

FEDERALISMO, DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E A CONSTITUIÇÃO DE 1988: UMA APROXIMAÇÃO ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA

Leonardo Athayde Luna

Resumo:

O escopo desta monografia é traçar linhas diferenciais entre o modelo federativo dos EUA e do brasileiro, além de demonstrar que há uma relação aproximada entre a política e o direito. O federalismo nos remete a uma miscelânea de considerações de ordem histórica e que nos ajudam a explicar o porquê de determinadas instituições existirem ou, mais ainda, qual é a razão para continuarem a ser determinantes para o futuro de um país. Sem sombra de dúvidas que a tradição brasileira foi imensamente influenciada pelo gênio político norteamericano. Entretanto, a organização do nosso Estado se deu de forma diferente do da América do Norte, refletindo, pois, na condução prática de programas entre os entes federativos. A maneira como cada um irá se relacionar depende da própria tessitura jurídico-política encontrada na Constituição do Brasil e dos EUA. Ademais, o embate entre o constitucionalismo e a democracia, a lei e os costumes sociais, a frieza do texto legal e o ideal de justiça, o ativismo e o controle advindo do princípio da majoritariedade sempre estiveram em um mesmo continente. O dilema reforça-se quando casos individuais e pretensões são levados ao Parlamento e, de forma particular, às barras da Justiça. O juiz ou aquele que possui um compromisso com o Estado de Direito não pode fechar os olhos para a lesão ou ameaça ao direito alheio. Quando a política não consegue resolver um problema que em seu bojo deveria receber fino trato deveras condizente convocar a atuação judicial e assim pacificar dado conflito.

Palavras-chave: Federalismo. Constitucionalismo. Democracia.

Abstract: The scope of this monograph is to outline differentials between the federative model of the USA and of the Brazilian, in addition to demonstrate that there is a approximate relation between policy and law. The federalism refers us to a patchwork of considerations of historical and which help us to explain why certain institutions exist or, even more, what is the reason to continue to be decisive for the future of a country. Without a doubt that the Brazilian tradition was hugely influenced by political genius american. However, the organization of our State has different form of North America, reflecting on, therefore, driving practice of programs between the loved federal entities. The way each will relate depends on the fabric itself legal-political founded in the Constitution of Brazil and the USA. In addition, the clash between constitutionalism and democracy, the law and the social customs, the coldness of the legal text and the ideal of justice, activism and the control comes from the principle of majoritarianism always are in the same continent. The dilemma is strengthened when individual cases and claims are brought to the Parliament and, in particular, the bar of Justice. The judge or the one that has a commitment to the Rule of Law cannot close your eyes to the injury or threat to the right of others. When the policy is unable to solve a problem that in their swelling should receive fine tract truly agrees to convene the judicial action and thus pacify given conflict.

Key words: Federalism. Constitutionalism. Democracy.

Introdução

Com a formação do Estado brasileiro decorrente de filigranas históricas e influências alienígenas, inegável destacar-se o cenário institucional e jurídico que foi sendo determinante na condução da política e no respeito às regras imanentes ao sistema jurídico. Se é verdade que cada Estado possui suas singularidades, particularidades, também é consentâneo afirmar que universalmente direitos são reconhecidos. A produção doutrinária, o ramerrão congressual e a práxis jurisprudencial autorizam-nos a preconizar o fato irretorquível de que não basta delinear o espaço geográfico, preenchê-lo com o povo e delegar unilateralmente funções a determinadas pessoas, visto que é imprescindível a existência de um documento chamado Constituição. Esta passa a ser o núcleo axiológico que irá irradiar a legitimidade na tomada de decisões.

Se a democracia superou obstáculos e enfrentou o experimentalismo consuetudinário dos séculos, reconhece-se igualmente que a realidade brasileira não é díspar. Do direito público ao direito privado. Dos gregos aos romanos. Em terrae brasilis, instituída a República e eclipsada a escravidão, começou a surgir um novo horizonte. Não obstante o turbulento nascimento da raiz republicana e toda a metamorfose constitucional até a crisálida democrática pós-64, desnudando-se e deixando às escâncaras o produto de todo um processo evolutivo: a Constituição Federal de 1988. Eis o marco de toda a epopeia incrustada na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, eixo fundamental a fomentar a galvanização do civismo popular, do pensamento para além do da inclinação narcísica, do viés egoísta, do solipsismo oportunista e aproveitador. Com a Magna Charta enalteceram-se alguns instrumentos per se provenientes do gênio de cada cidadão ou de uma grei.

Afinal – como determina sabiamente o Texto Constitucional, existem maneiras para exercer-se a soberania popular, sendo, *Verfassungskonforme*, por intermédio do plebiscito, referendo e da iniciativa popular. Embora isso esteja topograficamente insculpido no art. 14, descortinando, ressalte-se, o pórtico dos direitos políticos, há a

chamada ação popular, capitulada no art. 5º, inciso LXXIII, dedicando um espaço nuclear para que o cidadão possa anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado faça parte, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Está demonstrado, assim, que foi o poder constituinte originário que urdiu baldrames organizatórios e estruturais, cimentou a separação entre os Poderes à Montesquieu e enquadrou os direitos fundamentais juridicamente. Foi além, porém. Estatuiu, com pena de mestre, que nenhuma lesão ou ameaça de lesão ficará subtraída da apreciação judicial. Por conseguinte, arrastou, mesmo que inconscientemente, a coisa pública para os pretórios. O fato da vida ficou juridicizado pelo arcabouço jurídico. Agora, tudo aquilo que estiver ao alcance da espada da Lei e da prudência da Justiça tem a sua relevância.

Sendo a política o palco onde se teatralizam os anseios do povo e exploram persuasivamente as soluções para os seus melindres, quando não se consegue resolver dilemas através do Poder Executivo ou do Congresso Nacional, perfeitamente plausível socorrer-se das barras da deusa Thêmis, sobretudo para que não se deixe refém o ideal, a paixão pela renovação, a vivacidade que incursiona no coração dos esperançosos por um mundo igual e tolerante. Hoje, porém, nesta toada de moralidade e eticização, mesmo com o ideal na mão e as batidas no coração, forçoso suprasumir um status do sujeito consequente, do responsável pelos seus atos, evitando-se – pois, despautérios procedimentais. Afinal, emascular, esterilizar moralmente um contexto humano, sobretudo pelas vias judiciais, não pode desconsiderar a experiência jurídica dos povos, os princípios seculares, os postulados universais e os direitos constitucionais.

Em síntese, considerando a política como o campo onde prevalece a soberania popular e o princípio da majoritariedade, no direito, ao revés, impera o domínio da razão, qual seja, aquela calcada na lei e no respeito aos direitos fundamentais. Reconhecer a tensão e a polaridade não dissolve a proposta do presente artigo, que é a de demonstrar que é possível estabelecer a convivência entre a democracia participativa com a aspiração de promoção da chamada catarse ética e o fortalecimento do Poder Judiciário como protetor das regras do jogo, mas ainda, como guardião da *lex legum* e dos direitos fundamentais.

Parte I. A proto-história do Federalismo

I. Aspectos gerais do Federalismo brasileiro e norteamericano

Não se desconhece que para um Estado ser corporificado ele precisa reunir alguns elementos básicos, a saber: povo, território e governo.¹ Este plexo de elementos já faz parte do conceito jurídico de Estado (*juristische Staatsbegriff*) a significar, portanto, uma corporação de um povo, assentado em um território e com poder soberano originário.² Porém, há uma observação a ser feita, a de que a Constituição é o meio pelo qual se define como o Estado irá comportar-se político e juridicamente, seja interna ou externamente.

Nos pródromos do Iluminismo proclamava-se que o homem nascia livre, mas por toda a parte vivia acorrentado³, o que já fazia crer que a sociedade seria capaz de influenciar os indivíduos. As instituições, entendidas como aquelas que partilhavam uma parcela do poder estatal, para fazer cumprir as regras pré-estabelecidas, arrancavam politicamente um pedaço da soberania *d'Etat* e exerciam materialmente a cogência subjacentes nas leis vigentes. Começa-se, então, a compreender o porquê da diagnose distintiva entre lei e norma, direito e moral⁴, direito objetivo e direito subjetivo, heteronomia e autonomia. Fazendo um quadro comparativo, analise-se o *planetarium* punitivo e a órbita ético-moral. A sanção do direito penal, no seu imo formal, a repulsa

¹ V. Paulo Bonavides, *Ciência Política*, 14ª ed., 2007, p. 70-71.

² Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3ª ed., 1914, p. 183: “Als Rechtsbegriff ist der Staat demnach die mit ursprünglicher Herrschermacht ausgerüstete Körperschaft eines seßhaften Volkes”.

³ Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat social*, 1964, p. 173: “L’homme est né libre, et partout il est dans les fers”.

⁴ Eduardo C. B. Bittar, *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*, 7ª ed., 2010, p. 61: “Até mesmo do ponto de vista histórico pode-se provar a intrínseca relação do direito com a moral. Isso porque, a princípio, eram indistintas nas comunidades primitivas as práticas jurídicas, as práticas religiosas e as práticas morais. A sacralidade, o espiritualismo e o ritualismo das antigas práticas jurídicas e de suas fórmulas denunciam essa intrínseca relação. (...) E, nesse sentido, só se pode afirmar que o direito se alimenta da moral, tem seu surgimento a partir da moral, e convive com a moral continuamente, enviando-lhe novos conceitos e normas, e recebendo novos conceitos e normas. A moral é, e deve sempre ser, o fim do direito. Com isso pode-se chegar à conclusão de que direito sem moral, ou direito contrário às aspirações morais de uma comunidade, é puro arbítrio, e não direito”.

ética cuja índole é informal.⁵ O caráter multifacetado e polissêmico do vocábulo direito vem à tona⁶.

É a Lei Maior que dissolverá a controvérsia acerca do Estado ser federal ou unitário consistente no fato de que ela é o fundamento básico e instrumento jurídico regulador. Se o Direito é a forma institucional da vida de um povo, *a fortiori* – é o Estatuto Supremo que gizará o raio de ação, o território onde o conteúdo terá a sua limitação. Limitar também é proporcionar direitos. Exatamente por isso que estamos a presenciar um Estado de Direito, sobretudo com o grão da areia democrática. Metaforicamente e apenas para argumentar, após 1964, arrebentou-se a rocha de matiz ditatorial e passou-se a derramar na ampulheta jurídica o fruto da superação do atraso: a areia banhada pelo mar da esperança.

Percorremos um ciclo histórico com acidentes de percurso. Por outro lado, sem precisarmos reviver os erros que hoje o passado escancaradamente nos mostrou, renova-se, por óbvio, a parêmia de Friedrich von Schlegel, quando disse sabiamente que “o Historiador é como um profeta que olha para trás”.⁷ O fundamento desta lapidar definição está justamente na ideia de que é pelo papel da História e dos historiadores que se passa a (re)conhecer detidamente os fatos subjacentes na tessitura social. Buscar no cabedal historiográfico a razão para os acontecimentos e tornar plausível a sustentação de uma tese não é *múnus tout court* de um acadêmico versado em História, mas também do jurista.

Mais ainda. O juiz não é o único que julga ao analisar um processo posto em sua mesa, porquanto o que a experiência nos mostra é que nossas convicções apaixonadas sobre dado empírico da realidade também podem contaminar um estudioso do nazismo.

⁵ Enrique Bacigalupo, *Manual de Derecho Penal*, 1996, p. 1: “En este sentido, el derecho penal es un instrumento de control social que opera junto a otros instrumentos de idêntica finalidade. Se diferencia de los otros instrumentos de control social que tienen por médio la *sanción* o el *castigo*, por la manera *formal* en que lo aplica y por su tendencia a uma fundamentación más racional de la misma. Otras sanciones (éticas, por ejemplo) se manifiestan de una manera casi informal y espontánea; las del derecho penal, por el contrario, se ajustan a um procedimiento determinado para su aplicación y están preestablecidas de um modo específico en lo referente a sus alcances, duración, derechos que afecta, etc.”

⁶ Para um estudo bastante promissor e com ampla referência bibliográfica, v. André Franco Montoro, *Introdução à ciência do direito*, 26ª ed., 2005, p. 52-86.

⁷ Klaus Buschmann, *Friedrich Schlegel und das Hermeneutik – Konzept Schleiermachers*. Texto disponível em *Texto disponível em*: <<http://sammelpunkt.philo.at:8080/1098/1/se05arbbuschmann.pdf>>.

O diferencial está em dimensionar analiticamente o entendimento para que se proceda a um alentado e possivelmente acertado julgamento. Fazendo a analogia com nefasto período incrustado na I e II Guerras mundiais, ninguém discute que entender a era do nazismo da Alemanha seja perdoar o genocídio. De qualquer maneira, ninguém que tenha vivido este tenebroso período pode afirmar peremptoriamente ser capaz de abster-se do julgamento. O difícil é entender.⁸

Exatamente aqui que se começa a identificar o ponto nevrálgico. A ideia central é trabalhar com a lógica de que não devem ser desconsiderados os fatos históricos pertinentes ao modelo estatal de cada país. Se para que um Estado exista é curial um documento (*Urkunde*) com o condão de projetar as expectativas da sociedade, certamente indispensável é que se ofereça ao lidador do Direito as miudezas fáticas que forcejaram as nossas instituições e o sistema jurídico vigente. Afinal, no caso da América do Norte e particularmente o brasileiro, foi justamente a fusão ou o diálogo entre a Política e o Direito que fez com que chegássemos até aqui. Essas duas faces da mesma moeda urdiram o nó que passou a pontificar os entes reconhecidos como a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal.

Descobrir as minúcias de cada engenharia política só vai depender do edifício constitucional construído. Destarte, far-se-á uma sintética análise das características do modelo instituído nos EUA e, mais detidamente, no Brasil.

1. EUA

De fato, o federalismo, como se conhece, teve a sua origem nos Estados Unidos da América⁹, sobretudo em 1787, data a demarcar a promulgação da Constituição daquela

⁸ Eric Hobsbawm, *The age of extremes*, 1995, p. 5: “Yet what stands in the way of understanding is not only our passionate convictions, but the historical experience that has formed them. The first is easier to overcome, for there is no truth in the familiar but mistaken French phrase *tout comprendre c’est tout pardonner* (to understand all is to forgive all). To understand the Nazi era in German history and to fit it into its historical context is not to forgive the genocide. In any case, no one who has lived through this extraordinary century is likely to abstain from judgement. It is understanding that comes hard.”

⁹ Uadi Lammêgo Bulos, *Curso de direito constitucional*, 6ª ed., p. 899: “Federação, do latim *foedus*, *foederis*, significa pacto, interação, aliança, elo entre Estados-membros. Trata-se de uma *unidade* dentro da *diversidade*. A *unidade* é ela, a *federação*, enquanto a *diversidade* é inerente às partes que a compõem, isto é, os Estados, com seus caracteres próprios. A federação, portanto, é um *pluribus in unum*, ou seja, uma *pluralidade* de Estados dentro da *unidade* que é o Estado Federal. Quem a concebeu foi o constituinte norte-americano de 1787”.

Nação. Este momento consagra a união das treze colônias britânicas após uma série de intensos conflitos políticos¹⁰, imposições tributárias e restrições às atividades econômicas. Com o tolhimento do comércio a harmonia com a metrópole estava na iminência de romper.¹¹ Há quem afirme que o surgimento do federalismo tem um *link* com a asseguaração dos ideais republicanos que brotaram na revolução de 1776, mormente com a edição da *Declaração de Independência*, capitaneada e encabeçada por Thomas Jefferson¹², especialmente com a introdução de três axiais e inalienáveis direitos: a vida, a liberdade e a busca pela felicidade¹³, o que parece ser razoável.

1.1. Características

Nos Estados Unidos, a formatação do modelo federativo ocorreu de fora para dentro, através de um *movimento centrípeto*, visto que os Estados soberanos cederam parcela de sua autonomia com vistas à formação do pacto federativo¹⁴. É esse caractere que compreende a nuclear ideia da federação, qual seja, a técnica empreendida para distribuir o poder, cujo escopo concentra esforços para coordenar competências constitucionais dos entes políticos¹⁵. Em que pese as premissas históricas, nada mais importante neste escorço histórico do que ressaltar que o modelo federativo transcendeu o seu perfil clássico, variando conforme as idiossincrasias de cada Estado.

¹⁰ Até o século XVII a Coroa britânica não exerceu uma fiscalização colonial intensiva. Com isso, sem um incisivo controle tributário foi possível abrir espaço para o desenvolvimento de inúmeras atividades, além do exercício da liberdade econômica e religiosa por parto dos colonos. Cf., Cláudio Vicentino e Gianpaolo Dorigo, *História para o ensino médio: história geral e do Brasil*, 2005, p. 215: “Mais tarde, no século XVIII, a Inglaterra emergiu como potência mundial, e a monarquia liberal inglesa trouxe a estabilidade política ao país. Nesse momento, buscou-se uma redefinição do papel das colônias, sujeitando-as a uma política fiscal inglesa e impondo o fim de suas liberdades comerciais e políticas. Os conflitos daí gerados acabariam por culminar no processo de independência das 13 colônias inglesas na América do Norte”.

¹¹ Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional*, 2009, p. 15: “As relações tornaram-se tensas ao longo da década de 1760, agravando-se drasticamente após episódios como o *Stamp Act*, de 1765, o Massacre de Boston, em 1770, e o *Boston Tea Party*, em 1773”.

¹² Para uma densa referência bibliográfica e precisa descrição histórica, v. Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional*, 2009, p. 15-22.

¹³ Segue o trecho do referido documento: “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable rights, that among these are life, liberty and the pursuit of happiness”. Texto encontrado em <<http://www.earlyamerica.com/earlyamerica/freedom/doi/text.html>>.

¹⁴ Uadi Lammêgo Bulos, op. cit., 6ª ed., p. 899.

¹⁵ Uadi Lammêgo Bulos, op. cit., 6ª ed., p. 900.

Em sendo a Constituição um átomo em *continuum* movimento, muito mais verdade será dizer que, em matéria de repartição de competências ou atinente à forma federativa de Estado, há de se ter em mente as chamadas cláusulas pétreas¹⁶, doutrinariamente aquilatadas de núcleo intangível¹⁷, garantia de eternidade¹⁸ ou cláusulas de intangibilidade¹⁹. Sendo uma garantia, não pode ser suprimida por proposta de emenda²⁰, muito menos quando se tratar de um direito fundamental cujo núcleo essencial, se for violado, provocará uma ruptura acachapante no Estado Constitucional de Direito²¹, remetendo-nos à construção teórica referente à lógica dos limites imanentes (*Zur Wesensgehaltsgarantie als Schrankenschränke*).²²

Por conseguinte, não é desassissado dizer que o fato de os Estados-membros se encontrarem jungidos em razão de uma Constituição Federal, diferentemente se fossem unidos em função de um tratado internacional, é o bastante para diferenciar-se da Confederação²³, esta entendida como a união, resultante de tratado ou convenção internacional de Estados-soberanos, reunidos em torno de um poder central, que assume a chefia da representação de todos eles perante as demais nações ou países.²⁴

¹⁶ Gilmar Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco e Inocêncio Mártires Coelho, *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed., 2008, p. 218: “As cláusulas pétreas, portanto, além de assegurarem a imutabilidade de certos valores, além de preservarem a identidade do projeto do constituinte originário, participam, elas próprias, como tais, também da essência inalterável desse projeto. Eliminar a cláusula pétrea já é enfraquecer os princípios básicos do projeto do constituinte originário garantido por ela. (...) O significado último das cláusulas de imutabilidade está em prevenir um processo de erosão da Constituição”.

¹⁷ Pedro Lenza, *Curso de direito constitucional esquematizado*, 12ª ed., 2008, p. 362.

¹⁸ Sobre o tema, v. [ADPF 33-MC](#), voto do Rel. Min. **Gilmar Mendes**, julgamento em 29-10-2003, Plenário, DJ de 6-8-2004.

¹⁹ Luís Roberto Barroso, op. cit., 2009, p. 159 e ss.

²⁰ Gilmar Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco e Inocêncio Mártires Coelho, op. cit., 2ª ed., 2008, p. 222: “Não é passível de deliberação a proposta de emenda que desvirtue o modo de ser federal do Estado criado pela Constituição, em que se divisa uma organização descentralizada, tanto administrativa quanto politicamente, erigida sobre uma repartição de competências entre o governo central e os locais, consagrada na Lei Maior, onde os Estados federados participam das deliberações da União, sem dispor do direito de secessão”.

²¹ Em um interessante prisma, v. Nelson Nery Jr., *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*, 10ª ed., 2010, p. 21: “Os direitos fundamentais e humanos são institutos indispensáveis para a democracia, ou seja, são normas fundantes do Estado Democrático e sua violação descaracteriza o próprio regime democrático”.

²² Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1985, p. 267.

²³ Gilmar Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco e Inocêncio Mártires Coelho, *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed., 2008, p. 799.

²⁴ De Plácido e Silva, *Vocabulário jurídico*, 7ª ed., 1982, p. 500.

2. Brasil

2.1. A Constituição Federal como o estatuto jurídico do fenômeno federativo

O nosso Código Supremo de 1988 encampou a forma de Estado federal ou a federação, traduzindo a ideia de aliança ou união de Estados que perdem a soberania no momento em que ingressam no laço político, todavia, com a sua autonomia resguardada.²⁵ A adoção do modelo federal transita na seara do princípio da autonomia e pressupõe a consagração de regras e princípios constitucionais, tal com o princípio da indissolubilidade do vínculo federativo, o que nos remete à inexistência do direito de secessão.²⁶ Sendo a Federação o modo como se dá a distribuição espacial do poder político²⁷, dois são os centros de poder: o central e o federado. Com isso, perfeitamente sustentável asseverar, nas preleções de J. J. Gomes Canotilho, que a Constituição é o estatuto jurídico do fenômeno político e, *cum granum salis*, do fenômeno federativo.²⁸

2.2. Características

Historicamente, a Federação no Brasil emerge com o Decreto n. 1, de 15-11-1889, que fincou as bases, inclusive, da forma republicana de governo. Em que pese este detalhe, a consolidação desse modelo só atingiu o seu estágio final, só obteve o engajamento e o arranjo textuais definidos com o advento da Constituição de 1891, cujo conjunto frásico e jurídico foi modelarmente lavrado por Ruy Barbosa. Jurista conhecedor da doutrina constitucional norteamericana e estrênuo construtor das linhas mestras do retrocitado decreto, revelou-se o pai da República e Federação brasileiras.²⁹

²⁵ Alexandre de Moraes, Curso de Direito Constitucional, 17ª ed., p. 245.

²⁶ Alexandre de Moraes, op. cit., p. 247: “Dessa forma, inadmissível qualquer pretensão de separação de um Estado-membro, do Distrito Federal ou de qualquer Município da Federação, inexistindo em nosso ordenamento jurídico o denominado *direito de secessão*. A mera tentativa de secessão do Estado-membro permitirá a decretação de intervenção federal (CF, art. 34, I), devendo sempre a Constituição ser interpretada de sorte que não ameace a organização federal por ela instituída, ou ponha em risco a coexistência harmoniosa e solidária da União, Estados e Municípios”.

²⁷ Luís Roberto Barroso, op. cit., 2009, p.171.

²⁸ V. Uadi Lammêgo Bulos, op. cit., 6ª ed., 109-110 e Carlos Ayres Britto. *O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 9, dezembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>.

²⁹ Cf. Luís Viana Filho, *A vida de Rui Barbosa*, 11ª ed., 1987, p. 21: “Rui foi tudo para a Constituição de 1891. Inicialmente, a ele se deveu a convocação da Constituinte. Em seguida, seria não somente o

Assim reconhecendo, com todas as influências do além-mar que atingiram sobejamente terras tupiniquins, o fato é que o organismo federativo brasileiro se formou a partir de um *movimento centrífugo, do centro para fora* ou *por segregação*, ou seja, *ab initio* um Estado unitário centralizado gradativamente descentralizando-se³⁰, absorvendo características gerais³¹ e específicas. Afinal, cada país que encampar a forma federal de Estado estará satisfazendo necessidades próprias de sua história e conformação político-jurídica.³² Dentro da temática aqui trabalhada se pode destacar que o nosso federalismo está preceituado de forma esquemática no Estatuto Maior, assaz encontradiço no art. 1º, enleado por princípios fundamentais³³, tendo como integrantes axiais a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, *ex vi* preceitua o art. 18³⁴. Dês a proclamação da *res publica* eis a estrutura federativa brasileira.

principal autor do texto constitucional, mas também o seu mais capaz e mais fiel intérprete, indormido guardião, sempre voltado para contínuo aprimoramento. Responsável maior, familiarizado com a vida constitucional dos Estados Unidos, ele a concebeu e redigiu quase de ponta a ponta (...). Nem podia ser de outro modo, se naquele mundo de idealistas, reunidos em torno de Deodoro, nenhum a ele se podia comparar quanto à familiaridade com as ideias e a prática republicana nos Estados Unidos da América, modelo das instituições nascentes no Brasil. Nem por outro motivo, a ele, e somente a ele, tocaria redigir o primeiro decreto da República, aquele que a proclamou e a instituiu”.

³⁰ Pedro Lenza, *op. cit.*, 2008, p. 247.

³¹ Dentre as características gerais, pode-se destacar, *e. g.*, a) descentralização política; b) a existência de uma Constituição escrita e rígida; c) a inexistência do direito de secessão ou indissolubilidade do pacto federativo; d) a soberania do Estado federal; e) a auto-organização dos Estados-membros e a autonomia financeira; f) a existência de um órgão representativo dos Estados-membros; e, por último, i) a presença de um guardião do regime constitucional vigente, ou seja, uma Corte Suprema ou um Tribunal Constitucional. Nesse sentido, v. Dirley da Cunha, *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed., 2010, p. 855 e Pedro Lenza, *op. cit.*, 2008, p. 247.

³² Explicando o motivo de os Estados assumiram a forma federal, cf. Gilmar Ferreira Mendes et alii., *op. cit.*, p. 802: “Os Estados assume a forma federal tendo em vista razões de geografia e de formação cultural da comunidade. Um território amplo e propenso a ostentar diferenças de desenvolvimento de cultura e de paisagem geográfica, recomendando, ao lado do governo que busca realizar anseios nacionais, um governo local atento às peculiaridades existentes. O federalismo tende a permitir a convivência de grupos étnicos heterogêneos, muitas vezes com línguas próprias, como é o caso da Suíça e do Canadá. Atua como força contraposta a tendências centrífugas. O federalismo, ainda, é uma resposta à necessidade de se ouvirem as bases de um território diferenciado quando da tomada de decisões que afetam o país como um todo. A fórmula opera para reduzir poderes excessivamente centrípetos. Aponta-se, por fim, um componente de segurança democrática presente no Estado federal. Nele o poder é exercido segundo uma repartição não somente horizontal de funções – executiva, legislativa e judiciária –, mas também vertical, entre Estados-membros e União, em benefício das liberdades públicas”.

³³ CF/88, art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I – a soberania;
- II – a cidadania;
- III – a dignidade da pessoa humana;
- IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V – o pluralismo político

Parte II. A democracia participativa e a atuação do Poder Judiciário: um balanço entre a força da espada e a prudência da justiça

I. A sociedade civil e a classe política

O distanciamento entre a sociedade civil e a classe política já vem sendo destacado pela mídia brasileira e literatura, não sendo insultuoso asseverar que a clivagem entre os dois polos mencionados possui um fundamento, um dado ontológico que não pode ser descartado. Mesmo após a promulgação da Lei Fundamental de 1988, ainda se podem avistar erronias, percalços funcionais, prevaricação, claudicância e até malversação. A corrupção, a septicemia generalizada, a esquizofrenia legislativa. Nada mais do que uma ferida encontrada em um contexto de transparência. A proximidade do povo com o poder político só escancara o que antes era recôndito e disfarçado: as pessoas passaram a buscar os seus direitos e saber como exercê-los.

Tudo isso visto, porém, sob um binóculo técnico-jurídico dos servidores da *prudencia*, e não do justicamento. Se acompanhar os fatos utilizando o cabedal existente no direito posto é um cânone hermenêutico intuitivo, por maior razão se deve atrelar este esforço com a ideia de que só se podem interpretar os fatos a partir do que foi juridicamente valorado. Não é tudo que merece a deferência da positivação.

No liberalismo pregava-se a separação entre o Estado e a sociedade civil³⁴. No século XXI, tenta-se injetar um ânimo unitivo saudável e necessário. Hodiernamente, após repisar a profunda e vetusta contradição da conturbada convivência do civismo popular com a grei política, enverniza-se, resplandece-se os valores cardiais da felicidade, dignidade, justiça, verdade e amor.³⁶ Este compósito axiológico, independentemente do registro cartáceo defluente da publicação e edição de uma lei,

³⁴ CF/88, art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

³⁵ Eros Grau, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 14ª ed., 2010, p. 33.

³⁶ Para uma analítica e filosófica explanação sobre os três últimos princípios éticos, cf. Fábio Konder Comparato, *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*, 2006, p. 520-536.

apesar de garantir maior estabilidade das relações sociais e jurídicas³⁷, deve ser respeitado pelas pessoas e instituições.

Para que a proteção aos direitos seja efetivamente uma realidade, o poder constituinte originário estampou, desde a Constituição de 1946 (art. 141, §4º) e no art. 5º, XXXV, um sistema processual de proteção judicial efetiva (*Anspruch auf rechtliches Gehör*).³⁸ A doutrina brasileira não destoa da ideia de que referido paradigma relaciona-se nuclearmente com o princípio da dignidade da pessoa humana³⁹ que, na lição kantiana, é uma máxima que repele o homem como um meio para a satisfação de metas alheias, senão todo tempo o visualiza como um fim em si mesmo (*sonder muss jeder Zeit zugleich als Zweck gebraucht werden*).⁴⁰ Toda a humanidade forma uma família só e ela mesma é uma dignidade. No reino dos fins tudo tem ou um *preço* ou uma *dignidade*,⁴¹ sendo que as pessoas têm dignidade. Nos expressivos dizeres de Kant, *ipsis verbis*:

porque o homem de nenhum homem (nem de outros nem inclusive de si mesmo) pode ser utilizado meramente como meio, senão deve todo tempo simultaneamente ser utilizado como fim, e nisso está exatamente sua dignidade (a personalidade) por meio de que ele se eleva sobre todos os outros seres mundanos que não são homens e, todavia, podem ser utilizados, por conseguinte, sobre todas as coisas.

⁴²

Nada do que foi dito teria o mesmo impacto se não fosse a atuação do Poder Judiciário para garantir a efetivação dos direitos fundamentais (*Grundrechte*) estatuídos em tantos documentos legais, constituições, tratados internacionais e códigos. Já se

³⁷ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *Novo curso de direito civil*, vol. I, 10ª ed., 2009, p. 12.

³⁸ Para uma leitura acerca da pretensão de correção (*Anspruch der Richtigkeit*) em processos judiciais, v. Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1991, p. 264 e ss.

³⁹ Gilmar Ferreira Mendes et alii., op. cit., p. 493: “A propósito, em comentários ao art. 1º da Constituição alemã, afirma Günther Dürig que a submissão do homem a um processo judicial indefinido e sua degradação como objeto do processo estatal atenta contra o princípio da proteção judicial efetiva (*rechtliches Gehör*) e fere o princípio da dignidade humana”.

⁴⁰ Immanuel Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1870, p. 314 e ss.

⁴¹ Immanuel Kant, op. cit., 1870, p. 60: “Im Reiche der Zweck hat alles entweder einen Preis, oder eine Würde. Was einen Preis hat, an desse Stelle kann auch etwas Anderes, als Aequivalent, gesetzt werden; was dagegen über allen Preis erhaben ist, mithin kein Aequivalent verstattet, das hat eine Würde”.

⁴² Immanuel Kant, op. cit., 1870, p. 314: “Die Menschheit selbst ist eine Würde; den der Menschen (weder von Anderen, noch sogar von sich selbst) bloss als Mittel, aondern muss jederzeit zugleich als Zweck gebraucht werden, und darin besteht eben seine Würde (die Persönlichkeit), dadurch er sich über alle andere Weltwesen, die nicht Menschen sind und doch gebraucht werden können, mithin über alle Sachen erhebt”.

sepultou a ideia de que a codificação não garante a perenidade da vida, pior, é capaz, às vezes – de engessá-la. Afinal, o papel dos costumes (metodologia da reiteração), da jurisprudência (metodologia prática) e da doutrina (metodologia analítica) são a forma praxeológica e principiológica de atingir o imo das relações humanas: a evolução. Se o ser humano evolui, não é diferente quando se trata do Direito, uma matéria viva e cuja densidade deontológica está em constante processo de mutação.

1. A redemocratização e o novo direito constitucional

Seguindo as premissas aqui desenvolvidas, a Constituição da República de 1988 simbolizou invariavelmente a transição de um Estado matizado pelo autoritarismo e intolerância para um Estado Democrático de Direito⁴³. Os motivos são de inúmera ordem, o que não inviabiliza, todavia, uma breve exposição. Dividir-se-á as razões em três planos: ético, institucional e social.

Em primeiro lugar, na perspectiva da ética vê-se que a atuação das instituições políticas e fiscalizadoras tornou-se sobremodo evidente. Sob a vigência da nova *lex legum* se destituiu um Presidente da República, inúmeros membros do Congresso Nacional e dos Ministérios do Poder Executivo, em razão de fundadas suspeitas de vezo e picardia com a coisa pública. Veja-se o caso do escândalo dos “Anões do Orçamento” e do “Mensalão”. Em nenhum momento se hesitou, nestes casos, em buscar o fundamento de legitimidade na “Carta Cidadã”. O ensejo para o *sentimento constitucional* é um fato.⁴⁴ Eis uma demonstração de que a legalidade constitucional ganhou um tônus, uma musculatura que superou a caquexia e anemia de antigamente.

⁴³ Sustentando a consolidação democrática brasileira com a promulgação da Constituição de 1988, v. Luís Roberto Barroso, *Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos*. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/vinte_e_um_anos_da_constituicao_brasileira_o_estado_a_que_chegamos_pt.pdf.

⁴⁴ V. Luís Roberto Barroso, Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (*O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*), p. 4: “Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um *sentimento constitucional* no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso”.

2. A constitucionalização e a interpretação judicial dos direitos fundamentais

Costuma-se associar seis cenários para que a constitucionalização seja um fatalismo e para o estabelecimento da jurisdição constitucional em nível nacional, especialmente após a II Guerra mundial⁴⁵. Visando facilitar o entendimento desta associação, vejamos os seis argumentos: 1) a onda de reconstrução, na qual o empoderamento judicial é considerado um sub-produto da política de reconstrução entre 1940-1945; 2) o cenário de independência, onde a constitucionalização dos direitos e a jurisdição constitucional serviram como parte do processo de descolonização, principalmente em ex-colônias britânicas; 3) a simples transição, na qual a constitucionalização dos direitos e o estabelecimento da revisão constitucional são derivados de uma transição de um regime quase democrático ou autoritário para o que se entende próximo da democracia⁴⁶; 4) o dual cenário de transição, em que a constitucionalização é parte da transição tanto para o modelo ocidental de democracia e a economia de mercado; 5) o cenário de incorporação, sendo a constitucionalização associada com a incorporação de internacionais, transnacionais ou supranacionais padrões legais para o direito interno (*domestic law*) e, por postremo, 6) a traçar o não-aparente cenário de transição, no qual as reformas constitucionais não são acompanhadas por nenhum resultado ou aparentes mudanças fundamentais nos regimes políticos e econômicos.

Nota-se que há efeitos, consequências e resultados diversos para cada país ou contexto político e econômico. Por isso, imprecisos e inconvenientes as pechas assacadas para quem defende o ativismo judicial dos pretórios em contraste com a democracia e, ou o próprio constitucionalismo. Não há uma tensão em si mesma, mas um pêndulo a ser valorizado. Sendo verdadeiro o pressuposto de que a judicialização tornou-se um fato

⁴⁵ Ran Hirschl, *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, 2007, p. 7 e ss.

⁴⁶ O referido cientista político canadense traz exemplos marcantes, v. Ran Hirschl, op. cit., p. 8: “África do Sul adotou uma interina Declaração de Direitos em 1993 e uma final Declaração de Direitos em 1996, juntamente com a Corte Constitucional em 1995, como parte de sua transição para uma plena democracia em meados da década de 1990. Quase todas as novas democracias no Sul da Europa (Grécia em 1975, Portugal em 1976, Espanha em 1978) e a América Latina (Nicarágua em 1987, Brasil em 1988, Colômbia em 1991, Peru em 1993, Bolívia em 1994) adotaram declarações básicas de direitos como parte de suas novas Constituições, assim bem como alguma forma de revisão judicial ativa”.

inexorável, uma contingência mundial, mais ainda no Brasil, já que muitos direitos foram consagrados na *Grundgesetz*, deve o intérprete ser apenas racional e lembrar de ter sempre o ônus da argumentação jurídica. Há sempre uma justificativa, mas ela deve soar suficiente para a realização da justiça.

Inegavelmente o que se convencionou chamar de revolução ou viragem copernicana (*kopernikanische Wende*) recebeu o selo de qualidade da juridicidade. Não há como olvidar a tese de que o que Copérnico significou para a astronomia tornou-se um tautológico e enfático óbvio ululante para o que se entende por Direito contemporaneamente. No passo, Nicolau rompeu com a ortodoxia eclesiástica, afirmando que não era o Sol que girava em torno da Terra, mas a Terra que girava ao redor do Sol, conferindo à concepção das ciências da natureza (*Geisteswissenschaft*)⁴⁷ um novo rumo.

Posteriormente, a viragem kantiana, que descortinou alvissareiras fronteiras para a filosofia. Immanuel Kant, em sua obra *Kritik der reinen Vernunft*, distinguiu e dissecou três tipos de faculdades cognitivas:

- i) A percepção sensível ou sensorial, relacionada com nossa representação de tempo em espaço;
- ii) O entendimento, que ordena essas representações com a ajuda de conceitos;
- iii) A razão, que é capaz de nos levar a uma ordenação dos conceitos sob a perspectiva de uma unidade superior.⁴⁸

O conhecimento não seria a apreensão passiva de dados nem o resultado de uma análise puramente lógica. Na verdade, é fruto de uma postura crítica, que impõe à razão a prova da experiência de que nosso saber acerca do mundo é uma construção, da qual o homem participa ativamente.

No campo jurídico é nítido que as duas Grandes Guerras foram vitais para o surgimento daquilo que se aveizou chamar de constitucionalismo democrático. É nele que se condensam e espargem as grandes promessas da modernidade. A Teoria do Direito

⁴⁷ V. Wilhelm Dilthey, *Einleitung in die Geisteswissenschaften: Versuch einer Grundlegung für das Studium der Gesellschaft und der Geschichte*, 1922, p. 4-13.

⁴⁸ Robert Zimmer, *Das philosophen portal – Ein Schlüssel zu klassischen Werken*, 5. Auflage, 2010, p. 113: “In der *Kritik der reinen Vernunft* unterscheidet Kant nun zwischen drei Erkenntnisvermögen: der sinnlichen Anschauung, die es mit unseren räumlichen und zeitlichen Vorstellungen zu tun hat, dem Verstand, der diese Vorstellungen mit Hilfe von Begriffen ordnet, und der Vernunft, die uns anregt, diese Ordnung der Begriffe unter dem Gesichtspunkt einer übergeordneten Einheit zu sehen”.

precisava dar respostas para tanta barbárie e belicosidade em nome do *Rechtsstaat*. Justificativas científicas soaram insuficientes, o que deu elasticidade e fibra para um processo de dignização jurídica. A legalidade foi convertida em juridicidade.

O exegetismo oitocentista, as narrativas sisudas e o formalismo caricato estampavam uma tríade com marcas fúnebres. As exéquias não foram hercúleas, mas abriram portas para outros valores, pilares axiológicos como a filosofia política, filosofia moral, a Ética. Por conseguinte, como que em um processo catártico, de pureza gnosiológica, os juristas começaram a lidar com uma pletora de teorias. A transdisciplinariedade virou elemento do fatalismo há muito recôndito: o direito *tout court* pode ser traduzível como um *planetarium*, para o qual concorrem e gravitam em seu contorno, em regra, uma multifatoriedade causacional, tão inúmeros são os seus efeitos.

O Direito não se basta, não é cheio de si mesmo, *rempli de soi-même*, porquanto há uma plêiade de estudiosos nas mais diversas áreas com o mesmo intuito: mudar o *status quo*. À guisa de sinopse, a Escola da Exegese, a Escola do Direito Livre de Hermann Kantorowicz, a *Offenlichkeit der prozess des Verfassungsinterpreten* de Peter Häberle, a Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann, cada um embebendo com uma gota de suor no oceano do conhecimento na tentativa de respalda um pensamento pela via da linguagem, esta reconhecida como o receptáculo semiológico a condensar ideias. Ora, não há só uma forma de interpretar.

Parte III. A aproximação entre o Direito e a Política

I. A expansão da jurisdição constitucional e o recrudescimento do civismo popular: um pêndulo salutar

Sem recair no hábito de repetir o que já foi enfatizado ou de tentar empreender uma *nettoyage* teórica, reputa-se reconhecida a importância que o Judiciário desfruta hoje. Essa afirmação vem a calhar após o desenvolvimento do chamado neoconstitucionalismo que, em apertada síntese, condensa valores como, justiça material, dignidade da pessoa humana, centralidade dos direitos fundamentais, força normativa da Constituição,

normatividade dos princípios, sem delegar ao obliúvio as novas categorias da interpretação inspiradas na ideia de se fazer uma leitura moral do Direito⁴⁹ ou que acompanhem uma teoria de justiça⁵⁰ e equidade. Tirante as deletérias consequências salientadas por setores do pensamento contemporâneo relativas ao indigitado movimento, o certo é que uma delas foi a judicialização.

A judicialização, portanto, é conseqüência lógica de duas tendências eminentemente brasileiras: a constitucionalização excessiva e o modelo de controle de constitucionalidade dual. Conceituada a judicialização como um fato da vida referente a uma transferência de poder das instâncias políticas tradicionais para o Poder Judiciário, este passará a ter algum grau de protagonismo na definição de questões de relevante valor político, social, econômico e moral.⁵¹ Destarte, com essa notável legitimidade dada à falta de credibilidade de certas instâncias do Poder, o cidadão, o jurisdicionado, passará a crer que tudo é possível ou judicializável.

Se a população começa a entronizar o ideal de felicidade e enxerga a magistratura como um Poder da República impoluto, sério, prudente e ilibado, certamente exigirá, provocará, mesmo em um *locus* que só o instrumental da política deveria se pronunciar e não a vereda jurídica. Há a crença de que a interferência demasiada pode hipertrofiar o Judiciário, o que acabaria rompendo com o princípio da separação dos Poderes. Daí, quando se conjuga a judicialização com o ativismo judicial acerbos críticos começam a surgir. A tese central contrária a uma forma pró-ativa de se interpretar as leis e a Constituição se divide em três perspectivas: i) *crítica político-ideológica*; ii) *crítica quanto à capacidade institucional* e, por último, iii) *crítica quanto à limitação do debate*.⁵² A *judicial review* é, pois - um modo inapropriado de decidir em uma sociedade

⁴⁹ Sobre o tema, v. Ronald Dworkin, *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*, 2006.

⁵⁰ Para uma preciosa leitura acerca da temática, cf. John Rawls, *Theory of justice*, 1999.

⁵¹ Luís Roberto Barroso, *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf.

⁵² Cf. Luís Roberto Barroso, *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*, p. 11-14.

livre e democrática.⁵³ Não é outra a razão para ter o ativismo judicial recebido a pecha de discricionariedade ou solipsismo judicial.⁵⁴

Seja adotando uma ou outra corrente tanto o ativismo (ato) quanto a judicialização (fato) são fenômenos mundiais. Diferentemente do último, o ativismo judicial está jungido a uma participação mais ampla e intensa das Cortes de Justiça na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Exemplos pátrios são emblemáticos:

- i) Legitimidade ou não para a cobrança de tarifa de transportes públicos;
- ii) Interrupção da gestação no caso de fetos anencefálicos (ADPF n. 54/DF);
- iii) Manutenção das pesquisas com células-tronco embrionárias (ADIn n. 3510/DF);
- iv) Legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas (ADPF n. 45-9/DF).

Nunca a política se aproximou tanto do direito, talvez não com tanta elegância e leveza à luz do ideário rousseauiano do contratualismo, entretanto – é preciso de um pouco de paixão para se superar o *establishment* do pensamento retrógrado, ainda mais quando as decisões ficam sempre ao talante do Poder Legislativo em matérias tão melindrosas. O Judiciário só age quando provocado, o que descarta o argumento do chamado *legislador positivo*, primordialmente para efeito de interpretação judicial a partir da parametricidade constitucional. Uma lei que contrarie o que diz a Constituição deverá ser cassada do sistema.

Sinopticamente, o efeito cassatório de uma decisão que declara uma lei inconstitucional só pode implicar em uma legislação positiva, isto é, retirar uma norma do ordenamento jurídico e mudar o estado atual. O pêndulo é inequívoco. Tendo a Constituição como um veículo limitador do poder autoritário do Estado e que resguarde direitos fundamentais no intento de consagrar a soberania popular, depreende-se, desta forma, que quanto mais o povo, titular do poder soberano, fizer uso dos tribunais como o panteão para plasmar os seus próprios anseios, estar-se-á fortificando a democracia participativa, ativa, diligente, que busca mudanças. A democracia participativa ganha

⁵³ Jeremy Waldron, The core of the case against judicial review, *The Yale Law Journal*, 115:1346, 2006.

⁵⁴ V. Lenio Streck, *O que é isto? Decido conforme minha consciência?*, 1ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 47 e 82: “Para ser mais simples: Kelsen, Hart e Ross foram todos positivistas. Do mesmo modo que são positivistas, hoje, os juristas que apostam na discricionariedade judicial...! Ou em ativismos judiciais irresponsáveis (o que dá no mesmo). Seja isso para o bem ou para o mal”.

força com todo o instrumental disposto pela legislação vigente e toda a ossatura constitucional

Conclusão

Somos duplamente prisioneiros de nós mesmos e do tempo em que vivemos. Ademais, “Ein Historiker ist eigentlich ein rückwärts gekehrter Prophet...”, já prelecionou Schlegel.

Desde as remotas civilizações e as rudimentares formas de sociedade já se avistava algum tipo de engrenagem jurídica. A temida ação contrastava-se com a reação difusa. O modelo sancionatório exsurgiu, desta premissa, deste fato, como uma imposição consequencialista empreendida por um hetero, um terceiro. O Direito aparece como a sanção, isto é – a reprimenda à violação de uma norma jurídica preexistente.

Neste cenário aparentemente pacato emergiu a religião, a autoridade episcopal, a prevalência divinal, seja hodiernamente, seja em culturas remotas, tendo este norte ideológico sido capaz de encetar vieses acompanhados dos braços estatais da legalidade. A justiça divina se sobrepunha à dos homens. Assim, passando da separação da Igreja com o Estado, da irrupção popular em derredor da Revolução Francesa, o Direito começou a ser tratado como ciência. Eis o espaço laboriosamente urdido pelos adeptos do darwinismo-cientificista, de Bevilacqua a Kelsen, dos biólogos aos positivistas, afastados das considerações metafísicas, na crença de que a extrajuridicidade só faz engessar as garras daquilo que “deve-ser”, mas não “é”.

A despeito da afirmação de engenhosos pensadores, todos assertos são apenas decorrência de uma mesma contingência metafísica: a escolha. A verdade e o conhecimento traduzem, aqui, uma dialética a conduzir qualquer estudioso e, no caso, o estudante do Direito a uma constatação comteana: “En resume, d’où prévoyance; prévoyance, d’où action”. O sentido do saber é prever, e o sentido do prever é fazer possível a ação. Percebe-se, com isso, que a ação define a verdade do conhecimento, autorizando-nos, pois, a sufragar a tese de que a verdade e o conhecimento são *les deux faces d’une même pièce*.

Nem tudo é matemática, nem tudo é geometria, que devem necessariamente obedecer a determinados pontos de partida. Não devemos ter reumatismo intelectual, mas, sim, com razoável assiduidade criticar palavras com o condão de arrancar um fácil e momentâneo riso. Para avançar no processo intelectual, para desfraldar a bandeira da mediocridade é preciso ser mais do que culto, mas ter a coragem necessária para a arte do convencimento. Seguir o dístico de Kant nunca foi tão compreensível: *Habe Mut, dich deines eigenen Verstandes zu bedienen*. Sabendo que cada ponto de vista é a vista de um ponto, imprescindível ressoar a noção de que a paralaxe de um intérprete depende também de uma dose de visionarismo, de audácia, como disse certa feita o ilustre filósofo e Professor de Harvard Roberto Mangabeira Unger: “Its true we cannot be visionaries until we become realists. It is also true that to become realists we must also make ourselves into visionaries”.

Referências

- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1985.
- ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 2 Auflage. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.
- BONAVIDES, Paulo Bonavides. *Ciência Política*, 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.
- BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*, Colombia: Temis, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. *Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos*. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/vinte_e_um_anos_da_constituicao_brasileira_o_estado_a_que_chegamos_pt.pdf.
- _____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (*O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*)
- _____. *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 1 ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

- BUSCHMANN, Klaus. *Friedrich Schlegel und das Hermeneutik – Konzept Schleiermachers*. Texto disponível em: <http://sammelpunkt.philo.at:8080/1098/1/se05arbbuschmann.pdf>.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*, São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- CUNHA, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2010.
- DILTHEY, Wilhelm. *Einleitung in die Geisteswissenschaften: Versuch einer Grundlegung für das Studium der Gesellschaft und der Geschichte*, 1922.
- DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*, 1ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FILHO, Luís Viana. *A vida de Rui Barbosa*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1987.
- GAGLIANO, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, *Novo curso de direito civil*, vol. I, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 14 ed., São Paulo: Malheiros, 2010.
- HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, Cambridge: Harvard University Press, 2007.
- HOBBSBAWM, Eric. *The age of extremes*, 1995, Vintage Books.
- JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*, 3ª ed., Berlin, 1914.
- KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1870.
- LENZA, Pedro. *Curso de direito constitucional esquematizado*, 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENDES, Gilmar Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco e Inocêncio Mártires Coelho, *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.
- MONTORO, André Franco Montoro. *Introdução à ciência do direito*, 26ª ed., São Paulo: RT, 2005.
- MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*, 17ª ed., São Paulo: Atlas, 2005.
- NERY, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*, 10ª ed., São Paulo: RT, 2010.
- RAWLS, John. *Theory of justice*, Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du Contrat social*, 1964.
- SILVA, De Plácido e Silva. *Vocabulário jurídico*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- STRECK, Lenio. *O que é isto? Decido conforme minha consciência?*, 1ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- VICENTINO, Cláudio e Gianpaolo Dorigo, *História para o ensino médio: história geral e do Brasil*, 2005.
- WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review, *The Yale Law Journal*, 115, 2006. Disponível em: <http://www.yalelawjournal.org/the-yale-law-journal/content-pages/the-core-of-the-case-against-judicial-review/>.
- ZIMMER, Robert. *Das philosophen portal – Ein Schlüssel zu klassischen Werken*, 5. Auflage, München: Deutscher Taschenbuch Verlag, 2010.

Artigo recebido em 30 de agosto de 2012

Artigo aceito para publicação em 17 de setembro de 2012