A POLITICIDADE DO ATO JURISDICIONAL COMO IMPERATIVO CONSTITUCIONAL

Netônio Bezerra Machado,
Desembargador do TJSE

A SOCIALIDADE PREVALENTE

INTRODUÇÃO

Mais do que falar em direitos, formulei, a título de possibilitar reflexões e diálogos, este breve ensaio sobre a politização do ser humano como acidentalmente juiz, e a consequente politicidade dos atos que venha, nessa condição, a praticar. Politicidade, neste caso, como correlata da socialidade.

Situo, aqui, a análise sob os aspectos sócio-antropológico e político, dando ênfase à criatura humana como ser moral e, como tal, predestinado a conviver com as outras criaturas humanas.

Mas para essa convivência carece o homem comunicar-se consigo mesmo, já que esse apaziguamento consigo mesmo é o primeiro e insubstituível passo para propiciar a capacidade de comunicação com os outros.

É dizer: como o "eu-mesmo" é a única pessoa de quem jamais poderei separar-me, a ele estando eu irrevogavelmente unido "*é muito melhor estar em desacordo com o mundo inteiro do que, sendo um, estar em desacordo comigo mesmo*" como explicitado por Aristóteles em sua Ética A Nicômaco.[1]

Bem verdade que eu posso inverter essa equação e optar por viver em desacordo comigo mesmo para estar de acordo com os outros, mas não posso evitar que, embora apresentado aos outros como esses querem, não apareça para mim mesmo como o inverso dessa aparição pública.

De um outro modo, temos nessas formas de aparecer ou parecer, uma atuação inscrita na esfera privada do indivíduo (o que ele é, efetivamente, no mais recôndito do seu sentimento) e uma aparição público-política (como ele quer ser visto publicamente no âmbito da sua cidade, do seu Estado, do seu País) empenhado em manter ou modificar os instrumentos de conformação da sociedade, seja para perseverar nos

valores em que acredita, seja amoldando-se a eles para preservar suas conveniências.

Seja como for, é o homem construindo a realidade social de acordo com o significado que para ele tenham as coisas, os outros e o próprio mundo.

Sócrates, citado por **Hanah Arendt,** nos dá um ideal conselho sobre essa incoerência, como forma de pacificar o conflito do "eu-mesmo" consigo próprio e estabelecer a ética entre o privado e o público-político, ao dizer: "*seja como gostaria de aparecer aos outros, isto é, apareça a si próprio tal como gostaria de aparecer quando visto pelos outros*"[2].

E essa advertência deflui de uma inafastável circunstância de que, como você nunca estará completamente só, ninguém senão você poderá reconhecer a sua própria realidade.

E até nesses momentos dedicados ao diálogo com a solidão, estritamente só comigo mesmo, não estou absolutamente só, porque mantenho sempre, de alguma forma, um vínculo mais acentuado ou menos acentuado, mas sempre um vínculo com o mundo dos homens, mundo esse que costumamos chamar de humanidade.

Como no dizer de **Hanah Arendt**, "*essa humanidade, ou antes, essa pluralidade, já está indicada no fato de que sou dois-em-um*"[3].

Quer esclarecer a notável filósofa que, além dos homens existirem no plural, eles trazem dentro de si uma indicação dessa pluralidade.

Essa percepção decorre do reconhecimento de que, não podendo o meu "eu-mesmo" ter as mesmas formas ou características únicas e definitivas com as quais eu percebo as outras pessoas, é o meu próprio "eu-mesmo" levado a ser mutável e, por vezes, equivocado, e nessa mutabilidade e equivocidade ele representa para mim, quando estou só comigo mesmo, a humanidade de todos os homens.

Essa preocupação de ser diferente para o outro em relação ao que sou para mim, do meu "eu-mesmo" , ou de tentar converter o outro à minha maneira de ver o mundo destaca, sem dúvida, a minha dependência do outro ao aparecer como ele espera que eu apareça, ou a tentar fazer dele a minha singular imagem.

Detecta-se nessa inquietude interior a necessidade da convivência social a reclamar compreensão e disposição para compreender, resultando

dessa interação a possibilidade da convivência social harmoniosa.

Não será, assim, o ato isolado do indivíduo que terá relevância política, mas a maneira como o indivíduo percebe o mundo e participa da realidade política, no sentido de construção/reconstrução desse mundo em que vive.

Sob essa perspectiva, mesmo vivendo aparentemente – só aparentemente – isolado, cada um só consigo mesmo, todos nós contribuímos para uma constante mudança do mundo humano, ainda que não tenhamos consciência dessa contribuição.

E, como o homem é capaz de agir, podemos nutrir-nos da expectativa de **Hanna Arendt**, para quem

> "*se pode esperar dele o inesperado, que ele é capaz de realizar o infinitamente improvável. E isto, por sua vez, só é possível porque cada homem é singular, de sorte que, a cada nascimento, vem ao mundo algo singularmente novo. Desse alguém que é singular pode-se dizer, com certeza, que antes dele não havia ninguém. Se a ação, como princípio, corresponde ao fato do nascimento, se é a efetivação da condição humana da natalidade, o discurso corresponde ao fato da distinção e é a efetivação da condição humana da pluralidade, isto é, do viver como ser distinto e singular entre iguais*".[4]

É, portanto, a pluralidade contida na individualidade da criatura humana.

1. SOBRE O SENTIDO AMPLO DA POLITIZAÇÃO CÍVICA

1.1- Penso que a politização cívica traduz-se, sem dúvida, originariamente, na conscientização de que o ser humano, no seu suposto isolamento individual carece de condições para preservar razoavelmente sua própria existência e realizar seu bem-estar como parte do bem-estar geral.

Daí afirmar **Aristóteles** que "o homem é um animal cívico", a necessitar da convivência com outras pessoas, destacando na espécie humana como na dos animais a insuperável reunião do macho com a

fêmea para garantir a perpetuação das respectivas espécies.

Nasce daí, entre humanos, a principal sociedade material: a família, produto da natureza, "composta de pessoas que comem o mesmo pão e se esquentam com o mesmo fogo".

Essas famílias tinham suas moradas, o conjunto dessas moradas formou aldeias e o conjunto dessas aldeias era o precursor de uma sociedade embora ainda incipiente, porém, já mais ampla do que a sociedade familiar.

Da reunião de aldeias constituiu-se a cidade, a *polis*, demandando uma organização mais elaborada para assegurar sua administração ou a administração dos interesses dos que nela viviam. O interesse ou a vontade geral alça-se, então, ao patamar de fundamento de legitimação das ações dos administradores, estes escolhidos que foram pela maioria dos qualificados, naquela cultura, para expressar sua vontade como influente na organização da "*polis*".

Temos, então, na doutrina do contrato social, defendida por **Rousseau**, a convergência de vontades geradas no ventre da necessidade, alçando-se às alturas de fonte da sociedade.

Resta, pois, indissociável a relação entre essa doutrina e a Escola de Direito Natural, a vertente sociológica da necessidade (direito natural) produzindo como consequência a convergência de vontades a transformar bandos em um conjunto de pessoas unidas por interesses comuns, nascendo assim a sociedade cívica que se aprimora e evolui para uma mais acentuada organização na qual são definidos os interesses mais relevantes da sociedade, a forma de administração desses interesses, a criação de órgãos para tanto, as funções desses órgãos, o detalhamento dessas funções, a forma de conduzir esse processo que levará ao critério das escolhas dos administradores, enfim, a noção de comando e subordinação. É a sociedade como fonte de criação do Estado.

Daí o acerto aristotélico com a significação da evidência de que "*toda Cidade está na natureza e que o homem é naturalmente feito para sociedade política*".

Chega a certificar o filósofo grego que a sociedade política consubstanciada no Estado

> "*é até mesmo o primeiro objeto a que se propôs a natureza*", isto porque, segundo ele "*As sociedades domésticas e os indivíduos não são senão as partes*

> *integrantes da Cidade, todas subordinadas ao corpo inteiro, todas distintas por seus poderes e suas funções, e todas inúteis quando desarticuladas, semelhantes às mãos e aos pés que, uma vez separados do corpo, só conservam o nome e a aparência sem a realidade, como uma mão de pedra. O mesmo ocorre com os membros da Cidade: nenhum pode bastar-se a si mesmo. Aquele que não precisa dos outros homens, ou não pode resolver-se a ficar com eles, ou é um deus, ou um bruto. Assim, a inclinação natural leva os homens a este gênero de sociedade*"[5], no caso, a sociedade política.

Penso que o conceito grego de sociedade acima transcrito autoriza a formulação de uma noção de **sistema** a permear o conceito de politização, mesmo do modo aligeirado como aqui exposto, entendendo a sociedade como um corpo (sistema) integrado pela sociedade doméstica (a família), os indivíduos, e neles os interesses comuns fundamentais a serem administrados de modo a corresponder o mais aproximadamente possível ao ideal da vontade geral, que será a vontade política do grupo de indivíduos assim organizados.

A homogeneização desses estímulos, na esfera da vertente sociológica da necessidade de organização política alimenta o processo de criação da sociedade e esta, por sua vez, cria o Estado.

Urge ser entendida a politização ou a política a que me reporto aqui, sob uma perspectiva republicana,

> "*como forma de reflexo de um contexto vital ético –como o* ***medium*** *no qual os membros de comunidades solidárias, mais ou menos naturais, tornam-se conscientes de sua dependência recíproca e, na qualidade de cidadãos, continuam e configuram, com consciência e vontade, as relações de reconhecimento recíproco já existentes*", como preleciona **Habermas**, em sua obra *Direito e Democracia - Entre Facticidade e Validade.*[6]

2. SOBRE A POLITICIDADE DO ATO JURISDICIONAL

2.1- Como já enfatizado, mesmo sob uma perspectiva do direito natural, a vocação do homem para a convivência social, nela buscando fortalecer-se para a sua autopreservação e para seu desenvolvimento é a matriz da politização cívica, que tem nos valores supremos estabelecidos no seu Regulamento Político a definição das condutas a serem adotadas pelo cidadão e pelos poderes constituídos para a administração da Sociedade, aí incluída a administração da justiça.

Ou seja, cada ato de qualquer ente da Sociedade, especialmente dos órgãos oficiais do Estado por ela criados, deve ter por finalidade realizar esses desideratos políticos-jurídicos predeterminados na Carta Política com a qual a Sociedade formulou o Estado que deseja ter: no nosso caso, um Estado Democrático de Direito, de cunho eminentemente social.

Para a efetividade desse primado constitucional, o Judiciário deve abstrair a asserção extremamente formalista de **Jonh Locke** quando, em seu Segundo Tratado do Governo Civil, proclamou que "*entre o legislador e o povo ninguém na terra é juiz*".

A correta opção a ser adotada pelo Judiciário na fase do pós-positivismo é a da resposta do povo americano que, contrariando a **Locke**, afirma que: "*os juízes são competentes para medir as leis segundo a medida da Constituição. Eles são os 'juízes' entre o povo e o legislador*"[7]

E se assim é, carece o juiz compreender não apenas a grandeza da sua missão jurídico-política, mas garimpar no sistema da Constituição, nos seus valores fundantes, no conteúdo explícito e implicitado em suas normas, nos seus princípios a eminência política do seu elemento material de conteúdo como norteadora da aplicação da lei, conferindo essencialidade à sua decisão.

Daí prelecionar **Miguel Reale**:

> "*Tudo depende, em suma, da maneira como deve ser posto o judiciário perante o poder-dever de prestar serviço à sociedade, a qual não pode ser vista como unidade maciça e massificadora, mas sim como associação ou comunhão de homens livres, cada qual com sua personalidade intangível. Indo à raiz do problema, importa saber o que se deve entender por sociedade, a fim de se saber a favor de quem ou de que são prestados os serviços reclamados da*

> *magistratura, a qual como frisa* ***Gomes Canotilho****, 'é termo correlacionado com a jurisdição, que constitui o seu fim e medida, sob pena de sua nefasta burocratização'*"[8], recomendando "*equilíbrio e justiça no ato de socializar, não podendo o juiz agir como um burocrata incumbido de serviços sociais, obedecendo a ordens superiores*", rematando que "*a missão do judiciário, em razão de sua própria destinação jurisdicional, é servir à sociedade sem perder jamais o seu papel de guardião da Constituição e da Lei*"[9]

Como atualmente há uma tendência para os modelos jurídicos abertos, reconhecendo-se a absoluta impossibilidade de uma legislação cerrada na qual esteja previsto e disciplinado todo e qualquer fato a ocorrer na dinâmica e complexa fenomenologia social, sem dúvida que, na expressão de **Reale**,

> "*a nova ordem constitucional exige uma nova Magistratura, mais achegada ao viver comum, mais compenetrada de sua missão de tornar concretamente eficazes os mandamentos legais, na visão mais prospectiva dos modelos jurídicos, superando a visão retrospectiva das fontes formais, as quais regem a validade, mas não a aplicação 'in fieri', isto é, a real eficácia dos atos normativos*"[10].

Essa exigência resta inafastável, principalmente quando se tem uma Carta Política consagradora de princípios jurídico-políticos que garantem, a um só tempo, valores do indivíduo e valores da coletividade e, diante de tais situações apresentadas no caso concreto posto à apreciação do juiz, este terá de decidir sem perder de vista a natureza da elevada importância dispensada pela Constituição a esses bens jurídicos dotados de fundamentalidade, tais como, a título de exemplo, o direito à inviolabilidade do sigilo das correspondências, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas e, ao lado dessas garantias, a possibilidade de sua quebra (inciso XII, art. 5º); ou, como no caso emblemático do *caput* do art. 170, verdadeira obra de engenharia e arte na construção do modelo político-jurídico de uma ordem econômica na qual, ao mesmo tempo em que se optou

pela livre iniciativa, atribuiu-se como finalidade desse modelo "*assegurar a todos existência digna*" sob uma perspectiva da "*justiça social*" e, no seu inciso IV assegura a livre concorrência, ao mesmo tempo em que, no seu inciso V, também confere força de princípio constitucional à defesa do consumidor inscrito como direito fundamental do indivíduo (inciso XXXII, do art. 5º); ou no caso da liberdade de pensamento, embora ao mesmo tempo proíba o anonimato (inciso IV, do art. 5º); ou, ainda, na garantia da livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (inciso IX, do art. 5º), ao mesmo tempo em que o inciso IV, do art. 221 fixa princípios a nortearem a programação do rádio e da televisão; ou a garantia do direito de propriedade (inciso XXII, do art. 5º), mas desde que atenda a sua função social (inciso XIII, art. 5º), podendo ser ainda quebrada essa garantia por força de desapropriação pelo Poder Público (inciso XXIV, art. 5º) ou expropriados esses bens, em razão do cultivo ilegal nessas glebas de plantas psicotrópicas (art. 243 e seu parágrafo único), além de tantas outras situações concretamente submetidas ao crivo do Judiciário para a filtragem valorativa.

A frequência da abstração do devido peso desses elementos na operatividade da ponderação dos seus respectivos valores, produziu no já nomeado jus-filósofo nativo uma certa desolação, levando-o a registrar a sua irresignação quanto

> "*a Justiça nacional nem sempre ter feito prevalecer, prontamente, os ditames constitucionais sobre desmandos oriundos de leis, decretos e portarias, havendo frequentes decisões nas quais os juízes se conformam em discutir os critérios aplicados pelos órgãos administrativos nos atos de intervenção estatal, acolhendo-os ou corrigindo-os, sem preliminarmente indagar da inconstitucionalidade 'qua tale' da interferência estatal baseada em normas anteriores ao Estatuto de 1988 e, como vimos, insuscetíveis de serem por ele recebidas*"[11].

Diante dessas situações exige-se, sim, do juiz, uma visão prospectiva do direito em sua dimensão material tanto sob uma perspectiva antropológica, como política, como econômica e social, garimpando no universo de fenômenos sociológicos os elementos que tenham conexão

com os problemas enfrentados, sob uma ótica informada pelos valores fundantes e inspiradores da nova ordem constitucional.

Em suma: recolhendo para análise todo e qualquer elemento que se correlacione com o problema posto.

Essas razões levaram **Miguel Reale**, por exemplo, a reconhecer que o art. 127 do CPC, ao editar que

> "*o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei, não foi integralmente recepcionado pela Carta de 1988*", chegando mesmo a atestar que, hoje em dia, *"a equidade, além de ser essencial ao suprimento de lacunas da legislação, constitui sempre critério requerido para a justa interpretação das leis em vigor, de tal sorte que, em consonância com a Carta Magna de 1988, o juiz deve ser considerado sempre autorizado a decidir por equidade, desde que não contrarie norma legal expressa*"[12].

Aliás, o insigne **Vicente Ráo**, em seu sempre atual compêndio *O Direito E A Vida Dos Direitos*, já conferia a importância devida à **equidade**, assimilada no seu conceito moderno não como direito, mas como atributo do direito, seja tal atributo conferido pelo legislador ao formular a lei, seja ele levado em conta pelo juiz ao aplicar a lei, estabelecendo três regras fundamentais justificadoras do seu emprego, sempre permeando o direito, a saber: 1ª- a de que

> "*por igual modo devem ser tratadas as coisas iguais e desigualmente as desiguais*; 2ª- *todos os elementos que concorrem para construir a relação 'sub judice', coisa ou pessoa, ou que, no tocante a estas tenham importância, ou que sobre elas exerçam influência, devem ser devidamente considerados;* 3ª- *entre várias soluções possíveis deve-se preferir a mais suave e humana, por ser a que melhor atende ao sentido de piedade, e de benevolência da justiça: 'jus bonum et aequm*"[13].

Daí também o seu magistério no sentido de serem funções da equidade:

> "*a)- a adaptação da lei a todos os casos que devem incidir em sua disposição,* ***mesmo aos não previstos***

> ***expressamente**, devendo estes últimos ser tratados em pé de rigorosa igualdade com os contemplados por modo expresso; b)- a aplicação da lei a todos esses casos, levando-se em conta todos os elementos de fato, pessoais e reais, que definem e caracterizam os casos concretos; c)- o suprimento de erros lacunas ou omissões da lei, para os fins acima; d)- a realização dessas funções com benignidade e humanidade*"[14].

Chega mesmo o laureado autor a admitir, embora em raros casos, a decisão judicial contra a lei, quando deparar-se o juiz com uma lei obsoleta, ou

> "*manifestamente iníqua, não mais correspondente às condições sociais do momento e cuja aplicação rígida e formal possa causar dano à ordem pública, ou social. Nesta hipótese, melhor será considerar-se a lei inadaptável ao caso concreto por dissonância com os elementos de fato e socorrer-se para a solução dos conflitos, das demais fontes do direito*"[15].

Registre-se que essas assertivas remontam à época anterior ao nosso Estatuto Fundamental de 1988 que nos convoca para uma nova hermenêutica homenageante dos princípios e sua hierarquização contemporânea de valores, para muito além da concepção de princípios gerais de direito fornecida pela Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 4º.

E, independentemente da Constituição que temos, é oportuno o escólio de **Perelman** sobre a equidade, ao registrar que,

> "*Se o direito natural forneceu uma técnica secular no Ocidente medieval para limitar o exercício do poder de forma que ele seja digno de um monarca cristão, se a ideia de um direito racional pôde cumprir a mesma função nos séculos XVII e XVIII, esse mesmo papel é cumprido, nas sociedades democráticas contemporâneas, por juízes que compreendem seu papel, que é o de conciliar o respeito pelo direito com o respeito pela equidade e pela justiça, de eliminar-lhe as consequências desarrazoadas, portanto inaceitáveis*"[16].

E, sem dúvida, mais ainda na trilha do sistema jurídico da nova ordem político-jurídico nacional disponibiliza a Carta ao aplicador do direito recursos técnico-jurídicos propiciadores de uma maior aproximação com o justo, distanciando-se da **teoria estruturística jurídica** e incorporando a **teoria do estruturalismo jurídico**.

Esse distanciamento justifica-se, uma vez que a **primeira** cinge-se apenas a uma análise estática das estruturas, enquanto a **segunda** (o estruturalismo jurídico) permite ao operador do direito incorporar à sua análise os elementos dinâmicos que modificam a realidade, que no caso passa a ser uma realidade jurídica.

Nesta teoria (estruturalismo jurídico) temos o direito em permanente diálogo com a realidade social, passando o jurista e o seu operador a serem vistos não mais apenas como meros observadores ou modificadores do direito, mas também como partes ou atores, evidenciando ainda mais a interação de todos os agentes da "*construção social da realidade*".

É essa a inspiração fornecida por **Calliess**, baseado na sociologia de Luhman, entendida como teoria dos sistemas sociais e explicando o Direito como **estrutura dialógica de sistemas sociais,** isto é, como algo situado entre as categorias **sujeito** e **objetivo**, ou seja, uma espécie de **esfera autônoma e conciliatória** em relação a ambas, como esclarece **Paulo Bonavides**[17].

E, de certa forma, não é outra a patente compreensão de **Candido Rangel Dinamarco** (para os que sacralizam o Direito Processual), ao dizer em seu livro *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, quando discorre sobre a **efetividade da tutela jurisdicional,** que

> "*Um dos grandes males da Justiça reside no conformismo do próprio juiz diante de certos preconceitos que tradicionalmente limitam a efetividade da tutela e o levam a atitudes passivas diante da inocuidade de certas decisões. Associado à indesejável estagnação das legislações, esse comportamento é responsável pela fraqueza da Justiça e pela generalizada insatisfação em face dela*"[18].

Mesmo no âmbito do Processo Civil, **Cândido Dinamarco,** revolucionando o conservadorismo antípoda do ativismo judicial, passa a impor ao juiz moderno a iniciativa probatória em determinadas situações,

invocando o solidarismo do Estado moderno,

> "*que não permanece naquele* laissez faire, laissez passer *da filosofia liberal, exige que o juiz seja um personagem participativo e responsável, não figurante de uma comédia. Afinal, o processo é hoje encarado como um instrumento público que não pode ser regido exclusivamente pelos interesses, condutas e omissões dos litigantes – ele é uma instituição do Estado, não um negócio em família (Liebman)"*[19].

E, pouco adiante, adverte para a conscientização de que "*o processo civil moderno repudia a ideia do juiz Pilatos, que, em face de uma instrução mal feita, resigna-se a fazer injustiça atribuindo a falha aos litigantes"*[20].

Essa pletora de transformações que vêm ocorrendo e que são imprescindíveis que ocorram; essa ampliação de poderes conferidos ao juiz só se justificam e só se legitimam porque proporcionam, por seu intermédio, a efetividade da vontade jurídico-política da Sociedade, manifestada nos valores, nas regras e nos princípios consagrados na sua Carta Política e nela sistematizados.

Por isso, essa necessária compreensão *a posteriori* e não *a priori* do juiz, implica a sua identificação com uma nova hermenêutica que forneça os meios e mostre os caminhos a serem modernamente percorridos pelo jurista e pelo aplicador do direito, de modo a permitir uma interpretação efetivadora do princípio da unidade da Constituição, que requer unidade lógica expressa através de uma **unidade formal** de normas dispostas em sequência hierárquica, e de **unidade axiológica** materializada na unidade de valores e princípios, que são a essência, o espírito, a substância mesma da Carta Magna, nesta sobrepairando o **princípio da dignidade da pessoa** humana pelo qual, segundo o mestre **Bonavides**, as Constituições da liberdade se guiam e se inspiram, sendo tal princípio em verdade, o espírito mesmo da Constituição, feita principalmente para o homem e não para quem governa. É, enfim, o valor dos valores na sociedade democrática e participativa[21].

Daí a preocupação de **Habermas**[22], alertando-nos para a armadilha do apriorismo das proposições normativas insuscetíveis, em sua generalidade de, só por si, fornecerem a justificação a um caso concreto

sem que antes nos propusemos a deslindar a questão da "verdade moral" aninhada no problema posto à apreciação, em confronto com a suposta norma de incidência e o conjunto de valores supremos eleitos na Carta Política.

É a busca da essencialidade do direito, a inaceitação contemporânea de um direito meramente formal, tendo como fins, no Estado Democrático e social como se pretende o estabelecido pela nossa Carta Política de 2008, a realização dos princípios fundantes estabelecidos em seus artigos 1º, 2º, 3º e 4º, ao lado de outros princípios nela contidos, calhando bem a opinião de **Norberto Bobbio** ao assinalar que

> "*O princípio destes fins ou valores, adotado para distinguir não mais apenas formalmente, mas também conteudisticamente um regime democrático de um regime não democrático, é a igualdade, não a igualdade jurídica introduzida nas constituições liberais mesmo quando estas não eram formalmente democráticas, mas a igualdade social e econômica (ao menos em parte). Assim foi introduzida a distinção entre democracia formal, que diz respeito precisamente à forma de governo, e democracia substancial, que diz respeito ao conteúdo desta forma*"[23].

Temos, então, que o contratualismo social contemplado na Carta de 1988 é de natureza **formal** porque expresso no Texto e **material** porque voltado para instrumentalizar a igualdade jurídica (art. 5º, *caput* e seu inciso I), a parcial igualdade social e econômica (art. 3º, III e IV), sob um ideário de liberdade, justiça e solidariedade (art.3º, I), tendo como um dos fundamentos do Estado a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

Evidencia-se, pois, o Estatuto Político vigente como um programa de democracia substancial, baseado na vontade geral, condensada na expressão da Assembleia Nacional Constituinte.

Porém, a grande questão suscitável é aferir-se se, apesar desses elementos conotativos (elemento formal e elemento material) teoricamente inseridos no texto da Constituição, eles encontram ou não, do ponto de vista material, correspondência na prática das instituições nacionais destinadas a dar vida às promessas constitucionais.

Infelizmente a resposta tende a ser, ainda, negativa.

Os fatores reais de poder de que nos fala **Lassalle** continuam

exercendo a sua nociva influência na atuação subterrânea das nossas instituições, em detrimento do aperfeiçoamento do ideal republicano e democrático mais puro.

Muda-se, por emenda constitucional, uma tradição republicana de não se admitir a possibilidade de reeleição imediata de chefes dos executivos nacional, estadual e federal sem, sequer, ouvir-se o povo através de um plebiscito.

Enquanto isso, transcorridas duas décadas da promulgação da Lei Maior, o Congresso Nacional ainda não encontrou tempo para regular o direito de greve dos funcionários públicos (art. 37, VII, da CF), procedimento a ser exercido, agora, por simples lei ordinária.

Mas houve tempo para editar a Emenda Constitucional que suprimiu o § 3º do art. 192 do texto constitucional que fixava em 12% a.a. a taxa de juros bancários. Este registro aqui feito não deve ser confundido com o insurgimento contra a supressão deste parágrafo o qual, diga-se de passagem, continha matéria que, a exemplo de outras ainda constantes do Texto, não se inscrevia como matéria constitucional. O registro aqui feito é apenas para demonstrar como o Congresso Nacional, quando tem vontade política, promove reforma na Constituição e quando não lhe convém falta-lhe tempo para editar simples lei ordinária.

Falta tempo, assim, para regular o mesmo artigo 192, que trata do sistema financeiro nacional.

Outras matérias constitucionais também continuam aguardando o despertar do Congresso Nacional para regulá-las, causando graves prejuízos à Nação.

A hipertrofia do Executivo, aliada à inapetência legislativa do Congresso Nacional, tem concorrido para esse torpor no Parlamento nacional e estimulado a avalanche de medidas provisórias editadas pelos chefes da Nação malferindo, quase sempre, os interesses nacionais, desnaturando a finalidade do Legislativo e ofendendo o princípio da separação dos poderes, vulnerando a sua independência em absoluto desprezo ao art. 2º da Magna Carta.

A par disso, um aparato conceptual formalista permeia alguns segmentos responsáveis pela efetividade da Constituição, mantendo-os agrilhoados a métodos de interpretação extremamente formalistas e impermeáveis às observações mais sutis e agudas que só uma mudança do paradigma arraigadamente positivista e hermético imune à dialogia com a mutante realidade social, permite.

Todos esses aspectos comprometem a efetividade da democracia substancial prometida na Constituição.

E, como na correta advertência de Paulo Bonavides,

> "*Quanto mais largo o hiato entre a realidade, o Estado e a sociedade, a norma e a sua eficácia, os governantes e os governados, a lei e a justiça, a legalidade e legitimidade, a constitucionalidade formal e a constitucionalidade material, mais exposta e vulnerável à crise constituinte fica o arcabouço do ordenamento estatal, por cujas juntas e articulações estalam todas as estruturas do poder e da organização social*" (**Do País Constitucional ao País Neocolonial – A Derrubada da Constituição E A Recolonização Pelo Golpe do Estado Institucional**)[24]

Aliás, é o mesmo Paulo Bonavides quem diagnostica a causa nuclear do descompasso entre o dizer da Constituição e o seu cumprir pelos governantes como tendo origem na própria crise constituinte.

É dizer, com raríssimas exceções individuais, que o discurso da Constituição não encontra sinceridade sequer no corpo da Assembleia Constituinte, merecendo aqui referência à conceituação de **Mansour Chalita** quando em seu livro *A Arte da Política*, embora um tanto assodadamente, chega a afirmar que, "*para o político a palavra é a arte de dissimular o pensamento*".

Evidentemente peca **Mansour Chalita** pela genaralização, mas por outro lado, com o maior respeito aos bons políticos que existem, e em profusão, há aqueles cuja palavra se ajusta perfeitamente a esse conceito jocosamente concebido pelo tradutor de Gibran.

Não é, pois, no texto constitucional de 1988 que se encontrará a explicação para o descumprimento das suas promessas.

A razão dessa inadimplência fundamental iremos encontrar na tibieza das instituições como resultante da ausência de comunhão entre a promessa constitucional e a vontade dos que poderão materializá-la na realidade social, aí incluído o chamado poder constituinte do povo.

Daí asseverar **Friedrich Müler** em seu livro *Quem é o povo? A Questão Fundamental da Democracia*, que

> *a espécie de legitimidade, que se venha a inferir do poder constituinte do povo, pode ser formulada em graduações: a incorporação dessa pretensão ao texto tem por interlocutor o povo enquanto instância de atribuição; o procedimento democrático de pôr em vigor a Constituição dirige-se ao povo ativo; e a preservação de um cerne constitucional (que sempre é também democrático) na duração do tempo investe o povo-destinatário nos seus direitos*"[25].

Como aqui no Brasil há quase que uma total ficção quanto a esses imperativos de legitimação democrática, o dizer da Constituição e o próprio povo ao qual ela se destina não passam de meros ícones convenientemente invocados, como refere **Friedrich Müler** reportando-se ao constitucionalismo alemão.

Porém, seja como for, a preservação do cerne constitucional no tempo irá condicionando, gradativamente, os homens de governo, as instituições por eles representadas e ensinando ao próprio povo vivamente pressionante, a necessidade e a utilidade da observação e cumprimento desses postulados. É nesse sentido, talvez, que deva ser assimilada a autônoma força normativa da Constituição, de que nos fala **Konrad Hess**.

Talvez o maior empeço encontrado pelos positivistas mais afeitos ao formalismo legalista para a compreensão da teoria do caso concreto a realizar a justiça com equidade, construindo uma realidade social mais afeiçoada aos princípios fundantes do Estatuto Político, consista na dificuldade em perceber e assimilar os princípios constitucionais, em toda a sua extensão, princípios que estão positivados na própria Constituição.

Essa percepção da positividade dos princípios colhidos na explicitação e na implicitude da Constituição contribuirá para a adoção de uma hermenêutica filosófica estruturante, compreendendo

> "*a inseparabilidade de reconhecimento do sentido e aplicação num processo unitário, que inclui necessariamente o sujeito compreendente e concretiza e leva a termo em primeira instância esse sentido a ser entendido, não*

> *obstante a simultânea vinculação integral ao sentido do texto*"[26], conforme lecionamento de **Friedrich Muller**, em sua Teoria Estruturante do Direito.

Para tanto, restará, com **Agustin Gordillo**, citado por **Paulo Bonavides** apreender o significado do que seja princípio e sua hierarquização normativa na contemporaneidade, ao afirmar que, para ele

> "*os princípios de Direito Público contidos na Constituição são normas jurídicas; mas não só isso, enquanto a norma é um marco dentro do qual existe uma certa liberdade, o princípio tem substância integral. A norma é limite, o princípio é limite e conteúdo. O princípio estabelece uma direção estimativa, em sentido axiológico, de valoração, de espírito. O princípio exige que tanto a lei como o ato administrativo lhe respeitem os limites e que além do mais tenham o seu mesmo conteúdo, sigam a mesma direção, realizem o seu espírito*"[27].

E, em Celso **Antônio Bandeira de Mello** iremos encontrar um conceito talvez mais abrangente de princípios, dilucidando:

> "*Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade de sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.* ***É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes do todo unitário que há por nome de sistema jurídico positivo****. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque apresenta insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de*

> *sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura neles esforçada*"[28]. (Grifei).

Temos aqui a noção do comprometimento com uma ética material de valores pela qual deve orientar-se o juiz, cuja ética não pode ser reduzida a um catecismo de deveres abstratos; pressupõe, ao contrário, a vivência do direito em sua circunstancialidade cultural.

Sabe-se que juiz é, antes de tudo um homem ou uma mulher, porém, tragicamente, essa inafastável condição humana é geralmente esquecida, e assim olvidada essa natureza humana, alguns agem como se o juiz fosse um mero enunciador de decisões e sentenças, uma espécie de robô a elaborar silogismos com força obrigatória, como observa **Reale**.

Ou um semideus, pairando acima das realidades das coisas que são mutáveis, e da necessidade das pessoas de que as coisas mudem como resultado de uma tomada de consciência baseada no estudo aprofundado e na vontade firme e corajosa de interação com a vida.

De incidir aqui, portanto, para encerrar essas nossas reflexões, a perplexidade manifesta por Goethe no imaginário diálogo entre o *Espírito da Terra* e *Fausto* quando, ante a pretensa superioridade deste, aquele o interroga: "*Por que, em vez disso você não luta para se tornar um Mensch – um autêntico ser humano?*".

É esta a mensagem que trago para vocês, meus colegas.

Muito obrigado.

Notas

[1] ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
[2] ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 5ª ed. revista. São Paulo: Forense Universitária Ltda, 1991.
[3] ARENDT, Hannah. *A promessa da política* – DIFEL – Rio de Janeiro: Bertrand Brasil Ltda, 2008, pp. 63/66.
[4] ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 5ª ed. revista. São Paulo: Forense Universitária Ltda, 1991, p. 191.
[5] ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.5.
[6] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – Entre a facticidade e validade*. Vol I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 333.
[7] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2ª ed., 1998, p. 54.
[8] CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. Cit. p., 54.
[9] REALE, Miguel. *Questões de direito público*. Saraiva, 1997, p. 48.
[10] REALE, Miguel. Op. Cit., p. 76.
[11] REALE, Miguel. Op. Cit., p. 78.
[12] REALE, Miguel. Op. Cit., p. 79.
[13] RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5ª ed, RT, pp. 88/92.
[14] RÁO, Vicente. Op. Cit.. p. 95.

[15] RÁO, Vicente. Op. Cit.. p. 95.
[16] PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. Martins Fontes. 1996, p. 457.
[17] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 7ª ed, 2ª tiragem, Malheiros Editores, 1998, p. 105.
[18] DINAMARCO, Candido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5ª ed., vol. II, Malheiros Editores, 2002, p. 755.
[19] DINAMARCO, Candido Rangel. Op. Cit., vol. I, pp. 133/134.
[20] DINAMARCO, Candido Rangel. Op. Cit., vol. I, p. 134.
[21] BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa.* Malheiros Editores, 2001, pp. 10/11.
[22] HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p.77.
[23] BOBBIO, Norberto. *Estado – Governo – Sociedade.* Paz e Terra, 1995, p.155/157.
[24] BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial – A derrubada da constituição e a recolonização pelo golpe de estado institucional.* São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 76.
[25] MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo – A questão fundamental da democracia.* Max Limonad, 1998, p. 108.
[26] MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante de direito.* RT, 2008, p. 55.
[27] BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial – A derrubada da constituição e a recolonização pelo golpe de estado institucional.* São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
[28] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, pp. 450/451.