza* e outros das *instituições e das leis*. Estes que optaram por serem responsáveis pelo Estado, ao procurarem ouro afundar-se-ão na lama, enquanto que os que procuram mais do que ouro, como a Justiça, não devem evitar nenhum incômodo.¹⁰⁵

O estudo do Direito é inerente ao exercício da função pública:

Pois bem: assim como o agricultor conhece a natureza do terreno e assim como o um escritor sabe escrever, procurando ambos, na sua ciência, antes a utilidade do que o deleite, assim também o homem de Estado pode estudar o direito, conhecer as leis, beber nas suas próprias fontes, sob a condição de que as suas respostas, escritos e leituras o ajudem a administrar retamente a República. Certamente, deve conhecer o direito civil e natural, sem cujo conhecimento não pode ser justo.¹⁰⁶

Mais uma vez, se configura o perfil profissional do governante, a quem aconselha unir *esses estudos à prática de sua profissão, aproveitando-se deles no que lhe possam ser úteis e sem se separar do verdadeiro caminho que*

¹⁰⁴ Ibidem, p. 89-90.

¹⁰⁵ Ouro, para o autor, é evidentemente sinônimo de riqueza (acúmulo substancial de bens economicamente avaliáveis) que, ao se incorporarem ao patrimônio de alguém, passam a ser uma espécie de poder com grande influência na sociedade.

¹⁰⁶ CÍCERO, op. cit., p. 113.

*empreendeu.*¹⁰⁷ O verdadeiro caminho é a virtude, que CÍCERO define como a habilidade que detém o político em despertar para a consciência do dever, através da opinião, das instituições e dos costumes, não como expressão do medo, mas, sim, como um freio, para que atinja a glória buscando a estima e o elogio de seus concidadãos no que diz respeito à vida pública. Já, na vida privada, ele enaltece o desenvolvimento da família, segundo a lei e os costumes, *para que todos tenham assegurado seu bem-estar pessoal no meio da felicidade comum.*¹⁰⁸ Não se omite sobre a felicidade que julga improvável *sem uma boa constituição política; não há paz, não há felicidade possível, sem uma sábia e bem organizada República.*¹⁰⁹

Terminada a tarefa que a razão alcança, CÍCERO precipita-se numa análise de sua própria fé transcendental no Universo que teria criado o ser humano para cuidar dos assuntos da terra e, principalmente, da imortalidade da alma humana enquanto crê numa vida eterna aprazível para quem assegurar o bem-estar da pátria ruim para os seres humanos que violaram as leis divinas e humanas e estariam conseqüentemente condenados embora livres de seus corpos, a uma prisão ao redor da terra, por muitos séculos.

3. DA CRÍTICA À DOUTRINA MEDIEVAL DE JUSTIÇA.

Em 312 CONSTANTINO legaliza o cristianismo, sendo fundada a Igreja de Bizâncio. Em 393 foi criada a Igreja Católica Romana, com sede em Roma, a Capital do Papa. TEODÓSIO, em 395, anuncia a divisão do Império romano em

¹⁰⁷ Ibidem, p. 114.

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ Ibidem.

dois, ocidental e oriental. As lutas pelo poder entre as duas forças religiosas resultou no cisma da Igreja Grega Ortodoxa que acaba rompendo com autoridade papal. Nesse contexto de profunda desorientação jurídico-política, especialmente causada pela invasão dos povos bárbaros, desintegraram-se os últimos fundamentos do ordenamento jurídico dos Impérios extintos. Diante de tal lacuna de poder, a Igreja passou a preencher o espaço deixado, contexto em que surgem suas justificativas intelectuais sobre a origem do Poder. Para SANTO AGOSTINHO o poder de Deus flui diretamente para o Papa, o chefe da Igreja Católica, para que ele possa transferi-lo para o Imperador, chefe do Estado, que indiretamente o detém. Portanto, o Imperador não estabelece de forma alguma uma ligação com assuntos relativos à alma, mas na dualidade agostiniana, liga-se ao corpo. Por sua vez, TOMÁS DE AQUINO, reafirma o poder temporal completamente subordinado ao espiritual, que é controlado pela Igreja.

Diante deste complexo contexto, cabe uma profunda reflexão sobre o desenvolvimento da Justiça na era medieval e suas implicações. A condição transcendental, que revela, fundamentalmente, seu aspecto indissociável da igualdade dos humanos perante Deus, merece destaque.

3.1. Santo Agostinho.

Os ensinamentos de CRISTO propagaram-se pelo ocidente através dos Apóstolos e, depois, com a organização da Igreja, através dos padres. A influência da doutrina cristã na política foi gradual, passando por um período de clandestinidade, quando cristãos foram perseguidos como inimigos do Estado romano, até que no ano de 312, pelo Édito de Milão, o Imperador Constantino decretou a liberdade de culto no Império Romano do Ocidente; sendo a religião

católica posteriormente, legitimada por Teodósio, como religião oficial do Império Romano do Oriente, em 393.

As teorias filosóficas dos gregos e, também, dos romanos foram profundamente reestudadas por vários mestres cristãos, notadamente por SANTO AGOSTINHO (354-430). Como grande pensador estabeleceu os princípios da teologia cristã, ou seja, protagonizou um novo método que se distancia da filosofia antiga; organizou o estudo dogmático da fé em sólidas bases ideológicas, a que chamou de filosofia cristã.¹¹⁰

Tendo participado da Patrística, corrente de pensamento que surgiu com os Apóstolos e perdurou até meados de 800, envolvida com a revelação da fé cristã e sua coexistência com o mundo real (ciência natural, comprovada pela razão e observação de fenômenos naturais e a organização social baseada na ética) foram amplamente discutidas em sua obra. Autor importante, SANTO AGOSTINHO contribuiu para a Filosofia do Direito, principalmente com *A Cidade de Deus*. A intuição de filósofo e seus estudos anteriores à conversão fizeram com que AGOSTINHO não radicalizasse sua postura sobre a ética, reconhecendo, assim, o poder do Estado, desde que fosse submisso à vontade de Deus. Ele defendia a unidade do Poder Divino, porém, definiu a competência do Estado como interlocutor dos assuntos materiais dos homens com a Igreja, única mensageira da Palavra de Deus na a busca da espiritualidade e da

¹¹⁰ José Américo Motta Pessanha, considera que: *A filosofia é , para Agostinho, apenas um instrumental auxiliar destinado a um fim que transcende seus próprios limites. Por isso muitos vêem nele um teólogo e um místico e não propriamente um filósofo. Todavia, seu pensamento manifesta freqüentemente grande penetração filosófica n análise de alguns problemas particulares e a verdade é que Agostinho conseguiu sistematizar uma grandiosa concepção do mundo, do homem e de Deus, que se tornou, por muito tempo, a doutrina fundamental da Igreja Católica.* (In *Santo Agostinho*. São Paulo: Nova Cultural, Os Pensadores, 1996, p.13-14). Segundo Joaquim Carlos Salgado: *Santo Agostinho absorve a teoria estoíca, através de Cícero, no que diz respeito ao direito e à concepção de lei. Contudo, a trilogia legal reveste-se agora de um dado fundamental para nova concepção de justiça: a idéia de um Deus pessoal, cuja vontade criou tudo o que existe.* (SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia de justiça em Kant*, p. 57).

salvação, somente através de CRISTO.¹¹¹ A justificação de AGOSTINHO manifesta-se em consonância com um certo preceito platônico – apesar da crítica contundente à PLATÃO -, quando afirma que a **finalidade de tudo é a felicidade**. No entanto – contrapondo-se à concepção helênica do fim supremo da Cidade - declara que o Estado deverá ser substituído pelo Reino de Deus. Nas entrelinhas há um certo tom de idealismo, quando a intenção dele é, manifestamente, dizer que o Estado pode ser suprimido, desde que todos acreditem na Igreja, tarefa que foi a principal linha de expansão do cristianismo na era feudal. Prova disso são a lenda do Santo Graal e, em nível de realidade, as sangrentas cruzadas (guerras santas). Não se pode, entretanto, responsabilizar SANTO AGOSTINHO pelos excessos cometidos numa época posterior à queda do Império Romano do Oriente. Os acontecimentos catastróficos da Idade Média, conseqüência da hegemonia da Igreja, talvez, não tenham sido previstos pelo filósofo, que em suas Confissões demonstrou ser um pacificador.¹¹² Interessante passagem na *Cidade de Deus* demonstra o intelecto dogmático de Santo AGOSTINHO sobre a Justiça divina. No Capítulo XX, ele afirma que não é justo o suicídio, afirmando não existir autoridade alguma que, seja qual for o caso, conceda ao cristão o direito de matar-se voluntariamente. Para fundamentar tal doutrina invoca a lei : “*Não matarás*”, afirmando que essa norma não excetua pessoa alguma. No entanto, no Capítulo XXI, ele elenca os homicídios não considerados criminosos,

¹¹¹ Vide FROMM, Erich. *O Medo à liberdade*, p. 94: *Na Igreja Católica , o relacionamento do indivíduo com Deus baseava-se na filiação à Igreja ; esta era o elo entre ele e Deus , e assim restringia de um lado a sua individualidade , mas de outro permitia-lhe defrontar com Deus como parte integrante de um grupo.*

¹¹² Vide AGOSTINHO, Santo. *Confissões*, p. 415: *Ó Senhor meu Deus, concedei-me a paz, pois tudo nos oferecestes, a paz tranqüila, paz do sábado que não entardece. Com efeito, toda esta ordem formosíssima de seres excelentemente bons há de passar, depois de realizados os seus modos de existência. Fez-se neles alvorada e tarde.*

sem que haja interpretação de lei alguma. Refere-se, simplesmente, a seu próprio conceito de Justiça que envolve diretamente a Moral:

A mesma autoridade divina estabeleceu, porém, certas exceções à proibição de matar alguém. Algumas vezes, seja como lei geral, seja por ordem temporária e particular, Deus ordena o homicídio. Ora, não é moralmente homicida quem deve à autoridade o encargo de matar, pois não passa de instrumento, como a espada com que fere. Desse modo, não infringiu o preceito quem, por ordem de Deus, fez guerra ou, no exercício do poder público e segundo as leis, quer dizer, segundo a vontade da razão mais justa, puniu de morte criminosos; assim também não acusam Abraão de crueldade, mas gabam-lhe a piedade, quando, assassino por obediência, quer matar o filho... Exceto as referidas exceções, em que o homicídio é ordenado por lei geral e justa ou por ordem expressa de Deus, fonte de toda justiça, quem mata o irmão ou a si mesmo é réu do crime de homicídio.¹¹³

Ora, se a teologia cristã prega a vida eterna após a última aliança através de CRISTO com Deus, pelo perdão recebido encontrar-se-á a paz em outra vida após a morte da matéria. Por quê, então, viver sofrendo injustiças neste mundo, sendo possível o suicídio? Não existindo uma resposta justa à esta questão SANTO AGOSTINHO utilizou-se da interpretação da lei (Não Matarás), estendendo-a ao suicida, que seria também um criminoso. Porém, questionamos: será que a pena deverá ser cumprida após a morte? Será isto possível? Evidentemente, que não. Porém, para dar eficácia à sanção imposta, ela também se estenderia à família do suicida que, indiretamente, sofreria algumas restrições de direitos, como, por exemplo, ao funeral cristão. Assim, a pessoa que estava planejando se matar pensaria duas vezes antes de cometer o suicídio, para não deixar a sua família cair em desgraça, de acordo com as leis da Igreja. Por causa deste tipo de ambigüidade, SANTO AGOSTINHO, apesar de travar uma verdadeira batalha teológica contra os preceitos platônicos¹¹⁴ (que ele

¹¹³ AGOSTINHO, Santo. *A Cidade de Deus*, parte I, p. 51-52.

¹¹⁴ Verifica-se um acirrado debate entre Santo Agostinho e Porfírio. O primeiro é representante de um neoplatonismo no sentido em que estabelece, com veemência e energia, a condição do Deus

considerava pagãos), acabou, dentro de uma certa universalidade, cometendo o mesmo equívoco cometido por PLATÃO, de que a idealização pura traz complicações de ordem prática. Melhor explicando, a *República platônica* estaria para liberdade, assim como a *Igreja* estaria para a vontade de Deus, ou seja, além da compreensão do ser humano. PLATÃO, no entanto, considerava normal a escravidão, como SANTO AGOSTINHO considerava normal o homicídio praticado em conformidade com a Justiça divina, principalmente, no que diz respeito às guerras santas. Ou seja, ausência completa da liberdade se manifesta nas duas correntes filosóficas.¹¹⁵

Obviamente, a história demonstrou a importância econômica da escravidão para a economia das Cidades-Estado gregas, bem como a importância das guerras santas e da inquisição, uma espécie de máquina repressora da Igreja, para consolidação do seu poder dentro do feudalismo medieval - são dois tipos diferentes de opressão, porém, ambos sustentados pela extrema violência contra o indivíduo, na ausência completa de liberdade.

Segundo SANTO AGOSTINHO:

o poder de dar o império e o reino não o atribuímos senão ao verdadeiro Deus, que dá a felicidade no reino dos céus somente aos piedosos, e o reino terrestre aos piedosos e aos ímpios, como lhe apraz a Ele, a quem nada apraz injustamente.¹¹⁶

Uno e Indivisível, base da doutrina cristã, fazendo uma interpretação católica de Platão (vide AGOSTINHO. *A Cidade de Deus*, parte I, p. 368-414). Outra postura de Sto. Agostinho contrária à Platão é encontrada no livro vigésimo segundo, capítulo XI, onde argumenta contra negação a negação da ressurreição dos corpos. (Vide AGOSTINHO. *A Cidade de Deus*, parte II, p. 554).

¹¹⁵ Em Kant, mais adiante, veremos o repúdio ao dogmatismo religioso que força, invariavelmente de acordo com ele, à ausência da liberdade. Sua idéia de Justiça repousa na liberdade que não existe na religião. A fé, para Kant, está no ser, enquanto integrante da liberdade íntegra a razão no dever-ser (Direito).

¹¹⁶ AGOSTINHO. *A Cidade de Deus*, parte I, p. 222.

A Igreja, então, seria a interlocutora direta entre Deus e o povo. Até mesmo os governantes se submetiam às interpretações dos membros do alto clero ou SANTO AGOSTINHO não diria que a duração e o desenlace das guerras dependiam do juízo de Deus e, ainda, que Deus era responsável pela verdadeira felicidade e prosperidade dos imperadores cristãos.

Apesar da postura de distanciamento no que concerne a teologia cristã da filosofia greco-romana, SANTO AGOSTINHO provou conhecer profundamente a obra de PLATÃO, quando buscou analogia entre a unidade de Deus, desdobrada na santíssima trindade, com os ensinamentos do filósofo grego sobre a divisão da Filosofia em: natural, racional e moral.¹¹⁷ De acordo com DEL VECCHIO, inexistente obra que melhor esboce a diferença entre as concepções de Estado cristão e de Estado helênico. Para os gregos o Estado era o fim supremo de todas as aspirações do ser humano. SANTO AGOSTINHO libertou-se dessa concepção para afirmar a supremacia de Deus e o poder da Igreja, reservando para o Estado um papel que, apesar de importante, tem origem no pecado (*societas impiorum*). A divisão entre um estado de coisas que pertencem diretamente a Deus (*Civitas Dei*) e outro conduzido pelos homens (governantes) e subordinado à Igreja (*civitas terrena*) que resulta numa postura apocalíptica, grandiosamente catastrófica de acordo com DEL VECCHIO, já que um dia não mais haverá esta divisão porque o reino de Deus triunfará por completo, inclusive, sobre a *civitas terrena*.¹¹⁸ A mensagem de SANTO AGOSTINHO é contundente e carregada de ideologia cristã em que se destaca a convivência harmoniosa da fé espiritual num Deus único mas que se manifesta na santíssima trindade.¹¹⁹

¹¹⁷ AGOSTINHO. *A Cidade de Deus*, parte II, p. 45.

¹¹⁸ Vide VECCHIO, Giorgio Del, op. cit., p. 63-64.

¹¹⁹ Vide AGOSTINHO, Santo. *A Cidade de Deus*, parte II, p. 44-45.

Por que são três as pessoas divinas? Como admitir a unidade do Poder de Deus apesar desta fragmentação. O teólogo LEONARDO BOFF, pretende resolver essas dúvidas:

Se houvesse um único só, um só Deus, existiria, no fim de tudo, a solidão. Por detrás de todo o universo, tão diverso e tão harmonioso, não haveria a comunhão, mas somente a solidão. Tudo terminaria como a ponta de uma pirâmide: num único ponto solitário.

Se houvesse dois Únicos, o Pai e o Filho, haveria, primeiramente, a separação: um seria distinto do outro; haveria em seguida também a exclusão: um não seria o outro. Faltaria a comunhão entre eles, portanto, a união entre Pai e Filho.

Ora, com a Trindade alcançamos a perfeição, pois se dá a união e a inclusão. Pela Trindade se evita a solidão do Um, se supera a separação do Dois (Pai e Filho) e se ultrapassa a exclusão de um do outro (Pai do Filho, Filho do Pai). A Trindade permite a comunhão e a inclusão. A terceira Figura revela o aberto e a união dos opostos. Por isso, o Espírito Santo, a terceira Pessoa divina, sempre foi compreendida como a união e a comunhão entre o Pai e o Filho, sendo a expressão da corrente de vida e de interpenetração que vigora entre os divinos Únicos por toda a eternidade.¹²⁰

Numa estrita interpretação político-social do texto fica evidente a grande atualidade do pensamento de SANTO AGOSTINHO, na medida em que é deveras perigoso admitir um só Deus no céu e um só chefe na terra.¹²¹ Ora, apesar de defender a unidade de Deus, ele percebeu que sem a separação de seus poderes ainda que divinos, não seria possível realizar a Justiça divina com plenitude. A Santíssima Trindade é a manifestação da Justiça divina para com seu Reino, idéia que pode ter inspirado teorias posteriores da separação dos poderes do Estado.

¹²⁰ BOFF, Leonardo. *A Santíssima Trindade é a melhor comunidade*, p. 31-32.

¹²¹ *Ibidem*, p. 33: *O totalitarismo político. Houve gente que outrora dizia: como existe um só Deus no céu, deve existir também um só chefe na terra. Assim surgiram reis, líderes e chefes políticos que dominavam sozinhos seus povos, com a alegação de que imitavam Deus no céu. Deus sozinho governa e dirige o mundo, sem dar explicações a ninguém. O totalitarismo político criou, do lado dos líderes, a prepotência, e do lado dos liderados, o submetimento. Os ditadores pretendem saber sozinhos o que é melhor para o povo. Só eles querem exercer sozinhos a liberdade. Todos os demais devem acatar suas ordens e obedecer. A maioria dos países são herdeiros de uma compreensão assim do poder. Ela foi introjetada na cabeça do povo. Por isso é difícil aceitar a democracia, na qual todos exercem a liberdade e todos são filhos de Deus.*

Podemos imaginar nesse cenário religioso um nítido compromisso com a Justiça divina, na medida em que Deus salvou a humanidade enviando ao mundo e depois sacrificando seu filho, concebido pelo Espírito Santo, máxima expressão da retórica agostiniana, reproduzida como dogma religioso durante séculos. A respeito de dogma, SANTO AGOSTINHO julga serem inúteis os inventos filosóficos sem a autoridade divina, sem, porém, contrapor-se às obras filosóficas, mas, sim, à educação moral da juventude na forma da academia da antigüidade:

Não seria melhor e mais conforme à honestidade ler os livros de Platão em seu templo que assistir, no templo dos demônios, a voluntárias mutilações dos sacerdotes galos(...)¹²²

Quando ele acaba discordando com veemência da *República* de PLATÃO. A educação dos jovens filósofos, que poderiam vir a ser líderes políticos da sociedade grega, deveria ser recebida através da leitura pública de leis divinas, ao invés de estéreis elogios de leis e instituições de ancestrais, assim, resguardar-se-iam os sábios cristãos, do que SANTO AGOSTINHO chamou de vícios as consagrações cínicas, ferimentos extravagantes e todas as cruéis torpezas.¹²³

Com *A Cidade de Deus*, somando-se os resultados negativos do Estado romano, com os desdobramentos políticos de sua extinção, o mundo passaria a não encontrar, por um longo período, uma divisão nítida entre Religião e Política. Passou a prevalecer a concepção cristã do pensamento de SANTO AGOSTINHO, que reduziu a importância do Estado, que perdeu autonomia pela

¹²² AGOSTINHO. *A Cidade de Deus*, parte I, p. 75.

¹²³ Ibidem.

ação indireta do clero, que manteve os governos feudais em estado de dependência não declarada. A Igreja sempre tentou convencer de que se limitava à função de porta-voz de Deus, de ordem exclusivamente espiritual.¹²⁴

No entanto, o reconhecimento agostiniano da imperfeição da Justiça temporal que deve ser substituída pela Justiça divina, para felicidade do ser humano ser completa, deu o início aos trabalhos críticos de TOMÁS DE AQUINO, principalmente, para o resgate dos atributos da Justiça temporal, segundo alguns critérios aristotélicos, como a virtude e a alteridade, que vão desencadear a Justiça, enquanto igualdade formal entre os indivíduos, que, afinal, são todos filhos de Deus.

3.2. Tomás de Aquino.

O conjunto do pensamento filosófico escolástico estabelecido por SANTO TOMÁS DE AQUINO¹²⁵, trouxe de volta ARISTÓTELES. Acentua-se a

¹²⁴ Vide JOÃO PAULO II. *Fides et ratio*, p. 44-45: *Nesta obra de cristianização do pensamento platônico e neoplatônico, merecem menção particular os Padres Capadócijs, Dionísio chamado o Areopagita e sobretudo Santo Agostinho. O grande Doutor ocidental contactara diversas escolas filosóficas, mas todas o tinham desiludido. Quando se lhe deparou a verdade da fé cristã, então teve a força de realizar aquela conversão radical a que os filósofos anteriormente contactados não tinham conseguido induzi-lo. Ele mesmo refere o motivo: «Preferindo a doutrina católica, já sentia, então, que era mais razoável e menos enganoso sermos obrigados a crer o que não demonstrava, quer houvesse prova, mesmo que esta não estivesse ao alcance de qualquer pessoa, quer a não houvesse. Seria isto mais sensato do que zombarem da crença os maniqueístas, apoiados em temerária promessa de ciência, para depois nos mandarem acreditar em inúmeras fábulas tão absurdas que as não podiam provar».* (38) Quanto aos platônicos, que ocupavam lugar privilegiado nos pontos de referimento de Agostinho, este censurava-os porque, embora conhecessem o fim para onde se devia tender, tinham, porém, ignorado o caminho que lá conduzia: o Verbo encarnado. (39) O Bispo de Hipona conseguiu elaborar a primeira grande síntese do pensamento filosófico e teológico, nela confluindo correntes do pensamento grego e latino. Também nele a grande unidade do saber, que tinha o seu fundamento no pensamento bíblico, acabou por ser confirmada e sustentada pela profundidade do pensamento especulativo. A síntese feita por Santo Agostinho permanecerá como a forma mais elevada de reflexão filosófica e teológica que o Ocidente, durante séculos, conheceu. Com uma história pessoal intensa e ajudado por uma admirável santidade de vida, ele foi capaz de introduzir, nas suas obras, muitos dados que, apelando-se à experiência, antecipavam já futuros desenvolvimentos de algumas correntes filosóficas. De diversas formas, pois, os Padres do Oriente e do Ocidente entraram em relação com as escolas filosóficas.

¹²⁵ Vide POTENTE, Maria Antonia Sanz. *Ética*. <http://www.cibernous.com/autores/taquino/>: *La ética de Tomás de Aquino sigue la línea aristotélica, aunque adaptada a los presupuestos cristianos en los que se basa el pensamiento del aquinate. Aristóteles consideraba que todas las acciones*

adequação da Filosofia Grega à posição Teológica da Igreja Católica que passou à posteridade com o nome de tomismo.¹²⁶

SANTO TOMÁS DE AQUINO foi o principal representante da Escolástica, que, em especial, levou à sistematização da Justiça, com base na sustentação das três categorias universais de leis: *lex aeterna*, *lex naturalis* e *lex humana*, inspirado, provavelmente, pela separação em dois reinos (de Deus e dos homens) e da igualdade de todos os filhos de Deus, pregada na obra de SANTO AGOSTINHO, além da defesa do Direito natural. O tomismo posicionou-se de maneira marcante em relação à distinção entre Direito e Justiça.

TOMÁS DE AQUINO, defende o Direito na categoria da *lex humana* como objeto distinto da prudência e da arte do eqüitativo, estas que são virtudes, em mesmo nível que a Justiça. Cita SANTO AGOSTINHO para afirmar que a Justiça submete o ser humano a Deus, enquanto o Direito concerne as relações

humanas estaban encaminadas a un fin último concreto (teleología), y respecto éste, todos los demás son particulares, secundarios pues tan sólo sirven para alcanzar aquel fin último que unifica, organiza y jerarquiza a todos los demás. El fin de todas las acciones humanas es adquirir la Felicidad (eudaimonía). La felicidad consiste en perseguir aquello que es lo más natural para la propia naturaleza. Según Aristóteles los más genuino del hombre es el uso de la razón, del logos, así el hombre será feliz en la medida en que desarrolle al máximo su poder cognoscitivo y ejercite la capacidad racional (intelectualismo). Tomás de Aquino acepta las tres características de la ética aristotélica: intelectualismo, eudemonismo y carácter teleológico pero añadiendo elementos nuevos. Si la felicidad intelectual, racional aristotélica se alcanza en este mundo, Tomás de Aquino defiende que la felicidad terrenal no es absoluta ni total si no se proyecta hacia cotas más altas, como es el conocimiento divino. La perfecta felicidad, el fin último consiste básicamente en la visión de Dios. Para lograr la felicidad, Aristóteles aconsejaba practicar la virtud. Esta no consiste sólo en conocimiento, como quería Sócrates, pues en dicho proceso de adquisición se interponen las pasiones, que han de ser encauzadas racionalmente por medio de virtudes prácticas. Aristóteles no da reglas concretas para conseguir la felicidad, sino que propone que las conductas virtuosas son aquellas que guardan un equilibrio entre los extremos. Así, por ejemplo, el valor es el término medio entre la cobardía y la temeridad; la generosidad, entre la avaricia y la ostentación, etc. La vía que defiende Tomás de Aquino para llegar a la felicidad, es el amor. Serán buenas acciones aquellas que, basándose en el amor y en el conocimiento natural, nos acerquen a la presencia divina, y malas las que nos alejen del camino de Dios. Este fin teológico es el que perfecciona a los hombres como seres racionales. Ahora bien, el hombre por sí mismo no puede lograr este objetivo explícito en las escrituras por lo que necesita la gracia de Dios. Tomás de Aquino coincide con Aristóteles al considerar a las virtudes como hábitos, acciones buenas encaminadas a vivir correctamente. Y siguiendo a Aristóteles también enumera las virtudes fundamentales que según él desarrollan al individuo de una manera racional. Entre estas podemos citar: virtudes intelectuales (práctica de las ciencias), virtudes morales (Justicia, fortaleza, templanza) y virtudes teologales (fe, esperanza y caridad).

¹²⁶ Vide ACKER, Leonardo Van. *O Tomismo e o pensamento contemporâneo*, p. 46.

sociais provenientes das condições da vida em sociedade. Como solução, admite que o Direito é objeto da Justiça.¹²⁷ Para tanto, defende o pensamento aristotélico de que o fundamento da vida em sociedade é natural, ou seja, produto de uma *lex naturalis*, cuja origem encontra-se na ordem das coisas divinas, a *lex aeterna*.¹²⁸ Sua lógica, portanto, é partir da lei que foi criada pelos homens segundo princípios do Direito natural, que por sua vez se inspira do Direito divino. Se, uma *lex humana* desobedecesse uma fonte do Direito natural ela seria injusta por contrariar a ordem das coisas divinas. O resultado seria a manutenção do poder decisório da Igreja, como autêntica intérprete do Direito, fazendo valer o Direito divino com fundamento nos dogmas do cristianismo. Acrescente-se a isso a idéia de que a Justiça distributiva é exclusiva de Deus (Direito divino). Assim sendo, somente a Igreja, como interlocutora entre os dois mundos, poderia esclarecer o assunto. Nos casos concretos, ao juiz que fosse dado interpretar as leis humanas caberia um papel reduzido já que, se existe uma Justiça legal ela não abrange todas as virtudes, mas, essencialmente uma das mais importantes virtudes morais que é a prevalência do bem comum sobre o bem particular. Apesar de reduzido, frente à poderosa burocracia clerical, o poder do juiz tinha papel fundamental na teoria de SANTO TOMÁS DE AQUINO, por ser o magistrado uma espécie de guardião da comunidade. Por ele deveriam passar os casos de injustiça que SANTO TOMÁS DE AQUINO considera como produto da ação ou omissão voluntárias. Essas condutas seriam analisadas pelo juiz, trazendo uma sensação de segurança aos indivíduos.

¹²⁷ Vide AQUINO, Tomás de. *Suma teológica 2.a parte da 2ª parte questões 1-79*, p. 2480-2481.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 2482-2483.

SANTO TOMÁS DE AQUINO deixou implícita uma divisão entre o Direito natural e o Direito positivo¹²⁹, trazendo uma solução metafísica, na medida em que, segundo ele, o Direito divino abrange o justo natural que não se realiza segundo a justiça das pessoas, ou seja, Deus nos fala sobre as coisas que são justas e injustas, nos mandamentos cristãos, cabendo somente à Ele o julgamento, segundo a *lex aeterna*. Para responder se o Direito das gentes é o mesmo que o Direito natural, ele avança o seguinte raciocínio: o de que a razão natural não dita qual indivíduo deve ser escravo, contrariando a posição aristotélica de que *alguns homens são naturalmente escravos*. Neste aspecto, o Direito das gentes não é Direito natural.¹³⁰

Existe uma preliminar questão no exame da Justiça na obra AQUINO que pode ser sintetizada como a negativa de liberdade que se manifesta na expressão da vontade, constante e perpétua, de dar a cada um o que lhe pertence. Para ele a Justiça constitui-se num hábito que envolve a ação segundo a retidão, distanciando-se, portanto, da vontade enquanto liberdade, uma vez que somente a vontade de Deus é perpétua que seria o propósito permanente da ação humana em observar a Justiça, devendo ser uma constante, já que retrata o esforço de preservação da Justiça,¹³¹ com cuja alteridade (a Justiça é sempre relativa a outrem), SANTO TOMÁS DE AQUINO concorda. Ele parte da idéia de que a Justiça implica em igualdade, recorrendo, neste ponto, ao argumento lógico-dedutivo de que se nenhuma coisa pode ser igual a ela própria, poderá sê-lo em relação a outra coisa.

¹²⁹ Ibidem, p. 2482.

¹³⁰ Ibidem, p. 2484.

¹³¹ Ibidem, p. 2487.

Há divergência entre a Escolástica e a Patrística no que diz respeito à igualdade sobre a qual repousam ambos os conceitos de Justiça. Para AQUINO, o representante da primeira escola, a alteridade determina o conhecimento humano da igualdade, enquanto que, para SANTO AGOSTINHO, representante da segunda corrente, somente a Deus é dado o conhecimento da igualdade que, segundo seus divinos propósitos, é inatingível à compreensão do ser humano.

SANTO TOMÁS DE AQUINO passa a considerar a alteridade como atributo da Justiça, pois que ela só pode existir em face do outro. Da mesma maneira que ARISTÓTELES, rompe com a proposta puramente individualista de Justiça, que poderia levar à defesa da Justiça enquanto liberdade. Mantendo intacta a negativa da liberdade, através do distanciamento da vontade, tanto quanto descrito na obra de SANTO AGOSTINHO, postura atacada por alguns dos filósofos modernos, levando KANT a fundamentar o seu conceito de Justiça na liberdade que não teria sido observada pelos autores medievais citados.

4. DA CRÍTICA À CONCEPÇÃO MODERNA DE JUSTIÇA.

A produção intelectual na modernidade atingiu índices bastante elevados, tendo em vista a crescente formação de filósofos, alguns deles independentes do clero. O ponto de partida, ainda no renascimento, foi a obra em defesa da monarquia temporal de DANTE ALIGHIERE,¹³² sendo o ponto de chegada, o positivismo filosófico, como uma *necessidade de tornar positiva a ciência social* que em grande parte deveu-se a AUGUSTO COMTE¹³³.

¹³² Vide ALIGHIERI, Dante. *Monarquia*, p. 193-194.

¹³³ Vide COMTE, Augusto. *Reorganizar a sociedade*, p. 147.

Este período, tido como moderno, demonstra a diversidade de interpretações sobre a história da humanidade, com produção de inúmeras teorias que deram origem a diversas escolas filosóficas, em conturbada época de indefinições sobre questões nacionais¹³⁴ e, principalmente, de formação definitiva de Estados soberanos. A produção intelectual conviveu com acontecimentos políticos inéditos e de proporções imensas (devido ao avanço tecnológico e demográfico). Em face da quantidade de idéias sobre a Justiça, produzidas por cada um dos filósofos modernos, em diversos momentos e lugares¹³⁵, entendemos que as características mais marcantes e que estão presentes como condições transcendentais da Justiça Democrática, dão continuidade as afiliações filosóficas anteriormente citadas e desenvolvidas em novos métodos por DESCARTES, LEIBINIZ e moldada por KANT como **identificação da justiça como liberdade**, bem como da sua proposta lógica que, no século XX, foi amplamente utilizada para fundamentar alguns princípios do positivismo jurídico, em KELSEN e ENGISH.

4.1. Descartes.

Como contribuição pertinente aos assuntos filosóficos anteriormente desenvolvidos, além das habilidades nas ciências naturais e matemáticas, DESCARTES¹³⁶ superou as posições da teologia cristã medieval, sem que isso

¹³⁴ Sobre as indefinições das questões nacionais que marcaram o início da modernidade, superados os obstáculos das teorias do estado soberano, novas tendências, como o fenômeno da globalização mundial econômica colocam em dúvida a manutenção dos fundamentos e do alcance intelectual das idéias modernas. Contudo, nenhum modelo totalmente novo foi produzido na tentativa de explicar qual seja a atual soberania dos Estados nacionais.

¹³⁵ Entendemos que a modernidade iniciou-se com o movimento renascentista (aproximadamente no ano de 1500) estendendo-se até a Revolução Russa de 1917.

¹³⁶ René Descartes, filósofo e matemático francês (nascido em La Haye em 1596 e falecido em Estocolmo em 1650). Foi também militar, viajou pela Europa experimentando uma vida intensa mas preferiu retirar-se para estudar, na Holanda, onde permaneceu por duas décadas aproximadamente. Tendo sido convidado pela monarquia foi parar na Suécia em 1649, onde

Ihe trouxesse prejuízo pessoal, como aconteceu com GALILEU (condenado por um tribunal da santa inquisição), numa época de domínio pleno da Igreja Católica que era contrária ao que ele sustentava, especialmente que o ser humano é centro produtor de seu conhecimento.

Inovando, a teoria cartesiana trouxe prioridade à razão, capaz até de provar a existência de Deus e a distinção entre o espírito e o corpo, com a ajuda de silogismos que marcaram a metodologia de DESCARTES. Usando lógica, demonstrou ser possível a obtenção do conhecimento de Deus por outro caminho que não o dos dogmas da religião, abrindo um amplo espaço para que o conhecimento dos objetos se desvinculasse da teologia cristã, como, por exemplo, a vontade, o espírito, o corpo, a virtude, a paixão, dentre outros temas de relevância para a Filosofia, faz a distinção entre as leis da natureza e as leis da vontade livre. Numa passagem interessante de sua obra sobre a vontade. Do vasto pensamento lógico de DESCARTES surge uma forma inovadora de explicar o que a vontade humana representa. Dividiu-a em duas espécies (que posteriormente KANT utilizaria como ponto de partida para descrever o ser e o dever-ser):

Nossas vontades são, novamente, de duas espécies; pois uma são ações da alma que terminam na própria alma, como quando queremos amar a Deus ou, em geral, aplicar nosso pensamento a qualquer objeto que não é material; as outras são ações que terminam em nosso corpo,

faleceu de pneumonia um ano depois (1650). Seus principais escritos em latim são: *Regras para a direção do espírito* (escrito em 1628 e publicado em 1701), *Meditações* (1641), *Princípios da filosofia* (1644); em francês: *Discurso sobre o método* (1637) e *As Paixões da alma* (1649). Tem obras marcantes de física e matemática, mas ficou famoso o método que permite o conhecimento lógico dos objetos. Escreveu o *Discurso sobre o método*, obra que repercutiu sobre todas as ciências, gerando uma influência até hoje manifesta, considerando-se a importância que estabeleceu Descartes entre a experiência e o conhecimento. O método cartesiano avançou sobre a metafísica com a prova racional da existência de Deus. Outra importante obra é *Meditações*, onde Descartes apresentou o *Cogito: penso, logo existo*. Portanto, a física cartesiana foi descrita em face de sua metafísica, pois a racionalidade da natureza manifesta-se como causalidade, ou seja, toda causa tem um efeito. Vide DESCARTES, René. *Discurso do método*, p. 65-71.

como quando, pelo simples fato de termos vontade de passear, resulta que nossas pernas se mexam e nós caminhemos.¹³⁷

DESCARTES apresenta sua versão da moral como espécies de manifestações físicas produzidas e que podem ser sentidas, como a *emoção que se produz no coração, e, por conseguinte, também em todo o sangue e nos espíritos*.¹³⁸ Inseparável da vontade, essa moral seria suficientemente forte para ser apresentada como razão que impede a alma de dispor inteiramente de suas paixões, sugerindo um conflito de consciência gerado exclusivamente no interior do ser humano, independente de fator externo. É uma explicação posterior à descrição física, quando ele revela que a realização dos desejos depende somente de nós. O ensaio sobre o livre-arbítrio e a Moral afirma que o soberano remédio contra as paixões é o exercício da virtude, justamente quando a consciência não pode oferecer censura, pois há a certeza de que se fez todas as coisas que consideradas corretas¹³⁹, ou seja, numa melhor interpretação, estamos diante da afirmação da liberdade do ser humano, que será o ponto marcante da obra de KANT. Melhor ainda, a vontade humana como manifestação da liberdade de conhecimento, indicar a necessidade de se conhecer “verdadeiramente” os objetos, sendo que o conhecimento, para DESCARTES, manifesta-se *a priori*, (através de sua própria existência) cuja prova está na capacidade de sua demonstração racional.

A repercussão dessas idéias vê-se claramente na obra de LEIBNIZ e depois na de KANT. Ambos concordam com DESCARTES de que dentro de nós,

¹³⁷ DESCARTES, René. *As Paixões da alma*, p. 143.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 158.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 208-209.

um sentimento inato, pode ser explicado pela razão (ordem lógica das coisas). Foi DEL VECCHIO quem descobriu essa analogia:

DESCARTES, ao invés, parte da consciência individual; quer libertar-se de todas as opiniões recebidas, emancipando-se, em um primeiro momento, da autoridade dos dogmas, e submetendo metodicamente todo o dado, todo o conhecimento, à dúvida; ele estabelece, portanto, como certeza inicial apenas a existência do seu pensamento dubitativo (cogito, ergo sum – sou, porque penso, sum cogitans – penso, porque duvido). DESCARTES coloca em primeiro plano o problema gnoseológico e trata de lhe encontrar solução, procurando na consciência o princípio da certeza.¹⁴⁰

Fica evidente, então, a influência da teoria cartesiana em LEIBNIZ e KANT:

Eis aqui, dum modo geral, o significado da crítica kantiana. Teve ela o mérito de corrigir o inatismo antigo, segundo o qual as idéias inatas deviam estar sempre presentes na nossa mente. Para KANT, os elementos necessários e a priori não são aqueles que psicologicamente aparecem antes dos outros; são, antes, aqueles que denotam valor universal na ordem lógica e constituem as condições e os limites da experiência possível. Já LEIBNIZ, antes de KANT, observara com justeza: <<devemos apoderar-nos também das nossas idéias inatas>>. Quer dizer: devemos gradualmente aclarar certas noções que nos são implícitas, que são imanentes ao nosso espírito e que, portanto, um processo ulterior nos permite reconhecer como já existentes em nós.¹⁴¹

Nesse sentido, pode-se afirmar que a grande mudança no rumo das teorias da Justiça aconteceram devido à projeção gnoseológica da modernidade estabelecida pelo método cartesiano. A partir de então o conceito de Justiça estaria sendo suscitado pela lógica da ciência, rompendo com o conceito teleológico medieval e ontológico da antigüidade.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 81 e 82: *Desta afirmação metodológica resultaram as direções racionalista, idealista e crítica do pensamento moderno.*

¹⁴¹ VECCHIO, Giorgio del, op. cit., p. 344.

4.2. Leibniz.

LEIBNIZ, além de filósofo, foi jurista e, segundo, GIORGIO DEL VECCHIO, dentre suas mais importantes contribuições estão as investigações de Direito comparado. Faz uma espécie de coletânea de leis de diversos povos (*Nova methodus discende docendaeque iurisprudentiae*, 1677).¹⁴²

Para o desenvolvimento da nossa tese, faz-se necessário a compreensão de um objeto (a Justiça), e o que seja o seu conhecimento. Ora, tanto DESCARTES quanto LEIBNIZ adotaram métodos úteis à explicação da existência de um objeto, através da negação de que este conhecimento somente se produz por meio da experiência (rejeição do *nihil est in intellectu, quod prius non fuerit in sensu*).¹⁴³ Portanto, está justificada a proposta de analisar uma parte da obra de LEIBNIZ, especialmente, uma crítica ao “penso, logo existo” (*Cogito*) de DESCARTES. Na verdade LEIBNIZ, ao analisar a fórmula cartesiana do *Cogito* se convence da existência do eu, enquanto ser pensante, manifesta-se como ser lógico para as proposições do mundo físico, e da significação da plena *garantia da objetividade do conhecimento científico*¹⁴⁴, cuja existência é perfeitamente demonstrável e contém em si todas as verdades eternas e necessárias, inclusive a existência de Deus.¹⁴⁵

LEIBNIZ distanciou-se de DESCARTES ao afirmar que: *As proposições*

¹⁴² Ibidem, p. 106.

¹⁴³ Vide HEIDEGGER, Martin. *A Determinação do ser do ente segundo Leibniz (Aus der Letzen Marburger Vorlesung)*, p. 93-94.

¹⁴⁴ Comentários de José Américo Motta Pessanha (In Os Pensadores, v. René Descartes, p. 19).

¹⁴⁵ Como ser infinito, pode conceber todas as essências, possíveis e todas as combinações possíveis entre elas. Estas substâncias, que Leibniz chama de mônadas, Deus as cria em número infinito e contém todas as suas determinações. Expressam o mundo, são o mundo e permitem-nos, assim, percebê-lo. Como cada uma delas é espelho do universo, a ordem do mundo resulta da harmonia que Deus preestabelece entre elas. A teoria das mônadas e de suas combinações se articula com uma matemática formada por axiomas e regras que associam indissolivelmente matemática e metafísica. (LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *Novos Ensaios sobre o entendimento humano*, p. 440).

*universais, das quais podemos ter um conhecimento certo, não se refere à existência.*¹⁴⁶ Modificou a estrutura da tese cartesiana, no sentido de aprimorar o conceito universal de um dito objeto, distinguindo essência e existência, dando ênfase à primeira no processo de conhecimento dos objetos. Apesar de concordar com a demonstração racional da existência, LEIBNIZ, contrariando DESCARTES, indica a existência de Deus em bases diversas, já que o ser humano não poderia ser o único ser-pensante, ou seja, provido de inteligência, lembrando que, neste aspecto, CÍCERO, em *De Legibus*, livro II, disse que: *ninguém deveria ser tão totalmente orgulhoso para imaginar que existe dentro dele um entendimento e a razão, e que sem embargo não existe nenhuma inteligência que governe os céus e todo este vasto universo.*¹⁴⁷ Concluindo, LEIBNIZ afirma que: *Do que acabo de dizer segue claramente que possuímos um conhecimento mais certo de Deus do que qualquer outra coisa que exista fora de nós.*¹⁴⁸ Ora, se de *atitudes e de disposições originais do intelecto*¹⁴⁹, dependem da essência, como conceito de Justiça, que passa a depender do conhecimento *a priori* dela, enquanto objeto, pode comprovar racionalmente sua existência pela descoberta da essência. A experiência poderá avaliar a funcionalidade do objeto Justiça depois que o conhecimento interior (intelecto), *a priori*, tiver gerado um conceito de Justiça que seja capaz de ser avaliado pela Filosofia prática.¹⁵⁰

A título de conclusão trazemos JOAQUIM SALGADO, que articula uma explicação sobre o conceito de Justiça em LEIBNIZ envolvendo um plano

¹⁴⁶ Ibidem, p. 433.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 436.

¹⁴⁸ Ibidem.

¹⁴⁹ VECCHIO, Giorgio Del, op. cit., p. 106.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 106-107: *Também procurou efectuar a divisão dos ramos da Filosofia prática (ver o prefácio do Codex juris gentium diplomaticus, 1693), ou seja uma classificação das normas do operar, na qual se propende mais a alargar o âmbito próprio do Direito que a restringi-lo. A Moral é considerada quase uma espécie de Direito mais lato.*

metafísico (Justiça universal – que compreende uma relação com Deus) e um plano ético (o Direito).¹⁵¹ A ética articulada segundo preceitos da jurisprudência romana, acolhem portanto, a idéia do Direito em sentido estrito como algo coercível em sua essência, como bem acentuou DEL VECCHIO.¹⁵²

4.3. Kant.

O conjunto da obra de EMMANUEL KANT traduz um pensamento complexo, sendo necessário muito mais que uma tese para esclarecê-lo. Várias interpretações feitas ao longo desses séculos, por diversos filósofos dos mais variados cantos do planeta não conseguiram esgotar o assunto. No entanto, um destaque foi reservado ao Direito, no conjunto de suas idéias. Escreveu a Doutrina do Direito, onde fez uma análise sob o enfoque da sua própria Filosofia crítica, o que resultou numa defesa do modelo jurídico-liberal, em contraposição ao modelo absolutista-teológico, ou seja, ele identificou um Direito que chegou até nós através do liberalismo do século XVIII.¹⁵³ A verdadeira revolução promovida no campo das idéias por KANT, no entanto, teve início com sua insatisfação vis-à-vis da Filosofia pura, que julgava insuficiente para promover a separação entre os mundos sensível e inteligível.¹⁵⁴ Ele passou então a identificar uma cosmologia separada da ética, sendo a primeira fundamentada no ser (fenômeno) e a segunda no dever-ser (leis morais e jurídicas). No ser estão presentes as leis

¹⁵¹ Vide SALGADO, Joaquim C, op. cit., p. 73-74. E, sobre o assunto, segundo DEL VECCHIO, op. cit., p.107: *LEIBNIZ distingue na verdade três graus do bem consoante respeita a Deus, à humanidade ou ao Estado. O primeiro grau é constituído pela probitas ou pietas; a Segunda, pela aequitas, a terceira, pelo ius ou ius strictum. Socorrendo-se de conceitos aristotélicos,, LEIBNIZ designa as três divisões do mundo ético, por iustitia universalis, iustitia distributiva e iustitia commutativa. A elas deveriam ainda corresponder os três preceitos capitais da jurisprudência romana; Honest vivere, suum cuique tribuere, e nemienem laedere.*

¹⁵² Ibidem.

¹⁵³ Vide *Introdução à doutrina do direito de E. Kant*, por Cláudio de Cicco. In KANT, Emmanuel. *Doutrina do direito*. São Paulo: Ícone, 1993.

¹⁵⁴ Vide CASSIRER, Ernest. *Kant, Vida y doctrina*, p. 115.

necessárias, resultando na impossibilidade de opções. Por outro lado, o dever-ser é a ação humana. É nela portanto, que deve haver liberdade, já que permite opções que não seriam possíveis frente a total ausência de liberdade do mundo do ser regido pela ciência da natureza. Para KANT a vida moral está ligada ao livre-arbítrio Este último, que não é fato nem fenômeno, o que seria? Uma realidade em si do espírito humano, não verificável ou cognoscível, mas em que é preciso crer, porque é um postulado da vida moral. Nesse aspecto, o Direito e a Moral co-habitam no mundo do dever-ser, ambos pertencendo à chamada Ética kantiana, enquanto as leis da natureza intangíveis para o ser humano, estão no mundo do ser. Ademais, sob a forte influência do raciocínio lógico, que culmina no repúdio à metodologia das explicações religiosas sobre a Justiça, subordinadas ao ser, KANT formula um juízo *a priori* onde as formas do conhecimento não são intencionais. Ao contrário, são o produto modificado pelas formas cognitivas, sensitivas e intelectuais provenientes do espírito humano. Esta nova forma de encarar a matéria rompe definitivamente com a visão dos autores até agora citados, principalmente os filósofos medievais.

Todos esses assuntos foram discutidos em *Crítica da razão pura* (1781), *Crítica da razão prática* (1788) e *Crítica do juízo* (1790); *Fundamentação da metafísica dos costumes* (1785) e a obra de 1797: *Primeiros fundamentos metafísicos da teoria do direito*.¹⁵⁵ O elemento concreto conceito de Justiça em KANT é definitivamente a liberdade. Para entendê-la nesse contexto surge a necessidade de separar a ação moral da ação jurídica.¹⁵⁶

¹⁵⁵ Ibidem, p.489-492, sobre a cronologia das obras de Kant.

¹⁵⁶ O âmbito da moralidade diz respeito à liberdade interna, enquanto que o âmbito do direito se projeta para liberdade externa. Kant sempre identificou a existência de uma liberdade moral distinta da liberdade jurídica. A liberdade moral aparece como adequação às leis que nossa razão dá a nós mesmos e a liberdade jurídica é uma faculdade de agir no mundo exterior, não sendo impedidos pela liberdade igual dos demais seres humanos, livres como eu, interna e

A ação moral é a coincidência entre a vontade do sujeito e a lei, pois o que ele quer é também o que o sujeito entende por correto. Na ação jurídica a vontade é substituída pelo medo da sanção ou por um sentimento de segurança. A primeira situação da Moral é o imperativo categórico, porque há liberdade na aceção da autonomia do sujeito como expressão do foro interno, ou seja, da consciência. A segunda situação, do Direito, é o imperativo hipotético, resguarda a liberdade do sujeito, no modal da heteronomia, porquanto há fator externo determinante: a coerção.¹⁵⁷

Podemos vislumbrar as diferenças entre a autonomia, qualidade que a vontade tem de ser lei, e a heteronomia, a vontade jurídica. A primeira é independente de qualquer qualidade dos objetivos do dever-ser, melhor explicando, a vontade moral ou é autônoma ou não é moral. Por seu turno, a heteronomia, enquanto vontade jurídica, é importante para que se cumpra a ação prescrita a fim de satisfazer um interesse público. Há liberdade no sentido de se poder cumprir ou descumprir a obrigação, conhecendo previamente o sujeito da força coercitiva e a sanção que lhe são reservadas. Para KANT, o Direito é o conjunto das condições que levam o livre arbítrio de um a estar de acordo com o livre arbítrio do outro, segundo uma lei universal da liberdade. Na verdade, o que temos é o Direito como ideal de Justiça, rompendo com o Direito da realidade histórica. KANT reformulou um ideal de Justiça como liberdade, com várias repercussões sociais e políticas.

Segundo JOAQUIM CARLOS SALGADO, KANT teria contribuído para a concepção da Justiça social.¹⁵⁸ Para NORBERTO BOBBIO, ele exerceu grande

externamente. Kant, coloca os deveres da virtude os deveres com relação aos outros, sendo que a esfera de liberdade interna não coincide com os deveres consigo mesmos.

¹⁵⁷ Vide KANT, Immanuel. *Lógica*, p. 124-125.

¹⁵⁸ Vide SALGADO, Joaquim Carlos, op. cit., p. 333.

influência na defesa do Estado de Direito, da República, das garantias do cidadão frente aos Estados e das relações entre os Estados soberanos.¹⁵⁹

Não obstante, ser da maior relevância a idéia de Justiça em KANT como condição transcendental, de grande influência nas correntes da Filosofia do Direito, do século XX, configura-se como forma descompromissada dos dogmas da teologia. E, como não acredita no ceticismo, acaba por formular um processo de conhecimento da Justiça, a forma de como se entende esse objeto, utilizando-se do criticismo. Ele não se preocupou com os objetos mas com a maneira como se conhece tais objetos. É o método transcendental que consiste na condição *a priori* dos objetos do ponto de vista de sua funcionalidade racional e, portanto, lógica.¹⁶⁰

Esse método levou KANT à defesa da Justiça enquanto liberdade, sendo que a igualdade foi mencionada, embora de forma diferente. KANT, considera a igualdade um atributo da liberdade, como forma de não se afastar de problemas como o do Direito natural (inato), da limitação da liberdade e da participação política.¹⁶¹ JOAQUIM SALGADO o critica dizendo que KANT teria introduzido o conceito de liberdade como conteúdo da igualdade, que, até então, definia a Justiça. Teria, portanto, transformado, tanto a liberdade, quanto a igualdade em conceitos abstratos, dependentes, exclusivamente da maneira como o sujeito o estivesse compreendendo, sem considerar o elemento tempo e a Justiça social. Revelou, assim, a falha do dualismo rígido do método lógico-kantiano.¹⁶²

Sinalizando com uma classificação, LEONARDO VAN ACKER designa-o como idealismo relativo, uma vez que está clara a existência de uma realidade

¹⁵⁹ Vide BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*, p. 132-158.

¹⁶⁰ Vide SALGADO, Joaquim Carlos, op. cit., p.87-88.

¹⁶¹ Ibidem, p. 327-328.

¹⁶² Ibidem, p. 329-332.

em si, que é tanto física quanto psíquica, *corpórea e espiritual, irredutível à idéias que lhe impõe o sujeito, por ser incognoscível em si.*¹⁶³ No entanto, compreendemos a teoria kantiana como expressão de um idealismo crítico, uma vez que reduz a realidade do conhecimento dos objetos às idéias de generalização de suas próprias formas.

Dando seqüência, acerca da idéia de Justiça, verificaremos, no próximo item, os desdobramentos deste dualismo kantiano, que *isola o ético na esfera inteligível, longe de toda impureza sensível.*¹⁶⁴ Sendo pertinente adiantar que a verificação de tal proposição de KANT foi bem absorvida por KELSEN, este, que reformulou-a em nova proposta eliminativista (eliminou totalmente do Direito os fenômenos axiológicos),¹⁶⁵ podendo ser encontrada no cerne do positivismo jurídico kelseniano, porém, um tanto menos radical, foi a tese de KARL ENGISH, cuja visão não chega a ser de total eliminação dos fenômenos axiológicos, podemos chamá-la de uma tese relativista, a qual é contraposta a visão eliminativista ou reducionista de KELSEN, veremos, portanto, uma investigação sobre os desdobramentos do dualismo kantiano, nestas duas correntes, como expressão do pensamento do Direito e da Justiça no século XX.

5. ATUALIDADE DA FILOSOFIA DO DIREITO E DO ESTADO SOBRE A JUSTIÇA.

Para a compreensão e o alcance derivado da evolução doutrinária esboçada, visualiza-se nas condições transcendentais da Justiça Democrática o

¹⁶³ Ibidem, p. 12.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 330.

¹⁶⁵ Segundo ACKER, Leonardo Van. *Estará Superado o tomismo?*, p.11-12: *Acredita-se que, segundo Kant, a experiência apenas abrange os fatos ou fenômenos etiológicos, determinados por causas eficientes ou fisicamente necessitantes. Exclui os valores, fins ou objetivos e todos os fatos ou fenômenos axiológicos, dependentes de livre-arbítrio ou escolha na vida prática, moral, social ou religiosa.*

universo insuperável de que a Justiça vem sendo entendida em diversos sentidos. ARISTÓTELES, foi o primeiro a sistematizar seus vários significados, estabelecendo uma classificação em *Ética à Nicômacos* que distingue entre Justiça universal e particular, e aponta para uma Justiça total. A primeira é a lei; a segunda supõe uma condição de virtude, no sentido de que não há descumprimento da lei fixada na Justiça universal; a terceira estabelece as relações entre o cidadão e o Estado, organiza a Política. Vale lembrar que o filósofo grego sustentou a divisão da Justiça particular em distributiva e corretiva.

Todos os demais autores citados foram influenciados pelo método de investigação da Justiça de ARISTÓTELES, ou seja, classificando-a, dividindo-a e subdividindo-a. Os filósofos católicos medievais, que defenderam o desmembramento entre Justiça divina e Justiça temporal. Observamos que os autores modernos, principalmente KANT, tiveram dificuldades em superar a visão dividida da Justiça e o dualismo atingiu a Justiça na teoria kantiana. A discussão prossegue na atualidade, sempre trazendo questionamentos sobre a aplicação do método que a Filosofia estabelece para compreensão da Justiça.

A própria Filosofia vem se especializando, estabelecendo uma ramificação que evoluiu no século XX, sob o nome de Filosofia do Direito e do Estado. É o reconhecimento da importância do método, que sempre será útil para o conhecimento da Justiça em seus vários sentidos. Uma completa e integral teoria da Justiça, talvez esteja, ainda, fora de alcance. Não obstante, para a Filosofia do Direito e do Estado, um dos problemas de grande relevância vem sendo a maneira como se estuda a Justiça: seria ela um objeto por si mesma ou seria a Justiça objeto do Direito? Não se pretende, propor uma solução definitiva

sobre o assunto. Sendo necessário, no entanto, demonstrar em que ponto está a questão e que posição foi adotada, para dar consistência à Justiça Democrática.

5.1. A Justiça por si mesma ou como objeto do Direito.

Mesmo depois de muitos séculos, continuam as mais acirradas divergências sobre a inclusão ou a exclusão da Justiça como objeto do Direito. Discute-se muito uma definição autônoma para a Justiça e outra para o Direito. Quando tais problemas passaram a ameaçar a própria co-existência de dois modos ideais de concepção do Direito, o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, a Justiça Democrática não descartou uma tentativa de chegar a um ponto de equilíbrio, para impedir que esta questão seja reduzida apenas à escolha entre uma concepção ou outra.

Portanto, o problema da Justiça Democrática não deve ser confundido com a escolha e sustentação do positivismo jurídico ou do jusnaturalismo que são os modelos jurídicos mais importantes. MIGUEL REALE explica um modelo jurídico como sendo:

uma síntese e uma construção artificial (sic), no sentido de que apresenta algo que, naquela forma, não existe na realidade – uma tentativa de enquadrar um fenômeno da realidade social em uma figura unitária, segundo categorias e qualificações que não se encontram como tais no fenômeno reproduzido.¹⁶⁶

Antes, porém, é preciso afirmar nossa crença de que, desde os primórdios da discussão sobre Direito e Justiça, uma coisa é certa: não são mais sinônimos. Portanto, se os próprios conteúdos semânticos e pragmáticos os distinguem como fenômenos, não podem ser igualados por nenhum método que

¹⁶⁶ Miguel Reale cita o texto de Di Robilant. In REALE, M. *Fontes e modelos do direito*, p. 44-45.

seja específico de um ou de outro modelo jurídico. A partir do momento em que os indivíduos, de forma agregada e racional, passaram a desenvolver um tipo qualquer de sociedade, muito antes da própria invenção da escrita, surgiu a necessidade de as pessoas se comportarem, ao menos, de forma semelhante, nas primitivas relações sociais estabelecidas. Então, sendo certo que a natureza criou os seres humanos diferentes uns dos outros, com personalidades distintas, a vida em sociedade depende de um comportamento baseado no senso comum. Quando, então, alguém se desvia do rumo social convencionado pode, em alguns casos, estar praticando uma injustiça, mas, nem todo desvio de padrão de comportamento deve ser tido como uma injustiça. **Há obrigação de se identificar as formas de exteriorização do senso comum médio da sociedade, ou seja, a forma material das convenções sociais. Consegue-se, assim, iniciar o conhecimento da Justiça através da identificação dos modelos jurídicos.**

MIGUEL REALE, destaca quatro desses modelos: o legal, o costumeiro, o jurisdicional e o negocial.¹⁶⁷ No entanto, preferimos adotar a separação em apenas dois modelos, o legal, derivado da tradição romano-germânica e o consuetudinário, tradição anglo-saxônica.

O costume foi a primeira forma de exteriorizar o senso comum, exigindo-se dos indivíduos um comportamento médio, baseado nas tradições dos antepassados (gerações anteriores), e com elas condizente, registrado na memória dos povos, sem qualquer conotação, apenas adquirido pela vida prática. Posteriormente alguns sinais, desenhos representativos e artefatos úteis surgiram como materialização pré-escrita do conhecimento que pretendia-se transmitir; com a invenção da escrita passou-se a estabelecer regras de conduta

¹⁶⁷ Ibidem, p. 66- 76.

prescritivas, contendo maior objetividade (normas gerais e abstratas), portanto, dotadas de maior eficácia, eficácia *erga omnes*, sendo denominadas normas de comportamento que podem ser morais ou jurídicas. Isto não quer dizer que a lei escrita substituiu integralmente o costume, nem que o costume não teria nenhuma eficácia.

Em matéria de normatização da conduta humana digamos, apenas, que com as normas escritas se inaugurou uma nova fase que pôde, perfeitamente, conviver com a transmissão costumeira de regras de conduta. Dizer que o costume é forma superada de organização sócio-jurídica é pura ignorância.

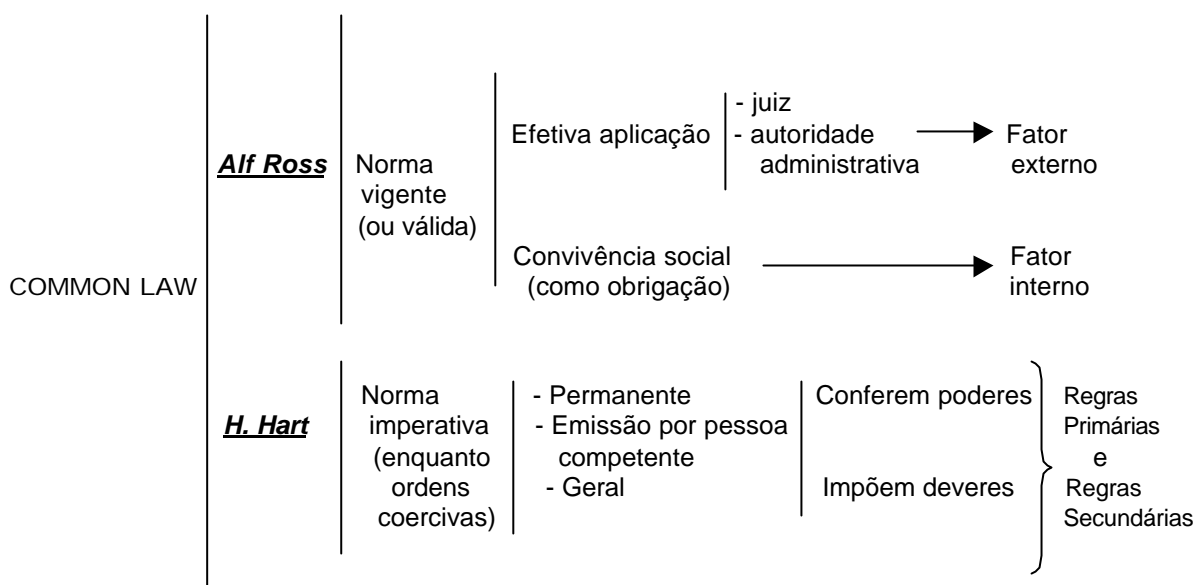
Prova é o Direito consuetudinário (Common Law), presente em vários países.

Ele opera com a sua lógica, baseada na conclusão de duas premissas que representam a validade de todo sistema:

- a) um fator externo, representado pela autoridade administrativa e pelo juiz, que garante a efetiva aplicação do costume;
- b) um fator interno, com característica subjetiva de vivência da obrigação pela sociedade, o que podemos chamar de uma consciência das tradições e das pretensões de conformidade.

O *Common Law* foi bem descrito por duas correntes, uma de ALF ROSS a outra de HERBERT HART.

Para melhor estabelecer-se a diferença entre elas, sugerimos um esquema sintético:



Sobre o reconhecimento jurídico do costume, HART fez, antes de explicá-lo, em primeiro lugar, três objeções, uma sobre o conteúdo normativo; a segunda, quanto o âmbito de aplicação da norma; e, a terceira sobre a origem da norma, ele é um crítico contumaz da redução da norma jurídica à sanção, uma vez que localizou normas que conferem poderes, encontrando situação diferente, quando, por exemplo, analisou o sistema jurídico criminal.¹⁶⁸ HART, então, explicou o reconhecimento jurídico do costume, nas relações entre o *soberano* e os *súbditos*, mais precisamente, com dois argumentos fortes *a idéia de hábito de obediência* e *a continuidade da autoridade de criação do direito* e *a persistência das leis muito para além do desaparecimento do seu autor e daqueles que lhes prestavam obediência habitual*.¹⁶⁹ O jusfilósofo britânico aponta em sua crítica mais três defeitos a serem corrigidos, a falta de certeza, o caráter estático e a insuficiência das pressões difusas da sociedade, todas relacionadas às regras

¹⁶⁸ Vide HART, Herbert L. A. . *O Conceito de direito*, p. 53-57.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 60.

primárias, ou seja, o costume ainda não reconhecido pelo mundo jurídico. O reconhecimento advém da união entre as regras primárias e as regras secundárias, a fim de criar um sistema jurídico. Sobre as regras secundárias, resumidamente, identifica-se três aspectos, um, para afastar a incerteza, que se relaciona à autoridade, denominado de regra de reconhecimento, que tem o escopo de eliminar as dúvidas acerca da existência da regra primária, ou seja, aqui, a regra secundária serve para uma *identificação concludente da regras primárias de obrigação*.¹⁷⁰ Para romper com a estática das regras primárias o remédio apontado HART chama de regras de alteração, a regra secundária, agora, serve para conferir poderes a quem vai criar novas regras primárias ou eliminá-las. E, a última regra secundária que visa investir os indivíduos de poder para proferir um julgamento, a fim de afastar a ineficácia da pressão social difusa das regras primárias.¹⁷¹

Colocadas estas referências como obrigatórias para entender porque HART, ao tratar da Justiça, insiste em considerá-la matéria que irá separar o Direito da Moral ao mesmo tempo em que se estabelece uma conexão entre eles: a Justiça. Logo em seguida surge a distinção específica entre Direito e Moral, estabelecida pelo embate entre o Direito natural e o positivismo jurídico. Por isso, num primeiro momento, HART dá a impressão de considerar a Justiça em si mesma. Não é porém, o que ele faz. Ao contrário, afirma que a Justiça está contida na Moral:

Há ótimas razões, na verdade, para que a justiça tenha um lugar dos mais proeminentes na crítica das soluções jurídicas; contudo, é importante ver que se trata de um distinto segmento da moral e que as

¹⁷⁰ Ibidem, p. 104. Hart fala que da lista de regras dotada de autoridade surge o germe da idéia de validade jurídica (ibidem, p. 105).

¹⁷¹ Ibidem, p. 106.

leis e sua aplicação podem demonstrar exelências de diversos géneros ou carecer destas.¹⁷²

ALF ROSS, identificou, em primeiro lugar, o costume como sendo *fato sociológico notório*, começando a explicação pelos povos primitivos:

O costume é um modo de conduta que é geralmente seguido e que é experimetado como obrigatório, qualquer transgressão suscitando reações de reprovação por parte da tribo. Tais reações partem originalmente do grupo como um todo, podendo assumir uma grande variedade de formas(...)¹⁷³

O que preocupou o dinamarquês foi que nem todo costume pode ser tido como fonte de Direito, razão pela qual conclui que somente o costume jurídico tem esta qualidade:

Diz-se que somente o costume jurídico o é, e este é caracterizado por um elemento especial em termos de experiência psicológica, chamado opinio necessitatis sive obligationis, um sentimento de estar obrigado, ou uma convicção de que o comportamento exigido pelo costume é também um dever legal.¹⁷⁴

Este conceito não o satisfez porque ele acredita que houve, historicamente, uma divisão dos ordenamentos jurídicos pelas diferentes formas de aplicação da força física, uns com maior repressão outros que “*se restringiam à pressão não violenta.*”¹⁷⁵ Então agregou ao conceito acima outros elementos extraídos da doutrina inglesa: imemorialidade (vigência por longo tempo), acatamento contínuo, exercício pacífico e *nec clam nec precario*, sustentação *pela opinio necessitatis*, certeza e a razoabilidade.¹⁷⁶

¹⁷² Ibidem, p. 171-172.

¹⁷³ ROSS, Alf. *Direito e Justiça*, p. 118.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 120.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 121.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 124.

A Justiça, ROSS a considera uma *idéia específica do direito*¹⁷⁷, reduzindo-a a dois debates: um envolvendo o Direito natural e outro o Direito positivo. Não vê a Justiça como objeto em si, apenas como uma idéia que se manifesta no jusnaturalismo com sentido de igualdade; no Direito positivo a idéia de Justiça é tida como a regularidade objetiva ou racionalidade formal, que permite que as normas jurídicas sejam formuladas em bases objetivas de maneira que a decisão da sua aplicação ao caso concreto tenha a máxima independência possível. A equidade, pela nítida influência da *Common Law*, lhe parece um ponto nevrálgico do Direito inglês, a fim de que seja respeitado o princípio da razoabilidade, evitando a reprovação da equidade pela falta de critérios objetivos de aplicação da norma jurídica.¹⁷⁸

Além dos ordenamentos jurídicos consuetudinários, os positivos também aceitam, como é caso do brasileiro, o costume como fonte de Direito. SERPA LOPES, nos dá uma lição a respeito:

A função primordial dos costumes em nosso Direito é a de figurar como um dos modos supletivos da lei, colocados logo após a analogia. Nos termos do art. 4º da Lei de Introdução, deles se deve servir o juiz ao Ter de decidir casos não *previstos nos textos legais*.¹⁷⁹

O sociologia de COMTE, *data venia*, foi a grande responsável pela inclusão do costume como fonte de Direito: em ordenamentos jurídicos positivos, uma vez que com sua clara visão dos movimentos sociais orgânicos: a) encorajou legisladores positivistas a repensarem a rígida concepção napoleônica de completude do Código Civil francês; b) permitiu aos ingleses que revisassem a

¹⁷⁷ Ibidem, p. 313.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 326-331.

¹⁷⁹ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*, v. I, p. 118.

postura ultra-subjetiva da eqüidade que, como foi salientada por ROSS, era produto da *rigidez da common law tradicional e sua evidente falta de razoabilidade frente às novas condições sociais(...)*¹⁸⁰

Ao contrário do costume, a ordem legal, mais precisamente a tecnologia de codificação das leis, apresenta-se como forma material de exteriorização do senso comum, conhecida desde a antigüidade, mas que ganhou notoriedade com o movimento francês que culminou com o seu Código Civil de 1804.¹⁸¹ O ordenamento jurídico de uma determinada sociedade tanto pode exprimir-se pela existência de normas jurídicas positivadas, como pela tradição das normas consuetudinárias. Ambas são fontes do Direito e, portanto, devem ser investigadas como sendo objetos de estudo em Ciência do Direito.¹⁸²

A institucionalização estatal, que foi mencionada como forma mínima e homogênea de prescrição de condutas, é a única a poder encontrar amparo no Direito, posto que nos comportamentos morais ou religiosos não se estabelecem sanções institucionalizadas pelo Estado, o que ocorre, quando as leis são desrespeitadas: a coerção estatal vem em resposta à resistência do indivíduo infrator.

Portanto, a investigação do Direito, em seu conjunto de normas jurídicas organizadas em sistema designado como ordenamento jurídico, deve ocorrer através da Ciência do Direito.

Resumindo: a Ciência do Direito, em busca da Justiça, sempre parte de questionamentos próprios das ciências e não da Filosofia do Direito e do Estado. Restringe a questão da Justiça à observância da norma jurídica, dentro de uma

¹⁸⁰ ROSS, Alf, op. cit., p. 329.

¹⁸¹ Ibidem, p. 125-139.

¹⁸² Observe-se que Direito e Ciência do Direito são coisas diferentes, sendo, logo a seguir, demonstrada a separação deles.

concepção positivista ou analítica. Entretanto, a Filosofia não se limita à metodologia científica e pode incluir, no estudo do objeto Justiça, tanto o Direito, quanto a Política, bem como todo o universo. Se quisermos ter o alcance integral da Justiça, não se pode restringi-la, apenas, ao domínio jurídico. Reduzido a norma jurídica (particularizada) que é levada para o todo (ordenamento jurídico), corre-se o risco de desprezar fenômenos axiológicos importantes oriundos das variadas relações humanas organizada em sociedade. A melhor solução é formular respostas próprias sobre a Justiça, quando o Direito não estiver sendo equivalente ao Estado, já que foi escolhida a determinação mais correta para o estudo da Justiça enquanto Filosofia do Direito e do Estado. Ou seja, se para o positivismo jurídico e sua Ciência Pura do Direito, o Estado e o Direito se confundem enquanto método consagrado por KELSEN, para a Filosofia do Direito e do Estado tanto o Direito quanto a Política só estão presentes neste universo, muito mais amplo do que o estudo da norma jurídica isoladamente. Portanto, não podem desprezar os elementos que foram desprezados pelo método da purificação kelseniana da Ciência do Direito. Essas reflexões nos conduzem às questões fundamentais que nos envolvem: O que é Justiça? Qual é a relação entre o Direito e a Justiça? Dentre outras, implícitas, porém, não menos importantes, como o problema, da democracia, da equidade, da liberdade, da igualdade e da estabilidade do Estado.

Tentaremos esclarecer estas questões, começando pelo motivo da denominação utilizada e identificada como Filosofia do Direito e do Estado. Parece-nos óbvio que a razão é o método. Na tentativa de comprovar nossa tese, partimos de um corte por ramo particular de uma das várias e possíveis gamas de investigação filosófica que a Justiça pode proporcionar para um estudo

concentrado e particularizado, já que, neste trabalho, o estudo da atividade do Estado, enquanto ferramenta para obtenção do conhecimento e posterior conceituação da Justiça Democrática está relacionada com a Política e o Direito, tudo numa visão crítica que é própria da Filosofia, o que demonstra a atual diferença entre a Ciência do Direito e a Filosofia do Direito e do Estado. A primeira pretende formular uma investigação aplicada, ou seja, definir as fórmulas de uma teoria geral do ordenamento jurídico e, depois, de teorias dos sistemas internos dos diversos direitos positivados pelo Estado, ou seja, o estudo da norma jurídica. A Filosofia do Direito e do Estado, por sua vez segue numa teorização da Justiça, como já mencionado na Introdução, resultando numa investigação que designamos bidirecional-convergente, ou seja, do Direito e da Política, enquanto fenômenos gerais, para, a universalização da Justiça Democrática, sem se prender, exclusivamente, aos fatores de ordem dogmático-científica, nem se deixando influenciar demasiadamente pela ideologia como reserva de poder, que muitas vezes acontece com a radicalização filosófica.¹⁸³

A bem da verdade, o método dominante na dogmática jurídica, desde KANT, e até em estudos contemporâneos, tem sido a lógica prática – como o estudo da legalidade através de proposições hipotéticas disjuntivas- , a qual fornece suporte para a teoria do ordenamento jurídico que, por sua vez, defende um sistema de normas jurídicas que funciona independentemente da realidade exterior. O ordenamento jurídico, porém, dotado de vigência, validade e eficácia – dogmática jurídica: como equivalência entre a descrição da norma jurídica e a experiência ou averiguação do jurista - , passa a incidir sobre o comportamento humano, vindo a criar suas próprias realidades através do poder que é exercido

¹⁸³ A ideologia e ciência serão objeto de análise no próximo item.

pelo Estado ou por ele é delegado aos indivíduos (embora exista resistência, por exemplo, no realismo jurídico americano ou na simples concepção do Direito como fato social). Não se pode deixar de lembrar o desdobramento lingüístico aplicado ao estudo das normas jurídicas, principalmente no que se refere às propostas pragmáticas.

É importante frisar o fato de que a Filosofia do Direito e do Estado dispensa o rigor metodológico científico, embora, seu bom funcionamento não dispense a coerência e a indução aos assuntos que requerem infinitos questionamentos, a fim de se obter a desejada universalidade filosófica. É exatamente isto que pretendemos fazer (universalização do conhecimento até se chegar ao conceito). O que equivale, na verdade, a filosofar sobre a Justiça Democrática, ou seja, navegar pelos questionamentos possíveis e alcançáveis pela mente humana, além dos recursos dogmáticos próprios das ciências em geral, mas, com a responsabilidade de estabelecer resultados, como excelência de nossa tarefa.

Segundo a visão positivista de KELSEN sobre a questão de diferentes campos do conhecimento:

A teoria pura do Direito insiste numa distinção clara entre o Direito empírico e a justiça transcendental, excluindo esta de seus interesses específicos. Ela vê o Direito não como a manifestação de uma autoridade supra-humana, mas como uma técnica social específica baseada na experiência humana; a teoria pura recusa-se a ser uma metafísica do Direito. Conseqüentemente, ela procura a base do Direito – isto é, o fundamento de sua validade – não num princípio metajurídico, mas numa hipótese jurídica – isto é, uma norma fundamental – a ser estabelecida por meio de uma análise lógica do pensamento jurídico efetivo.

Boa parte da jurisprudência tradicional é caracterizada por uma tendência para confundir a teoria do Direito positivo com ideologias políticas disfarçadas ou de especulação metafísica sobre a justiça ou de doutrina jusnaturalista.¹⁸⁴

¹⁸⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do direito e do estado*, p. 3.

Outro ensinamento kelseniano de extrema importância para a compreensão dessa matéria, atesta que *a teoria pura do Direito mostra o verdadeiro sentido desta expressões figuradas. Ela mostra que o Estado como ordem social deve ser necessariamente idêntico ao Direito.*¹⁸⁵ Ele entende que a sua teoria reforça o dualismo entre o *Direito e a Justiça* e propôs eliminar do conceito de Direito todo e qualquer valor que não seja a própria norma jurídica, excluindo, portanto, a Justiça. Toda essa matéria impõe uma reflexão: se a Justiça não se encontra contida no Direito, onde estaria? Neste caso porque a maioria dos jusfilósofos, inclusive KELSEN, estudaram a Justiça? Ora, ele entende que se não se encontra no Direito, muito menos acha-se no Estado, já que há identidade entre Direito e Estado. Este é, sem dúvida, um ponto mal resolvido por KELSEN. É, portanto, com todo o respeito que é devido à teoria kelseniana, ser totalmente descabido aceitar, na íntegra, sua versão eliminativista bem como a clara intenção de dizer que sua teoria é *anti-ideológica*, porque ela serve para separar o princípio fundamental da Ciência - *a Verdade* -, do ideal supremo da Política - a Justiça. Dessa forma, KELSEN reduz o Direito, inevitavelmente, ao estudo da norma jurídica, num complexo sistema e nada mais.

Outra teoria, totalmente contraposta ao positivismo jurídico, como a tridimensional, de MIGUEL REALE, recepciona, em seu sistema concêntrico e aberto, a norma (ordenamento jurídico positivo), o fato (experiência sensível e concreta) e o valor (experiência inteligível e abstrata - na qual a Justiça está obrigatoriamente contida). Parece, por esta razão, ter mais condições de provar que a Justiça está contida no Direito, aceitando o dualismo originário em KANT,

¹⁸⁵ Ibidem, p. 4.

mas, não o eliminativismo kelseniano. Apesar de contrapor-se à KANT, não ignora a importância do autor que teria inspirado KELSEN:

Longe de ser vazio de qualquer conteúdo, o conceito kantiano de pessoa assinala a validade e a situação do homem no cosmos. Imerso no mundo das coisas sensíveis, mas, apesar de tudo, superior a ele, por abrangê-lo com o seu pensamento; elevado acima de si mesmo, por superar o que em si há de existência empírica e de fins particulares e imediatos; o homem põe-se como personalidade, sujeito a uma ordem que não é a ordem das coisas. Como tal, a personalidade é liberdade, é independência em relação ao mecanismo de toda a natureza, sendo, assim, o homem um ser pertencente a dois mundos que nele se tocam, o mundo profano que nos oprime, e o mundo moral que nos emancipa.¹⁸⁶

Há que encerrar esta discussão, já que um posicionamento mais sólido sobre os “dois mundos” (ser e dever-ser kantiano) será firmado em nossas considerações sobre o universalismo. O que ocorre com dualismo kantiano, nas suas versões modernas, ou seja duas correntes jusfilosóficas: a versão eliminativista de HANS KELSEN (de purificação da Ciência do Direito), e o silogismo de KARL ENGISH, que retrata uma versão relativista.

No entanto, claro ficou que, sob todos os aspectos, a Filosofia do Direito e do Estado está apta a elaborar um conceito de Justiça Democrática, sem o que estaríamos diante de uma fraude intelectual. Discutir, porém, a eventual cientificidade desse conceito, no âmbito do Direito, não implica em aceitar todo o pensamento de KELSEN. Por exemplo, CLAUDIO DE CICCIO, formula uma crítica idealista ao legalismo, reexaminado a obra de GIOELE SOLARI, aponta suas contradições. As que nos interessam são as referentes às obras de KANT e KELSEN.¹⁸⁷

¹⁸⁶ REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do direito*, p. 133.

¹⁸⁷ Vide CICCIO, Cláudio de. *Uma Crítica idealista ao legalismo*, p.193-226. E, VECCHIO, Giorgio Del, op. cit., p. 306: *A seguir a estas duas primeiras investigações filosófico-jurídicas, vem uma terceira: a deontológica. A mente humana jamais foi inteiramente passiva ante o Direito, jamais se contentou com o facto consumado como se este fosse um limite intransponível. Cada homem sente em si a faculdade de julgar e avaliar o Direito existente e sobre ele ajuizar; todo homem*

5.2.Direito: Ideologia ou Ciência?

O que mantém juntas ou o que separa esses dois ramos de conhecimento ? É tarefa, sem dúvida, para a Filosofia. A relação entre ideologia e ciência tem que ser sistematizada, para que seja possível vislumbrar o lado social no interior de qualquer discussão, que se pode entender como produtiva e com paradigma no conhecimento diversificado, o que somente a mente humana produziu neste mundo.¹⁸⁸

Direito e Justiça, segundo o positivismo lógico do Círculo de Viena (que vê a Filosofia como uma atividade de depuração da linguagem científica) são destituídos de metafísica. Tendo sido descritos os paradoxos existentes na ideologia jurídica e na Jurisprudência (ENGLISH, diversas vezes utiliza a palavra Jurisprudência como Ciência do Direito), foi feita a escolha de uma obra em especial, escrita de forma pedagógica por KARL ENGLISH,¹⁸⁹ para ajudar na compreensão dos limites estabelecidos da Ciência e da Ideologia, no plano do Direito e no da Justiça, respectivamente. De cunho manifestamente prático e exteriorizando-se em seu aspecto filosófico, influencia indiretamente a

possui sentimento de Justiça. Daqui resulta a possibilidade de uma investigação completamente distinta daquelas ciências jurídicas particulares stricto sensu.

¹⁸⁸ Vide, DEMO, Pedro. *Introdução à metodologia da ciência*, p. 29 -51. Em síntese, nosso entendimento, inicia-se pela pergunta: O que é a Ciência? Ela pode ser considerada como a busca do conhecimento de forma coerente (consistência) e lógica (critérios internos), como expressão do equilíbrio entre dogmatismo (que admite coisas indiscutíveis) e relativismo (que subjetiva tudo ao nível de veleidades particulares). Os elementos científicos de foro interno são a dedução e a intuição. Os externos são os fatos históricos. A ciência também é um fenômeno histórico, portanto, tem como características: a) mutabilidade ; b) volubilidade ; c) contraditório e d) dinâmica. O que não é Ciência? O senso comum e a ideologia. Senso comum: produção popular de conhecimento. Características: a) aceitação sem questionamentos (acrítico e crédulo); b) empirismo (imediatista). Ideologia: produção política de conhecimento. Características: a) sofisticação de idéias travestidas de “científicas” ; b) relação com o poder político ou religioso. Construindo o pensamento científico: Critérios internos formais: Lógica. Critérios internos informais: Originalidade, Coerência, Objetivação. Critérios externos: intersubjetividade: Argumento de autoridade. Opinião dominante. Comparação crítica.

¹⁸⁹ Jurista alemão, nascido em 1899, tornando-se Doutor em Direito, em 1924, pela Universidade de Giessen.

Jurisprudência, ou seja, cria um vínculo entre a Filosofia e o Direito, quando foi necessário construir conceitos. A consequência são reflexos sobre qualquer teoria jurídica que se pretenda construir de maneira científica.¹⁹⁰

Sem dúvida, KARL ENGISH, de forma habilidosa, nos conduz para um conceito de Direito em que a redução lógica dos juízos *verdadeiros ou justos*, orienta-se por uma metodologia jurídica (segundo o autor), que despreza fatores alheios, psicológicos e sociológicos. Embora não despreze a axiologia e a ontologia jurídicas e, muitas vezes, reconheça seu valor, como é o caso da Justiça, em sua classificação de antinomias impróprias estão sempre aparentes, os recursos de solução de princípios gerais, teleológicos e técnicos, além do valorativo.

Em sua *Introdução ao pensamento jurídico* ENGISH trabalha a epistemologia jurídica e conclui que a Filosofia do Direito deve grande importância à ontologia da Justiça. Retratando um verdadeiro legado sobre a lógica e a metodologia do Direito, que são o suporte filosófico da validade do seu pensamento jurídico, demonstra nítido interesse pela Filosofia do Direito, uma de suas maneiras de se expressar na era contemporânea. A intenção é compreender as idéias de ENGISH que distingue uma simples ideologia dominante da verdadeira Ciência do Direito. Na medida em que sustenta um silogismo jurídico, que é composto de duas premissas (menor e maior), trata, também, do problema da interpretação das normas jurídicas e das lacunas do Direito e, finalmente, da importância da Filosofia do Direito, principalmente para estabelecer critérios de

¹⁹⁰ DINIZ, Maria H. *A Ciência Jurídica*, p. 3: *o conhecimento do Direito necessita do conceito de Direito*. Conforme já relatado anteriormente, só o conhecimento possibilita o conceito, e não é diferente para a Justiça Democrática. Kelsen, por sua vez, afasta não só a Filosofia, mas, toda e qualquer influência de setores de conhecimentos axiológicos, a fim de sustentar um único valor para a Ciência do Direito, que é a norma jurídica implicada num sistema ordenado pelo critério hierárquico da posição em que se localiza a norma, independentemente de outros valores.

Justiça e fundamentar todo o seu sistema lógico de funcionamento do raciocínio jurídico.

Ao introduzir este assunto, nada mais oportuno do que defender inicialmente a idéia da existência de uma Ciência do Direito. É, exatamente o que fez, KARL ENGISH. Com muita prudência, demonstrou que o Direito e a Ciência do Direito são muito próximas mas completamente diferentes. Embora ressaltando a diferença entre eles, exalta a última, na medida em que afirma constituir-se

(...) um privilégio quase exclusivo da ciência jurídica, entre as outras ciências da cultura, o facto de ela não abrir caminho ao lado ou atrás do Direito, mas, antes, poder afeiçoar o Direito mesmo e a vida que nele e sob a sua égide decorre. Havendo uma ciência jurídica, esta há de ser uma ciência prática.¹⁹¹

Como nas ciências naturais é possível afirmar, sem medo de errar, que o som do trovão vem sempre depois do raio (luz), que a chuva enche um aluvião, que um corpo cai pela força da gravidade, são objetos de investigação das ciências da natureza. Em que difere a Ciência Jurídica, das ditas ciências naturais? Ele responde com uma pergunta: *Ora, será que também o jurista nos conduz ao ser, poderá ele convencer-nos da necessidade das leis jurídicas?*¹⁹² No entendimento de ENGISH, a situação vivida pelo mundo do ser, nas ciências naturais, não pode servir de plataforma para a Ciência Jurídica:

Já das leis que regem o Direito e através das quais este impõem o seu domínio se aguarda sempre aquela validade universal que se espera das verdades e das leis da natureza. E ficamos profundamente decepcionados quando não a encontramos.¹⁹³

¹⁹¹ ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 13.

¹⁹² *Ibidem*, p. 15.

¹⁹³ *Ibidem*.

Nada mais correto que esta afirmação, uma vez que o pensamento jurídico apoia-se, fundamentalmente, na idéia de segurança jurídica, ou seja, as leis editadas serão obedecidas e bem aplicadas pelos tribunais, gerando a sensação de Justiça. Entretanto, quando o leigo depara-se com a incerteza do Direito, seja ela manifestada pela jurisprudência ou pelo Direito natural (como bem salientou ENGLISH), resta apenas valorizar a dignidade do pensamento dos juristas, como toda obra intelectual do ser humano, sujeita às falhas e imperfeições. Com efeito, o jusfilósofo alemão traz consigo muito de outro ilustre jurista, o famoso SAVIGNY. KARL ENGLISH, ao que tudo indica, nunca desprezou a metodologia tradicional:

(...)no essencial, porém, parece-me que a metodologia tradicional, tal como se constitui com SAVIGNY e depois dele, forma ainda uma plataforma suficientemente firme em que o jurista dos nossos dias pode confiar como base do seu labor intelectual.¹⁹⁴

A metodologia, de ENGLISH defende a sistematização do Direito. Segundo MARIA H. DINIZ, a *finalidade de sistematização tem sido negada por alguns autores, como por exemplo ESSER, e defendida, com veemência, por outros.*¹⁹⁵

Outro ponto importante e, talvez pouco discutido, defendido pelo autor, é a questão da forma como unidade da ordem jurídica, CLAUS-WILHELM CANARIS, citando a obra de ENGLISH, define a unidade como sendo a referência inicial da defesa desta idéia, ainda que pertença ao domínio da jusfilosofia e da unidade do ordenamento jurídico.¹⁹⁶

¹⁹⁴ Ibidem, p.18.

¹⁹⁵ DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 10.

¹⁹⁶ Vide CANARIS, Claus-Wilheelm. *Pensamento Sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 19.

Antes de iniciar na análise do silogismo formal de ENGISH, não poderíamos deixar de apresentar a essência jurídica que confere direitos e impõe deveres, proposta por ele como centro gravitacional do Direito o que faz dele um autor racionalista dogmático, cujo maior representante foi sem dúvida HANS KELSEN. O mestre ENGISH não perde em importância com seu estudo epistemológico contido na obra *“Einführung in das juristische denken”*, objeto do nosso presente estudo. Trata-se do fundamento do pensamento jurídico. O Direito cria suas próprias realidades e incide sobre o mundo do ser (mundo natural). Isto não significa que ENGISH tenha defendido uma superioridade do dever-ser sobre o ser, apenas constatou que em vários casos a lógica jurídica não acompanha a lógica do ser. Podemos citar com exemplo disto, a qualidade de bem imóvel conferida aos navios, pelo direito brasileiro, embora todos saibam que um navio é um objeto que se move sem ninguém considerar injusta a equivalência, ainda que contrarie uma lei da física. Ou, ainda, em grande parte da história da humanidade em várias sociedades, considerou-se justo negar filiação aos filhos gerados fora do casamento, o que contraria a ciência natural.¹⁹⁷

Tratando-se de raciocínio lógico expresso pela palavra silogismo, é uma dedução formal tal que, colocadas duas ou mais proposições, as premissas, delas resulta uma conclusão, logicamente implicada. Daí, ENGISH adotou, como ponto de partida, que, para o Direito, somente podem haver duas conclusões possíveis de um ato praticado: ele é lícito ou ilícito. Melhor explicando, colocada uma “hipótese legal” o ato praticado deverá estar de acordo ou contra. ENGISH, pois, é um contemporâneo defensor da lógica aristotélica, destacando, no entanto, um conhecimento *a priori* sobre a verdadeira importância de valoração do

¹⁹⁷ Atualmente o direito brasileiro impede a discriminação de qualquer natureza sobre a filiação, o que representa um avanço considerável no campo dos Direitos Humanos.

fato e também da norma. Mas, mesmo parecendo simples à primeira vista, sua teoria complica-se, na medida em que envolve a racionalização das duas premissas - o fato e a norma - para, então, chegar-se à conclusão - lícito ou ilícito.

Resumido, segundo ENGLISH:

a) Norma jurídica: ao enfrentar o problema do conceito da regra jurídica, chega-se ao conceito de norma como regras concretas de dever-se. Segundo o autor: *na vida moderna é efectivamente a lei que em primeira linha nos informa competentemente sobre o concreto dever-ser jurídico.*¹⁹⁸ E, a partir desta afirmação, levanta o problema da epistemologia do Direito: *Logo, vemo-nos obrigados a relacionar a vida com o Direito. Como é que isto se processa? Esta questão conduz-nos diretamente ao problema do pensamento jurídico.*¹⁹⁹

ENGLISH, como KELSEN, destaca a importância do princípio da legalidade. Distancia-se porém do grande mestre da *Teoria Pura do Direito*, posto que exclui de seu pensamento uma concepção puramente positivista-normativista, de caráter eliminativista, dando uma versão redutora uma vez que inclui a equidade em seu sistema, dizendo que:

(...)os atos da Justiça e da Administração devem moldar a vida da comunidade estadual segundo pontos de vista de prática utilidade e de **equidade**, inclusive, pois, segundo um critério discriminado ou de **livre estimativa**. Em todo o caso, a lei ocupa uma posição decisiva nas decisões da Justiça e da Administração. Muitas vezes ela dita-lhes mesmo o seu exacto sentido.²⁰⁰

b) A premissa menor e a premissa maior A premissa menor corresponde ao fato juridicamente implicado pela premissa maior que é a norma jurídica. A função do juiz deve ser de subsumir o fato à norma jurídica que lhe

¹⁹⁸ ENGLISH, Karl, op. cit., p. 77.

¹⁹⁹ Ibidem.

²⁰⁰ Ibidem. O grifo é nosso.

parece apropriada para concluir pela licitude ou ilicitude. Dessa forma, não poderia o autor acolher a *absolutio ab instantia* por razões de ordem humanitária, principalmente no âmbito penal. O juiz tem o dever de verificar *in concreto*, tanto o lícito e o ilícito, quanto a correspondente consequência jurídica. Portanto, *a premissa menor é o nervo que veicula até ao caso concreto as idéias jurídicas gerais contidas na lei, que o mesmo é dizer, na premissa maior, e desse modo torna possível a decisão do mesmo caso em conformidade com a lei.*²⁰¹ Tentando explicitar melhor podemos dizer que a valoração do fato contido no caso concreto mediante implicação lógica de uma norma jurídica, já seria um processo dedutivo típico do silogismo. Afirmações posteriores nos conduzem inevitavelmente ao cerne da sua metodologia, como a premissa maior jurídica, com a qual se combina a menor. Ela própria, por seu turno, é o resultado de uma penetrante atividade do pensamento jurídico, cada vez que buscamos o Direito através de deduções feitas a partir da lei e com fundamento nela. Segundo ENGLISH, podemos mesmo dizer que o que se chama de **metodologia jurídica** tem por objeto, em primeira instância, a obtenção da premissa maior jurídica, já que a subsunção contida na premissa menor nos remete a uma **interpretação** da lei e, dessa forma, a uma atividade mental realizada em torno da premissa maior. O silogismo jurídico descarta qualquer hierarquia entre as duas premissas. Existe uma diferença que reside, fundamentalmente, na lógica: enquanto a premissa maior é um juízo hipotético a premissa menor pressupõe um juízo concreto. Há implicação lógica da primeira sobre a segunda, sem que haja prevalência hierárquica. A discussão sobre as premissas conduziram ENGLISH à interpretação das normas jurídicas.

²⁰¹ Ibidem, p. 115.

c) Interpretação das normas jurídicas: Os dois princípios fundamentais da teoria da interpretação do autor são: a unidade do ordenamento jurídico e sua correspondente sistematização. KARL ENGISH prioriza a aplicação da interpretação sistemática, que ele chama de técnica, sem eliminar a importância das interpretações teleológica, valorativa e dos princípios. Sobre a unidade do Direito, é possível dizer, recorrendo às lições de CANARIS, que ela não representa mais do que a realização da **tendência generalizadora da Justiça**. Estamos, nesse ponto, de acordo com CANARIS:

Longe de ser uma aberração, como pretendem os críticos do pensamento sistemático, a idéia do sistema jurídico justifica-se a partir de um dos mais elevados valores do Direito, nomeadamente do **princípio da justiça e das suas concretizações no princípio da igualdade e na tendência para generalização.**²⁰²

O pensamento de KARL ENGISH inspira-se na teoria subjetivista, da qual fazem parte SAVIGNY, WINDSCHEID, STAMMLER, dentre outros. Um dos fatores que levaram-no a aceitar essa teoria foi a forma clara como SAVIGNY resolveu o problema da interpretação restritiva e extensiva. Eliminou a figura do *juiz autômato*, concepção que, segundo ele, teve seu apogeu no iluminismo. O mestre de Giessen abriu caminho para os chamados “*topois*”, ou seja, conceitos jurídicos indeterminados, cujos conteúdos dependem de uma *referência a valores*. E como KARL ENGISH, defensor da segurança jurídica, conciliou a existência de conceitos jurídicos indeterminados (contidos na norma) e da teoria subjetivista da interpretação (da qual foi defensor) com o Estado de Direito?

d) ENGISH e o Estado de Direito: após defender a discricionariedade na hipótese legal e levá-la para dentro do ordenamento jurídico, ENGISH viu-se

²⁰² CANARIS, op. cit., p. 22. O grifo é nosso.

obrigado a explicar o seu conceito de Estado de Direito, uma vez que os seus críticos poderiam, caso ele não apresentasse uma resposta convincente, atacar toda a sua teoria do pensamento jurídico, acusando-a de não se revestir de Justiça. Para ENGLISH, o que importa mesmo é a convicção pessoal de quem decide que deve enquadrar-se em um *espaço de jogo* e para que a decisão seja sempre a mais *justa*²⁰³ transportando a solução do limite da discricionariedade para a hermenêutica jurídica. Neste ponto, não nos pareceu suficientemente fundamentada a idéia de Estado de Direito, subordinada a um *certo espaço de jogo*, cujo verdadeiro problema não é enfrentado de frente pelo autor, uma vez que ele transporta a solução do limite da discricionariedade para a hermenêutica jurídica. Se, ao menos, tivesse ele trazido indicadores políticos do Estado de Direito, como por exemplo, faz BOBBIO, em um de seus valorosos textos, onde discute o problema secular do *governo dos homens* ou *o governo das leis*.²⁰⁴

e) *Lacunas normativas* : a idéia de sistema não acolhe qualquer possibilidade de lacuna jurídica (no sentido de lacuna do Direito). O *direito aplicado*, porém, mencionado enquanto decisão do tribunal, muitas vezes aparece com característica *jurídico-integradora*, como denominou ENGLISH. Como conciliar as falhas ou faltas de conteúdo de regulamentação jurídica que aparecem no Direito positivo, seja ele legislado ou consuetudinário? Em que medida a situação acima coloca em risco a unidade do ordenamento jurídico? ENGLISH, em nossa opinião, não resolveu de forma precisa em sua teoria este inevitável conflito, mas lançou a idéia da *integração do Direito*, posto que para ele as lacunas não passam de *deficiências do Direito positivo*.²⁰⁵ O autor tenta superar o problema

²⁰³ ENGLISH, Karl, op. cit., p. 227-228.

²⁰⁴ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*, p. 151-171.

²⁰⁵ ENGLISH, ob. cit., p. 279

limitando a possibilidade da existência, da lacuna *de lege lata* como deficiência suprível pela função *jurídico-integradora* que ele mesmo criou, para deixar o seu sistema jurídico de pé e manter a unidade e completude do ordenamento jurídico. Em defesa da plenitude do ordenamento jurídico, KARL ENGISH invoca KANT, para, então, afirmar que

(...) a plenitude da ordem jurídica pode ser mantida como uma idéia regulativa, como um princípio da razão que, enquanto regra, postula o que da nossa parte... deve acontecer, e não aceita o que no objeto... nos é apresentado como um dado em si (KANT, Kritik Der Reinen Vernunft, Tranz. Dial. Livro 11, 2ª parte, secção 8ª). O que de nós se exige é que, segundo as nossas forças, a todas as questões jurídicas respondamos juridicamente, que colmatemos as lacunas do Direito positivo, na medida do possível, através de idéias jurídicas.²⁰⁶

Em relação à unidade do ordenamento jurídico, o autor levanta a questão da decisão *contra legem* e, em suas justificativas supralegais, ventila a possibilidade de o Direito natural desempenhar o papel de Direito suprapositivo. Mas conclui negando a idéia de jogar o Direito contra a lei.

f) A importância da Filosofia do Direito : o surpreendente desfecho da obra de ENGISH, muito bem explorado pelo autor, consiste num corte epistemológico que sofre a sua metodologia lógico-sistemática do Direito, deixando espaço suficiente para que a jusfilosofia descubra o fundamento do Direito. Ele próprio afirma que, com isto, não estaria afirmando que a lei é o campo de investigação do jurista e o Direito dos jusfilósofos. E, de uma forma até humilde, comenta que outras metodologias são muito mais sérias e devem ser respeitadas, como é a Case Law. Embora ele não o faça explicitamente, refere-se, sem dúvida, ao conceito de Justiça dos anglo-saxões. ENGISH, na verdade, esclarece que *esse título pretende apenas sugerir que a relação entre Lei e Direito num determinado ponto se transforma num problema e num tema*

²⁰⁶ENGISH, op. cit., p. 309.

*vincadamente filosófico-jurídico.*²⁰⁷ Como grande autor que foi, demonstra claramente nesta obra que a metodologia utilizada em seus primeiros capítulos não pode ser utilizada para a ontologia e muito menos para a axiologia do Direito, sendo, segundo ele, uma obra epistemológica. A teoria da tópica de VIEHWEG foi bem lembrada por ele, aproximando-o de uma contribuição semiótica: *Se se vai tão longe, então verifica-se obviamente uma profunda interligação da Tópica e da metodologia jurídica tradicional (tal como ela é tratada nesta Introdução).*²⁰⁸

Como sua preocupação fulcral é a maneira como o juiz deverá aplicar o Direito, a tópica depende de um outro sistema, que denominou *sistema de valores*, citando os direitos fundamentais como simples “topoi”, citando LARENZ e CANARIS, disse que,

de uma maneira ainda mais geral, como também LARENZ e CANARIS realçaram, num Estado de Direito com o princípio da legalidade a reger a justiça e a administração, para a seleção, valoração e ponderação dos **topoi**, vemo-nos remetidos para os métodos de interpretação da lei, etc., pelo Tópica e hermenêutica tradicional se encontram de novo. Sem dúvida que, nos casos em que ao juiz e ao agente administrativo são deixados **espaços de jogo** para a aplicação de conceitos, preenchimento de lacunas, complementação do direito, chega-se eventualmente ao ponto em que entram em cena **pontos de vista** materiais que ultrapassam a lei e para cuja busca é competente a Tópica.²⁰⁹

Onde, portanto, o pensamento do jurista tem que procurar e buscar a Filosofia do Direito? A resposta do autor, nesse ponto, tende a estabelecer, definitivamente, duas versões de raciocínio: uma *metódica jurística* e a outra *metódica filosófica* quando se afasta de KELSEN, seu contemporâneo, a quem não faz uma mínima referência crítica. É como se ele tivesse ignorado KELSEN. A diferença entre eles fica patente através de uma conduta kelseniana que vem

²⁰⁷ Ibidem, p. 381.

²⁰⁸ Ibidem, p. 384.

²⁰⁹ Ibidem, p. 385. O grifo é nosso.

acentuar o dualismo kantiano pela proposta eliminativista de negação da Justiça no sistema de Direito, enquanto que a postura relativista de ENGLISH acaba admitindo a Justiça no interior de seu sistema lógico, relativizando o dualismo, uma vez que a Ciência e a Filosofia do Direito de certa forma (principalmente, pela admissão da equidade), encontram a Justiça, para ela convergindo, ora como fundamento, ora como essência, obtendo uma integração, que enriquece o assunto, enquanto que KELSEN, radicalizando o dualismo, subtrai argumentos que acabam por não explicar as razões verdadeiras de sua *purificação do Direito*.²¹⁰

Mais uma vez, KELSEN, como é sabido, realiza, em *Teoria pura do Direito*, a delimitação objetiva do estudo do Direito a partir de critérios puramente jurídico-normativos. Foi a chamada purificação da Ciência do Direito, que é, muitas vezes, confundida erroneamente com a purificação do próprio Direito. Ora, a palavra Direito, é muito ampla e não corresponde à Ciência Jurídica. Esta última, reserva-se, como a toda e qualquer ciência, a escolha de sua própria metodologia. No entanto, a crítica contundente sobre KELSEN é que quando elege o juiz como autêntico intérprete da lei submete-o totalmente aos princípios de sua teoria, ao contrário, não deixa claro a liberdade do magistrado na hora de decidir de forma justa. ENGLISH o vê de outra maneira, para quem a liberdade de decidir deve assumir forma tópica, enquanto que o outro estabelece um sistema dinâmico e fechado, em que prevalece o critério hierárquico das normas jurídicas.

²¹⁰ A aversão de Kelsen a esta duplicidade platônica é, assim, por ele descrita: *Platão expressa um dualismo pessimista mais extremo que qualquer outro aventado por um gênio que desprezava a natureza e a ciência natural. É extremo porque nega a possibilidade da ciência empírica e proclama como único objeto da cognição verdadeira o que se encontra além da experiência. Ao mesmo tempo, ele está obviamente tentando preencher de alguma maneira o abismo entre os dois mundos por meio da introdução de um meio-termo – uma mediador para a oposição implacável desses produtos da especulação dualista. Essa doutrina da metaxý surge em muitas formas, mas é sempre o sintoma de um abandono do dualismo pessimista por uma postura que reconhece também a realidade do mundo empírico.* (KELSEN, Hans. *O Que é justiça*, p. 85).

No entanto, os dois têm em comum o fato de não aceitarem o sincretismo metodológico entre a Ciência do Direito e a Filosofia do Direito.

No limiar deste domínio se detém, por isso, a presente introdução ao Pensamento Jurídico - não por ventura motivada pela opinião de que a filosofia do direito não interessa ao jurista, mas antes bem compenetrada do conceito de que existe uma repartição de competências entre a metódica jurídica e a metódica filosófica que o teórico do direito consciente deve respeitar.²¹¹

Autores como ENGLISH, KELSEN e CANARIS foram motivados sempre pela busca da segurança jurídica. Sua escolha pelo método sistemático de explicação para o ordenamento jurídico envolve diretamente as respectivas concepções iniciais que estabelece a diferença entre o Direito e a Ciência do Direito. Uma das hipóteses de ENGLISH, includente e deveras importante, é a valoração dos princípios do Direito obtidos na segunda, afastando-se definitivamente do *psicologismo*.²¹²

Estes autores, a partir das distinções kantianas, reforçam a tese do surgimento de uma Filosofia cognitiva no interior da Filosofia analítica, separando a Justiça (incluída no Direito, segundo ENGLISH) da Ciência do Direito, que pode, apenas, demonstrar a forma como o Estado pratica a Justiça na conformidade de suas leis (enquanto modalidade de ciência descritiva). Uma coisa, portanto, é aceitar a sistematização das práticas de Justiça, obtidas através da Ciência do

²¹¹ Ibidem, p. 387.

²¹² DUPUY, Jean-Pierre. *Nas Origens das ciências cognitivas*, p. 116: *Um instante de reflexão mostra que estas razões não explicam nada. As razões que a filosofia tinha para se separar da psicologia e, de um modo mais geral, das ciências da natureza, para levar adiante sua investigação sobre a validade objetiva dos conhecimentos e a legitimidade mesma de uma ciência da natureza – essa investigação inaugurada por Kant e que ele chamou de ‘transcendental’- , essas razões, portanto, eram de princípio, e perfeitamente independentes do estado de avanço das ciências empíricas. A investigação transcendental sobre o teor de verdade dos conhecimentos não é o limite de uma investigação factual sobre a gênese efetiva desses mesmos conhecimentos quando a precisão e a confiabilidade dessa pesquisa tendem ao infinito. Para dizê-lo de outro modo: o quid juris não é o limite de um quid facti, uma questão de direito não pode receber o mesmo tipo de resposta de uma questão de fato, o dever-ser não é redutível ao ser.*

Direito, outra, incabível é a de aceitar uma solução de inteligência artificial: que através da Ciência do Direito fosse possível praticar Justiça, o que não é, de maneira alguma, uma solução kantiana. Não existe e nunca existirá, uma saída cibernética para o Direito, e muito menos para Justiça. O que ocorreu com estes autores e tantos outros adeptos de uma Filosofia analítica, principalmente KELSEN, só pode ser definido como um resultado negativo, uma vez que suas intenções de eliminarem totalmente as crenças, os desejos, as sensações e tudo o que provenha da mente, em benefício de uma Ciência do Direito pura, sempre encontram uma barreira insuperável na Justiça. Suas diferentes formas de “neutralizar” o Direito são expressões de materialismo que, por causa da relatividade da Justiça, oscila e cria instabilidade constante na defesa de teses puramente eliminativistas, como *Teoria pura do Direito*, de KELSEN. Já ENGLISH, na *Introdução ao pensamento jurídico*, admite o relativismo, razão pela qual sua obra foi menos atingida pelas críticas do que a de KELSEN.

Os positivistas justificam o desvio da Justiça para o campo da Filosofia cognitiva, para afirmar a existência de uma norma hipotética fundamental e a indeterminação que a escolha hermenêutica possibilita. Apesar de KELSEN não concordar, em hipótese alguma, com isto – é uma posição que torna suas teorias científicas versões dualistas, sem que o pretendessem explicitamente. KELSEN defende o monismo do Direito. Entretanto, uma vez que é impossível não estar a Justiça contida no Direito, ou vice versa, é o suficiente para concluir que uma forte carga ideológica se apresenta na leitura de seu feito, o que os padrões da purificação do Direito, que seria, segundo ele, regida pela Filosofia analítica e não pela Filosofia cognitiva. É como se a mente pudesse ser separada do cérebro, como se uma decisão jurídica fosse produzida através de inteligência

artificial, como programas independentes das máquinas, num esforço eliminativista que isola a mente do cérebro.

Para ilustrar a inevitável e aceitável integração, que tornará possível a Justiça Democrática, mostra-se o exemplo de como os comportamentos são valorados com carga de justiça ou de injustiça, constantemente questionados e julgados como vivências psíquicas, com propriedade do ser intencional. Portanto, a Justiça (contida como intenção do Direito) é um objeto imanente.²¹³

Com a devida *venia*, conclui-se que a obra de SANTO AGOSTINHO, expressaria, sempre, o Direito como ideologia, por submetê-lo por inteiro à Justiça cristã (fé em Deus, divindade justa por excelência). Muito próximos, deste pensamento estiveram SÓCRATES e PLATÃO que, muito antes do cristianismo, praticamente submeteram o Direito à representação de uma divindade grega, naturalmente imparcial e justa (expressão de valores). Ao contrário disto, como quem reconhecendo as imperfeições desta posição, a leitura de ARISTÓTELES (que neste aspecto diverge dos dois gregos), teria influenciado TOMÁS DE AQUINO²¹⁴ (esta é uma diferença entre a escolástica – de AQUINO -, e a patrística – de Santo AGOSTINHO) a formular a separação entre o objeto real e o objeto intencional, tendo os positivistas, mais tarde, com base nesta separação, afirmado que a Justiça (produzida na mente) é objeto intencional e o Direito (norma jurídica) é objeto real, a Ciência do Direito não estaria pois apta a estudar

²¹³ Ainda, segundo DUPUY, op. cit., p. 127: *Todas as palavras, aqui, são ciladas em potencial. 'Intencional', como lembra Brentano, é uma termo escolástico utilizado, por exemplo, por Tomás de Aquino no sentido de 'mental', por oposição a 'real'. No objeto real, ou seja, situado fora da mente, a forma está unida à matéria; o objeto 'intencional', por sua vez, só está presente por sua forma. Inexistenz ('inexistência') vem do latim in-esse, que significa 'estar no interior de'. O contrasenso seria aqui, evidentemente, compreender 'inexistente' como significando 'não existente'. O objeto para o qual tende a mente (sua intenção) situa-se no interior da mente; eis aí por que a sua presença é 'imanente'.*

²¹⁴ Vide VECCHIO, Giorgio Del, op. cit., p. 65: *A sua obra mais importante e conhecida, a Summa Theologiae, compêndio **sistemático** do saber do seu tempo(...)* (Grifo nosso).

a Justiça. A Filosofia do Direito estuda este objeto intencional, separando Justiça e Direito. O que não põe fim à polêmica! Como defender esta redução ou, até, a eliminação positivista se a Justiça é um objeto imanente contido no Direito? Ora, se a própria Filosofia cognitiva, base atual dos estudos sobre a Justiça, foi gerada no útero de uma Filosofia analítica - base dos estudos do Direito (para os positivistas), - não vislumbramos a possibilidade de uma separação completa, uma eliminando a outra.

Ademais, fica a pergunta: o que se deve entender por ideologia? E, conseqüentemente, por ciência? Será que toda esta imparcialidade que se espera com a neutralização de valores contidos nos objetos intencionais é suficiente para distinguir a ciência da ideologia? Ora, é bem comum se discutir os limites éticos da ciência, como também é comum afirmar que as ciências sociais não passam de ideologia amparada por um método, no presente caso o sistemático, aplicado ao Direito.

Em sentido radicalmente contrário aos positivistas, ecoam vozes, como a de NÓBREGA DE ARAÚJO:

1^o - Afirmando e sustentando que a Idéia de Sistema e de Ordenamento no Direito é uma escuridão total no espírito dos juristas, e que isto propicia a matematização do Direito.

2^o - Afirmando que o Direito é uma lógica, em si mesmo, razão pela qual não necessita de nenhuma outra lógica.

3^o - Afirmando e sustentando que o Direito tem um sentido axiológico e entelequial, e que a **Justiça é a enteléquia do Direito**;

4^o - Afirmando e sustentando a tese de que o Direito corresponde a uma lei de necessidade universal. Platão concebeu a lei da necessidade universal pertinente a Matemática, e o que ela representa para o Homem. Seguindo o ensinamento de Platão, comecei a pensar, faz muito tempo, que a Matemática e o Direito são criações do espírito humano, decisivas para o destino do Homem, capazes, a primeira de assegurar a afirmação do Homem no mundo, e a segunda, a coexistência e a sobrevivência da sociedade humana.

Cheguei à conclusão de que o Direito corresponde a uma lei de necessidade universal, pela seguinte razão, e, neste ponto, a lição de Aristóteles já havia fecundado minha cerebração: a sociabilidade do Homem, sem a qual não seria possível a sobrevivência da sociedade humana.

Então, comecei a raciocinar sobre o caráter científico do Direito e **cheguei à conclusão de que o Direito não é Ciência**, como deseja a vaidade, tola e sem fundamentação filosófica e lógica, de muitos juristas; a cientificidade do Direito consiste no fato de que ele corresponde a uma lei de necessidade universal.²¹⁵

Para acentuar o isolamento, cada vez maior, de pensamentos que seguem a linha contrária às teorias dos sistemas, não foram somente as proposições sistematizadoras das ciências exatas que repercutiram no Direito. Nos domínios das ciências biológicas, em meados dos anos setenta a teoria da *autopoiesis* reafirma a sistematização do Direito.²¹⁶

Ao pensamento legalista, cabe, antepor uma crítica idealista. Recorremos a crítica formulada por CLAUDIO DE CICCIO, que ao estudar GIOELE SOLARI, observa que existe um certo modo de distinguir entre Justiça e Direito na medida em que o Direito é o conjunto de textos legais que está a serviço do individualismo e do racionalismo. Não se pode portanto, confundi-lo com o justo:

Ora, tal consciência é uma decorrência de uma distinção primeira entre Direito e Justiça, pois se para ele o Direito fosse sempre justo, porque o legal se confundiria com o justo, então seria impossível falar numa ideologia individualista ou historicista ou socialista penetrado o Direito

²¹⁵ ARAÚJO, Vandyck Nóbrega de. *Idéia de sistema e de ordenamento no direito*, p. 59. O grifo é nosso.

²¹⁶ Vide TEUBNER, Gunther. *O Direito como sistema autopoietico*, p. 94: *sistemas sociais (entre os quais o direito) que têm ao seu dispor mecanismos (de comunicação) próprios para a compreensão do mundo e para auto-reflexão. Aqui reside uma das mais importantes inovações da teoria dos sistemas, que a torna tão importante, em particular para o direito: o direito de modo algum se pode reconduzir àquele que é produzido pela consciência dos juristas, sendo antes o produto de uma realidade emergente – a comunicação jurídica auto-realizada. As normas jurídicas não constituem fenômenos físicos, nem fenômenos sócio-psicológicos no sentido de representarem consensos das consciências dos actores envolvidos, mas verdadeiramente fenômenos sociais cuja realidade reside na circunstância da sua própria comunicação. A ‘realidade’ jurídica não constitui a parcela ‘jurídica’ da realidade social, nem se reduz à mundividência particular do jurista: representa antes uma construção de um mundo tal como ele acede à sua existência, através das limitações(e oportunidades) próprias do jogo comunicativo-jurídico. A ‘realidade jurídica’ distingue-se assim da consciência e da mundividência de um jurista em dois aspectos: constitui uma construção social e não psíquica (isto é, representa o resultado de comunicações), e uma construção social altamente selectiva, já que ganha a sua própria existência no seio de um sistema social autónomo, o hipercíclicamente organizado sistema jurídico.*

Privado. Exatamente porque não confunde Direito e Justiça, não mistura a finalidade do Direito com a da Justiça. Para ele, como se depreende de sua trilogia e de sua obra *La Formazione Storica e Filosofica dello Stato Moderno*, o Direito, enquanto tal, tem uma finalidade clara: estruturar, institucionalizar a sociedade segundo convivências, historicamente explicáveis, dos detentores do poder, no que Solari coincide perfeitamente, neste ponto, com a visão do Marxismo ortodoxo de Labriola, insistindo em ver sempre um *desideratum* ideológico por trás das conquistas jurídicas, que para ele nunca são da Humanidade, mas de uma classe. Daí condenar qualquer possibilidade de uma interpretação social do pensamento de Kant ou de Rosmini.²¹⁷

CLAUDIO DE CICCIO prossegue:

De modo que, por sua formação, Solari jamais aceitaria separar o jurídico do metajurídico, como fez Kelsen, sobretudo com a Teoria Pura, destinada a purificar o Direito das interferências da Sociologia, da Psicologia, da Economia, e não evidentemente para criar uma impossível teoria do Direito Puro(...) Pois bem, Gioele Solari foi cego para o problema da pureza do estudo das normas jurídicas, com os olhos bem abertos para a realidade social e para a historicidade do Direito.²¹⁸

O que fica nitidamente demonstrado é a dificuldade de se colocar um ponto final nesta questão.²¹⁹

Mas, uma coisa já está evidente. Quando tratamos das condições transcendentais, um sentimento de Justiça fixa-se na consciência humana, por força própria e imanente, porque existe algo além da razão, que sustentamos como sendo a fé na Justiça. No entanto, não é somente isso que importa à Justiça. O ser humano precisa aceitar a Justiça como ideologia ou ciência, o que

²¹⁷ CICCIO, Cláudio de. *Uma Crítica idealista ao legalismo*, p. 193-194.

²¹⁸ *Ibidem*, p.224.

²¹⁹ LEBRE, Eduardo, *op. cit.*, p. 14-15: *O ordenamento jurídico constitui-se em sistema na medida em que suas normas não sejam incompatíveis. Em outras palavras, o Direito não tolera antinomias. Assim, BOBBIO, jurista italiano, muito influenciado por ALF ROSS, estabelece o sentido de coerência entre as normas jurídicas, mostrando como caminho as soluções interpretativas para eliminação das antinomias, ou seja, a resolução das possíveis incompatibilidades entre as normas de um ordenamento jurídico que, dessa forma e somente por este motivo, torna-se um sistema. Uma análise mais detalhada será feita no próximo item, cumprindo dizer, por ora, que a idéia do sistema dinâmico de normas, formulado por KELSEN, não é uma antítese do conceito de sistema formulado por BOBBIO, pois o jurista italiano, pelo contrário, tem como ponto de partida o positivismo jurídico kelseniano, divergindo do grande mestre da jusfilosofia, no tocante à rigidez do critério, puramente formal, que estabelece a validade do sistema de normativo.*

depende de uma escolha e, portanto, não pode ser conhecida por uma formulação teórica. Cabe à teoria, porém, uma forma de identificar os possíveis critérios desta escolha. Diante da obrigação teórica, os critérios da vontade podem consistir em: I - aceitar, sobretudo, o discurso científico-dogmático, que se apresenta para os positivistas como a “verdade”, daí decorrendo que, a Justiça, muitas vezes, é confundida com essa “verdade”, passando a ser uma espécie de concretização da “verdade” enquanto Justiça que somente a Ciência do Direito produz; ou, ao contrário, II – escolheram a Justiça como *enteléquia*²²⁰ do Direito, caso em que a Ciência do Direito representa uma potencialidade que torna esta “verdade” abstrata, enquanto que a Justiça passa a ser a realidade concreta, podendo julgar, inclusive, o próprio Direito.

Parece-nos ser mais moderada a posição de ENGLISH: na medida em que a Ciência do Direito existe como atividade reservada aos juristas, ou seja, (como a escola histórica já a denominou) *direito dos juristas*, sustentado por suas próprias regras, a Justiça permite-nos condutas regidas pelas regras contidas na Política e no Direito. É uma verdadeira manifestação de interdisciplinariedade, por não envolver apenas o Direito, como pretende Kelsen. O estudo do processo da Justiça Democrática, mostrará a possibilidade e a importância de coexistência do relativismo de ENGLISH que associa o Direito e Política, criando, assim, uma situação sempre aberta aos valores sociais mais amplos. Ao exercer suas próprias influências valorativas sobre a Justiça Democrática, fornece-nos um processo amplo de conhecimento, antes de chegarmos a sua universalização através do conceito.

²²⁰ *Enteléquia* é a palavra, em língua portuguesa, que vem designar uma realidade plenamente realizada ao contrário de uma potencialidade de realização. Em italiano, *entelechia*.

5.3. Direito e Política em busca da Justiça Democrática.

Através da solução ontognoseológica, pode haver a possibilidade de se escapar do dilema apontado por CLAUDIO DE CICCIO. Consideradas as hipóteses aventadas para a Justiça Democrática, não há fragmentação razoável da idéia individual do que seja o justo e da posição do Estado sobre a Justiça. O autor recomenda, a teoria de SOLARI, onde se identifica uma *tensão contínua entre a vida social e a norma jurídica*²²¹, que pretende demonstrar que a saída para a proposta de separação entre o jurídico e o metajurídico, acaba sendo a ontognoseologia. A meta é encontrar uma saída teórica que não faça a opção por um só daqueles dois movimentos : da vida social e da norma jurídica. Para tanto, uma vez estabelecidos alguns critérios do Direito resta nos levantar a questão da Política, para estarem descritos de que forma o conjunto de fatores sociais demarcam a orientação da Política, e, também, de que forma a Ciência Política é capaz de trazer respostas aos problemas da Justiça. É um ponto, que BERTRAND DE JOUVENEL, deixa claro: *o que caracteriza um problema político, é o facto de nenhuma resposta convir aos seus termos.*²²²

Num outro ângulo PAUL RICOEUR estabelece uma nítida diferença entre Direito e Política: o primeiro seria de índole pacificadora, enquanto a segunda teria natureza bélica:

Com efeito, na Escola Nacional da Magistratura eu encontrava o jurídico sob a figura precisa do judicial, com as suas leis escritas, os seus tribunais, os seus juizes, o seu cerimonial processual e, coroando o todo, o pronunciamento da sentença, onde o direito é aplicado nas circunstâncias de uma causa, de um assunto eminentemente singular. Foi desta forma que fui levado a pensar que o jurídico, apreendido sob os traços do judicial, oferecia ao filósofo a oportunidade de reflectir sobre

²²¹ CICCIO, Claudio de. *Uma Crítica idealista ao legalismo*, p. 226.

²²² JOUVENEL, Bertrand de. *Teoria Pura da política*, p. 321.

a especificidade do direito, no seu lugar próprio, a meio caminho entre a moral (ou a ética: a nuance que separa as duas expressões não é importante neste estágio preliminar da nossa reflexão) e a política. Para dar um tom dramático à oposição que aqui estabeleço entre uma filosofia política onde a questão do direito é ocultada pela obsessão da presença incoercível do mal na história, e uma filosofia onde o direito seja reconhecido na sua especificidade não *violenta*, *proponho-me dizer que a guerra é o tema lancinante da filosofia política, e a paz o da filosofia do direito.*²²³

Entretanto, para a construção do conceito da Justiça Democrática, de nada vale a discussão das teorias descritas acima se não forem quando acompanhadas de um propósito legítimo, que atenda, no mínimo, os direitos fundamentais e as garantias inalienáveis da pessoa, o maior avanço da humanidade em termos de conquistas políticas. Contrariam, sobremaneira, as concepções modernas de sustentação a qualquer custo, principalmente dos Estados, as teorias elaborada por MAQUIAVEL e por HOBBS. Ou aceitando a questão da Justiça como uma verdade geral, como adverte AQUINO, seria subordiná-la ao Direito natural enquanto vontade sobrenatural de Deus, interpretada pelo cristianismo. Este Direito divino portanto nunca seria contraditoriamente injusto, porque o Deus cristão é sempre justo. Ou, ainda, a complexa confirmação de um sistema de Direito que dinamicamente ordena as normas jurídicas (teoria do ordenamento jurídico, sustentada pelo Círculo de Viena), cujo método exclui a Justiça, por que ela é um valor e carece de uma explicação do seu fundamento último, o qual KELSEN chamou de norma hipotética fundamental, sem, contudo, mensurar-lhe um valor que envolvesse a Justiça do seu sistema fechado aos valores. Entendemos, então, que estamos diante de um triplo equívoco!

²²³ RICOEUR, Paul. *O Justo ou a essência da justiça*, p. 9.

Todos estes casos, embora sejam pensamentos profundamente divergentes entre si, contêm tanto uma omissão quanto uma obscuridade, em relação à Justiça. Devemos sempre julgar de acordo com as leis escritas? É previsível uma resposta única nas três correntes acima mencionadas, nem sempre uma lei escrita representa a Justiça.

Por exemplo, para KELSEN, se uma lei apresenta-se em desacordo com as regras impostas pelo sistema jurídico poder-se-ia invocar tanto sua ilegalidade quanto sua inconstitucionalidade (dependendo da hierarquia da norma jurídica atingida), estes dois vícios que, sendo insuperáveis para o jusfilósofo, seriam suficientes para subsidiar o julgamento de um magistrado, quando uma injustiça causada está evidente. O juiz se vê, assim autorizado por um valor-de-justiça, puramente analítico, derivado do determinismo kelseniano, ao julgar inaplicável uma lei escrita em nome da unidade do ordenamento jurídico.

Por sua vez, TOMÁS DE AQUINO, explica o indeterminismo do Direito natural, através de uma teologia que está acima da lei escrita. Se a disposição legal for contrária ao jusnatural, a lei não tem a força para obrigar o julgamento favorável do juiz; o que AQUINO chamou de corrupção da lei em face da hierarquia do Direito natural.

Os defensores do absolutismo monárquico, por outro lado, nunca admitiram o descumprimento de uma lei escrita, por que a vontade do soberano era a vontade da lei. Quando ela fosse descumprida estaria colidindo com a própria vontade do soberano que representava os interesses de segurança nacional, necessários para a estabilidade e a manutenção do Estado, assim, tanto o Direito como a Justiça eram o próprio soberano. Entre estas escolas, desenvolvidas em fases diferentes da história, estão a teoria político-ideológica da

Justiça, de MAQUIAVEL e HOBBS; a teoria de AQUINO, teológica² da Justiça e, o positivismo jurídico de KELSEN, a maior expressão de uma teoria científica do Direito. No entanto, nenhum deles estava absolutamente certo, pois, as suas teorias, de uma maneira ou outra, deram espaço à incoerência, ora negando e ora afirmando a existência da Justiça. Acabaram anulando a Justiça por sustentarem sua subordinação primária a um único valor, com o valor transcendente do Estado, Deus e a Ciência, respectivamente.

KELSEN, foi vítima de inúmeras críticas por ter reduzido o objeto jurídico à norma. Segundo TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ:

Kelsen foi continuamente acusado de 'reducionista', de esquecer as dimensões sociais e valorativas, de fazer do fenômeno jurídico uma mera forma normativa, despida de seus caracteres humanos.²²⁴

Mas ao mesmo tempo o justifica, esclarecendo que:

Sua intenção, no entanto, não foi jamais a de negar os aspectos multifaciais de um fenômeno complexo como é o direito, mas de escolher, dentre eles, um que coubesse autonomamente ao jurista. Sua idéia era a de que uma ciência que se ocupasse de tudo corria o risco de se perder em debates estéreis e, pior, de não se impor conforme os critérios de rigor inerentes a qualquer pensamento que se pretende científico.²²⁵

Nossa crítica se faz, quando afirmamos que a Justiça Democrática admite o pluralismo de fontes para a superação das divergências sobre o justo e o injusto, exatamente, para garantir a satisfação do ser humano em seus dois aspectos mais relevantes, a fé na Justiça e a razão da Justiça. A Justiça Democrática, neste aspecto, está próxima da essência das coisas, o que nos leva

²²⁴ FERRAZ JUNIOR, Tércio S. *Por que ler Kelsen, hoje*, p. 12.

²²⁵ *Ibidem*.

a uma corrente oposta a de KELSEN, pois, o justo não ficou reduzido ao legal. Ou seja, a noção de justo ou injusto não se confunde com a de lícito ou ilícito, pelo menos, na universalização da Justiça Democrática.

O importante, pois, a uma teoria da Justiça é evitar uma finalização radical que leve à postura negatória. O reconhecimento de que existe uma grande dificuldade em harmonizar o caos coletivo que a produção de vários conceitos individuais de Justiça acarreta na sociedade, sendo que a ampla aceitação disto é o primeiro passo para entender a Justiça Democrática. Qualquer convicção política que esteja alijada da prática de direitos e deveres, acentua o caos coletivo e acirra as divergências entre os detentores de algum poder residual, em determinado espaço e tempo, elementos que estão sempre relacionados com o poder, enquanto se apresentarem como integrantes da necessidade de se estabelecer as funções primeiras do Estado aptas a garantir a liberdade e a igualdade, como partículas integrantes das condições positivas da Justiça Democrática, em estabelecer-se o controle do poder como ordem de grandeza das condições funcionais da Justiça Democrática e a estabilidade e a equidade, como princípios universais da Justiça Democrática.

A leitura de JOUVENEL e de RICOEUR, prepara à defesa da necessidade da integração do Direito com a Política, para que sejam reconhecidas as medidas de superação de conflitos sociais latentes ou, menos, para se evitar a instauração da extrema violência. É preciso aceitar a separação dos poderes do Estado mas isso acaba gerando um fenômeno refletido na medida em que se apresenta como processo de conhecimento tripartido, separação que também acaba atingindo a Justiça. Tal possibilidade vai ser admitida pela Justiça Democrática que, por sua vez, deve desenvolver

mecanismos de estabilidade institucional do Estado, como, igualmente, um ponto de equilíbrio e, através da equidade o desenvolvimento social justo. Dessa forma, se a palavra Justiça insere-se no Direito, a palavra Democrática insere-se na Política, ou seja, o legal e o legítimo interagem, especificamente e de maneira generalizada, através de um processo de conhecimento e posterior conceito, no intuito de realizar um ideal, o de se buscar a paz social, - uma das muitas formas de felicidade do ser humano.²²⁶ E quais são as condições positivas da Justiça Democrática? É uma pergunta para a qual buscamos a resposta no próximo capítulo.

²²⁶ Uma coisa é certa: não podemos identificar a Justiça através de um único valor transcendental. Foi o erro de Kelsen, Tomás de Aquino, Hobbes e Maquiavel, entre outros. A Justiça Democrática será a prova de que existe um processo de conhecimento que permite a integração de diversos valores que permeiam o desenvolvimento do Estado em suas diversas atividades, produzindo ações que se transformam em atos jurídicos constantemente avaliados como justos ou injustos, trazendo uma equação razoável à vida em sociedade. A mesma coisa acontece com o indivíduo que pratica uma ação com qualidade de ato jurídico: estará sendo avaliado pelos seus pares através do Estado, não mais sendo permitida a Justiça de mão-própria. Finalmente, ressaltamos que um valor transcendental único de Justiça, seja ele: Deus, o Estado ou a Ciência não nos leva ao conhecimento da Justiça pois isso tornaria impossível, produzir-lhe um conceito válido.

CAPÍTULO II

DAS CONDIÇÕES POSITIVAS DA JUSTIÇA DEMOCRÁTICA

1. A LÓGICA DO PODER

Ao longo da história da humanidade, a pergunta sobre as verdadeiras e legítimas fontes de poder tem sido uma constante nos escritos filosóficos. Para darmos uma resposta a esta indagação, mencionamos um ponto fulcral da Constituição de uma certa sociedade, que nos remete, obrigatoriamente, a uma metódica análise descritiva do poder desde o momento em que foi admitida pela Filosofia a existência de um fenômeno que se chama vontade de domínio.²²⁷

²²⁷ As condições positivas da Justiça Democrática estão condensadas na Teoria Geral do Estado enquanto discurso científico preocupado com sua organização, o estudo de sua origem, da sua estrutura administrativa. Seria o equivalente a uma Ciência do Estado. Já autores como Kelsen e Sahid Maluf, que identificam o Estado com o Direito, afirmam, que: *A Teoria Geral do estado corresponde à parte geral do Direito Constitucional. Não é uma ramificação, mas o próprio tronco deste ramo eminente do direito público.* (MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*, p. 11). Apesar desta coincidência entre os autores citados, Sahid Maluf discorda de Kelsen no que se refere ao positivismo jurídico: *Sem embargo do seu conteúdo parcial de natureza política, ou mesmo da predominância da matéria política, a Teoria Geral do Estado não objetiva a aplicação do que é estritamente político. É uma ciência cultural, de fundo eminentemente sociológico, com a finalidade precípua de investigar a específica realidade da vida estatal, nas suas mais amplas conexões.* (Ibidem). Kelsen, por sua vez, rechaça o conceito de Estado como comunidade ou como unidade sociológica, para defender o conceito jurídico de Estado: *A identificação de Estado e ordem jurídica é óbvia a partir do fato de que mesmo os sociólogos caracterizam o Estado como uma sociedade 'politicamente' organizada. Já que a sociedade – como unidade – é constituída por*

Simultaneamente ao aparecimento dessa vontade surge o fenômeno da submissão²²⁸, agravando o problema do domínio que com ela, passa a estabelecer uma relação. Assim, a questão do poder revela-se ainda mais complexa, já que não pode ser entendida exclusivamente como dependente de fator derivado da vontade, no caso do domínio. A obra de RUSSELL, insiste na demonstração da idéia de desejo de ser comandado, manifestação implícita ligada ao fenômeno do poder, o que torna suportáveis as desigualdades:

A verdade é que, em qualquer empreendimento realmente cooperativo, o comandado não é, psicologicamente, mais escravo do que o comandante. É isto que torna suportáveis as desigualdades do poder, tornadas inevitáveis pela organização, é que tendem a aumentar antes que a diminuir à medida que a sociedade se vai tornando mais complexa. A desigualdade na repartição do poder sempre existiu nas comunidades humanas, desde os mais remotos tempos conhecidos. Isso se deve em parte à necessidade exterior e em parte a causas que devem ser procuradas na própria natureza humana. A maioria dos empreendimentos coletivos só são praticamente possíveis, quando dirigidos por algum órgão de governo.²²⁹

Portanto, o que parece correto e fica patente, são os fatores psicológicos dos complexos sistemas comportamentais, ao longo da vida do

organização, é mais correto definir o Estado como 'organização política'. Uma organização é uma ordem. Mas em que reside o caráter político dessa ordem? No fato de ser uma ordem coercitiva. O Estado é uma organização política por ser uma ordem que regula o uso da força, porque ela monopoliza o uso da força. Porém, como já vimos, esse é um dos caracteres essenciais do Direito. O Estado é uma sociedade politicamente organizada porque é uma comunidade constituída por uma ordem coercitiva, e essa ordem coercitiva é o Direito. (KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado, p. 183-193).

²²⁸ Vide RUSSELL, Bertrand. *O Poder*, p. 13: (...) o impulso à submissão, que é pelo menos tão real e tão comum quanto o impulso à dominação, tem as suas raízes no medo." Ao seu modo, Kelsen, explica que: "Na medida em que tal poder existe, ela nada mais é que o fato de que o Direito em si é efetivo, de que a idéia de normas jurídicas prevendo sanções motiva a conduta dos indivíduos, exerce uma compulsão psíquica sobre os indivíduos. O fato de um indivíduo ter poder sobre outros indivíduos manifesta-se no fato de que aquele é capaz de induzir estes a uma conduta que ele deseja. Mas o poder num sentido social só é possível dentro da estrutura de uma ordem normativa regulando a conduta humana. Para a existência de tal poder não basta um indivíduo ser efetivamente mais forte que outro e poder forçá-lo a certa conduta – como se força um animal à submissão ou se põe uma árvore abaixo. O poder, num sentido social ou político, implica autoridade e uma relação de superior para inferior. (KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado, p. 191).

²²⁹ RUSSELL, op. cit., p. 11-12.

indivíduo, podendo ser investigados pela Psicologia social, identificáveis no fenômeno do poder.

Mas, quando RUSSELL sugere ser a natureza humana responsável pelas desigualdades do poder, quer justificar sua definição:

a capacidade de conseguir os resultados pretendidos. De acordo com essa definição, o poder é um conceito quantitativo: de dois homens com desejos semelhantes, aquele que mais consegue tem mais poder.²³⁰

Entendemos que não estava ele absolutamente certo, pois, estes fatores psicológicos estão ligados ao espaço e ao tempo (elementos já mencionados no Capítulo I, item 5.3) e não à *natureza humana*. Na verdade o indivíduo pode ser o líder num determinado ambiente, e, noutro diverso, pode ser o liderado, o que não é reconhecido, de forma alguma, por RUSSELL,²³¹ como pode um indivíduo suceder ao outro como líder. Em razão desses dois fatores (o espaço e o tempo) serem determináveis, podemos entender que a Justiça Democrática deva ser descrita num contexto em que a lógica do poder não dependa de critério indeterminado, passível de inúmeras interpretações, como é, no presente caso, do que seria composta a *natureza humana*? Para tanto, encontramos nas teorias sobre a transposição do estado de natureza para o estado civil uma abertura para discutir e afirmar o entendimento de que a lógica do poder representa uma das condições positivas da Justiça Democrática, quando relacionadas ao espaço e ao tempo.²³²

²³⁰ Ibidem, p. 24.

²³¹ Ora, Russell, apenas, disse que, em relação a cada valor, corresponde um tipo de poder. Trazendo o exemplo de dois artistas, um que pinta melhores quadros e outro que ganha mais dinheiro, segundo o filósofo inglês, não se pode dizer qual dos dois tem mais poder, sem se estabelecer quais são os valores que determinam os objetivos de cada um deles.

²³² Como foi visto em Kelsen, existe uma grande utilidade prática ao considerar-se que: o fenômeno do poder político manifesta-se no fato de as normas que regulam o uso desses instrumentos (KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*, p. 192), quando, referindo-se

Aliás, a idéia de reforçar o espaço e o tempo como fatores determinantes do fenômeno poder, necessita uma compreensão psicológica em que está envolto o indivíduo, sem o que estes fatores não poderiam estar ligados ao fenômeno concreto da sociedade, lugar em que se realiza o poder. Assim, vejamos como se manifestou uma expressiva teoria psicológica, sobre o assunto:

Não devemos subestimar o efeito psicológico da imagem estatística do mundo; ela dispensa o indivíduo em favor de unidades anônimas que se empilham em formações de massa. Têm-se, em vez do indivíduo concreto, os nomes de organizações e, no ponto mais alto, a idéia abstrata do Estado como princípio da realidade política. A responsabilidade moral do indivíduo é então substituída inevitavelmente pelas razões do Estado (*raison d'Etat*).²³³

Por conseguinte, sustentamos como lógica uma visão contratualista que parta do indivíduo para o coletivo e que possa ser mensurada no espaço e no tempo para explicar a formação da sociedade e do Estado.

aos itens materiais de coerção, como prisões, armas etc., a fim de *se tornarem eficazes*. No entanto, a concepção kelseniana somente pode fazer sentido quando o indivíduo for ele mesmo, nunca se anulando em face do Estado. Adiante, veremos a importância do conceito da condição pública para a compreensão da Justiça Democrática. Ela estabelece um rompimento com a tradicional literatura sociológica, uma vez que concordamos com Carl G. Jung, quando ele diz que o *interesse do eu* deve vir antes do *interesse do nós*. Está é a marca única da psicologia da condição pública, sendo ela, assim entendida, como valor que se processa na consciência do ego do indivíduo, capaz de sustentar a essência do contrato social gerando, somente depois, na consciência coletiva, a cidadania, enquanto fundamento do Estado. Se, ao contrário, sustentar-se que, o “interesse do nós” é fundamento do Estado, Carl G. Jung afirma que: *Mas se, premido pela sensação da sua própria insignificância e impotência, o indivíduo sentir que a vida perdeu o sentido – o que, afinal, não é o mesmo que o bem-estar público e os padrões mais elevados de vida -, ele já está a caminho do cativo do Estado e, sem saber ou querer, tornou-se seu defensor.* (JUNG, C. G. *The Undiscovered self*. Parágrafo 503. Apud FRANZ, Marie-Luise von. *C.G. Jung: seu mito em nossa época*, p. 206). Jung acredita ainda, que a religião foi o que despertou a consciência do ego. A institucionalização religiosa, porém, que leva as pessoas a aderirem formalmente à fé, acabou criando um Deus como mera moralidade convencional. Carl G. Jung observa isto negativamente, pois, ele acredita ser necessária uma Ética, com responsabilidade individual, perante Deus. Ausente de uma experiência transcendental interior, não pode haver comportamento ético, sendo que a ausência de comportamento ético implica em não funcionamento da Justiça. Portanto, a Justiça Democrática, como veremos no Capítulo seguinte é composta (além das condições positivas e transcendentais) de condições funcionais, para ajustar, principalmente, o controle do poder e sua racionalização.

²³³ JUNG, C. G. *The Undiscovered self*. Parágrafo 499. Apud FRANZ, Marie-Luise von. *C.G. Jung: seu mito em nossa época*, p. 206.

O poder que envolve o Estado republicano democrático de direito, traz forçosamente, para nossa teoria, a necessidade da defesa das condições positivas da Justiça Democrática não mais como objetos transcendentais mas como Ciência do Estado que, ao absorver o conteúdo da explanação transcendental, tem a finalidade de ordenar logicamente aquelas idéias a fim de demonstrar as suas condições positivas, dividindo sua análise em lógica do poder, fundamentos do Estado e garantias necessárias do cidadão.

Chamamos de lógica do poder a distinção entre o raciocínio correto para a Justiça Democrática do seu raciocínio incorreto pois, o lógico se interessa por todos os raciocínios, a fim de sustentar suas conclusões.²³⁴ Portanto, quando elencamos o estado de natureza, o Poder natural, a formação da sociedade e do Estado, a condição pública, a solidez da república e a democracia, é o que se espera para dar continuidade ao processo de inferência, estabelecido inicialmente nas questões transcendentais, necessitando, no momento, serem desenvolvidas as proposições de ordem lógica que são os pontos positivos deste processo ontogenológico de verificação do conceito.²³⁵

1.1. Estado de natureza.

O estado de natureza representa, acima de tudo, a manifestação da condição instintiva do ser humano que vem, de certa forma, sendo considerado a antítese do estado civil.

²³⁴ Conforme COPI, Irving M. *Introdução à lógica*, p. 21: *Mas o lógico não está interessado, em absoluto, nos obscuros caminhos pelos quais a mente chega às suas conclusões durante os processos concretos de raciocínio.*

²³⁵ Vale ressaltar ainda, que não se trata, aqui, de uma especialização em lógica. *O estudo da lógica é o estudo dos métodos e princípios usados para distinguir o raciocínio correto do incorreto. Naturalmente, esta definição não pretende afirmar que só é possível argumentar corretamente com uma pessoa que tenha estudado lógica. Afirmá-lo seria tão errôneo quanto pretender que só é possível correr bem se se estudou física ou fisiologia necessárias para descrição dessa atividade.* (COPI, Irving op. cit., p. 19).

Numa discussão preliminar, o estado de natureza pode ser definido como uma condição pré-existente que não determina o livre arbítrio mas a sobrevivência, segundo a premissa da condição instintiva. Percebemos, portanto, que é um erro considerar a existência de alguma passagem definitiva entre o estado de natureza e o estado civil. Na verdade não há uma transposição mas superposição. A superposição supõe uma época em que, muito antes da invenção da escrita, mais precisamente quando a arqueologia identifica o mais antigo ser humano, que aqueles indivíduos estivessem vivendo de uma maneira segundo a qual somente os seus instintos naturais de sobrevivência determinavam o poder de liderança de uns sobre os outros. Na trilha dessa pura especulação, pode-se dizer que milhares de anos foram necessários para que, gradualmente, a condição instintiva perdesse terreno para o avanço de uma condição positiva da Justiça Democrática que denominamos condição pública.²³⁶ Parte essa especulação de premissas corretas? A ansiedade dos filósofos provocada pela incapacidade de apreensão total da vida e da morte e, especialmente, sobre a origem do universo e a condição humana, os perturba suas idéias acabam se confundindo com o imaginário.

Muitas coisas já foram ditas sobre o estado natureza. Investiremos na análise de duas correntes muito fortes, que retratam a intensa luta do ser humano em busca de solução da dicotomia do bem e do mal, a de HOBBS e a de ROUSSEAU.

²³⁶ A aparição do *Homo Sapiens* ocorreu há 40.000 anos. As primeiras pinturas rupestres, há 16.000, na França. O início da agricultura deu-se em 6.500 a. C., a invenção da escrita em 3.100 a.C. . Vide SABINE, George H. *História de la teoría política*, p. 23.

É possível afirmar que o estado de natureza não é a barbárie (ausência da razão) preconizada por HOBBS²³⁷, retratada pela célebre expressão, “o homem é o lobo do homem” (acepção que considera a prevalência do mal sobre o bem, dentro do estado de natureza). Parece-nos mais interessante a resposta de seu adversário intelectual ROUSSEAU (quando ele aponta para o “homem selvagem” como sendo puro)²³⁸, o que também não é suficiente. O estado de natureza não é a eliminação da maldade em favor de uma pureza, à qual a razão não acede. ROUSSEAU, que nunca esteve na América do Sul mas, influenciado pelas narrativas de viagem, acabou buscando nas sociedades sul-americanas, há alguns séculos descobertas pelos europeus, uma mística do estado de natureza. Esta mística, foi desmentida, mais tarde pela História, que acabou demonstrando a complexidade e a lógica do poder daquelas sociedades organizadas, que não conseguiram resistir e acabaram sendo dizimadas, primeiro pelos exércitos da Europa e depois pelos colonizadores que lá se fixaram.²³⁹

Ambas as escolas consideram que no estado de natureza o homem é destituído de razão, ou seja, nada os distingue dos animais. Apesar de se oporem, portanto, estas duas correntes de pensamento comportam uma mesma incoerência, o que significa afirmar que sempre houve a existência da razão.

Ora, não se deve equiparar, em termos lógicos, o estado de natureza ao mal, como fez HOBBS, e muito menos por esse mesmo motivo, sustentar a ausência

²³⁷ Vide HOBBS, Thomas. *Leviatan: O la materia, forma y poder de una republica, eclesiastica y civil*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

²³⁸ Vide ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso Sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, p. 57-84.

²³⁹ Vide STADEN, Hans. *Duas Viagens ao Brasil*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1974. E, ainda, sobre o assunto, vide COLAÇO, Thais Luzia. *O Direito Guarani pré-colonial e as missões jesuíticas: a questão da incapacidade indígena e da tutela religiosa*. Florianópolis: Tese de Doutorado na Universidade Federal de Santa Catarina, 1998, p. 132-142. Segundo a autora, Cristóvão Colombo foi o primeiro a falar em “bom selvagem”, porém, teria sido Bartolomeu de las Casas o maior defensor desta tese em favor de uma demonstração de racionalidade na sociedade indígena.

de uma razão prática naquele estado. Se for identificado com o mal, indivíduo e sociedade não podem co-existir donde a saída hobbesiana de implementar um Estado absoluto, a fim de garantir, pelo medo e pela violência, o suporte necessário à existência da sociedade politicamente organizada. A idéia de que o ser humano é fundamentalmente anti-social e que, por isso, a sociedade tem que domesticá-lo até que seus impulsos naturais sejam reprimidos (o fenômeno da *sublimação* defendido por FREUD e fortemente criticado por ERICH FROMM) pode nos levar à substituição da lógica do poder pela prevalência do medo e da repressão e, conseqüentemente, aos temidos regimes totalitários que não respeitam os princípios de direitos humanos, atualmente concebidos.²⁴⁰

Por outro lado, na identificação do estado de natureza com o Paraíso, citado nas Sagradas Escrituras do Antigo Testamento, como uma espécie de estado de pureza, sem pecados (ausência do mal), imaginando-se o ser humano completamente ligado ao Criador e vivendo em total harmonia com o restante da Criação e, assim, trazendo-lhe o sentido do bem e da felicidade eternos, que é a tese de ROUSSEAU, não existe a esperada correspondência a uma lógica do poder e, portanto, apesar de atraente – por despertar uma enorme esperança -, não retrata uma condição positiva da Justiça Democrática.

Ambos os autores negam, por caminhos diversos, uma idéia central lógico-política de ARISTÓTELES de que o homem é um ser político por natureza. Isto é, a razão acompanha o ser humano desde seu início. Se o *Cogito* cartesiano é “penso, logo existo”, o paradigma aristotélico, no presente caso, é sou humano, logo sou político. E, ser político é possuir a razão.

²⁴⁰ FROMM, Erich, op. cit. p. 13-28.

Digamos que o ser humano carrega dentro de si o estado de natureza como uma condição instintiva indissociável, porém, passível de redução proporcional ao avanço da condição pública. Eliminá-la totalmente, no entanto, é improvável, como é improvável que o ser humano tenha algum dia vivido sem nenhuma condição pública. *Ad argumentandum*, o que pode ter ocorrido, em milhares de anos atrás, teria sido um fenômeno da mínima condição pública do ser humano e, em contrapartida, acentuada era a sua condição instintiva. Assim, a existência simultânea das duas condições é o fator que distingue a humanidade dos outros seres vivos.

O cérebro humano tem a capacidade biológica de fazer avançar uma sobre a outra, como um subproduto do intelecto, dentro de uma concepção de que sua atividade está em constante evolução, o que explica o exercício do poder, da faculdade de agir e do julgamento (discernimento e razão).

A esse avanço da condição pública sobre a condição instintiva a Justiça Democrática apropria-se da teoria contratualista (reconhecendo-a como muito mais adequada), baseada no pacto de vontades para explicar a formação da sociedade. Lança, no entanto, outro tipo de contratualismo, em bases diversas das do contrato social de ROUSSEAU, tendo-se em vista o que foi reconhecido como simultaneidade de ações justas e pluralismo, ligados à liberdade e igualdade pela estabilidade do Estado e equidade, respectivamente, pontos marcantes das condições transcendentais da Justiça Democrática.

1.2. Poder natural.

A primeira manifestação de poder é a do Poder natural. A Justiça Democrática deve desconsiderá-lo como sendo o propulsor da formação da

sociedade pluralista, livre, igualitária e estável, ou seja, o Poder natural não determina os princípios da Justiça Democrática. No entanto, não se pode negar sua existência e sua influência sobre o ser humano, muito menos desprezar as teorias sobre o Direito natural. Muitas sociedades desenvolveram-se sob a égide do Poder natural, sem aproximar-se, no entanto, da Justiça Democrática. O Poder natural, na antiga Grécia, no Império Romano e no Renascimento, embora tenha tido uma inigualável capacidade de tornar o indivíduo o centro do universo, seja por delegação divina ou por meras pretensões egocêntricas, acaba sendo um obstáculo à instituição da república defendida pela Justiça Democrática. Para alcançar a Justiça Democrática, deve sobrepor-se um tipo de acordo ao Poder natural, um verdadeiro pacto de vontades, como uma outra forma de poder, desvinculado da metafísica, desenvolvido como uma espécie de contrato social renovável através do permanente canal de diálogo e do debate constante das questões a serem retificadas ou implantadas por todos indivíduos que consentem, na medida em que são eles próprios (contratantes) os detentores do poder.

O elemento próprio do Direito é a lei, de suma importância dentro deste processo, já que desempenha papel importante por estabelecer critérios que podem distinguir as ações justas das injustas.²⁴¹ Mas, por outro lado, não tem como o Direito exprimir-se através do Poder natural que não pode ser entendido dentro de uma visão lógico-sistemática de Estado.

O que justifica o Poder natural? O primeiro, o Direito da força, ou melhor, o Direito do mais forte, a dominação do mais fraco pelo mais forte,

²⁴¹ VECCHIO. Giorgio Del, op. cit., p. 350: *Portanto, ao fundamento de um juízo desta espécie não pode ser inerente — por incompatibilidade lógica — um carácter comum a todas as acções. Fica evidente que o critério jurídico não pode identificar-se com a possibilidade física do agir, ou seja, com a força que, como condição de qualquer fenómeno, se encontra necessariamente em qualquer acção.*

resgatado por HOBBS. Na verdade, é a negação do Direito natural, de acordo com DEL VECCHIO:

Na verdade, se se disser que o Direito é igual à força, no mesmo passo se destrói a possibilidade de se fazer qualquer distinção entre Direito e torto, e, portanto, de qualquer apreciação da justiça ou da injustiça. Os filósofos que tal identidade sustentaram, pretendem negar o Direito, ou de um modo geral, ou relativamente a certa fase ou período histórico. Assim, a teoria formulada (a que PLATÃO se refere) pelo sofista CALLICLES: << é justo que o mais forte domine o mais fraco>> (Gorgias, 483 d) , e analogamente a teoria do sofista TRASIMACO: << o justo é aquilo que convém ao mais forte>> (República, 338 c), têm um significado puramente negativo, pois equivalem a dizer que o Direito não tem por si mesmo nenhum fundamento. Teoria semelhante foi por HOBBS e por SPINOZA defendida para o estado de natureza. Segundo ambos estes autores, O direito tinha a mesma extensão que o poder físico de cada um. Desta sorte, desejou-se sublinhar que o conceito do Direito só receberá verdadeira aplicação quando cessar o estado de natureza e começar o estado de sociedade; fora deste não existiria diferença alguma entre o justo e o injusto. No fundo, pois, estes filósofos, em vez de afirmadores do direito natural, são seus negadores; e como tais os vemos rigorosamente classificados em algumas antigas histórias da Filosofia do Direito.²⁴²

Ora, se o Poder natural não está inserido no Direito, não pode integrar o conceito de Justiça Democrática. E mais, a incerteza do Poder natural, em relação à Política, acaba resultando em não se poder alcançar o objetivo republicano e, dificilmente, o democrático, porque o Poder natural universaliza-se sempre através de um único e dogmático fundamento metafísico, retratado pela fé em um Ser Superior Único (Deus) ou à própria Natureza (enquanto uma abstração cósmica). Assim, não pode ser considerado como condição positiva da Justiça Democrática. Dificilmente ele se renova, uma vez que está alicerçado em dogmas religiosos ou ideologias transcendentais. Além disso apresenta uma tendência demasiadamente centralizadora no indivíduo ou no grupo detentor do poder, como no caso do direito hereditário ao poder político da casa real, até mesmo residual, mas presente, nas monarquias constitucionais.

²⁴² Ibidem, p. 351-352.

No entanto, não se pode desprezar a influência constante do Poder natural sobre a sociedade. Ainda persistem em alguns Estados, cujos regimes fundamentam-se em pressuposto de origem divina, a intenção de perpetuação *ad eternum* do exercício do poder, faculdade de agir pertencente exclusivamente àqueles que mantêm um canal aberto com Deus. Esses indivíduos seriam detentores naturais do poder, por delegação da vontade divina, esta inexplicável aos fiéis (ou se crê ou não se crê).

Por outro lado, sistemas distorcidos de governo, fundados no Poder natural, ainda que não sejam de origem divina, levam, também, à permanência, por longos períodos, de pequenos grupos sociais dominando maiorias (o povo), como nos casos das ditaduras militares nas repúblicas. É difícil removê-los.

Um dos maiores obstáculos encontrados pelos teóricos do poder é, sem dúvida, o reconhecimento ou a negação do Direito natural, e, se o resultado for o seu reconhecimento, ainda que parcial, adota-se a possibilidade do exercício do poder fundado no Direito natural, o que, justamente, representaria o advento do conceito predominante do Poder natural, defendido por diversas teorias e negado por outras. Não obstante, já nos manifestamos sobre a posição da Justiça Democrática em não acolher, em termos de formação do seu modelo de sociedade, o Poder natural como fundamento. É crucial porém, que algumas das mais importantes teorias sobre o poder sejam analisadas, para que fique melhor compreendida a posição da Justiça Democrática, sobre o Direito natural em oposição ao Direito positivo que organiza o Estado dando-lhe sustentação.²⁴³

²⁴³ Vide HÖFFE, Otfried. *Justiça Política*, p. 9: *Para que uma superação se torne possível, é preciso ser encontrada uma posição de mediação que, de um lado, vá de encontro ao rigoroso positivismo jurídico, sem, no entanto, renunciar por inteiro ao direito e ao Estado, e que, de outro lado, critique o anarquismo sem dar ao direito e ao Estado um poder absoluto(...)* A tarefa de uma filosofia da justiça política consiste em superar a oposição entre dogmatismo e ceticismo político (...). No lugar do Leviatã que somente carrega as insígnias da dominação, entra a justitia, cujo

Do fato de o Poder natural confundir-se com o próprio Direito natural ou de o Direito positivo desprezar a existência do Poder natural, concluímos que a raiz do problema foi enfrentada de maneira mais neutra possível na discussão sobre o Direito, enquanto ideologia ou ciência. No entanto, em condições transcendentais não é possível estabelecer o alcance que, em condições positivas, fazem-se presentes sobre a lógica do poder que permite a formação da sociedade e do Estado. Apropriando-se das conclusões de BOBBIO são três os aspectos fundamentais do positivismo jurídico: *a) como método para o estudo do direito; b) como teoria do direito; c) como ideologia do direito.*²⁴⁴

A melhor posição para a Justiça Democrática seria sustentar a teoria da interpretação lógico-sistemática do Direito, porque, para o poder dito natural, ser capaz de formar o Estado, necessita de uma teoria que possa dizer como ele se organiza, iniciando o sistema a partir de sua estrutura primeira que é a Constituição, integrando todas as normas jurídicas no sistema, que define a dinâmica do ordenamento jurídico como um todo, indivisível e uno.

Não que esta teoria deva se sobrepor às demais (vide as teorias: coativa, legislativa, imperativa, coerência e completitude).²⁴⁵ BOBBIO observa, que a teoria da interpretação lógica é secundária pois tem sentido amplo,

símbolo de dominação, a espada, está desde o princípio a serviço da justiça. A propósito, sobre o poder absoluto, vejamos a crítica anarquista de Pierre J. Proudhon. *O homem, para chegar à mais rápida e à mais perfeita satisfação de suas necessidades, busca a regra: no começo, esta regra é viva para ele, visível e tangível; é seu pai, seu senhor, seu rei. Mais o homem é ignorante, mais sua obediência, mais sua confiança em seu guia é absoluta. Mas o homem, cuja lei é conformar-se à regra, isto é, descobri-la pela reflexão e pela argumentação, o homem pensa sobre as ordens de seus chefes: ora, semelhante reflexão é um protesto contra a autoridade, um início de desobediência. Desde o momento em que o homem procura os motivos da vontade soberana, desde este momento o homem se revoltou. Se ele não obedece mais porque o rei comanda mas porque o rei prova, pode-se afirmar que de agora em diante ele não reconhece mais nenhuma autoridade e que ele fez a si mesmo seu próprio rei. Infeliz de quem ousará conduzi-lo e não lhe oferecer, por sanção de suas leis, senão o respeito de uma maioria, e este déspota imprudente será derrubado e todas as suas leis destruídas.* (PROUDHON, Pierre J. *A Propriedade é um roubo*, p.27).

²⁴⁴ BOBBIO, N. *O Positivismo jurídico*, p. 234.

²⁴⁵ Vide BOBBIO, idem, p. 237.

enquanto as três primeiras são as pilastras do positivismo jurídico. Ainda que assim fosse, não se retira a validade de pensar, em sede de formação do Estado, num destaque maior para a teoria da interpretação lógica do Direito apto a limitar este poder, o qual, em sua essência, pode ser considerado natural. Aplicado porém, à sociedade politicamente organizada, deixará de sê-lo para ingressar no dever-ser, como comandos humanos, numa concepção institucional do Direito.²⁴⁶

1.3. Formação da sociedade e do Estado.

O primeiro problema que se enfrenta é o de determinar o momento exato em que se formou a primeira sociedade humana. Há duas tendências sobre esse elo perdido: uma que especula sobre alguns descobrimentos da ciência e outra que nos faz acreditar em princípios teológicos que podem explicar a origem da humanidade como criação de Deus. Com certeza, ao se estabelecer a primeira sociedade, as normas de comportamento também surgiram, isto não quer dizer que há uma coincidência entre a primeira sociedade e o Direito, pois, as normas jurídicas não são as únicas relacionadas ao comportamento. Existem as normas morais, as provenientes do costume e as religiosas. Portanto, mais uma dúvida se estabelece: o que teria surgido em primeiro lugar na sociedade? Teria sido a Religião, o Costume, a Moral ou o Direito ?

Para que o assunto da formação da sociedade não se identifique com o conhecimento da origem humana, resta-nos entender o início do processo de formação da sociedade pela mais antiga de todas, qual seja, a família, adotado quase por unanimidade, mas com conclusões diversas de autor para autor.²⁴⁷

²⁴⁶ Ibidem, p. 108.

²⁴⁷ Vide ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato social*, p. 55-57. Por exemplo, Rousseau, ao citar a família como a mais velha das sociedades, seja uma redução filosófica do conceito de sociedade unicamente natural, e a necessária. Este acabou sendo o seu método de investigação

Paralelas às teorias da formação familiar do Estado, encontramos a teoria da formação patrimonial e a teoria da força.²⁴⁸ Sendo a família considerada a primeira sociedade conhecida. ROUSSEAU a discute devido à coerência estabelecida com os seus antecessores cristãos, o que não dispensa existência de um contrato social. Assim sendo, a família, para ROUSSEAU, é a única sociedade natural, porque é necessária, no que se refere à existência do ser humano, pouco importando se foi ou não Deus que assim determinou. Esta explicação representa um viés da condição instintiva indissociável, e parecia estar correta e ser inabalável. Há poucos anos, porém, as novas bio-tecnologias, que foram sustentadas por teorias genéticas, com experimentos comprovados em vegetais e animais irracionais, sobre a possibilidade de fertilização embrionária a partir de uma só célula, mostraram que a união entre homem e mulher, em tese, (porque ainda não há notícias de experiências com seres humanos, que, diga-se de passagem, estão proibidas pela lei brasileira e por leis de outros países) não mais será necessária para a geração de um ser humano (é o que se chamou de clonagem). Ora, se a clonagem colocou o conceito tradicional de família em crise, por conseguinte, o Direito natural que sustenta este conceito, também, deve ser

inicial da sociedade. Diversamente, Cláudio de Cicco, considera como método um *estudo do funcionamento do sistema no que tange ao instituto do pátrio poder*. (CICCO, Claudio de. *Direito: Tradição e modernidade*, p. 15). Outrossim, deixando-se de lado a compreensão da essência, para uma explicação sobre o funcionamento do instituto, a proposta de Niklas Luhmann, Dahrendorf e Parsons, que defendem o estudo de fenômeno do Direito sob a perspectiva do funcionalismo estrutural, é, sem dúvida, uma maneira significativa de compreender a família. Por sua vez, Sahid Maluf, afirma que: (...) *do primado da família na sociedade derivam conseqüências econômicas e políticas. As primeiras se traduzem nos direitos à propriedade e ao trabalho*. (MALUF, S., op. cit., p. 344). (...) *As conseqüências políticas que decorrem do primado da família na sociedade, segundo a concepção grupalista cristã da vida social, como expõe Alceu Amoroso Lima, consistem, principalmente, em que a família deve Ter o direito de intervir na vida política do país, como pessoa coletiva, diferente dos indivíduos isolados*. (Ibidem, p. 345). Sobre esta concepção cristã, vide ANDRADE, Carlos Drummond de. *Farewell*, p. 78, "O Rei menino", onde está escrito no poema que: "O estandarte do Rei não é de púrpura e brocado, é um lírio sobre o caos onde ambições se digladiam e ódios se estraçalham. O Rei vem cumprir o anúncio de Isaias: vem para evangelizar os brutos, consolar os que choram, exaltar os cobertos de cinza, desentranhar o sentido exato da paz, magnificar a justiça.

²⁴⁸ Vide MALUF, Sahid, op. cit., p. 53.

revisto. Os dogmas defendidos pelas diversas religiões, sobre a família, conseqüentemente, estão em crise. A comunidade científica não consegue compreender qual será o alcance da clonagem, muito menos os seus resultados. Dessa forma, a simples possibilidade desta experiência genética acontecer em seres humanos é assustadora e revolucionária, e só tem encontrado resistência eficaz no poder coercitivo do Estado que insiste em proibi-la. E, se algum Estado permiti-la ou simplesmente não proibi-la? No futuro, poderão nascer pessoas que sejam filhas de pais que, pela idade, não mais aderiam reproduzir ou, até mesmo, filhos de pais falecidos. Ou, ainda, pode o clone ser filho do próprio indivíduo clonado?

Esta situação, apesar de hipotética, isoladamente, já aponta para a aceitação da total abrangência do contrato social, pois, a única e natural sociedade remanescente e defendida por ROUSSEAU, a família, como união entre homem e mulher, a qual estava excluída do conceito de contrato social, deixaria de ser necessária e, portanto, não seria mais natural. Muito menos encontrar-se-ia no Direito natural o fundamento do pátrio poder. Ou seja, o último reduto do Direito natural que representa o poder familiar, não mais permanece em pé, o que demonstra o triunfo do Direito positivo, desmoronando todas as teorias da antigüidade, da idade média e da modernidade.

A afirmação de que a família é a *celula mater* do Estado, (expressão, largamente utilizada pela doutrina do Direito) deveria ser seriamente repensada, para não mais ser reproduzida mecanicamente, como cátedra de algo ultrapassado pela dinâmica da História. Isto não significa o fim da família, mas de uma grande transformação que coloca em situação difícil a teoria familiar de formação dos Estados. No entanto, são visíveis, também, em decorrência de um

novo rumo, as mudanças na estrutura do funcionamento da família, manifestas na maioria dos países ocidentais. Há substituição gradual do fundamento institucional pelo contratual do casamento. Já houve mudança radical com a diminuição da excessiva e clássica esfera de poderes do detentor do pátrio poder (concentrado no pai), pela salutar e eficiente garantia de direitos à criança e ao adolescente, com a igual participação decisória tanto do pai quanto da mãe, sem falar na possibilidade de casamento de pessoas do mesmo sexo, já implantada oficialmente em alguns países e da guarda compartilhada adotada recentemente pelo Código Civil brasileiro. Não temos dúvida de que as relações de poder no seio da família demonstram ser ela a primeira sociedade política a se manifestar, mas não é mais possível continuar sustentando a teoria da formação familiar do Estado posto que os novos paradigmas apresentados comprovam apenas seu valor histórico.

A teoria da formação patrimonial do Estado, por sua vez, inserida em PLATÃO e CÍCERO, como bem observou SAHID MALUF ²⁴⁹, que afirma ser o Estado uma união das profissões econômicas, não é suficientemente clara, pois, deixa de explicar o fato de que objetivos totalmente diferentes, como o do dono das terras ou do camponês, pudessem refletir num ajuste de vontades apto a originar o Estado.

A teoria da força sustenta-se, como já foi anteriormente mencionado, no Direito do mais forte, ou melhor, é resultante do poder de dominação dos mais fortes sobre os mais fracos.²⁵⁰ E, portanto, não pode figurar em nosso conceito de Justiça Democrática.

²⁴⁹ Vide ibidem, p. 55.

²⁵⁰ Vide ibidem, p.56.

Nenhuma das três teorias merecem acolhida, o que realmente formou o Estado? A origem de sua real formação reside num valor chamado condição pública enquanto valor essencial e portanto apto a se inserir num sentido axiológico não permitindo a origem do Estado, na concepção ontológica, predominante na antigüidade; nem na concepção teológica, predominante na Idade Média; nem na concepção epistemológica da modernidade.²⁵¹

A condição pública, invariavelmente, está presente nas três sociedades identificadas por MAURICE BLONDEL, como a família, a pátria e a humanidade. Portanto, é forçosamente no fator ontognoseológico que insere-se a condição pública como responsável pela formação do Estado. Na explicação de LEONARDO VAN ACKER sobre o blondelismo, *elas constituem as três etapas naturais através das quais a vontade atinge sucessivamente e por graus, sua mais larga expansão social.*²⁵² Dessa forma, a condição pública, que adiante será explicada, aparece na era contemporânea como sentido axiológico da formação do Estado, mais adaptado às mudanças rápidas produzidas pelo fenômeno da tecnologia.

A família é um tipo de sociedade na qual se desenvolveu, segundo constatado na antigüidade ocidental, uma idéia de autoridade fundada no culto doméstico dos antepassados que deu origem à defesa dos membros da família através do exercício do pátrio poder, e, igualmente, visou a garantia das propriedades, inclusive com o desdobramento na transmissão do patrimônio *causa mortis*, dando origem ao direito à herança. Nos textos platônicos já aparecia a religião doméstica, sempre ligada ao grau de parentesco, como sendo a comunidade dos mesmos deuses. Conclui-se, portanto, que o fato do

²⁵¹ Vide REALE, Miguel. *Estudos de filosofia brasileira*, p. 221.

²⁵² ACKER, Leonardo Van. *O Tomismo e o pensamento contemporâneo*, p. 163.

nascimento não era tão importante quanto o culto doméstico. O chefe do culto na antigüidade, exercia o *patria potestas*: seu filho o ajudava nas funções sagradas, e o lar era indivisível.²⁵³

Outras sociedades são conhecidas desde há muito tempo, a religiosa que é fundada na fé, na hierarquia e no dever de servir a Deus; a militar com base na disciplina, com o objetivo de proteger a família, o território e a economia e atendem ao princípio de servir a comunidade.

Muitos outros tipos de sociedade foram se formando ao longo da História.²⁵⁴ Mas o que de lógico podemos extrair disto tudo? Exatamente que todas sociedades exprimem sua exterioridade através de uma força coercitiva garantida por uma sanção, nem sempre vista, pois, podem assumir uma forma direta, como no caso do Direito, que é visível no Estado, mas que, por outro lado, pode ser indireta portanto invisível, como, por exemplo, no interior de organizações econômicas, religiosas, morais etc. Estas organizações não são capazes de se orientar pela imputabilidade própria do Direito que, aliás, é uma garantia de eficácia das normas jurídicas que sustentam o Estado e são, portanto, ao contrário daquele, organizações fundadas no princípio da causalidade, o que denuncia o fato de que a toda causa corresponde um efeito.²⁵⁵ Conclui-se que, se

²⁵³ Vide NOGUEIRA, Jenny Magnani de O. *A Instituição da família em a cidade antiga*. Fundamentos de História do Direito. WOLKMER, Antonio Carlos (org.), p. 63-69. E, também, vide CICCIO, Claudio de. *Direito: Tradição e modernidade* p. 21-40. Ambos os autores citam, pela merecida importância, Fustel de Coulanges, em *Cidade Antiga*.

²⁵⁴ Cf. LUHMANN, N. *Sociologia do Direito I*, p. 168: *Essas hipóteses, que pretendem validade para qualquer tipo de sistema social (famílias, empresas, conventos, associações, ou mesmo festas, conferências, etc.) são especialmente importantes para a sociedade. A sociedade é aquele sistema social cuja estrutura regula as últimas reduções básicas, às quais os outros sistemas sociais podem referir-se.*

²⁵⁵ Vide LEBRE, Eduardo Antonio T. *Sistema Jurídico de custeio dos sindicatos*, p.17-18: *Esse conjunto de normas jurídicas que interdiciplnam a vida em sociedade é o Direito. Esta ordem normativa pode ser prescrita, autorizada ou positivada pelo detentor do poder - entendendo-se, aqui, o poder como sinônimo de competência - devendo ser respeitada pelos indivíduos. Melhor explicando, a prescrição de condutas para o Direito somente pode assumir três configurações: o proibido, o obrigatório e o permitido. Surge, então, a relação entre o Direito e a Liberdade (aqui o*

na formação da sociedade é possível estabelecer uma regra da causalidade, na formação do Estado é imprescindível que a regra da imputabilidade do Direito esteja presente. Mas, qual Direito? Seria o Direito positivo ou o Direito natural? Qual deles deu origem ao Estado? Sem medo de errar, afirmamos, pois, que o princípio da imputabilidade não se aplica ao Direito natural. É, pois, o Direito positivo que dá origem ao Estado, através da sua Constituição que será discutida adiante.

1.4. Condição pública.

A condição pública do indivíduo²⁵⁶ é elemento anterior a sua cidadania. Ela corresponde ao fator individual gerado na consciência do ser humano, para, mais adiante, consolidar-se em algo coletivo, cidadania enquanto fundamento do Estado democrático de direito.

Enquanto a cidadania exterioriza o conjunto de direitos e deveres do indivíduo, que BOBBIO identifica como *obrigação política*,²⁵⁷ a condição pública é

*vocábulo "liberdade" significa livre arbítrio) , no sentido de que a norma jurídica deve ser observada por todos, mas não há garantia efetiva de que um indivíduo, uma coletividade inteira ou até mesmo os representantes do Estado irão cumpri-la, uma vez que eles são livres para conduzir-se de acordo ou contra a norma jurídica. Isto ocorre porque aplica-se ao Direito o princípio da imputação e não o princípio da causalidade. E , precisamente nessa diferença fundamental entre imputação e causalidade, no fato de que há um ponto terminal da imputação , mas não um ponto terminal da causalidade, baseia-se a oposição entre a necessidade de respeitar as normas jurídicas e o livre arbítrio do indivíduo de manifestar sua conduta lícita ou ilicitamente. Resumindo, o indivíduo é livre para respeitar a norma jurídica ou desrespeitá-la. Portanto , para o Direito podem existir apenas duas situações: o **lícito e o ilícito** ; sendo que o indivíduo pode , mas sabendo que não deve , conduzir-se de maneira contrária a norma jurídica . Daí a grande diferença, entre o Direito e Moral, Direito e Religião ou , ainda, Direito e Ética, repousar na característica da sanção jurídica (através dos seus aspectos de exterioridade e de institucionalização), passando o Direito a ser definido como um complexo orgânico de normas. Evidenciamos, então, que, no Direito, esse livre arbítrio do indivíduo, ou seja, a Liberdade, atinge um grau muito elevado a ponto de exigir que o Estado, muitas vezes, aplique uma sanção a um indivíduo, ao passo que na Moral, na Religião e na Ética, igualmente, encontramos a mesma Liberdade, porém reduzida ao mínimo possível, porque os ordenamentos não-jurídicos não estão submetidos ao princípio da imputação e, também, porque o fundamento de validade das normas não-jurídicas não é a eficácia , mas, sim, a consciência.*

²⁵⁶ Que reforça a nossa tese contratualista de formação da sociedade e do Estado.

²⁵⁷ Cf. BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*, p. 20.

um valor do indivíduo, o que explica a resistência do indivíduo às ordens injustas do governante.²⁵⁸

As condições transcendentais da Justiça Democrática, mostram uma notável carência de recursos axiológicos, tanto na antigüidade grega, quanto na romana. A mesma sorte tiveram os antigos escritos medievais. Uma nova percepção surgiu com a Filosofia do renascimento, a partir de DANTE que emprega a expressão *eterno valore*, na interpretação de MIGUEL REALE, *supremo bem*, também, com a intenção de separar, utilizando o sentido genérico do vocábulo valor, a noção de valor comum do valor axiológico.²⁵⁹

Para a Justiça Democrática, a condição pública é um valor que nasce, principalmente, do *Cogito* de DESCARTES, por assumir uma posição antropocêntrica, que evoluiu para o relativismo de seu estudo, segundo REALE, que sustenta, como sendo obra de NIETZSCHE, o predomínio do relativismo no estudo dos valores.²⁶⁰

É na condição pública que se processa o contrato social, como fenômeno responsável pela união entre os seres humanos (e não na cidadania, como sustentou ROUSSEAU), já que só no indivíduo pode ocorrer uma transformação benéfica, como adverte JUNG.²⁶¹ Sendo manifestamente benéfica a possibilidade de encontrar em si mesmo uma forma de convivência que implicou o reconhecimento da alteridade, a condição pública faz com que o indivíduo, partindo de si mesmo, possa reconhecer o outro, estabelecendo uma relação

²⁵⁸ Ibidem: (...) *as doutrinas dos limites do poder proclamam, contra as ordens injustas do soberano, o direito de resistência.*

²⁵⁹ Cf. REALE, Miguel. *Estudos de filosofia brasileira*, p. 209-210. Este autor sustenta que *Os gregos usavam, sem dúvida, o substantivo axia – raiz do termo Axiologia – mas ainda era de pobre conteúdo, servindo mais para indicar o preço ou valor de uma coisa, para distinguir uma situação meritória, ou seja, uma ‘dignidade’ como tal merecedora de nosso apreço, ou ainda a fim de estimar-se a espécie e o grau de pena a ser aplicada.* (Ibidem, p. 208).

²⁶⁰ Vide ibidem, p. 214.

²⁶¹ Vide JUNG, Carl G. *Mysterium Coniunctionis*, p.103.

comunicativa que é capaz de aproximá-los, sendo, portanto, a condição pública a verdadeira responsável pelo contrato social e parte integrante da lógica do poder. A cidadania, por outro lado, é fundamento do Estado, já formado pela sua Constituição.

1.5. Solidez da República.

Na medida em que se avança na lógica do poder, deve-se estabelecer uma linguagem própria para cada aspecto que envolve o Estado. São formas de Estado, a república e a monarquia, enquanto a democracia e a autocracia são regimes do mesmo Estado.

Oportunamente indica-se que todo Estado deve ter também o seu governo que pode apresentar-se sob diversos sistemas. Os mais conhecidos são o parlamentarista e o presidencialista.

O Estado republicano, além dos elementos comuns de sua dogmática composição: o povo, o território e o poder institucionalizado (também conhecido como soberania), tem outra característica que o distingue do Estado monárquico: a idéia da república pressupõe que o ser humano seja o centro e a origem da produção de conhecimentos político e jurídico, sendo que o respectivo encargo de conduzi-la não provém de Deus, como defendeu DANTE, para uma monarquia em que o poder de Deus recaía diretamente sobre o monarca, ao contrário das proposições da Igreja Católica que defendia, necessariamente, uma intermediação do Pontífice para outorgar-lhe o poder:

Amplius, si Ecclesia virtutem haberet auctorizandi Romanum Principem, aut haberet a Deo, aut a se, aut ab imperatore aliquo, aut ab universo mortalium adsensu, vel saltem ex illis prevalentium: nulla est alia rimula,

per quam virtus hec ad Ecclesiam manare potuisset; sed a nullo istorum habet: ergo virtutem predicatam non habet.²⁶²

A verdadeira república, portanto, estabelece que o Estado é um resultado da ação humana (ao contrário, da monarquia em que se defende um Estado que não é o produzido por ação humana, mas pela Natureza ou por Deus), fenômenos naturais que são inatos ao indivíduo, como a força, a coragem, a virtude, a determinação, a nobreza, etc. respectivamente, ou por fenômenos sobrenaturais, como a divindade. Nestes casos, a ação humana somente aparece e é necessária para dar efetivo exercício ao Estado monárquico (como defendeu DANTE).

Este fator complicado da monarquia vem sendo amenizado com a introdução nela do regime democrático e do governo parlamentarista, mas, não desaparece. A justificação natural ou divina da família real como representante de Estado distancia-se da solidez da república quanto a sua essência e fundamento.²⁶³

Contra-pondo-se à monarquia e aos demais regimes autoritários está, a república, como ordenamento jurídico apto a promover e garantir os direitos do cidadão e permitir que seja livre a disputa legítima ao exercício do poder, dentro de um determinado espaço e tempo. Segundo NICOLA MATTEUCCI, (...) *o termo republicano esteve sempre ligado à*

²⁶² Texto traduzido, vide DANTE, Alighieri. *Monarquia*, P.138. Trad. de Carlos do Soveral, Pensadores, p. 229: *Além disso, se a Igreja tivesse o poder de instituir o príncipe dos romanos, ou teria recebido esse poder de Deus, ou o teria de si mesma, ou de outro imperador, ou do universal consenso dos mortais, ou, ao menos, dos melhores: Não há outra via pela qual pudesse vir tal poder à Igreja. Mas nenhuma dessas origens lho dou. Logo, não possui a Igreja tal poder.*

²⁶³ Na antigüidade romana a república sempre significou a participação incondicional na preservação da fundação da cidade de Roma: *tanta molis erat Romanam condere gentem*", conforme Cláudio de Cicco (op., cit., p. 32). Verificamos que, apesar da passagem para o Império não significar uma necessidade de manter a estrutura colonizadora de Roma, já presente na República, foi ao nosso juízo uma derrota e, portanto, discordamos da interpretação feita por

*origem e legitimação populares do poder de quem substituiu o rei, que legitimava o seu na tradição.*²⁶⁴

É, justamente, esta solidez da república que se espera da Justiça Democrática que coloca em evidência a coisa pública, o bem comum, o interesse público e o que é mais importante em conformidade com uma lei comum que obriga a todos, ao contrário das monarquias em que o rei estava sempre acima da lei.

A república também não comporta em sua estrutura a criação ou manutenção de cargos públicos vitalícios. A vitaliciedade é um produto da tradição das passadas monarquias, e não um princípio fundamental que possa trazer estabilidade à república. A estabilidade como princípio universal da Justiça Democrática que garante a estrutura do Estado, não leva em conta cargos vitalícios, na medida em que entendemos serem eles incompatíveis com a república. Além da vedação da vitaliciedade, não é possível conceber uma república que transmita cargos públicos pela hereditariedade. Os cargos públicos decisórios devem ter mandato com prazo de duração, entendendo-se como “decisórios” todos os cargos correspondentes às funções públicas que impliquem na representação, execução e administração do Estado, em todas as esferas de atuação do poder soberano, estabelecido pela ordem jurídica vigente. Estariam, pois, excluídos os cargos técnicos de apoio a estes mandatos, devendo ser sempre observados, em ambos os

Claudio de Cicco (op. cit., p. 33), pois, consideramos tal passagem uma ruptura com as tradições e os costumes da época da fundação de Roma.

²⁶⁴ BOBBIO, N. *et al. Dicionário de política*, vol. 2, p. 1109.

casos, os requisitos profissionais mínimos e de idoneidade moral suficientes para o exercício dos mesmos.

Evidentemente, que a república pode sofrer com o fenômeno totalitário quando as pretensões do Poder natural, que é essência (ser) prevalecerem sobre a razão prática do dever-ser. Esta essência é desprovida da segurança jurídica que permeia a interpretação do Direito enquanto sistema ordenado de normas. Um golpe de Estado portanto, ou uma revolução, extinguem o ordenamento jurídico estatal anterior, substituindo-o, no caso do totalitarismo, pelo Poder natural que é desprovido de qualquer controle por parte dos cidadãos da república. Sem controle, este poder ascende à causalidade. Rompendo com o método jurídico, rompe, também, com a Justiça Democrática, que repudia qualquer tentativa ou instalação de regime totalitário.²⁶⁵

Podemos concluir que a solidez da república repousa na segurança jurídica, cuja responsabilidade cabe ao Direito positivo, a fim de que o contrato social, derivado da condição pública, seja respeitado. Dessa forma é que entendemos a ligação fundamental entre o Direito e a democracia, o que será analisado sob vários e importantes aspectos.

²⁶⁵ Vide, sobre o totalitarismo, BARROS. Roque Spencer Maciel de. *O Fenômeno totalitário*, p.136. Onde o autor propõe uma análise da ordem totalitária, como sistema. É sem dúvida, proposta muito interessante. No entanto, este "sistema totalitário" é desprovido de qualquer legitimidade, o que o torna um anti-sistema, ou seja, completamente vulnerável em seus interior e exterior. Ainda que sob o disfarce (aparência) do Direito positivo, os Estados totalitários, na verdade, estão garantidos pelo que os seus governantes entendem como Poder natural de conduzir o Estado e ponto final, o restante sendo mera formalidade que pode ser alterada a qualquer tempo pela vontade natural do dirigente supremo deste Estado completamente deformado, desde a sua ilegítima origem, até o seu antidemocrático funcionamento.

1.6. Democracia.

Havendo duas variáveis incidentes, o espaço e o tempo, a democracia pode ser definida como o regime político que garante a equidade e a estabilidade, na república, a fim de consolidar-se a idéia de governo das leis, pelo povo, como uma idéia que está também contida na Justiça Democrática, evitando, dessa forma, o caos que, com certeza, poderia ser produzido pelos inúmeros problemas decorrentes quando todos, ao mesmo tempo e no mesmo espaço, quisessem exercer o poder. Ou, quando, nas autocracias, o sistema monocrático ou oligárquico de governo se instalasse e resistisse em deixar o Estado.²⁶⁶

²⁶⁶ MONOCRACIA, derivação do regime autocrático: É comum relacionar esse termo com a monarquia. Mas ele tem maior abrangência por significar um sistema de governo monopessoal do Estado. Não é necessariamente suficiente uma monocracia para identificar a monarquia. Exemplo: um chefe de Estado republicano que detém a posse de todos os poderes resulta numa forma de monocracia individual (a chamada ditadura). OLIGARQUIA, outra derivação do regime autocrático: este termo foi utilizado para representar uma concepção de Estado chefiado pela classe social mais abonada, ou seja, o governo do ricos. No entanto, sua melhor definição foi adotada por Bobbio e Celso Bastos, que o define como governo exercido por uma classe dirigente, isto é, um grupo de pessoas. Realmente, a evolução do pensamento político, que fundou a escola da teoria das elites, ressalva a importância da concepção única de governo ser a oligarquia, uma vez que o governo é limitado a um número reduzido de governantes em relação aos demais cidadãos. Celso Bastos resiste à aplicação incondicional desta teoria, porque, para ele, a diferença reside na possibilidade de rotatividade no poder que nos dá a democracia e que a oligarquia não dá. Exemplos de oligarquia são a militar, a partidária e a religiosa. NOBREZA: Não podemos menosprezar a clara evidência de toda Ciência Política: a relação entre a nobreza e os regimes políticos acima explicitados. A nobreza pode ser definida como um agrupamento social endogâmico que goza de privilégios juridicamente estatuídos e do qual ninguém faz parte a não ser por via agnática. Melhor explicando, a transmissão hereditária constitui um mecanismo normal de reprodução de determinadas relações sociais. Uma delas foi a Nobreza. Requisitos para pertencer à nobreza: a) agnático ; b) posse e propriedade de bens patrimoniais ; c) exercício de funções públicas ou particulares com relevante interesse público (v.g. filantropia, benemerência, ciência e tecnologia). É fenômeno típico das sociedades dotadas de escassa mobilidade social. Justificativa: Cícero afirmou virtude como fundamento da nobreza , seria um direito conferido a linhagem dos méritos da ascendência, abstendo-se de atos indignos e primando pela justiça e heroísmo ou outros méritos que cada geração tenha como valor fundante, donde surge a relação com a aristocracia (governo dos melhores) , exercido por uma nobreza representado a oligarquia. Sugere, também a idéia da monarquia exercida pelo Rei que, no final da sua vida, transfere ao seu filho primogênito o direito de governar (Principado, como definiu Maquiavel). Napoleão Bonaparte resolveu menosprezar a idéia agnática e passou a prestigiar alguns políticos e altos funcionários públicos civis e militares, concedendo-lhes títulos de duque, conde, comendador , dentre outros. A nobreza perdeu sua eficácia jurídica. Giuliano Matignetti no entanto, afirma que como fato moral a nobreza é independente do reconhecimento jurídico. Declínio da nobreza e o aparecimento do NOTÁVEL: Na Itália, do século XIX, o clientelismo político, representado por uma vasta rede de burocratas corporativistas, deu margem ao aparecimento de um agente negociador de favores e

Apesar dos questionamentos intensos sobre a formulação de uma teoria capaz de superar o conceito de igualdade formal²⁶⁷, em que baseiam as principais correntes democráticas, ainda vemos na democracia a melhor alternativa para a superação pacífica da ocorrência das diversas sucessões de poder no espaço e no tempo. Senão, certamente, algum método violento de os indivíduos alcançarem o poder acabaria sendo a única alternativa de se governar o Estado.²⁶⁸

Evidentemente, não queremos dizer que a democracia resolve todos os tipos de agressão entre os indivíduos mas resolve um assunto de suma importância, referente à manutenção da ética no processo que envolve a relação dos representantes e dos representados, todos cidadãos, que de uma maneira moralmente aceita, buscam o acordo de

benefícios aos seus eleitores. Segundo Gianpaolo Zucchini, o Notável é uma pessoa que detém um particular poder político e econômico, sem, contudo, preponderante ligação com suas qualidades intelectuais, morais ou carismáticas, quanto de sua sólida base econômico-social, tornada mais forte politicamente por apoios interesseiros. Embora a formação humanística e o exercício de profissão liberal tenham sido tônica inicial do Notável, atualmente sua figura, que não pode, ainda, dispensar tais requisitos, é definida a partir do seu poder político que não mais repousa naquelas qualidades, mas, em no seu poder de desembaraço em relação a algumas formalidades que não estão sujeitas a sua observância, criando, assim, uma forma de privilégio no chamado governo subterrâneo, onde seus “clientes” cuidam do próprio colégio eleitoral. DITADOR: Em Roma o ditador era escolhido, em situações de emergência ou de grande perigo interno ou externo, com plenos poderes para debelar a crise. Depois de indicado pelos cônsules, o ditador nomeava um general de cavalaria como seu auxiliar direto. Atualmente, o ditador é a pessoa escolhida por um grupo de pessoas que subjugaram o governo do Estado e que pretendem subverter a democracia até que uma crise política seja debelada. Nos dois casos ficam evidentes a provisoriedade e a transitoriedade da situação, não podendo se perpetuar indefinidamente, bem como sua origem num poder militar insuperável. É um regime político denominado totalitário porque concentra todo poder de “imperium” em uma só pessoa. É comum nos regimes políticos oligárquicos, podendo resultar em uma monocracia, caso o grupo de pessoas que o apoiaram de início forem excluídas e subjugadas pelo ditador, resultando, daí em diante, num regime onde somente a sua vontade conduz o governo do Estado. Vide, BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do estado e ciência política*, p. 46-58. E também BOBBIO, Norberto, *et al. Dicionário de política*, vol. 2, p. 827-838.

²⁶⁷ A igualdade será tratada adiante como fundamento do Estado. Mas, sobre a superação da noção da igualdade formal na democracia, vide AVRITZER, Leonardo. *A Moralidade da democracia*, p. 99. Nela o autor discute as propostas de Habermas sobre Marx e Weber, inclusive sobre este assunto, uma crítica habermasiana ao elitismo democrático. Vide HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, p. 201, sobre o processo institucionalizado juridicamente, o qual, em nossa opinião, pode servir de conteúdo de valor para a igualdade.

²⁶⁸ Vide AVRITZER, op. cit., p. 100: *Para o observador do final do século já não pairam quaisquer dúvidas: a democracia constitui a única forma de governo passível de justificação.*

vontades como critério pacificador das relações de poder, na condução do Estado democrático de direito.²⁶⁹

No entanto, é sabido que nem todas as formas de contratualismo sugerem uma democracia, como, por exemplo, no caso de HOBBS, que defendeu um contrato social que leva ao absolutismo monárquico. Não obstante, para a lógica do poder contida na Justiça Democrática interessa, enquanto origem, uma democracia contratualista, porém muito mais próxima de ROUSSEAU e nos moldes das duas primeiras Repúblicas Modernas, a dos Estados Unidos da América, em 1776, e da França, em 1792, com algumas reformulações, considerando o avanço tecnológico incomensurável do século XX (o que será feito na seqüência dos trabalhos, nos fundamentos do Estado).

A democracia (de origem contratualista) garante, pela sua essência, que o povo não permita que o prestígio pessoal adquirido pelo exercício do poder seja entrave para a renovação dos governos, ou seja, que o prestígio pessoal do governante (seja do rei, do ditador, ou de qualquer um) impeça o povo de decidir sobre o seu destino político, substituindo-o pela vontade individual própria (monocracia) ou coletiva (oligarquia). Não que o prestígio pessoal seja necessariamente negativo mas, o que parece ser verdadeiramente negativo e largo uso ao longo da história, é sua utilização para perpetuação no poder.²⁷⁰ O

²⁶⁹ Nesse sentido, a expressão Estado Democrático de Direito, reserva sua própria auto-explicação, “Estado” é igual ao poder; “Democrático” representa a Ética; e “de Direito” significa a garantia de efetivação do mínimo conteúdo da Moral, assim sendo definido por uma sociedade, através da imperatividade das normas jurídicas (sanção e coerção estatais).

²⁷⁰ Sobre o prestígio pessoal como fator de desenvolvimento social, pronunciou-se Carl G. Jung da seguinte forma: *Quando a sociedade, como conjunto, necessita de uma figura que atue magicamente, serve-se da vontade de poder do possível portador do símbolo e da vontade de submissão dos demais, como veículo, possibilitando assim a criação do prestígio pessoal. Este último é um fenômeno da maior importância para a vida coletiva dos povos. O prestígio pessoal*

Estado brasileiro que já passou por uma fase monárquica, em que o prestígio real era evidente, sendo que, em 1889, foi proclamada a República. O prestígio foi transferido aos militares de altas patentes, depois, ao longo destes anos, o país passou por processos de alternância entre períodos de autocracia e de democracia, atenuando a importância do prestígio pessoal dos governantes nas democracias e acentuando-o nas ditaduras. Atualmente o país vive um regime democrático de forma republicana, com sistema federativo e presidencialista; a propósito o presidencialismo não gera, por si só, redução de influência do individualismo político que se utiliza do prestígio pessoal, o que poderia ser melhor viabilizado com o sistema parlamentarista. Uma outra medida capaz de enfraquecer o individualismo é o fortalecimento das associações civis (políticas ou não) na democracia.

O Brasil serve como paradigma aos países de economias emergentes, como México, Argentina, Venezuela, dentre outros. Apesar de a Constituição brasileira assegurar um Estado democrático de direito, nos moldes das legislações mais próximas dos países com economia estável, na prática, continua muito defasada a democracia instalada, porque, sem condições econômicas, e, o que é mais problemático, com um profundo desequilíbrio na repartição de riquezas, sofre com uma diminuição do interesse político do cidadão. O acesso aos meios acadêmicos de formar a cidadania fica limitado a um pequeno segmento da sociedade, coincidentemente o mesmo que se perpetua no poder com facilidade e que concentra cada vez mais a riqueza do país, gerando um

não perdeu o seu significado como fator de desenvolvimento social. (JUNG, C. G O Eu e o inconsciente, p. 128).

tom conformista na atitude política dos cidadãos, que não chega a ser uma abstenção mas, pela instabilidade econômica, sentem faltar-lhes argumentos reivindicativos, gerando uma certa apatia política.

Para alguns, a crise é econômica, mas para outros ela é política. Para o conjunto do povo brasileiro o que importa é que a crise existe, sendo visível no cotidiano, porque, a miséria, a mortalidade infantil, a precariedade do sistema de seguridade social, os juros altos, o desemprego, a violência urbana e rural, mostram, todos, taxas muito elevadas para um Estado democrático de direito. Por outro lado, as soluções para a crise brasileira parecem esbarrar em interesses de grupos que se beneficiam com o processo de decadência conjuntural do país. A identificação e o estudo destes grupos é função da sociologia. De modo geral, no entanto, podemos afirmar que estão dentro e fora do país: o problema de uma melhor distribuição da renda entre a população implica em sanar questões internas, por outro lado, o estabelecimento de uma classificação mundial por pontos, como vem acontecendo, faz com que este país emergente (ou como também foi chamado, país em desenvolvimento, país de terceiro mundo ou país subdesenvolvido), não siga num processo rumo ao patamar dos países desenvolvidos, mas, ao contrário, fique numa situação estanque, ou seja, em condição sempre inferior à dos países desenvolvidos.

Tudo que contém o exemplo brasileiro, acaba minando sua democracia, como acontece em outros países emergentes, uma vez que a democracia acaba se resumindo a uma constante apontadora dos mais diversos escândalos políticos e problemas sociais, um seguido do outro,

sem que o povo possa ter tempo de avaliar, pela velocidade das informações, o que seria de importante resolução via soberania popular democrática. Os políticos opositores, por sua vez, não ajudam, pois, esquecem que outrora, quando governantes, foram alvo de críticas semelhantes. Há problemas crônicos (como a miséria), já existentes de longa data. Em decorrência de tudo isto, sustenta-se uma idéia de que o chefe de Estado e de governo, no sistema presidencialista, é responsável pelos sucessos e insucessos e, assim sendo, é inevitavelmente, culpado pelo fracasso político de uma nação, enquanto que a sociedade fica isenta de qualquer responsabilidade, o que resulta no enfraquecimento da democracia. É a face mais negativa do citado fenômeno do prestígio pessoal, muito forte no presidencialismo. Só que, ao invés deste individualismo político levar ao populismo, que é bem típico dos regimes autoritários, nos regimes democráticos está levando ao conformismo econômico.²⁷¹

Agora, sob a óptica de uma ordem jurídica reguladora do regime democrático, a noção que a Justiça Democrática deve ter da democracia pressupõe uma maneira eficiente de garantir a prevalência da decisão popular através de um sistema eleitoral que seja legislado e possa ser garantido pelo poder judiciário, caso necessário. A escolha do sistema eleitoral deve atender ao conceito de uma democracia

²⁷¹ A atitude conformista do povo, acima mencionada, tem como correspondente um modo peculiar de movimento instalado nos governos: o conformismo; na prática ele substituiu a demagogia por um discurso de que está sendo feito o melhor possível dentro das possibilidades da economia de mercado globalizada, ou seja, instalou-se a era do conformismo como previu Paul Krugman, em 1990, sobre a submissão dos Estados ao sistema de mercado de capitais que corresponde à especulação monetária internacional (vide KRUGMAN, Paul. *A Era do conformismo*, p. 65-71, sobre o poder do Federal Reserve FED – banco central americano).

representativa.²⁷² Em razão da evolução de técnicas da informática, uma democracia direta pode ser estudada e até implantada a longo prazo, desde que haja uma escola modificada para os jovens poderem entender o processo decisório em que onde se exige a participação direta do cidadão nas tomadas de decisão estatais.

A democracia representativa sempre constituiu o regime mais adotado por diversos Estados, razão pela qual foi alvo de constantes críticas. Fazendo-se uma reflexão conclusiva, o sistema de administração pública que envolve a burocracia estatal em torno dos representantes eleitos, para qualquer função que contenha qualidade decisória, precisa de vultuosos recursos econômicos. Melhor dizendo, a democracia representativa é muito cara, comparando-a com qualquer outro regime de Estado. Se não houver dinheiro suficiente, a representatividade padece de conteúdo, mas preserva a forma,

²⁷² Um sistema eleitoral é um conjunto de normas jurídicas, através das quais se estabelecem as regras de repartição dos mandatos de um determinado órgão colegiado eletivo, tendo em conta os sufrágios expressos dos cidadãos eleitores. Análises realizadas sobre os vários sistemas eleitorais incidem, normalmente, sobre o maior ou menor desfazimento entre a repartição dos votos e a correspondente repartição dos mandatos. Na medida em que não há previsão exata de um sistema eleitoral à prova de falhas, alguns ponderam sobre o voto consciente nas eleições, uma maneira de dizer que existem valores diversos ligados aos votos dos eleitores. Por conseguinte, existem os sistemas majoritários de **maioria simples**, também conhecida por maioria relativa, no qual é eleito, em votação única, o candidato que tenha o maior número de votos independentemente do número de sufrágios obtidos pelos demais candidatos. Os sistemas de **maioria absoluta** estabelecem que o candidato tenha a metade mais um dos sufrágios expressos, a fim de ser eleito. No caso de ninguém alcançar esse resultado, procede-se a uma segunda votação ("segundo turno") na qual será suficiente a maioria relativa. Existem contudo sistemas onde se exige que apenas os dois candidatos mais votados se apresentem a sufrágio, e outros que consagram a possibilidade de desistências a favor de um outro candidato e/ou imponham uma percentagem mínima de votos para acesso à chamada cláusula de barreira. No sistema de segundo turno espalha-se um outro princípio eleitoral: na primeira votação escolhe-se, na segunda elimina-se. Estes sistemas têm como objetivo fundamental um garantia à sociedade civil de que os eleitos impliquem numa equivalência, ou seja, numa proporção tão exata quanto possível, entre a percentagem de votos obtidos por cada candidatura e a percentagem de mandatos atribuídos. Sintetizando os dois sistemas apontados, foram desenvolvidas as fórmulas mistas, como o **voto distrital**, no qual a metade dos mandatos são eleitos através de listas partidárias nominais das bases distritais correspondentes a um delimitado espaço territorial, geralmente, mais próximo do eleitorado, pelo sistema majoritário simples e, a outra metade, eleitos pelo sistema de representação proporcional, inclusive contando com o voto da legenda partidária correspondente.

ocorrendo o distanciamento político entre os eleitores e os eleitos. O representante passa a ser mais um burocrata exercendo uma profissão (com termo final) e o cidadão apenas um indivíduo obrigado a votar. Caso não houver obrigatoriedade o índice de abstenção tende a crescer, enquanto caem os recursos para a manutenção da democracia representativa.

Mas, não é somente através do processo eleitoral decisório que a democracia se desenvolve. Necessariamente, há que se entender o encontro de forças coletivas que na disputa do controle do poder são levadas a se agruparem formando associações político-ideológicas, os partidos políticos.²⁷³

Portanto, até aqui, já são três os elementos integrantes da democracia contida na Justiça Democrática denominados como elementos formais: a) **economia estável**, aquela que tem suficiente produção de riquezas que possam permitir, através de uma igualdade na distribuição da renda proveniente da circulação de mercadorias e da prestação de serviços, acesso aos fundamentais bens da vida e à felicidade²⁷⁴; b) **sistema eleitoral**, que define o processo decisório

²⁷³ A história dos partidos políticos indica que uma nação, através de sua cultura, se organiza em grupos de indivíduos que têm o objetivo de conquistar o poder do Estado para, enquanto órgão dirigente, implantar uma determinada ideologia, além de executar o planejamento de como aquela ideologia defendida vai produzir os seus efeitos.

²⁷⁴ Sob o ângulo das condições positivas da Justiça Democrática, não é pertinente discutir sobre qual ideologia é a mais adequada para a democracia. Seria o capitalismo ou socialismo? No entanto, somente como exemplo, Kelsen afirmou que: *Se realmente aceitássemos a doutrina marxista – o que não acontece – poderíamos dizer que, se existe um sistema econômico com o qual, em última análise, a democracia não é compatível, esse sistema é o socialismo.* (KELSEN, Hans. *A democracia*, p. 256). Ora, vimos que, como lógica do poder o que interessa, na verdade, é um sistema econômico estável, ou seja, que traga um mínimo de conforto aos indivíduos, com uma correspondência às condições de dignidade previstas pelo ordenamento jurídico, em conformidade com os direitos humanos defendidos supranacionalmente (pela ordem jurídica internacional). Portanto, a opção entre aquela ou a outra ideologia, ou até outras não mencionadas, não é o que importa, o correto é que seja uma economia estável. A proposta de Kelsen de negar a possibilidade de se efetivar uma democracia num Estado de ideologia socialista

popular; c) **partidos políticos** enquanto associações que têm como objetivo alcançar o poder do Estado.

No entanto, paralelamente aos elementos inseridos neste contexto, figuram outras associações civis de que a democracia tanto necessita, produzidas pela pluralidade democrática, entendida esta como os diferentes modos de pensar e de exercer o papel político: são os grupos de pressão. Assim, elegemos as associações civis, com características de grupos de pressão, como uma força integrante da democracia, podendo ser reconhecidas tanto na teoria quanto na prática.

ALEXIS DE TOCQUEVILLE demonstra, teoricamente, a importância que os americanos dão à associação na vida civil:

A moral e a inteligência de um povo democrático não correriam menores perigos do que seu negócio e sua indústria, se o governo tomasse em toda a parte o lugar das associações. Os sentimentos e as idéias só se renovam, o coração só aumenta e o espírito humano só se desenvolve mediante a ação recíproca dos homens uns sobre os outros. Mostrei que essa ação é quase nula nos países democráticos. É necessário portanto criá-las artificialmente aí. E isso somente as associações podem fazer.²⁷⁵

Demonstrando a importância das associações na prática, o autor relatou o caso dos cem mil americanos que se comprometeram a não ingerir bebidas alcólicas por estarem preocupados com a crescente onda de embriaguez que assolava a comunidade. No início, o autor não deu muita importância ao fato, mas, depois, compreendeu que: *Nos*

é o mesmo que equiparar a democracia ao capitalismo, o que, *data venia*, foi um enorme e inaceitável equívoco kelseniano, como muitos outros erros cometidos por ele nesta obra mencionada.

²⁷⁵ TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*, p. 134.

*países democráticos, a ciência da associação é a ciência-mãe; o progresso de todas as outras depende do progresso desta.*²⁷⁶

Outra força integrante da democracia é a imprensa, responsável pela publicidade dos atos decisórios que envolvem tanto as notícias oficiais do governo, quanto as de ordem privada, ambas de fundamental importância para o desenvolvimento da democracia (direito à informação). TOCQUEVILLE entendia, no século XIX, que o jornal era o grande aliado da democracia, descrevendo as relações entre as associações e os jornais como responsáveis pela igualdade entre os indivíduos: *Portanto, o império dos jornais tende a crescer à medida que os homens se igualam.*²⁷⁷ Não é somente a informação pura e simples que se espera da imprensa privada, sendo necessário que nela estejam integrados profissionais preparados para comentar a informação, analisando a situação sob vários aspectos. É o que a distingue da imprensa oficial que só dá publicidade aos atos de governo e da administração pública.

Isto posto, podem ser chamados de **elementos efetivos** da democracia, também, **as associações civis** e a **imprensa**, que, ao lado dos **elementos formais**, **economia estável**, **sistema eleitoral** e **partidos políticos**, completam o entendimento da lógica do poder na Justiça Democrática.

²⁷⁶ Ibidem, p. 135. E, ainda, sobre a liberdade de associação, vide LEBRE, Eduardo Antonio T. *Direito coletivo do trabalho*, p. 42-43. Nesta obra, o autor citado constrói um conceito de sindicato enquanto associação civil que não pode sofrer qualquer intervenção do Estado ou qualquer interferência de poder externo. Sobre a liberdade sindical, idem, p. 45-46 e sobre conceito de sindicato, idem, p. 60-65.

²⁷⁷ TOCQUEVILLE, Alexis de, op. cit, p. 140.

Contudo, antes de descrevermos os fundamentos do Estado, registre-se que a globalização²⁷⁸ não foi considerada como elemento democrático. Entendemos que este fenômeno é uma **conseqüência** da democracia²⁷⁹, cujos acertos e erros e confronto com Justiça Democrática, que propõe uma república mundial, muito mais abrangente que a globalização, esta entendida enquanto unificação dos métodos econômicos.

2. FUNDAMENTOS DO ESTADO REPUBLICANO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

São fundamentos do Estado republicano democrático de direito: a legitimidade, a legalidade, a cidadania, a integração social e a

²⁷⁸ Globalização é um fenômeno de difícil conceituação. Defendemos ser conseqüência do fato de a democracia concentrar o poder (é claro que de modo diferente da autocracia), mais precisamente no sentido de se buscar uma legislação uniforme, o que, inclusive, foi previsto, com uma incrível visão de futuro, por Tocqueville (op. cit., 359-373), quando ele afirma como sendo uma tendência natural da democracia levar à centralização do poder, como corolário do princípio da igualdade, em torno de leis uniformes. Vide BÉNAKOUCHE, R. *Globalização ou pax americana*, in RAMOS, Alexandre et al, (org.). *Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho*, p.8: *A globalização é vista como a era da universalização do progresso técnico e das comunicações instantâneas*. Uma frase de uma teoria americana pode ser mencionada a respeito da centralização: *One of the principal advantages claimed for centralized government is its superior capacity to deal effectively with nationwide problems, particularly in the face of emergency conditions*. (CARR, Robert K., et al. *American democracy in theory and practice*, p. 80). Sem dúvida, o grande desafio americano sempre foi de equilibrar o poder local, executado na célula onde o indivíduo vive, e o poder central, executado pela união destas células locais, pois, a descentralização sempre foi vista como uma forma de se evitar a tirania, cf. op. cit., p. 82 : *It is often said that greatest value of decentralization is the protection it offers against dictatorship and regimentation. So long as political power is divided among many states and local units, it is extremely difficult to usurp governmental power and exercise dictatorial control.(...) Its final report, published in 1955, declares that most Americans prefer the existing balance between centralized and local government*. Vide BECK, Ulrich. *O Que é globalização*, p. 230, sobre o Estado transnacional ou “soberania inclusiva”.

²⁷⁹ Da mesma forma, não podem ser considerados elementos da democracia as funções do Estado que compõem o quadro das condições funcionais da Justiça Democrática, uma vez que elas dizem respeito não à lógica, mas, à ética do controle do poder.

soberania. Pode-se questionar porque não seriam elementos ao invés de fundamentos, principalmente no que respeita à soberania. Ora, todos os fundamentos aqui elencados estão relacionados aos três dogmáticos elementos do Estado (povo, território e poder institucionalizado) e dizem respeito, portanto, a uma noção de conteúdo daqueles elementos, principalmente naquilo que, sendo-lhes de caráter elementar, ou seja, a definição de povo, de território e de poder institucionalizado estejam, além desta dogmática explicação material (elementos), acompanhadas de outra, com considerações sobre o que se busca de fundamental precisão para uma sustentação lógica do poder.

2.1. Legitimidade e Legalidade.

Necessariamente, estes dois fundamentos têm que ser estudados em conjunto, já que , a definição de um pode contrapor-se à de outro de modo a criar uma incoerência teórica insuperável. Só trataremos mais tarde de definições jurídicas de legitimidade e legalidade.

Na antigüidade, ARISTÓTELES equiparou a legitimidade ao Direito positivo. Na medida em que o regime autocrático cedeu lugar ao democrático, as teorias avançaram em dois sentidos opostos. A legitimidade seria o poder conferido aos representantes do povo na elaboração da Constituição denominado Poder Constituinte A legitimidade seria o próprio ideal de democracia somado ao conteúdo mínimo de efetividade legal. Portanto, enquanto a primeira postura isola-se no campo determinado de atuação, qual seja, o de elaborar a

Constituição do Estado a outra aproxima demasiadamente a legitimidade da legalidade, podendo confundi-las em alguns momentos. WILLIS GUERRA FILHO, ao formular uma Teoria Política do Direito, afirma que ela é a antítese da teoria formal positivista do Direito. Ele também aponta a dificuldade em distinguir legitimidade e legalidade: *na linguagem dos juristas são utilizadas como sinônimas, servindo às vezes para indicar o que é conforme às leis estabelecidas.*²⁸⁰

O entendimento lógico do poder, como foi descrito antes, nos leva a crer que à formação do Estado republicano democrático de direito são essenciais a legitimidade identificada como Poder Constituinte e a legalidade como exigência racional de vigência das normas jurídicas produzidas pelo consenso democrático através do processo legislativo, vigência garantida pelos três poderes do Estado.

A vigência do ordenamento jurídico tem gerado um dualismo, já explicado no Capítulo anterior, mas que volta com o problema da legitimidade e da legalidade sobre o direito vigente, segundo ALF ROSS:

Este aspecto dúplice do conceito de direito vigente explica o dualismo que sempre caracterizou esse conceito na corrente teoria metafísica do direito. Segundo esta teoria 'direito vigente' significa tanto um ordenamento efetivo quanto um ordenamento que possui 'força obrigatória' derivada de princípios a priori; o direito é ao mesmo tempo algo real no mundo dos fatos e algo válido no mundo das idéias (parágrafo 13). Não é difícil perceber que esse dualismo no ponto de vista pode acarretar tanto complicações lógicas quanto epistemológicas que encontram expressão em muitas antinomias na teoria do direito. Tal dualismo conduz coerentemente à afirmação metafísica de que a existência mesma é válida em seu ser íntimo (Hegel).²⁸¹

²⁸⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Política do direito*, p. 102.

²⁸¹ ROSS, Alf. *Direito e Justiça*, p. 62-63.

A solução encontrada por ALF ROSS foi a de afirmar que a vigência envolve dois pontos:

em parte o acatamento regular e externamente observável de um padrão de ação, e em parte a experiência desse padrão de ação como sendo uma norma socialmente obrigatória.²⁸²

Encontramos, portanto, uma correspondência ao que foi dito sobre a legitimidade ser a expressão do Poder Constituinte, porque uma norma somente é *socialmente obrigatória* quando produzida pela vontade dos indivíduos que realizam o *contrato social* que, através da democracia, contando com os representantes do povo eleitos para a Constituinte, confirma a tese de que o poder decorrente deste *contrato social* não pode sofrer qualquer condicionamento ou limitação, ao passo que a legalidade sofre uma séria limitação e deve ser condicionada aos preceitos contidos no sistema de um ordenamento jurídico vigente.

Nossa posição reforça-se na tese defendida por CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO de que não existe legitimidade que possa conceder uma autorização *supra legal*:

Fora isto possível, ficaria garantida para certos atos imunidade em relação ao princípio da legalidade. Ganhariam foros de atos libertos das exigências que o sistema normativo lhes quis inculcar. Repetir-se-ia, em relação a eles, a condição 'supra legal' que desfrutam os atos do príncipe – precisamente o que o Estado de Direito veio abolir.²⁸³

²⁸² Ibidem, p. 62.

²⁸³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 104.

Fica, assim, entendido o campo de aplicação de uma e de outra. LÚCIA VALLE FIGUIEREDO traz uma objetiva definição jurídica de legalidade, aplicada às funções do Estado:

Há que se entender como regime de estrita legalidade não apenas a proibição da prática de atos vedados pela lei, mas, sobretudo, a prática, tão-somente, dos expressamente por ela permitidos.²⁸⁴

No entanto, aos particulares aplica-se a inversão do conceito, ou seja, é permitido aos particulares tudo o que a lei não proíbe, dispensando, portanto, permissão expressa para a prática de algum ato. Ainda, completando o conceito de legalidade, encontramos o artigo 3º da Lei de Introdução ao Código Civil²⁸⁵: *Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece*, e concluímos que, no regime democrático²⁸⁶, não fosse a Constituinte, não haveria legitimidade²⁸⁷, ao passo que, sem a legalidade seria impossível ao Estado desenvolver suas funções e aos particulares terem o dever de respeitar a lei.

²⁸⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*, p. 36.

²⁸⁵ BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942.

²⁸⁶ Vide CARDOSO, Fernando Henrique. *A Democracia necessária*, p. 50: *No pensamento de Rousseau, também é assim: o poder legítimo não advém da delegação mas da existência de uma decisão da vontade geral. No pensamento americano do século XVIII, a delegação aparece como meio de representação. Desde que não exista a ação direta de quem consente que alguma coisa seja feita, a ordem não tem legitimidade. Uma sociedade muito densa não permite que todos decidam. Então, a verdadeira sociedade democrática deveria ser descentralizada, pequena, com participação direta.*

²⁸⁷ Vide GUELLI, Vincenzo. *O Regime político*, p.73-81. Onde o autor, em sentido diferente do nosso entendimento, percebe o princípio jurídico constitucional como sendo um critério de legitimidade, de duas maneiras, uma na obrigação jurídica do Estado subordinada à Constituição e, outra, na observância hierárquica entre os órgãos estatais retirando validade de seus atos uns dos outros tendo como limite a Constituição.

2.2. Cidadania.

A cidadania é uma consequência da condição pública, está necessariamente ligada ao sistema educacional do Estado. Não se formam cidadãos sem escola. Mas que tipo de escola? Talvez a resposta para esta pergunta seja um dos mais importantes desafios do século XXI. A história pode ajudar a respondê-la.

PLATÃO concebeu na *República* um sistema de educação para o filósofo, que determinava a ação política do cidadão. Na Alegoria da Caverna, Livro VII enumera o que seriam as principais áreas do saber: a aritmética, a geometria, a astronomia e a ciência da harmonia, além da arte da guerra, como formação militar obrigatória ao filósofo que antes de tudo é um soldado.²⁸⁸

ARISTÓTELES, na *Política*, argumenta que todos os cidadãos que participassem do governo da Cidade deveriam ter qualidades morais. Algumas seriam definidas pelo legislador, as demais obras da educação, *pois os homens aprendem algumas coisas pelo hábito e outras por ouvi-las dos mestres.*²⁸⁹ Era um o dever do Estado provê-la:

Ninguém contestará que a educação dos jovens requer uma atenção especial do legislador, pois a negligência das cidades a este respeito é nociva aos respectivos governos; a educação deve ser adequada a cada forma de governo, porquanto o caráter específico de cada constituição a resguarda e mesmo lhe dá bases firmes desde o princípio – por exemplo, o caráter democrático cria a democracia e o caráter oligárquico a oligarquia, e o melhor caráter sempre origina uma constituição melhor.²⁹⁰

²⁸⁸ Vide PLATÃO. *A República: Livro VII*. Comentários de Bernard Piètre, p. 46.

²⁸⁹ ARISTÓTELES. *A Política*, p. 251.

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 267.

Há indicação, na *Política*, de quatro ramos da educação, a gramática, a ginástica, a música e o desenho. A mais polêmica para ARISTÓTELES era a música. Ele rejeitou a profissionalização do ensino musical para efeitos de execução, atividade profissional, porém, subalterna, uma vez que não garantia o aperfeiçoamento da arte, pois, cabia aos filósofos a classificação das melodias e distribuição das harmonias entre as suas diferentes classes.

A Idade Média é marcada pela unidade de comando da Igreja Católica no Ocidente, o que gerou o monopólio da educação. Embora amenizado pela era renascentista, este monopólio ainda hoje é visível: inúmeras instituições de ensino pertencem à Igreja, a maioria com excelente estrutura material e humana. A escola é uma forma de difundir a doutrina cristã. Tão bom é esse modelo estratégico, que foi reproduzido pelas demais correntes cristãs, após o cisma que criou a Igreja Ortodoxa. Mas tarde, com a revolução luterana, expandiu-se ainda mais a forma cristã de entender o mundo, através de suas unidades de ensino espalhadas pelo mundo.

Na era moderna, foram fundadas as pioneiras escolas de navegação, custeadas pelos reinos interessados no comércio marítimo. Livres do domínio religioso, são estas escolas as precursoras das universidades públicas.

O sistema educacional brasileiro, por sua vez, está estruturado a partir da Constituição, sendo regulado por lei e outros atos normativos aplicados à espécie por órgãos públicos responsáveis pela execução dos preceitos constitucionais e legais, como serviço público

indispensável à formação da cidadania,²⁹¹ razão pela qual o Direito desenvolveu um discurso formal específico para a educação.

Surge, então, a dupla identificação entre a nacionalidade e a cidadania. Continua sendo um problema sério que emerge da teoria geral do direito e do estado. Ora, se por um lado o conceito jurídico de

²⁹¹ BRASIL. Constituição da República Federativa, 1988.

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

- I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
- III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino.

IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

V - valorização dos profissionais de ensino, garantido, na forma da lei, planos de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, assegurado regime jurídico único para todas as instituições mantidas pela União;

VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

VII - garantia de padrão de qualidade.

Vide BRASIL. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (DOU, Seção 1, nº 248, 23/12/96, p. 27.833). Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

Art. 1º A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.

§ 1º Esta Lei disciplina a educação escolar, que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias.

§ 2º A educação escolar deverá vincular-se ao mundo do trabalho e a prática social.

Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais

de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 3º O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

- I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber;
- III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas;
- IV - respeito à liberdade e apreço à tolerância;

V - coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

VI - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

VII - valorização do profissional da educação escolar;

VIII - gestão democrática do ensino público, na forma desta Lei e da legislação dos sistemas de ensino;

IX - garantia de padrão de qualidade;

X - valorização da experiência extra-escolar;

XI - vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais.

Art. 21. A educação escolar compõe-se de:

I - educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio;

II - educação superior.

Art. 22. A educação básica tem por finalidades desenvolver o educando, assegurar-lhe a formação comum **indispensável para o exercício da cidadania** e fornecer-lhe meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores. O grifo é nosso.

cidadão for equiparado ao que substituiu o de súdito, quando da extinção do Estado absolutista monárquico que deu lugar ao Estado democrático de direito, por outro não se pode confundir nacionalidade com cidadania, já que em ambos já existia a nacionalidade. Se a cidadania, no entanto, está sendo tratada pela Justiça Democrática como fundamento do Estado republicano democrático de direito, ela deve absorver o conceito de nacionalidade, previsto no ordenamento jurídico e integrá-lo ao seu conceito, que, sem dúvida, é mais amplo que o outro. A nacionalidade tem conceito puramente jurídico, enquanto o de cidadania encarna a dicotomia político-jurídica.

A sua parte política, fica restrita ao contexto de um processo de reprodução cultural, de aspecto basilar, cujos componentes, ditos estruturais, são a cultura, a sociedade e a personalidade, cabendo à cultura uma papel interpretativo suscetível de consenso (ou seja, uma espécie de conhecimento válido). Este consenso deve ser legitimado pela sociedade, através de um terceiro componente, a personalidade, que compreende metas educacionais estabelecidas por padrões comportamentais, normalmente normatizados pelo Direito (é o caso do Título VII, Capítulo III, da Constituição brasileira e sua regulamentação pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação - Lei n. 9.394, de 20.12.96).

Neste sentido, podemos afirmar que a educação fornece subsídios que fortalecem o interesse pela gestão da coisa pública, o que é de fundamental importância para a formação de agentes responsáveis pela estabilidade do Estado republicano democrático de direito. Sendo a

parte jurídica da cidadania vista pelas disposições constitucionais e legais sobre aquisição da nacionalidade, dos direitos civis e políticos.²⁹²

Mas ainda não está respondida à pergunta inicial: qual a escola adequada à para formação do cidadão? Para uma resposta integral, necessitamos esclarecer se um sistema educacional nacional pode ser considerado mercadoria à disposição de uma balança econômica de serviços (atualmente, a balança de serviços brasileira é economicamente deficitária). A resposta a esta pergunta é não, porque não se concretizará a Justiça Democrática sem que a educação para a cidadania signifique duas possibilidades: 1) o ensino gratuito, em todas as suas etapas necessárias, na infância, na adolescência e na fase adulta, respectivamente, alfabetização, conhecimentos gerais e profissionalização; 2) um conteúdo capaz provocar um grau elevado de interesse pela coisa pública.

Sendo gratuita, não significa que a educação não tenha um reconhecido custo econômico. Mas ele deve ser suportado pela sociedade através do sistema tributário do Estado. Gratuidade não significa estatização da educação. Não é necessário (não sendo recomendado) que o Estado detenha-lhe o monopólio. Ela pode ser oferecida por escolas administradas por associações civis, desde que sem fins lucrativos, com verbas repassadas pelo orçamento público. Como foi visto, uma associação civil fortalecida é um bom caminho para a democracia.

²⁹² Sobre a diferença entre nacionalidade e cidadania, vide ANDRADE, Vera R. Pereira de. *Cidadania: do direito aos direitos humanos*, p. 27-28 / 47-50.

O que não se pode tolerar é que uma vaga na escola tenha um preço estabelecido pelo mercado (num capitalismo efervescente e cada vez menos atento à cidadania) e que, assim, seja tratada como mercadoria. Ou seja, a Justiça Democrática sustenta-se com uma educação enquanto bem fora do comércio. Quando o ser humano perceber que é possível conviver num capitalismo limitado, muitos problemas serão resolvidos, inclusive o da educação.

Assim, a escola que forma o cidadão deve ter independência intelectual, autonomia para a pesquisa, conjunto material adequado e valorização de seus empregados. Atualmente, para concretizar tais metas, seriam necessários valores rondando os 25% do Produto Interno Bruto brasileiro (PIB). No caso de países mais pobres este índice poderia alcançar os 30% do seu PIB, além de contar com auxílio internacional. Quanto aos países mais ricos, o índice de aplicação do PIB pode ser menor mas nunca inferior à 10%. São metas ousadas, mas, é muito melhor do que se desperdiçar recursos com as atuais propostas de combate às deformidades sociais, isto é, às conseqüências da falta de investimentos em educação: a violência urbana, o desemprego, a miséria, enfim, todo um conjunto de tragédias que acarretam uma infelicidade social que o capitalismo ilimitado acaba proporcionando.

É importante defender, com consciência tranqüila, uma economia capitalista útil e possível, desde que limitada. Esta consciência só se adquire na escola, pois, na prática, a velocidade habitual dos negócios em comércio impede qualquer reflexão contra uma proposta de lucro em tudo que se possa produzir e consumir. É a melhor

mensagem que qualquer escola pode levar ao conhecimento da opinião pública neste no início de século, antes que seja tarde e que todos os recursos naturais se esgotem, afetando seriamente a própria existência do ser humano. O capitalismo não deve ser combatido com uma corrente que o diga inútil e, portanto, substituível. Na verdade devemos aprender a limitá-lo. A *Carta sobre o Humanismo*, de MARTIN HEIDEGGER, ensina que “lucro” e “capital”, são apenas idéias, o ser humano não é uma idéia, o planeta inteiro não é uma idéia: *Sem embargo, o pensar jamais cria a casa do ser. O pensar conduz a ex-sitência historial, isto é, a humanitas do homo humanus, para o âmbito onde nasce o que é salutar. Assim, o que não for salutar, o bom, será inevitavelmente o mal, manifestado na clareira do ser.*²⁹³ O interesse pela gestão da coisa pública, parte integrante da cidadania, a bem da verdade, só funciona se estiver aliada a uma boa educação.

A distinção entre o público e o privado é bastante difícil, até para quem estuda a Ciência do Direito e a Ciência Política. Imaginem, então, a dificuldade que enfrenta a grande extensão da população mundial, que sequer sabe ler e escrever. Mas, supondo-se que uma razoável escola esteja em funcionamento e que o cidadão possua as informações básicas sobre o assunto, pode resultar um comportamento efetivo de um agente responsável: o cidadão que se interessa pela gestão da coisa pública.

No entanto, não existe uma resposta definitiva sobre isto, que acaba sendo uma questão zetética. Podemos citar como possíveis

²⁹³ HEIDGGER. *Carta Sobre o humanismo*, p. 40.

respostas, ligadas à formação do cidadão que tem interesse pela coisa pública: a) o amor à pátria, fenômeno que está ligado à nacionalidade; b) a realização do trabalho em assuntos jurídico-políticos, fato de se relacionar com a profissionalização das atividades do Estado; c) um dever cívico, que estaria ligado à uma disposição normativa, como uma obrigação jurídica positivada. Analisando as três, vemos que a primeira é de ordem metafísica, a segunda ideológica e a terceira ética. Portanto, a metafísica, a ideologia e a ética estão presentes no conceito de cidadania que está sendo construído e proposto, o que nos parece condizente com nossas convicções sobre as condições transcendentais da Justiça Democrática.

2.3. Integração social.

Não se pode falar de integração social sem mencionar uma referência ideológica sobre a sociedade dividida em classes. Isto é, terá algum futuro, além do inevitável conflito, a sociedade de classes? Como pode o conhecimento da Justiça Democrática avaliar a posição desta ideologia? Ou será que não se trata de ideologia, mas, de fenômeno indissociável do ser humano? Qual o lugar da sociedade de classes na globalização?

São perguntas que necessitam esclarecimento.

A maneira socialista de encarar o Estado como responsável pelo controle de uma sociedade não mais dividida em classes estabelecidas pelo poder econômico dos seus integrantes, acabou não tendo êxito, posto que outros tipos de classes sociais: a dos integrantes

do partido comunista, a dos militares, dos dirigentes das indústrias, enfim dos burocratas do Estado comunista, dos operários, dos cientistas etc. Ora, é óbvio que quanto mais próxima do poder político no Estado comunista, mais vantagens econômicas tiveram por exemplo, na União Soviética, as classes sociais dirigentes, em detrimento das demais. Por sua vez, a divisão em classes sociais no Estado capitalista apresenta uma característica diferente. Têm mais vantagens econômicas as que estão na esfera privada de atuação: os grandes industriais, banqueiros, fazendeiros, ou seja, os detentores da maioria dos bens produzidos pela Nação e mais os investimentos internacionais por eles realizados. Portanto, a reformulação do conceito de oportunidades individuais é tarefa da Justiça Democrática, apresentando a integração social como fundamento do Estado republicano democrático de direito. A primeira premissa é romper com o mito comunista de sociedade sem classes, e a segunda estabelecer um critério para melhorar aspectos polêmicos do sistema capitalista: diminuir a diferença entre as classes propondo a descentralização dos meios de produção e organizando o trabalho de acordo com sua importância para a sociedade.

Segundo definição de que o capital é produto das forças sociais produtivas e, considerando KARL MARX,²⁹⁴ que provou poder o

²⁹⁴ Sobre as atuais relações internacionais, Luís Fernandes interpreta que o manifesto comunista já teria visto a globalização na modernidade. Vide FERNANDES, L. *O Manifesto comunista e a dialética da globalização*. O Manifesto comunista 150 anos depois. Aarão Filho, (org.), p. 111-112: *O Manifesto identifica, como processo constitutivo do mundo moderno, a expansão global do capitalismo histórico a partir dos seus confins iniciais no Noroeste da Europa. Em um processo fulminante e avassalador, o novo modo de produção, pela primeira vez na história, integrou todo o planeta em um único mercado, subordinando, subvertendo e suplantando variadas formas de cultura e de sociedade preexistentes. Nos marcos dessa impressionante ruptura, as potências européias subjugarão em poucas décadas até mesmo os antigos impérios do Oriente, que haviam sustentado um desenvolvimento material superior ao da Europa durante séculos (até o advento da Revolução Industrial)*. E, ainda, segundo o autor, *ibidem*, p. 113: *Portanto, a articulação tensa e*

capitalismo tornar-se destrutivo, já que uma classe empobrecida suporta todo ônus social sem aproveitar as vantagens do capital, fica evidente a necessidade de se entender um modo de produção material que leve em conta a integração social e não sua desintegração, como ocorre em países africanos, sul-americanos e demais países subdesenvolvidos.

Algumas idéias, como a função social da propriedade, a supremacia do interesse público e, principalmente, a reforma agrária, parecem que, mesmo antes de surtirem efeitos, são superadas pelo novo materialismo globalizado, onde a produção está perdendo terreno para o capital especulativo. As transações de divisas na economia produtiva baixaram para 2,5%, sendo que os outros 97,5% são de capital puramente especulativo (dados mencionados pela *Enciclopédia do Mundo Contemporâneo*: 1999, p. 60).

O que acabou com os conflitos da superada Guerra Fria, após a queda do império soviético, parece ter que acentuado os conflitos entre as classes sociais dentro dos Estados. A crescente onda de violência coincide com o maior ônus já suportado pelas classes sociais de baixa e média rendas, principalmente nos países pobres, atualmente chamados de emergentes. Até o governo dos Estados Unidos, com todo seu poder econômico e em pleno desenvolvimento, desenvolveu e implementou há dez anos atrás, uma política criminal radicalmente

contraditória de dimensões globais e nacionais está entranhada na modernidade capitalista desde os seus primórdios. Finalizando, o autor explica que, além da evolução tecnológica e das informações, algo foi determinante para globalização atual, cf. ibidem, p. 116: Sob esse ângulo, a grande novidade do século XX não foi propriamente a constituição de uma economia capitalista global (esta já se encontrava formada e consolidada no século XIX), mas a expansão do sistema de comunidades políticas soberanas para o conjunto do planeta (na seqüência das crises do antigo sistema colonial-mercantilista nas Américas e do seu sucessor colonial-imperialista na África e na Ásia).

ostensiva em Nova Iorque, (de tolerância zero), idéia defendida pelo então prefeito, cujos resultados, segundo ele, haveriam de conter a violência urbana. O país passava naquela ocasião por um período de recessão econômica. É possível concluir, então, que a sociedade de classes é um fenômeno, sem ser o produto específico de uma determinada ideologia, pois sempre esteve presente nas diversas formas, regimes e sistemas de Estado.

Resta saber se o conflito entre as classes é inevitável ou se é possível impedir que ele aconteça. Se é positivo, ou seja, se não assume uma forma violenta, é benéfico à sociedade. Mas, se o conflito torna-se violento, isto é, assume a forma de altos índices de crimes contra o patrimônio, revolução, golpe de estado e terrorismo, é porque alguma coisa não está funcionando bem na cadeia de produção material. Existem duas respostas possíveis e esse estado de coisas: uma imediatista que significa repressão. Quando necessária pode gerar mais violência. A outra, a longo prazo, é integração social.

Assim definimos a integração social, um dos fundamentos do Estado republicano democrático de direito, como sendo um processo de reprodução orientado para reivindicações de validade que têm como componentes estruturais a cultura, a sociedade e a personalidade. Na integração social a cultura liga-se às obrigações morais; a sociedade às relações jurídicas; e, a personalidade às associações legitimamente constituídas. O maior desafio da integração social, parece-nos o de efetivar uma maior aproximação econômica entre as classes sociais, dando ao trabalho, o valor da sua importância para sociedade A

avaliação não deve considerar apenas lucros do capital especulativo – binômio custo-benefício -, mas também, o princípio da liberdade de trabalho, como garantia fundamental prevista pela Declaração Universal de Direitos Humanos e pela economia de produção real, dentro de um capitalismo, como já foi visto, limitado. É necessário, no entanto, agregar uma qualidade a esta limitação, o que atribui uma função social do capital na integração social.

2.4. Soberania.

Durante a vigência das Cidades-Estado da antigüidade, imperou uma noção teoricamente mal formulada pelos filósofos acerca da soberania. ARISTÓTELES, na obra *A Política*, usou a expressão *poder soberano nas cidades*, para identificar o exercício das funções do seu *corpo deliberativo*.²⁹⁵

Na era medieval, tendo em vista a grande descentralização do poder, em parte provocada pelo feudalismo, os governantes entendiam como poder soberano o que correspondia aos limites territoriais do seu feudo. Não obstante, haver doutrina que defenda a proposta inicial do feudalismo como era de centralização do poder, PAOLO COLLIVA, mostra que os monarcas acabaram, na prática, perdendo o controle do sistema, que tornou-se um *acentuado fracionismo*.²⁹⁶ Aos poucos, com inúmeras guerras, foi sendo restabelecido o poder real, enfraquecendo, assim, o poder dos senhores feudais que passaram a se submeter ao

²⁹⁵ ARISTÓTELES. *A Política*, p. 153.

²⁹⁶ Apud BOBBIO *et al. Dicionário de política*, P. 490.

poder soberano do rei, já no fim da Idade Média. É o início dos Estados nacionais, fundamentados na soberania.

Desde o surgimento do Estado nacional, até o final da penúltima década do século XX, mais precisamente, até a queda do muro de Berlim, a soberania estava sendo entendida como o poder único, indivisível, inalienável e imprescritível do Estado.

A partir de então vamos questionar estas características e indicar uma concepção de soberania enquanto fundamento do Estado republicano democrático de direito coerente com o que, até aqui, foi dito pela Justiça Democrática.

Como vimos, a lógica do poder envolve a negação do Poder natural, a existência da condição pública do indivíduo, a opção pela solidez que a república representa e a democracia. Questiona-se, então, como se pode entender, à luz destas evidências, a soberania no início do século XXI? Para se obter uma resposta efetiva faz-se mister levada em conta a diferença que se estabelece entre o conceito de Estado e de Nação. Sendo o Estado, uma sociedade complexa e politicamente organizada por um conjunto de normas jurídicas, tendo a Constituição como estrutura e, infraconstitucionalmente, leis que regulam os mais diversos tipos de comportamentos e ações humanas, o que resta para o conceito de Nação é pouco mais do que um sentimento de afinidade entre os membros daquela sociedade. Se lhe forem acrescentados o senso comum médio e a ideologia está formado o sentido de comunidade que implica em Nação. A globalização, já mencionada como nova organização de mercados nacionais à procura de outros, vai ser

considerada numa perspectiva diferente, de uniformidade que a economia mundial pretende estabelecer, já em amplo processo de marcha, que está sendo acompanhada de um profundo e estratégico plano de propaganda ideológica em favor dos países mais ricos. Essas informações estão sendo difundidas muito rapidamente e, portanto, acabam sendo agregadas ao senso comum médio e à ideologia das Nações, o que somente foi possível através do advento tecnológico: a televisão a cabo (com cada vez melhores recursos via satélite e *on line*), a informatização das telecomunicações (*internet* e telefone móvel), os mercados comuns (União Européia, Mercosul, Nafta etc.), a infraestrutura dos transportes (principalmente o aéreo) e, o pelo fim do tradicional monetarismo que vem sendo aperfeiçoado pela teoria de economia de mercado atrelada ao câmbio móvel (tendo como controladores o Fundo Monetário Internacional–FMI, e o mais importante deles, o *Federal Reserve*-FED, o banco central norte-americano). Este sistema estabelece uma aferição diária da balança comercial interna e externa de todos os países participantes.

A conclusão possível é de que as Nações tendem a se uniformizar, respeitadas algumas particularidades. De modo geral, os bens duráveis de consumo são os mesmos, as notícias são as mesmas e parecidos os respectivos comentários. Estes fatores exercem, é óbvio, pressão na cultura nacional.²⁹⁷ Contra argumentando, pode-se dizer que o quadro descrito não é totalmente verdadeiro, tendo-se em vista a

²⁹⁷ Reconhecendo uma crescente uniformização através da generalização de formas culturais e uma maior acessibilidade a elas, estando amplificada pela simultaneidade planetária, figura Zaki Laïdi, vide ORTIZ, Eduardo. *El Estudio de las relaciones internacionales*, p. 169.

grave miséria que assola algumas Nações. Ora, este argumento contrário, não leva em conta que a globalização é um processo em fase inicial. Os defensores deste modelo apostam que a se prosseguir com ele, será, em algum momento, erradicado o problema das desigualdades sociais. A questão a ser respondida, entretanto, diz respeito à situação em que as Nações que tendem a se uniformizarem: o que acontecerá com o Estado? Especificamente, o que será da soberania?

Não se pode comparar uma época em que as cartas passavam meses no navio até que chegassem noutra porto com os dias atuais, em que a era da informação instalou-se. Nem mesmo nos esportes (que hoje são tratados como empresas) estão dispensando a atenção nacional, como outrora acontecia nas incríveis disputas entre os Estados Unidos e a União Soviética. Por outro lado, os inimigos do Estado estão dentro dele e não fora (casos atuais da violência urbana). Observa-se ainda que os governos apresentam um discurso sem grandes esperanças: instalou-se, nos últimos anos do século XX, a já mencionada era do conformismo econômico.²⁹⁸

Assim, justificada esta nova era como sendo muito previsível e sob controle de planejamento rígido de mercado, feito pelos Estados, ainda,

²⁹⁸ Vide KRUGMAN, Paul. *A Era do conformismo*, p.153, que previu, em 1990, uma reação soberana norte-americana, para o ano 2000, por pressões da economia internacional, dizendo que: *O risco da reação nacionalista norte-americana nessas circunstâncias – as Guerras Comerciais de Gary Shilling tomando o luar da Guerra nas Estrelas – é óbvio. Se os Estados Unidos se deixarem dominar pelos instintos, e se os europeus e japoneses os imitarem, os anos 90 presenciaremos um aumento gradual das restrições comerciais. Talvez não ocorra uma ruptura explícita dos tratados comerciais vigentes, mas elas serão contornadas de várias maneiras. Portanto, o mundo tenderá a se dividir em três blocos comerciais : norte-americano, europeu e do leste-asiático. Pelo menos nesse ponto o futuro imediato diferirá do passado recente: os efeitos das restrições comerciais deverão ser suficientes para reverter a tendência de crescente integração econômica internacional. Pelo menos em termos do comércio, a economia mundial será provavelmente menos unificada no ano 2000 do que hoje.*

temos uma pesquisa em ciência e tecnologia concentrada com fraco compartilhamento internacional de algumas parcelas de seus resultados como o controle da poluição e do desequilíbrio ambiental, somando-se a isto, o fim das alternativas contrapostas ao capitalismo. Tudo ficou muito parecido entre as Nações, exceto que algumas são muito pobres e outras excessivamente ricas. Em obra recente, MÁRIO LÚCIO QUINTÃO SOARES faz ver, numa nova análise da teoria do Estado, que:

O conceito de soberania foi reformulado, em consonância com os novos paradigmas, ampliando e democratizando a concepção da liberdade mediante a emancipação da coação social e das relações de domínio(KRIELE, 1980:234). Da liberdade de contratar peculiar à soberania de alguns sob o paradigma liberal, perpassando para a liberdade para todos no sentido da soberania da igualdade formal sob a perspectiva social, até a busca da consecução da soberania da justiça sob o prisma do Estado democrático de direito.²⁹⁹

O que se pode, então, sustentar como sendo uma soberania atual? É difícil, mas, a Justiça Democrática pode apresentar uma visão de futuro em que a globalização econômica, desacompanhada de uma reestruturação da Organização das Nações Unidas (ONU), pode trazer sérios problemas aos Estados, ou seja, não pode haver globalização econômica desacompanhada dos respectivos processos político e jurídico, que devem embutir necessariamente, um conceito de democracia internacional. A soberania já sofreu redução substancial com a teoria da autolimitação do Estado (que prevê a possibilidade de limitações à soberania impostas em tratados internacionais). No estrito

²⁹⁹ SOARES, Mário L. Quintão. *Teoria do estado*, p. 169. Este autor defende, principalmente, uma soberania que seja capaz de afastar a autocracia e que permita o desenvolvimento democrático que encontrará *óbices dos novos desafios do processo da globalização*. (Ibidem, p. 174).

plano jurídico, é um acontecimento marcante. Agora, está sendo a vez de a soberania que restou aos Estados, após a teoria da autolimitação ter sido aplicada na prática, ser abalada, justamente, através da influência do mercado globalizado na cultura da Nação. Esta cultura, sendo composta em parte por ideologia, ciência e senso comum médio, tende a se uniformizar em vários aspectos que colocam em crise as teorias tradicionais sobre a soberania do Estado. Seria possível, então, entender a soberania como o poder capaz de resistir à uniformização da cultura ? Ou seja, viver sem telefone móvel, sem os remédios de última geração, sem o cinema, sem televisão via satélite, carros superdesenvolvidos, etc.?

Nem, sabemos como avaliar questões desta natureza por considerarmos, correta muitas vezes, a obtenção de certas vantagens tecnológicas (especialmente as que trazem conforto, e o que é conforto? Ele pode ser definido como esforço mínimo com eficiente resultado, ou uma utilidade prática que traz uma sensação de bem estar), sem, contudo, questionarmos suas desvantagens.

É, exatamente, nessa velocidade que se impulsionou o século XX, sem precedente (nem por analogia) na História o que inviabiliza qualquer esforço do ser humano para rever suas atitudes de consumo relacionadas ao conforto. *Ad argumentandum*, se pudéssemos tirar três fotos da Terra, a partir de um satélite no século I, no final do século XIX e no final do século XX, nossa intuição diz que a primeira imagem não seria muito diferente da segunda. No entanto, em se comparando segunda foto com a terceira veríamos com espanto o tamanho e a

velocidade da destruição, em 100 anos, causada, principalmente, por agentes poluentes, desflorestamento intenso e adensamento populacional em cidades de concreto e asfalto. O que significa dizer que o ser humano em um só século conseguiu desfazer o que foi feito durante milhares de anos, destruindo espécies animais (o conhecido caso do tigre da tasmânia, dentre outros), e a própria geografia, como nos casos de alteração do curso de rios, aterros sanitários e testes de armas nucleares, como o caso da explosão do Atol de Mururôa (território francês).

No citado caso do teste nuclear a França demonstrou o lado sombrio da soberania, colocada acima da própria natureza que o ser humano nem sabe ao certo como foi constituída. Mas, sabe, destruí-la em nome de um poder utilizado de forma arbitrária e descontrolada.

O conforto de poucos não está minimamente preocupado com o desconforto de muitos, que sequer tem conhecimento de tanta sofisticação tecnológica.

Não está fechada a questão da soberania, mas é possível dizer que à Justiça Democrática interessa uma soberania que passe a representar o poder do Estado republicano democrático de direito dentro de uma espécie de Parlamento Mundial. É claro que este foro seria uma instituição muito diferente da ONU em sua atual concepção. Deve ser um Parlamento que traga um avanço à democracia internacional, mais do que uma discussão mundial de problemas locais ou globais (sendo que, os primeiros, muitas vezes não encontram solução interna), mas trazendo efetividade na resolução das questões mais complexas que os

Estados por si mesmos não conseguem resolver sem a aplicação de recursos provenientes de outros Estados em melhor situação.

É como vemos a soberania: num contexto globalizado de economia de mercado internacional, passando a ter um conceito de defesa da cultura da Nação e manifestando-se interna e externamente em defesa da república, da legitimidade e da legalidade de seus atos, da cidadania e da integração social, bem como das garantias de direitos humanos e ambientais, da liberdade e da igualdade, sem que todas estas medidas venham interferir no processo que parece irreversível, muito maior do que a globalização, que é a mundialização.³⁰⁰

3. DAS RELAÇÕES ENTRE O ESTADO REPUBLICANO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O CIDADÃO.

Este último tema estará sendo abordado com o claro objetivo de se elencar as principais relações entre o Estado e o cidadão, sendo óbvio que dentre um número elevado de diversos fatos jurídicos que produzem variadas relações, adotamos um critério para evitar um acentuado casuísmo. Foi a maneira de encontrarmos nestas relações uma possibilidade de generalização filosófica, verificando mais pontos importantes, inerentes às relações político-jurídicas estabelecidas entre o exercício do poder estatal e o da cidadania, como condições positivas da Justiça Democrática.

³⁰⁰ Veremos no Capítulo IV, item 5, a crise da soberania e a diferença entre globalização e mundialização.

3.1. Garantia de direitos humanos.

O que se deve entender por direitos humanos é o mínimo de conteúdo racional e de ordem internacional (moralmente aceito pelas diversas Nações), a ser observado na elaboração das Constituições dos Estados, a fim de que esteja garantida a dignidade da vida do ser humano em sua plena potencialidade. Por plena potencialidade entendemos o conjunto material e moral apto a dar um sentido completo à vida humana, em seus aspectos físico e intelectual. É uma situação que resultou, inicialmente, do liberalismo moderno, através da equiparação das garantias individuais de liberdade e igualdade, tendo avançado depois com a utilização do conceito de Justiça social, que se identificou com objetivo o principal do Estado social. A compreensão positivista da Política, quando transformada em uma Ciência Social, torna-se útil com as funções de organizar o trabalho e garantir o funcionamento estatal, quando substitui-se, as garantias individuais do liberalismo pelas coletivas do providencialismo. A forma utilitarista que assumiu a Justiça social, no entanto, não deve prevalecer, porque leva a um rompimento entre liberdade e igualdade. A Justiça social é responsável, por exemplo, pela concessão de diversos benefícios aos indivíduos, o que significa que a sociedade estará sempre reconhecendo a existência da situação que os gerou, ao passo que, assim, fechando-se um ciclo, ocorre uma resistência em encontrar uma solução apta a resolver o problema. Não ficando resolvido, concede-se mais benefícios, demonstra-se que a Justiça social não enfrenta o problema democraticamente. Foi o caso

brasileiro, quando o governo getulista do Estado Novo, como representante de uma autêntica autocracia, praticou a Justiça social criando um notável sistema trabalhista e previdenciário, absorvendo em parte o modelo Italiano da década de 30 do século passado. Na mesma ocasião o Presidente organizou o Estado brasileiro a partir da produção controlada e dirigida.³⁰¹

Pretendemos avançar com a Justiça Democrática a partir do ponto inicial construtivo da Justiça social, qual seja, a garantia de direitos humanos, apagando-lhe a trajetória utilitarista (que nunca resolvem o problema central) em favor de uma democracia responsável pela efetividade das medidas que garantam uma condição digna de vida, com liberdade e igualdade (garantia de oportunidades).³⁰² Isso significa que, de certa forma, o próprio adjetivo “social” qualificando a Justiça, merece uma crítica, pois, qual Justiça não seria “social”? Uma Justiça que está desacompanhada dos direitos humanos, obviamente.³⁰³

A Organização dos Estados Americanos, serve de exemplo tendo a proclamado os direitos fundamentais da pessoa humana, sem distinção de raça, nacionalidade, credo ou sexo e da justiça e segurança sociais como bases de uma paz duradoura (Carta da OEA, artigo 3º, j e h).³⁰⁴ É uma maneira de estabelecer uma aplicação atualizada da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seus dezessete

³⁰¹ Vide, sobre autonomia privada e intervenção estatal, LEBRE, Eduardo Antonio T. *Direito Coletivo do trabalho*, p. 33-39.

³⁰² Se é possível instalar-se uma Justiça Social na ausência de democracia, portanto, ela não nos parece justa, muito menos parece estar apta a nos trazer um conceito suficientemente democrático de direitos humanos, tendo em vista que a obscuridade das forças produtivas entendidas pelo utilitarismo podem trazer à sociedade prejuízos futuros inimagináveis.

³⁰³ Isto nos leva a crer que o conceito de Justiça Social, apesar de importante, não comportou a universalização como o conceito de Justiça Democrática aqui proposto.

³⁰⁴ Vide MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional americano*, p.101-102.

artigos decretados em 1789 pela Assembléia Nacional francesa e, também, da reforma constitucional norte-americana que acrescentou vinte e seis artigos à Constituição Original. As primeiras dez emendas (...) *impoem limitações aos poderes dos diferentes departamentos do governo federal, tendo por fim o proteger de uma maneira bem definida as liberdades populares(...)*.³⁰⁵ Ela é seguida de outra emenda que:

(...)limita-se a tolher aos Estados a faculdade de opprimirem varias e determinadas classes populares, de criarem injustas distincções entre classes e de suprimirem direitos que lhes são fundamentaes.³⁰⁶

Por outro lado, temos que concordar com ANTONIO CANÇADO TRINDADE quando afirma que a proposta de universalização dos direitos humanos é um consenso presente na comunidade internacional, apesar das divergências culturais existentes entre os países:

Foi, assim, possível, alcançar uma Declaração Universal no mundo profundamente dividido do pós-guerra; foi igualmente possível, em plena guerra-fria, adotar os dois Pactos de Direitos Humanos em votação à qual concorreram países tanto ocidentais quanto socialistas, com regimes sócio-econômicos antagônicos. Em meio a tantos antagonismos da época, foi possível afirmar a indivisibilidade de todos os direitos humanos.³⁰⁷

Exatamente, referimo-nos à Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Esse instrumento internacional projeta a visão de

³⁰⁵ COOLEY, Thomas. *Princípios Gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*, p. 176.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 177.

³⁰⁷ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A Proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*, p. 113.

plena potencialidade da vida rumo à universalização de conceitos que vão além dos tradicionais níveis civis e políticos do século XVIII, para alcançar proteção sócio-econômica. Ela é enfática na igualdade enquanto princípio não discriminatório, a fim de assegurar a liberdade.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada na Colômbia, em 1948, amplia ainda mais a tendência de garantias sociais, trazendo a seguridade social expressamente prevista no artigo 16, direito à saúde e bem-estar no artigo 11, direito à educação no artigo 12, direito aos benefícios da cultura no artigo 13, e direitos trabalhistas como salário justo, férias e liberdade de associação sindical, nos artigos 14, 15 e 23, respectivamente. Houve, então, uma política diferenciada, privilegiando a matéria trabalhista.³⁰⁸ Trata-se de uma mudança profunda nos direitos humanos que evoluiu da concepção liberal, que libertou o Estado das monarquias absolutistas, para uma concepção mais abrangente no século XX, com ênfase na plena potencialidade da vida. Podemos afirmar tratar-se de uma concepção sócio-econômica, civil e política, atualmente em vigor.³⁰⁹

³⁰⁸ Sobre uma tentativa de uniformização das leis trabalhistas dos Estados americanos, vide RUSSOMANO, Gilda M. C. Meyer. *Direitos Humanos*, p. 18.

³⁰⁹ Segundo TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A Conferência mundial de direitos humanos: lições de Viena*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, vol. 10, julho de 1994, p. 235: *É difícil evitar a impressão que nos deixou a Conferência de Viena de que o mundo talvez ainda não esteja suficientemente preparado para o período pós-guerra fria. É imperioso que os ventos de transparência e democratização, que felizmente arejaram e alentaram as bases de tantas sociedades nacionais em distintos continentes, alcancem também as estruturas dos organismos internacionais, tanto os políticos (como o Conselho de Segurança, entravado pelo veto), como os financeiros (como os organismos supracitados das Nações Unidas, condicionados pelo voto ponderado ou proporcional). Não se pode professar o universalismo no plano conceptual ou normativo e continuar aplicando ou praticando a seletividade no plano operacional. Os direitos humanos se impõem e obrigam os Estados, e, em igual medida, os organismos internacionais e as entidades ou grupos detentores de o poder econômico, particularmente aqueles cujas decisões repercutem no quotidiano da vida de milhões de seres humanos. Os direitos humanos, em razão de sua universalidade nos planos tanto normativo quanto operacional, acarretam obrigações erga omnes.*

No entanto, do crescimento da economia mundial, com redução da taxa de emprego, que foi substituído pela tecnologia, produzindo uma população marginal ao consumo de bens e serviços e, conseqüentemente, da própria tecnologia, resultam sérios problemas de sustentação de um meio ambiente saudável, de garantias de direitos humanos não acompanhadas das garantias de direitos ambientais.

3.2. Garantia de direitos ambientais.

No âmbito dos direitos humanos, os direitos ambientais merecem destaque. Intimamente ligados à vida humana, pela complexidade que eles apresentam e por interessarem a humanidade, estes novos direitos, numa realidade ultra abrangente que implica muito mais do que dignificar os seres humanos, a proteção ambiental vem inclusive para garantir a vida de gerações futuras, daqueles que ainda nascerão, através de ações que garantam a vida de todas espécies de seres vivos, inclusive, de planetas inteiros ou corpos celestiais (astros, satélites etc.).

Os direitos ambientais são o conjunto de medidas eficazes de defesa e proteção do meio ambiente, inclusive as normativas. Mais importante do que o conteúdo jurídico destas medidas, sem dúvida, é o interesse do ser humano não equiparar-se a Deus, imaginando-se capaz de recriar tudo o que reduziu a pó.³¹⁰ O investimento em pesquisa, sobre

³¹⁰ Vide LEITE, José Rubens M., *et al. Direito Ambiental na sociedade de risco*, p. 45. Sobre os crimes ao meio ambiente, sua proteção constitucional e legal, vide FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes Contra a natureza*. 260 p.

os impactos ambientais, trazidos pelo desenvolvimento tecnológico, é uma medida tão importante quanto a de ordem legal.

Nos 100 últimos anos, houve uma acentuada onda de destruição, provocada não só pelo modo capitalista de produção adotado, mas, principalmente, pela crescente tecnologia, que comporta um sério risco social, e que levou alguns autores a adotarem a expressão *sociedade de risco*.³¹¹ A noção de Justiça ambiental ligada ao Estado democrático de direito, com enfoque numa democracia ambiental, deve ser capaz de contar com a participação de todos na defesa do meio ambiente. São necessárias, ainda, a responsabilidade social (entenda-se não somente do Poder Público mas de todos indivíduos), a liberdade de acesso à informação em matéria de meio ambiente e instrumentos jurídicos, principalmente, os de ordem processual para dar efetividade à legislação ambiental.³¹²

3.3. Liberdade.

O Direito regula o comportamento social humano no sentido positivo quando prescreve uma conduta de forma a estabelecer uma

³¹¹ LEITE, José Rubens M, op. cit., p. 103: *A sociedade capitalista e o modelo de exploração capitalista dos recursos economicamente apreciáveis se organizam em torno das práticas e comportamentos potencialmente produtores de situações de risco. Esse modelo de organização econômica, política e social submete e expõe o ambiente, progressiva e constantemente, ao risco. (...) O dano ambiental é um desses novos problemas produzidos pelos modelos de organização social de risco, e que se relacionam de forma mais próxima com a pretensão deste trabalho. Ainda, sobre a sociedade de risco, temos a explicação de Ulrich Beck: A percepção dos riscos ecológicos globais leva muitos a adotar uma posição fatalista. Como pode haver uma discussão política serena, isto é, que não queira iludir a si mesma, diante desta maquinaria de autodestruição do megassistema da indústria global? Nesta visão – me perdoem – limitada, inspirada em um realismo ingênuo, de riscos que existem ‘por si’, ignora-se a principal artimanha da sociedade mundial de risco (...) Sociedade de risco significa: o passado perdeu seu poder de determinação sobre o presente. Entra em seu lugar o futuro – ou seja, algo que não existe, algo fictício e construído – como a causa da vida e da ação no presente.* (BECK, U. op. cit., p. 175 e 178).

³¹² LEITE, José Rubens M, op. cit., p. 30-39.

ligação entre um ato coercitivo de cobrança e a conduta normatizada. Há, porém, um sentido negativo, na medida em que, muitas vezes, não existe proibição, nem obrigação. Não se proíbe a conduta nem se encoraja conduta contrária.

Dessa forma, a liberdade de um indivíduo repousa no fato de lhe ser determinada conduta permitida, porque não é proibida. A liberdade garantida pela ordem jurídica, apenas, se limita à observância de que esta prescrição implica necessariamente outras pessoas (alteridade), isto é, a liberdade de conduzir-se de acordo com tudo que não lhe seja interdito, sendo que qualquer ingerência exterior que possa atingir esta esfera de liberdade figura como conduta proibida.³¹³ Por outro lado, a liberdade numa situação de ausência de vinculação jurídica, melhor explicando, na esfera da existência humana, em que não penetra qualquer comando ou regra e, mesmo sob a ordem jurídica concebida por um Estado totalitário, existe uma liberdade inalienável. Alguns acreditam que seja produto do Direito natural, mas, independentemente de sua origem, sua essência é o que importa, pois, sempre vai alterar o curso da disciplina normativa imposta. Daí, entendermos que se a conduta pode ser no sentido de observar ou não a norma jurídica, a liberdade é, nesse sentido, a possibilidade de sua violação. É o que torna o Direito um sistema dinâmico: se não houvesse quem desrespeitasse a proibição da associação civil para fins trabalhistas, hoje não teríamos os sindicatos.

³¹³ Assim, podemos identificar uma explicação do conceito dessa Liberdade frente ao princípio que lhe dá garantia jurídico-institucional .

No entanto, a dificuldade reside no fato de que não podemos acreditar que todo comportamento *contra legem* seja saudável. É, apenas, uma constatação dentro de um enfoque individual, porque somente o indivíduo pode decidir se vai ou não respeitar a lei. Coletivamente, quando um grupo de indivíduos, por exemplo, passa a acreditar na independência nacional de um país, em face de seu opressor colonialista, rompendo com o ordenamento jurídico vigente, aparece uma raiz comum, a idéia ou sentimento de Justiça. A liberdade portanto, tem um sentido objetivo e outro subjetivo. O primeiro enfoque é conceitual ou gnoseológico, representa a ordem jurídica positiva, sendo o justo aquilo que é jurídico. Ambos os enfoques são derivados da alteridade que envolve a liberdade, já mencionada no início desta exposição. O sentido subjetivo é, exatamente, a raiz comum denominada Justiça submetida a uma concepção racional como critério ideal, melhor entendida pela teoria do historicismo, na qual a relatividade dos conceitos pode melhor explicar o que justifica a ação justa e torná-la diferente da ação injusta, independentemente de um único critério que seja o do Direito vigente. Melhor será entendida a liberdade, portanto, a partir do seu estudo como objeto em constante evolução, como uma reação contra o apriorismo do século XVIII, haja vista o mencionado desenvolvimento dos direitos humanos a partir daquela época ter sido necessário à adaptação à realidade em constante processo de mudança.

Assim, a escola histórica³¹⁴ contribuiu para desacreditar o Direito natural e, como corolário, a idéia que a liberdade tem nele suas raízes. Em lugar disto, desperta a atenção dos jusfilósofos para o fenômeno do costume e da tradição na concepção de uma ordem jurídica livre e igualitária.

3.4. Igualdade.

A máxima diz que “todos nascem livres e iguais perante a lei”. Ela contém um sentido de igualdade que deve afastar-se do Direito natural. A noção mais evidente da igualdade está expressa nas idéias de RUDOLF VON IHERING³¹⁵, para quem *a luta pelo Direito* é a verdadeira manifestação da igualdade, posto que a sociedade deve estar unida em torno de uma causa comum, o que favorece, individualmente, a cada um. Sendo que se ninguém tiver coragem de defender a lei será então mais responsável pelo seu descumprimento do que o próprio infrator. Só merece liberdade e igualdade quem tiver como meta a luta pelo Direito. Portanto, o sentido jurídico da igualdade não pode vir desacompanhado do sentido de ordem moral, estabelecido de maneira diferente daquela usada para estabelecer a liberdade.

Uma forma de entender a igualdade é descrever a situação comunicativa que a cerca, assumindo o ponto de vista das teorias da comunicação.³¹⁶ Nas condições transcendentais, observamos sua

³¹⁴ Surgiu na Inglaterra, na França e Alemanha, no século XIX, defendida por Edmundo Burke, Bonald, Comte, Maistre, Fichte, Humbolt, Puchta, Savigny, Neibuhr, Adam Müller, Justus Moser e Hegel.

³¹⁵ IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo direito*, 78 p.

³¹⁶ Vide sobre pragmática jurídica, FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*, 181 p.

importância nas lições de HUMBERTO ECO. Na situação comunicativa estabelecida pelo discurso da igualdade encontra-se a interação com a liberdade. Isto significa que nos acostumamos a ouvir que sem uma a outra inexistem, fenômeno da linguagem que podemos chamar de reflexividade. Ela envolve o comunicador e o receptor, podendo implicar numa homologia ou heterologia e ainda podendo ser de estrutura dialógica ou monológica, quando for uma homologia, e apenas dialógica quando for uma heterologia. Fica claro, então, que a igualdade, vista sob o prisma da linguagem, é um relato (informação) e um cometimento (compreensão da informação). O relato representa um *dubium* (estrutura dialógica) enquanto o cometimento é *certo* (estrutura monológica). Dessa forma, a situação comunicativa normativa que descreve a igualdade tem estrutura dialógica-monológica, donde decorre que, conforme modelo pragmático, a *quaestio* é ao mesmo tempo indeterminada e determinada.

A ligação com a corrente de IHERING, esclarece: a igualdade é determinada em se considerando a relação entre a autoridade e o sujeito (atributos da liberdade), de estrutura monológica, que implica na ausência de dúvida enquanto necessidade da defesa do Direito para se atingir a igualdade. O sujeito sempre tem autoridade para fazer valer o Direito. Mas, a igualdade é, também, um *dubium* (indeterminada, de estrutura dialógica), considerando aqui a relação entre a parte argumentativa e a do intérprete, cuja regra básica é que todas as ações lingüísticas do comunicador podem ser postas em dúvida pelo receptor, o que prova a necessidade da democracia para permitir diálogos parciais

que resultarão em enunciados primários com força persuasiva, porém nunca definitivos.

Concluindo, a Justiça Democrática reconhece que a igualdade seja um fenômeno reflexivo da liberdade cujo conteúdo está em constante mutação através de sua estrutura dialógica. Mas, definitivamente, é somente pelo Direito, ou seja, pela defesa do ordenamento jurídico vigente, de acordo com a sua estrutura monológica, que se pode atingir a igualdade.³¹⁷

³¹⁷ É o reconhecimento limitado à igualdade formal, por muitos criticada, mas que vem atravessando os tempos como maneira eficiente de garantia da liberdade.

CAPÍTULO III

DAS CONDIÇÕES FUNCIONAIS DA JUSTIÇA DEMOCRÁTICA

1. DA FUNDAMENTAÇÃO DO CONTROLE DO PODER.

Tendo sido demonstradas as bases filosóficas e científicas do poder sob o ângulo da Justiça Democrática, resta estabelecer seu funcionamento demonstrando que ele representa uma preocupação universal, desde os mais remotos tempos. Relembrando os diversos tipos de poder vimos que o familiar, do *pater*, fundado no costume e na tradição, limitaram o poder dos Estados antigos, como também os limitavam as incursões estrangeiras que reivindicavam, diplomaticamente ou através da guerra, conquistas econômicas.

Em Roma, que já contava com uma certa sofisticação do sistema político em seu período republicano democrático, quando o governo foi exercido por dois cônsules e o senado, órgãos que decidiam, em caso de grave crise, a unidade de comando na pessoa do ditador, este último, que era obrigado a deixar o poder quando solucionada a crise, demonstra a importância do controle do poder como condição sine-qua-non de funcionamento.

Na Idade Média, a Igreja Católica reuniu poder suficiente para impedir a unidade nacional, que só aconteceu com o Renascimento. Assim procedendo, esta Igreja, utilizando-se da teologia como fundamento, limitou o poder dos reis e evitou o aparecimento de impérios. Na prática, essa atitude traduziu-se da ocorrência da política descentralizada na experiência medieval de comando dos feudos.

Mas, a era da modernidade reservou aos Niveladores o papel mais importante a respeito da limitação do poder através de um sistema eficaz de controle. Este movimento político pretendeu, sem sucesso, instalar uma república democrática na Inglaterra, mas consolidou a necessidade do controle do poder, principalmente, pela Constituição e pela separação dos poderes. Segundo NORBERTO BOBBIO, *John Lilburne, Richard Overton e William Walwyn*³¹⁸ foram os principais representantes de uma ala radical da Revolução Vitoriosa de 1688, pela qual foram limitados os poderes da Coroa através de um acordo político com o povo e o Parlamento.

Já, DEL VECCHIO reconheceu que *John Locke foi, sem dúvida, o mais importante autor sobre o assunto do controle do poder (ainda que não se possa dizer que foi um Nivelador) ele que passou a entender que existe possibilidade de ditar condições ou de fixar limites à autoridade a que se submetem.*³¹⁹ Cumpre destacar ainda que, na modernidade, *L' Esprit des Lois*, escrito de MONTESQUIEU datado de 1748, representa um aperfeiçoamento (pela fundamentação teórica) das idéias políticas dos Niveladores, estabelecendo definitivamente uma teoria que sustenta a separação dos poderes do Estado. Mas não é só isso que ele representa: ele descreveu a conduta interna de cada um

³¹⁸ Vide BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*, p. 34.

dos poderes conhecidos como Legislativo, Executivo e Judiciário. Portanto, além da objetividade da sua tese, ela se apresenta como o marco da necessidade de uma ética no desempenho, pelos agentes públicos, investidos nestas funções pelo Estado. A partilha igualitária das terras foi, segundo MONTESQUIEU, uma causa da grandeza de Roma.³²⁰ É uma situação inimaginável sem uma efetiva forma de controle de poder.

Em nossos dias, PEDRO C. B. DE VASCONCELOS, um autor que, inovando, formula uma teoria geral do controle do poder público, cujo desfecho é surpreendente, na medida em que a lógica do controle é estabelecida pela parábola de um método euclidiano de geometria, para, então, sustentar o *controle como parábola do poder*.³²¹

Uma vez estabelecida a universalidade do pensamento sobre o controle do poder, como forma de se estabelecer uma direção deste controle, consideramos útil a demonstração de um modelo de legislação, cujo caráter é adequado pela característica do empirismo que surge como a marca do controle, a partir de LOCKE, em direção da funcionalidade que se pretende estabelecer na Justiça Democrática. Assim, pretendemos que a supremacia constitucional tem relação com as formas de controle da constitucionalidade de todas as normas jurídicas e dos atos administrativos praticados pelo poder público, como de qualquer ação ou omissão do Estado ou do particular que possam apresentar-se

³¹⁹ VECCHIO, Giorgio del. *Lições de filosofia do direito*, p.103-104. Foram, também, citados por Del Vecchio, intelectuais como Ricardo Hoocker, Roberto Filmer, João Milton e Algernon Sidney.

³²⁰ MONTESQUIEU. *As Causas da grandeza dos romanos e da sua decadência*, p. 133.

³²¹ VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. *Teoria geral do controle jurídico do poder público*, p. 225-244.

contrários à Constituição. Estamos portanto, diante de uma importante condição funcional da Justiça Democrática.³²²

Como são conhecidas estas formas de controle da constitucionalidade e como se desenvolvem? A resposta vem ao encontro de parte de uma visão contemporânea (restrita ao Direito e à Política) de controle do poder, complementando, assim, a evolução de um pensamento que se mostra universal mas que comporta renovação sobre o seu conteúdo, responsável por todo o conjunto de condições funcionais da Justiça Democrática que serão demonstrados adiante, e que de certa forma sempre se relacionam com a Constituição.

Concluindo, a fundamentação do controle do poder para a Justiça Democrática vem confirmar, a *ação bidirecional* (Direito e Política), que deve convergir para um sistema capaz de tornar eficaz o controle do poder público, através do respeito à constitucionalidade de seus atos, já que a teoria indica a supremacia constitucional, garantia de desenvolvimento democrático do contrato social.

1.1. Supremacia da Constituição e controle de constitucionalidade.

O que é uma Constituição?

Estabelecer uma definição que possa abarcar os vários sentidos que ela pode envolver, como o social, o político, o jurídico, o econômico, o filosófico, dentre outros, afetos, em geral, às Ciências

³²² Não existe controle do poder sem que haja democraticamente um controle da constitucionalidade, que é sem dúvida, uma condição funcional da Justiça Democrática.

Humanas, não é fácil, mas é possível propor uma definição útil à Justiça Democrática.³²³

Num sentido semântico, “constituição” assume a forma que dá estrutura à coisa. Diga-se estrutura e não essência, pois, a essência é meta-estruturante. Num sentido genérico, uma partícula ou o conjunto de partículas estruturam a coisa, caracterizando portanto, uma constituição. É um enorme erro tentar equiparar a estrutura da coisa com sua essência, porque estruturar algo é tomar uma decisão (ação) de forma coerente e sistematizada, ou seja, estabelecer ordem através de uma planificação (uma só dimensão). A essência não trabalha com o horizonte plano, mas com a abstração multi-dimencional. Portanto, não se pode estabelecer ordem na essência da coisa, é apenas possível propor um jogo de justificações racionais que não impliquem uma ação. Estamos diante de um problema quase equacionado sobre uma definição de Constituição que interessa à Justiça Democrática. Nossa posição, desde o início, está sendo de restringir ao Direito e à Política as análises aqui contidas, apesar de já termos advertido que é improvável falar da Justiça sem se envolver com todas Ciências e com a Filosofia. No entanto, devemos destacar uma definição de Constituição restrita à Política e ao Direito, porquanto, ao Estado.

O sentido jurídico da Constituição que é como um conjunto de normas jurídicas que estruturam o Estado. Melhor explicando, estas

³²³ Vide definição de VECCHIO, op. cit., p. 478: *Constituição é o modo pelo qual se organiza o poder do Estado e se regula o seu exercício. Neste sentido, não há Estado sem Constituição. A palavra, contudo, abrange ainda um conceito mais restrito: o de um ordenamento do poder público que se faz acompanhar de um sistema de garantias dos direitos individuais. A este propósito, os Estados classificam-se em Estados constitucionais e Estados não-constitucionais.*

Ainda, sobre a definição de Constituição, vide ROSA, Antonio J. Miguel Feu. *Direito Constitucional*, p. 142: *Dentro de uma Constituição podem-se distinguir várias espécies de prescrições, como, por exemplo: a) normas de organização (relações da federação como os Estados; divisão dos Poderes do Estado; formação, função e atribuições dos órgãos do Estado isolados); b) normas de funcionamento (p. ex., vias da legislação), tanto normas materiais sobre fins e objetivos do Estado*

normas organizam o Estado a partir de seus objetivos, fundamentos, criação de seus órgãos e da definição das suas respectivas funções, através da distribuição de competências, bem como dos recursos econômicos necessário ao seu desenvolvimento (arrecadação). As normas constitucionais, portanto, são aquelas que determinam a orientação política de uma sociedade enquanto Nação. Os cidadãos decidem, através de uma ação política, qual será a estrutura do Estado, utilizando-se da tecnologia jurídica da codificação de normas, materializando, assim, uma Constituição. Observamos, então, que as normas constitucionais só devem referir-se às matérias que dizem respeito aos limites e atribuições dos poderes políticos, todo o restante podendo ser tratado como matéria legal.³²⁴ Em razão disso é que acaba existindo, também, um sentido formal, além do material acima visto, de Constituição, que é o conjunto de normas jurídicas produzidas por um processo legislativo mais rigoroso ou igual ao processo comum incidente sobre as leis em geral (nunca podendo ser inferior).

Este argumentos põem em evidência a supremacia da Constituição e sua posição hierarquicamente superior à todas as outras normas jurídicas, pois, o Direito, enquanto for concebido como ordenamento jurídico sistemático, traz uma singular característica de criar sua própria realidade. Uma delas é a anunciada supremacia

como sobre as relações entre o Estado e os indivíduos (direitos fundamentais, garantias constitucionais).

³²⁴ No entanto, hodiernamente, as Constituições têm abrangido não só os direitos civis, mas, também, uma série de direitos sociais, bem como uma vasta extensão de matérias que poderiam ser tratadas por leis. O fenômeno é observado no Brasil, cuja Constituição tem 250 artigos, mais 83 artigos como Atos de Disposições Constitucionais Transitórias. A Itália, por exemplo, segue com uma Constituição extensa, mas não quanto a brasileira, contando com 139 artigos, mais 18 disposições transitórias. A Constituição cubana conta com 137 artigos. Ao contrário, a Constituição norte-americana tinha 7 artigos. Reformada, ganhou mais 24.

constitucional. A Constituição assim, exerce função inibidora em relação às outras normas e aos atos praticados que contrariam suas disposições, ou seja, limita-lhes o conteúdo, não somente numa interpretação de infração literal à norma constitucional, mas principalmente sistemática, partindo dos princípios constitucionais. Isto somente é possível se entendermos um ordenamento jurídico como um sistema de normas em diferentes níveis, sendo a Constituição a norma.

Do ponto de vista da Política, é possível questionar, primeiramente, a existência ou não de Constituição em todos os Estados. No sentido jurídico material podemos concluir que todos os Estados têm Constituição. Mas alguns deles adotam, como o raro caso da Inglaterra, uma Constituição consuetudinária, sem texto escrito. Advertimos que seria erro considerar que isto atinge o conceito formal de Constituição.

A opção por uma ação política padronizada em níveis mais ou menos rígidos de tratamento legislativo da matéria constitucional envolve o Direito. A maneira, porém, como se apresenta esse Direito, se sob a forma do Costume (situação anglo-saxônica) ou Civil (situação romano-germânica), não significa a dificuldade em maior ou menor grau de mudar uma Constituição, a vontade política a ser superada sempre vai ser mais difícil onde não existe consenso para a mudança, seja qual for o nível de dificuldade do processo legislativo que o Direito estabelecer.

É chegado o momento de dizer que não existe hierarquia entre o Direito e a Política. Ora, não poderia ser diferente, pois, estabelecido o

contrato social, nele está previsto a possibilidade de mudança da Constituição através de vontade política formada, inicialmente, pela condição pública do indivíduo (o conhecimento humano de sua própria autonomia) e, exercida através da cidadania. Portanto, se o Direito ou a Política vierem interromper esta possibilidade de mudança, nenhuma pertence à Justiça Democrática. É por esta razão que a Cláusula Constitucional Pétrea³²⁵ não está contida na Justiça Democrática. Esta Cláusula faz com que o Direito hierarquize-se, assumindo uma posição superior em relação à Política e, dentro da evolução das condições transcendentais, vimos uma noção de estabilidade do Estado, que é hora de criticar, a fim de dar-lhe um sentido correto. A contenção das mudanças sociais resultantes da Justiça Democrática em movimento é impossível. A mais importante das garantias de assimilação pacífica das mudanças sociais, sem dúvida, é a reforma constitucional.³²⁶ Um contrato social que não prevê reforma constitucional incondicionada não é democrático e, portanto, nulo no que é mais essencial ao conceito de Poder Constituinte, isto é o que chamamos de verdadeira eficácia do princípio da autodeterminação dos povos.

A maneira como se dá a reforma da Constituição, no entanto, deve atender as normas jurídicas que o Direito impõe, seja mais ou menos rígida, com quorum legislativo qualificado, maioria simples,

³²⁵ Esta Cláusula está sendo entendida como todo assunto que a Constituição impediu de ser alterado através de reforma constitucional pelo processo legislativo denominado Emenda Constitucional. Entendemos que esta Cláusula não deva atingir outros processos de mudança da Constituição, como o de instalação de uma Constituinte (ou Mini-Constituinte), decisão plebiscitária e referendun popular.

³²⁶ A estabilidade do Estado como condição transcendental não pode ser levada ao extremo. Caso isto ocorra ela deixa de pertencer à categoria da Justiça Democrática, voltando a ter sua primitiva e antidemocrática feição platônica.

eleição direta para representante Constituinte, plebiscito, *referendum*, etc., dentre outras. É só então que, da mesma forma que o Direito, a Política não pode sobrepor-se a ele, não pode avançar sobre a matéria já tratada e vigente, sendo o fundamento disto evidentemente, o mesmo contrato social, porque a expressão viva deste contrato social deve estar escrita na Constituição ou, até mesmo, como previsão do Costume, no caso exemplificado da Inglaterra, adepta do Direito consuetudinário que não tem uma Constituição escrita.

Estabelecida a noção de Constituição e de supremacia constitucional, é preciso fundamentar o controle do poder. Através da observação do modelo brasileiro (como já estabelecido pelo método) inicialmente, pela proximidade destas regras jurídicas que permeiam a nossa atuação no cenário complexo que envolve Direito e Política. E, ainda, cremos estar agindo sinceramente quando aceitamos e afirmamos o fato de que grande parte do sistema legislativo adotado pelo Brasil apresenta-se como referência internacional de uma tecnologia normativa hábil e eficaz de controle da constitucionalidade.

1.1.1. Controle Político.

Esta forma de controle da constitucionalidade tem como característica fundamental a fiscalização prévia dos atos legislativos, ou seja: ao ser elaborada uma norma jurídica ela não deve conflitar com a Constituição. A função de impedi-lo incumbe a quem está elaborando a nova lei. É exigida uma prévia verificação da adequação de norma ao ordenamento constitucional. Em caso de contrariedade deve ser

imediatamente reformulada pelo próprio legislador, o que o poupa do desgaste de uma ação judicial.³²⁷ Portanto, para o aperfeiçoamento do sistema de controle político da constitucionalidade, faz-se necessário a criação de um órgão especial vinculado aos Poderes Executivo e Legislativo que tradicionalmente e com freqüência editam normas jurídicas. Esta função é política, e não pode expressar a função jurisdicional do Estado. O Poder Judiciário até pode ter um órgão especial incumbido de verificar a constitucionalidade de seus atos normativos, não em sua função típica de julgador, mas, na função administrativa (quando edita portarias, regulamentos etc.).

Sobre um conceito de controle político da constitucionalidade, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO arremata:

Pode-se dizer que há controle político toda vez que a verificação de constitucionalidade e, confiada a órgão não pertencente ao Poder Judiciário. A criação desse órgão funda-se principalmente na alegação de que a interpretação da Constituição deve ser reservada a órgãos com sensibilidade política, porque a Constituição, mais do que simples lei, é um plano de vida cujo sentido não permanece estático nem pode ser hierarquicamente considerado. Ademais, o controle judiciário atentaria contra o princípio da separação de poderes, já que daria aos juizes o poder de anular as decisões do Legislativo e do Executivo³²⁸.

³²⁷ Conforme lição de BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, p. 57: *Certas Constituições criam um órgão com a função específica de controlar os atos legislativos, editados ou a serem editados (daí a distinção entre controle a posteriori, no primeiro caso, e prévio, no segundo).*

³²⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, p. 31. Em sentido diferente e a propósito, TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*, p. 41, assinala que o órgão controlador deve estar em órgão distinto dos três poderes do Estado: *O controle por órgão político assenta-se na idéia de que o órgão controlador deve ocupar posição superior no Estado e deve ser distinto do Legislativo, do Executivo e do Judiciário.*

O controle político encontra respaldo, ainda que não mencionado de forma expressa, na teoria de FERDINAND LASSALLE, uma vez que fica implícito nas conclusões finais de seu trabalho:

Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país sòmente tem por base os fatôres reais e efetivos do poder que naquele país regem, e as Constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatôres do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.³²⁹

EDUARDO GARCIA ENTERRIA, por sua vez, identifica LASSALLE como responsável pelo atraso europeu no tocante à recepção da doutrina americana do controle judicial das leis.³³⁰ MICHEL TEMER, assinala o mesmo problema indicando que, mesmo quando o controle da constitucionalidade é praticado por órgão jurisdicional, *sustentam muitos que esta atividade adquire color eminentemente político dado que seu objetivo último é a retirada da eficácia do ato normativo.*³³¹ Finalmente, sobre o controle político, CELSO BASTOS e MANOEL GONÇALVES são unânimes em apontar que a sustentação única desse sistema mostrou-se ineficiente pela fragilidade inerente às opiniões políticas.³³²

1.1.2. Controle Judicial.

Segundo MANOEL GONÇALVES:

(...) há controle judiciário de constitucionalidade sempre que a verificação de concordância entre um ato e as regras

³²⁹ LASSALLE, Ferdinand. *O Que é uma constituição*, p. 61.

³³⁰ Vide ENTERRIA, Eduardo Garcia. *La constitución y el tribunal constitucional*, p. 129-130.

³³¹ TEMER, op. cit., p. 41.

³³² Vide BASTOS, Celso. *Curso de direito constitucional*, p. 57 e GONÇALVES, Manoel, op. cit., p. 31-32.

constitucionais é conferida a órgão integrado no Poder Judiciário, contando com as garantias deste.³³³

A doutrina vem entendendo que a origem do controle judicial está na jurisprudência norte-americana, mais precisamente, no *judicial review*. Em 1803, nos Estados Unidos da América, o caso *Marbury versus Madison* alcançou notável importância após a sentença do famoso Juiz Marshall:

Por primeira vez en esa famosa sentencia se anula una ley federal, partiendo de la observación elemental que hace el juez MARSHALL de que cuando una ley se encuentra en contradicción con la Constitución la alternativa es muy simple: o se aplica la ley en cuyo caso se inaplica la Constitución, o se aplica la Constitución, lo que obliga a inaplicar la ley; él opta por esta segunda solución, naturalmente, que juzga the very essence of judicial duty, sobre la base de lo que ya antes HAMILTON, en The Federalist, había llamado, y va a quedar en adelante establecido como un principio capital del Derecho público norteamericano, la obligación más fuerte, la vinculación más fuerte del juez a la Constitución (higher, superior obligation).³³⁴

CELSO BASTOS, com um brilhante poder de síntese, aponta os pontos principais da *judicial review*:

(...)sendo a lei inconstitucional nula, a ninguém obriga, e muito menos vincula o Poder Judiciário a sua aplicação; por outro lado, diante de um conflito entre a lei ordinária e a Constituição, ao Poder Judiciário incumbe inelutavelmente preferir uma em desfavor da outra. Diante de tal dilema, esposta a teoria que inevitavelmente deve ser dada à Lei Constitucional, que é Superior a qualquer outro ato praticado sob sua vigência.³³⁵

O controle judicial alçou vôo da América do Norte e aterrissou, após relutante resistência, na Europa. Por influência do eminente jurista

³³³ GONÇALVES, op. cit., p. 31.

³³⁴ ENTERRIA, op. cit., p. 126.

³³⁵ BASTOS. *Curso de direito constitucional*, p. 58.

HANS KELSEN³³⁶, em 1920, a Áustria criou a Alta Corte Constitucional. Posteriormente a Alemanha criou também, em 1949, um Tribunal Constitucional Federal.

A idéia da supremacia da Constituição é o alicerce de toda segurança jurídica que permeia o final do nosso século. Assim, a garantia de uma ação judicial como forma de provocar o Poder Judiciário a proferir uma sentença sobre assunto ligado à eficácia e à vigência das normas jurídicas, em razão de uma inadequação ou impertinência provocada pela edição de leis que afrontam os preceitos de ordem constitucional, sugere um avanço da sociedade na busca da Justiça, uma vez que, comumente, são os próprios órgãos do governo os responsáveis pelas violações do texto da Constituição.

1.1.3. Controle Preventivo e Repressivo.

No entendimento de MICHEL TEMER, o controle preventivo:

(...) é localizável quando se pensa em controle lato da constitucionalidade: destina-se a impedir o ingresso, no sistema, de normas que, em seu projeto, já revelam desconformidade com a Constituição.³³⁷

O controle prévio é sempre político, como bem salientou

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO:

Todavia, a excelência revela que toda a tentativa de organizar um controle preventivo tem por efeito politizar o órgão incumbido de tal controle, que passa a apreciar a matéria

³³⁶ Vide ENTERRIA, op. cit., p. 131.

³³⁷ TEMER, op. cit., p. 42.

segundo o que entende ser a conveniência pública e não segundo a sua concordância com a lei fundamental.³³⁸

O controle repressivo, ao contrário, opera a *posteriori*, ou seja, depois que o ato está produzindo seus efeitos dentro do ordenamento jurídico. Na maioria dos países ocidentais o controle repressivo é confiado ao Poder Judiciário.

1.1.4. Controle Judiciário Difuso e Concentrado.

Pelo fato de ser o meio mais importante e, é claro, o que se mostrou mais eficaz, o controle judicial da constitucionalidade apresenta dois sistemas diferentes, de apreciação da alegação de inconstitucionalidade. Embora tenham o mesmo objetivo, que é o de eliminar do ordenamento jurídico o ato inconstitucional, apresentam diferenças marcantes.

O controle difuso se dá quando qualquer juiz está investido de competência para julgar a inconstitucionalidade suscitada em processo judicial pelo interessado na tutela jurisdicional.

O controle concentrado, ao contrário, acontece quando a competência para o julgamento de uma argüição de inconstitucionalidade é reservada a um único órgão do Poder Judiciário, geralmente denominado Corte Constitucional.

³³⁸ GONÇALVES, op. cit., p. 31.

1.1.5. Vias de Defesa e de Ação.

O controle de constitucionalidade pelo órgão jurisdicional pode apresentar-se, também, de duas maneiras diferentes: pelas vias de defesa (exceção) e de ação ou, conforme entendimento de MANOEL GONÇALVES, controle judiciário principal e incidental.³³⁹

A via de defesa se manifesta quando é somente exercitável à luz de um caso concreto, sendo que, aqui, o juiz deverá proferir sentença declaratória no que se refere à inconstitucionalidade do ato impugnado devendo lembrar sempre que a sentença abrange somente o litígio entre as partes, e não é a declaração de inconstitucionalidade da lei em tese, com efeito *erga omnes*, mas uma questão incidental que deve ser resolvida pelo juiz a fim de que possa poder proferir a sentença de uma forma completa e sem vício (condenatória ou constitutiva).

MICHEL TEMER adverte que, na via de defesa, a decisão opera seus efeitos apenas às partes litigantes, não os produzindo contra terceiros. E, arremata: *a via de exceção ou de defesa não significa que alguém assumira a postura passiva.*³⁴⁰ CELSO BASTOS, pensa da mesma forma na medida em que ele aponta, como marca característica da via de exceção, a pretensão do interessado em ser afastado da incidência da norma viciada ou do ato inconstitucional. O traço fundamental da via de defesa, por outro lado, que é o de garantir os direitos subjetivos.³⁴¹

A via de ação, por sua vez, ainda segundo o entendimento daquele autor:

³³⁹ Vide GONÇALVES, M. , op. cit. , p. 32-33.

³⁴⁰ TEMER, op. cit., p. 43.

³⁴¹ Vide BASTOS. *Curso de direito constitucional*, p. 58.

(...) encontra-se primordialmente voltada para o bom funcionamento da mecânica constitucional. Para a boa marcha desta não é suficiente o primeiro caminho de controle da constitucionalidade. Faz-se mister expungir de vez a lei ou ato viciados do sistema normativo.³⁴²

Sobre a via de ação, vale destacar a lição de MICHEL TEMER:

Por esse meio objetiva-se obter a invalidação da lei, em tese. No debate posto na ação direta de declaração de inconstitucionalidade não há caso concreto a ser solucionado. Almeja-se expurgar o sistema de ato normativo que o contrarie, independentemente de interesses pessoais ou materiais.³⁴³

Portanto, embora a via de defesa e a via de ação (que também podem ser identificadas como controle indireto e direto respectivamente), tenham tantas diferenças, vale dizer, que existe entre elas um ponto de interseção que é, sem dúvida, o controle do poder, a fim de assegurar eficácia (defesa da Constituição), seja este controle exercido indiretamente, pela via de defesa, ou diretamente, pela via de ação.³⁴⁴

³⁴² Ibidem.

³⁴³ TEMER, op. cit., p. 44.

³⁴⁴ Vide BASTOS. *Curso de direito constitucional*, p. 60: *Em conclusão, embora tanto a via de ação como a de defesa sejam processos de controle da constitucionalidade, neste ponto apresentando um denominador comum que os unifica em vista de um mesmo objetivo, não há negar-se, entretanto, que apresentam particularidades que os distanciam, segundo a finalidade de controlar a constitucionalidade apenas pela subtração dos interessados, em cada caso particular, aos mandamentos injurídicos de um ato inconstitucional, quer segundo a preocupação de restabelecer a harmonia do sistema constitucional, ferida pela manutenção de lei produzida em desrespeito à Constituição.*

1.1.6. Sistema de controle adotado pela Constituição brasileira.

Atualmente, o controle por órgão jurisdicional (repressivo) é adotado no Brasil, adicionando-se a ele o controle político feito por outro órgão que é, exatamente, o Senado Federal, o papel do Senado não é de mero chancelador da decisão do Supremo Tribunal Federal, como veremos mais adiante na ação direta de inconstitucionalidade.

O controle político (preventivo), também foi recepcionado pela Constituição, na medida em que o art. 58 da Carta Magna autorizou o Congresso Nacional e suas Casas a constituírem comissões permanentes e temporárias. Foi criada então, a importante Comissão de Constituição e Justiça, cuja função é discutir e votar a constitucionalidade do projeto de lei que estiver submetido à competência do Congresso Nacional ou a uma de suas Casas Legislativas. A Constituição no art. 66, § 1º, estabelece o poder de veto ao Chefe do Executivo, para os casos em que o Presidente considerar o projeto inconstitucional ou contrário ao interesse público. Acontece que esse controle político ou prévio não é completo, pois não são todos os projetos de atos normativos que passam pelo crivo, tanto do Presidente (Executivo) como da Comissão de Constituição e Justiça (Legislativo).

Portanto o controle judicial (repressivo) é o que mais interessa na medida em que, este sim, deve ser completo para evitar a insegurança jurídica dos cidadãos e de toda a sociedade (inclusive do próprio Estado).

No Brasil, temos, então, o controle da constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário de forma concentrada e difusa, por via de ação e por via de exceção (defesa). Constatamos, diante disto, a existência do duplo controle exercido de forma concentrada pela via de ação e de forma difusa pela via de defesa (exceção).

O controle concentrado da constitucionalidade se dá, no Brasil, exatamente pela via de ação, sendo que a Constituição denominou esse instrumento de controle como ação direta de inconstitucionalidade, sendo que o art. 102, I da Carta Magna, ao estabelecer competência privativa do Supremo Tribunal Federal (STF) para processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade:

O STF foi erigido à condição de guardião supremo da Constituição, seja na via de ação, seja na de ação. Nesta última, também se verifica a sua manifestação em caráter final, pois, quando o debate entre as partes gerar decisões locais que contrariem dispositivos da Constituição Federal, que declarem a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal ou que julguem válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição, abre-se espaço constitucional para a apreciação dessa matéria, que a ele será levada por meio de recurso extraordinário (art. 102, III, “a”, “b” e “c”, da CF).³⁴⁵

O autor também admite outra possibilidade:

Entretanto, se a decisão chegar ao STF em razão de recurso, aquela Corte pode e deve remeter eventual declaração de inconstitucionalidade, derivada da apreciação do caso concreto ao Senado Federal para que este suspenda a execução da lei, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal.³⁴⁶

³⁴⁵ TEMER, op. cit., p. 46-47.

³⁴⁶ Ibidem, p. 43.

Assim, para TEMER, a declaração de inconstitucionalidade proferida em decisão do Supremo Tribunal Federal, tanto pela via de defesa quanto pela de ação, não tem o efeito de retirar a eficácia de ato normativo: *Essa atribuição foi conferida, privativamente, ao Senado Federal tal como consta do art. 52, X, da Constituição Federal.*³⁴⁷

No que concerne o controle judicial difuso no Brasil, ele opera pela via de exceção, na medida em que qualquer juiz singular tem competência para apreciar pedido incidental de declaração de inconstitucionalidade apenas no caso concreto. É incidental e não principal, porque o interessado está defendendo direito subjetivo e pede a declaração de inconstitucionalidade para subtrair seus injustos efeitos, tanto de uma lei quanto do ato normativo impregnado de vício constitucional, devendo o juiz declarar a inconstitucionalidade na sentença, além de decidir sobre o mérito principal do direito subjetivo discutido na lide. Podemos, então afirmar, sem medo de errar, que o controle da constitucionalidade no Brasil é misto, pois, foram identificados os controles político e judicial, operando duplamente pelo modo concentrado e difuso e pelas vias de defesa e de ação.

1.1.7. A importância do mandado de injunção.

A doutrina brasileira identifica como sendo inglesa a origem dos *writs*³⁴⁸, remontando os tempos da Magna Carta, sempre com um sentido técnico-jurídico de ordem. Para DIOMAR ACKEL FILHO:

³⁴⁷ Ibidem, p. 47.

³⁴⁸ Vide OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Mandado de injunção*, p. 9-10. Vide, também, CRETELLA JÚNIOR, José. *Os Writs na Constituição de 1988* e ACKEL FILHO, Diomar. *Writs Constitucionais*, p. 7.

(...) hoje, o sentido não é diverso, pois verdadeiramente se cuida de um mandamento expedido pelo órgão jurisdicional competente, no exercício da soberania de suas funções estatais, endereçado a quem deve cumprir a lei, seja autoridade ou mesmo a própria pessoa física.³⁴⁹

FRANCISCO ANTONIO DE OLIVEIRA, citando o mestre PONTES DE MIRANDA, identifica nas Ordenações, do Direito português, uma possível semelhança com os *writs*:

Embora regra geral se possa encontrar a origem histórica dos *writs* no Direito anglo-saxão, não se pode deixar de notar a influência do Direito português, velho Direito português no dizer de PONTES DE MIRANDA, em especial Ordenações... Assim é que vamos encontrar nas Ordenações Afonsinas a apelação extrajudicial que muito se aproxima do atual mandado de segurança.³⁵⁰

Por influência direta dos seus principais colonizadores, os Estados Unidos adotaram os *writs* do Direito inglês, adaptando-os à sua realidade local. O *mandamus* do Direito norte-americano é o instrumento usado para obrigar o ocupante de cargo público a praticar ato de seu ofício. A *prohibition* tem a função de proibir o tribunal inferior ou o juiz de primeira instância de tomar conhecimento de casos fora de sua jurisdição. O *writ of certiorari* é admitido para anular atos administrativos ou decisões judiciais que violaram direitos. O *writ of habeas corpus*, remédio que existe desde os tempos da Magna Carta, tendo sido regulamentado em 1679, tem posição de destaque entre todos os instrumentos, pois, é largamente usado nos Estados Unidos e também no mundo todo. Sua principal função é a de garantir a liberdade

³⁴⁹ ACKEL FILHO, op. cit., p. 7.

³⁵⁰ OLIVEIRA, op. cit., p. 9-10.

individual, protegendo-a contra qualquer investida ilícita, seja do Poder Público, seja do particular. O *writ of injunction* permite obstar ou assegurar a prática de determinado ato ou da execução de uma norma, podendo ser intentado como medida preventiva, interlocutória ou principal, com efeitos permanentes. Baseia-se na *jurisdiction of equity*, socorrendo o titular de direito subjetivo de dano irreparável.³⁵¹

Estes exemplos, sem ter esgotado suas espécies, comprovam a importância dos *writs* no Direito comparado, interessa-nos, em particular, um tipo de *writ* constitucional o mandado de injunção da Constituição brasileira que figura ao lado do mandado de segurança, do *habeas corpus* e *habeas data*. Segundo DIOMAR ACKEL FILHO:

(...)o legislador constituinte inspirou-se indubitavelmente no direito americano, dando, porém, características muito mais restritas e peculiares ao remédio, entre nós.³⁵²

Ou seja: o *injunction* norte-americano está baseado na jurisdição de equidade e, ou seja, atua sempre que a norma se afigura incompleta ou insuficiente para solucionar, com Justiça, determinado caso. E, também, quando a questão envolve julgamento com base em princípios de Justiça e consciência, reclamando a busca de um remédio de equidade³⁵³, embora ACKEL FILHO, reconheça várias similitudes entre o *writ of injunction* (americano) e o nosso mandado de injunção.³⁵⁴ Já para JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, não existe qualquer relação

³⁵¹ Vide ACKEL FILHO, op. cit., p. 10.

³⁵² ACKEL FILHO, op. cit., p. 114.

³⁵³ Vide ibidem, p. 113.

³⁵⁴ Vide ibidem, p. 115-116.

(excetuando o nome) do *writ of injunction* (americano) e o nosso mandado de injunção:

No direito norte-americano, inglês e nos direitos de família do common law, *owrit of injunction* é a ordem jurídica da Corte de Justiça, que proíbe pessoa - ou grupo de pessoas - de praticar determinada ação, ou que ordena que certa ação seja realizada. Em suma, no direito inglês e norte-americano, o *writ of injunction* equívale, ou tem natureza jurídica da antiga ação cominatória, do direito brasileiro. E determinação do Poder Judiciário ao particular, consistindo um 'facere', ou em um 'non facere'.³⁵⁵

No Brasil, pois, o mandado de injunção é direito do particular, dirigido ao responsável pela edição da norma regulamentadora para que explicita, em lei, o dispositivo constitucional não auto-aplicável.³⁵⁶

CRETELLA, aponta, a pressão sobre o legislador ordinário para a rápida feitura da norma regulamentadora, quando, terminada a tarefa constituinte, as das Casas se disjungssem e passassem à tarefa normal legislativa, como sendo a causa determinante da criação do mandado de injunção:

O mandado de injunção surge pois, como instrumento de pressão que o próprio constituinte elegeu para impulsioná-lo à missão regulamentadora, o que leva a crer que, num momento dado, o *writ* desaparecerá de nosso direito, quando todas as regras jurídicas constitucionais, dependentes de norma regulamentadora, sejam regulamentadas.³⁵⁷

A Constituição de 1988, inovou na criação do novo *writ*. Destacaram como defensores da idéia Michel Temer, Anna Maria Rattes e Nelson Jobim. O projeto inicial sobre o mandado de injunção acabou

³⁵⁵ CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 101.

³⁵⁶ Vide *ibidem*.

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 100.

sendo alvo de três substitutivos, o último deles para retirar do texto a expressão “direitos e liberdades constitucionais”, substituindo-a por “liberdades públicas”. Entretanto, prevaleceu, na votação do Plenário o texto original.³⁵⁸

Para termos noção exata do âmbito completo da proteção pelo mandado de injunção, ou seja, quais os direitos protegidos pelo remédio constitucional, faz-se necessário conceituá-lo e determinar sua natureza à luz do que dispõe o art. 5º, inc. LXXI, da C.F./88.

Conceito que MARCELO FIGUEIREDO propõe:

Mandado de Injunção é ação constitucional posta à disposição de qualquer pessoa física ou jurídica, apta à tutela de direito individual, coletivo ou difuso, toda a vez que houver falta de regulamentação de direito infraconstitucional, que obstaculize sua fruição.³⁵⁹

O mandado de injunção, portanto, protege direitos constitucionais subjetivos que não estão sendo observados por falta de norma regulamentadora, sua característica fundamental.³⁶⁰ A delimitação dos direitos abrangidos pelo mandado de injunção está presente no texto do art. 5º, LXXI, através das expressões direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e

³⁵⁸ (...)conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. O dispositivo constitucional em questão é auto-aplicável. Ackel Filho, porém, adverte que: *Embora o dispositivo constitucional seja auto-aplicável, pela precisão dos seus contornos e eficácia imediata das normas atinentes às garantias e direitos individuais, a sua regulamentação, por via ordinária, é recomendável, especialmente para a disciplina do rito procedimental a ser observado.* (ACKEL FILHO, op. cit., p. 112).

³⁵⁹ FIGUEIREDO, Marcelo. *Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão*, p. 33.

³⁶⁰ Segundo CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 103: *O sujeito de direito, em determinadas circunstâncias, pode ser direito-direito subjetivo público ou privado -, direito protegido constitucionalmente, mas a falta de norma regulamentadora, descendo do gênero à espécie, pode tornar inviável o respectivo exercício desse direito, havendo, no caso, nítido divórcio entre o direito subjetivo e o direito objetivo, este lacunoso e impedindo o exercício daquele.*

à cidadania. Assim, por direitos constitucionais devemos entender os direitos sociais do cidadão tais como: direito a perceber salário mínimo, à previdência social e todos os benefícios a que se referem o direito do trabalho e da seguridade social. Enquanto que, liberdades constitucionais ou públicas, deve aqui ser entendida como os direitos fundamentais do cidadão, isto é, aqueles contidos no art. 5º, da Carta Magna, tais como: direito à vida, à igualdade, à propriedade, à inviolabilidade de domicílio, dentre outros. Somam-se à garantia dos direitos e liberdades constitucionais as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

A tendência da doutrina é apontar a natureza jurídica como sendo a de uma ação. JOSÉ AFONSO DA SILVA conceitua a injunção como sendo:

(...) um instituto processual civil, outorgado ao legítimo interessado como remédio constitucional para a obtenção, mediante decisão judicial de equidade, a imediata e concreta aplicação de direito liberdade ou prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania popular ou à cidadania, quando a falta de norma regulamentadora tome inviável o seu regular exercício. É, assim, um remédio constitucional, com natureza de ação judicial civil(...)³⁶¹

Uma vez estabelecido o conceito, resta responder: como o órgão jurisdicional deverá proceder na concessão da injunção? A resposta tem várias teses, entre as quais se sobressaem apenas três:

³⁶¹ SILVA, José Afonso da. *Mandado de injunção e habeas data*, p. 51.

I- O judiciário deve determinar ao omitente que edite a norma regulamentadora, ou seja, nas palavras de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO:

O alcance do mandado de injunção é análogo ao da inconstitucionalidade por omissão. Sua concessão leva o Judiciário a dar ciência ao Poder competente da falta de norma sem a qual é inviável o exercício de direito fundamental. Não importa no estabelecimento pelo próprio órgão jurisdicional da norma regulamentadora necessária à viabilização do direito. Aliás, tal alcance está fora da sistemática constitucional brasileira, que consagra a separação de poderes(...)³⁶²

II- Cabe ao Poder Judiciário proferir decisão discricionária mediante a adoção de métodos legalmente previstos em nosso direito positivo. O Judiciário, portanto, edita norma faltante. FRANCISCO ANTONIO DE OLIVEIRA, sem tomar partido, explica essa corrente:

De fato, se é este o óbice fundamental ao exercício do direito, na ausência de uma norma, que o órgão competente para baixá-la se omite em fazê-lo, não é destituído de sentido, à primeira vista ao menos, o pretender-se deslocar esta tarefa para o Poder Judiciário, que de forma substitiva, de forma vicária, se comportaria como um legislador editando uma norma que a princípio deveria ser baixada pelo próprio legislador ou administrador remisso. O efeito desta decisão seria obviamente erga omnes.³⁶³

III- Compete ao órgão jurisdicional editar a norma faltante que terá eficácia somente para o caso concreto.³⁶⁴ DIOMAR ACKEL FILHO explica que:

³⁶² GONÇALVES, op. cit., p. 277.

³⁶³ OLIVEIRA, op. cit., p. 47-48.

³⁶⁴ Podemos encontrar nesta fileira da doutrina, BASTOS. Celso. *Comentários à Constituição do Brasil*, vol. 2, p. 358-359.

Competirá, assim, ao juiz editar decisão que supra a falta da norma regulamentadora, permitindo o acesso do impetrante ao direito subjetivo que verte da Constituição e do qual é titular. Não será ato de legislação em tese porque tarefa de tal jaez escapa à competência judiciária. Cuidar-se-á de sentença de natureza mandamental e constitutiva, ordenando o respeito à fruição do direito pretendido para o que deverá editar regulamentação com eficácia restrita à relação processual e, portanto, **destituída de qualquer efeito erga omnes que possa ser invocado por outrem.**³⁶⁵ (Grifos nossos)

MICHEL TEMER, no mesmo sentido, diz que,

Assim, em mandado de injunção o Judiciário estaria declarando o direito, tendo a sentença força mandamental. Tal forma de proceder não caracterizaria legislação, mas exercício da jurisdição na forma ampliada tal como fixado pela nova Constituição. Deferiu-se ao Judiciário nova e importante missão: a de impedir que a omissão de autoridade regulamentadora vulnere direitos indefinidamente.³⁶⁶

A preocupação da Constituição em sede de mandado de injunção, é pois, a de aparelhar meios para a eficácia imediata das normas constitucionais, conforme explica FRANCISCO ANTONIO DE OLIVEIRA:

A elaboração constituinte do Mandado de Injunção seguiu sempre esse rumo. O constituinte Gastone Righi, no dia 22.04.87 na 3ª reunião da Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias, clamou pela criação de um mandamus uma forma de processo pela qual alguém possa exercitar um direito social, digamos o direito social à saúde ou o direito da criança à escola. O constituinte Lysâneas Maciel propôs dois mecanismos: um na forma reclamada pelo constituinte Gastone Righi, no art. 3º do seu Anteprojeto, segundo o qual o povo exercia a soberania: VII – pelo mandado de garantia social por inexistência ou omissão de normas, atos jurisdicionais ou administrativos; o outro no art. 40: Na falta de regulamentação para tornar eficaz a norma constitucional, o Ministério Público ou qualquer interessado

³⁶⁵ ACKEL FILHO, op. cit., p. 126.

³⁶⁶ TEMER, op. cit., p. 199.

poderá requerer ao Judiciário a aplicação do direito assegurado.³⁶⁷

Se, afinal, a questão da eficácia das normas constitucionais é tão importante, nos socorremos, neste momento dos ensinamentos de MARIA HELENA DINIZ, primeiramente, para definir o que é eficácia:

Em sentido técnico a eficácia de uma norma indica que ela teria possibilidade de ser aplicada, de produzir efeitos jurídicos, porque foram cumpridas as condições para isto requeridas (eficácia jurídica), sem que haja qualquer relação de dependência de sua observância ou inobservância pelos seus destinatários(...). Mais especificamente ela conceitua a eficácia constitucional como na relação entre a concreta ocorrência dos fatos normativos sociais e valorativos estabelecidos na Carta Magna, condicionantes da produção de efeitos jurídicos almejados e a possibilidade de produzidos.³⁶⁸

Dependendo do conteúdo de certas normas Constitucionais, elas exigirão leis posteriores para serem capazes de produzir seus efeitos jurídicos:

(...) Se esta lei não advier, ter-se-á incompletude da norma constitucional pois a inexistência de disposição normativa requerida, colocar-nos-á ante uma lacuna técnica, que sempre ocorrerá quando houver ausência de uma norma, cuja vigência é condição de eficácia de outra. A constatação dessa lacuna ultrapassava, sob a égide da EC nº 1/69, os limites de um preenchimento possível, porque apenas o legislador podia preenchê-la. Atualmente, com a Constituição de 1988, tal não mais ocorrerá, pois no artigo 5º, LXXI, havendo lesão ao direito individual pela falta de normação ulterior, ou de regulamentação indispensável à exeqüibilidade da norma constitucional, contemplado está o mandado de injunção, instrumento muito utilizado nos Estados Unidos, que visa ao cumprimento daquela prestação pelo Poder Judiciário, preenchendo a lacuna num dado caso concreto.³⁶⁹

³⁶⁷ OLIVEIRA, op. cit. p. 67.

³⁶⁸ DINIZ, Maria Helena et al. *Constituição de 1988. Vigência e eficácia da norma constitucional*, p. 68 e p. 74.

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 69.

A autora nos apresenta então, normas constitucionais com função eficaz de bloqueio, de programa e de resguardo. Interessa nos as normas eficazes de bloqueio, que conferem: 1º – Ação declaratória de inconstitucionalidade da lei em tese. 2º – O direito de obter sentenças ou declarações judiciais conformes aos seus comandos. 3º – A utilização, em certas circunstâncias, pelo intérprete do argumento a contrário. 4º – A autorização, havendo ausência de regulamentação infraconstitucional da iniciativa legislativa popular e do *mandado de injunção*.³⁷⁰

O texto Constitucional prevê, igualmente o controle da inconstitucionalidade por omissão, dispõe o art. 103, § 2º: *Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratado de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias*. A finalidade desse controle da constitucionalidade é de dar eficácia plena a todas as normas constitucionais, ou seja:

(...)os preceitos que demandarem regulamentação legislativa ou aqueles simplesmente programáticos não deixarão de ser invocáveis e exequíveis em razão da inércia do legislador.³⁷¹

A inconstitucionalidade por omissão só se poderá declarar em ação direta, portanto, reafirma o controle judicial concentrado do STF. MANOEL GONÇALVES, nos ensina que:

³⁷⁰ Vide ibidem, p. 75.

³⁷¹ TEMER, op. cit., p. 50.

O problema da inconstitucionalidade por omissão semelhantemente ao do mandado de injunção liga-se ao tema da aplicabilidade das normas, melhor dizendo, à existência de normas constitucionais auto-executáveis e de normas constitucionais não-auto-executáveis.³⁷²

Veremos, então, que essa tendência de aproximar o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão ganhou espaço na jurisprudência, principalmente para influenciar a solução do STF sobre o mandado de injunção e seus efeitos. O STF aderiu à tese apresentada por MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, ou seja, entendeu, através do relator do processo, o Ministro Moreira Alves,

O mandado de injunção é ação que se destina a obter uma sentença que declare a ocorrência da omissão inconstitucional ou que marque prazo para que isso não ocorra, a fim de que se adotem as providências necessárias à eliminação dessa omissão.³⁷³

Da mesma maneira no MI 231-2 DF, em despacho do Min. Paulo Brossard ficou decidido que:

(...)não cabe ao Poder Judiciário, como pede a autora, substituir o Poder Legislativo e suprimindo a omissão fazer essa regulamentação, mesmo que temporariamente, por falta de elementos subsistentes de interpretação que lhe atribuem esse efeito como já ficara decidido pelo Plenário da Corte.³⁷⁴

Um outro exemplo é o MI 168 – RS, tendo sido Relator o Min. Sepúlveda Pertence:

³⁷² GONÇALVES, op. cit., p. 283.

³⁷³ ACKEL FILHO, op. cit., p. 129.

³⁷⁴ Ibidem.

O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo, nem menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado.³⁷⁵

Da mesma forma dispõe o MI 238-0 – RJ, em despacho proferido pelo Min. Celso Mello:

O novo writ não se destina, pois, a constituir direito novo, nem a ensejar ao Poder Judiciário o anômalo desempenho de funções normativas que lhe são institucionalmente estranhas. O mandado de injunção não é o sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico impõe ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do Poder.³⁷⁶

VICENTE GRECCO FILHO, justifica a interpretação do STF:

O Supremo Tribunal Federal no Acórdão proferido no MI – 107-3/DF, de 23.11.89, optou por identificar o escopo do Mandado de Injunção ao daquela outra providência constitucional. Nessa oportunidade, o STF concluiu pela alternativa de considera-lo assemelhado à inconstitucionalidade por omissão, isso é, que ele se encerra pela comunidade da mora ao Poder competente para a edição da norma, para que adote as providências necessárias, tendo como efeito residual a suspensão das providências judiciais administrativas, de que poderia advir ao impetrante dano pela falta da norma regulamentadora.³⁷⁷

Estas decisões concretas nos dão a necessária segurança para concluirmos, cientificamente, os resultados desta pesquisa doutrinária e jurisprudencial. No Direito brasileiro estão consagrados os controles político (preventivo) – arts. 58 e 66, parágrafo 1º, C.F. – e judicial (repressivo) da constitucionalidade. O controle judicial da

³⁷⁵ Ibidem.

³⁷⁶ ACKEL FILHO, op. cit., p. 195.

³⁷⁷ GRECCO FILHO, Vicente. *Injunção provoca divergências*. O Estado de São Paulo, 17/04/91, p. 17.

constitucionalidade é duplo, ou seja, manifesta se diretamente (controle concentrado), através da via de ação ou indiretamente (controle difuso), através da via de exceção, o que nos permite afirmar que *as principais disposições que preconizam a supremacia formal da nossa Constituição vigente*³⁷⁸, **são os instrumentos especiais para o controle judicial da constitucionalidade**, ou seja, os meios processuais que a Constituição estabeleceu para atingir o objetivo de seu controle efetivo. Aqui, podemos encontrar a AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (comissão e omissão), art. 102, I, "a" e § 2º do art. 103, C.F./88. Após a Emenda Constitucional nº 3/93 foi criada, também, a AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE, todos instrumentos do controle pela via de ação direta e concentrada.

Da mesma forma, como **instrumento especial de controle judicial da constitucionalidade, está o MANDADO DE INJUNÇÃO**, o qual, embora não se apresente como via de ação (direta), deve ser tratado como instrumento que objetiva principalmente dar **efetividade** à Constituição Federal, como entende, também RITINHA GEORGAKILAS.³⁷⁹

Ficaram retratados, pelo exposto, os sistemas de controle da constitucionalidade na ótica atual e equacionado o lugar do mandado de

³⁷⁸ DINIZ, Maria Helena *et al.* *Constituição de 1988. Vigência e eficácia da norma constitucional*, p. 105: *A Constituição brasileira de 1988 foi prodigamente dotada de normas consagradoras da sua supremacia, o que não deixa de ser um sinal indicador da preocupação ou apreensão do constituinte (e dos cidadãos, indiretamente) com a possibilidade da sua desobediência, ou da desconsideração de tal supremacia pelos encarregados de lhe dar cumprimento.*

³⁷⁹ *Ibidem* p. 107: *Preferimos tratar o mandado de injunção conjuntamente com a ação direta, e não no tópico de outras garantias de 'direitos individuais e coletivos', adiante, por se tratar, igualmente, em nossa opinião, de instrumento processual que objetiva, primordialmente, e com especial ênfase, a efetividade da Constituição (no caso, através do controle das conseqüências de atitudes e comportamentos omissivos da agentes estatais), embora apresente características*

injunção neste sistema. É possível, então, passar às conclusões sobre esse *writ* constitucional tão polêmico e que acelera a investigação científica do jurista.

Em que pese a solução adotada pelo STF e a brilhante doutrina de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, entendemos que os efeitos do mandado de injunção recaem somente entre as partes e, assim sendo não existe obstáculo para o juiz suprir a lacuna técnica em razão da inexistência de norma regulamentadora:

(...) incidirão sobre o autor da ação e aquele que esteja obstando o exercício de seus direitos, viabilizando a eficácia, naquele caso, da norma constitucional (de sentido incompleto sem a intermediação da regra infraconstitucional inexistente).³⁸⁰

Ademais, a finalidade do mandado de injunção³⁸¹ não é concessão de uma decisão que comunique a omissão ao legislador ou administrador remisso mas a de viabilizar o exercício de direitos já normatizados na Constituição. Portanto, o juiz não estará legislando. Uma das características da lei é sua observância por todos, o que não ocorre, porque a decisão em mandado de injunção não tem eficácia **erga omnes**, ou seja, seus efeitos operam-se somente entre as partes.

Outrossim, quando o STF aproximou o mandado de injunção da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, assemelhando seus

bastante distintas daquelas do controle de constitucionalidade dito direto, principal ou pela via de ação.

³⁸⁰ Ibidem, p. 107-108. Na seqüência: *Todas essas notas, embora com a peculiaridade da omissão normativa, caracterizam o controle de constitucionalidade dito indireto, ou incidental, ou ainda, pela via de exceção, com fundamento no método difuso, ao contrário do controle direto, baseado no método dito concentrado.* (Ibidem p. 108)

³⁸¹ Vide DINIZ, Maria H. *Norma constitucional e seus efeitos*, p. 127.

efeitos de apenas notificar a ocorrência da omissão à autoridade competente, tratou o Supremo de misturar a via de ação à via de exceção: no mandado de injunção pressupõe-se a exigência de direito subjetivo, que está sendo impedido de ser exercido por falta de norma regulamentadora, enquanto que na ação direta de inconstitucionalidade por omissão busca-se, abstratamente, a tutela jurisdicional para que determinado preceito constitucional seja viabilizado, tornado-se eficaz pela edição da norma. O mandado de injunção portanto, opera-se *in concreto* e a ação direta (omissão) *in abstracto*. Não concordamos com a tese do mandado de injunção com efeito *erga omnes*, pois nos parece que a Constituição, nesse particular, optou pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Assim, podemos concluir que o mandado de injunção protege, apenas, direitos subjetivos constitucionais individuais e coletivos, nunca direitos difusos, pois, se proteger interesse difuso o efeito da injunção concedida pelo órgão do judiciário será *erga omnes*, qualidade que o mandado de injunção não tem.³⁸²

³⁸² REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 96-A, DE 1992 (Apensas as PECs nº 112-A/95, nº 127-A/95, nº 215-A/95, nº 368-A/96 e nº 500-A/97). Introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário. Autor: Deputado Hélio Bicudo. Relatora: Deputada Zulaíê Cobra. COMISSÃO ESPECIAL DESTINADA A PROFERIR PARECER À PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 96-A, DE 1992, QUE "INTRODUZ MODIFICAÇÕES NA ESTRUTURA DO PODER JUDICIÁRIO" E APENSADAS. (ESTRUTURA DO PODER JUDICIÁRIO) SUBSTITUTIVO DA RELATORA:

Art. 1º É dada nova redação ao inciso LXXI e acrescentado o inciso LXXVIII e o § 3º ao art. 5º:

Art. 5º

LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, destinando-se o provimento judicial a suprir a norma para o interessado, no âmbito do pedido;

Art. 15. O art. 102 passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 102.

I -

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal,

Com relação ao conteúdo dos direitos protegidos pela injunção, em que pese as teses em contrário³⁸³, entendemos que o mandado de injunção protege quaisquer direitos ou liberdades previstos na Constituição.³⁸⁴

Embora não sendo estritamente necessário, pois, pode o legislador ordinário elaborar uma lei que defina a aplicação do mandado de injunção, de preferência nos termos aqui sustentados, para que cessem as discussões e o Poder Judiciário possa proferir suas decisões em mandados de injunção sem possibilidade de modificação por parte do Supremo Tribunal Federal, viabilizando, assim, o exercício de direitos constitucionais, principalmente aos ditos fundamentais, pois que asseguram os direitos civis e políticos dos indivíduos ameaçados de inobservância pela falta de norma regulamentadora.

2. DA DIMENSÃO ÉTICA DO CONTROLE DO PODER.

De nenhuma valia será a fundamentação do controle do poder, consubstanciada na supremacia da Constituição que leva ao controle de constitucionalidade, se estiver desacompanhada de critérios deontológicos. A Ética, enquanto ciência do comportamento humano, funciona através de regras que são justificadas pela Filosofia. Na prática de ações, porém, o ser humano tem o Direito e a Política como integrantes indispensáveis de regulação do poder equitativa e de forma

da Mesa de uma dessas Casas Legislativas, de um dos Tribunais Superiores ou do próprio Supremo Tribunal Federal.

³⁸³ Vide CRETELLA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 104-112.

³⁸⁴ No mesmo sentido, GEORGAKILAS, *op. cit.*, p. 109.

desejada pela sociedade eqüitativa, segundo o critério da alteridade, como já observou ARISTÓTELES.

A primeira dimensão deontológica a ser mencionada é a aceitação da unidade do poder, desde que ele não seja concentrado, ou seja, é a promoção de ações no sentido de assegurar a separação desse poder (uno) do Estado em vários segmentos, seja pela especialização profissional, seja pelo desempenho diferenciado de múltiplas funções estatais ou, ainda, pela própria necessidade democrática.

Consequentemente, a segunda dimensão é estabelecer dois critérios de conduta, um para os agentes públicos outro para os particulares em geral. Ainda que a divisão entre Direito público e privado seja deveras imprecisa, a Ética pode suprir esta imprecisão através de regras incidentes sobre o comportamento. Essas regras podem até ser elevadas à categoria de normas jurídicas, sem que isto seja obrigatório. O que é moralmente aceito pode integrar uma deontologia da função estatal. A Moral e o Costume integram a Ética, juntamente, quando a sociedade entender necessário, com o Direito, que aparece, no caso, mais como medida sócio-educativa. Se a Moral e o Costume são insuficientes para garantir um comportamento aceitável, portanto, a sociedade não dispõe de outra alternativa senão a de normatizar o comportamento, exigindo sua observância através do ordenamento jurídico, até que um dia, como se fosse um efeito de uma vacina, todos (ou a grande maioria) estejam imunes à prática de comportamento diverso do socialmente definido.

Considerando a separação dos três poderes tradicionais: Legislativo, Judiciário e Executivo, temos as três funções representativas mais importantes do Estado exercidas por indivíduos investidos de parcelas desses poderes, respectivamente, o legislador, o juiz e o chefe de governo.

Por um critério puramente metodológico, não se levará em conta uma análise particular sobre a característica estatal (Estado Unitário ou Federal), já que não serão tratados espaços geopolíticos que envolvam tanto o federalismo quanto o unitarismo. Da mesma forma, não consideraremos o sistema (parlamentarista ou presidencialista). Interessam-nos apenas os fatores que se relacionam com a redução, através da generalização filosófica, do estudo das respectivas deontologias do chefe de governo dos juizes e dos legisladores da república.³⁸⁵

Qual serão os comportamentos deontológicos destes representantes escolhidos na república? Existem, de alguma maneira, características que lhes são comuns?

É certo que a Justiça Democrática deposita na Ética esta parcela importante de suas condições funcionais. Definimos portanto, o que é comum a todos, sejam juizes, legisladores ou chefes de governo: a necessidade de compreender que suas responsabilidades pela gestão da coisa pública ocorre num nível de exigência de alto grau, ou seja, além dos atributos morais que são exigidos aos agentes públicos em

³⁸⁵ É uma tentativa de generalização das regras deontológicas que fazem funcionar a Justiça Democrática. Não pretendemos responder pelas regras particulares que cada função representativa pode apresentar no caso de ser a república federativa ou unitária, ou, ainda, qual o sistema adotado se o parlamentarista ou o presidencialista.

geral, somam-se a eles, quando se está exercendo as funções representativas acima referidas, atributos de comportamento ético-democrático. Este comportamento, pertinente ao desempenho destas funções republicanas, manifesta-se como ações que implicam na defesa intransigente da Justiça Democrática.

Num primeiro aspecto, estas ações são compreendidas na lógica do poder, nos fundamentos do Estado e em suas relações com o cidadão, principalmente como uma idéia de governo das leis (legalidade), onde o poder emana do povo (legitimidade), com fundamento na Constituição do Estado (liberdade e igualdade), tendo em vista que a Constituição se institucionaliza através da cidadania no seu sentido jurídico. O comportamento ético-democrático, em primeiro plano, é derivado das condições positivas da Justiça Democrática, conforme lições do Capítulo anterior, sendo imperioso, também, num segundo momento, que se determine quais são os atributos éticos que podem ser extraídos das correntes filosóficas, estudadas em suas condições transcendentais.

Assim, são atributos éticos necessários a todos agir conforme a razão, porém, acreditando (tendo fé) na justiça que possa provir de quatro elementos indispensáveis da virtude: a bondade, a honestidade, a paciência e a coragem que vão pautar a razão³⁸⁶, a fim de que ela possa ser eqüitativa na realização das funções de legislador, de juiz ou de chefe de governo.

³⁸⁶ É certo que existem outros elementos que compõem a virtude, como, por exemplo, a compaixão, a lealdade, a amizade, dentre outros, que são de grande importância para o ser humano, na busca da felicidade, Estes quatro elementos indicados devem ser observados porém, necessariamente, no desempenho das referidas funções estatais representativas.

I- **bondade**: a doutrina cristã conseguiu trazer um grau de universalização da bondade, na medida em que elaborou um conceito traduzido nas seguintes palavras, “ama o próximo como a ti mesmo” e seguido de “não faz ao próximo aquilo que não queres que te façam.” É, pois, um comportamento ético que envolve unicamente a Moral.

II- **honestidade**: comportamento ético mais complexo que a bondade, pois envolve um processo de conhecimento do Costume, do Direito e da Justiça para que se possa avaliar o que realmente não se pode fazer, a fim de se evitar o prejuízo de outrem.

III- **paciência**: elemento da virtude necessário ao comportamento democrático, uma vez que deve haver espaço para o diálogo, ou seja: cada um tem direito de expressar-se livremente, o que significa a obrigação do outro de escutar o que se está falando. Muitas vezes, a democracia foi criticada pelos impacientes, sem razão, porque eles não queriam escutar as propostas dos outros mas, simplesmente, terem aprovadas as suas.

IV- **coragem**: mesmo numa democracia, há necessidade de se tomar decisões que podem trazer grande desconforto pessoal, como no exemplo de voto vencido pela maioria. Ao ter que aplicar o que foi decidido, o executor da ordem pode ter sido um dos que votou contra ela e que perdeu. Há, portanto, que se imbuir de muita coragem para

superar o sabor amargo da derrota e ver as propostas dos adversários políticos prevalecerem, sem deixar que isto possa prejudicar sua crença na democracia.

3. DA CRÍTICA À LOCKE E MONTESQUIEU.

As teorias de LOCKE e de MONTESQUIEU, quando envolvem a separação dos poderes do Estado como forma de se obter um eficiente controle do poder público, permitem avançar sobre cada uma das funções públicas que nos interessa discutir

É indiscutível a importância destas duas correntes filosóficas para a consolidação da democracia moderna. Elas representaram um avanço em relação ao conceito de democracia da antigüidade. Há, no entanto, que se fazer reservas na medida em que, hodiernamente, ultrapassamos todas as fases remanescentes da era moderna, tanto nos modos de produção de riquezas (Economia), quanto do conhecimento (Ciência). Não poderiam o Estado e o Direito ficarem alheios a estas profundas mudanças, provocadas pela alta qualificação da mão-de-obra e da tecnologia em todas os níveis do trabalho e do conhecimento humano. A separação dos poderes na república também se adapta à atualidade.

LOCKE não formulou uma admiração explícita pelo conceito de república, mesmo tendo participado, em parte, ao lado dos Niveladores, de reivindicação específica por liberdade e igualdade, numa intensa luta

contra a monarquia absolutista³⁸⁷, a fim de se estabelecer a almejada limitação do poder real inglês. Ele não podia assumir, óbvio, uma negação da monarquia, como os escritos dos Niveladores republicanos que pretendiam sua substituição pela república. LOCKE, portanto, inventou uma separação de poderes com sistema próprio à monarquia inglesa.

A sua maneira, bem mais explicitamente revelado, MONTESQUIEU também não foi um defensor político da república. Apenas, analisou-a, dando ênfase ao que a distinguiu da monarquia. DURKHEIM chamou de *virtude política*³⁸⁸ a lógica republicana em MONTESQUIEU.

Na verdade, LOCKE e MONTESQUIEU idealizaram e lutaram para que suas idéias, principalmente sobre a separação dos poderes, fossem introduzidas na monarquia. Elas foram reconhecidas e aplicadas na prática, pela Inglaterra, onde funcionam, desde a Revolução Gloriosa

³⁸⁷ Vide LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*, p. 134: *Os homens passam assim do estado de natureza para aquele da comunidade civil, instituindo um juiz na terra com autoridade para dirimir todas as controvérsias e reparar as injúrias que possam ocorrer a qualquer membro da sociedade civil; este juiz é o legislativo, ou os magistrados por ele nomeados. E onde houver homens, seja qual for seu número e sejam quais forem os elos que os unem, que não possam recorrer à decisão de uma tal poder, eles ainda estão no estado de natureza. 90. Isto revela de maneira evidente que a monarquia absoluta, que alguns homens consideram como a única forma de governo do mundo, é na verdade inconsistente com a sociedade civil, e por isso não poderia constituir de forma alguma um governo civil.*

³⁸⁸ DURKHEIM, Emile. *Como Montesquieu classifica as sociedades por tipos e por espécies*. QUIRINO, Célia G. et al (organizadores). *O pensamento político clássico*, p. 241: *De fato, ele assim denomina não a virtude ética, mas a virtude política, que consiste no amor à pátria e pela qual nós nos colocamos, nós mesmos e nossos interesses, depois dos do estado. Durkheim analisando Montesquieu diz que: É a verificação razão pela qual Montesquieu considera a liberdade política própria à monarquia. De fato, as classes ou, os órgãos do corpo social não limitam somente a autoridade do príncipe, eles se autolimitam reciprocamente. Cada um deles, estando impedido pelos outros de crescer ao infinito e de absorver sozinho todas as forças do organismo, pode desenvolver sua natureza particular sem obstáculos, porém não desmensuradamente. É possível compreender agora que lugar ocupa em Montesquieu a célebre teoria da divisão dos poderes; ela é nada mais do que a forma particular deste princípio, segundo o qual as diversas funções públicas devem ser repartidas entre diferentes mãos. Se Montesquieu dá uma tal importância a esta divisão, não é com vistas a suprimir qualquer desacordo entre os*

até hoje, o Parlamento, a Magistratura e o Executivo assunto que se presta inesgotavelmente a discussão.

LOCKE escreveu seus dois tratados num momento de crise política na Inglaterra.³⁸⁹ Por sua vez, MOTESQUIEU não teria ficado longe dos problemas políticos. Viu de perto a concentração do poder no absolutismo monárquico francês, sendo sua obra, *O Espírito das leis*, um ataque frontal a ausência de liberdade política e igualdade formal naquela monarquia francesa sem controle.

O que os une é não terem vivido para ver expandir-se a aplicação prática do controle do poder através da implantação do princípio democrático da separação dos poderes do Estado, que aconteceu efetivamente na monarquia constitucional inglesa, como nas duas repúblicas modernas: a americana e a francesa.

Outra coincidência, de idéias desses filósofos estudados, foi muito bem ressaltada por GOUGH:

Embora eles fossem realmente incoerentes, o princípio da separação de poderes era freqüentemente associado à idéia de que a melhor salvaguarda contra um governo arbitrário era um sistema de “controles e balanços” incorporados numa constituição “mista”. A idéia de que características das formas “simples” de governo podiam ser combinadas ou misturadas data de Aristóteles e Políbio, e, no século XVII, tornou-se um lugar-comum interpretar a constituição inglesa como uma mistura de monarquia, aristocracia e democracia.³⁹⁰

diversos poderes, mas, ao contrário, com vistas a fazê-los melhor competir entre eles, a fim de que nenhum se eleve acima dos outros e reduza-os a nada. (DURKHEIM, op., cit., p. 242).

³⁸⁹ Segundo, MICHAUD, lves. *Locke*, p. 34: *Não se pode perder de vista que as duas obras foram escritas durante a crise da Exclusão (1678-1683), no momento em que o conflito político entre o partido whig e o da corte estava no auge. De início, a interpretação das obras políticas da maturidade de Locke parece difícil. São obras escritas por ocasião de um debate histórico, mas cujo alcance ultrapassa as questões do momento.*

³⁹⁰ GOUGH, J. W. *A Separação de poderes e soberania*. QUIRINO, Célia Galvão et al (org.). O pensamento político clássico, p.188.

Estas são, portanto, as impressões sobre as semelhanças entre os dois pensadores, a partir daí, na sequência do próximo item, colaremos o que nos parecem ser as diferenças entre uma e outra corrente.

4. ORIENTAÇÃO DEMOCRÁTICA DO CONTROLE DO PODER.

A teoria da separação dos poderes é universal, posto que pôde ser verificada *a posteriori*, tanto na monarquia quanto na república. Esta universalização portanto, vem estabelecer o que chamamos de orientação democrática do controle do poder.³⁹¹ Mas, algumas diferenças separam LOCKE e MONTESQUIEU, que podem significar conteúdos diferentes de uma orientação democrática universal, principalmente no que respeita às relações entre os poderes legislativo, executivo e judiciário.

Em MONTESQUIEU, observamos que há uma outra lógica, não aristotélica, sobre as formas e regimes do Estado. Quando ele enumera a separação dos poderes, fica evidente que o executivo deve ficar nas mãos do monarca que terá a prerrogativa de propor leis ou vetá-las. O judiciário e parte do legislativo (alto parlamento) ficariam nas mãos da

³⁹¹ Podemos citar Konrad Hesse como filiado à corrente constitucional da separação dos poderes. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 365: *Ao lado da atualização dos direitos fundamentais relacionados com a formação da unidade política e a vida estatal, a ordem estatal ganha realidade no exercício das funções estatais. O princípio fundamental da ordem dessas funções, dos órgãos aos quais elas são confiadas e das competências desses órgãos é o princípio da divisão de poderes.*

aristocracia, enquanto a democracia estaria reservada ao que sobrasse do legislativo (baixo parlamento).

LOCKE por sua vez, não cogita a separação entre o executivo e o judiciário. Ao contrário, propõe que embora sejam funções diferentes, não precisam estar em mãos diferentes. A prioridade é separar o legislativo do executivo. O poder federativo, como LOCKE se referiu à magistratura, não prejudica necessariamente, a lógica do controle do poder por ele concebida.

Portas estas fundamentais diferenças, fica claro que delas resultaram sistemas diferentes de estruturação democrático-representativa. A posição da República Norte Americana, por exemplo, prevê eleições para juízes e promotores que integram o judiciário como no sufrágio eleitoral para o legislativo e o executivo. Por outro lado, na República Federativa do Brasil, somente o legislativo e o executivo se submetem ao sufrágio eleitoral. O judiciário, poder considerado conservador, tem seus cargos preenchidos pelo critério de mérito pessoal, o que é mensurado pela escolaridade, produtividade e pela competição intelectual entre os concorrentes.

Cada um dos poderes portanto, pode desenvolver valores diferentes que estabeleceram a maneiras diferentes de lidar com a Justiça. Donde a importância da verificação do processo de conhecimento da Justiça Democrática implicar os conhecimentos político, judiciário e administrativo, o que será demonstrado no Capítulo seguinte. Antes disso, impossível não referir o ponto de partida para o passo seguinte, a racionalização da Justiça como controle do poder. Ela

não implica anulação do seu processo de conhecimento através das três funções necessárias ao Estado exigindo, assim, separação dos poderes. Sempre será tarefa do Estado entretanto, a resolução de controvérsias entre estes poderes. Elas representam o resultado de valores (elementos axiológicos) próprios, que são produzidos no interior de cada poder, sendo que tais valores podem mudar o critério de Justiça, colocando-os em constante movimento na condução do governo.

5. A RACIONALIZAÇÃO DA JUSTIÇA COMO CONTROLE DO PODER.

O que parecia ser de impossível coexistência: de um lado e a seu modo a Filosofia que busca pela Justiça, o que foi demonstrado nas condições transcendentais orientada pela ontologia que impregnava as idéias da antigüidade, de outro o Direito e a Política, utilizados na depuração das condições positivas, a partir de uma epistemologia sustentada logicamente no Capítulo II, capaz de trazer a gnoseologia do Estado republicano democrático de direito. Resta demonstrar a maneira, de estabelecer o funcionamento deste Estado a partir da supremacia de sua Constituição, do valor ético, do controle e da separação dos poderes: é a meta da Justiça Democrática, ficando entendido a racionalização da Justiça enquanto controle do poder que exige a sua separação.

Aquele poder capaz de trazer a sociedade para a Política e o Direito, poder suficiente para formar o Estado, que parecia incontrolável

em seus desdobramentos sócio-culturais, causador de profundas marcas degenerativas numa sociedade que se constrói injusta e imoderadamente desigual, não pode ser substituído por outro mas pode ser controlado (o que, sem dúvida, é sustentado pela Justiça Democrática). Isso nada mais é, do que a racionalização da Justiça explicada como necessidade definitiva de separação dos poderes a fim de evitar-se a ausência de liberdade e de igualdade, pondo em risco a fé na Justiça e a razão nela contida.

De todas as formas, então, há que se identificar um conceito de eticidade objetiva que influi na separação dos poderes, enquanto necessidade. Para tanto, é preciso demonstrar a existência de um sistema ético, como, por exemplo, o proposto por HEGEL, o que nos será de grande valia para argumentor em favor da necessidade da separação dos poderes do Estado.³⁹²

5.1. A necessidade da separação dos poderes.

O texto de HEGEL, nesta parte do trabalho, acrescenta uma importante crítica às idéias de KANT especialmente, a visão kantiana do ser permanente e estático que, segundo ele, estavam impregnadas de contradições.

O povo como totalidade orgânica é a indiferença absoluta de todas as determinidades do prático e do ético. Os seus momentos enquanto tais são a forma da identidade, da indiferença, em seguida, a forma da diferença e, por fim, a forma da indiferença viva absoluta; e nenhum desses momentos é uma abstracção, mas uma realidade.³⁹³

³⁹² Estabelecendo-se uma crítica à Emanuel Kant, tendo em vista a superação, pelo tempo transcorrido de sua obra, de várias modificações ocorridas no mundo entre os séculos XIX e XX.

³⁹³ HEGEL, Georg Wilhelm F. *O Sistema da vida ética*, p. 57.

Na concepção de HEGEL o ser é dinâmico. Enquanto KANT estava próximo a PARMÊNIDES que sustentou que o ser é uno imutável e eterno, por outro lado, HEGEL se aproxima de HERÁCLITO, para quem *tudo flui*.³⁹⁴ A insatisfação hegeliana sobre a divisão entre o ser e dever-ser levou-o a estabelecer três movimentos do ser: o espiritual-subjetivo; espiritual-objetivo e o espírito absoluto(consciente de si mesmo).

Depois de KANT, restou, sem dúvida, uma lacuna sobre a Ética em funcionamento, então, habilmente, HEGEL aproveitando-se do método sistemático elaborou o que foi chamado de *o sistema da vida ética*, escrito, provavelmente, no início do século XIX (entre 1801 e 1803).³⁹⁵ Partindo da idéia do segundo movimento do ser (como espírito objetivo), HEGEL propõe uma divisão em individual, que corresponde ao pensamento do indivíduo na forma do universal; em social, que corresponde à moralidade; e em nacional, que corresponde à eticidade. Estabelece, assim, o individual como imperativo hipotético (o Direito), o social como imperativo categórico (a Moral) e o nacional (eticidade) como imperativo ético.

Muitos dos ensaios do século XIX ajudaram a desmontar a Cosmologia do Ser de KANT. Ele foi duramente criticado pelo seu sentido de ser como fenômeno que implica leis necessárias onde não há opção, portanto, excluindo a liberdade. No entanto, *a filosofia crítica de Kant é, inicialmente, elogiada por Hegel, que reconhece o fato de ela submeter a uma investigação prévia o valor dos conceitos intelectuais empregados na metafísica*.³⁹⁶

³⁹⁴ Segundo VECCHIO, op. cit. , p. 33 e, respectivamente, ibidem p. 154.

³⁹⁵ Ibidem, p. 9, em comentário de Artur Mourão, que fez uma *advertência ao leitor*, HEGEL o teria escrito entre os anos de 1802 e 1803.

³⁹⁶ Comentários de ARANTES, Paulo Eduardo. *Vida e obra*. Os Pensadores: Hegel, p. 13.

No decorrer das décadas subseqüentes, o apriorismo de KANT cede espaço ao evolucionismo³⁹⁷, nitidamente sentido nos escritos de HEGEL³⁹⁸, cuja obra é marcada por um sistema de conceitos móveis, segundo DEL VECCHIO, um *composto de pensamentos em movimento*.³⁹⁹

No entanto, o que se quer com esta análise é demonstrar a utilidade da construção de um sistema para explicar um fenômeno: no caso, a necessidade de separação dos poderes. Portanto, a Ética de KANT não seria consistente o bastante para explicar a necessidade de separação de poderes como um fenômeno em constante movimento, já que, ele só vê a separação de poderes (não a sua necessidade) como um noômeno situado no dever-ser, e não como fenômeno: na filosofia kantiana o fenômeno é imutável, pois situa-se no ser.

Contudo, não acreditamos que a necessidade da separação dos poderes esteja localizada no dever-ser ou no ser da teoria kantiana, tendo em vista que esta necessidade não é moral ou jurídica. Na verdade, ela é um sistema da necessidade recíproca de um processo mutável de validação e invalidação de ações resultantes das funções extraídas da unidade de poder do Estado. HEGEL já mencionava o sistema da necessidade, só que relacionado à dependência física recíproca de uns em relação aos outros.⁴⁰⁰

O que interessa são as contingências empíricas da natureza do poder do Estado que somente serão avaliadas a partir do funcionamento do sistema da necessidade da separação dos poderes, para que o governo não seja identificado

³⁹⁷ Principalmente em Spencer e Darwin, segundo VECCHIO, op. cit., p. 231- 239.

³⁹⁸ Por exemplo sobre a soberania, vide HEGEL. *Princípios da filosofia do direito*, p. 232: *O idealismo que constitui a soberania é a mesma condição que faz com que, num organismo animal, as chamadas partes dele não sejam partes, mas membros, momentos orgânicos que, quando isolados e existentes para si, são a doença.*

³⁹⁹ Ibidem, p. 154.

⁴⁰⁰ Vide HEGEL, op. cit., p. 76.

com aquele poder original caso em que o governo seria absoluto. Não pode haver identidade, portanto, entre o poder do Estado e o governo. São coisas distintas.⁴⁰¹

Por este motivo é que a tese e a antítese de HEGEL parecem bem aplicadas ao fenômeno da necessidade da separação dos poderes. Uma vez tendo reconhecido que o Direito é produto, inicialmente abstrato, na primeira classificação do segundo movimento do ser, ou seja, na individualidade, nos *Princípios da Filosofia do Direito*, ele seguiu coerente com a sua forma de pensar, Passou a tratar dos tribunais, que representam o poder judiciário, na *Segunda Seção – A sociedade civil*. De maneira totalmente diferente de LOCKE e MONTESQUIEU, HEGEL, ao tratar da Constituição do Estado, estabeleceu a divisão dos poderes em poder do príncipe, do governo e legislativo. É de grande interesse o modo como HEGEL encarou, *o poder do príncipe que contém em si os três elementos da totalidade(...)*.⁴⁰² Conclui-se que o poder do príncipe foi uma forma que HEGEL encontrou para manter-se filiado à teoria da soberania nacional, porque esses três elementos são:

(...) a universalidade da Constituição e das leis, a deliberação como relação do particular ao universal, e o momento da decisão suprema como determinação de si, de onde tudo o mais se deduz e onde reside o começo da sua realidade.⁴⁰³

O ponto importante da necessidade da separação de poderes em HEGEL, fenômeno universal, é indicá-la como idealidade que evita o despotismo: (...)*de outro lado, a ação direta do poder que continuamente os chama ao interesse geral e, por conseguinte, os limita e lhes impõe prestações diretas para*

⁴⁰¹ HEGEL, op. cit., p. 80: *Esta constituição pertence mais à natureza do próprio estado e à sua essência orgânica, e não ao governo; a este pertencem as limitações externas.*

⁴⁰² HEGEL. *Princípios da filosofia do direito*, p. 231.

⁴⁰³ *Ibidem*.

sua conservação. ⁴⁰⁴ Não pode haver contradição entre a divisão dos poderes e a unidade do poder do Estado. A tese e a antítese de HEGEL parecem mais aptas a assegurar uma solução que justifique quando da ocorrência de conflitos entre os poderes, a não desintegração do Estado, exatamente porque permanece a tese de que sua unidade se concentra em algo universal desta idealidade. O sistema continua: apesar dos conflitos entre os poderes o Estado não se desintegra. Comprovam-no várias publicações: em editorial, falando em *conflitos de poderes*, consta que

O que preocupa o país não é a existência de conflitos, mas a característica que assumem no contexto dos poderes e das instituições. A ocorrência de dissídios das mais variadas gamas faz parte da normalidade política e administrativa de uma democracia. Sua transformação em conflito de poderes revela, no entanto, o estágio incipiente de nosso amadurecimento democrático. A situação se agrava com o espetáculo de atritos sérios dentro dos poderes, de que são exemplo as altercações públicas entre os presidentes da câmara e do Senado.⁴⁰⁵

Com o título da reportagem, *choque de poderes*, segue parte abaixo transcrita :

Brasília – O presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Sepúlveda Pertence, refletiu sobre a crise produzida por declarações desastradas do ministro da Administração, Luiz Carlos Bresser Pereira, esta semana, para fazer um diagnóstico preocupante da frágil democracia do País:(...) Para o Presidente do STF, o governo vem dificultando o diálogo para a harmonia entre os três Poderes e impondo uma lógica de resultados para dar viabilidade ao seu plano econômico que atropela direitos e extrapola os limites do seu poder político.⁴⁰⁶

Em outros fatos destacados: *Pesquisa traça perfil do MP e do Judiciário – A Magistratura tem auto-imagem distante da população, enquanto o*

⁴⁰⁴ Ibidem, p. 233.

⁴⁰⁵ DIÁRIO CATARINENSE. *Conflitos de poderes*, Florianópolis, 18 de junho de 1999.

⁴⁰⁶ O ESTADO DE S. PAULO. São Paulo, 15 de dezembro de 1996, p. A12.

Ministério Público se vê como órgão mais próximo e democrático. (TRIBUNA DO DIREITO. São Paulo, janeiro de 1997, p. 27). *Magistrados pedem prioridade para a Justiça – (...) Nos últimos dias, o Executivo vem recebendo críticas de diversos setores do Judiciário.* (O ESTADO DE S. PAULO. São Paulo, 27 de fevereiro de 1997, p. A8). Em editorial, *O Judiciário e a reforma administrativa*, onde está escrito: *Os juízes não desejam que governadores de Estado fixem por lei os seus vencimentos.* (O ESTADO DE S. PAULO. São Paulo, 18 de março de 1997, p. A3).

Outro acontecimento foi assim registrado pela imprensa:

As relações do Judiciário com o Legislativo chegaram ontem ao ponto máximo de desgaste com os presidentes dos dois poderes transformando suas respectivas tribunas em linha de fogo.⁴⁰⁷

Tentando explicar, a manutenção da unidade do poder do Estado, HEGEL disse que *o caráter fundamental do Estado político é a unidade como idealidade dos seus momentos.*⁴⁰⁸

Muitas críticas já foram elaboradas sobre o idealismo que envolve a separação dos poderes e a unidade do poder do Estado. Autores contemporâneos, como ANTONIO J. M. FEU ROSA, preferem falar em exercício de função originada pela competência constitucional atribuída aos vários órgãos estatais.⁴⁰⁹ Isto porque, os poderes exercem atividades típicas e atípicas, sendo consideradas atípicas as atividades que, pela tradição e natureza, seriam de competência de outro poder. Por exemplo, uma comissão parlamentar de inquérito⁴¹⁰ estaria investigando e apurando crimes, o que não é atividade típica

⁴⁰⁷ JORNAL DA TARDE. São Paulo, Sexta-feira, 25-4-97, p. 3A

⁴⁰⁸ HEGEL. *Princípios de filosofia do direito*, p. 232.

⁴⁰⁹ Vide ROSA, Antonio José Miguel Feu, op. cit., p. 208.

⁴¹⁰ Vide BRASIL. Constituição, artigo 58, parágrafo 3.

do legislativo mas que, prevista constitucionalmente, deve ser por ele realizada. Esta atividade, pela natureza, caberia à polícia judiciária (estadual ou federal) que pertence ao poder executivo, com funções para investigar crimes, através do inquérito policial.

Outro exemplo de atividade atípica realizada é o poder normativo da Justiça do Trabalho⁴¹¹ quando o judiciário tem a função de normatizar a relação de emprego entre categorias profissionais e econômicas criando, através da sentença normativa, norma jurídica vinculando as partes envolvidas no dissídio coletivo de trabalho instaurado. Nesse sentido, constatar-se que o judiciário tem como função típica aplicar a lei ao caso concreto que lhe é submetido. O poder normativo no entanto, conferido à Justiça do Trabalho, é função atípica desse poder, uma vez que caberia ao legislativo elaborar normas sobre as relações sociais. O mandado de injunção não prosperou exatamente porque o Supremo Tribunal Federal entendeu que aos juizes não cabe fazer leis, apenas aplicá-las, embora a Constituição preveja o poder normativo. O seu exercício é, portanto, legítimo.

Seja como for, a necessidade da separação dos poderes é universal, já concebida através de divisão de funções pela sua natureza ou estabelecida através de competências constitucionais. HEGEL estava correto ao afirmar que:

a) Dissolvem-se e ao mesmo tempo se conservam os diferentes poderes e funções, mas só são conservados quando a sua legitimidade não é independente, mas determinada unicamente pela idéia do todo; devem eles abandonar o seu poder para formar a dinâmica articulação como membros com relação à unidade simples do eu pessoal.

277- b) As diferentes funções e atividades do Estado pertencem-lhe como momentos essenciais e são inerentes às universais e objetivas, embora se unam à personalidade particular como tal, de um modo

⁴¹¹ Idem, artigo 114, parágrafo 2º.

exterior e contingente. As funções e os poderes do Estado não podem, portanto, constituir uma propriedade privada.⁴¹²

A visão da unidade do poder do Estado é a garantia da separação dos poderes, bem como a idéia de que interesses particulares ou até mesmo corporativos não podem prosperar porque a colocam em risco.

Com isso, surge a questão a ser resolvida sobre o ser ou dever-ser da separação dos poderes. HESSE identifica uma corrente contra a abstração e a superação da organização do esquema, como contra o fato de alegar-se que separação dos poderes situa-se em dogma anterior à Constituição.⁴¹³

A Justiça Democrática considera que uma coisa vem sendo a necessidade de separação dos poderes do Estado que não se situa no dever-ser. De acordo com a orientação filosófica de HEGEL, ela reside no ser; outra coisa, bem diferente, é a normatização das competências de cada órgão estatal que implica na própria Constituição do Estado, o que resulta no dever-ser kelseniano. O próprio KELSEN pouco discorreu sobre o conteúdo da Norma Hipotética Fundamental, anterior à Constituição. Um desses conteúdos pode ser a necessidade da separação dos poderes do Estado. Mas, a forma como esta separação deverá ser feita é tarefa do Direito Constitucional, desde que não contrarie a intenção Ética de controle do poder, como princípio teleológico da separação dos poderes do Estado.

Em FABIO ULHOA COELHO, sobre a posição kelseniana da separação dos poderes, encontramos oportuna análise:

A distinção fundamental da hermenêutica de Kelsen, em suma, considera, de um lado, a interpretação criadora de direitos (o legislativo interpretando a constituição para baixar leis, o executivo interpretando

⁴¹² HEGEL. *Princípios de filosofia do direito*, p. 232.

⁴¹³ Vide HESSE, Konrad, *op. cit.* p. 367.

leis para as regulamentar ou mesmo para nortear a sua atuação e o judiciário interpretando as leis para proferir decisões individuais), e por isso tida por autêntica, e de outro, a que não os cria (particulares interpretando as normas para orientarem sua conduta e doutrinadores interpretando as normas para estudá-las), e por isso tida por inautêntica.⁴¹⁴

Embora tenha ficado clara repartição de competências em KELSEN, sob o domínio da lógica kantiana, é importante identificar a influência de HEGEL sobre KONRAD HESSE (que é um autor mais recente), sendo, nitidamente, percebida quando este último responde:

Porque poder estatal e seu pressuposto, unidade política, não existem real primitivamente, senão eles devem, em colaboração humana organizada, continuamente ser novamente criados e mantidos (...) ⁴¹⁵

Constatamos que a função do Direito Constitucional faz com que a característica móvel da pluralidade político-social integrante da estrutura do regime democrático seja renovada, justamente, na coordenação desses poderes separados. A meta do dever-ser das normas jurídicas constitucionais, pois, é a regulação do funcionamento dos poderes do Estado, de forma a possibilitar a articulação dos diversos órgãos estatais que desempenham as atividades mais variadas, regulamentadas por leis infraconstitucionais que se submetem à supremacia da Constituição. É como funciona o sistema uma vez apto e que garante eficácia ao ideal ético da necessidade de separação dos poderes do Estado. Assim, fica demonstrado que no dever-ser encontram-se as normas constitucionais que estruturam e organizam o funcionamento dos poderes, bem como na legislação comum que regulamenta a conduta interna destes poderes;

⁴¹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Kelsen e a ciência do direito*. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – PUC-SP, S. Paulo, n. 1, p. 29-30.

⁴¹⁵ HESSE, Konrad, op. cit. p. 369.

no entanto, no ser reside a *necessidade da separação dos poderes*. Uma coisa portanto, não pode confundir-se com a outra.

Concluimos, dizendo que, ao lado de LOCKE, não acreditamos que a idéia da necessidade de separação dos poderes seja inata o que não seria racional.⁴¹⁶ A razão reside no produto do conhecimento sobre os objetos sensíveis, o que permite a elucidação de fenômenos abstratos como o da necessidade de separação dos poderes. Advertimos, no entanto, para o fato de que a certeza do inatismo não é saudável em vários sentidos. O principal deles é a imobilidade dos objetos, ditos inatos, fazem com que sejam desprezados itens importantes como a demonstração lógica do Direito e da Política que, juntos, são responsáveis por grande parte do entendimento do que seja justo ou injusto. A incerteza da Justiça pode ser compreendida e demonstrada. A razão pode criar mecanismos para que a incerteza sejam preservados valores éticos fundamentais ao ser humano que vive em sociedade. É tarefa do Estado assegurar o cumprimento dessa meta.

⁴¹⁶ Vide BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*, p. 135-136.

CAPÍTULO IV

UNIVERSALIZAÇÃO DO CONHECIMENTO DA JUSTIÇA DEMOCRÁTICA

1. A RAZÃO, A FÉ E A CAUSALIDADE NA JUSTIÇA.

1.1. Considerações sobre o universalismo.

Significativo, do ponto de vista da separação entre o ser e o ente, é a superação de certos preconceitos que cercam o materialismo. O primeiro e mais radical sugere uma visão simplificada demais para ser justa. O materialismo é muito mais sólido do que sua redução ideológica ao conflito entre capital e trabalho ou do puro idealismo de uma aplicação da igualdade incondicional entre os indivíduos. DEMÓCRITO traz uma gênese do materialismo que se reafirma como verdade insuperável, que tudo é matéria. Esta posição no entanto, cede espaço à afirmação de que o ente é construído a partir da matéria de um trabalho. Valemo-nos, deste momento para tecer uma crítica ao ser e dever-ser da teoria kantiana, de maneira a esclarecer nosso ponto de vista sobre o universalismo, tão importante para Justiça.

Sobre a natureza das coisas, suas existência e essência, a morte extingue todos e quaisquer direitos e deveres do *de cujos*, pois, finda a existência substancial está extinta a percepção sensível dos objetos. Sem dúvida, coloca-se dessa forma, a metafísica do trabalho.

O que é enigmático, desloca-se para o fato de que a matéria não é extinta com a morte, mas, transformada, conforme a Lei de Lavoisier (na natureza nada se perde, nada se cria, tudo se transforma). É claro que esta percepção não detém mais o ser-extinto, mas o ser-existente, que continua vivo, toda evidência, tanto do ser quanto do ente, permanecem não se podendo falar em perecimento da matéria, exceto de um padecimento da própria essência do ser-extinto, o que é, na verdade, o fim do ente. E, portanto, no ente que situam-se todas as percepções, inclusive a da Justiça Democrática. Esta forma de sentir e conhecer que nos conduz pela matéria do ser e sua essência, revela uma situação que nos deixa a nítida percepção de que o materialismo tende a exprimir-se como uma técnica de superação deste enigma, uma vez que tudo continuará existindo mesmo depois do perecimento do ente, exceto para o ser-extinto. A teoria não é aplicável aos planetas, estrelas, animais, uma vez que, mesmo sendo todos constituídos de matéria, não detêm a condição humana que implica o reconhecimento de sua própria posição no cosmos, tanto como ser quanto como ente, é o que distingue os humanos dos demais seres vivos.

Num sentido inverso, mas também como forma de superação deste enigma, a tese teológica, que nega a extinção do ente com a morte, não a nega para o ser, uma vez que reconhece como exata a posição do Direito que se refere à ela como fato que extingue os direitos e as obrigações. Se a matéria perece porém, o que resta para sustentar o ente? A resposta diverge da posição de

DEMÓCRITO: se o ser é matéria, então, o ente é espírito, sendo que, se finita é a matéria, finito será o ser; se infinito é o espírito, infinito será o ente. Nesta concepção teológica sustenta-se a diferença entre os humanos e os animais.

Portanto, a verdadeira diferença entre a teologia patrística e escolástica e o materialismo reside na posição do ente, que para a fé cristã, por exemplo, continua tendo a percepção espiritual na vida eterna, embora Cristo tenha sido o único a ressuscitar dando a entender que a força de Deus supera -e é o único capaz de fazê-lo- até mesmo a regra de separação entre o ser e o ente. Por sua vez o materialismo insiste em dizer que o final só existe para o ser. Toda esta planificação do cosmos leva-nos a considerar que o universalismo é insuperável, pois, ambas as posições são técnicas de superação de uma verdade universal, que é a indeterminação do ser e do ente, para acalmar a insatisfação daquilo que não se pode conhecer. A verdade definitiva sobre o ser e o ente foi eleita, também, outra importante forma de substituição deste não-conhecimento que consiste na regra de determinação de tudo quanto for possível ser determinado. É a Ciência que vem cumprido bem essa tarefa, e, quando ela não atinge meta, a Filosofia preenche o espaço, quase sempre utilizando-se do universalismo. Concluímos, face à todos essas considerações, pelas a demonstração da subjetividade do ser humano em sua totalidade.⁴¹⁷

A importância da universalização do conhecimento da Justiça Democrática ficou comprovada, mas acrescentar que, justamente, pela ética e pela racionalidade, acreditamos ter nos afastado de uma posição que não é fundamentalista, correta pois afirma uma Filosofia capaz de demonstrar a

⁴¹⁷ *Ele realiza a sua incondicional auto-afirmação. Esta não se deixa reconduzir às suas origens, nem se deixa experimentar, de modo suficiente, através de um pensamento que não radicaliza a mediação. Expulso da verdade do ser o homem gira, por toda a parte, em torno de si mesmo, como animal rationale.* (HEIDGGER, Martin. *Carta sobre o humanismo*, p. 25).

validade absoluta. Em uma concepção de Justiça isto nunca será possível, uma vez que à Justiça, em sua natureza, aplica-se a mesma situação indeterminada do ente.⁴¹⁸ A universalização limita o conceito de Justiça ao seu conhecimento, única maneira de entender sua função nunca de forma absoluta.

O problema é que o ser humano não consegue conceber uma forma de Justiça não relacionada com o poder. Ela deve ser mensurada e determinada, no tempo e no espaço, onde o poder se apresenta razão pela qual estrutura geral do Estado nos leva, diretamente, a uma aplicação do universalismo, nos proporciona um conceito médio e razoável de Justiça. Em consequência a Ciência do Direito terá importante função para à Justiça através da legalidade, tendo em vista a lei ser a expressão de um mínimo de moralidade social (aquilo que o cidadão médio acredita ser necessário impor a todos). Por outro lado, as práticas políticas dissociadas do Direito trazem insegurança e descontrole a vida cotidiana dos cidadãos. É o caso da experiência atual da globalização: o Direito demora a responder à velocidade da tendência generalizadora de costumes que forçam uma homogeneização, conforme previu HEIDEGGER em evidência, porque ele previu que:

Em face da essencial apatridade do homem, mostra-se ao pensamento, fiel à dimensão ontológico-histórica, o destino futuro do homem, no fato de ele achar o caminho para verdade do ser, pondo-se a caminho deste encontro. Cada nacionalismo é, do ponto de vista metafísico, um antropologismo e, como tal, um subjetivismo. O nacionalismo não pode ser superado pelo simples internacionalismo, mas apenas ampliado e erigido em sistema.⁴¹⁹

⁴¹⁸ Sobre um universalismo não-fundamentalista, vide WHITE, Stephen K. *Razão, justiça e modernidade, a obra recente de Jürgen Habermas*, p. 123-130.

⁴¹⁹ HEIDEGGER. *Carta sobre o humanismo*, p. 25.

Faz-se necessária a organização de um processo de conhecimento da Justiça, a partir de uma constatação da relativa insuperabilidade de certos conflitos internos e externos (nacionais e internacionais), sobre esse assunto HEIDEGGER, previu uma marcha essencial do destino mundial, com traços europeus, evidentemente. Sua previsão mostrou-se pertinente porque a unificação europeia é hoje uma realidade jurídico-política com influência em nível mundial realidade da qual participa a Justiça Democrática.⁴²⁰

1.2. A causalidade na Justiça.

A incidência da imputabilidade no Direito é um fato comprovado, o que invalida, portanto, a aplicação da causalidade.⁴²¹ Por sua vez, na Política ela surge na experiência imediata com os objetos do universo exterior, quando estabelece-se uma verdade a partir da regra de causa e efeito. Neste caso, como a Justiça Democrática poderia permitir em seu núcleo genérico uma posição tanto de imputabilidade jurídica, quanto de causalidade sócio-política, já que ela não se identifica completamente com o Direito nem com a Política?

Merece, pois, atenção, sobremaneira pertinente, o lugar de equilíbrio da Justiça Democrática, entre a fé na Justiça e a razão nela contida.

Há muitos séculos, os indivíduos buscam, em primeiro lugar, acreditar na Justiça, para, depois, preocuparem-se em racionalizá-la. Vimos, também, os papéis que desempenham o Direito e a Política, quando desenvolvemos as três condições da Justiça Democrática. No entanto, antes de prosseguir com o seu processo de conhecimento, é necessário entender o pressuposto de sua universalização. Para a Justiça, tanto a razão como a fé, sempre ocuparam

⁴²⁰ A análise da conjuntura internacional será feita no último item deste Capítulo.

⁴²¹ Conforme KELSEN. O Que é justiça, p. 323-324.

espaço na mente humana. As investigações através dos tempos o comprovam e tornam evidente que a Justiça Democrática não garante o afastamento de todos os tipos de injustiças que possam ser cometidas. Os comportamentos tidos como efetivos que produzem algum tipo de efeito, com base numa causa anterior e relacionados com a alteridade, são justos ou injustos. Não produzem facilmente um resultado social, ao contrário: obtém-se simples produto da lógica formal, na medida da aplicação do raciocínio silogístico da conclusão retirada das duas premissas de ENGLISH, pertinentes ao Direito. Entretanto, se no comportamento em si não está presente aquela lógica, onde vamos encontrá-la? Com efeito, ela vai aparecer no julgamento do comportamento, de onde retorna com força vinculante uma vez que, no julgamento do que seja conhecidamente justo, afasta-se a injustiça e no julgamento do que seja conhecidamente injusto, elimina-se a justiça.⁴²² Esta situação de vinculação estabelecida pela lógica formal cabe exclusivamente ao julgamento consolidado que está incidindo sobre um comportamento efetivo. Isto porque esta lógica não tem alcance sobre o conjunto de fatores hermenêuticos que levam o julgador a sua conclusão. Ela é incompleta, incapaz de julgar o comportamento como justo ou injusto. Permitirá apenas a exteriorização formal do seu resultado. Estando, por assim dizer, este conjunto de fatores interpretativos longe da lógica formal, eles devem estar contidos em algum lugar, mas, onde? Estarão eles devidamente contidos na Moral ou no Direito?

⁴²² Portanto, aí, é que se deve entender que é no julgamento da ação praticada que estará sendo utilizada a lógica proposicional alética, como também é conhecida a lógica formal e onde o princípio do terceiro excluído é considerado, se $A \text{ é } B$, sendo C igual a A , então $B \text{ é } C$. Segundo CARVALHO, Paulo de Barros. *Formalização da linguagem, proposição e fórmulas*. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – PUC-SP, S. Paulo, n. 1, p. 147: *Entende-se por Lógica Proposicional Alética o capítulo da Lógica da Linguagem Descritiva de Situações Objetivas, também conhecida por Lógica Apofântica, Lógica Clássica, Lógica Menor ou Lógica Formal, que tem como objeto o estudo das proposições, analisando-as na relação com outras proposições e sem se preocupar com sua estrutura interna. Trata-se de uma lógica bivalente: seus valores são o verdadeiro V e o falso F , daí o adjetivo alética, que vem do grego – Alethéa – e significa verdade.*

Direito e Moral não se identificam: qualquer tentativa de unificá-los pode trazer um problema de Justiça. Senão vejamos: o que pode ser considerado um comportamento justo nas diversas relações entre os seres humanos? A amizade, o trabalho, a família, a vizinhança, etc. Sob o aspecto Moral, estas relações são freqüentemente julgadas, como se o indivíduo estivesse sendo avaliado constantemente pelos outros que o observam. Portanto, não existe um limite para o julgamento Moral do comportamento efetivo, uma vez que ele é produzido na consciência individual de cada um de nós, portanto, dependente de condições próprias da existência de cada indivíduo, o que também pode variar em razão das circunstâncias de espaço e tempo. Além do julgamento do comportamento efetivo de outrem, existe a possibilidade de auto-julgamento que incide sobre o próprio pensamento, fenômeno que pode evitar ou causar uma injustiça: antes de ser praticado um ato, que esteja sendo esperado como um comportamento efetivo, o ser humano tem a liberdade inalienável de julgar este pensamento antes de cometer a ação, isto é, faz uma auto-avaliação, processada em seu interior, analisando as possibilidades de cometer justiça injustiça e o resultado deste prévio julgamento da ação que ainda está sendo pensada. E, será uma só resposta. É possível fazer também uma avaliação posterior do próprio comportamento, a popularmente chamada *mão na consciência*. Concluindo, a Moral comporta, certamente, estas duas possibilidades, uma do julgamento exterior sobre o comportamento efetivo de outrem e uma outra do auto-julgamento prévio ou posterior. Portanto, não há como impor limites à Moral, uma vez que ela não está submetida ao poder do Estado. Ao contrário disto, o Direito, mostra-se eficiente na efetivação da imposição de limites, tanto ao particular, quanto ao poder do Estado, inclusive, para garantir que a Moral

continue fazendo parte do plano existencial do indivíduo, sem limites, uma vez que é ao Direito que cabe a imputação de regras de condutas, as normas jurídicas, sobre cuja importância discorreram KELSEN e ENGLISH.⁴²³

Não obstante, sendo a sociedade uma ordem da conduta humana, se os julgamentos aptos a produzirem efeitos sobre sua organização política a fossem estabelecidos pela Moral, não seria possível a universalização do conhecimento da Justiça, tendo em vista a impossibilidade de serem determinadas as regras que possibilitam o auto-julgamento (prévio ou posterior), bem como o julgamento do comportamento efetivo de outro indivíduo, porque suas bases interiorizadas são individuais e, portanto, não podem ser conhecidas de modo universal. Interessante é que, ao mesmo tempo, não se pode desprezar a existência da Moral e sua influência sobre todo o sistema político da sociedade. Neste sentido, é que se faz necessário estabelecer a aplicação da causalidade entre a razão da Justiça e a fé que torna possível acreditar nela. Vimos, nas condições transcendentais, o esforço de SANTO AGOSTINHO e TOMÁS DE AQUINO, para que fossem estabelecidos dois planos de mundos possíveis, o temporal e o espiritual, estabelecendo-se uma intencionalidade das formas cognitivas. A fé torna possível a coexistência destes dois mundos, a fim de que esteja, sempre, sendo verificada uma posição do indivíduo relacionada a um valor cósmico estabelecido, geralmente, pela religião, ou seja, a existência - com possibilidade de mensuração transcendental -, o que torna o ser humano diferente das demais espécies biológicas.

Constatamos, também, uma metodologia cartesiana – em oposição as teorias teológicas -, apta a explicar a razão das coisas como produto do ser

⁴²³ Vide item 5.2 do Capítulo I.

existente e pensante, através do caráter representativo do conhecimento cuja existência, bem como sua natureza resultam das idéias que lhe servem de representações conhecidas.

Porém, onde devemos incluir a Justiça Democrática?

Há diferenças entre Justiça Democrática e Justiça social. A segunda que despertou no final do século XIX substituindo a idéia de existência de direitos pela necessidade de deveres, tenta apagar a emanção do poder em vontades sobrenaturais, alterando-a pelo conceito de sociabilidade.⁴²⁴

Prosperou, naquele momento, a idéia da Justiça social, haja vista a prevalência de uma organização capitalista centrada na produção em série através de linhas de montagem de bens de consumo, nitidamente onde a indústria exercia o controle de todo o processo produtivo, desde a extração de matéria-prima até o produto final. A dependência dos trabalhadores frente ao empregador trouxe a oportunidade de que eles reconhecessem a importância de suas atividades para o objetivo de lucro da empresa, resultando, primeiramente, na coalizão dos trabalhadores em torno da questão salarial, o que levou os a se associarem em sindicatos. Ampliaram-se as reivindicações, que deixaram de ser somente salariais para serem políticas, como por exemplo, no caso do Partido dos Trabalhadores, no Brasil e o Solidariedade, na Polônia. Ambos chegaram ao poder do Estado partindo de movimentos sindicais de operários.

⁴²⁴ Vide COMTE, op. cit. 43-48 e DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*, p. 28-29, citando Augusto Comte em *Politique positive*, escrita em 1890. No século XX, na Universidade de Trier, Hans Braun escreve que: *As sociedades ocidentais compartilham da convicção que, além da igualdade formal diante da lei, precisa reinar certa medida de justiça social. Entretanto, as opiniões geralmente divergem quando se trata de saber o que seria socialmente justo no caso concreto. Um exame mais aprofundado mostra que as idéias de justiça social se situam entre dois polos que podem ser definidos pelas categorias de necessidade e esforço.* (BRAUN, Hans. *Sem justiça social não pode haver bem comum*, p. 33).

No entanto, a descentralização da produção e a gradual substituição do trabalho pelas máquinas de alta tecnologia, permitiu ao capitalismo uma brutal redução de custos com as folhas de salários, o que enfraqueceu o sindicato (as taxas de filiação sindical vem diminuindo em todo o mundo) e, onde ele atua nas negociações visam, é, apenas, impedir demissões coletivas. Não se pode contar mais com uma realidade de indústrias necessitando de grande volume de mão-de-obra. É um fato que atingiu, também, os setores de serviços. Houve por exemplo, uma grande redução dos bancários, e portanto, a era da tecnologia afetou a geração de empregos em todos segmentos da economia. O Estado, por sua vez, devido aos ajustes de gastos públicos, tem contribuído pouco com vagas de emprego. Este quadro geral agrava-se nos países endividados, mas, o desemprego é um fenômeno mundial.

Assim, no início do século XX, a Justiça social que esteve ligada ao Estado social, cujo governo sempre deteve um grande poder de intervenção nas relações econômicas, a fim de garantir direitos aos menos favorecidos, vem cedendo espaço ao Estado neoliberal. Esta transição é uma exigência irreversível, segundo o senso comum (algo não científico) da economia globalizada e, inevitavelmente, derivada de imposição de novas regras de movimentação do capital e suas relações com a indústria e o comércio, cuja diretriz é a mínima intervenção estatal. No entanto, os grandes movimentos estatizantes da economia deram-se sob a bandeira da Justiça social, o Estado social gerando empregos, em suas grandes indústrias de base, como na siderúrgica, na geração de energia, materiais bélicos, petróleo, etc., sem dizer do aumento do tamanho do Estado, com muitos órgãos que precisavam de grande

quantidade de servidores públicos. O quadro mudou, o que não significa que não possa ocorrer novamente. É difícil, mas, não impossível.

HANS BRAUN, sobre o binômio da Justiça social *necessidade e esforço* disse que *o problema efetivo nas sociedades industriais ocidentais consiste então em encontrar uma solução de compromisso entre ambos estes polos, (...)*.⁴²⁵ Então, o problema que se mostra insuperável na Justiça social é claramente a luta entre o capital e o trabalho. Atualmente, no entanto, temos muito capital e pouco trabalho, por que? São vários os acontecimentos que têm contribuído para isto e eles não são somente políticos ou jurídicos. Envolvem, sem sombra de dúvida, o mistério que cerca a existência do ser humano no Universo. Assim, a Justiça social não consegue formular respostas objetivas, porque insiste em recorrer ao conceito vago e indeterminado, fundado na solidariedade, cuja medida exata é o bem comum.⁴²⁶

É certo que o ser humano não está obrigado a pensar que sua existência restringe-se à razão prática da sociedade. Até mesmo na antigüidade, em Roma, CÍCERO⁴²⁷ investigava as possibilidades de um plano existencial diferente daquele em que as regras sociais (morais ou jurídicas) estivessem incidindo. A supressão desta atividade, dita espiritual, significaria a mais profunda injustiça cometida contra o ser humano. Entretanto, a completa absorção destes pensamentos, isto é, pensar unicamente conforme o espírito, pode levar o ser humano a um distanciamento completo da razão que envolve a sua existência no plano material, o que implicaria o desequilíbrio orgânico, o traço material da vida,

⁴²⁵ Ibidem, p. 33-34.

⁴²⁶ Ibidem, p. 38: *Traduzir a idéia de justiça social em prática da sociedade exige portanto, conforme demonstramos, a solidariedade. Isto vale não somente para o cidadão no papel de quem possibilita as prestações da comunidade graças a suas contribuições e as limitações que lhe são impostas, mas também para o cidadão no papel de beneficiário, a quem não é lícito sobrecarregar a comunidade com suas exigências.*

além de impossibilitar a formação da sociedade e, conseqüentemente, de qualquer que seja o modelo de Estado.

A partir de tudo isto, verificamos, então, que uma ordem democrática tem que se preocupar com a eficácia social de seu ordenamento jurídico, mas, sem se perder na indeterminação de um conceito vago de Justiça social. Para tanto, é melhor substituí-lo pela Sociologia, que permite, enquanto ciência social aplicada, obter qualquer dado socialmente considerado e transformá-lo em índice para, mais tarde, analisar os resultados do conjunto de índices colhidos, que poderão dar origem a mudanças. É, no entanto, muito perigoso substituir-se a lógica do ordenamento jurídico pelo conjunto crítico de teorias sociais.⁴²⁸ Aliás, são os subprodutos das teorias sociais, as teorias comportamentais, que estão tendo grande aplicação nas corporações empresarias transnacionais, para fundamentar o poder de controle que exercem sobre os fatores internos e externos que as circundam, ao invés de se preocuparem com a garantia do controle do seu poder.⁴²⁹ Se estas mega-empresas observassem melhor um controle do poder, poderiam melhorar as condições sociais de dignidade, fornecendo subsídios a uma prática de solidariedade. Elas vêm aumentando ao

⁴²⁷ Vide CICERO. *Saber envelhecer*. E, também, *A Amizade*. Textos que exploram a Moral e a fé num sentido muito diferente dos escritos políticos do autor.

⁴²⁸ Nesse sentido VASCONCELOS, Pedro, op. cit., p. 113.

⁴²⁹ Há necessidade de realização do controle das organizações empresariais. Não é possível conceber uma organização sem controle, pois, como atividade racional que visa o lucro, necessita de uma lógica capaz de motivar os seus integrantes (indivíduos que compõem a empresa) à alcançar o objetivo traçado pelas estratégias de controle. Existem metodologias que, de maneira geral, envolvem quatro componentes do processo de controle. I- detetor ou sensor: serve como um instrumento de medição, ou seja, uma espécie de “termômetro” da organização, é elemento fundamental de controle. II- avaliador: é o juízo de valor (dever-ser) da organização, neste ponto, o executivo-chefe, é sempre responsável pela avaliação final. III- Executante: chamado de “feed back”, pode ser entendido como dispositivo de controle ligado ao comportamento do sistema que define a mudança de direção (alternativas do sistema) quando necessário. IV- Rede de comunicação: imprescindível como troca constante de informações entre sensor e avaliador, para a pronta ação do executante. Vide sobre o assunto, CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à teoria geral da administração*, p. 208.

contrário, seu poder de controle, principalmente, sobre os empregados e todos que dependem dela (mercado, fornecedores, consumidores, transportadores etc.).

Como resultado desta exposição crítica, sustentamos que é a Justiça Democrática a mais apta a estabelecer regras de controle do poder, permitindo, de forma objetiva, sustentar uma estabilidade social com base na equidade das decisões supervenientes ao sistema de controle estabelecido pelo Estado republicano democrático de direito, surge, então, uma problemática a ser resolvida pelo Estado republicano democrático de direito, que é a identificação de núcleos sociais que não se coadunam com as formas democráticas de tomadas de decisões: as corporações empresariais, as polícias, as forças armadas, as organizações religiosas, são os exemplos mais comuns. É uma nítida contradição, que nos faz voltar, com força e evidência, à idéia de Justiça social, do século XX, revelando importantes conquistas, principalmente no âmbito da liberdade de contratar que era, até então, considerada ilimitada pelo liberalismo. Ela passa a comportar uma vasta gama de intervenções estatais que começaram a limitá-la, como as proibições legais à liberdade contratual em sede de contrato de trabalho, leis para a constituição de sociedades comerciais e outras tantas modalidades de intervenção que o Estado social passou a editar.

Porém, o risco da integral substituição do legal que representa a igualdade e a liberdade pela noção de sociabilidade (necessidade e esforço), que efetivamente ocorreu em alguns países, através de tentativas radicais, a maioria delas não democráticas, levou o socialismo à crise. O caso mais notório foi sua versão mais fechada, o comunismo da extinta União Soviética (URSS), sendo que permanece, até hoje, como conseqüência, o isolamento comercial de Cuba, que persiste no superado modelo soviético. O marco final do socialismo é a queda do

Muro de Berlim que resultou no enfraquecimento da Justiça social, abrindo, abrindo um campo teórico novo, a Justiça política. A propósito, bem defendida por OTFRIED HÖFFE, na concepção deste autor a Justiça política comporta duas estratégias, bem distintas das defendidas pela Justiça social. A de posituação e de julgamento, ambas, subordinadas a uma orientação de cunho geral que é *comprometer (o mais possível) os poderes públicos com a justiça.*⁴³⁰

A posição, encontrada na obra *Justiça Política*, de HÖFFE desloca os direitos humanos de uma justificação social para identificá-los com a democracia, que, então, passa a ter um significado de Justiça, ou, pelo menos, dos *princípios médios de justiça.*⁴³¹ O autor também dá destaque à possibilidade de ocorrer abuso de poder por parte do Estado, mesmo numa democracia. Foi uma constatação autocrítica muito bem vinda que os teóricos do Estado social souberam eludir. Muitas conquistas trabalhistas, por exemplo, anunciadas como obra da Justiça social. Estavam no entanto, sendo outorgadas por governos autoritários, na ausência completa de democracia. Muitos positivistas adeptos de COMTE calaram-se, pois, entendiam que a Justiça social estava acima de tudo.

Apesar do conjunto da obra de HÖFFE figurar mais próxima da Justiça Democrática do que da Justiça social, passamos a interpor uma única, porém, fundamental objeção à Justiça política: sua realização histórica segundo sua estrutura interna fica extremamente dependente de uma deliberação política resumida em um *consenso experimental*⁴³², estabelecido e identificado como comprovação de consenso válido para o conjunto da sociedade. Este consenso, tão somente encontrado nas instâncias políticas, a bem da verdade, no final da

⁴³⁰ HÖFFE, op. cit., p. 412. Esta postura é totalmente oposta ao binômio necessidade e esforço da Justiça social.

⁴³¹ Ibidem, p. 413.

⁴³² Ibidem, p. 436.

obra, HÖFFE tenta minimizá-lo alegando a necessidade de *princípios positivados da justiça, com racionalidade científica*.⁴³³ No entanto, cinge-se ele a defender essa positivação reduzindo-a ao Estado constitucional democrático, identificado com o reconhecimento jurídico positivo dos direitos humanos.

Ora, vimos que a convergência do Direito e da Política é imperiosa para a realização prática das idéias da Justiça Democrática. Não se pode minimizar a presença do Direito neste contexto, principalmente pela importância que ele assume nas condições funcionais da Justiça Democrática. Não se trata somente dos direitos fundamentais, mas de todo ordenamento jurídico, especialmente, os que estruturam o Estado e estabelecem o controle do poder, indispensáveis para o aperfeiçoamento das relações humanas. HÖFFE, concorda com a aplicação da Ciência do Direito e da Ciência Política, como base de racionalidade científica, que não se confundem com o próprio Direito e com a Política, como vimos no Capítulo I, item 5.

A críticas formuladas, tanto à Justiça social, quanto à Justiça política destacam uma solução válida que reside, exatamente, na estrutura constitucional do Estado republicano democrático de direito, podendo-se constatar, na Justiça Democrática, uma forma de integrar a igualdade formal, discutida no Capítulo II, item 3.4, com a igualdade política. A posição de igualdade política dos cidadãos, sobretudo, é efeito e não causa, sendo entendida enquanto perspectiva de existência de um pluralismo como fruto da diversidade sociocultural. Assim, verifica-se ser imprescindível que a Justiça Democrática identifique a causalidade entre a fé e a razão revelando sua consistência em dois aspectos: I- o da não supressão da liberdade de pensamento, que permite o desenvolvimento da fé no espírito, que é traço imaterial da completude do ser humano; II- o de uma

⁴³³ *Ibidem*, p. 437.

aplicação diferenciada da fé, baseada na causalidade moral, e da razão, como princípio da imputação, que prescreve condutas, coercivamente, o que é próprio do Direito. Obviamente que , em sede formal, existe a consagração dos direitos fundamentais que protegem o indivíduo nestes aspectos, porém, a conjuntura econômica mundial pressiona antidemocraticamente num sentido de anular estes aspectos inalienáveis e substituí-los por supostas vantagens patrimoniais que, porém, vem sendo distribuídas com injustiça profunda, através de um processo de faixas de consumo preestabelecidas, puramente discriminatórias e atentam contra os direitos civis e políticos constantes do **Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais:**

Os Estados Partes no presente Pacto:

Considerando que, em conformidade com os princípios enunciados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no Mundo;

Reconhecendo que estes direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana;

Reconhecendo que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o ideal do ser humano livre, liberto do medo e da miséria, não pode ser realizado a menos que sejam criadas condições que permitam a cada um desfrutar dos seus direitos económicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos;

Considerando que a Carta das Nações Unidas impõe aos Estados a obrigação de promover o respeito universal e efectivo dos direitos e liberdades do homem; Tomando em consideração o facto de que o indivíduo tem deveres para com outrem e para com a colectividade à qual pertence e é chamado a esforçar-se pela promoção e o respeito dos direitos reconhecidos no presente Pacto: (Centro de Informação das Nações Unidas em Portugal. www.onuportugal.pt. Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais).

A constatação destes dois pontos são justificáveis pela causalidade entre a fé e razão contida na Moral, podendo assim nos levar a um número infinito de linhas de causa e efeito, enquanto que a linha de imputação não tem um número infinito de desdobramentos. Na verdade, segundo KELSEN, tem apenas dois: só dois vínculos porque se aplica a esta situação de imputação a

mencionada lógica apofântica, ou seja, para o Direito, o comportamento será julgado lícito ou ilícito.⁴³⁴ Através da aplicação desta regra da Ciência do Direito não há possibilidade de a seqüência infinita que resulta de uma causa concreta ser considerada como efeito de outra causa e, ainda, seu efeito como causa de outro efeito, levando esta série ao infinito de possíveis e articuláveis considerações sobre o justo e o injusto.

É, neste sentido que a Justiça Democrática reconhece a causalidade entre a fé e a razão, isto é, de que o ser humano possa ser reconhecido como sujeito de uma ordem Moral, unida ao plano espiritual, alma, energia cósmica etc., o que lhe garante a possibilidade de ser “Livre”, dentro de uma compreensão existencial superior a toda e qualquer responsabilização social que possa estar acontecendo no plano material. Continua sendo intangível uma lógica formal que explique a partir da razão da participação do ser humano no universo sensível da Justiça, o que seja o sentido da vida e da morte, e permite-lhe julgar os comportamentos efetivos. Exemplo, tal comportamento foi injusto, porque foi fruto de puro egoísmo, ou, também, tal comportamento foi injusto, porque desleal, etc..

Este reconhecimento, por parte da Justiça Democrática, torna possível entendê-la como sistema dinâmico e aberto aos novos paradigmas abertura viabilizada, inicialmente, pela Política. Uma vez amadurecida a mudança pelo debate democrático, o Direito entra em cena para institucionalizar a mudança, o que torna possível a universalização da Justiça Democrática pela cognição de seus três aspectos resultantes da separação dos poderes do Estado, sendo eles, aqui, denominados de conhecimento político, judiciário e administrativo.

⁴³⁴ KELSEN. *O que é justiça*, p. 331-332.

É salutar que tudo o que se refere às mudanças deva acontecer sem os agravantes de atos violentos, para que haja a paz e o respeito válidos. São os princípios da equidade e da estabilidade, que serão explicados em novas bases e de acordo com as expectativas da atualidade. Sobre a conquista da paz social, o Papa JOÃO PAULO II, faz os seres humanos pensarem no que ele chama de *drama da separação da fé e da razão*, advertindo que:

Em resumo, tudo o que o pensamento patrístico e medieval tinha concebido e atuado como uma unidade profunda, geradora dum conhecimento capaz de chegar às formas mais altas da especulação, foi realmente destruído pelos sistemas que abraçaram a causa de um conhecimento racional, separado e alternativo da fé.⁴³⁵

Sendo que, para o Sumo Pontífice:

No âmbito da investigação científica, foi-se impondo uma mentalidade positivista, que não apenas se afastou de toda a referência à visão cristã do mundo, mas sobretudo deixou cair qualquer alusão à visão metafísica e moral. Por causa disso, certos cientistas, privados de qualquer referimento ético, correm o risco de não manterem, ao centro do seu interesse, a pessoa e a globalidade da sua vida. Mais, alguns deles, cientes das potencialidades contidas no progresso tecnológico, parecem ceder à lógica do mercado e ainda à tentação dum poder demiúrgico sobre a natureza e o próprio ser humano.⁴³⁶

Com estas considerações, não estamos nem repudiando a imputação, nem supervalorizando a causalidade. Ao contrário, estamos permitido que seja compreendida a necessidade da universalização do conhecimento da Justiça Democrática: para que estejam delimitados os campos de atuação do Estado, conforme o Direito e a Política, nos exatos termos de um eixo bidirecional convergente que foi defendido no início do trabalho .

⁴³⁵ Carta Encíclica *Fides Et Ratio*, p. 50.

⁴³⁶ *Ibidem*, p. 51.

Embora este trabalho não pretenda se alongar sobre Justiça da Vida, ou seja, um conhecimento do plano existencial completo do ser humano, deve ser mencionado, sobre o assunto, o suficiente para dar respaldo ao que virá na seqüência, especificamente sobre os critérios da universalização da Justiça Democrática, que envolve o seu processo de conhecimento, para atingir-se o conceito. Isto porque, se pretendemos dar um sentido à Justiça, ainda que, reconhecidamente, seja ele parcial, pela restrição que o método nos impôs, que ao menos, seja reconhecida a força que a fé na Justiça representa para este nosso sistema, que se funda na razão, mas, não pode isolar-se da fé. Neste sentido, estamos de acordo com a solução da *Encíclica Fides et ratio*:

Todavia isto não pode fazer esquecer a necessidade que a atual relação entre fé e razão tem de um cuidadoso esforço de discernimento, porque tanto a razão como a fé ficaram reciprocamente mais pobres e débeis. A razão, privada do contributo da Revelação, percorreu sendas marginais com o risco de perder de vista a sua meta final. A fé, privada da razão, pôs em maior evidência o sentimento e a experiência, correndo o risco de deixar de ser uma proposta universal. É ilusório pensar que, tendo pela frente uma razão débil, a fé goze de maior incidência; pelo contrário, cai no grave perigo de ser reduzida a um mito ou superstição. Da mesma maneira, uma razão que não tenha pela frente uma fé adulta não é estimulada a fixar o olhar sobre a novidade e radicalidade do ser. À luz disto, creio justificado o meu apelo veemente e incisivo para que a fé e a filosofia recuperem aquela unidade profunda que as torna capazes de serem coerentes com a sua natureza, no respeito da recíproca autonomia. Ao desassombro (parresia) da fé deve corresponder a audácia da razão.⁴³⁷

A universalização do conhecimento da Justiça Democrática, contudo, apesar de ter um significado racional, deve ser metajurídico, por entendermos estar sendo estabelecida uma forma de consolidação da paz social que deixa bem clara a importância desta proposta da Encíclica. É exatamente por esta razão que já dissemos que a Justiça Democrática está mais apta a mostrar

⁴³⁷ Ibidem, p. 53.

resultados práticos à sociedade politicamente organizada, porém, sem nos esquivarmos de responder a, pelo menos, este problema, sobre o objetivo decisivo da paz social, o que, obviamente, envolve uma Justiça da Vida que leva em conta não só o plano material, como, também, o ilimitado universo do ser incompreendido completamente pela razão, uma vez que trata-se de plano existencial puro. Este universo, sim, pode ser compreendido pela fé. Quem sabe, em um próximo desafio intelectual possamos demonstrar, uma teoria da Justiça da Vida e sem limites metodológicos.

1.3.Situação das relações jurídicas no Estado republicano democrático de direito.

A divisão do Direito em público e privado, não é propriamente o fim da unidade do ordenamento jurídico. É apenas o modo de entender-se que no Estado produzem-se dois tipos de relações jurídicas, uma considerada privada e a outra pública.

Sobre as relações jurídicas privadas, a de maior importância, sem dúvida, decorre do contrato. Até mesmo o casamento, que tem natureza civil institucional, comporta aspectos contratuais. A importância está contida nos efeitos do contrato, pela inegável natureza obrigacional que vincula os contratantes, enquanto sujeitos-de-direito.⁴³⁸

Mas, não é a relação jurídica privada que nos preocupa. A questão é sobre as relações jurídicas que se desenvolvem entre os poderes do Estado. Ora, se adotarmos a razão liberal, encontraremos antes da existência do Estado a vigência do Direito natural, que dá legitimidade à Nação para estabelecer a regra

⁴³⁸ Também geram obrigações civis, não contratuais, o ato ilícito.

da divisão dos poderes. Portanto, seria a Nação o sujeito desse direito natural especial para a democracia, como forma de controle do poder estatal. Isto é válido somente se o aparecimento do Estado coincidir com sua forma dividida em três poderes (legislativo, judiciário e executivo), regra de causalidade política não pode ser observada, portanto, nas fases anteriores ao Estado liberal, uma vez que antes dele o Estado não era dividido mas concebido de maneira absoluta.

Na maneira absoluta de concepção do Estado, não se encontra a divisão de poderes, o que não significa não estar o soberano desenvolvendo as funções respectivas. Ele o fazia através da formação de órgão, segundo LOURIVAL VILANOVA: *Do ponto de vista da ciência jurídica dogmática, o Estado coincide com a instituição do órgão e este coincide com a norma de organização*⁴³⁹; nas condições positivas da Justiça Democrática demonstramos a gênese do Estado a partir da lógica do poder – condição pública, contrato social república e democracia -; agora, estamos tentando encontrar a sua origem jurídica, para explicar a separação dos poderes, sob o ponto de vista das relações jurídicas públicas entre eles.

Uma separação de poderes culmina com o surgimento de novos sujeitos-de-direito, sem que ocorra o rompimento da unidade do Direito, eficiente pela indivisibilidade da soberania do Estado, que continua sendo o centro de imputação total. No entanto, os seus poderes legislativo, judiciário e executivo são detentores de parcelas de imputação.⁴⁴⁰

⁴³⁹ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*, p. 177. E, ainda, disse este autor que: *Um povo ou nação é Estado através de seus órgãos*. (Ibidem, p. 180). Mais adiante, ele defende que: *Esse monopólio de funções sempre existe, quer haja ou não divisão de poderes*. (Ibidem, p. 180-181).

⁴⁴⁰ Também, neste sentido, VILANOVA, op. cit. p. 182.

Isto posto, compreendemos que existam relações jurídicas entre os poderes, numa demonstração que traz uma fundamental conclusão que justifica o processo de conhecimento da Justiça Democrática de cada um dos poderes do Estado, a ser estabelecido.

2. O PROCESSO DE CONHECIMENTO DA JUSTIÇA DEMOCRÁTICA.

2.1. Sobre a forma de se conhecer o objeto.

Sobre o conhecimento, disse RICHARD BACH:

Não é o conhecimento que surge e desaparece, pensei, é a percepção que temos dele. O que vemos é nossa consciência, e quando essa consciência é afastada, como as cenas se modificam! Somos, neste mundo, apenas reflexos, somos espelhos vivos uns dos outros, somos nossa própria família querida, que enfim se reencontra após uma longa separação.⁴⁴¹

O Estado moderno colocou em evidência o controle do poder, estabelecendo-se teorias para responderem à questão do problema jurídico. Antes, no feudalismo, observamos que não há uma idéia de limitação ao poder estatal, mas, uma relação de subordinação deste ao poder de Deus, sendo que a interpretação do que fosse obra do poder divino era monopólio da Igreja Católica. Em Roma sempre houve a preocupação da oligarquia proprietária de terras com uma possível revolução militar que levasse ao poder um imperador com pretensões egoístas, que afastassem os senadores do governo da república

⁴⁴¹ BACH, Richard. *Um*, p. 244.

centralizando as decisões, e, ainda, criando um monopólio legal e judicial, com base na força do exército.

No século XX, a idéia de delimitação de competências, com necessária vinculação à função pública, estabelece uma nova forma de conhecimento da Justiça através desta reapreciação da teoria da separação dos poderes que não mais comporta em si departamentos estanques pelo fato de um poder estar, em algum momento, exercendo atribuições que seriam de outro e vice-versa. São modalidades de funções típicas e atípicas dos poderes. Necessitando, a Justiça Democrática, porém, de encontrar o seu conceito, isto se torna possível através do conhecimento, obtido por uma série idéias sobre Justiça que estão contidas nas três premissas básicas da teoria da separação dos poderes (legislativo, executivo e judiciário), a fim de que sejam identificados os conteúdos da Justiça que é produzida por cada poder do Estado, como maneira de explicar a limitação desse poder sem que a Justiça Democrática venha a surgir e depois desaparecer. Na verdade, temos que ter dela uma visão de conjunto. É o que chamamos de processo de conhecimento, pois estaremos olhando para o interior de cada poder do Estado para poder reagrupar idéias de Justiça, aqui, fazendo uma analogia com a literatura de RICHARD BACH. Após uma longa separação advirá o desejado reencontro.

VASCONCELOS, esclarece algo importante:

Todavia, a contraposição do legislativo ao executivo – quer no sentido original, quer na versão orgânico-funcional a que subseqüentemente se restringiu – e a independência judicial – hoje informada pela extensão da garantia jurisdicional à legalidade dos actos administrativos e à constitucionalidade dos actos legislativos – são parte integrante de uma teoria geral do Estado. Questão liminar de uma eventual teoria dos controlos jurídicos do Poder será, portanto, averiguar a possibilidade e o interesse de autonomizar a problemática do controlo face ao quadro de

compreensão unitário suposto numa teoria geral do Estado, sendo certo que só na referência a este, o nosso problema ganha sentido.⁴⁴²

Realmente, esperamos que o progresso filosófico permita aprimorar as relações entre os poderes do Estado e, com total confiança, que o conceito de Justiça Democrática seja uma manifestação deste progresso, tendo em vista as inúmeras soluções que a humanidade espera do Estado: como evitar uma catástrofe ecológica, erradicar a miséria, criar alternativas de trabalho frente ao desemprego, tudo que dê mais dignidade às pessoas. Evidentemente, não estamos propondo, aqui, soluções para estes problemas e outros que possam ser ainda mais graves e urgentes. Mas resolvê-los sem informações e na ausência de teorias é ainda mais complicado. Cremos portanto, que algumas angústias produzidas por disfunções dos poderes do Estado poderão, a partir do processo de conhecimento aqui desenvolvido serem melhor compreendidas e, até mesmo, evitadas. A divisão de poderes amplia a repartição de competências. Constata-se, facilmente, que inúmeras atividades são executadas diariamente. Seria portanto, inútil uma concepção de Estado desacompanhada de meios disponíveis para garantir a execução de suas funções. Muitas vezes a execução da atividade depende do cumprimento de uma obrigação pública de outro órgão que pertence a outro poder. No entanto, a garantia de executoriedade de decisões, seja de que poder estatal for proveniente é uma função típica do Poder Executivo, pois, nele se concentra o comando das polícias e das forças armadas, tidas como último recurso de coerção.

Concluindo, grau de envolvimento da Filosofia permite-nos evidenciar as relações entre os poderes, bem como, as relações internas entre seus órgãos.

⁴⁴² VASCONCELOS, Pedro, op. cit. , p. 15.

Em ambas as situações buscam-se critérios valorativos que exteriorizem suas idéias quanto à Justiça. Não estamos, reduzindo o problema da Justiça à simples legalidade e legitimidade⁴⁴³ mas, buscando efetivamente os valores (elementos axiológicos, chamados valores-de-justiça), extraídos do desempenho das atividades dos poderes do Estado.

2.1. O conhecimento político.

A compreensão da elaboração das normas jurídicas como conhecimento político envolve, certamente, a função típica de legislar, sendo ela exercida quase que exclusivamente pelo Poder Legislativo. Este conhecimento político, passa pela indagação: *mens legis* ou *mens legislatoris* ?⁴⁴⁴

Impera na atividade de legislar uma pluralidade de justificações e, ao mesmo tempo, âmbitos de liberdade mais ou menos limitados. Isto porque o problema da transcendência da Justiça Democrática resulta na sua pragmática: existe um valor-de-justiça compreendido na atividade legislativa que permeia o poder, eminentemente, representativo. Dessa maneira, o voto é muito mais uma obrigação do que um direito. Além do sufrágio universal para a escolha dos legisladores, no desempenho da aprovação de texto de lei, recorrem também ao sufrágio legislativo, são dois momentos: o dever do cidadão e o dever do legislador, em ambos, de respeitarem a vontade da maioria vencedora. Este é, sem dúvida, o maior valor-de-justiça na atividade de elaboração da lei numa democracia. Tanto na experiência romano-germânica quanto na *Common Law*, ficou estabelecida a devida importância do Poder Constituinte, caracterizado pela

⁴⁴³ Se fosse assim, não seria uma investigação da Filosofia do Direito e do Estado, mas seria mais apropriada à dogmática jurídica (Direito Administrativo e Constitucional).

⁴⁴⁴ O que prevalece na atividade de legislar: a vontade do legislador ou a intenção da lei?

sua ilimitação jurídico-normativa. Mencionamos a supremacia da Constituição que determina uma limitação legal, dentro de um controle político prévio da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, em face dos princípios da legalidade e da legitimidade, tudo sendo realizado numa ordem democrática.

Vamos falar, agora, de uma limitação não normativa, ou estaríamos repetindo a dogmática jurídica de estrutura dinâmica e sistema fechado estabelecida por KELSEN. Consideramos a importância do processo legislativo normatizado pelo Direito, um valor que impede a transformação do governo das leis em governo dos homens, o que explica a necessidade do Poder Legislativo perseguir uma linguagem abstrata e generalizadora quando elabora a lei. Ora, não fosse esta propriedade da linguagem, não haveria como determinar a regra de imputação da norma jurídica, o exaustivo detalhamento de todas as situações fáticas que viessem a representar o conteúdo dos tipos legais. Seria tarefa impossível devido à possibilidade de esgotamento físico do legislador no esforço mental de prever todas as situação fáticas, demandando a aplicação da norma jurídica.

Entretanto, mesmo com a regra de abstração e generalização da norma jurídica em pleno funcionamento, algum anacronismo acaba acontecendo em sistemas legislativos atuais:

Tão confusa quanto extravagante, a atual legislação brasileira apresenta dispositivos inacreditáveis. No Decreto Federal 56.585, de julho de 1965, gasta-se um página para descrição de um ovo. São 11 artigos que começam com a seguinte redação: Art. 1º - Pela designação de ovo entende-se o ovo de galinha, sendo os demais acompanhados da indicação da espécie de que procedem.⁴⁴⁵

⁴⁴⁵ O Estado de S. Paulo, 13 de abril de 1997, p. A8.

Outra situação, indicada na mesma reportagem, foi a quantidade de normas jurídicas em vigor no Brasil, à época da notícia, Eram mais de 9,4 mil leis federais, mais de 100 mil decretos federais, no estado de São Paulo eram mais de 41 mil leis estaduais. Não foram mencionadas as leis orgânicas municipais, leis e decretos municipais, as constituições estaduais, leis e decretos estaduais das demais unidades da federação, do distrito federal e territórios, as normas jurídicas internas de todos os órgãos públicos da União, dos estados e dos municípios, etc. Com esta quantidade de normas jurídicas e a técnica de “revogar-se as disposições em contrário” no final dos textos, fica bem claro em que posição o cidadão (ou até o estrangeiro) encontra-se ao tentar compreender que “ninguém se escusa de cumprir a lei alegando que não a conhece.” (Decreto-Lei n. 4.657/42, art. 3º). É, pois, dentro de uma hermenêutica jurídica que a importância da vontade do legislador e da intenção da lei são postas em prática um critério de interpretação da lei ao caso concreto que permeia estas duas situações, o método histórico-teleológico. Através dele o juiz pode intuir e deduzir qual era a vontade do legislador e a intenção da lei no momento da sua elaboração a fim de garantir a atualidade de sua aplicação ou a sua completa desatualização em face dos novos costumes, oferecendo uma solução favorável à aplicação da lei ou contrária a ela. O magistrado fica autorizado a aplicar, quando for necessário, este critério interpretativo, segundo o princípio de direito contido no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil : *Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.* Ora, como a finalidade social e o bem comum são estabelecidos pela moral e pela prática de costumes num determinado espaço e tempo, este artigo deixa claro que pode o juiz deixar de aplicar uma lei que não os atenda, mesmo que, à época da sua elaboração,

fosse aceitável como *mens legis* e *mens legislatoris*. O juiz no entanto, deve explicar historicamente as razões da decisão.

Nesse sentido, a vontade do legislador e a intenção da lei devem obedecer ao mesmo sentido da linguagem da norma jurídica, ou seja: ambas são abstratas e gerais, pois sendo particulares e individuais estariam ferindo a natureza do poder representativo. A vontade e a intenção, portanto, são valores-de-justiça somente se forem também gerais e abstratas. O que deve ser variável é o próprio sentido que a sociedade estabelece para a finalidade social da lei e o bem comum. Estes, se estiverem muito desassociados da norma jurídica, podem levar o juiz a deixar de aplicá-la.

Outro valor-de-justiça é o poder econômico que o Legislativo exerce. Na modalidade financeira ele é o órgão preponderante. O Executivo é apenas agente de arrecadação e o Judiciário de controle de ambos. Caso haja conflito com o contribuinte, toda e qualquer mudança nas fontes de custeio do Estado deve ser de competência do Legislativo.⁴⁴⁶ Mencionaremos apenas, que existem outros dois valores-de-justiça, imprescindíveis para o conhecimento político, são: a imunidade parlamentar⁴⁴⁷ e o devido processo legislativo.⁴⁴⁸ Finalmente, um valor-de-justiça considerado como exercício de controle legislativo sobre o executivo, pode se expressar através da já mencionada comissão parlamentar de inquérito e do *impeachment*.⁴⁴⁹

⁴⁴⁶ Vide RUSSOMANO, Rosah. *Dos Poderes legislativo e executivo*, p. 42-43.

⁴⁴⁷ *Ibidem*, p. 79.

⁴⁴⁸ *Ibidem*, p. 121.

⁴⁴⁹ *Ibidem*, p. 150-159.

2.2. O conhecimento judiciário.

É judicial, em primeiro plano, uma atividade típica que implique tutela estatal relacionada ao direito de ação de competência do Poder Judiciário e secundariamente, uma outra atividade atípica de administração desse poder do Estado, envolvendo todos os administrados. Na busca deste conhecimento não se descarta, como basilar, estabelecer a diferença entre as duas atividades judiciais. Para tanto, recorreremos aos aspectos relevantes de uma teoria geral do processo judiciário, a fim de que se possa responder aos pontos que tornam clara a distinção apontada. Então, após discorreremos sobre esta situação, o processo de conhecimento judiciário estará nos revelando uma certa uniformidade dos valores-de-justiça do Poder Judiciário.

Iniciamos, com a análise de como se forma a relação jurídica na atividade típica. Encontramos três elementos ligados aos sujeitos-de-direito envolvidos: capacidade, imputação e responsabilidade; e, para que fique claro à Filosofia do Direito e do Estado, estes elementos estão relacionados com as regras de imparcialidade do julgamento, independência do juiz, lealdade das partes (autor e réu), deveres funcionais dos profissionais que atuam no Poder Judiciário (advogados, ministério público e auxiliares da justiça). O princípio da inércia do Poder Judiciário é o dever de manifestar-se somente quando provocado pela parte interessada. Será que este princípio comporta exceção?⁴⁵⁰

⁴⁵⁰ A resposta sobre exceção à regra é afirmativa na Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 114, parágrafos 2º e 3º, respectivamente. O poder normativo da Justiça do Trabalho, quando decorrente de greve, a correspondente ação coletiva pode ser iniciada por iniciativa do Tribunal Regional do Trabalho ou Tribunal Superior do Trabalho (conforme os artigos 856 e 857 da Consolidação das Leis do Trabalho) bem como a execução, de ofício, das contribuições previdenciárias do período de reconhecimento judicial de vínculo empregatício decorrentes de suas próprias sentenças.

No intuito de nos guiarmos pelos critérios científicos de uma teoria geral do processo, recorreremos, de início, a uma definição de jurisdição e, posteriormente, de ação.

Sobre a jurisdição, afirma GABRIEL J. RODRIGUES DE REZENDE FILHO:

Jurisdição é uma função da soberania do Estado. É o poder de declarar o direito aplicável aos fatos. No regime da legalidade, é missão precípua do estado manter o prestígio e a autoridade da lei.⁴⁵¹

Citando CALAMANDREI, o autor relata: *O Estado defende com a jurisdição a sua autoridade de legislador.*⁴⁵² Mas identifica a doutrina de CHIOVENDA, como a mais aceitável:

Para o grande processualista italiano, a diferença entre a atividade jurisdicional e a atividade administrativa está em que a atividade jurisdicional constitui uma atividade de substituição: a substituição de uma atividade particular pela atividade *pública*. *Ao surgir o litígio entre os particulares, como estês não podem fazer justiça por suas próprias mãos, recorrem ao Poder Judiciário.*⁴⁵³

MARCELO ABELHA RODRIGUES, criticando o conceito inspirado em CHIOVENDA, pensa que: *o grande desafio é verificar se o conceito (avançadíssimo para sua época) de Giuseppe Chiovenda continua sendo aplicável nos dias atuais.*⁴⁵⁴ Faz uma proposta de classificação das características da função jurisdicional, em secundária, ligada à coerção da decisão seria: a) instrumental, que permite aplicação prática às regras do Direito; b) desinteressada, que correspondente à imparcialidade como conservação da

⁴⁵¹ REZENDE FILHO, Gabriel J.R. *Curso de direito processual civil*, p. 86.

⁴⁵² *Ibidem*.

⁴⁵³ *Ibidem*, p. 90.

⁴⁵⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*.V.1, p.103.

credibilidade da justiça; c) provocada, o princípio da inércia que somente atua quando provocado e d) prevenção e reparação de danos, que regula o Estado de direito.⁴⁵⁵

OVÍDIO BATISTA DA SILVA identifica a jurisdicionalidade de um ato ou de uma atividade realizada pelo juiz através de dois pressupostos:

a) o ato jurisdicional é praticado pela autoridade estatal, no caso pelo Juiz, que o realiza por dever de função, ou seja, o Juiz, ao aplicar a lei ao caso concreto, pratica essa atividade como finalidade específica de seu agir, ao passo que o administrador deve desenvolver a atividade específica de sua função tendo a lei por limite de sua ação, cujo objetivo não é a aplicação simplesmente da lei ao caso concreto, mas a realização do bem comum, segundo o direito objetivo; b) o outro componente essencial do ato jurisdicional é a condição de terceiro imparcial em que se encontra o Juiz com relação ao interesse sobre o qual recai a sua atividade.⁴⁵⁶

Com a jurisdição, unicamente, não é possível completar o conhecimento judiciário,⁴⁵⁷ faz-se necessária uma breve análise evolutiva das teorias da ação. Assim, no âmbito da Ciência do Direito, pelo ramo denominado de Direito Processual Civil, foram defendidos vários conceitos de ação. a) BLONDEAU afirma que, ao lado dos direitos originários há os direitos sancionadores, tendo por objetivo tornar efetivos os primeiros: a ação é um direito sancionador, portanto, é a força do próprio direito; b) PLANIOL vê na ação um direito potencial dependente do direito subjetivo; c) para SAVIGNY a ação é a metamorfose do direito é o direito novo emergindo da violação do direito subjetivo;

⁴⁵⁵ Vide *ibidem*, p. 105.

⁴⁵⁶ SILVA, Ovídio A. Batista da ; GOMES, Fabio L. *Toeria geral do processo civil*, 73-74.

⁴⁵⁷ Realmente, sem uma apreciação do que seja a ação, somente com a definição de jurisdição torna-se incompleto o conhecimento judiciário. Fernando Whitaker da Cunha, aponta para a dificuldade de deixar clara a diferença entre uma e outra atividade, jurisdicional ou administrativa, tendo em vista as posições teóricas, contrárias Sabatini, *aceitando a distinção tradicional de funções (que Hans Kelsen rotula de ordinárias, para distingui-las das extraordinárias, como a guerra), subdivide o Poder de Justiça, em função jurisdicional e função judiciária, incumbindo a essa a execução penal ou cível. Jorge Salomão distingue-as bem: 'a primeira se reserva às hipótese de exercício da verdadeira e própria jurisdição. A Segunda, seria a denominação*

d) TEIXEIRA DE FREITAS define a ação como o direito de fazer valer em juízo um direito subjetivo, resultando como sua faculdade complementar, sem a qual ele seria ilusório; e) CLÓVIS BEVILÁQUA entende que a ação é o elemento constitutivo do direito.⁴⁵⁸

Todos estes autores aproximam suas definições de uma teoria civilística da ação. Existem no entanto, existem outras: a teoria da ação como direito concreto à tutela jurídica; teoria da ação como direito potestativo; teoria do direito abstrato de ação; teoria eclética (consagrada pelo Código de Processo Civil brasileiro, de 1973, atualmente, em vigor).⁴⁵⁹ Com quem está a razão? Ficam as dúvidas:

I- Ação é o próprio direito em atitude de defesa contra a ameaça ou violação de terceiro?

II- É um elemento, uma qualidade, um atributo, um aspecto, um momento, uma conseqüência ou uma garantia do direito subjetivo?

III- Se é um direito distinto do direito material, em que sentido?

IV- Pode levar, no caso da teoria eclética, à criação de uma nova atividade do Estado diferente das três conhecidas (executiva, legislativa e judiciária) ?

V- Pode levar, eventualmente à imprecisão do conceito de mérito?

Sobre a primeira pergunta, afirmamos que a resposta é não, porque houve um rompimento do direito subjetivo em relação à *actio romana*⁴⁶⁰, que foi substituída pela concepção do interesse público em pacificar as relações jurídicas. Não há como deixar de indicar uma ligação entre o direito de ação e o

genérica das atividades desenvolvidas pelo Poder Judiciário, se forem ou não jurisdicionais. (CUNHA, Fernando Whitaker da. *Representação política e poder*, p. 34-35).

⁴⁵⁸ Vide REZENDE, Gabriel, op. cit., p. 140-160.

⁴⁵⁹ Vide SILVA, Ovídio B. da, op. cit., p. 112-118.

⁴⁶⁰ Neste sentido YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*, p. 63-64.

direito subjetivo, esta relação deve ser compreendida como uma garantia de ter à disposição do jurisdicionado a inafastabilidade do Poder Judiciário de apreciação de qualquer pedido fundado em direito subjetivo. Disto, concluímos que o direito de ação é um direito contra o Estado, distinto do direito material, embora tenhamos não adotado integralmente a expressão - *ação como direito autônomo*⁴⁶¹ -, devendo ela, apenas, ser empregada como recurso de linguagem para distinguir o direito de ação do direito material, em seus efeitos e nos sujeitos da relação jurídica, porque uma defesa de autonomia completa, por ramos do Direito, não se coaduna com a unidade do ordenamento jurídico. Isto explicaria, por exemplo, que mesmo desprovida do direito subjetivo, em relação ao réu, uma ação poderia ser intentada. Somente a partir da instauração do processo, com seu procedimento, o juiz é capaz de reconhecer a existência ou inexistência do direito subjetivo que fundamenta o pedido contra o réu, decretando-o procedente ou improcedente e se presta ao objetivo que é exatamente de tornar possível a tutela jurisdicional, dentro da separação dos poderes do Estado. A forma tripartida de poderes, segundo OVÍDIO BATISTA não pode sofrer mudança na configuração:

Esta solução deve ser afastada por dois motivos: em primeiro lugar, o problema existe justamente porque o jurista está limitado ao pressuposto da divisão tripartida dos poderes (legislativa, administrativa e jurisdicional); a criação de uma quarta tornaria qualquer dessas soluções ilegítimas, pois desapareceria o próprio problema.⁴⁶²

A problemática da última questão liga-se, de certa forma, ao que o autor acima acabou de dizer. Objetivamente podemos identificá-la nos efeitos da

⁴⁶¹ CHIOVENDA. *Instituição de direito processual civil*, p. 25.

⁴⁶² BATISTA, op. cit., p. 124.

coisa julgada. Para uma melhor compreensão, citamos o exemplo de uma comum e rotineira ação trabalhista que um empregado promove visando deferimento de pedido fundado no direito subjetivo de reconhecimento de vínculo jurídico de emprego, sendo que a defesa, por diversas vezes, alega que o réu não detém qualidade de empregador. Assim, segundo a teoria eclética, teria que fazê-lo como preliminar de carência da ação por ilegitimidade passiva, até mesmo quando o réu reconhece a existência de uma relação jurídica mas sustenta que não se trata de uma relação de emprego. Seria a ilegitimidade ativa, por exemplo, o autor exerce representação comercial ou prestação de trabalho autônomo.

No entanto, na solução destes casos, por diversas vezes, encontramos a expressão *a preliminar confunde-se com o mérito*, para permitir que a ação trabalhista prossiga, encontrando, ao final, uma decisão sobre o vínculo pretendido como sentença de mérito, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil brasileiro. A teoria eclética lhe apontava, na verdade, para uma sentença com fulcro, porém, no artigo 267, VI, isto é, sem o julgamento do mérito, o que permitiria ao autor da ação intentá-la novamente. Isto significa que as formas de extinção do processo estão ligadas aos efeitos da coisa julgada e, por sua vez, a coisa julgada está ligada à segurança jurídica de a parte não responder a uma ação idêntica já julgada em seu mérito.⁴⁶³

Dessa forma, independentemente da crítica à teoria eclética da ação, configura-se a coisa julgada noutro valor-de-justiça integrante do processo de conhecimento judiciário, como conseqüência do exercício do direito de ação. Apesar da polêmica deste caso sobre o que seria mérito e carência da ação.

⁴⁶³ Sobre as condições da ação trabalhista, vide NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*, p. 264-265.

A capacidade de ser parte na ação, por sua vez, também está ligada a um valor-de-justiça normatizado como condição da ação ao lado da possibilidade jurídica do pedido e do interesse processual. Estes dois últimos respectivamente, relacionam-se com a imputação e com a responsabilidade.⁴⁶⁴

As considerações sobre a capacidade, a imputação e a responsabilidade bem como o princípio da inércia, também, aplicam-se à ação penal, respeitadas suas características próprias, principalmente de classificação em ação penal pública e ação penal privada (artigos 24 a 62 do Código de Processo Penal brasileiro- CPP).

Sobre a imparcialidade no julgamento, o ordenamento jurídico suscita regra de impedimento e de incompatibilidade do magistrado (artigo 112 do CPP), que, em seguida, nos artigos 252 a 256 do CPP é mencionada como suspeição. O artigo 458 do CPP fala em impedimentos do tribunal do Júri reportando-se ao conteúdo do artigo 462 do CPP, como grau de parentesco, contemplando padrasto ou madrasta e enteado; e menciona como incompatibilidades por suspeição, em razão de parentesco com o juiz, promotor, advogado, réu e vítima, como já era previsto sobre impedimentos (art. 136 do CBC) ou a suspeição (artigos 135 e 136 do CPC) dos juízes togados. Na ação trabalhista aplicam-se os artigos 801 e 802 da Consolidação da Leis do Trabalho que se referem apenas à suspeição, não mencionando uma diferença específica entre esta e o impedimento do magistrado.

A independência do juiz, por sua vez é um valor-de-justiça que implica a explicação da confiança no acesso à justiça e à distribuição de justiça pelo Poder Judiciário, na forma concebida pela separação de poderes do Estado. Um

⁴⁶⁴ Vide artigo 267 , do Código de Processo Civil.

dos maiores problemas da segurança e da manutenção do Estado Democrático de Direito é a eficácia da garantia constitucional do livre e igualitário acesso à justiça. A aplicação do Direito e a distribuição da Justiça traduzem o esforço da sociedade em implantar uma ordem jurídica institucionalizada, essencial para o convívio harmônico e pacífico dos indivíduos.

É necessário reconhecer-se, historicamente, a existência de um poder destinado aos juízes nas sociedades antigas, até mesmo antes do homem conhecer a escrita. ANTONIO CARLOS WOLKMER, citando H. Summer Maine, nos explica que:

Nas sociedades antigas, tanto as leis quanto os códigos foram expressões da vontade divina , revelada mediante a imposição de legisladores-administradores , que dispunham de privilégios dinásticos e de uma legitimidade garantida pela casta sacerdotal. Escreve H. Summer Maine que algumas experiências societárias, ao permitirem o declínio do poder real e o enfraquecimento de monarcas hereditários, acabaram por favorecer a emergência de aristocracias, depositárias da produção legislativa, com capacidade de julgar e de resolver conflitos.⁴⁶⁵

Portanto, numa fase inicial de formação do direito nas sociedades primitivas, o poder de julgar e de resolver conflitos representou o único meio de preservação dos costumes.⁴⁶⁶ Trata-se do início da distribuição da Justiça, preocupação já presente antes mesmo do aparecimento do Estado.

Com o passar do tempo, entre os séculos XVI e XVIII, as sociedades transformaram-se em Estados nacionais. Com a decadência do absolutismo monárquico e, posteriormente, com o advento do Estado liberal, promoveu-se a

⁴⁶⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos de história do direito*, p. 20.

⁴⁶⁶ Cf. WOLKMER, *ibidem*: *Mas este momento inicial de um direito sagrado e ritualizado, expressão das divindades, desenvolve-se na direção de práticas normativas consuetudinárias. Certamente que ainda não se trata de um direito escrito, porém de um conjunto disperso de usos, práticas e costumes, reiterados por um longo período de tempo e publicamente aceitos. É a época do direito consuetudinário, largo período em que não se conheceu a invenção da escrita, em que uma casta , ou aristocracia, investida do poder judicial era o único meio que poderia conservar, com algum rigor, os costumes da raça ou da tribo.*

maior mudança da história do processo: **a fundamentação da sentença** que deu início à profissionalização do processo, afastando os leigos cada vez mais, do Poder Judiciário. JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES, afirma que a idéia de profissionalização do processo no Estado liberal teve como principal argumento que *o processo neste caso dependia de regras definidas previamente, seja quanto ao objeto da decisão seja quanto ao procedimento propriamente dito.*⁴⁶⁷

Numa perspectiva contemporânea os três poderes do Estado⁴⁶⁸ devem respeitar e, ao mesmo tempo, garantir a igualdade e a liberdade aos indivíduos. Uma das formas de viabilizá-la é a tutela estatal via direito de petição.⁴⁶⁹ Essa importante diferença entre o direito de ação e o direito de petição, a distinção entre a tutela jurisdicional (atividade judicial típica) e a tutela administrativa (realizada atipicamente pelo Poder Judiciário). Numa democracia, o direito de petição é tão importante quanto o direito de votar. O Estado não pode restringir ou dificultar seu exercício, nem pela burocracia ou nem pelo poder econômico. O

⁴⁶⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Uma Introdução à história social e política do processo*. In: *Sistemas de História do Direito*. Organizador Antonio Carlos Wolkmer, p. 257. Sobre os sistemas de recrutamento dos juizes: *Variados são os sistemas de recrutamento de juizes. Com base na melhor doutrina, poderíamos relacionar: a) do voto popular; b) da livre nomeação pelo Executivo; c) da livre nomeação pelo Judiciário; d) da nomeação pelo Executivo com proposta de outras Poderes; e) da nomeação pelo Executivo dependendo da aprovação do Legislativo; f) da escolha por órgão especializado; g) do concurso.* (Cf. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O juiz-seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo*, p. 69).

⁴⁶⁸ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Este autor define a separação de poderes como um princípio de organização política, citando o famoso caso *Kilbourn v. Thompson*, 103 U.S. 168, 190 s. (1880), para afirmar que a revisão judicial de legislação transgredir o princípio da separação dos poderes, mas é considerado um elemento específico da democracia, confirmado pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Para Kelsen, op. cit., p. 263 e 264: *os chamados três poderes podem ser determinados como três funções distintas e coordenadas do Estado, e que é possível definir fronteiras separando cada uma dessas três funções. No entanto, essa pressuposição não é sustentada pelos fatos. Como vimos, não há três, mas duas funções básicas do Estado: a criação e a aplicação do Direito, e essas funções são infra e supra-ordenadas. Além disso, não é possível definir fronteiras separando essas funções entre si, já que a distinção entre criação e aplicação de Direito - subjacente ao dualismo de poder legislativo e executivo (no sentido mais amplo) - tem apenas um caráter relativo, a maioria dos atos do Estado sendo, ao mesmo tempo, atos criadores e aplicadores de Direito. É impossível atribuir a criação de Direito a um órgão e a sua aplicação (execução) a outro, de modo tão exclusivo que nenhum órgão venha a cumprir simultaneamente ambas as funções.*

⁴⁶⁹ Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXIV, letra 'a': são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

indivíduo tem a garantia institucional de buscar os seus direitos perante qualquer um dos poderes do Estado. Resume-se a liberdade e igualdade dos indivíduos de buscarem a tutela do Estado, de uma maneira geral e irrestrita, inclusive, isento de taxas, quando não dispuser de condições econômicas.⁴⁷⁰

O juiz é obrigado, pela Constituição, em respeito ao consagrado direito de petição, a receber a petição inicial de qualquer indivíduo, mesmo que, sua posterior decisão seja pelo indeferimento da formação da ação. É que o regular desenvolvimento da ação depende de princípios instituídos pela lei (Código de Processo Penal, Código de Processo Civil e das legislações processuais especiais).⁴⁷¹

Assim sendo, dentro de um quadro democrático, nenhuma autoridade pública no desempenho de suas funções e na qualidade de representante do povo, pode eximir-se de receber uma petição, mesmo que seja para dizer que é incompetente (em razão dos critérios legais) ou para indeferir de plano o pedido (que não preenche os requisitos da ação, definidos na lei). O direito de ação e de petição, portanto não são sinônimos. Muitas vezes, por se confundir estes dois termos técnicos, o acesso à justiça é criticado.

No último século, os magistrados e os advogados do Ocidente deram uma demonstração do elevado grau de cidadania democrática que impera no segmento judiciário da sociedade. As diferenças sócio-econômicas, tão acentuadas nas áreas da saúde, moradia, educação, repartição de renda, dentre outras, vistas como focos de exclusão dos pobres à cidadania, muitas vezes se

⁴⁷⁰ Vide sobre o direito de ação a Constituição Federal, art. 5º, inciso, XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁴⁷¹ Com visto, para conceituar-se o direito de ação, como sendo a faculdade de pedir ao Judiciário a reparação da lesão de direito, não de uma forma geral e irrestrita como o direito de petição, mas condicionada a certas exigências legais: a legitimidade para a causa, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido.

restabelecem na igualdade, através do exercício do direito de ação. Com efeito, todas estas conquistas auxiliam a democratização do Poder Judiciário, para fazê-lo atingir os objetivos de uma igualitária distribuição da Justiça. A dificuldade da democratização do Poder Judiciário é que ela sempre esbarra no mito da não interferência externa, como qualidade da independência dos poderes. No entanto, não é assim que deve ser encarada. A expressão democratização, para muitos, é sinônimo de intervenção externa comprometedora das decisões dos juízes. Mas não é verdade. Devemos preservar, como segurança da própria democracia, a independência do judiciário.⁴⁷² A história brasileira que foi preenchida, durante longos períodos, por governos autoritários que sufocaram os ideais democráticos e interferiram fortemente na independência do Judiciário. Nem precisamos dizer que foram poucos os períodos políticos que consagraram a democracia como forma de governo. Estamos vivendo agora, portanto o mais longo período democrático de nossa história republicana, iniciado com os trabalhos da Assembléia Constituinte que resultou na promulgação da Constituição vigente. Temos, de um lado, a posição político-conservadora, que restringe as possibilidade de reforma democrática do Poder Judiciário e, de outro os que defendem mudanças. Porque não se substitui a eleição dos presidentes de tribunais por exemplo, *interna corporis*, da qual somente participam os magistrados que os integram pela eleição popular ou, pelo menos, com a participação de todos os integrantes do órgão do Poder Judiciário (servidores, juízes e desembargadores). Porque não se muda a forma de indicação pelo

⁴⁷² Segundo KELSEN, op. cit., p. 268: *Os juízes, por exemplo, são, em geral independentes, isto é, estão sujeitos apenas às leis e não às ordens (instruções) de órgãos judiciários ou administrativos superiores. Vide, NOJIRI, Sérgio. O Dever de fundamentar as decisões judiciais, p. 62: A exata compreensão do conceito de Estado Democrático de Direito e de seus componentes fundamentais (supremacia da Constituição, separação de poderes, princípio da legalidade e direitos do homem) ajuda-nos a entender, de forma mais clara, a relevância do dever de fundamentar as decisões judiciais à luz dos princípios estruturantes da Lei Maior.*

Executivo dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, substituindo-a também, pela eleição popular. Porque não se suprime a vitaliciedade desses cargos. De maneira alguma estas mudanças estariam alterando a profissionalização da atividade judicial. O concurso de provas e títulos seria mantido como primeiro acesso à carreira. O que questionamos são a vitaliciedade e o modo de acesso aos cargos de direção dos órgãos judiciários, pois reconhecemos que a atividade judicial atípica, sendo uma atividade de Administração Pública dos recursos, controle gestão e gerenciamento do órgão judiciário como uma atividade política. Não podemos esquecer, da mesma forma, que o Judiciário, além de julgar as lides (competência exclusiva), tem desempenhado funções administrativas como, por exemplo, o controle dos cartórios extrajudiciais dos estados-membros, atividades de reforma e ampliação de sua estrutura, provimento de cargos e salários, concursos públicos, etc.⁴⁷³ É interessante defender, dentro deste contexto, a inoperância democrática de uma idéia que diga que nesta atividade atípica o Judiciário deve zelar por sua condição de poder reservado, tornando-se, assim, distante do povo e insensível as suas aspirações.⁴⁷⁴

⁴⁷³ A separação dos Poderes não é tão simples. O mestre Viana nos ensina que: *Uma separação entre o poder judiciário e o chamado poder executivo também é possível apenas num grau comparativamente limitado. Uma separação estrita dos dois poderes é impossível, já que os dois tipos de atividade habitualmente designados por esses termos não são funções essencialmente distintas.* (KELSEN, op. cit. , p. 266). Para Kelsen, a função judiciária se caracteriza por dois atos: *Em cada caso concerto, (1) o tribunal estabelece a presença do fato qualificado como delito civil ou criminal por uma norma geral a ser aplicada ao caso dado; e (2) o tribunal ordena uma sanção civil ou criminal concreta estipulada de modo geral na norma a ser aplicada. O processo judiciário geralmente tem a forma de uma controvérsia entre duas partes. Uma parte afirma que a lei foi violada pela outra parte, ou que a outra parte é responsável por uma violação da lei cometida por outro indivíduo, e a outra parte nega que seja esse o caso. A decisão judiciária é a decisão de uma controvérsia.* (Ibidem, p. 267).

⁴⁷⁴ Sobre as qualidades do juiz, vide TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, op. cit., p. 69: *Para o exercício da função jurisdicional, deve o magistrado apresentar condições físicas, mentais, humanas, vocacionais, profissionais, morais e sociais. Donde poder-se afirmar que o juiz ideal deva ser: honesto e independente; humano e compreensivo; firme e corajoso; sereno e dinâmico; culto e inteligente; justo sobretudo.*

Uma manifestação de controle externo antidemocrático, verificou-se, de forma conveniente ao Executivo quando, principalmente na América Latina, o Judiciário não detinha nenhuma independência e sofria constantemente com as intervenções e perseguições políticas dos ditadores, como ocorreu no Brasil, na década de 70 (com os Atos Institucionais), e no Chile, na Argentina e no Paraguai, nesta mesma época. O tempo passou... A democracia foi restabelecida... Então, verificamos que, dentro e fora do Poder Judiciário, já se formaram correntes favoráveis a sua democratização. Outros diversos setores da sociedade já apresentaram propostas de criação de um controle externo do Judiciário. Essas alternativas, inclusive as teóricas,⁴⁷⁵ estão sendo discutidas em acalorados debates. A Justiça Democrática é favorável ao controle externo pela democratização do acesso aos órgãos responsáveis pela sua Administração Pública e pelo fim da vitaliciedade do cargo de magistrado, afim de que possa haver melhora dos serviços públicos oferecidos aos cidadãos. Espera-se, inclusive, poder contar com a sua participação política através de uma representação democrática sustentada-se pelo voto, dentro de um sistema eleitoral que seja próprio do Poder Judiciário, mas, exercido, de preferência diretamente pelos cidadãos eleitores.

KELSEN, nos fez entender a tradicional separação dos poderes do Estado como sendo, na verdade, uma distribuição de poderes que se materializa pela diversidade de competências estabelecidas pela Constituição e distribuídas entre os órgãos públicos que estão divididos, tradicionalmente, segundo concepção de MONTESQUIEU, em três esferas de poderes. Portanto, podem existir momentos em que um poder desempenhe funções semelhantes a do outro. A Administração Pública ao julgar um recurso em processo administrativo, realiza

⁴⁷⁵ Vide DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos juízes*, p. 147-154.

o mesmo ato de adequar o direito ao caso concreto, sem a mesma qualidade de julgamento proferido por um Tribunal de Justiça que detém competência para tornar sua decisão diferente da proferida pela Administração Pública.⁴⁷⁶ É por essa razão que Kelsen justificativa a separação dos poderes independente da diferença de funções, mas, apoiada na diferença de competências que indicarão os efeitos do ato praticado.

Como distinguir entre uma atividade jurisdicional e administrativa do juiz? É fácil entender e, muitas vezes, visualizar esse momento. A primeira tem o objetivo de atender o requerimento da parte ou do interessado, no exercício do direito de ação, enquanto que a segunda visa o controle, planejamento e execução da administração do Poder Judiciário. Conseqüentemente, pergunta-se: sem infra-estrutura estatal como o poderia juiz exercer a tutela jurisdicional? Há discricionariedade quando um tribunal decide quantos elevadores devem funcionar e quais andares eles servirão. Esse não é, evidentemente, um ato jurisdicional, mas um ato administrativo executado pelo Poder Judiciário e portanto judicial, embora de conteúdo administrativo. No entanto, não é aí que reside o problema. A questão se complica quando, no processo, o juiz pode seguir, a seu exclusivo critério, rumos diferentes.

⁴⁷⁶ Em Portugal constata-se a existência de uma Justiça Administrativa *entendida num sentido amplo, quase "natural", a justiça administrativa pode ser definida como um sistema de mecanismos e de formas ou processos destinados à resolução das controvérsias nascidas de relações jurídicas administrativa.* (ANDRADE, José C. Viera de. *A Justiça administrativa*, p. 9). Sobre a opção portuguesa por uma justiça administrativa, o autor diz que: *Diga-se, por fim, que no âmbito da justiça administrativa se levantam vários tipos de problemas, correspondentes a diversas áreas de conhecimento jurídico. Por um lado, são problemas da justiça administrativa os que respeitam à função judicial de controle da Administração Pública, envolvendo, além da própria definição do contexto e dos contornos da instituição, a determinação e a harmonização dinâmica dos princípios da juridicidade e da separação de poderes: trata-se ainda de problemas de "Direito administrativo material". Por outro lado, a justiça administrativa implica a existência de "serviço público" de justiça, sendo, por isso, objecto normativo de duas disciplinas: do "Direito Judiciário Administrativo", no que respeita à organização dos tribunais; do "Direito Processual Administrativo", no que toca à relações processuais e ao regime geral do funcionamento da jurisdição.* (Ibidem, p. 32).

Numa primeira reflexão, sobre a discricionariedade como qualidade do poder do juiz no processo, CARLOS ALBERTO DIAS não tem dúvidas ao afirmar que a atividade jurisdicional tem a natureza de um poder vinculado⁴⁷⁷, fundamentando seu raciocínio nos artigos 295, parágrafo único, inciso III, e 286 e incisos do CPC.⁴⁷⁸ Entretanto, desta categórica afirmação, o autor, nos moldes do pensamento de MONTESQUIEU recua e admite que *existe, excepcionalmente a possibilidade, no exercício da jurisdição, de se elegerem caminhos possíveis em típica atividade discricionária*.⁴⁷⁹

Esta conclusão, segundo CARLOS DIAS, exemplifica o artigo 232, IV, do CPC e os artigos 403, parágrafo único e 559, *fine*, do Código Civil. KARL ENGLISH, por sua vez, parece encontrar discricionariedade na atividade jurisdicional, aproveitando-se dos exemplos sobre os casos de fixação do valor de dano estético, alimentos e arbitramento de cláusula penal nos contratos. Mesmo ensejando uma aparente contradição, CARLOS DIAS não está totalmente isolado. A concepção de discricionariedade jurisdicional já foi aceita por boa parte da doutrina. FILIPPO SATTA dá parecer neste ponto:

(...) juiz e administrador não desempenham atividade diversa, como sói dizer-se. Se o primeiro desempenha atividade subsuntiva de adequar o fato à norma, também o segundo procede da mesma maneira. A diferença essencial - consoante, ainda, seu pensamento - é que o juiz se

⁴⁷⁷ DIAS, Carlos Alberto. *Liminares: poder discricionário ou vinculado?*, p. 304: *Não diviso dúvidas em concluir desde já que a atividade jurisdicional é exercício de poder vinculado do Estado de Direito.*

⁴⁷⁸ *Ibidem*, p. 305: *Ora, máxime havendo um pedido possível também, logicamente, haverá tão-somente uma solução porquanto exclusivamente um caminho para essa solução foi requerido.*

⁴⁷⁹ *Ibidem*, p. 306: *Em resumo, há poder discricionário na atividade jurisdicional e na atividade administrativa quando há liberdade de escolha em vários caminhos ou soluções previstas em lei. Em ambas atividades, há a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados que revela também um grau de liberdade inerente à interpretação da lei na integração ao caso concreto.*

Em sentido contrário, NOJIRI, Sérgio. *Discricionariedade judicial em decisão que concede ou denega liminar em mandado de segurança*, p. 260: *Sem embargo da autoridade dos que fazem tal afirmação, entendemos que, no mais das vezes, estão confundindo discricionariedade com conceito jurídico indeterminado, que são realidades totalmente distintas.*

moverá dentro dos limites da lide proposta, enquanto que o administrador pode ir, com mais liberdade, em busca dos fatos.⁴⁸⁰

A jurisprudência também firmou posição favorável à existência de discricionariedade jurisdicional, inclusive, em relação a uma importante atividade de tutela de urgência de concessão de medidas liminares, como demonstra, a seguir, a ementa do antigo Tribunal Federal de Recursos (TFR), mencionada em obra de TERESA ARRUDA ALVIM:

Mandado de Segurança contra Ato Judicial concessivo de medida liminar em Mandado de Segurança impetrado em primeira instância. O despacho que concede ou nega medida liminar é despacho de mero expediente irrecorrível, portanto (art. 504, CPC), e na sua projeção não há qualquer direito subjetivo a resguardar, muito menos líquido e certo. Requerida a segurança, o juiz singular, convencido da relevância da impetração, concedeu liminar, mas fê-lo nos termos que, a seu exclusivo critério, lhe pareceram mais adequados, agindo dentro dos exatos limites da discricionariedade que a lei lhe confere.⁴⁸¹

A bem da verdade, CARLOS DIAS não chega a defender totalmente o ponto de vista colocado pelo Acórdão do TFR, sobre a concessão de liminares. Ao insistir essa possibilidade, porém, mesmo que excepcional, da existência de discricionariedade judicial no processo, sua posição enfrenta resistência de muitos outros doutrinadores, como o italiano Alessandro Raselli e, os brasileiros Celso Antonio Bandeira de Mello, Clóvis Benzos e Antonio Cezar Lima Fonseca.⁴⁸²

⁴⁸⁰ Apud FIGUEIREDO, Lúcia Valle, op. cit., p. 125.

⁴⁸¹ Ementa publicada no Repertório de Jurisprudência IOB n. 16/87, 2^a quinzena de novembro, n. 3/700, apud ALVIM, Teresa A. *Medida cautelar, mandado de segurança e ato Judicial*, p.134.

⁴⁸² Vide ibidem, p. 136-138. E, ainda, sobre essa questão, José Carlos Barbosa Moreira diz: *Não se deve, todavia, confundir esse fenômeno (o dos conceitos jurídicos indeterminados) com o da discricionariedade. Às vezes a lei atribui a quem tenha de aplicá-la o poder de, em face de determinada situação, atuar ou abster-se, ou ainda, no primeiro caso, o poder de escolher, dentro de certos limites, a providência que adotará, tudo mediante a consideração da oportunidade e da conveniência. É o que se denomina poder discricionário. (...) Os conceitos indeterminados integram a descrição do "fato", ao passo que a discricionariedade se situa toda no campo dos efeitos.* (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados*. In: Temas de Direito Processual).

Concluimos, então, que a defesa da discricionariedade judicial vai depender da ênfase semântica do emprego técnico do vocábulo. Não aconselhável recorrer-se às lições do Direito Administrativo para estabelecer uma definição processual de discricionariedade do juiz no exercício da sua função jurisdicional, pois os atos judiciais não podem ser nivelados tecnicamente aos atos administrativos.⁴⁸³ É no que, pensamos quando mencionamos o aspecto de linguagem que se mostra tópica, imprecisa e vaga.

Em sede de configuração da atividade jurisdicional, descartada a discricionariedade, adotamos a noção de poder vinculado à lei e ao livre convencimento motivado do juiz para estabelece completamente o processo de conhecimento judiciário:

A atividade jurisdicional é exercida pelo Estado, através do poder judiciário, como pilastra basilar de uma república democrática que prima pelo governo das leis, o qual, segundo Norberto Bobbio respeita o estado de direito, ou seja, 'o estado que tem como princípio inspirador a subordinação de todo poder ao direito, do nível mais baixo ao nível mais alto, através daquele processo de legalização de toda ação de governo que tem sido chamado, desde a primeira constituição escrita da idade moderna, de constitucionalismo.(in O Futuro da Democracia - Uma defesa das regras do jogo. Editora Paz e Terra, 2^a. Ed. , 1986, pg. 156).

⁴⁸³ Se, do ponto de vista da Filosofia do Direito e do Estado a separação dos poderes é um mito, uma vez que os objetivos maiores do Estado Democrático de Direito têm abrangência ampla e subordinada ao princípio de submissão total do Estado à legalidade e, assim sendo, a essência das funções do poderes do Estado seriam as mesmas, segundo English e Kelsen, - a operação lógica formal de subsunção do fato à norma jurídica. Na prática estas regras são diariamente transgredidas, inclusive pelos próprios agentes do Estado, intencionalmente ou por equívoco na interpretação. Não importa se considerarmos que, de uma forma técnica e não filosófica, os atos judiciais têm qualidades e características próprias, oriundas da Constituição e da legislação processual que os distingue dos atos administrativos. Isso comprova que somente através do controle judicial os atos administrativos podem ser anulados e a legalidade restabelecida. Fica claro que a conveniência e oportunidade da escolha de uma solução legal para um ato estatal, somente se opera na atividade da administração Pública, nunca na atividade jurisdicional. Segundo Sérgio Nojiri: *Assim, entendemos que, denominar-se de ato discricionário, um ato de natureza jurisdicional não é tecnicamente correto, face suas divergências conceituais. Melhor seria que, para realidades distintas fossem dados nomes distintos. Neste mesmo sentido, Teresa Arruda Alvim: Por fim como observação de caráter metodológico, cremos não valer a pena chamar-se a esta espécie de atividade jurisdicional de discricionariedade, por não se tratar de fenômeno rigorosamente idêntico à discricionariedade administrativa, embora, por tradição, a maioria dos autores nacionais, efetivamente, aluda à discricionariedade judicial. A nosso ver, no entanto, há menos semelhança do que diferenças entre ambas as figuras.* (Ibidem, p. 256-266).

Portanto, o poder judiciário se submete ao princípio da legalidade, tanto quanto os outros dois poderes do Estado. Conforme foi defendido, brilhantemente, no artigo analisado.

Concluimos, também, que a doutrina processual e a jurisprudência não chegaram ao consenso sobre a existência de discricionariedade judicial, nos atos realizados no processo, principalmente, quando se trata de concessão ou denegação de medidas liminares. No entendimento do artigo analisado não há que se falar em poder discricionário do juiz, em relação às liminares, porém, o autor do texto defende a possibilidade de discricionariedade em matéria de medida cautelar.

Em nossa opinião, embora existam diversas situações que comportam a medida liminar, de uma forma geral, também, entendemos que não se trata de um mero juízo de conveniência e oportunidade que impele o juiz a conceder ou denegar a liminar, assim, preferimos adotar o conceito de livre convencimento motivado do juiz, baseado no dever constitucional de fundamentação de todas as decisões judiciais.⁴⁸⁴

A importância fundamental da independência do juiz consiste em sua responsabilidade na tomada de decisões, ou seja, imputar-se-á uma ação ao juiz, que lhe permitirá o uso do raciocínio silogístico demonstrado em ENGLISH, num espaço de gravitação entre a norma jurídica, a doutrina e a jurisprudência. A principal decisão porém é a sentença, no âmbito do juiz singular, ou acórdão, quando se trata de Tribunal de composição colegiada.

Não há, portanto, discricionariedade na atividade jurisdicional, pois além do que foi dito, o livre convencimento motivado do magistrado não é um direito subjetivo dele mas uma imputação, a capacidade moral e jurídica que lhe é atribuída por força da atividade de representação numa ordem social democrática em que a esfera de liberdade resume-se a esta independência, própria e específica dos magistrados, quando no exercício da atividade jurisdicional.

2.3. O conhecimento administrativo.

Estabelecer o que se entende por governo do Estado é indispensável à compreensão deste processo do conhecimento administrativo, falamos do Poder

⁴⁸⁴ LEBRE, Eduardo Antonio T. *Análise Crítica sobre medidas liminares em face da vinculação e discricionariedade judiciais*, p. 66-67.

Executivo enquanto gestor, aplicador de recursos, planejador, arrecadador, controlador e gerente dos órgãos aos quais competem o exercício dos poderes econômico e de polícia do Estado. Quando se estuda o Poder Executivo, na verdade, busca-se uma definição de coercibilidade estatal, na medida em que se entrega ao governo o controle das polícias e das forças armadas. São atribuições que retratam o poder específico do Presidente da República como comandante supremo das forças armadas. Segundo CANOTILHO:

Tal como sucede com as relações externas, também na área de defesa o Presidente da República detém importantes poderes constitucionais próprios, que envolvem liberdade de decisão. Todos eles estão directa ou indirectamente ligados à função do Presidente da república de <<garantir a independência nacional>> (art. 123).⁴⁸⁵

Este exemplo, nos permite concluir que o mais importante valor-de-justiça do Executivo, representado por sua maior autoridade no Estado republicano democrático de direito, é a defesa da soberania.

Enquanto os outros dois poderes necessitam de conteúdos valorativos, o Executivo detém o veto e o bloqueio, de conteúdo material (portanto objetivo), que foram chamados por CANOTILHO de *poderes negativos do Presidente da República*.⁴⁸⁶ Qual seria o valor-de-justiça, nestes casos? Sem dúvida, a autonomia política, sendo que o respeito ao valor da decisão do Presidente da República, sobre determinado assunto, é o que permite a divergência nos casos de veto presidencial à lei aprovada pelo Legislativo. Por outro lado, CANOTILHO

⁴⁸⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* . *Os Poderes do presidente da república*, p. 100-101.

⁴⁸⁶ *Ibidem*, p. 52.

constata que *são numerosos casos de actos constitucionais que exigem a convergência do Governo e do Presidente da República.*⁴⁸⁷

Para a condução do governo, há que se identificar um valor-de-justiça que consiste nas diretrizes de informação e consulta. A rede de comunicação entre os órgãos públicos e entre estes e o cidadão devem estar à disposição do Executivo. Quanto à consulta, observamos na doutrina britânica a *due attention*, que pode ser traduzida por devida atenção ou dever de consideração às posições do chefe do governo.⁴⁸⁸ Mas, a noção do Executivo não se esgota com estes aspectos, eminentemente políticos. Há, também, algo que representa significativamente o processo de conhecimento, a Administração Pública. Segundo ROSAH ROSSOMANO, *não obstante, na formulação das diretrizes políticas, a administração pode colaborar no plano governamental, como hodiernamente o faz, mediante os seus serviços técnicos.*⁴⁸⁹ Neste poder de administração que exerce o Executivo, alguns autores estão identificando um valor-de-justiça que significa a primazia do Executivo como sendo um reacomodamento das funções do Estado. GUILLERMO ODONE, afirma ser a situação um reflexo da superação do modelo liberal de abstencionismo. Segundo ele pesa sobre o Executivo um dever de administrar: a todo órgão público que detém competência este poder se transforma em dever, o que é causa da morosidade parlamentar que *ha llevado a que distintos autores sostengan, con matices, que corresponde reconocer facultades normativas al Ejecutivo.*⁴⁹⁰ Cita Hans Peter Schneider e Javier Pérez Royo que argumentam em favor da

⁴⁸⁷ Ibidem, p. 53. São os casos de leis de iniciativa do Executivo. E os atos que envolvem a nomeação de autoridades que necessitam da participação de outros poderes. Por isso, chamados de atos de convergência.

⁴⁸⁸ Vide ibidem, p. 66.

⁴⁸⁹ ROSSOMANO, R., op. cit., p. 215.

⁴⁹⁰ ODONE, Guillermo A. *Administración e division de poderes*, p. 42-43.

atividade legislativa do Executivo e do controle do Legislativo ao cumprimento do programa político de governo. A posição de Elias Diaz, que se considera mais moderada, defende a necessidade de a administração legislar para atuar e decidir.⁴⁹¹ ODONE, conclui que em alguns casos na Argentina existe morosidade na atenção dos requerimentos sociais. Adverte para o fato de o que chama de vazio de poder levar a uma dentre duas escolhas: 1) continuar o vazio de poder, garantindo-se a juridicidade da substância do sistema ou 2) o poder usurpado e mal exercido, afirmando que: *Es significativo que las proclamas revolucionarias de los últimos procesos de facto han apelado al vacío de poder para justificarse.*⁴⁹²

Este parece ser o ponto nevrálgico da questão. Em muitos aspectos a Administração Pública parece estar distante da Política e mais próxima do Direito. Em outras situações, igualmente administrativas, parece que prevalece a Política em detrimento do Direito. O cidadão tem que aprender, então, qual valor-de-justiça inspira o Executivo naquele ato específico. A possibilidade de alternância de valores entre o jurídico e o político, por si só, é um valor-de-justiça. Muitos entendem que a imparcialidade judicial imuniza o Judiciário da alternância e que o Legislativo, sendo a expressão do autêntico legislador (legislador por natureza), também não sofre esta pressão. O Executivo é mais sensível à dúvida que gera a alternância entre a Política e o Direito. Mas não se trata de uma qualidade dos poderes do Estado, ela é própria da atividade de Administração Pública que tenderá sempre a esta alternância, presente em qualquer poder que esteja exercendo uma atividade administrativa. Só que, sendo a Administração Pública função típica e, portanto, preponderante do Executivo, é ele que detém em maior

⁴⁹¹ Ibidem, p. 43.

⁴⁹² Ibidem, p. 45.

grau esta ambigüidade, cujos reflexo conflituoso na maioria dos casos é dirimido pela tutela jurisdicional (atuação do Poder Judiciário).

3 PRINCÍPIOS UNIVERSAIS DA JUSTIÇA DEMOCRÁTICA.

3.1. Princípio da eqüidade.

Em que sentido a eqüidade deve ser considerada um princípio da Justiça Democrática?

Há que se empregar a eqüidade para alcançar a Justiça Democrática, de acordo com a concepção aristotélica de uma Justiça corretiva. Não nos parece procedente, no entanto, a conclusão a que chegou ARISTÓTELES com a reta razão, estabelecida pela natureza humana, evidenciada pelo resultado negativo que implica a aceitação de uma Justiça corretiva, na qual o julgamento será feito de acordo com uma condição transcendental da Justiça distributiva: a cada um, segundo os seus méritos. Esta fragmentação da Justiça deve ser superada. A Justiça Democrática, consegue fazê-lo. Entender a necessidade de controle do poder em bases funcionais e não-transcendentais, porque existe uma lógica do poder que se manifesta através da razão, apesar de ARISTÓTELES ter defendido a reta razão, como o fizeram, também, CÍCERO e AQUINO. Somente em KANT há lógica nesta razão, já que, nos antigos e medievais, a expressão “natureza humana” e “natureza divina”, acabavam sendo zonas de linguagem indeterminadas.

Com o nosso esforço de proposta que a condição pública e o pacto social e da cidadania completarem-se com controle do poder, como uma condição

funcional de justiça, a equidade assume uma posição diferenciada. Passa de simples critério de julgamento à consistência de princípio.

A equidade, portanto, é uma regra de coesão do sistema da Justiça Democrática, razão pela qual foi eleita como princípio. Este sistema que, sendo especial por envolver o poder do Estado, funciona através dos critérios de controle deste poder, retrata a equidade o sistema. Quando entendemos como justo, dentro da democracia, o controle do poder, o princípio da equidade na Justiça Democrática, tem esse sentido, pois o equilíbrio, que permite a estabilidade do Estado republicano democrático de direito, tendo as características de pesos e contrapesos (*check and balances*), estará mais próximo da visão de PERELMAN (de uma Justiça como consenso) do que da concepção ARISTOTÉLICA.

Este princípio, então, pode ser definido e generalizado como a regra de equilíbrio que deve controlar todo poder incluindo o poder do Estado, quando a equidade torna-se um princípio universal da Justiça Democrática.⁴⁹³

3.2. Princípio da estabilidade.

A solidez da república não implica em falta de mobilidade social, embora PLATÃO tenha defendido essa idéia. Ao contrário, somente se garante uma relação equitativa de poder quando está garantida a integração social que corresponde a uma forma eficiente de garantia da mobilidade social. Com sentido oposto à estratificação, é o sentido positivo da expressão marxista “luta de classes”, já que um Estado estratificado, baseado em tarefas, tende a ser instável,

⁴⁹³ Nesse sentido, KEMPSKI, Jürgen v. *Filosofia da política*. In A Filosofia no Século XX. F. Heinemanm (org.), p. 502 : *Dissemos que o problema da divisão dos poderes é um problema de equilíbrio*.

enquanto um Estado pluralista, com integração social, alcança mais facilmente sua estabilidade.

A falta de mobilidade social traz significativa anulação da condição pública. Inviabiliza, desde logo, a solidez da república e a democracia, impedindo que se prossiga com os fundamentos do estado republicano democrático de direito. Nesse sentido, a estabilidade entendida como regra de coesão entre o indivíduo e o Estado é princípio universal da Justiça Democrática e permite que não se instale acentuado sentimento individual ou coletivo de injustiça pela ausência de integração social.

4 UMA NOVA COMPREENSÃO DA DIVISÃO DE PODERES.

4.1. O esgotamento do modelo republicano tripartido.

Um grupo de autores identifica a harmonia entre os poderes do Estado como um princípio jurídico. Em artigo publicado PORTELLA JÚNIOR, critica o atual sistema de pesos e contrapesos por não ser eficiente *para dosar o poder de cada órgão*.⁴⁹⁴ É o princípio da harmonia *“a maneira de se conseguir a consolidação de interesses múltiplos que somando esforços ensejam ao estado respeito e sobretudo explicação racional para o uso do poder.”*⁴⁹⁵ Ele afirma, igualmente que a crise instala-se, sobretudo, quando um poder não cumpre seu dever, contribuindo, assim, para a instabilidade.

⁴⁹⁴ PORTELLA JÚNIOR, José Henrique de Lemos. *O Princípio da harmonia entre os poderes está em crise?*, p. 259.

⁴⁹⁵ *Ibidem*, p. 264.

Em parte, concordamos com este autor. Uma eventual crise de governabilidade pode ser gerada pelo descumprimento de alguma função estatal fundamental reservada a um poder do Estado, como por exemplo, a arrecadação de impostos, o processamento da ação judicial, a votação da lei orçamentária, etc. Justamente, em face disto, a Justiça Democrática prevê, em seu sistema dois órgãos fundamentais que não encontram posição em nenhum dos três poderes do Estado: o Ministério Público e a Defensoria Pública, autênticos representantes da sociedade. O primeiro representa interesses difusos bem como a aplicação da lei; a segunda, atua na defesa de interesses individuais e coletivos das pessoas hipossuficientes.

Esta idéia completa o sistema da Justiça Democrática trazendo solução para a crise da harmonia através do reconhecimento do esgotamento do modelo republicano tripartido. Evidentemente, isto não significa o final da separação dos poderes. Apenas reconhecemos a evolução de funções constitucionais que não se situam definitivamente em nenhum dos três poderes tradicionais. Estes dois, no entanto, são órgãos, e não poderes mas que não ocupam uma posição confortável e lógica em nenhum daqueles três. Não possuem jurisdição, portanto, não pertencem ao Poder Judiciário; não têm representação política para positivação do Direito, portanto não podem incluir-se no Poder Legislativo; não têm nenhum poder de governabilidade, com o que estão também de fora do Executivo. Não obstante, assumem autonomia e completa independência em face dos três poderes.

4.2. Necessidade da ampliação de novas funções.

Segundo KEMPSKI, as funções estatais não são as três conhecidas, mas efetivamente seis: a legislativa, a judicial, a policial, a de orientação, a de representação e a de administração.⁴⁹⁶

Os fatos permitem especular sobre a criação mais dois poderes, modificando a estrutura tripartida para pentapartida: o quarto reuniria o Ministério Público e a Defensoria Pública e o quinto o Banco Central.

Sobre o último, há um forte movimento que defende a independência da instituição financeira em relação aos demais poderes, principalmente, ao Executivo, que atualmente o comanda.⁴⁹⁷

Ora, do ponto de vista de LOCKE e MONTESQUIEU, o que interessa é a defesa contra o despotismo. A separação dos poderes em cinco é possível. LOCKE apresentou inicialmente dois poderes. MONTESQUIEU, em seguida, ampliou para três. Mantendo-se os princípios universais da Justiça Democrática, entendemos perfeitamente admissível a pentapartição de poderes, com a ampliação de novas funções constitucionais.

5 OS EFEITOS DA INTERNACIONALIZAÇÃO DAS SOCIEDADES.

5.1. Influência de Poderes supranacionais.

A autodeterminação dos povos tem gerado muitas guerras, somente no século XX foram duas de proporções mundiais. A Segunda Guerra Mundial, que começou no final da década de 30 e terminou em 1945, estendeu-se sobre os

⁴⁹⁶ KEMPSKI, op. cit. , p. 501.

⁴⁹⁷ BLINDER, Alan S. *Bancos centrais: teoria e prática*, p. 84-92.

quatro continentes: americano, europeu, asiático e africano. Ela terminou quando os Estados Unidos lançaram duas bombas atômicas no Japão, provocando uma destruição em massa e, inevitavelmente, a sua completa rendição.

Também houve, no entanto, fatos positivos das relações internacionais: a afirmação de muitos textos políticos, - as Convenções internacionais, que servem de parâmetro às legislações nacionais de muitos países,- o comércio exterior, o intercâmbio de pesquisas científicas, olimpíadas, integração de manifestações culturais, são mostras do que seja positivo no contexto internacional. São manifestações benéficas. A mais importante delas, no entanto, é sem dúvida, a configuração jurídica destes Poderes supranacionais. Podemos exemplificar, com a inserção, como normas aprovadas, dos direitos humanos, políticos, civis e econômicos, que demonstram a existência do poder da Organização das Nações Unidas (ONU).

Cumprе salientar que esta organização que se convencionou denominar Nações Unidas tem origem na diplomacia estatal e vem sendo desenvolvida por ela e está evoluindo muito desde que os aviões surgiram. Ela conclui rapidamente seus processos decisórios com ajuda das informações digitais, através da rede de informática denominada *internet*, bem como, de sua ótima estrutura física e burocrática.

Paralelamente ao foco institucional, porém, o efeito da comunicação instantânea está trazendo a possibilidade de as pessoas, em qualquer lugar do mundo, acompanharem os acontecimentos sócio-políticos, ao mesmo tempo em que acontecem, aumentando a autonomia de suas próprias conclusões. É uma enorme diferença em relação ao antigo modo de conhecimento dos fatos, vistos pelo órgão diplomático (muitas vezes a imprensa, via satélite, chega primeiro ao

fato, antes mesmo do conhecimento da ONU ou de qualquer órgão diplomático estatal). Na verdade, este mecanismo de informação, que possibilita o acesso rápido e confiável a qualquer pessoa, é o que entendemos como sendo o maior responsável pela internacionalização das sociedades. E , porque isto está acontecendo?

No passado cabia à diplomacia informar o país estrangeiro e trazer informações dos distantes países com quem o Estado se relacionava. Não havia jornal, rádio ou televisão, muito menos os satélites. Conseqüentemente, ao longo do tempo, na mesma proporção em que estas redes de comunicação privadas se aprimoravam, diminuía função diplomática de informar os cidadãos sobre os acontecimentos no estrangeiro, que foi substituída pelo setor privado, a imprensa internacional, que logo tomou conta do espaço que, durante muitos séculos, foi exclusivo do órgão diplomático estatal. Agora, sem a censura dos fatos que acontecem no mundo, o Estado não pode mais esconder a ocorrência de uma guerra, revolução, decisões políticas, defesa de ideologias e outros acontecimentos relevantes. Quando eram relatados apenas pela diplomacia, o Estado decidia se os revelava ou não.

Este fenômeno democrático dos meios de comunicação, não reduz a importância da diplomacia que agora pode concentrar-se em outras atividades sem se preocupar com a função informativa que vem sendo desempenhada pela imprensa internacional.

Em primeiro lugar, a diplomacia tem como a função fundamental a de participar da ONU representando os cidadãos do seu Estado, para que, de forma eficiente, promova a defesa de seus interesses. É obvio, que o primordial interesse deve ser o da própria garantia de existência da ONU, cuja manutenção

e continuidade dependem do interesse supranacional dos cidadãos de todos países participantes. O que representa, pois, a legitimidade do exercício do Poder supranacional das Nações Unidas descentralizada em vários órgãos, cada qual exercendo Poderes supranacionais de acordo com suas competências.

5.2. Rumo à república mundial.

A solução dos maiores problemas enfrentados pelos Estados estão relacionadas à economia mundial. A erradicação da miséria, a distribuição equilibrada de renda, importação e exportação de bens e serviços, geração de empregos, combate às doenças, preservação do meio ambiente, não podem ser efetivadas sem que o Estado tenha equilíbrio fiscal, ou seja: pode gastar, nestas e outras atividades, somente o que arrecada. No entanto, para arrecadar é necessário investimentos internacionais, sem os quais o país afasta-se do mercado globalizado. Agora, pergunta-se: quem detém o controle dos investimentos mundiais? Muitos responderiam, automaticamente, que é o Banco Central norte-americano (FED). Entretanto a resposta não é tão simples. A guerra do futuro será a dos ricos contra os pobres, se é que ela já não está ocorrendo? Mas é uma guerra diferente, cujos inimigos estão no interior de cada Estado. Não é um caso de forças armadas mas de polícia. A título de exemplo o atentado em Nova Iorque, de setembro de 2001: os terroristas moravam nos EUA, apesar de serem estrangeiros. O roubo, a extorsão mediante seqüestro, o tráfico de armas e drogas, fraudes à ordem econômica (este crime que atingiu em 2002 as até então incorruptíveis e infalíveis organizações empresariais norte-americanas) são outros exemplos da guerra moderna.

Sem medo de errar, podemos afirmar que o FED tem tido posição dominante no mercado de investimentos mundiais, mas não é o único com pretensão de controle. O Fundo Monetário Internacional (FMI), apesar das críticas, desempenha função determinante na limitação do poder econômico do FED, já que os demais Bancos Centrais dos países ricos ou pobres não conseguem superar a posição do FED. O *Federal Reserve* (FED) tem uma estrutura que lhe garante a hegemonia, porque o governo federal norte-americano divide o seu poder de controle na instituição com os bancos privados associados, atingindo um grau de quase autonomia, principalmente, pela maneira de sua composição em conselho dirigente com conselheiros de longos mandatos. O FED controla a oferta do dinheiro nacional, o “dinheiro básico” segundo KRUGMAN, *a soma da moeda em poder do público e das reservas que os bancos são legalmente obrigados a manter para garantir seus depósitos.*⁴⁹⁸ Portanto, não é difícil entender porque ele exerce poder dominante. Os EUA são a maior economia do mundo, com o maior volume de dinheiro básico. Ao investir ou retirar este dinheiro que está sob seu controle, em qualquer que seja a direção, ou seja, comprando as dívidas do governo ou pondo-as em oferta, reduz ou aumenta a taxa de juros, que se estiverem altas dificultam a produção de bens e quando baixas estimulam a indústria e o comércio. Com isto, se o Estado não controlar o FED, ainda que seja com discricção, nunca saberá o quanto vai arrecadar de impostos, porque nos EUA a maior carga tributária advém das relações de consumo (compra e venda de bens). Se as pessoas não estão comprando, não está sendo recolhido imposto algum. Caindo a receita tributária, vai faltar dinheiro para os investimentos públicos.

⁴⁹⁸ KRUGMAN, op. cit., p. 66.

Qual seria, então, essa guerra dos ricos contra os pobres e o FED? Seria uma guerra daqueles que dependem dos serviços públicos (pobres) contra os que controlam a moeda e o crédito- os ricos - (e o FED os representa) que portanto, exercem influência sobre a economia, o que reflete diretamente na arrecadação do Estado, regulando os investimentos nos setores da sociedade que precisam de atenção estatal.

E, ainda, cabe ao Estado combater a sonegação fiscal e a evasão de divisas caso em que muitas vezes existe a colaboração eficaz do Estado estrangeiro, que investiga e apura o ilícito tributário que ultrapassa fronteiras nacionais.

Na prática o FED acaba controlando as taxas de juros de todos os Bancos Centrais dos países que integram a economia globalizada, indiretamente, é claro, esse poder, quase imperceptível, repousa na influência da associação dos bancos privados que integram o seu conselho, cabendo-lhe, por diversas vezes, o diálogo com o FMI ou uma intervenção, por ordem direta do governo federal, a fim de evitar a quebra econômica de um país, o que não seria saudável para as relações internacionais dos EUA (vide o caso recente das negociações dos EUA com a Argentina, que foi intermediada pelo FMI). Está explicada a razão da interdependência entre dos Bancos Centrais e o Estado. Há autores, no entanto, como ALAN S. BLINDER, que afirma o contrário: *Concluo que a independência do banco central é uma instituição admirável que deveria ser preservada onde existe e criada onde não existe.*⁴⁹⁹

Admitir-se um grau de autonomia, disposta como discricionariedade de determinadas decisões do Banco Central, enquanto atos da Administração

⁴⁹⁹ BLINDER, Alan S. *Bancos centrais: teoria e prática*, p. 92.

Pública, é o suficiente para garantir uma atuação legal e legítima, dentro da concepção da Justiça Democrática. Ir além disto pode provocar equívocos não salutares às relações internacionais e improdutivos para a função social do capital, como reversão à sociedade de conquistas que levam à dignidade e ao bem estar comum.

A transformação do Banco Central em quarto poder do Estado é inadmissível, como também o é sua total privatização. A atividade tem correspondência direta nas metas de arrecadação do Estado, sendo através do dinheiro arrecadado que são resolvidos os problemas mais graves que a sociedade tem. Os mais simples podem ser resolvidos sem sua intervenção. Ele continua pertencendo ao Poder Executivo como atividade típica e fundamental.

Mas, o que isto tem a ver com a formação de uma república mundial? A resposta está na constatação intuitiva de que os problemas apontados no início, não podem mais ser resolvidos sem a cooperação internacional. Como a fome nos países africanos será erradicada? Como a miséria da América do Sul será superada? Como a crise do petróleo no Oriente Médio será resolvida? Como a poluição será combatida? Como a AIDS apresentará a cura? Os Estados que representam os interesses de cidadãos muito ricos, em média de renda per capita, ou seja, o grupo dos oito (G-8) mais ricos do mundo, devem estar atentos para a diferença entre a globalização econômica e a mundialização. A primeira é o início do processo que levará à outra. Para que isto ocorra é necessária a reestruturação da ONU, transformando-a numa república mundial com parlamento proporcional à população e não à economia ou força militar, observando-se o que MAURÍCIO ANDREIUOLO RODRIGES⁵⁰⁰, chamou de Poder Constituinte

⁵⁰⁰ RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. *Poder constituinte supranacional: esse novo personagem*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 2000. 171 p.

Supranacional. Por mais programática que seja uma Constituição no sentido de trazer objetivos como *construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*.⁵⁰¹ A proporção dos problemas que envolvem estes objetivos é tão gigante, que impedem suas soluções sem que haja comprometimento e planejamento mundial sobre cada caso específico.

Até a década de 30 do século XX, estas questões de preenchimento de espaços econômicos de uma Nação que se sentia oprimida ou conquistadora, eram resolvidas por grandes guerras mundiais. EINSTEIN, no entanto, previu que a bomba atômica, como artefato bélico de destruição em massa, impediria estas guerras convencionais envolvendo vários países. Ele estava certo. Seria absolutamente inviável. O ser humano interrompeu uma espiral constante de grandes conflitos armados, desde a antigüidade até 1945, é claro, substituindo-a por novas formas de violência, de menores proporções, como as guerras localizadas, rápidas e, que não envolvem Estado contra Estado, como, por exemplo, a guerra contra o narcotráfico, a guerra contra o terrorismo e a guerra contra o crime organizado.

Aproveitando-se deste momento, em que a tradicional soberania nacional está em crise, em razão principalmente da impotência estatal frente a estes graves problemas está na hora de substituir a cidadania nacional pela mundial. Permaneceriam as Nações e os Estados respectivos. A república mundial porém, é a única possibilidade de superação, por exemplo, da tragédia

⁵⁰¹ Artigo 3º e incisos, da Constituição da República Federativa do Brasil.

africana, que tem o maior índice mundial de pobreza; do endividamento dos países latino-americanos, da superpopulação, do esgotamento dos recursos naturais, dentre outros.

Não é muito complicado fazê-la funcionar. Basta constatar, por analogia, o esforço aliado pós-2^a guerra (em 1946) para reerguer economicamente o Japão e a Alemanha. Se poucos países, para não dizer um só, os EUA, conseguiram reerguer dois derrotados e falidos inclusive, com destruição de prédios, indústrias, comércio etc, porque, uma república mundial, funcionando através de um parlamento, com todos os países do mundo representados, não pode alcançar esta meta? Basta criar e colocar para funcionar. Se o ser humano foi pessoalmente à Lua, visitou Marte através de robôs, porque a república mundial não seria possível?

A única barreira está sendo rompida com a globalização da economia e com a internacionalização das sociedades. Portanto, como medida de Justiça Democrática, que está alicerçada no controle do poder, não seria muita pretensão pretender que a reconfiguração da ONU para uma república mundial se coaduna com a proposta de garantia de bem estar social, quando o poder está sob controle. Nada melhor, portanto, que os mecanismos democráticos para fazer funcionar a república impedindo o descontrole do poder mundial, que vem se acentuando nas formas nacionais de defesa de riquezas em detrimento das desgraças sociais emergentes, sob a forma de exclusão de consumo, discriminação, abandono material (fome, desabrigo, desemprego) e demais atitudes que caracterizam o desrespeito pelos aos direitos humanos.

6. CONSOLIDAÇÃO DA PAZ SOCIAL ATRAVÉS DA JUSTIÇA DEMOCRÁTICA.

Pelo modo complexo como a vida social se desenvolve no Estado, a paz deve ser inicialmente analisada estabelecendo-se dois elementos, os inimigos internos e externos do Estado. A opção de se obter a paz a partir destes dois elementos, que são conseqüências e não causas da insatisfação que gera a violência, é importante porque teremos como confrontá-los às soluções tradicionalmente à disposição do Estado para combatê-los.

Generalizando, como inimigo interno, sempre de maior destaque, figura o crime. São os mais violentos e lucrativos (do estrito ponto de vista do dinheiro que circula pelos seus meios hediondos), o tráfico de drogas e o terrorismo. O primeiro é de ordem preponderantemente jurídica, e o segundo, política.

Não há motivação político-ideológica, no sentido de reivindicar poder do Estado, no tráfico de drogas, ele, apenas, visa acumulação criminosa de patrimônio através de um comércio proibido, sendo que, quanto mais se investe na repressão, e aumentando a procura pela droga, acaba por diminuir-lhe a oferta aumentando-lhe o preço é maior. Este crime, em conseqüência, é o que mais movimenta quantias de dinheiro no mundo contrapondo-se aos interesses do Estado de forma violenta. Ele atinge a sociedade de duas maneiras: pela oferta de substância que prejudica a saúde das pessoas e pela resposta armada dos criminosos contra as investidas do Estado, em papel repressivo legal derivado do poder de polícia.

O dilema se instala, portanto, quando analisamos a experiência da Lei Seca norte-americana que, no início do século XX, proibiu o consumo de bebidas

alcoólicas, tipificando como crime a sua comercialização. A tecnologia no entanto, permitiu o aparecimento de drogas assustadoramente mais lesivas que o álcool, não querendo a sociedade que aconteça o mesmo que aconteceu com as bebidas alcoólicas e o fumo, ou seja: a sociedade não quer permitir o comércio dessas substâncias: É o que faz deste crime o mais polêmico de todos porque, se a tentativa de suicídio não é crime, porque impedir que uma pessoa destrua sua vida consumindo drogas? Isto ocorre, porque este assunto saiu da esfera individual de liberdade, passando para o plano do interesse difuso da sociedade, com valor maior do que o valor dado à liberdade individual (vimos a mesma situação acontecendo com a preservação do meio ambiente). Portanto, é plenamente correto que isto aconteça, pois consiste numa qualidade da Justiça Democrática que permite de forma eficiente, que os interesses difusos assumam posição superior aos individuais, ou vice-versa, dependendo dos valores (axiológicos) implicados. Apelando para generalização, entendemos que toda teoria criminal passa por este estágio antes de se concretizar como norma jurídica positivada. Cabe dizer que o exemplo das drogas é o de maior gravidade, para evitar casuísmos em nosso relato.

Antes de dizermos como a Justiça Democrática pode contribuir para que se alcance a paz social, falaremos do terrorismo, como inimigo interno do Estado. Ao contrário do crime de tráfico de drogas, o terrorismo, embora necessite de investimentos financeiros, não visa o lucro criminoso. Lula pela conquista de poder político. A violência praticada contra os indivíduos por parte dos terroristas é impessoal e generalizada. O Estado confronta-se com inimigos que têm outros valores político-jurídicos, muitas vezes com motivação de um fanatismo religioso ou de uma profunda insatisfação contra determinadas

imperfeições humanas, cuja culpa é atribuída, pelos terroristas, ao Estado. No entanto, há diferença fundamental entre estes dois crimes. Um unânime sentimento de justiça impera na intolerância contra o tráfico de drogas, sentimento que ultrapassa fronteiras, ou seja, é internacional. Inversamente, existem controvérsias no sentimento de justiça sobre o terrorismo. Ele depende da posição do indivíduo em relação à guerra em que se encontra. Por exemplo, imaginemos um Estado autocrático totalitário e um grupo de terroristas revoltando-se contra a opressão estatal. Realmente, é injusto que pessoas inocentes (os civis) pereçam neste conflito.

Outra situação ocorre quando o terrorismo instala-se numa revolução civil, como no caso da FARC, na Colômbia ou do IRA, na Irlanda. Ele nem sempre assume, porém, uma feição de revolução civil. Foi o caso do ataque terrorista em Nova Iorque (em 2001). Nesse ponto merece destaque o que se tem chamado de terrorismo internacional, envolvendo tráfico de armas ou até como em alguns países, mantendo estreita relação com tráfico de drogas. O crime internacional organizado, é um inimigo externo do Estado, invisível, imprevisível e incontrolável.

O inimigo externo tradicional, outro Estado, que implica a declaração formal de guerra e, conseqüentemente, submete-se aos tratados internacionais referente aos conflitos armados entre Estados ocorre dificilmente em nossos dias.

Ficou claro que a paz social não se resolve com medidas unilaterais, por um só Estado interessado em resolver estes problemas. Medidas internas no entanto, devem estar sempre presentes como prevenção e repressão ao crime comum e ao crime organizado, a fim de garantir segurança e tranqüilidade às pessoas na realização de suas atividades cotidianas que lhes dão felicidade. O Estado também não deve estimular ou sugerir, através de ação ou omissão,

qualquer forma de ódio a outros países, imputando-lhes culpa pelo infortúnio da nação.

Concluimos, que o Direito Internacional é ferramenta útil na solução jurídica de vários infortúnios que levam uma nação a substituir a paz pela guerra. É porém, o ordenamento jurídico nacional que deve manter o Estado neste rumo de respeito às regras internacionais, como também determinar a utilidade do controle do poder do Estado para se desenvolverem perspectivas democráticas de metas de prevenção a todo tipo de crime. Do ponto de vista jurídico é desta forma que a Justiça Democrática pode proporcionar a paz social.

Politicamente, vimos as imperfeições que a globalização econômica está produzindo no campo das relações sociais, principalmente, porque acentuada a desigualdade entre ricos e pobres. Não imaginamos outra forma que não seja a república mundial para atingir uma justa distribuição de riquezas, que deve substituir o interesse individual. Uma nova configuração mundial, representada pelos Estados participantes, que por sua vez representa suas respectivas nações, com o interesse difuso numa forma teórica e prática de manter o princípio da soberania dos Estados, da nacionalidade e de uma nova ordem para a cidadania. Além da sua parcela nacional terá uma partícula internacional, ou seja, será cidadão de uma república mundial em que é representado por seu Estado, este último com assento permanente neste idealizado cenário.

CAPÍTULO V

CONCEITO DE JUSTIÇA DEMOCRÁTICA

Fazendo uma analogia à construção de estágios morais de KOHLBERG,⁵⁰² desenvolvemos três estágios de percepção que nos levaram à compreensão da Justiça Democrática.

O primeiro estágio, as condições transcendentais, reflete um nível pré-convencional onde são colocadas as percepções que levam ao significado ou valor humano, em uma ótica ontológica-histórica do Direito e da Política, também envolvendo, de certo modo, a alteridade e a reciprocidade, o que permite designá-la uma *orientação relativista instrumental*.⁵⁰³

O segundo estágio desenvolve-se sob o império do poder, as condições positivas, o nível convencional da Justiça Democrática, tendo sido mantidas as expectativas da família, comunidade, nação, sociedade e Estado, dentro de um entendimento da condição pública do indivíduo que determina a cidadania em conformidade com uma *orientação da concordância interpessoal*.⁵⁰⁴ Ainda, no segundo estágio, situam-se, igualmente no nível convencional, as

⁵⁰² WHITE, op. cit., p. 71-72, apud "Lawrence Kohlberg, 'From Is to Ought', Theodore Mischel (org.), *Cognitive Development and Epistemology*. (New York: Academic Press, 1971.)."

⁵⁰³ Ibidem, p. 71. Porque a transcendência do poder é tão relevante quanto a aplicação concreta dele.

condições funcionais, como *orientação lei e ordem*. Isto significa que não é suficiente a lógica do poder, é necessário o seu controle: *Existe orientação para com a autoridade, regras fixas e a manutenção da ordem social*.⁵⁰⁵

O terceiro estágio permite a *orientação legalista sócio-contratual* ⁵⁰⁶, que é observada na situação das relações jurídicas e nos três conhecimentos da Justiça Democrática: o político, o judiciário e o administrativo, podendo-se considerá-lo um nível pós-convencional. Encontra-se, neste estágio, o nível de princípios que são dois: o da equidade e da o estabilidade que somados à consolidação da paz social retratam uma *orientação universal de princípios éticos*, consagrados pela universalidade e consistência lógicas.

KELSEN assinala a confusão que gera o *uso equivocado da distinção entre jurídico e político*,⁵⁰⁷ afirmando que se deve evitar a fusão dessas duas esferas heterogêneas para preservar o caráter científico do Direito e separar Ciência e Política. Esta constante do pensamento kelseniano provocou críticas. Ficou claro que a Filosofia permite ao Direito e à Política estabelecerem uma ligação com a Justiça, a partir deste conceito, tendo-se em vista nossa opinião contrária à de KELSEN, de que Estado e Direito não são iguais à norma jurídica.

Não nos parece exata a autoaplicação do fracionamento institucional da Justiça proposto, tanto na Filosofia antiga quanto na medieval, não obstante, a opinião de um autor contemporâneo que comunga da idéia do fracionamento identificando-o, aliás, como uma separação da Justiça em sentido objetivo e subjetivo WERNER GOLDSHMIDT filia-se a uma corrente filosófica que separa Ética e Direito, afirmando que seu sentido subjetivo, situa-se a alma, a Ética - no

⁵⁰⁴ Ibidem.

⁵⁰⁵ Ibidem.

⁵⁰⁶ Ibidem, p. 72.

⁵⁰⁷ KELSEN. *O que é justiça?*, p. 374.

sentido objetivo é o comportamento humano,- *segundo el área de la convivencia social en su exterioridad*-, incluindo-se no Direito.⁵⁰⁸

Não existe fração da Justiça, retratada enquanto *ser*. O que ocorre é uma variação do conhecimento da Justiça. Enquanto ela for uma ação que implica Estado, sociedade e indivíduo, na Ética localizamos necessariamente este conhecimento através de um processo, que se sustenta pela existência do *ente* (limitação do conhecimento humano). Neste caso a Justiça Democrática é limitada, não se devendo entender esta limitação como obra do fracionamento da Justiça, pois quando a Justiça se realiza, o faz em sua completude (não por frações). Exatamente por isto acreditamos que foram atingidos, em vários pontos e aspectos, as categorias do saber universal elencadas nas condições transcendentais.⁵⁰⁹

Podemos, portanto, **conceituar ontogenoseologicamente a Justiça Democrática**, como sendo o eixo de equilíbrio e fonte de estabilidade que permite uma compreensão Ética de proteção do indivíduo contra outros indivíduos e, também, do indivíduo contra o grupo a que pertence, através do conhecimento de partículas jurídico-políticas, com a manifesta intenção de integrá-las por meio de condições transcendentais, positivas e funcionais, que se ajustam ao Estado republicano democrático de direito. Tal entendimento só é acessível pelo caráter universal da Filosofia, estabelecendo-se, assim, uma essencial e universal *justiça do ente*, que é conexas ao comportamento humano em sociedade. Tendo-se em vista, principalmente, o controle do poder estatal, feito por meio de condutas repartidoras que envolvem a autoridade, a autonomia e a interdependência dos órgãos públicos, quando do cumprimento legal e legítimo de suas funções,

⁵⁰⁸ GOLDSCHMIDT, W. *La ciencia de la justicia*, p. 94.

⁵⁰⁹ Vide Capítulo I, p. 35.

estabelecendo-se, como resultado, relações entre a Justiça Democrática o Direito e a Política, dentro de uma ótica do humanismo, este que percebe a liberdade e a igualdade como conceito supremo de que cada qual é um ser singular e absolutamente único que se exprime pelo conhecimento do ente sobre os objetos sensíveis.⁵¹⁰ E, finalmente, reafirma-se o valor fundamental da Justiça democrática, enquanto proteção efetiva contra qualquer processo, manifestação ou propaganda tendente a suprimir ou a instaurar um sistema incompatível com a existência da democracia ou dos direitos fundamentais⁵¹¹ resultantes da liberdade e da igualdade, bem como todos os fundamentos do Estado republicano democrático de direito e as garantias de direitos humanos e ambientais.

Sinceramente, esperamos que o resultado de tudo isto seja uma harmonia social entre indivíduos que vivem sob o império do Estado, numa busca incansável pela paz e pela felicidade.

⁵¹⁰ Retirar, reduzir e dificultar ao ser humano esta certeza de **unidade do ser e do ente** é o maior atentado ao humanismo. Vide GOLDSHMIDT, op. cit., p. 195, que narra o crime contra o garoto Caspar Hauser. Antes de ser assassinado ele foi trocado, pelos conspiradores, por um corpo de outro menino morto, sendo atirado por 16 anos numa prisão subterrânea, desprovido de tudo, menos do mínimo essencial. Quando conseguiu escapar, no ano de 1833, em Ansbach, foi, então, assassinado, a fim de garantir uma usurpação na sucessão do trono da dinastia dos Zähringerns, dizendo o autor que Alselm von Feuerbach, um grande criminalista, considerou o delito um verdadeiro crime contra o humanismo.

⁵¹¹ Encontramos diversas declarações de direitos. Parte desta história nacional foi contada por Francisco de Sá Filho, quando estudou as relações entre os poderes do Estado. Não é de hoje, portanto, que se encontra este conteúdo valorativo que demanda importância do valor-de-justiça para a humanidade. Vide SÁ FILHO, Francisco. *Relações entre os poderes do estado*, p. 341-346.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKEL Filho, Diomar. *Writs constitucionais: habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991. 221 p.

ACKER, Leonardo Van. *O Tomismo e o pensamento contemporâneo*. São Paulo: Convivio, 1983. 237 p.

_____. *Curso de filosofia do direito*: São Paulo: [s.n.], I fascículo, separata da Revista da Universidade Católica de São Paulo, v. XXXIV – jan/jun, 1968. 84 p.

_____. *Curso de filosofia do direito*: São Paulo: [s.n.], II fascículo, separata da Revista da Universidade Católica de São Paulo, v. XXXV – jul/dez 1968. 204 p.

_____. *Curso de filosofia do direito*. São Paulo: [s.n.], III fascículo, separata da Revista da Universidade Católica de São Paulo, v. L – jul/dez 1979. 48 p.

_____. *Estará superado o tomismo?* São Paulo: [s.n.], fasc. 79-80, separata da Revista da Universidade Católica de São Paulo, v. XLI – jul/dez 1971.

AGOSTINHO, Santo. *A Cidade de Deus*. Trad. de Oscar Paes Leme. 4ª ed. Petrópolis: Vozes, parte I, 1999. 414 p. (Coleção pensamento humano).

_____. *A Cidade de Deus*. Trad. de Oscar Paes Leme. 3ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, parte II, 1999. 589 p. (Coleção pensamento humano).

_____. *Confissões*. Trad. J. Oliveira Santos. São Paulo: Nova Cultural, 1996. 416 p. (Coleção os pensadores).

ALIGHIERI, Dante. *Monarchia*: Antônio Villardi, commento storico comparativo di Antero Meozzi, Milano 1938. 158 p.

_____. *Monarquia*. Trad. de Carlos do Soveral. São Paulo: Abril, 1973. (Coleção os pensadores).

ALMEIDA, Vieira de. *Introdução à filosofia*. 3ª ed. Coimbra: Sucessor, [19--]. 203 p. (Coleção stvdivm, 37).

ALVIM, Teresa Arruda. *Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial*. In: Coleção Controle Jurisdicional dos Atos do Estado, vol. 2, 3ª ed. São Paulo: RT, 1994.

ANDRADE, Carlos Drummond de. *Farewell*. Rio de Janeiro: Record, 1996. 142 p.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A Justiça administrativa*. 2ª ed. Portugal: Almedina, 1999. 296 p.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania: do direito aos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1993. 143 p.

AQUINO, Santo Tomás de. *Escritos políticos da Santo Tomás de Aquino*. Trad. de Francisco Benjamin de Souza Neto. Petrópolis, RJ : Vozes, 1995. 172 p.

_____. *O Ente e a essência*. São Paulo: Nova Cultural, 1996, 288 p. (Coleção os pensadores).

_____. *Suma Teológica*. Trad. de Alexandre Corrêa. 2ª ed. Caxias do Sul: Livraria Sulina, 2ª parte da 2ª parte, questões 1-79, 1980. p. 2480-2593.

ARANGUREN, José Luís L. *Ética e política*. Trad. de Wanda Figueiredo. São Paulo: Duas Cidades, 1967. 211 p. (Coleção doutrinas e problemas, 8).

ARAÚJO, Vandyck Nóbrega de. *Idéia de sistema e de ordenamento no direito*. Porto Alegre: Fabris, 1986. 71 p.

ARENDR, Hannah. *O Que é política?* Trad. de Reinaldo Guarany. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999. 238 p.

ARISTÓFANES. *As Nuvens*. Trad. de Gilda Maria Reale Starzynski. São Paulo: Nova Cultural, v. Sócrates, 1996. (Coleção os pensadores).

ARISTÓTELES. *Política*. Trad. de Mário da Gama Kury. 3ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. 317 p.

_____. *Ética a Nicômaco*. Trad. de Edunb UnB. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Coleção os pensadores).

ARRUDA Junior, Edmundo Lima de; RAMOS, Alexandre (org.). *Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho*. Curitiba: IBEJ, 1998. 298 p.

AVRITZER, Leonardo. *A Moralidade da democracia*. São Paulo: Perspectiva, Belo Horizonte: UFMG , 1996. 168 p. (debates c. sociais).

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Justiça distributiva e aplicação do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. 159 p.

BACH, Richard. *Um*. Trad. de Donadson M. Garschagen. 4ª ed. Rio de Janeiro: Record, 1988.

BARROS, Roque Spencer M. de. *O Fenômeno totalitário*. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Universidade de São Paulo, 1990. 746 p. (Biblioteca de cultura humanística; v. 6).

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, vol. 2, 1989.

_____. *Curso de teoria do estado e ciência política*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1938. 161 p.

BAZARIAN, Jacob. *O Problema da verdade: teoria do conhecimento*. 4ª ed., São Paulo: Alfa-Omega, 1994. 223 p.

BECK, Ulrich. *O Que é globalização*. Trad. de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. 282p.

BENAKOUCHE, R. *Globalização ou pax americana*. Alexandre Ramos et al. (org.). Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho. Curitiba: Ibej, 1998.

BITTAR, Eduardo C. B. *A Justiça em Aristóteles*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. 151 p.

BLINDER, Alan S. *Bancos centrais: teoria e prática*. Trad. de Maria Abramo Caldeira Brant. São Paulo: Ed. 34, 1999. 101 p.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. de Márcio Pugliesi et al. São Paulo : Ícone, 1995. 239 p.

_____. *O Futuro da democracia : uma defesa das regras do jogo*. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. 2ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. 171 p.

_____. *A Teoria das formas de governo*. Trad. Sérgio Bath. 10ª ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1998. 179 p.

_____. *Dicionário de política*. Trad. de João Ferreira. 7ª ed., Brasília, DF: Universidade Federal de Brasília, v.1, 1995. 666 p.

_____. *Dicionário de política*. Trad. de Carmen C. Varriale. 7ª ed., Brasília, DF: Universidade de Brasília, v. 2, 1995. 1318 p.

_____. *Locke e o direito natural*. Trad. de Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. 251 p.

_____. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. de Alfredo Fait. 3ª ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1995. 168 p.

BOFF, Leonardo. *A Santíssima trindade é a melhor comunidade*. 6ª ed., Petrópolis: Vozes, 1999.

BRASIL. Código de processo penal. 39ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 843 p.

BRASIL. Código de processo civil. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 1104 p.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. 28ª ed. atualizada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2001. 1109 p. (Série legislação brasileira).

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 27ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001. 331 p.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil.

BRASIL. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (DOU, Seção 1, nº 248, 23/12/96, p. 27.833). Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

BRAUN, Hans. *Sem justiça social não pode haver bem comum*. Trad. de Nikolaus Karwinsky. In: PAPERS. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 1995.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. de A. Menezes Cordeiro. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. 311p.

CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Os Poderes do presidente da república: especialmente em matéria de defesa e política externa*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. 117p. (Coleção Argumentum,1).

CASSIRER, Ernst. *Kant, vida y doctrina*. Trad. de Wenceslao Roges. México: Fondo de cultura económica, 1948. 496 p.

CARDOSO, Fernando Henrique. *A Democracia necessária*. Campinas: Papyrus, 1985. 92 p.

CARLIN, Volnei Ivo. *Deontologia jurídica*. 1ª ed. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997. 180 p.

CARR, Robert K. *American democracy in theory and practice: essentials of national, state, and local government*. New York: Rinehart and Winston, 1965. 658 p.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Formalização da linguagem: proposição e fórmulas*. São Paulo: Max Limonad, 1995. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito-PUC-SP, n.1.

CERQUEIRA, Marcello. *Controle do Judiciário - doutrina e controvérsia*. Rio de Janeiro: Revan, 1995.

CHEVALLIER, Jean-Jaques. *As Grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. Tradução de Lydia Christina. 6ª ed. Rio de Janeiro: Agir, 1993. 446 p.

CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à teoria geral da administração*. São Paulo: Makron Books, 1998.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução da 2ª edição italiana por J. Guimarães Menegale. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, v. I, 1969. 429 p.

CHOMSKY, Noam; DIETERICH, Heinz. *A Sociedade global: educação, mercado e democracia*. Tradução de Jorge Esteves da Silva. Blumenau: FURB, 1999. 264 p.

CÍCERO, Marco Túlio. *Da República*. Tradução de Amador Cisneiros. [S.l.]: Tecnoprint, [19--]. 137 p.

_____. *Saber envelhecer; a amizade*. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, v. 63, 2001. (Coleção L&PM Pocket).

CICCO, Cláudio de. *Dinâmica da história*. 2ª ed. São Paulo: Palas Athena, 1985. 164 p.

_____. *Uma crítica idealista ao legalismo*. São Paulo: Ícone, 1995. 252 p.

_____. *Direito: tradição e modernidade*. 2ª ed. São Paulo: Ícone, 1993. 184 p.

COELHO, Fabio Ulhôa. *Kelsen e a ciência do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1995. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito-PUC-SP, n.1.

COLAÇO, Thais Luzia. *O Direito guarani pré-colonial e as missões jesuíticas: a questão da incapacidade indígena e da tutela religiosa*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, tese de doutorado, 1998.

COMTE, Augusto. *Reorganizar a sociedade*. Trad. de Álvaro Ribeiro. 3ª ed., Lisboa: Guimarães, 1993. 173 p. (Coleção filosofia ensaios).

COOLEY, Thomas McIntyre. *Princípios gerais de direito constitucional: dos Estados Unidos da América do Norte*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. 304 p.

COPI, Irving Marmer. *Introdução à lógica*. Trad. de Álvaro Cabral 2ª ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978. 488 p.

COUTINHO, Carlos Nelson et al. *O Manifesto comunista 150 anos depois: Karl Marx, Friedrich Engels*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1998. 207 p.

COUTURE, Eduardo Juan. *Os Mandamentos do advogado*. Trad. de Ovídio A. Baptista da Silva e Carlos Otávio Atbyde. Porto Alegre: Fabris, 1999. 78 p.

CRETELLA Júnior, José. *Os Writs na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

CUNHA, Fernando Whitaker da. *Representação política e poder*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981. 119 p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996. 163 p.

DEMO, Pedro. *Introdução à metodologia da ciência*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1987. 118 p.

DESCARTES, René. *Descartes: discurso do método; as paixões da alma; meditações; objeções e respostas*. Trad. de J. Guinsburg e Bento Prado Junior. São Paulo: Nova Cultural, 1996. 431 p. (Coleção os pensadores).

DIÁRIO CATARINENSE. *Conflitos de poderes*, Florianópolis, 18 de junho de 1999.

DIAS, Carlos Alberto da Costa. *Liminares: Poder Discricionário ou Vinculado?* In: *Revista de Processo*, n. 85, ano 22 jan/mar. São Paulo: RT, 1997, p. 303-310.

DINIZ, Maria Helena. *A Ciência jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Resenha Universitária, 1982. 211 p.

_____. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989. 153 p.

DUGUIT, Pierre Marie N. Léon. *Fundamentos do direito*. Trad. de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1996. 80 p.

DUPUY, Jean-Pierre. *Nas Origens das ciências cognitivas*. Trad. de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1996. 228 p.

DURANT, Will. *A História da filosofia*. Trad. de Luiz Carlos do Nascimento Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1996. 480 p. (Coleção os pensadores).

DURKHEIM, Emile. *Como Montesquieu classifica as sociedades por tipos e por espécies*. Célia G. Quirino et al (org.). *O pensamento político clássico*. São Paulo: T. A. Queiroz, 1992.

ECO, Umberto. *A Estrutura ausente : introdução à pesquisa semiológica*. Trad. de Pérola de Carvalho. São Paulo : Perspectiva, 1991. 426 p.

ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. de J. Baptista Machado. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. 393 p.

ENTERRIA, Eduardo Garcia. *La Constitución y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1985.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Declaração da independência/Constituição*. Rio de Janeiro: Agência de comunicação internacional dos EUA, *The declaration of independence/The constitution of the United States of America*. 43 p.

FARIA, José Eduardo. *Poder e legitimidade*. São Paulo: Perspectiva, 1978. 130 p.

FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Ática, 1989. 205 p.

FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. 181p.

_____. *Por que ler Kelsen, hoje*. São Paulo: O Estado de S. Paulo, 1/11/81, p. 12/ano II/ número 73.

FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *O Poder constituinte*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999. 204 p.

_____. *Curso de direito constitucional*. 19ª edição, São Paulo: Saraiva, 1992.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995. 439 p.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: RT, 1991.

FRANZ, Marie-Louise von. *C. G. Jung: seu mito em nossa época*. Trad. de Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Cultrix, 1975. 281 p.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 260 p.

FROMM, Erich. *O Medo à liberdade*. Trad. de Octavio Alves Velho. 11ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. 235 p.

GARDINER, Patrick. *Teorias da história*. Trad. de Vítor Matos e Sá. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. 678 p.

GARDNER, Howard. *A Criança pré-escolar: como pensa e como a escola pode ensiná-la*. Trad. de Carlos Alberto N. Soares. Porto Alegre: Artes Médicas, 1994. 258 p.

GOLDSCHMIDT, Werner. *La Ciencia de la justicia*. Madrid: Aguilar, 1958. 435p.

GOUGH, J. W. *A Separação de poderes e soberania*. Célia G. Quirino *et al.* (org.). O pensamento político clássico. São Paulo: T. A. Queiroz, 1992.

GRECCO FILHO, Vicente. *Injunção provoca divergências*. O Estado de São Paulo, 17/4/91, p. 17.

GUELLI, Vincenzo. *O Regime político: com um ensaio sobre a pluralidade dos ordenamentos e condições de sua coexistência*. Trad. de Luiz Luisi. Coimbra: Arménio Amado, 1951. 125 p.

GUERRA Filho, Willis Santiago *Teoria política do direito: uma introdução política do direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. 122 p.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 352 p.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de direito*. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1961. 306 p.

_____. *Direito, liberdade, moralidade*. Trad. de Géron Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1987. 1102 p.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Georg Wilhelm Friedrich Hegel : estética a idéia e o ideal; estética o belo artístico ou o ideal*. Trad. de Orlando Vitorino. São Paulo: Nova Cultural, 1996. 464 p. (Coleção os pensadores).

_____. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1997. 279 p.

_____. *O Sistema da vida ética*. Rio de Janeiro: Edições 70, 1991. 90 p. (Coleção Textos filosóficos).

HEIDEGGER, Martin. *Sobre a essência do fundamento: a determinação do ser do ente segundo Leibniz, Hegel e os gregos*. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1971. 125 p.

_____. *Carta sobre o humanismo*. Trad. de Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Moraes, 1991. 50 p.

HEINEMANN, Fritz. *A Filosofia no século XX*. Trad. de Alexander F. Morujão. 4ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. 574 p.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Porto Alegre : Fabris, 1998. 554 p.

HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Trad. de Antônio Correia. 7ª ed., Coimbra: Sucessor, 1980. 201 p.

HOBBS, Thomas. *Leviatan: o la materia, forma y poder de una republica, eclesiastica y civil*. Traduzido por Manuel Sánchez Sarto. México: Fondo de Cultura Económica, 1994. 618p.

HÖFFE, Otfried. *Justiça política*. Trad. de Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 454p.

IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 78 p.

JORNAL DA TARDE. São Paulo, Sexta-feira, 25-4-97, p. 3A.

JOUVENEL, Bertrand de. *Teoria pura da política*. Lisboa : Guimarães, 1963. 330 p.

JUNG, Carl Gustav. *Mysterium coniunctionis*. Trad. de Frei Valdemar do Amaral. Petrópolis: Vozes, 1985. 326 p.

_____. *O Eu e o inconsciente*. 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 1985.

KANT, Emmanuel. *Doutrina do direito*. São Paulo : Ícone, 1993. 224 p.

_____. *Filosofia de la historia*. Trad. de Eugenio Ímaz. 4ª ed. México: Fondo de Cultura Económica , 1992. 147 p. (Coleção Popular, 147).

_____. *Crítica da razão pura*. Trad. de Valerio Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Nova Cultural, 1996. 511 p. (Coleção os pensadores).

_____. *Crítica da razão prática*. Trad. de Afonso Bertagnoli. [S.l.]: Tecnoprint S.A., [19--]. 149 p.

_____. *Lógica*. Trad. de Gohleib Benjamin. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992. 182 p.

KELSEN, Hans. *A Ilusão da justiça*. Trad. de Sérgio Tellaroli. São Paulo: Martins Fontes, 1995. 654.

_____. *Teoria geral das normas*. Trad. de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986. 509 p.

_____. *A Democracia*. Trad. de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 1993. 392 p.

_____. *O Que é justiça?* Trad. de Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 404 p.

_____. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. 6ª ed. Coimbra : Arménio Amado, 1984. 473 p. (Coleção Stvdivm).

_____. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes; Universidade de Brasília, 1990. 433 p.

KRISCHKE, Paulo J. (org.). *O Contrato social, ontem e hoje*. São Paulo: Cortez, 1993. 319 p.

KRUGMAN, Paul. *A Era do conformismo: as expectativas econômicas frustradas*. Trad. de Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 164 p.

LASSALLE, Ferdinand. *O Que é uma Constituição*. 2. ed., Ed. Kairós, 1985.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *Gottfried Wilhelm Leibniz: novos ensaios sobre o entendimento humano*. Trad. de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural,

1996. 543 p. (Coleção os pensadores).

LEBRE, Eduardo Antônio Temponi. *Sistema jurídico de custeio dos sindicatos*. Dissertação de Mestrado. Curso de Pós-Graduação, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1996.

_____. *Sistema jurídico de custeio dos sindicatos*. São Paulo: Iglu, 1997. 112 p.

_____. *Direito coletivo do trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 1999. 119 p.

_____. *Análise crítica sobre medidas liminares em face da vinculação e discricionariedade judiciais*. In: REVISTA ÁTER ÁGORA. Ano 4, n. 5. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, UFSC, 1999, p. 60.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A Monografia jurídica*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 381 p.

LEITE, José Rubens M., et al. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. 290 p.

LÍVIO, Tito. *História de Roma*. São Paulo: Paumape, vol. I, 1989. 456 p.

LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano*. Trad. de Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1997. 319 p. (Coleção os pensadores).

_____. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Trad. de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis, RJ : Vozes, 1994. 317 p. (Coleção clássicos do pensamento político).

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Uma Introdução à história social e política do processo*. In: Fundamentos de História do Direito. Antônio Carlos Wolkmer (org.). Belo Horizonte: DEL REY, 1996, p. 247-276.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios*. 9ª ed., Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 2000. v.1, 627 p.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. 252 p.

_____. *Sociologia do direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. 212 p.

MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 22ª ed, 1993. 375 p.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Trad. de Lívio Xavier São Paulo: Nova Cultural, 1996. 287 p. (Coleção os pensadores).

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996. 167 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998. 110 p.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direito internacional americano*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. 208 p.

_____. *Responsabilidade internacional do estado*. Rio de Janeiro : Renovar, 1995. 197 p.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. (plano da existência)*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995. 233 p.

MICHAUD, Yves. *Locke*. Trad. de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro : Jorge Zahar, 1986. 173 p.

MILL, John Stuart. *A Lógica das ciências morais*. Trad. de Alexandre Braga Massella. São Paulo: Iluminuras, 1999. 158 p.

MONTESQUIEU. *Considerações sobre as causas da grandeza dos romanos e da sua decadência*. Introdução e Tradução de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1997. 386 p.

_____. *Do Espírito das leis*. São Paulo: Nova Cultural, 1997. v.1, 384 p. (Coleção os pensadores).

_____. *Do Espírito das leis*. São Paulo: Nova Cultural, 1997. v.2, 382 p. (Coleção os pensadores).

MORE, Thomas. *A Utopia*. Tradução e notas de Luís de Andrade. São Paulo: Nova Cultural, 1997. 336 p. (Coleção os pensadores).

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados*. In: Temas de Direito Processual., 2^a. Série, 2^a. ed., São Paulo: Saraiva, 1988.

MORENTE, Manuel Garcia. *Fundamentos de filosofia: lições preliminares*. Trad. de Guillermo de la Cruz Coronado. 8^a ed. São Paulo: Mestre Jou, 1980. 324 p.

MORUS, Tomás. *A Utopia*. Trad. de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, v. 76, 2000. (Coleção L&PM Pocket).

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 18^a ed., rev. São Paulo: Saraiva, 1998. 668 p.

NIETZSCHE, Friedrich. *A Filosofia na época trágica dos gregos*: parágrafos 9, 10, 11, 12 e 13. In C - Crítica Moderna. 1. Friedrich Nietzsche. Trad. de Carlos A. R. de Moura. São Paulo: Nova Cultural, v. Os Pré-socráticos, 1996. (Coleção os pensadores).

NOGUEIRA, Jenny Magnani de O. *A Instituição da família em a cidade antiga*. Fundamentos de História do Direito. WOLKMER, Antônio Carlos (org.). Belo Horizonte : Del Rey, 1996. 278 p.

NOJIRI, Sérgio. *O Dever de fundamentar as decisões judiciais*. 1^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 121 p.

_____. *Discricionariedade Judicial em decisão que concede ou denega liminar em mandado de segurança*. In: Revista de Processo, n. 81, ano 21, jan/mar de 1996, São Paulo: RT, 1996, p. 256/266.

O ESTADO DE S. PAULO. São Paulo, 15 de dezembro de 1996, p. A12.

ODDONE, Guillermo A. *Administración y división de poderes*. Montevideo-Uruguay: B de F, 1995. 131 p.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *O Processo na justiça do trabalho*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 770 p.

_____. *Mandado de injunção (Da inconstitucionalidade por omissão)*. São Paulo: RT, 1993.

OLIVEIRA JR., José Alcebíades de, LEITE, José Rubens Morato. *Cidadania coletiva*. Florianópolis: Paralelo 27, 1996. 286 p.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. *Monografia jurídica : orientações metodológicas para o trabalho de conclusão de curso*. Porto Alegre: Síntese, 1999. 125 p.

ORTIZ, Eduardo. *El Estudio de las relaciones internacionales*. México: Fondo de Cultura Económica, [199-].

PAULO II, João. *Carta encíclica, fides et ratio : sobre as relações entre fé e razão*. 2ª ed., São Paulo: Paulus, 1998. 109 p.

PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. Trad. de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 722 p.

_____. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 653 p.

PLATÃO. *A República: livro VII*. Trad. de Elza Moreira Marcelina. Brasília: Universidade de Brasília, 1989. 117 p.

_____. *A República*. Trad. de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1997. 352 p. (Coleção os pensadores).

PORTELLA JUNIOR, José Henrique de Lemos. *O Princípio da harmonia entre os poderes está em crise?*. In: Revista de direito da defensoria pública. Rio de Janeiro : [s.n.], n.13, p.239-275, 1998.

POTENTE, Maria Antônia Sanz. *Ética*. <http://www.cibernous.com/autores/taquino/>, acesso em 12/09/2001.

PROUDHON, Pierre J. *A Propriedade é um roubo*. Trad. de Sueli Bastos. Porto Alegre: L&PM, v. 84, 2001. (Coleção L&PM Pocket).

QUIRINO, Célia Galvão et al (org). *O Pensamento político clássico*. São Paulo: T. A. Queiroz, 1992. 430 p.

RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, [19--]. 549 p.

_____. *Justiça e democracia*. Trad. de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 406 p.

REALE, Miguel. *Introdução à filosofia*. São Paulo: Saraiva, 1988. 269 p.

_____. *Estudos de filosofia brasileira*. Lisboa: Instituto de Filosofia, 1994. 232 p. (Coleção razão atlântica).

_____. *Teoria tridimensional do direito*. 5ª ed. revista e aumentada, São Paulo: Saraiva, 1994. 161p.

_____. *Fontes e modelos do direito*. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999. 124 p.

REVISTA JURÍDICA BRASÍLIA EXPRESS. Brasília: Bex-Brasília, 1996. Ano I, nº. IV, setembro, 1996.

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. Porto Alegre: UFRS. Volume 10, julho de 1994.

RICOEUR, Paul. *O Justo ou a essência da justiça*. Trad. de Vasco Casimiro Lisboa : Instituto Piaget, 1995. 195 p. (Coleção pensamento e filosofia).

RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. *Poder constituinte supranacional: esse novo personagem*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000. 171 p.

ROSA, Antônio José Miguel Feu. *Direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998. 558 p.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. de Edson Bini. Bauru, SP : Edipro, 2000. 430 p.

RUSSELL, Bertrand. *O poder: uma nova análise social*. Trad. de Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Martins, 1941. 234 p.

RUSSOMANO, Gilda M. C. Meyer. *Direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 1992. 92 p.

RUSSOMANO, Rosah. *Dos poderes legislativo e executivo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. 244 p.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato social; ensaio sobre a origem das línguas*. Trad. de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1997. v.1, 336 p. (Coleção os pensadores).

_____. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens; discurso sobre as ciências e as artes*. Trad. de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1997. v.2, 303 p. (Coleção os pensadores).

SÁ FILHO, Francisco. *Relações entre os poderes do estado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. 376 p.

SABINE, George H. *Historia de la teoría política*. Traducción de Vicente Herrero. México: Fondo de cultura económica, 1994. 697 p.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia de justiça em Kant*. 2ª ed., Belo Horizonte: UFMG, 1995. 371 p.

SANTOS, Andres de la Oliva. *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*. Barcelona: Bosch, 1980. 146 p.

SILVA, José Afonso da. *Mandado de injunção e Habeas-Data*. São Paulo: RT, 1989.

SINGER, Paul. *Aprender economia*. 6ª ed., São Paulo: Brasiliense, 1986. 183 p.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUZA, José Cavalcante de (org.). *Os Pré-socráticos: fragmentos, doxografia e comentários*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. 320 p. (Coleção os pensadores).

STADEN, Hans. *Duas viagens ao Brasil*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1974.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O Juiz – seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. 376 p.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 1.º ed., São Paulo: Malheiros, 1993.

TEUBNER, Gunther. *O Direito como sistema autopoiético*. Trad. de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TOCQUEVELLE, Alexis de. *A Democracia na América: sentimentos e opiniões*. Trad. de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 428 p.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. 2ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000. 214 p. (Série Prometeu/ Edições Humanidades).

VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. *Teoria geral do controle jurídico do poder público*. Lisboa: Cosmos, 1996. 270 p.

VECCHIO, Giorgio Del. *Lições de filosofia do direito*. Trad. de Antônio José Brandão. 5ª ed. Coimbra, Portugal: Sucessor Ceira, 1979. 643 p.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989. 214 p.

XENOFANTE. *Ditos e feitos memoráveis de Sócrates*. Trad. de Líbero Rangel de Andrade. São Paulo: Nova Cultural, v. Sócrates, 1996. (Coleção os pensadores).

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1998. 202 p.

WHITE, Stephen K. *Razão, justiça e modernidade: a obra recente de Jurgen Habermas*. São Paulo: Ícone, 1995. 184 p.

WOLKMER, Antônio Carlos (org.). *O Direito nas sociedades primitivas*. In: Fundamentos de história do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. P 17-27.