

Ano 10
Volume XVI
2º Semestre de 2017
ISSN:2178-3519



DIKÉ

Revista Eletrônica de Direito,
Filosofia e Política
do Curso de Direito da UNIPAC Itabirito

Diké: Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política do Curso de Direito da UNIPAC Itabirito

Editora:

Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC – Unidade Itabirito.

Ano 9, nº XIII, 1º semestre de 2016.

Conselho Editorial:

Prof. Mestre José Carlos Henriques (UNIPAC Itabirito) Prof. Mestre Bernardo Gomes Barbosa Nogueira (UNIPAC-Newton Paiva), Prof. Mestre Bruno Camilloto Arantes (UFOP), Prof. Doutor José Luiz Furtado (IFAC/UFOP), Prof. Doutor Nuno Manoel Morgadinho dos Santos Coelho (USP), Prof. Doutor Sebastião Trogo (FDCL/UFMG), Prof. Mestre Ramon Mapa da Silva (Unipac Itabirito), Prof. Mestre Guilherme Henrique Lage Faria (Newton Paiva e Unipac Itabirito); Prof. Mestre Antônio Sá da Silva (UFBA).

Editores Responsáveis:

José Carlos Henriques, Ramon Mapa da Silva, Bernardo G. B. Nogueira, Guilherme Henrique Lage Faria.

Corpo de Pareceristas:

Prof. Doutor Nuno Manoel Morgadinho dos Santos Coelho (USP); Prof. Mestre José Carlos Henriques (Unipac Itabirito), Prof. Mestre Bernardo Gomes Barbosa Nogueira (UNIPAC-Newton Paiva); Prof. Mestre Ramon Mapa da Silva (Unipac Itabirito), Bruno Camilloto Arantes (UFOP), Rodrigo Ferreira (Unipac Itabirito), Guilherme Henrique Lage Faria (Newton Paiva e Unipac Itabirito).

Linha Editorial

Direito, Filosofia e Política.

Diké: Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política do Curso de Direito da Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC – Unidade Itabirito.

Diretor Geral: José Letício Ferreira Vilalba.

Rua Matozinhos, 293 – Bairro Matozinhos – (31) 3561 – 7775 – Itabirito/Minas Gerais.

E-mails: ramon_mapa@yahoo.com.br; jcarloshen@yahoo.com

SUMÁRIO**REVISTA DIKÉ
VOLUME XV**

- A indispensabilidade do advogado à luz do modelo constitucional de processo: fundamentos basilares para a legitimação da função jurisdicional no estado democrático de direito - *Guilherme Henrique Lage Faria* 4**
- A razão pública em Rawls e sua articulação pelos poderes legislativo e judiciário brasileiros - *Bruno Camilloto e Vanessa Kaut* 25**
- O hedonismo da crueldade: Sade, o Estado, a moral e a loucura - *Ramon Mapa da Silva* 47**
- Antecedentes e fundamentos histórico-filosóficos da ideia de Sistema e sua gênese no pensamento de Hegel - *José Carlos Henriques* 56**
- Princípio do contraditório: aspectos de concretização e a orientação do STF e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Rodrigo Ferreira*. 78**

**A INDISPENSABILIDADE DO ADVOGADO À LUZ DO MODELO
CONSTITUCIONAL DE PROCESSO - FUNDAMENTOS BASILARES PARA A
LEGITIMAÇÃO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO**

**THE INDISPENSABILITY LAWYER UNDER CONSTITUTIONAL PROCESS
MODEL - BASIC FUNDAMENTALS FOR LEGITIMATION JUDICIAL FUNCTION
IN DEMOCRATIC STATE LAW**

Guilherme Henrique Lage Faria¹

RESUMO

O presente artigo faz uma leitura da indispensabilidade do advogado à luz do Modelo Constitucional de Processo no paradigma do Estado Democrático de Direito. Através da referida análise, pautando-se na indispensável observância das garantias inerentes ao devido processo legal no exercício da função jurisdicional, faremos uma abordagem acerca da umbilical ligação entre o Princípio da Ampla Defesa e a participação do advogado, que, por ser o agente garantidor da implementação dos direitos fundamentais das partes no processo, deve ser entendido como garantia inerente à Ampla Defesa, ao Contraditório e à Isonomia. Por conseguinte, em sendo a participação do advogado garantia implícita ao Devido Processo Constitucional, resguardada no art. 133 da Carta Magna, far-se-á uma abordagem sobre a total inconstitucionalidade das previsões normativas infraconstitucionais que apresentam a dispensa da participação do advogado na atividade processual, revestindo os provimentos jurisdicionais em formação de total ausência de legitimidade democrática.

PALAVRAS-CHAVE: Modelo Constitucional de Processo; Estado Democrático de Direito; Ampla Defesa; Advogado.

ABSTRACT

This article takes a reading of the indispensability of the lawyer in the light of the Constitutional Process Model in the paradigm of a democratic state. Through this analysis, basing on the observance of essential guarantees of due process inherent in the exercise of the judicial function, we will approach about the umbilical connection between Wide Principle of Defense and the participation of counsel, which, being the guarantor agent the implementation of fundamental rights of the parties, must be understood as a guarantee inherent Wide Defense, the Contradictory and Equality. Therefore, being in the participation of the lawyer implied warranty Constitutional Due Process, sheltered in art. 133 of the Magna Carta, an approach to the overall constitutionality of normative infra forecasts show that the waiver of attorney participation in procedural activity, coating the jurisdictional provisionses in formation of total absence of democratic legitimacy will be done.

KEY-WORDS: Constitutional Process Model; Democratic state; Wide Defense; Lawyer.

¹ Mestre em Direito Processual pelo Programa de Pós-graduação em Direito da PUC/Minas. Advogado militante. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8783282353460188>.

1. Introdução

A partir da promulgação da Constituição Brasileira de 1988, sobretudo em razão do disposto nos artigos 1º, *caput*, 5º, incisos II, XXXV, LIV, LV e 93, inciso IX, ficou evidenciada a adoção de um novo paradigma² neste país, o Estado Democrático de Direito, além do estabelecimento de bases estruturantes (direitos e garantias fundamentais) para uma constitucionalização do processo³.

Essa mudança paradigmática permitiu o aprofundamento de estudos em teoria do processo que buscam ofertar uma releitura constitucionalizada das matrizes teóricas que influenciaram (e ainda influenciam) a doutrina, a jurisprudência, como também o próprio legislador.

A questão problemática se assenta justamente nessa resistência aos ganhos obtidos com o mencionado paradigma procedimental democrático, na medida em que a figura do juiz (agente público julgador) permanece atrelada ao dever de *fazer justiça* a partir de experiências pessoais, conhecimentos especializados, bom senso e prudente arbítrio na solução dos conflitos, vale dizer, como verdadeiro protagonista de um processo que ainda é concebido (incorretamente) como *instrumento* da jurisdição a serviço da paz social.

² No que tange aos paradigmas, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias aduz que no Estado Democrático de Direito estes “*devem ser compreendidos como sistemas jurídico-interpretativos consistentes, concebidos e estudados pela teoria do Estado e pela teoria constitucional, no sentido técnico de verdadeiros complexos de idéias, princípios e regras juridicamente coordenados, relacionados entre si por conexão lógico-formal, informadores da moderna concepção de Estado e reveladores das atuais tendências científicas observadas na sua caracterização e estruturação jurídico-constitucional.*” (2012, p. 57) Em referência à noção de paradigmas defendida por Brêtas, André Del Negri assim se posiciona: *sustenta-se que a palavra paradigma, rediscutida por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, foi ressemantizada como ‘sistemas jurídico-normativos consistentes’ (...) por direcionar os estudos jurídicos de Teoria do Estado e da Constituição, e não apenas de Filosofia da Ciência como demonstrou Thomas Kuhn.*” (2008, p.27)

³ André Del Negri esclarece que: “*No Brasil, com a Constituição de outubro de 1988, um novo marco teórico foi instituído e a partir daí o denominado Estado de Direito Democrático (art. 1º, CB/88), apresentou um projeto de democracia estruturado por princípios de direitos fundamentais, com aplicação imediata (art. 5º, 1º, da CB/88), e uma operacionalidade posta à disposição do cidadão (eixo desse projeto), entendido como construtor e reconstrutor do seu próprio ordenamento jurídico, por intermédios de procedimentos de participação popular e ações processuais constitucionais*”. (2009, p.101). Como afirma Marcelo Campos Galuppo, baseando-se na obra de Lênio Streck: “*A Constituição de 1988 é o marco mais importante em nossa história recente (STRECK, 2007, p. 310-311) de um projeto que transcende ao próprio momento de promulgação do texto da Constituição e que lhe dá sentido normativo, de um projeto que é muito anterior, que vem se desenvolvendo, ainda que sujeito a tropeços, a atropelos, há muito tempo.*” (2004, p.246).

Diante dessa resistência, ocasionadora de um verdadeiro sincretismo paradigmático, foram promulgadas inúmeras legislações infraconstitucionais que dispensam participação do advogado na representação das partes em juízo, atribuindo a estas capacidade postulatória para defender seus direitos sozinhas no exercício da atividade jurisdicional (*jus postulandi*).

A título exemplificativo, pode-se mencionar alguns exemplos de legislação ordinária que dispensam a presença do advogado nos processos, tais como os arts. 791 e 839 da Consolidação das Leis do Trabalho, art. 2º da Lei nº. 7.244, de 23/07/1968, nas ações de alimentos, e art. 9º, da Lei 9.099, de 26/09/1999, nos Juizados Especiais Cíveis.

Ocorre que, de acordo com o art. 5º, LV da Constituição Federal de 1988, aos litigantes na esfera judicial e administrativa será assegurado o direito ao exercício da ampla defesa e do contraditório para a defesa de seus interesses, com todos os meios e recursos a ela inerentes.

Com efeito, para assegurar o efetivo cumprimento da referida garantia constitucional, a Carta Magna de 1988, em seu artigo 133, determina como essencial a participação do advogado em todas as esferas do poder judiciário e administrativo, por considerá-lo indispensável à administração da justiça.

Assim, percebe-se que de acordo com Constituição, apenas haverá o cumprimento das garantias processuais abrangidas pelo devido processo legal se houver a participação efetiva do advogado no processo.

Por consectário, faremos no presente artigo um enfrentamento desta possibilidade de dispensa da participação do advogado nos processos, em níveis de uma processualidade democrática, sem interferência de ideologias ou doutrinas arcaicas que nada contribuem para o desenvolvimento do Direito Processual e, conseqüentemente, para a sociedade.

2. O Modelo Constitucional de Processo - Fundamentos basilares para a legitimação da função jurisdicional no Estado Democrático de Direito

A decadência do positivismo é emblematicamente associada ao declínio dos regimes do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Os referidos movimentos políticos

ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade vigente, promovendo a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o estrito cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas do Führer para justificar suas ações.

Com o fim da II Guerra Mundial a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da Lei como estrutura meramente formal já não eram mais aceitáveis.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem na definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional* e a teoria dos *direitos fundamentais*, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. (SILVA, 2005, p.278-279)

A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre direito e ética.⁴

Alexy (2008, p. 144) ressalta que os direitos fundamentais que tiveram maior significado no início da idade moderna convertem-se em um dos indicadores deste progresso histórico e núcleo de legitimidade dos sistemas democráticos. Surgem direitos e exigências que os colocam, desde a sua formação inicial, como instrumento para limitar o poder absoluto.

André Del Negri (2009, p. 332) salienta que os direitos fundamentais são aqueles que servem de fundamento aos demais direitos, e, em sendo direitos, mesmo que fundamentais, devem estar garantidos por lei, só que não uma lei qualquer, mas sim uma lei que, como eles, também deve ser “*matriz de todas as demais, uma Lei fundamental, que fundamenta as outras, da qual todas decorrem*”. Esta Lei fundamental é a Constituição.

⁴“Do mesmo modo que o positivismo fracassou, o modelo puro de princípios também foi rejeitado porque ele não leva a sério as regulações adotadas pela Constituição. Quando duas formas puras e antagônicas não são aceitáveis, deve-se considerar a possibilidade de uma forma mista ou combinada, ou seja, de um modelo combinado. Um tal modelo é o modelo de regras e princípios, que surge da ligação entre um nível de princípios e um nível de regras.” (ALEXY, 2008, p.135)

Neste contexto, segundo doutrina de Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 273), as normas constitucionais conquistaram o status pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, estando aptas a tutelar todas as situações que contemplam. Mais do que isso, a constituição⁵ passa a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais.

O ponto de partida do intérprete passa a ser sempre os princípios constitucionais⁶, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins.

Celso Antônio Bandeira de Melo, transcrito por Barroso (2009, p. 157), salienta que, dado sua elementar importância para a instituição da ordem jurídica, violar um princípio é muito mais grave do 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, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais.

Em sua principal dimensão operativa, dirigem-se os princípios ao Estado, condicionando a atuação de suas funções, pautando a interpretação e aplicação de todas as normas jurídicas vigentes. Estes princípios funcionam como limites interpretativos máximos, neutralizando, por conseguinte, o subjetivismo voluntarista dos sentimentos pessoais e das conveniências políticas, reduzindo a discricionariedade do aplicador da norma e impondo-lhe o dever de motivar seu convencimento.⁷

Atento à dimensão operativa dos princípios constitucionais, bem como à inexorável vinculação das funções do Estado a seus preceitos, José Alfredo de Oliveira Baracho ressalta que:

“se a judicatura é tida como poder, para aplicar as leis, surge um novo sentido, alcance e importância em termos da Constituição, devido à existência de um

⁵ “As constituições não representam somente o complemento do Estado de Direito através da extensão do princípio da legalidade a todos os Poderes, incluindo o legislativo; são também um programa político para o futuro, porque impõem a todos os poderes imperativos negativos e positivos como fonte de sua legitimação, porém também, e sobretudo, de deslegitimação. (STRECK, 2013, p. 113)

⁶ Segundo os ensinamentos de Luís Roberto Barroso “Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamento ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui.” (2009, p.155):

⁷ Para Luís Roberto Barroso: “Por força da Supremacia Constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental.” (2009, p.165)

conjunto de direitos, princípios e valores aos quais a lei está sujeita. (...) Os direitos constitucionais não são simples normas programáticas não vinculantes, ou direitos fundamentais “vazios”, mas constitui de conformidade com a prescrição expressa em “direitos diretamente aplicáveis”. (2006, p.311)

Neste esboço, Humberto Theodoro Júnior (2009, p. 234) ressalta que a segunda metade do Século XX viria exigir da revisão constitucional dos povos democráticos um empenho de aprofundar a intimidade das relações entre o direito constitucional e o processo⁸, já que os direitos fundamentais deixaram de ser objeto de simples declarações e passaram a constituir objeto de efetiva implantação por parte do Estado Democrático de Direito.

No Brasil, diante a promulgação da Constituição de 1988⁹ e a instauração do Estado Democrático de Direito¹⁰, com a consequente outorga do poder ao povo (parágrafo único do art. 1º da CF/88), o processo deixa de ser mera relação jurídica entre as partes e o juiz¹¹, sendo alçado ao patamar de instrumento constitucional de garantia e implementação de direitos fundamentais.

⁸ Segundo doutrina de José Alfredo de Oliveira Baracho: “A aproximação entre Constituição e processo gera o surgimento do Direito Constitucional Processual ou Direito Processual Constitucional, como preferem outros: a condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo toma o nome de Direito Processual Constitucional. Não se trata de um ramo autônomo do Direito Processual, mas sim uma colocação científica, de um ponto de vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição. O Direito Processual Constitucional abrange, de um lado, a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; de outro lado, a jurisdição constitucional”. (1984, p.125-126)

⁹ André Del Negri (2009, p.101) esclarece que: “No Brasil, com a Constituição de outubro de 1988, um novo marco teórico foi instituído e a partir daí o denominado Estado de Direito Democrático (art. 1º, CB/88), apresentou um projeto de democracia estruturado por princípios de direitos fundamentais, com aplicação imediata (art. 5º, 1º, da CB/88), e uma operacionalidade posta à disposição do cidadão (eixo desse projeto), entendido como construtor e reconstrutor do seu próprio ordenamento jurídico, por intermédios de procedimentos de participação popular e ações processuais constitucionais”. Como afirma Marcelo Campos Galuppo (2004, p.246), baseando-se em uma reflexão Streck: “A Constituição de 1988 é o marco mais importante em nossa história recente (STRECK, 2007, p. 310-311) de um projeto que transcende ao próprio momento de promulgação do texto da Constituição e que lhe dá sentido normativo, de um projeto que é muito anterior, que vem se desenvolvendo, ainda que sujeito a tropeços, a atropelos, há muito tempo”.

¹⁰ Lenio Streck aduz que o Estado Democrático de Direito “Trata-se de um Estado resultante de um determinado padrão histórico de relacionamento entre o sistema político e a sociedade civil, institucionalizado por meio de um ordenamento jurídico-constitucional desenvolvido e consolidado em torno de um conceito de poder público em que se diferenciam a esfera pública e o setor privado, os atos de império e os atos de gestão, o sistema político-institucional e o sistema econômico, o plano político-partidário e o plano político-administrativo, os interesses individuais e o interesse coletivo.” (2013, p. 109-110)

¹¹ A esse respeito, André Cordeiro Leal observa que, “não obstante as inúmeras mudanças pelas quais passou essa teoria, até hoje vários autores da doutrina brasileira ainda adotam, sem as necessárias ressalvas, o conceito de processo traçado por Bülow” (2002, p.82). No mesmo sentido, André Del Negri observa que a Teoria do Processo como Relação Jurídica de Bülow é um “retrato de como o Direito Processual pode ser usado nas ditaduras para atingir os seus fins”, ressaltando que tal teoria “ainda é revitalizada na contemporaneidade”, (2011, p. 34)

Com efeito, para Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2009, p. 242-243), a Constituição de 1988 resgataria o espírito das Constituições de 91, de 34 e 46, no seu compromisso com a noção cara ao constitucionalismo de governo limitado, democraticamente eleito e comprometido com os direitos fundamentais.

Por conseguinte, evidencia-se que o Estado Democrático de Direito se assenta em dois pilares: a *democracia* e os *direitos fundamentais*. (STRECK, 2013, p. 123) Não há democracia sem o respeito e a realização dos direitos fundamentais, e não há direitos fundamentais sem democracia.

O Poder Democrático, nos termos da Constituição de 1988, é exercido por representantes do povo, o que (obviamente) não implica em sua exclusão, haja vista que, com a outorga do poder ao povo pela Carta Magna, tem-se por indispensável a participação deste nos atos decisórios. Nas palavras de Cattoni de Oliveira:

“Há uma diferença técnico-conceitual entre representação e substituição que aqui é pertinente (...) Representar é agir em nome alheio na defesa de direitos ou interesses alheios; substituição é agir em nome próprio na defesa de direitos ou interesses alheios. A questão é que a representação não implica necessariamente, como no caso da substituição, exclusão do representado do processo. O problema, portanto, de se confundir representante e substituto é o de se entender erroneamente que a representação, ao contrário de mediar, viabilizar institucionalmente a participação do representado no processo deliberativo, exclui essa participação, com conseqüências obviamente desastrosas do ponto de vista democrático.” (2009, p. 49)

A democracia exige respeito à Constituição. No momento em que admitimos a existência de um novo paradigma de direito, o Estado Democrático surgido a partir do segundo pós-guerra, temos, ao mesmo tempo, de admitir que o direito alcançou um elevado grau de autonomia. Consequentemente, a moral, a política e a economia, escopos metajurídicos utilizados para balizar a aplicação do direito no paradigma do Estado Social, não mais podem determinar a correção da aplicação do direito. (STRECK, 2013, p. 120-121)

Portanto, em consonância com os ensinamentos de Lenio Streck (2013, p. 112), tem-se de forma inequívoca que um ato contrário a Constituição é um ato de poder ilegítimo. A constituição determina a autoridade que o povo atribui ao governo, e, ao fazê-lo, estabelece limites. Qualquer exercício de autoridade por parte do Estado que vá além destes limites passa a ser um ato de “poder ilegítimo”.

Em consonância com o paradigma do Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 consolidaria o processo como *garantia constitucional*¹² do povo contra os atos de poder ilegítimo do Estado, através da consagração de princípios de direito processual que se implementam por intermédio da observância das garantias processuais-constitucionais. (BARACHO, 1999, p. 90)

Destarte, a Constituição passa a visualizar o Processo como meio de baliza e influência na formação dos provimentos jurisdicionais, legislativos e administrativos, de modo a efetivar a percepção democrática de que este deve viabilizar a participação¹³, o controle e a legitimação dos provimentos em formação por aqueles que irão a estes se submeter.

O processo constitucional coloca-se, assim, ao centro de toda a estrutura de atuação das garantias constitucionais (ANDOLINA, 1997, p.63-69), sendo, por conseguinte, o instrumento através do qual se dá o exercício de todas as funções do Estado, em especial, a função jurisdicional¹⁴, e se garantem, nos termos analisados, direitos de participação do povo (*sujeito constitucional*¹⁵) e condições procedimentais que possibilitam a geração legítima do provimento decisório. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2000, p. 161-169)

¹² Nessa seara, Flaviane de Magalhães Barros aduz que, “em uma perspectiva que toma como marco o Estado Democrático de Direito, através de sua compreensão procedimentalista (Habermas, 1997), é possível sustentar a noção de processo como garantia constitucional, principalmente se formos levar a sério o texto constitucional de 1988 e partir para uma interpretação do processo constitucionalmente adequada. Nesse contexto, à compreensão do processo como garantia pode-se agregar a noção de modelo constitucional de processo, que teve uma proposição inicial feita para o processo civil italiano por Andolina e Vignera (1997), mas aqui apropriada para um modelo de processo e para a construção de uma teoria geral do processo, que supera sua vinculação estrita aos institutos da Jurisdição, Ação e Processo e se constitua sobre uma base constitucional fundada nos princípios do processo.” (2009, p. 333)

¹³ “O processo assegura um espaço de participação política a seus sujeitos. Não se presta, tão-somente, ao exercício jurisdicional do Estado. Os cidadãos (no processo judicial) ou seus representantes (no processo legislativo) utilizam-no para fim diverso à jurisdição: neste aspecto, o processo é meio de implementação da democracia, permitindo uma comunidade de intérpretes do direito.” (ARAÚJO, 2003, p.120-121)

¹⁴ A partir dessas premissas, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias leciona que a *função jurisdicional*, dentro de uma concepção estruturante do Estado Democrático de Direito, “é atividade-dever do Estado, prestada pelos órgãos competentes indicados no texto da Constituição, somente exercida sob petição da parte interessada (direito de ação) e mediante a garantia do devido processo constitucional. Em outras palavras, a jurisdição somente se concretiza por meio de processo instaurado e desenvolvido em forma obediente aos princípios e regras constitucionais, dentre os quais avultam o juízo natural, a ampla defesa, o contraditório e a fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais baseada na reserva legal, como o objetivo de realizar imperativa e imparcialmente os preceitos das normas componentes do ordenamento jurídico”. (2012, p. 32).

¹⁵ Para André Del Negri, o sujeito constitucional é o *sujeito do discurso constitucional, representado pelo somatório das reivindicações dialeticamente empregadas numa relação com o outro em sociedade, cujo reconhecimento somente será alcançado “quando lhe for assegurada a condição de protagonista das decisões mediante compartilhamento decisório (discurso que vincula todos os atores humanos que estão reunidos pelo mesmo conjunto de normas constitucionais)”*. São, portanto, os cidadãos-intérpretes/coautores legitimados que

Contudo, para que o Processo consiga alcançar sua finalidade de controle¹⁶, legitimação¹⁷ e fiscalização dos atos do Estado pelo povo (*Legitimado ao Processo*¹⁸), este deve estar revestido de todas as garantias¹⁹ processuais elencadas na Lei Maior, em atendimento ao que a doutrina moderna denomina de *Modelo Constitucional de Processo*²⁰. Nessa linha de pensamento, considera Baracho que as garantias constitucionais (garantias fundamentais) são meios desenvolvidos pela técnica jurídica moderna, de sorte a controlar a regularidade constitucional dos atos estatais em geral (gênero) e do ato jurisdicional (espécie) em particular. A mais importante dessas garantias processuais constitucionais é o *devido processo legal*, que, sob interpretação lógico-sistemática das normas do art. 5º, incisos II²¹, XXXV, XXXVII, LII, LIV, LV e LXXVIII, do art. 93, incisos IX e X, e dos arts. 133 e 134, todos da constituição Federal, deve ser interpretado como um *bloco aglutinante e compacto*

vão “reivindicar a sua identidade no discurso de fundamentação pela teoria do Processo Constitucional”. (2011, p. 30)

¹⁶ Italo Andolina ressalta que “A ordem democrática impõe que a cada poder corresponda uma responsabilidade, e que, por isso, cada poder (recte: o exercício de cada poder) seja objeto do controle correlato.” (1997, p.63)

¹⁷ A adoção do paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito representa exatamente o esforço de implementação de um arcabouço normativo-principiológico suficiente ao enfrentamento da crise de legitimidade na formação dos provimentos decisórios, vinculando sua produção ao discurso lógico-argumentativo-discursivo procedimental do processo, como elemento de legitimação decisória através do atendimento aos direitos fundamentais e garantias processuais-constitucionais.

¹⁸ Nas palavras de Rosemiro Pereira Leal, “O “legitimado ao processo” no paradigma do Estado brasileiro é o que tem acesso (pro-acesso-processo), por um direito fundante de seu próprio sujeito, à fruição de uma linguagem jurídica que lhe seja auto-includente, como parceiro (parte), de um sistema normativo. Sem essa base (direito fundamental à existência humana, ao ensino, ao auto-esclarecimento) como dignidade mínima, não há vida-humana e liberdade, isto é, não se abre a todos possibilidade de construção de sentido entre formas de vida (ampla defesa em suas jurídicas possibilidades contraditórias na criação compartilhada da existência como co-existência.” (2009, p. 291)

¹⁹ “Em razão desse relacionamento tão íntimo com os direitos fundamentais do indivíduo ou com a liberdade, é que as garantias constitucionais se tornaram uma espécie de escudo contra os desvios (abusos ou arbitrariedades) do Estado. Sem as garantias constitucionais o direitos contidos no texto constitucional tornar-se-iam normas inócuas, caindo no vazio das esferas abstratas, deixando de propiciar em termos de eficácia a fruição completa das liberdades humanas. De nada valeriam os direitos ou as declarações de direitos se não houvesse pois as garantias constitucionais para fazer reais e efetivos esses direitos”. (BONAVIDES, 2002, p. 532)

²⁰ Mais uma vez, valemo-nos dos ensinamentos de Rosemiro Pereira Leal, para quem, “os estudos do processo como instituição constitucionalizada apta a reger, em contraditório, ampla defesa e isonomia, o procedimento, como direito-garantia fundamental [...] no entanto, só recentemente é que, sob a denominação de ‘modelo constitucional’ do Processo, ficou explícito, [...] que o Processo, em seus novos contornos teóricos na pós-modernidade, apresenta-se como necessária instituição constitucionalizada que pela principiologia do instituto constitucional do devido processo legal que compreende os princípios da reserva legal, ampla defesa, isonomia e contraditório, converte-se em direito-garantia.” (2012, p. 88)

²¹ No que tange ao Princípio da Reserva Legal, André Del Negri ressalta que, no Estado Democrático de Direito, atendendo a finalidade garantístico-constitucional do processo, “o projeto legislativo obedece a uma estrutura legislativa (procedimento) juridicamente preordenada por normas infraconstitucionais (Lei Complementar), Regimentais e Constitucionais. Portanto, para que este Procedimento se desenvolva com validade e transforme-se em genuíno Processo deverão estar presentes na preparação do provimento (Lei) os princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia (art. 5º, inciso LV, da CB/88). Ausentes um desses pressupostos constitucionais, o Processo converte-se em mero Procedimento.” (2008, p. 125-126)

de vários direitos e garantias fundamentais e inafastáveis ostentados pelas pessoas nas relações com o Estado. (BRÊTAS, 2012, p.73)

Por consectário, no paradigma do Estado Democrático de Direito, a função jurisdicional é atividade-dever do Estado, prestada pelos órgãos competentes indicados no texto da Constituição, somente exercida mediante a garantia do *devido processo constitucional*²². (BRÊTAS, 2012, p.32)

Nessa perspectiva, não mais se poderia afirmar a jurisdição como atividade do juiz no exercício do poder-dever de dizer o direito e aplicá-lo ao caso concreto, mas, sim, como resultado lógico da atividade discursivo-procedimental dos sujeitos do processo a partir de argumentos previamente inseridos no ordenamento jurídico (Princípio da Reserva Legal).²³ Para André Del Negri, a Jurisdição deve ser tida como atividade construída pelas partes processuais “*a partir dos conteúdos da lei, uma vez que ele (o juiz), servidor por dever funcional do povo e das normas constitucionais, não tem as chaves construtivas de um Direito espontaneamente surgido de sua lei íntima (especial sensibilidade ao decidir)*”. (2008, p.105)

Assim, a jurisdição deve resultar da atividade discursivo-argumentativa desenvolvida pelas partes no *iter* procedimental, pautada sobre a inafastável observância do Contraditório,

²² Com o fito de evitar quaisquer interpretações deturpadas da correta acepção do Devido Processo Constitucional, valemo-nos das elementares lições de Calmon de Passos, o qual aduz que “*devido processo constitucional jurisdicional, cumpre esclarecer, para evitar sofismas e distorções maliciosas, não é sinônimo de formalismo, nem culto da forma pela forma, do rito pelo rito, sim um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm o poder de decidir. Exige-se, sem que seja admissível qualquer exceção, a prévia instituição e definição da competência daquele a quem se atribua o poder de decidir o caso concreto (juiz natural), a bilateralidade da audiência (ninguém pode sofrer restrição em seu patrimônio ou em sua liberdade sem previamente ser ouvido e ter direito a oferecer suas razões), a publicidade (eliminação de todo procedimento secreto e da inacessibilidade ao público interessado de todos os atos praticados no processo), a fundamentação das decisões (para permitir a avaliação objetiva e crítica da atuação do decisor) e o controle dessa decisão (possibilitando-se, sempre, a correção da ilegalidade praticada pelo decisor e sua responsabilização pelos erros inescusáveis que cometer). Dispensar ou restringir qualquer dessas garantias não é simplificar, desformalizar, agilizar o procedimento, privilegiando a efetividade da tutela, sim favorecer o arbítrio em benefício do desafogo de juízes e tribunais. Favorece-se o poder, não os cidadãos, dilata-se o espaço dos governantes e restringe-se o dos governados. E isso se me afigura a mais escancarada antidemocracia que se pode imaginar.*” (1999, p.69-70)

²³ “*Aceitar passivamente a ideia de que um processo possa ser objetivo, ou seja, não contraditório, viola inteiramente a concepção de democracia radical da proposta crítico-deliberativa de Habermas (1997), alternativa entendida como mecanismo de construção e solidificação do regime democrático num país desenvolvido como o Brasil. [...] Assim, o processo é necessariamente um procedimento subjetivo, sujeito ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV da CF/88), sem o que perde sua legitimidade democrática.*” (CRUZ, 2004, p.371)

haja vista ser este elemento essencial da dimensão pragmático-dialética da *instrumentalidade técnica*²⁴ do processo de obtenção do provimento decisório.

Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2004, p.246) aduz que o contraditório dinâmico compõe a racionalidade procedimental que afasta uma visão solipsista do julgador. Por conseguinte, “*na aplicação do direito, o juiz haverá de trabalhar com um discurso organizado em forma contraditória, concedendo simétrica igualdade de participação às partes na formação da decisão.*”

Não obstante, além de sua inafastável influência na formação do provimento, o contraditório constitui verdadeira garantia de *não-surpresa*²⁵, que impõe ao julgador o dever de provocar o debate acerca de todas as questões do processo, impedindo que em “solitária onipotência”, ou pautado em seu “senso inato de justiça”, aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética processual.

Humberto Theodoro Júnior (2009, p.252-253) assevera que de modo algum poderia ser tolerada uma decisão surpresa, decisão fora do contraditório, de sorte que o provimento sempre será fruto do debate das partes, e o juiz motivará sua decisão em cima dos argumentos extraídos das alegações dos litigantes, seja para acolhê-las, seja para rejeitá-las.

É desse sistema dialético que nasce o dever de fundamentar as decisões imposto ao juiz pelo art. 93, IX da Constituição Feral de 1988.

Aliado ao Contraditório, a doutrina processual-democrática elenca ainda mais dois *Princípios Institutivos*²⁶ que compõem a base normativa (mínima) do Modelo Constitucional de Processo, a saber, a Ampla Defesa e a Isonomia.

²⁴ Aroldo Plínio Gonçalves defende a instrumentalidade técnica, que garante um processo que “[...] *se constitua na melhor, mais ágil e mais democrática estrutura para que a sentença que dele resulta se forme, seja gerada, com a garantia da participação igual, paritária, simétrica, daqueles que receberão os seus efeitos.*” (1992, p. 171)

²⁵ Para Dierle José Coelho Nunes, “*a assunção dessa concepção normativa do princípio do contraditório permitiria a instauração de uma renovada perspectiva isonômica de sua atuação processual [...] Esta não buscaria uma identidade entre as funções desempenhadas por todos os sujeitos processuais, mas, sim, o estabelecimento da ótica da consideração e da interdependência entre eles, uma vez que, na hipótese de assunção da concepção deontológica do contraditório como garantia de influência, assegura-se uma correção normativa (procedimental) das decisões, que mitigará o uso de argumentos estratégicos de viés autoritário, persuasivo, e se permitirá que, na intensa maioria das situações, somente argumentos normativos (decorrentes do debate) sejam utilizados no momento da fundamentação.*” (2008, p. 239)

²⁶ Referindo-se aos Princípios Institutivos do Processo, Marcelo Cunha de Araújo salienta que estes são “características mínimas do contexto normativo procedimental que o configuram como o direito-garantia

A Ampla Defesa, garantia processual inerente ao Devido Processo Legal, se implementa nos limites do procedimento em contraditório.

Urge indispensável salientar que sua amplitude não supõe infinitude de produção da defesa a qualquer tempo, haja vista que, em atendimento ao Princípio da Reserva Legal, esta deverá se exercer no tempo e modo processual oportunizado na lei.

A seu turno, Rosemiro Pereira Leal (2001, p. 89) preconiza que a defesa “*há de ser ampla, porque não pode ser estreitada (comprimida) pela sumarização do tempo a tal ponto de excluir a liberdade de reflexão cômoda dos aspectos de sua produção eficiente.*”

A ampla defesa se dá, portanto, nos limites previstos no ordenamento jurídico-constitucional. Esta previsão, porém, não pode comprimir a produção das alegações e provas a ponto de transformar a participação processual em mera falácia. Com efeito, é indispensável restar assegurada a efetiva participação das partes na formação do provimento decisório (dialecicidade), por mais célere que seja o procedimento aplicado ao caso concreto.

Contudo, segundo as elementares lições de Marcelo Cunha de Araújo, “*não basta ao complexo normativo de características procedimentais próprias prever uma alteração de posições subjetivas em contraditório, com limites espaço-temporais satisfatórios de produção de alegações e provas (ampla defesa)*” (2003, p.136). É necessária a associação de uma terceira característica essencial que complementa e garante o espaço democrático assegurado pelo processo, qual seja, a Isonomia.

A Isonomia vincula a forma de variação das demais características do processo. Não basta haver a possibilidade para a produção de alegações e provas, de forma alternada entre as partes do processo, nos limites previstos no complexo normativo processual. É imprescindível que esta dinâmica contraditória de ampla defesa se dê de forma isonômica. (ARAÚJO, 2003, p.136-137)

Para Rosemiro Pereira Leal, Isonomia é:

fundamental. [...] Princípios basilares e fundamentais (que fazem parte da fundação, da estrutura) do processo. [...] Conferem ao processo sua característica única: de direito-garantia fundamental, historicamente conquistado, de assegurador de um espaço político de participação do cidadão na aplicação do direito.” (2003, p. 101)

“Referente lógico-jurídico indispensável do procedimento em contraditório (processo), uma vez que a liberdade de contradizer no processo equivale à igualdade temporal de dizer e contradizer para a construção, entre partes, da estrutura procedimental. A asserção de que ha de se dar tratamento igual a iguais e desigual a desiguais resulta em tautologia inominável, porque, na estruturação do procedimento, o dizer e contradizer, em regime de liberdade assegurada em lei, não se operam pela distinção jurisdicional do economicamente igual ou desigual. O direito ao processo não tem conteúdos de criação de direitos diferenciados pela disparidade econômica das partes, mas é direito assegurado de igualdade de participação construtiva no procedimento.” (2001, p.88-89)

Assim sendo, a Ampla Defesa, aliada ao Contraditório, bem como à Isonomia, são bases que a Constituição Federal, em seu art. 5º, LV, institui não só para o desenvolvimento, mas, em especial, para atribuição de validade ao processo. Na ausência de alguma dessas garantias constitucionais, o processo convola-se em mero procedimento.

No entanto, ressalta-se que a implementação dos Princípios Institutivos do processo no paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito reivindica técnica apurada do operador, haja vista que, para efetivar o contraditório dinâmico, como metodologia de influência direta na formação do provimento decisório, bem como para implementação da Ampla Defesa em simétrica paridade entre as partes (Isonomia), faz-se indispensável a participação do Advogado, haja vista ser este o profissional tecnicamente capacitado para representar a parte em juízo na defesa de seus direitos.

Com efeito, atento à importância deste profissional para a garantia de proteção e defesa dos direitos fundamentais das partes no processo, a Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 133 que o Advogado é indispensável à administração da justiça. Ronaldo Brêtas (2012, p. 39) assevera que, em algumas hipóteses, a função jurisdicional exercida pelo Estado é chamada de *administração da justiça*, expressão criticada por Rosenberg, Fazzalari e Fernández Hierro, com a irrestrita adesão do autor, porque destituída de qualquer sentido técnico.

Contudo, é preciso entender que administração da justiça nada mais é do que a função jurisdicional (ou jurisdição) exercida obrigatoriamente pelo Estado em processo afeiçoado às garantias constitucionais. (BRÊTAS, 2012, p. 40) Em suma, o que a constituição prescreve é a garantia fundamental de defesa técnica das partes, assegurando a presença e atuação obrigatória (e indispensável) do advogado, representando as partes e defendendo-lhes os

direitos, em qualquer processo no qual o Estado esteja desempenhando a atividade jurisdicional.

José Cretella Júnior (1989, p. 3.343-3.344) ressalta que “*administrar a justiça é julgar*”, atividade do Estado denominada jurisdição e somente prestada no processo.

Nesta senda, Rosemiro Pereira Leal (2011, p. 70-72) observa que a jurisdição só pode ser realizada pelo devido processo constitucional, este definindo-se pela coexistência dos princípios da Ampla Defesa e do Contraditório, incluindo-se, no primeiro, necessariamente, o direito ao advogado.

Corroborando com o presente entendimento encontram-se os ensinamentos de Juliana Pinto Coelho Ferreira, a qual defende que “*a ampla defesa somente poderá ser efetivada mediante o patrocínio do advogado, para atuar em nome da parte, vez que este conta com a aptidão técnica necessária para lidar com as diversas situações que surgirem durante o curso do processo*” (2008 p.512)

Com efeito, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2012, p. 40) ressalta que neste mesmo sentido encontra-se o conteúdo normativo do art. 24.2 da Constituição espanhola de 1978:

“Todos têm direito ao juiz ordinário determinado previamente pela lei, à defesa e assistência de advogado, a ser informados da acusação contra si deduzida, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de provas adequadas à sua defesa, a não prestar declarações contra si próprios, a não confessarem culpados e à presunção de inocência.”

Dado sua inquestionável proximidade com as premissas teóricas do Modelo Constitucional de Processo brasileiro, a referida norma da Constituição espanhola, que, segundo Ronaldo Brêtas serviu de fonte inspiradora para a Constituição Federal de 1988, foi bem qualificada por Baracho como “*síntese de pressupostos e cláusulas constitucionais de defesa da cidadania, considerada processualmente.*” (BRÊTAS, 2012, p. 40)

Diante destas considerações, Ronaldo Brêtas conclui, acertadamente, que:

“Nos processos, qualquer um do povo (parte) tem de estar representado por advogado frente ao Estado, representação que traduz direito de cidadania das pessoas, direito a uma defesa técnica, sendo esta a recomendação constitucional que o misonéismo dos juízes e tribunais brasileiros, infelizmente, algumas vezes, faz com que seja sumariamente ignorada.” (2012, p.40)

A presença do advogado no ato estatal de julgar, somente possível por intermédio do processo, não é superfluidade, mas necessidade da parte, em razão do cada vez mais acentuado tecnicismo jurídico que disciplina as relações do Estado com as pessoas, bem como entre estas em si, daí a recomendação do art. 133 da Constituição Federal de 1988.

Nesta senda, torna-se cristalino que a participação do advogado passa a ser requisito *sine qua non* de validade da atividade procedimental desenvolvida em contraditório na formação do provimento jurisdicional, haja vista ser garantia processual decorrente da Ampla Defesa, Princípio Institutivo do Processo no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Ademais, considerando a dimensão democrático-constitucional do processo no paradigma do Estado Democrático de Direito, como meio de defesa, garantia e implementação de direitos fundamentais plenamente exigíveis, conforme disposto no §1º do art. 5º da CF/88, considerando, ainda, que a efetivação dos referidos direitos fundamentais se dá, em consonância com o Modelo Constitucional de Processo, mediante o pleno atendimento às garantias processuais dispostas na Lei Maior, bem como considerando, por fim, a diretriz normativa dos princípios e normas constitucionais no exercício das funções do Estado, torna-se inquestionável a impossibilidade de efetivação da atividade jurisdicional sem a presença do Advogado.

Por isso, relevantes considerações são feitas por Carlos Henrique Soares sobre o assunto, ao perceber que o advogado é:

“Agente garantidor da legitimidade da decisão judicial, uma vez que é o mesmo juridicamente capaz de estabelecer um diálogo técnico-jurídico que permite a construção do provimento em simétrica paridade, garantindo o contraditório, a ampla defesa, bem como o controle da jurisdição.” (2004, p. 173-174)

Em suma, ainda segundo Carlos Henrique Soares, no Estado Democrático de Direito, o advogado é “*agente garantidor da democracia, da cidadania e da soberania, bem como dos direitos fundamentais*”. (2004, p. 174)

Por essas razões, são manifestamente inconstitucionais as regras da legislação ordinária que dispensam a presença do advogado nos processos, por exemplo, arts. 791 e 839 da Consolidação das Leis do Trabalho, art. 2º da Lei nº. 7.244, de 23/07/1968, nas ações de

alimentos, e art. 9º, da Lei 9.099, de 26/09/1999, nos Juizados Especiais Cíveis. (BRÊTAS, 2012, p. 41)

Infelizmente, apontadas normas continuam a ser aplicadas nos processos, porque, conforme doutrina de Lênio Luiz Streck, falta-nos um “*sentimento constitucional concretizante*”. Tivéssemos tal sentimento, prossegue o autor, poderíamos desenvolver “*um labor avassalador, pelo qual as leis infraconstitucionais seriam simplesmente devassadas a partir de uma implacável hermenêutica constitucional*”, ou seja, uma “*verdadeira filtragem constitucional*”, o que, à evidência, não tem ocorrido no Brasil durante todos estes anos de vigência da Constituição Federal de 1988. (2009, p.5-6)

A instituição do processo não tem outras finalidades que não a preparação do provimento decisório sob estrita observância do Devido Processo Legal. Assim, tem-se, por conseguinte, que qualquer tentativa de mitigação (ou supressão) das garantias processuais-constitucionais do povo ocasionará lesão ao Modelo Constitucional de Processo, carecendo a decisão, por conseguinte, de legitimidade democrática.²⁷

Lênio Streck (2013, p.121) ressalta que a democracia corre perigo se a aplicação do direito pelos tribunais é feita sem uma adequada teoria da decisão judicial, a qual, por seu turno, deve se efetivar, no Estado Democrático de Direito, à luz do Devido Processo Constitucional.

Por consectário, o Processo, como espécie de procedimento com características mínimas definidas no texto constitucional, é uma estrutura normativa sequencial de atos visando um provimento estatal. O processo não é mero instrumento do provimento, qualquer que seja sua espécie (legislativo, judicial ou administrativo). Como estrutura em sequencia, o provimento (decisão) é parte do processo, sendo seu último ato. Dizer que a jurisdição é finalidade do processo é simplificação errônea (e inconstitucional) da realidade: o provimento jurisdicional é ato final do processo judicial, devendo, dessa forma, ser pautado, em consonância com o Modelo Constitucional de Processo, na estrita observância dos preceitos do devido processo legal, assegurando ao jurisdicionado a influência direta em seu resultado,

²⁷ Paulo Bonavides, ressaltando o inafastável respeito às garantias processuais-constitucionais como meio de legitimação decisória aduz que “*nunca porém deve ficar deslembrado que as garantias constitucionais legitimam sempre a ação do Estado, uma vez que sua presença ou intervenção se faz em prol da sustentação, integridade e observância dos direitos fundamentais.*” (2002, p. 534)

tornando, portanto, indispensável a participação do advogado, sob pena de lesão ao exercício da Ampla Defesa e do Contraditório em sua plenitude.

3. Considerações Finais

Percebe-se que o exercício da função jurisdicional no paradigma do Estado Democrático de Direito, dado a dimensão normativa dos princípios constitucionais, exige o respeito às garantias processuais dispostas na Lei Maior, dentre as quais ressalta-se o devido processo legal, que, sob interpretação lógico-sistemática das normas do art. 5º, incisos II, XXXV, XXXVII, LII, LIV, LV e LXXVIII, do art. 93, incisos IX e X, e dos arts. 133 e 134, todos da constituição Federal, deve ser interpretado como um bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias fundamentais e inafastáveis ostentados pelas pessoas nas relações com o Estado.

À luz dos referidos artigos da Constituição Brasileira, ficou evidenciado que ao magistrado é defeso atuar além dos conteúdos normativos, seja a que título for, não sendo democraticamente sustentável qualquer possibilidade de solipsismo, discricionariedade, protagonismo ou estabelecimento de qualquer condição privilegiada ao agente público julgador em detrimento dos destinatários (que são os verdadeiros legitimadores) dos atos jurisdicionais: as partes.

A partir de estudos crítico-científicos amparados no Modelo Constitucional de Processo, buscou-se demonstrar que, no Estado Democrático de Direito, a função jurisdicional deve ser prestada segundo o devido processo constitucional, mediante a rigorosa observância do princípio do devido processo legal na regência do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, da fundamentação lógica dos provimentos jurisdicionais e da inafastável garantia de julgamento em bases normativas prévias (reserva legal) para a construção do ato decisório final. Somente a partir dessas premissas de legitimidade decisória poderá ser obtida uma decisão democrático-constitucional nos processos jurisdicionais.

Tais garantias processuais, conforme preconizado no próprio texto constitucional, só serão asseguradas quando cumpridas as exigências constitucionais dos pressupostos de existência e validade do processo, dentre eles, a participação indispensável do advogado, por se tratar de garantia inerente à Ampla Defesa, Princípio Institutivo do Processo.

Ao advogado é atribuída à capacidade postulatória por ser detentor dos conhecimentos relativos aos deveres, faculdades e ônus processuais, estando apto a exercer em plenitude a ampla defesa e o contraditório, na defesa dos interesses de seu constituinte.

Somente com a participação do advogado é que a parte terá resguardado seus direitos fundamentais e garantias processuais elencadas na Constituição, dentre elas, o pleno exercício da ampla defesa, que requer elevado conhecimento técnico, assegurando ao jurisdicionado a influência direta no resultado do provimento em construção.

Constatou-se, ao final do presente estudo, que o eixo da jurisdição não pode mais estar centrado na figura do julgador, mas, sim, no procedimento processualizado que respeitará os direitos e garantias fundamentais dos destinatários dos atos jurisdicionais, revestindo de total inconstitucionalidade quaisquer disposições normativas contrárias às premissas constitucionais, em especial, aquelas presentes na legislação infraconstitucional que permite a supressão da participação do advogado no processo.

Com efeito, é preciso reconhecer o avanço teórico-discursivo do Modelo Constitucional de Processo.

Merece destaque, por derradeiro, que o *processo* não mais pode ser visto como um mero *instrumento* da jurisdição. Este instituto vai muito além desta ultrapassada concepção. É indispensável que se entenda que o processo é uma instituição constitucionalizada e estruturada sob o pleno exercício da *cidadania* e da *democracia*, instituição esta garantidora do exercício democrático dos direitos fundamentais previamente estabelecidos pela Constituição de 1988, e, em sendo o advogado agente garantidor da democracia, da cidadania e dos direitos fundamentais, inexorável se mostra a indispensabilidade de sua participação, sob pena de ilegitimidade democrática da atividade jurisdicional.

O estudo de tais questões é tarefa de monumental importância para a efetiva construção e contínuo desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, sempre no sentido de buscar uma argumentação que melhor se amolde ao eixo teórico da democracia.

Referências Bibliográficas

ANDOLINA, Italo. **O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional**. Trad. Oreste Nestor de Souza Laspro. Revista de Processo v. 87, p.63-69. São Paulo, jul/set 1997

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **O novo processo constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do processo constitucional**. Revista da Faculdade Mineira de Direito v.2, ns 3 e 4, Belo Horizonte, 1ª e 2ª sem. 1999.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2006

BARROS, Flaviane de Magalhães. **O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição**. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte. Del Rey, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7ª. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. 2ª. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **O processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional**. Revista da Faculdade Mineira de Direito. v. 3, ns 5 e 6, p. 161-169, Belo Horizonte, 1º e 2º sem. 2000

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **A legitimidade democrática da Constituição da República Federativa do Brasil: uma reflexão sobre o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito no marco da teoria do discurso de Jürgen Habermas**. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). *Constituição e democracia: fundamentos*. Belo Horizonte, Fórum, 2009

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **A súmula Vinculante n. 4 do STF e o “Desvio” Hermenêutico do TST: notas programáticas sobre a chamada “nova configuração” da jurisdição constitucional brasileira nos vinte anos da Constituição da República.** In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords). **Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro.** Belo Horizonte. Del Rey, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004

DEL NEGRI, André. **Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: Teoria da Legitimidade Democrática.** Belo Horizonte: Fórum, 2008

DEL NEGRI, André. **Teoria da Constituição e do Direito Constitucional.** Belo Horizonte: Forum, 2009.

DEL NEGRI, André. **Processo Constitucional e Decisão Interna Corporis.** Belo Horizonte: Fórum, 2011

FERREIRA, Juliana Pinto Coelho. **Releitura constitucional dos Juizados Especiais Cíveis.** Direito Processual: Estudos no Estado Democrático de Direito. Coordenador: João Antonio Lima Castro. Belo Horizonte: Puc Minas, Instituto de Educação Continuada, 2008

GALUPPO, Marcelo Campos (Coord). **Constituição e democracia: fundamentos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo.** Rio de Janeiro: Aide, 1992. P. 171

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.) **Estudos continuados de teoria do processo.** Porto Alegre: Síntese, 2001, v. II

LEAL, Rosemiro Pereira. **Modelos Processuais e Constituição Democrática.** In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords). **Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro.** Belo Horizonte. Del Rey, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo.** 11ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático.** Curitiba: Juruá, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da (org). **Interpretação constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2005.

SOARES, Carlos Henrique. **O Advogado e o Processo Constitucional**. Belo Horizonte: Decálogo, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3ª. ed. São Paulo. RT. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia: um contraponto da resposta correta”**. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords). **Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro**. Belo Horizonte. Del Rey, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Constituição e Processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil**. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords). **Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro**. Belo Horizonte. Del Rey, 2009.

**A RAZÃO PÚBLICA EM RAWLS E SUA ARTICULAÇÃO PELOS PODERES
LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO BRASILEIROS**

Bruno Camilloto²⁸Vanessa Kaut²⁹

THE PUBLIC REASON IN RAWLS AND ITS ARTICULATION BY THE BRAZILIANS LEGISLATIVE AND JUDICIAL BRANCHES

RESUMO

O pensamento do filósofo norte-americano John Rawls baseia-se no tema central da justiça. Para Rawls, a justiça é a primeira virtude das instituições sociais pela qual é possível reorganizar a sociedade, é um princípio básico de qualquer sociedade que pretenda se instituir democraticamente. Sua teoria apresenta uma concepção política de justiça, viabilizada pelo exercício da razão pública, fruto do debate entre cidadãos no espaço público sobre os fundamentos constitucionais e as questões básicas de justiça que devem regular a estrutura básica da sociedade. Observada uma descaracterização do uso público da razão nas instâncias do órgão legiferante brasileiro e a decorrente expansão da atividade judicial no país, o presente trabalho propõe uma análise da articulação do conceito de razão pública nas instâncias representativas, bem como nos órgãos judiciários, a fim de se averiguar a legitimidade democrática destas instituições e questionar os limites de sua atuação.

Palavras-chave: Direito; Democracia; Razão Pública; Justiça, Legitimidade Democrática, Controle de Constitucionalidade.

ABSTRACT

The thought of the American philosopher John Rawls is based on the theme of justice. For Rawls justice is the first virtue of social institutions in which it is possible to reorganize society, is a basic principle of any society which pretends to institute itself democratically. His theory presents a political conception of justice, made possible by the exercise of public reason, result of a debate among citizens in the public space about the constitutional foundations and the basic issues of justice that should regulate the basic structure of society. Once observed a distortion of the public use of reason in instances of Brazilian legislating body and the resulting expansion of judicial activity in the country, this paper proposes an analysis of the integration of the concept of public reason in representative bodies, as well as the judiciary, in order to ascertain the democratic legitimacy of these institutions and argue the limits of its performance.

Keywords: Law; Democracy; Public Reason; Justice; Democratic Legitimacy; Judicial Review.

1. INTRODUÇÃO

²⁸ Professor de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP) na graduação e no Programa de Pós-Graduação (Novos Direitos, Novos Sujeitos). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Especialista em Gestão Pública e Bacharel em Direito pela UFOP. E-mail: brunocamilloto@gmail.com.

²⁹ Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Sócia e Instrutura na KAUT - Língua e Cultura Alemã. Professora e Tradutora do idioma alemão (Certificação C2 - Instituto Goethe). E-mail: vanessakaut@gmail.com

O filósofo norte-americano John Rawls apresenta em sua obra *Uma Teoria da Justiça* um entendimento sobre a justiça, afirmando que esta é a primeira virtude das instituições sociais. O autor relaciona o conceito de justiça com o conjunto da vida humana asseverando que aquele deveria repousar em dois princípios centrais: liberdade e igualdade. Rawls define tais princípios na intenção de propiciar uma reflexão sobre a organização da sociedade (RAWLS, 2000b).

Rawls vislumbra a sociedade como um empreendimento cooperativo onde seus participantes escolhem racionalmente os princípios que irão reger os cidadãos e as instituições de base da sociedade. O autor busca elucidar uma questão definitivamente importante: “como a filosofia política poderia descobrir um fundamento comum para solucionar uma questão tão fundamental como é a de especificar a família de instituições mais apropriada para garantir a liberdade e igualdade democráticas?” (RAWLS, 2011, p. 8) e, ainda, investigar qual seria a dimensão político-institucional da justiça numa democracia.

Posteriormente, no livro *O Liberalismo Político*, o autor alude à questão central que orienta sua obra, qual seja: “[...] como é possível existir, ao longo do tempo, uma sociedade justa e estável de cidadãos livres e iguais que permanecem profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis?” (RAWLS, 2011, p. 4).

No intuito de responder ao questionamento posto, Rawls aceita que sua teoria da justiça é uma concepção política de justiça. Essa reformulação é uma exigência argumentativa diante da necessidade de que essa perspectiva teórica alcance estabilidade frente ao fato do pluralismo razoável. Tal estabilidade caracteriza-se na figura liberal de cidadãos razoáveis e racionais, que não impõem a aceitação de uma doutrina abrangente aos demais. Os cidadãos devem buscar uma cooperação social capaz de estruturar uma sociedade bem-ordenada, em que coexistem distintas concepções de bem e onde todos pactuem publicamente uma concepção política de justiça.

Num ideal democrático, uma concepção política de justiça é formada pelo exercício da razão dos cidadãos livres e iguais que estabelecem um consenso sobre os princípios fundantes do regime constitucional. Rawls traz o conceito de razão pública à esfera política, destacando que refleti-la é pensar no fruto de um debate entre cidadãos no espaço público sobre os fundamentos constitucionais e as questões básicas de justiça. O exercício da razão pública

viabiliza uma visão política como derivada ou congruente, diante da diversidade de doutrinas abrangentes, numa relação de reciprocidade.

A integração do ideal de razão pública à cultura política atribui ao indivíduo³⁰ a qualidade de *ser* participativo, social e politicamente, que representa os princípios de justiça definidos e incorporados pelos cidadãos. Essa participação viabiliza um acordo social sobre a forma de organização das instituições básicas conformadas num regime constitucional.

Mister pontuar que o ideal de razão pública sugerido pelo autor se aplica de forma distinta aos cidadãos e às instituições sociais. O modo como se aplica aos cidadãos comuns se dá quando envolvidos no fórum público na defesa de posições políticas, como membros de partidos, candidatos e grupos que os apoiam durante suas campanhas, bem como àqueles que devem votar, quando elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica³¹ estão em jogo (RAWLS, 2011, p. 254). Modo este que se difere quando se trata de sua aplicação nos fóruns oficiais: Legislativo, Executivo e Judiciário.

Para Rawls, a legitimidade do poder político pressupõe um dever moral de justificação das decisões em relação a questões constitucionais essenciais e de justiça básica, orientada pelos valores políticos expressos pela razão pública. Neste sentido, o autor destaca a importância da fundamentação das decisões das autoridades estatais (poder público) para a configuração de sua legitimidade democrática e salienta que esta deve basear-se em razões que sejam publicamente aceitas por todos os cidadãos razoáveis.

O autor destaca em sua exposição que o ideal de razão pública se aplica de uma forma especial ao Judiciário e salienta, ainda, que numa democracia constitucional, em que há controle de constitucionalidade das leis, esta aplicação sobrevém na figura da Suprema Corte. Quando aborda a Suprema Corte como “caso exemplar de razão pública”, Rawls afirma que em um regime constitucional em que há revisão judicial das leis “a razão pública é a razão de seu tribunal supremo³²” (RAWLS, 2011, p. 272).

³⁰ Indivíduo, neste caso, é utilizado como categoria conceitual anterior ao conceito de cidadão. Este, por sua vez, traz implícito no conceito a própria condição de *ser* participante da formação da vontade pública.

³¹ Elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica correspondem ao que Rawls concebe como valores políticos para tratar as questões fundamentais inerentes à sociedade, como o direito a voto, liberdade religiosa, igualdade e propriedade (RAWLS, 2011, p. 250-272).

³² Rawls destaca em nota de rodapé que esta não é uma definição e aponta: “Suponho aqui que, em uma sociedade bem ordenada, ambas as razões se sobrepõem de maneira relativa” (RAWLS, 2011, p. 272).

Diante dos argumentos de Rawls, buscando refletir sobre a atual situação política brasileira e em se tratando de um país que se constitui política e juridicamente como uma democracia constitucional, o presente trabalho propõe uma análise da articulação do conceito de razão pública no cenário político brasileiro de forma a destacar suas implicações na atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário. A análise proposta conjugará duas variáveis, que são (i) a verificação da forma pela qual o processo legislativo se desenvolve no Brasil e (ii) o papel desempenhado pelo Poder Judiciário.

A importância desta análise decorre da constatação de uma crise de legitimidade do Poder Legislativo no exercício de sua função legiferante. Uma das consequências dessa crise é expressa pela expansão da atividade judicial, que fomenta a discussão sobre a ideia de separação dos poderes prevista como cláusula pétreia na Constituição da República de 1988. Integrar o conceito de razão pública é fundamental para o debate sobre a judicialização de temas controvertidos que envolvem direitos fundamentais, em especial na busca de aferir a legitimidade democrática das instituições sociais.

Entende-se que o cenário político brasileiro aponta uma descaracterização do uso público da razão nas instâncias do órgão legiferante do país comprometendo sua legitimidade democrática. Este mesmo cenário coloca em destaque a caracterização da Suprema Corte como “caso exemplar de razão pública” informando seu papel contramajoritário em respaldo à democracia. Nos deixa, porém, o questionamento sobre até que ponto a revisão judicial se amolda ao constitucionalismo democrático e como se deve pensá-la estrategicamente no Brasil diante de seus contornos históricos e seu perfil político.

2. A ARTICULAÇÃO DO CONCEITO DE RAZÃO PÚBLICA E IMPLICAÇÕES

2.1. Do desenvolvimento do processo legislativo brasileiro

O Brasil se constitui política e juridicamente como uma democracia constitucional. A Constituição Brasileira, caracterizada por sua analiticidade, define amplamente os direitos e garantias fundamentais a serem resguardados aos cidadãos, bem como os princípios que devem reger o Estado Constitucional Democrático. Há, no entanto, certa disparidade entre o

texto constitucional e o alcance institucional dessas garantias no que tange às minorias³³ sociais, tendo em vista uma atual descaracterização do uso da razão pública nas instâncias legislativas do país, o que procurou chamar-se no presente trabalho de crise de legitimidade do Poder Legislativo Brasileiro.

Como sabido, o país enfrenta demasiadas desigualdades sociais e seus cidadãos vivem um déficit educacional, institucional e político. O descontentamento do povo brasileiro com suas instituições é explícito, não havendo, contudo, que se falar em uma sociedade apática politicamente, uma vez que estes mesmos cidadãos foram responsáveis por “criar e iniciar a formação do Estado Democrático de Direito” (TOLEDO, 2005, p. 22). Vive-se, assim, a partir de 1988, um processo de implementação da democracia no país. Nesse processo de luta pela efetividade à democracia, constata-se uma descrença do povo brasileiro no que diz respeito à atuação do Poder Legislativo.

Não se acredita que seja possível afirmar que o povo careceria de representatividade, uma vez que o país se constitui em um modelo institucional em que seus representantes são eleitos pelos cidadãos. Embora ainda de forma obrigatória, e ressalvadas as críticas quanto a tal “imposição de direito”, o voto caracteriza o exercício de direitos políticos positivos ativos, tendo os cidadãos que avaliar os candidatos e escolher em quem depositar seus votos. Espera-se que os princípios que estabeleceram no momento constituinte sejam orientadores da representação, conforme preceitua Rawls.

Essa configuração institucional – democracias constitucionais – presume eleitores na condição de cidadãos livres, iguais, racionais e razoáveis, que delegam a seus representantes o papel de resguardar os princípios por eles determinados (RAWLS, 2011). Embora a noção moderna de representação parlamentar seja caracterizada por um mandato livre, cuja pressuposição é a atuação autônoma do representante (desvinculado da vontade do representado), essa ausência de vinculação de vontades é compensada pelo caráter eletivo do mandato, pela sua transitoriedade e em especial pelo dever constitucional dos representantes de se ater a uma concepção política de justiça.

³³ O conceito de minoria não é utilizado aqui com o sentido de quantificação ou mesmo em oposição a uma maioria numérica. Ao contrário, o conceito de minoria é articulado com a ideia do social representando as coletividades que sofrem processos de discriminação. Nesse sentido, mesmo quando havendo uma maioria numérica de pessoas, essa coletividade se torna minoria por algum mecanismo que gere um resultado de desigualdade ou exclusão social.

O que se percebe na atividade política brasileira, no entanto, é que a atividade legislativa, majoritariamente, vem sendo desenvolvida sem que seus parlamentares façam uso da razão pública, uma vez que, embora na condição de representantes do povo, vêm atuando de acordo com suas convicções morais e religiosas cunhadas tanto em interesses pessoais quanto partidários. Essa situação é perceptível quando se observa que os representantes do povo eximem-se de colocar em pauta de discussão e deliberação questões controvertidas que não atendam a seus interesses, ignorando princípios constitucionais e privando grupos sociais de exercerem seus direitos fundamentais³⁴.

Diante desta realidade, o Parlamento – originariamente *casa do povo* – torna-se um espaço em que se digladiam convicções religiosas, acordos estratégicos e tendências ao equivocado entendimento de que a vontade da maioria seria a forma ideal de se fazer justiça, em detrimento do efetivo exercício público da função de legislar em prol de toda a sociedade brasileira, considerada em seu aspecto plural. Confirma-se que não há que se falar em carência de representatividade, mas em carência de legitimidade democrática.

Há ainda que se destacar que não só a descaracterização do uso da razão pública demonstra o mau exercício legislativo. Deve ser observado que há demasiada cobrança por parte dos partidos, aliados e bases eleitorais para a apresentação de projetos de lei e propostas de emenda à Constituição, ensejando a propositura excessiva destes institutos. Muitos, ao final, declarados inconstitucionais³⁵.

Apresenta-se este cenário de inconstitucionalidade para retratar como a demasiada cobrança de propositura de leis afeta, não só o próprio funcionamento do Poder Legislativo,

³⁴ Recentemente destaca-se a concessão de benefícios por meio de passagens aéreas aos familiares dos parlamentares bem como a postura do atual (2014) presidente da Câmara dos Deputados (Eduardo Cunha do PMDB) no tocante à disposição para o diálogo institucionalizado sobre temas socialmente complexos como, por exemplo, o aborto.

³⁵ Para ilustrar esta situação relata-se que tramitam atualmente no Parlamento mais de duas mil propostas de emenda à Constituição e cerca de 15,4 mil projetos de leis (BRASIL, 2013b). A falta de racionalidade na atividade legislativa também é verificada no ano de 2011 quando foram apresentados somente à Câmara dos Deputados 3.268 projetos de lei. Desse total, esta casa aprovou 337 desses projetos, dos quais 45% foram posteriormente declarados inconstitucionais conforme dados aferidos pelo Anuário da Justiça de 2012 (o Poder Legislativo Federal brasileiro é bicameral e composto pela Câmara de Deputados e pelo Senado Federal). O Anuário, feito com base nas análises de Ações Diretas de Inconstitucionalidade e Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ações pertinentes ao controle de constitucionalidade brasileiro) julgadas pelo STF em 2011, levantou, ainda, o percentual de inconstitucionalidade das leis, apontando que oito em cada dez leis estaduais ou federais do país submetidas ao crivo da Suprema Corte são declaradas inconstitucionais. O índice de inconstitucionalidade estatal chega ao patamar de 90% e o federal de 45%, perfazendo uma média geral de inconstitucionalidade no país de 83% somente em 2011.

mas também a qualidade destes institutos, resultando em propostas e em leis que não coadunam com a Constituição. Essa resultante atenta contra os princípios escolhidos pelos cidadãos, os quais deveriam ser observados por seus representantes eleitos no âmbito de suas funções.

A atuação do Poder Legislativo, ao se afastar dos princípios constitucionais, visando defender seus interesses individuais, se distancia do exercício da razão pública, perde legitimidade democrática e dá ensejo a uma indesejada tendência à injustiça de suas decisões.

Rawls, quando apresenta os estágios de justiça consignados nas etapas “constitucional, legislativa e judiciária” e apresenta a dinâmica entre eles, defende que a injustiça das decisões corrompe a legitimidade democrática atestando que “a legitimidade das decisões legislativas depende da justiça da Constituição [...]” (RAWLS, 2011, p. 509).

Busca-se apresentar a situação legislativa em que se encontra o Brasil, uma vez que uma democracia pressupõe um poder legislativo forte e com credibilidade que atente à sua função pública, buscando garantir aos cidadãos a eficácia de seus direitos e legislando para que este ideal de garantia seja alcançado. Uma vez que o poder legislativo de um país se encontrar fragilizado, fragilizada estará a democracia neste país, devendo-se buscar soluções para restabelecer seu prestígio e sua legitimidade.

2.2. Do papel desempenhado pelo Poder Judiciário

É no cenário apresentado que o Poder Judiciário ganha destaque, uma vez que, diante do modelo constitucional vigente no Brasil, é a instituição responsável constitucionalmente por exercer o papel de revisor judicial das leis, bem como de julgador final das demandas da sociedade que se inserem no âmbito de suas competências. Ganham relevância especial as demandas que envolvem assuntos polêmicos em que o Poder Legislativo se omite em legislar por não querer, não poder ou não conseguir atuar, e tal omissão resulta na ausência de garantia de direito fundamental.

A Suprema Corte se destaca na figura de intérprete dos princípios, muitas vezes caracterizando o Judiciário como legislador positivo, quando argumentativamente cria soluções jurídicas em casos concretos com base na exposição de razões na busca pela máxima

efetividade da Constituição. Deve-se lembrar que, segundo John Rawls, estas razões devem ser publicamente aceitas por todos os cidadãos racionais e razoáveis dotados de uma concepção política de justiça.

O que se entende é que um direito fundamental não pode depender da vontade do legislador, e quando houver omissões legislativas inconstitucionais, ou seja, que resultem na ausência de garantia de um direito fundamental, estas devem ser resolvidas à luz dos princípios constitucionais de modo a prevalecerem estes direitos e se sanar tal omissão. Da mesma forma, quando houver propostas ou leis inconstitucionais, estas devem ser avaliadas e declaradas inconstitucionais evitando que colidam com os direitos dos cidadãos.

É, portanto, necessário visualizar que o Poder Judiciário precisa desempenhar uma atividade política forte e independente para a proteção de direitos fundamentais, cumprindo um papel contramajoritário, atendendo às demandas sociais muitas vezes não satisfeitas pelo Poder Legislativo. Não se trataria de uma opção de julgar, mas de uma obrigação de decidir, de uma inevitabilidade, caracterizada pela complexidade das relações e pela constante demanda por soluções.

A legitimidade das decisões do Poder Judiciário deve poder ser aferida argumentativamente e expressar a razão pública de uma determinada sociedade bem-ordenada. É por isso que no espectro apresentado entende-se que a Suprema Corte acentua-se como “caso exemplar de razão pública”, sendo órgão desprovido da faculdade de utilizá-la, mas cuja razão pública deve ser a sua razão em si.

É necessário, porém, observar até onde a atuação do Judiciário coaduna com a democracia e onde poderá vir a transgredi-la, correndo o risco de sua atuação também se esvaír de legitimidade. Deve ser destacado que, quando o legislador no âmbito de suas atribuições e onde não existir a discussão sobre direito fundamental, tomar decisões que não colidam com a Constituição, o Judiciário deve respeitá-las.

Nestes casos, deve prevalecer a decisão do legislador, o que sugere um grande divisor de águas entre a “necessária judicialização” de determinadas questões (que decorre da própria estrutura institucional brasileira) e o tão criticado “ativismo judicial”.

Para exemplificar o panorama apresentado, é possível destacar questões recentemente discutidas no âmbito destes poderes. No que tange a temáticas envolvendo direitos fundamentais, servem de exemplo o debate sobre a interrupção da gravidez de feto anencefálico³⁶, bem como as discussões que norteiam o debate sobre o casamento civil entre casais homoafetivos³⁷.

Quanto à interrupção da gravidez de feto anencefálico, se verificou uma omissão legislativa inconstitucional, a qual o Parlamento por argumentos ideológicos manifestamente evitou sanar, violando direitos fundamentais e entendendo prevalecer um ideal religioso, em detrimento da saúde e da liberdade da mulher. A Suprema Corte decidiu por fim pela sua licitude, sanando assim a omissão legislativa em defesa dos direitos fundamentais envolvidos.

Da mesma forma, o Parlamento brasileiro se omitiu de discutir e tratar o tema dos direitos matrimoniais dos casais homoafetivos, temática que não encontra previsão legislativa expressa. Neste caso, foi necessária a atuação do Poder Judiciário e, após o julgamento da ADI 4277, houve manifestação do Conselho Nacional de Justiça³⁸ que reconheceu a igualdade entre as uniões civis de pessoas independentemente do sexo determinando, por fim, que os cartórios realizassem estes matrimônios. Luis Roberto Barroso destaca que “o legislador não pode proibir uma pessoa de exercer sua afetividade da maneira que ela quiser” e que ao “criminalizar uma relação homoafetiva viola um direito fundamental” (BARROSO, 2010b, p.2).

Contudo, em se tratando de demandas da sociedade em que não são envolvidos direitos fundamentais, mas decorrem de omissões legislativas, onde havia demanda da sociedade para que fossem sanadas, até mesmo para impulsionar a credibilidade do Poder Legislativo e sua legitimidade democrática, deve estar claro que nestas hipóteses são as

³⁶ A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores, após restar prejudicado o HC 84025-6 impetrado por Gabriela de Oliveira Cordeiro, a qual pretendia autorização judicial para a antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico. A ação teve por embasamento constitucional o direito à saúde, à liberdade e à dignidade e como argumento principal se destacou a afirmação de serem distintas as situações de interrupção de gravidez de feto anencefálico e a do aborto, uma vez que este pressupõe uma potencialidade de vida extrauterina do feto, enquanto aquele não.

³⁷ A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 trata da questão sobre a liberdade sexual e a possibilidade de equiparação de direitos aos casais homoafetivos à constituição da união estável. Após o julgamento favorável da ação, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da resolução n. 175, determinou, ainda, que cartórios de todo o País não poderão recusar a celebração de casamentos civis de casais do mesmo sexo ou deixar de converter em casamento união estável homoafetiva.

³⁸ O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é uma instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual (BRASIL, 2013a) e seus atos são dotados de normatividade originária.

escolhas do legislador que deveriam prevalecer. Desde que tratadas pelo Parlamento e de acordo com a Constituição, o debate sobre questões desta característica ensejará apenas a atuação suplementar do Judiciário quando o Legislativo não o fizer ou o fizer de forma inconstitucional, quando não atentar ao uso da razão pública. Evitar-se-ia, assim, a demasiada ingerência do Poder Judiciário no âmbito da atividade legislativa.

Observa-se, portanto, que a harmonia dos poderes, exigida no art. 2º da Constituição Brasileira, não é mera disposição constitucional, mas diretriz de conduta das instituições que devem exercer seus poderes de forma democrática em busca da satisfação dos objetivos fundamentais que esta mesma norma prevê, utilizando-se os poderes de seus mecanismos de controle recíprocos, para que se mantenham bem estabelecidas as fronteiras entre suas respectivas competências, bem como seja reforçado o caráter sistêmico entre estes no arranjo constitucional.

2.3. Controle de constitucionalidade e democracia: razão pública e a legitimidade democrática das instituições sociais

Embora claro que esta relação de independência e harmonia entre os poderes, que tão logo foi apresentada, é pressuposto de um Estado Democrático de Direito, na atualidade se observa a existência de um embate travado entre os Poderes Legislativo e Judiciário no Brasil, que sobrevém às críticas já levantadas e debatidas e se destaca com uma maior gravidade. Fala-se a partir de então em um impasse que poderia vir a comprometer a cláusula pétrea constitucional da separação dos poderes (artigo 60, §4º da CRFB/88).

Trata-se, em suma, do debate tão recorrente na filosofia política sobre qual o poder deve ter a última palavra na interpretação da Constituição e a quem deve restar a análise de compatibilidade das leis com esta, de forma a satisfazer da maneira mais efetiva os pressupostos democráticos e buscar a máxima garantia de direitos fundamentais.

Este debate vem se destacando mais expressamente no Brasil, desde o conhecimento da Proposta de Emenda à Constituição nº. 3/2011, a qual sugere uma ampliação do poder fiscalizador atribuído ao Poder Legislativo, conforme disposto no art. 49, V, da Constituição Federal, para sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do Poder

Regulamentar ou dos limites de delegação legislativa, ampliando-o também para a aplicação ao Judiciário.

É neste momento que devem ser retomadas as reflexões sobre as decisões indicadas neste trabalho e se questionar sobre quais seriam os resultados das demandas sobre a interrupção de gravidez de feto anencefálico e sobre a possibilidade do casamento civil entre casais homoafetivos, se ao Parlamento coubesse sua decisão final, e, ainda, quão garantidora de direitos básicos seria tal decisão. Estes questionamentos interessam à presente discussão pela relação que se estabelece entre o Direito, a Razão Pública e própria concepção de Democracia.

Neste cenário, destaca-se ainda a Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2011, a qual propõe a alteração da quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; o condicionamento do efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo STF à aprovação pelo Poder Legislativo; e a submissão ao Congresso Nacional da decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição³⁹.

Em específico interessa um ponto particular dessa proposta de emenda, o qual sugere que havendo discordância entre a decisão da Corte Constitucional e do Parlamento sobre a constitucionalidade da Emenda à Constituição, passaria pelo crivo popular a questão incitada para que os cidadãos resolvessem a controvérsia. Segundo o Deputado Nazareno Fonteles (PT-PI), relator da proposta, a consulta popular tornaria a decisão mais democrática, pois “a vontade do povo é a vontade que coaduna com a democracia”⁴⁰.

Deve ser observado que a democracia em si não pressupõe uma separação de poderes específica e que “a suposição de que a separação dos poderes é necessária à liberdade pública é discutível” (FREEMAN, 1994, p.195), mas que o intuito do Direito em regular as relações não se caracteriza por uma mera formalidade necessária à ordem, mas à justiça. É neste aspecto que um poder revisional dotado de razão deve ter seu papel destacado na atuação contramajoritária na busca da máxima efetividade dos direitos fundamentais – direitos básicos

³⁹ Reforça o texto, ainda, que a proposta pretende induzir o hoje inexistente diálogo institucional entre os poderes, o qual deve servir de mecanismo a corrigir a anomalia que é o ativismo judicial e superar a crença de que o Poder Legislativo não é apto a tratar dos direitos das minorias.

⁴⁰ Declaração feita ao longo de entrevista concedida ao Blog Viomundo (por Luiz Carlos Azenha) gravada em 26 de abril de 2013 com o Deputado Nazareno Fonteles (PT-PI), relator da PEC 33.

de uma democracia constitucional – considerado o pluralismo inerente às sociedades contemporâneas.

Já há muito é sabido que a vontade majoritária nem sempre é a mais justa e que uma democracia não é feita de maiorias políticas. É neste sentido que leciona Luis Roberto Barroso (2010a, p. 5), destacando que “muitas vezes a decisão correta é a decisão impopular. Por isso o judiciário não pode ter seu mérito aferido em pesquisa pública”. Quanto às leis, há ainda que se salientar que, conforme orienta Freeman, “quaisquer leis que tenham o propósito de infringir esses direitos básicos são inválidas, mesmo que sejam apoiadas por uma maioria” (1994, p.186).

Luis Roberto Barroso salienta ainda que, em uma sociedade em que a Constituição prevê uma gama extensa de cláusulas gerais como princípios e conceitos jurídicos indeterminados, ela traz para o direito e retira da política estas questões permitindo a judicialização e potencializando o papel do intérprete na determinação do sentido da norma. Entende-se que deixar ao crivo do Judiciário encontrar uma solução jurídica em casos concretos não gera instabilidade entre os poderes, desde que estas decisões sejam embasadas em razões que possam ser publicamente aceitas por cidadãos razoáveis.

Rawls nos apresenta como a razão pública “assume especial relevância nas sociedades contemporâneas, que têm como elemento incontornável a existência do denominado desacordo moral razoável acerca de concepções de vida digna, tendo em vista a inexistência de um consenso substantivo sobre valores” (BUNCHAFT, 2011, p. 74).

É neste momento que a Constituição deve atrair os olhares das instâncias representativas do país para os valores políticos a ela arraigados no momento constituinte por aqueles que detêm o poder democrático de decidir sobre quais devem ser os fundamentos a reger a sociedade que habitam e integram – seus cidadãos. Que as instituições de base sejam reguladas por estes princípios e utilizem-se publicamente e argumentativamente destes, para que tenham sua legitimidade democrática reconhecida e para que ganhem credibilidade nesta sociedade.

Para Rawls, aplicando a razão pública, os tribunais evitam exatamente que a lei seja corroída pela “legislação de maiorias transitórias” (RAWLS, 2011, p. 276) ou ainda por

interesses específicos, contrários a esta razão. Ao integrar o conceito de razão pública à cultura política do país, o debate sobre a judicialização de temas controvertidos que envolvem direitos fundamentais se torna crucial, possibilitando a compreensão de que a atuação jurisdicional se mostra inevitável.

Freeman prescreve com grande clareza a situação incitada neste trabalho, sendo importante destacar que as lições deste autor norte-americano fundam-se substancialmente nos ensinamentos de John Rawls no âmbito de sua teoria da justiça, anunciando que:

Outorgando a um órgão não-legislativo, e que não presta contas de seus atos eleitoralmente, o poder de revisar a legislação democraticamente criada, os cidadãos provêm a si próprios de um meio para proteger sua soberania e independência do exercício não razoável de seus direitos políticos nos processos legislativos. Eles livremente limitam, dessa forma, o leque de opções a eles aberto no futuro. Concordando com a revisão judicial, eles se amarram ao seu acordo sobre os direitos básicos iguais que articulam sua soberania. A revisão judicial é, então, uma forma deles protegerem seu status de cidadãos iguais (1994, p. 190-191).

A necessidade de um órgão de revisão judicial decorre da ausência de um acordo público amplo e razoável, uma vez não haver “garantia de que a regra da maioria não será usada, como tantas vezes foi para subverter o interesse público na justiça e para privar categorias de indivíduos das condições de igualdade democrática” (FREEMAN, 1994, p. 192). Avaliar, portanto, se a revisão judicial é compatível com a democracia é uma questão estratégica, que depende dos fatores retratados pela política daquela determinada democracia. Poder-se-ia dizer que esta explicação se encaixa perfeitamente à situação em que se encontra o Brasil, haja vista o atual desvio de legitimidade percebido ao Parlamento, quando dotado de um comportamento descaracterizado de razão pública, interpretando a revisão judicial como um comprometimento com a igualdade.

Sobre a temática quanto à “última palavra”⁴¹, a filósofa Hanna Pitkin explicita que não há uma última palavra. Esta parece ser a afirmação mais apropriada para descrever uma sociedade plural e complexa modelada constitucionalmente como é a sociedade brasileira. Neste sentido, assumem importância as teorias dialógicas que preveem que as soluções

⁴¹ O tema sobre a “última palavra” se encontra na base da discórdia entre o Parlamento e a jurisdição constitucional e é tratado com mais ênfase pela política. Ver, em especial, as obras de Jeremy Waldron (1999), Mark Tushnet (2003) e Conrado Hübner (2008).

constitucionais são construídas e que assumem caráter de provisoriedade, uma vez restarem sempre passíveis de revisão por meio da interação entre os poderes⁴².

Há, no entanto, em regimes onde os poderes são separados, conforme sustenta Freeman:

[...] a necessidade de interpretação autorizada última da constituição, (1) para coordenar esses diferentes poderes e para solucionar conflitos persistentes, (2) para evitar que exigências conflitantes sejam feitas à conduta dos cidadãos, e (3) para assegurar que as formas constitucionais sejam respeitadas e obedecidas pelos poderes ordinários de governo. Uma vez que a constituição especifica os direitos básicos abstratos dos cidadãos, a delimitação clara dos direitos constitucionais e a consistência na aplicação deles garantida por uma interpretação última são essenciais à busca do próprio bem pelos cidadãos, assim como para a vigência de leis justas e efetivas (1994, p. 194).

Freeman não alega que a autoridade da interpretação final deva ser fixada no Poder Judiciário, mas sustenta que esta também não exige estar localizada ou atribuída ao Poder Legislativo ordinário para ter caráter democrático, como sugere a proposta de emenda que se destacou no presente trabalho.

O autor entende que o poder de revisão judicial não é um “poder propriamente judicial”, mas um “poder de preservação”, que nas mãos de quem quer que esteja deve servir ao intuito de preservar uma constituição democrática (FREEMAN, 1994, p. 196).

É diante destas reflexões que se pode concluir que (i) a importância da revisão não reside no fato de quem a aplica, mas na aplicação de forma a preservar a democracia constitucional e os direitos básicos dos cidadãos, (ii) havendo evidências de que os procedimentos legislativos não têm satisfeito os requisitos democráticos da justiça, pode a revisão judicial ser a forma apropriada de encontrar respaldo a estes requisitos, e (iii) uma vez utilizados adequadamente os procedimentos legislativos, restariam solucionados os ajustes necessários à legitimidade democrática.

⁴² Sobre a necessidade de diálogo constitucional e a ideia de democracia deliberativa importa o posicionamento do constitucionalista Virgílio Afonso da Silva, que prescreve haver um potencial pouco explorado a respeito da interação do controle de constitucionalidade com as práticas deliberativas e que seria necessário vislumbrar o controle de constitucionalidade, não como “mero processo” (procedimento judicial), mas como “parte do jogo democrático”, e, neste sentido, deveria se discutir sobre a forma de incrementar a interação entre os próprios ministros e as possibilidades de diálogo entre as instituições, aprendendo com os modelos dialógicos já instaurados em outras democracias (como a canadense), mas verificando a melhor forma de instauração do diálogo no Brasil (2009, p. 197-227).

No caso brasileiro, fica claro que o Poder Legislativo não está apto a satisfazer os requisitos democráticos da justiça e, portanto, uma revisão judicial feita pelo Poder Judiciário se faz necessária desde que empregada de forma não imprópria e que não contrarie decisões majoritárias para preservar poderes e privilégios de elites sociais e econômicas, mas para preservar a tutela dos direitos das minorias, bem como capacitar que cada cidadão exerça efetivamente seus direitos básicos.

Portanto, o que se entende quanto a Proposta de Emenda à Constituição nº 3/2011 é que sua constitucionalidade é altamente questionável, principalmente diante da realidade legislativa brasileira que retrata um cenário de crise de legitimidade e requer uma reestruturação em sua base fundacional, para que se restaure sua legitimidade democrática, bem como sua capacidade deliberativa no importante exercício da razão pública que deve orientá-la.

Utilizou-se da temática que circunscreve o debate sobre esta determinada proposta de emenda, para trazer ao debate a discussão sobre as delimitações da separação dos poderes e suas implicações na democracia, bem como a tão polêmica indagação de a quem pertença a última palavra no debate político. Além de avaliar o cenário político brasileiro, os argumentos apresentados propiciam a reflexão sobre tantos outros regimes constitucionais que se encontram em estágios de persecução dos ideais de institucionalização da democracia.

Reitera-se aqui a necessidade de integração do conceito de razão pública pelas instâncias representativas da sociedade para a configuração de sua legitimidade democrática, assim como se destaca que esta razão deve ser preeminente aos tribunais, sugerindo que as liberdades de base devam ser protegidas por um regime constitucional em todas as suas instâncias de forma harmoniosa sob o amparo dos princípios de justiça. É importante ressaltar, que o conceito de razão pública não é um conceito engessado, podendo variar dentro dos limites dos princípios de justiça que podem ser diversos daqueles apresentados pelo autor, desde que decorrentes de valores políticos sobre uma concepção política de justiça, aceita por todos.

Pretendeu-se demonstrar que uma democracia não se caracteriza apenas por sua estrutura, uma vez que a justiça das instituições decorre da atuação de seus representantes e que somos todos representantes enquanto povo soberano.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A integração do conceito de razão pública no cenário político brasileiro, cuja análise se propôs percorrer no presente trabalho, serve a incitar o debate sobre a dicotomia entre a atuação legislativa e judiciária e de que maneira os poderes – diga-se aqui também o Poder Executivo, embora não mencionado no debate – em realidade devem estar inter-relacionados na persecução da concretização de direitos básicos.

Rawls nos ensina que o conteúdo da razão pública é fornecido por uma concepção política de justiça, sendo esse conteúdo constituído por dois componentes essenciais, quais sejam: “os princípios substantivos de justiça para a estrutura básica (os valores políticos da justiça) e as diretrizes da indagação pública e as concepções de virtude que tornam a razão pública possível (os valores políticos da razão pública)” (RAWLS, 2011, p. 299). Estes componentes devem cercar o cenário político de forma que atribuam a esse legitimidade e estabilidade.

É neste referencial que se apoiou o presente debate. Trata-se aqui de percorrer uma visão filosófica sobre o desenvolvimento das instituições sociais num cenário real, que nos apresenta situações de complexidade inerentes às sociedades contemporâneas. Em que pese neste cenário o desacordo razoável se mostrar como elemento incontornável, é necessário se pensar em uma concepção de justiça capaz de superá-lo para tornar as instituições justas e estáveis. A ideia de justiça, portanto, deve ser conformada por uma concepção política devidamente institucionalizada pela Constituição.

No entanto, é necessário deixar claro que, ao apresentar sua teoria da justiça, este filósofo não pretendeu descrever uma sistemática de um governo legítimo, mas sugerir uma forma de se caminhar à institucionalização da justiça nas democracias constitucionais as quais se encontram em constante desenvolvimento.

As discussões proferidas no presente trabalho quanto à expansão da atuação do judiciário, uma vez observada uma descaracterização do uso da razão nas instâncias legislativas, não sugerem uma supremacia deste Poder, muito pelo contrário vêm demonstrar que se requer o equilíbrio nas relações entre os poderes e que a razão pública deve estar

presente em todos os fóruns oficiais, instâncias e momentos em que deve ser percebida uma concepção política de justiça.

Rawls descreve, neste sentido, que entre os princípios do constitucionalismo deve ser entendido que em um governo constitucional o poder supremo não pode ser depositado nas mãos da legislatura, nem mesmo de um tribunal supremo, que é somente o “intérprete judicial de última instância da Constituição” (RAWLS, 2011, p. 274). E, conforme nos mostram as reflexões de Freeman, seu papel como revisor judicial serve mais como um poder de preservação dos valores políticos naquela sociedade.

Ao se aplicar a razão pública, entende-se que a Suprema Corte estaria (i) evitando que a lei seja erodida pela legislação de maiorias transitórias ou que correspondesse a interesses estreitos, (ii) servindo de modelo institucional dessa razão e (iii) dando força e vitalidade a esta razão no fórum público mediante julgamentos dotados de autoridade sobre questões políticas fundamentais. Rawls não incita uma visão desta Corte como dotada de poder supremo, mas de uma corte como “centro de controvérsia” (RAWLS, 2011, p. 276-283).

Buscou-se neste trabalho refletir sobre a articulação do conceito de razão pública na realidade política brasileira e os impasses encontrados neste cenário, embora esta reflexão possa remeter à avaliação de tantas outras democracias constitucionais que se encontram em evolução, na busca de atingir a almejada justiça nas relações em uma sociedade. Conjugou-se para tanto a verificação da forma pela qual o processo legislativo se desenvolve no país e o papel desempenhado pelo Poder Judiciário.

Observou-se que (i) o Poder Legislativo brasileiro enfrenta uma séria crise de legitimidade e que em consequência se expande a atividade judicial e (ii) em decorrência desta situação, impasses quanto à separação dos poderes vêm sendo indagados.

Neste cenário político-jurídico, surge a necessidade de repensar a legitimidade das instituições representativas, buscando a reestruturação das bases políticas, bem como da capacidade deliberativa no exercício da razão pública, promovendo, por fim, os ajustes no regime de controle de constitucionalidade.

Conforme demonstrado quando do entendimento de que a última palavra não deve servir para caracterizar um poder supremo, mas um órgão de preservação de valores como a

democracia e os direitos fundamentais, é possível assumir alterações no controle de constitucionalidade em um Estado Constitucional sem afrontar o princípio da separação dos poderes. Contudo, antes mesmo de pensar na possibilidade de alteração do modelo de controle de constitucionalidade, deve-se refletir sobre como a configuração atual do sistema constitucional brasileiro oferece mecanismos para solucionar a situação na qual se encontra o país, sem que excessivos esforços tenham que ser dispensados e sem ter que se desligar por demais da tradição constitucional que se cunhou no país. Parece-nos que pensar em uma interação entre poderes possa ser uma ótima ideia condutora.

Cabe aqui mais uma vez destacar que as decisões de uma Suprema Corte só devem ter caráter suplementar à atividade legislativa quando esta deixar de exercer suas atribuições. Ainda assim, estas decisões não têm o condão de vincular este poder legiferante, que, ao legislar, pode vir a superá-las, promovendo assim o diálogo sistêmico que prevê a Constituinte entre as instituições.

O tribunal constitucional, portanto, não deve nem ser pensado como “oráculo das melhores respostas, [...] correndo o risco de atrofiar os órgãos representativos, lançando-os em um círculo vicioso de irrelevância” (PEREIRA, 2013), nem sofrer limitações que o impeça de exercer seu papel contramajoritário e corretor das assimetrias na deliberação democrática quando envolvidos direitos fundamentais. Reitera-se que a legitimidade das decisões do Poder Judiciário deve poder ser aferida argumentativamente e, para estar em conformidade com a democracia, deve prevalecer a razão pública.

O que se conclui diante desta breve análise auxiliada pelos ensinamentos do filósofo norte-americano John Rawls sobre os aspectos da razão pública e suas implicações no cenário político brasileiro, embora esta reflexão enfrente vastas problemáticas que podem e devem ser mais amplamente debatidas, é que se deve pensar em reestabelecer a legitimidade democrática nas instâncias deliberativas no país e promover uma efetiva interação entre os poderes que formam a estrutura de base da sociedade em respaldo aos cidadãos e à Democracia.

Afere-se, ainda, que a justiça das instituições depende tanto de um exercício de cidadania quanto de uma estruturação entre poderes institucionais do Estado responsáveis por dar efetividade aos princípios de justiça de uma sociedade. No entanto, a dinâmica entre estes poderes não deve ser engessada, devendo moldar-se na medida necessária para que dê efetivo

suporte ao amparo dos princípios de justiça. Caso se constate a inexistência dessa estruturação, não haverá a realização da justiça aqui proposta, ou, ainda, quando essa condição existir de forma falha, diga-se, de forma não correspondente à razão pública de uma sociedade, poderá ocorrer um desequilíbrio entre os poderes institucionais.

Observa-se, neste sentido, que o direito conformado nas hipóteses ideais de representação não seria caracterizado como garantidor da justiça, como parece ser o papel atual do Supremo Tribunal Federal, mas, além de ser aquele que viabiliza a expressão dos princípios reservando seu lugar na Constituição, também teria o papel de efetivar a justiça, garantida por cidadãos conforme sua atuação voltada à razão pública, e o estabelecimento de uma concepção política de justiça, levando-se em consideração todos os estágios que se apresentam numa sociedade democrática.

Verifica-se, portanto, que a realização da justiça depende ainda mais do exercício da cidadania, quando caracterizada pela efetiva participação dos cidadãos na formação do ideal político de uma sociedade. Pensando sobre essa participação política na perspectiva do desenvolvimento histórico das democracias nas sociedades ocidentais, observa-se que os países em que a democracia é recente ainda “ficam pra trás” em relação aos países mais habituados a ela. Diante desta observação, poder-se-ia verificar que o exercício cívico se desenvolve ao longo do tempo, em que as realidades sociais mostram a demanda por razões públicas e os cidadãos aceitam que a pluralidade é inerente às sociedades e que devem ser respeitadas.

É neste sentido que, por fim, se defende que o Direito, a Democracia e a Razão Pública são institutos interdependentes e que dependem da mesma fonte, que são os cidadãos racionais e razoáveis, e que sendo assim, para alcançar o que aqui se tratou como idealidade, é preciso, antes de tudo, investir no povo, na educação e no advento do uso da razão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, R. 1999. *Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático: relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*. Trad. Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, p.55-66.

ALEXY, R. 2005. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva; Rev. Cláudia Toledo. 2. ed., São Paulo: Landy Editora.

ARANTES, Bruno Camilloto; KAUT, Vanessa Nunes. . O impasse liberal-positivista sobre as liberdades básicas. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora - RPGMJF*, v. 2, p. 127-140, 2012.

ARANTES, Bruno Camilloto. Democracia, Direito e Política: uma análise da Teoria da Justiça de John Rawls. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora - RPGMJF*, v. 1, p. 269-279, 2011.

ARAÚJO, C. 2002. *Legitimidade, justiça e democracia: o novo contratualismo de Rawls*. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 57, p. 73-85.

AZENHA, L. C. 2013 *Fonteles: PEC responde à “ferocidade autoritária” do Judiciário*, [Online]. Viomundo. Disponível em: <<http://www.viomundo.com.br/politica/nazareno-fonteles-reage.html>> Acesso em 11 maio 2013.

BARROSO, L. R. 2006. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed., São Paulo: Saraiva.

BARROSO, L. R. 2010a. *Conversas Acadêmicas: Luís Roberto Barroso (I)*, [Online]. Os Constitucionalistas. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/conversas-academicas-luis-roberto-barroso-i>> Acesso em: 13 maio 2013.

BARROSO, L. R. 2010b. *Conversas Acadêmicas: Luís Roberto Barroso (II)*, [Online]. Os Constitucionalistas. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/conversas-academicas-luis-roberto-barroso-ii>> Acesso em: 13 maio 2013.

BRASIL. 2012. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Brasília: Senado Federal.

BRASIL. 2013a. Conselho Nacional de Justiça. *Sobre o CNJ*, [Online]. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj>> Acesso em: 11 maio 2013.

BRASIL. 2013b. Senado Federal. *Atividade Legislativa*, [Online]. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/>> Acesso em: 11 maio 2013.

BUNCHAFT, M. E. 2011. *O Supremo Tribunal Federal e a anencefalia*. *Revista Ethic@*, Santa Catarina, v. 10, n. 3, p. 55-82.

CAMILLOTO, Bruno. *Direito, democracia e Razão Pública*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

CALVET, T. M. 2003. *A ideia de liberalismo político em Rawls: uma concepção política de justiça*. Petrópolis: Vozes.

CANOTILHO, J. J. G. 2003. *Direito constitucional*. 7. ed.; Coimbra: Almedina.

CATTONI DE OLIVEIRA, M. A. 2006. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos.

CONJUR. 2012. *Anuário da Justiça Brasil 2012*. São Paulo: Revista Consultor Jurídico.

FREEMAN, S. 1994. *Democracia e controle de constitucionalidade*. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 32, p. 181-241.

FREEMAN, S. 2001. *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge, Mass.: Cambridge University Press.

GARGARELLA, R. 2000. *As teorias da justiça depois de Rawls*. São Paulo: Martins Fontes.

HABERMAS, J.; RAWLS, J. 1998. *Debate sobre el liberalismo político*. Barcelona: Paidós.

HABERMAS, J. 2003 *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

HART, H. L. A. 2009. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes.

HART, H. L. A. 1989. *Rawls on liberty and its priority*. In: DANIELS, Norman. *Reading Rawls: critical studies on Rawls*. Los Angeles: Stanford University Press.

MENDES, C. H. 2008. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier.

MENDES, G. F. 2005. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva.

RAWLS, J. 1999. *A Theory of Justice*. Cambridge, Harvard University Press.

RAWLS, J. 2003. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes.

RAWLS, J. 2000a. *Justiça e democracia*. São Paulo, Martins Fontes.

RAWLS, J. 2001. *O direito dos povos*. São Paulo: Martins Fontes.

RAWLS, J. 2011. *O Liberalismo Político*. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes.

RAWLS, J. 2005. *Political Liberalism*. Expanded Edition. Nova York: Columbia University Press.

RAWLS, J. 2000b. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves; São Paulo: Martins Fontes.

SILVA, V. A. 2009. *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 250, p. 197-227.

TOLEDO, C. 2005. *Introdução à edição brasileira*. Em: ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva; Rev. Claudia Toledo. 2. ed., São Paulo: Landy Editora.

TUSHNET, M. V. 2003. *Alternative Forms of Judicial Review*. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 8, p. 2781-2802.

WALDRON, J. 1999. *Law and disagreement*. Oxford: Clarenton Press.

**O HEDONISMO DA CRUELDADE:
SADE, O ESTADO, A MORAL E A LOUCURA**

*Ramon Mapa da Silva*⁴³

⁴³ Doutorando pela UFMG, professor no curso de Direito da Unipac Itabirito.

RESUMO

O presente trabalho pretende fazer uma breve análise da obra de Donatien Alphonse François, Marquês de Sade, sob a ótica da filosofia e da teoria do direito. Sade, como filho de sua época foi um iluminista ferrenho, crítico das tradições e das mistificações advindas das mesmas. Sua análise provocadora do homem e da natureza pode servir de base para enfrentarmos problemas do direito contemporâneo.

1. Introdução

É preciso sempre remeter a Sade, isto é, ao homem natural, para explicar o mal.
(Baudelaire)

Ao longo daquilo que se convencionou chamar de história do pensamento, muitos autores, filósofos, políticos e literatos se ocuparam da análise de um assunto presente há muito na história ocidental: o Estado. A relação do indivíduo com o Estado, assim como a formação do mesmo são constantes na pena de muitos pensadores notórios. Algumas posições a respeito se tornaram clássicas, como a defesa hegeliana do Estado enquanto potenciador da liberdade plena do homem. Exemplo sublime do *Geist*, do espírito, do caminhar do homem sobre a terra, o Estado seria a realização da razão em termos morais e jurídicos, ontologicamente anterior ao indivíduo e, portanto, o seu formador. Assim temos também as ideias de Hobbes, que concebe o Estado como um imenso Leviatã, formado pelas liberdades cedidas de todos para se proteger do estado de natureza, onde a insegurança e a miséria imperam. O império do Estado representa em Hobbes a garantia de vida e segurança para todos os súditos. A fórmula o “homem é o lobo do homem” tem, no pensamento do filósofo inglês, o intuito de demonstrar a realidade do homem longe do Estado Civil, jogado no Estado de Natureza.

Outros autores, como Marx, por exemplo, viam no Estado uma associação de interesses egoísticos (no autor em comento, dos interesses burgueses) em busca de legitimação para sua imposição sobre as demais pessoas. Não passaria o Estado de um sindicato burguês, moldando as condições políticas e jurídicas para melhor atender aos interesses da classe hegemônica. Com a revolução proletária e com a conseqüente ascensão do comunismo o Estado burguês seria abolido dando espaço para uma nova ordem baseado numa ética natural em que todos seriam atendidos de acordo com as respectivas capacidades e necessidades.

Sob a égide de um grosseiro pragmatismo podemos enxergar duas correntes principais no pensamento político: os contratualistas, os que defendem a tese de que um pacto entre os súditos, motivado às vezes pelo medo, outras vezes pela necessidade de prosperidade, é o que gera o Estado, e os não-contratualistas, pensadores que pensam o Estado surgido de uma outra ordem, às vezes da razão e da tradição (Hegel, Schmitt), outras vezes da violência (Nietzsche, Marx, Freud). Podemos enfileirar na primeira corrente Rosseau, Hobbes e Locke, autores modernos que viam num contrato a origem do Estado Moderno. Na segunda corrente podemos colocar Nietzsche, Marx, Freud, os chamados filósofos da suspeita, na expressão de Adorno, e um triunvirato que já se tornou um clichê da história intelectual.⁴⁴

Sob o mesmo pragmatismo podemos dizer que em Nietzsche a dominação que o Estado representa é cultural, representado pela moral dominante do rebanho e sua configuração religiosa, o cristianismo, em Marx a dominação é econômica, na oposição dialética constante entre os donos dos meios de produção e o proletariado, em que o Estado faria parte da superestrutura ideológica que naturaliza e justifica a dominação, e em Freud a dominação como mal necessário para o progresso, uma vez que, somente impedindo a livre manifestação instintiva o desenvolvimento civilizatório seria possível. Dessa forma, em Freud, o Estado é uma neurose, uma projeção do superego individual com vistas ao controle libidinal de todos.

Se mantivermos essa classificação simplista em mente o que faríamos com um autor tão *sui generis* quanto o Marquês de Sade? Nem filósofo nem literato, nem criminoso nem inocente, nem louco nem são. Onde encaixar suas concepções cruéis acerca do homem, de deus, do direito e do Estado? Seu individualismo selvagem, que encontra sua realização no prazer da tortura e da sexualidade desenfreada, foi condenado tanto pelo *Anciën Regime* quanto pela França pós 1789.

Donatien Alphonse François, o Marquês de Sade escreveu obras classificadas como libertinas (Justine, A filosofia na Alcova, 120 dias de Sodoma, A nova Justine, História de uma irmã Juliete, entre várias outras) e em todas elas há uma busca constante, monótona às vezes, de uma busca pela transgressão, pela perversão, pela inversão de tudo o que é considerado normal e virtuoso. As imagens que constrói são fortes, nauseantes por vezes, mas

⁴⁴ MAN, Paul de – Alegorias da Leitura, linguagem figurativa em Rosseau, Nietzsche, Rilke e Proust, Editora Imago, Rio de Janeiro, RJ: 1996

dentro da impossibilidade de alguns dos fetiches que Sade narra, há toda uma concepção da moral e da virtude, concepção essa que se bate com a ideia sádica sobre a natureza.

Se a natureza foi uma concepção comum a muitos pensadores modernos, dando ensejo inclusive às ideias recorrentes sobre o direito natural, essa mesma natureza era, em geral, concebida como um reino de harmonia e expressão terrena do poder divino. Em Sade, ao inverso, a natureza é violenta, exuberante em crime e crueldade. Não há poder divino que a harmonize e sua única e real lei é a busca constante pelo prazer a qualquer custo. Sade concebe então, uma filosofia moral da natureza, uma análise do mundo baseado em leis naturais que não devem ser contrariadas e afastadas.

2. A filosofia da natureza em Sade

Entre a lei e a religião, a virtude o viver ético, Sade enxerga uma teia que violenta a única verdade incontestável: a Natureza. Para ele toda filosofia moral de sua época é um desrespeito à essência real da Natureza, uma vez que busca nela todas as justificativas para a submissão dos instintos, frutos da Natureza mesma. O “bom selvagem” de Rousseau apresenta uma nobreza romântica infinitamente distante da liberdade instintiva que Sade enxerga no “verdadeiro selvagem”. Por isso sua atitude iconoclasta em perverter as ideias do filósofo. Se em Rousseau vemos o “bom selvagem”, obra perfeita e virtuosa da vontade de deus, em Sade temos o “verdadeiro selvagem”, obra perversa e violenta da vontade de Satanás:

A natureza...marcha em passos rápidos para seu fim, provando a cada dia aos que a estudam que ela cria apenas para destruir e que a destruição, a primeira de todas as suas leis, já que sem ela não chegaria a nenhuma criação, lhe agrada muito mais que a propagação, que uma seita de filósofos gregos chamava, como muita razão, de o resultado dos homicídios.

Quem duvida ... que o homicídio é uma das leis mais preciosas da natureza? Qual a sua finalidade quando ela a criou? Não é de ver logo destruída sua obra? Se a destruição é uma de suas leis, aquilo que destrói, então obedece-a!⁴⁵

Existe uma semelhança entre a concepção de natureza de Rousseau e Sade. Para ambos o homem em Estado de Natureza é feliz, sendo corrompido quando entra em contato com o Estado Civil. Mas, enquanto em Rousseau esse contato é inevitável para manter a prosperidade concedida pela Natureza, em Sade as leis civis são um desrespeito contra as leis naturais, um verdadeiro contrasenso. Se em Rousseau o “selvagem” é feliz, pois desconhece o pecado e age eticamente porque isso lhe é próprio, em Sade o “selvagem” é feliz porque não há nenhuma

⁴⁵ SADE, Marquis de, *Justine ou lês malheurs de la vertu*, Idées/Gallimard, Paris: 1981,p. 56 (tradução livre)

instância que o coaja é conter seus instintos, sendo o mesmo inteiramente livre para violentar, ser cruel e homicida, realizando a lei primordial da natureza, que segundo Sade, ordena matar e destruir.

Pode-se buscar uma identidade entre o Estado de Natureza de Sade e o *bellum omnium contra omnes* de Hobbes, mas essa identidade, assim como o do “selvagem” de Rosseau não passa de aparência. Ainda que em ambos o Estado de Natureza seja um estado de permanente violência, em Hobbes é um estado de desprazer e miséria, que leva os homens, no uso da razão, a ceder seus direitos de liberdade para criar o Estado Civil e preservar a vida:

*Nesta lei da natureza reside a fonte e a origem da justiça. Porque sem um pacto anterior não há transferência de direito, e todo homem tem direito a todas as coisas, conseqüentemente nenhuma ação pode ser injusta. Mas depois de celebrado um pacto, rompê-lo é injusto. E a definição de justiça não é outra senão o não cumprimento de um pacto.*⁴⁶

Para Hobbes o Estado nasce a partir da iluminação pela razão e de uma transferência legítima de direitos através de um pacto. Para Sade, esse mesmo Estado é fruto de um desvirtuamento do que é certo para uma Natureza e um deus maldosos. Mais, para ele o Estado e a sociedade não passam de ilusões, uma vez que é impossível ir permanentemente contra os desígnios naturais:

*Não há nenhum ser no mundo...que por uma ação, por mais importante que seja, por mais irregular que ela pareça, possa invadir os planos da natureza, possa atrapalhar a ordem da natureza. As operações desse celerado são obra da natureza como a cadeia de acontecimentos que ele crê alterar...É...uma verdadeira blasfêmia ousar dizer que uma criatura fraca como nós possa, de alguma maneira, atrapalhar a ordem do mundo ou usurpar o ofício da natureza.*⁴⁷

Como criação antinatural o Estado é, para Sade, obra de loucos, celerados. As virtudes e as leis não existem na natureza, portanto, diz sua iconoclastia insana, são também fruto de mentes corrompidas pela desrazão. A Natureza é o verdugo do virtuoso, pois impõem a ele as maiores provações e torturas, quando não uma morte violenta e desprovida de sentido. Esse determinismo terrível acomete Justine. Irredutível em seu ideal de não se deixar corromper Justine sofre todo tipo de sevícias de seus algozes que acabam por libertá-la. Ao se ver livre é atingida por um raio e morre. A lição aqui é clara, por negar-se a se entregar aos

⁴⁶ HOBBS, Thomas, *Leviathan or the Matter, Form and Power of Commonwealth Ecclesiastical and Civil*, bibliografia incompleta (tradução livre)

⁴⁷ SADE, Marquis de, *Justine ou lês malheurs de la vertu*, Idées/Gallimard, Paris: 1981, p. 129 (tradução livre)

desígnios naturais é pela natureza vingadora que Justine falece. Por preferir os “males da virtude”, a natureza a pune:

A virtude conduz apenas à inação mais estúpida e mais monótona, o vício, a tudo o que o homem pode esperar de mais delicioso sobre a terra. Duvidar que a maior soma de felicidade possível que deva o homem encontrar sobre a terra seja irrevogavelmente no crime, é duvidar que o astro do dia seja a primeira força motriz da vegetação. Sim, meus amigos, assim como esse astro sublime é o regenerador do universo, o crime é o centro de todos os fogos morais que nos agitam.⁴⁸

Mas, da mesma forma que a obra do celerado que tenta ir contra a Natureza é também fruto dessa ordem que ele tenta perverter, a moral e a lei são também produtos desse determinismo e cumprem uma função libidinosa importante. Sem elas não existe o crime e a perversão e sem o crime e a perversão não existe o real prazer. Enquanto obstáculos sua existência é fundamental, pois sem sua superação a Natureza não pode reinar e o prazer do homem que vive de seus instintos libertinos também não:

Não é necessário imaginar que seja a beleza de uma mulher que mais excita o espírito de um libertino, é sobretudo a espécie de crime que as leis civis e religiosas atribuíram a sua possessão, a prova está em que quanto mais essa possessão é criminosa, mais nós ficamos excitados.⁴⁹

É por isso também que o sádico deve ser um crente. Sem a crença, a blasfêmia e a profanação não podem acontecer. O uso ofensivo de hóstias e crucifixos, introduzidos muitas vezes no ânus das “vítimas”, ou friccionados contra o órgão genital em meio a imprecações das mais variadas demonstra isso tão bem quanto as blasfêmias contra um deus e uma transubstanciação da vida que o libertino está convicto de existir:

Três quartos da Europa atribuem idéias religiosas a essa hóstia e a esse crucifixo, e daí vem que eu adoro profaná-los, eu afronto a opinião pública, isso me diverte, eu piso nos preconceitos de minha infância, eu os aniquilo, isso me excita a mente.⁵⁰

Assim, da mesma forma que em Dostoiévski e Stendhal o mal deve existir para que o homem encontre redenção no final, em Sade o bem é fundamental para que o gozo blasfemo seja mais completo. A depravação só pode existir se existir algo a se depravar.

A relação do libertino com o outro, e mais profundamente, com o corpo do outro é da mesma ordem. Não é mera destruição do outro, o homicídio puro e simples que dá satisfação

⁴⁸ SADE, Marquis de, *Justine ou les malheurs de la vertu*, Idéis/Gallimard, Paris: 1981 p. 98 (tradução livre)

⁴⁹ SADE, Marquis de, *Justine ou les malheurs de la vertu*, Idéis/Gallimard, Paris: 1981p. 107 (tradução livre)

⁵⁰ SADE, Marquis de, *Histoire de Juliette*, Edition Definitive, Idée/Gallimard, Paris: 1962, pág. 64 (tradução livre)

ao sádico. O corpo é um templo, um objeto sacro a ser invadido, devassado, devastado em busca do prazer. A verdade do corpo em dor é que dá ao libertino seu prazer. O uso pervertido do corpo, o gozo incomum, contra as regras da virtude e da religião, o incesto, a zoofilia e a tortura. O corpo para o sádico é uma propriedade para ser explorada e abusada. As constantes cenas de sodomia em Sade refletem bem sua concepção do corpo alheio como objeto do prazer. Sua visão é quase mecanicista, vendo no ânus um receptáculo mais apropriado à penetração, uma vez que sua forma se adequaria ao formato arredondado do pênis, bem como sua defloração inicial causaria dor, fundamental para o real prazer.

O corpo é o local onde reside o prazer e o direito de explorá-lo, onde a regra de ouro de Sade mais vale. Para Sade eu tenho o direito de usar do corpo do outro para o meu prazer, ainda que isso o leve à morte. Essa regra de ouro vale também para mim. Devo me sujeitar se alguém quiser se utilizar de meu corpo enquanto fonte de prazer, ainda que isso signifique minha extinção. Temos um imperativo categórico sádico, que Lacan enxerga muito próximo ao de Kant, uma regra moral que deve ser seguida simplesmente pelo dever. Mas a perversão é clara, uma vez que o outro em Kant é sempre um fim em si mesmo, e em Sade é sempre um meio para o gozo alheio:

A quantidade mais extensa de lesões em outras pessoas que não se deve fisicamente sentir; não pode ser posta como compensação aos mais leves dos gozos comparados por esse conjunto inaudito de delitos...Qual o homem razoável que não daria preferência às coisas que o deleitam e não àquilo que lhe é estranho?⁵¹

Temos em Sade, então, um egoísmo virulento, única virtude eminentemente natural, pois liberta o homem para o exercício desmedido de seus instintos. Mas a relação entre o sádico e o outro não é tão simples. Há um limite para o abuso do corpo alheio, pois a morte extingue o prazer que ele proporciona. O gozo que se extrai dele é limitado pelo seu fim, portanto o prazer do libertino sádico nunca é total, seu gozo nunca é pleno. A destruição em Sade não é ilimitada, pois ela pode por fim ao prazer.

3. O Estado em 120 dias de Sodoma

Em 120 dias de Sodoma Sade constrói uma história em que um sindicato de libertinos seqüestra um grupo de adolescentes que serão submetidas a uma série de terríveis sevícias corporais. Coprofilia, sodomia, torturas das mais variadas se seguem nas páginas onde o Marquês expõe sua doutrina moral, baseada no crime como lei maior da natureza.

⁵¹ SADE, Marquis de, *Justine ou lês malheurs de la vertu*, Idéis/Gallimard, Paris: 1981p. 45 (tradução livre)

A construção dos libertinos, de uma mansão onde todas as sevícias podem encontrar livre curso é uma projeção da ideia sádica sobre o Estado. O Estado em Sade deveria possibilitar a efusão livre dos instintos, mantendo as estruturas legais e religiosas unicamente para dar ao libertino o prazer da violação, da profanação e da perversão. O sindicato libertino representa em muitos sentidos o tipo de elite perversa que Sade pretendia ver no controle do mundo, e que em alguns aspectos, foi a elite de sua época e responsável por seu internamento durante quarenta anos.

Não é segredo que as alcovas da época vitoriana eram palco para todo tipo de adultério e libertinagem entre os membros da nobreza aristocrática. Entretanto, a moral da época disfarçava esses atos, e os textos do divino Marquês precisavam ser condenados para dar a impressão de que a aristocracia era pudica e seguidora dos preceitos religiosos. Sua internação como louco, estratégia de sua esposa para salvar-lhe primeiro da forca, depois da guilhotina, teve também o sentido de descredibilizar seu trabalho como obra de um louco.

Adorno enfileira Sade ao lado de Nietzsche e Kant como um dos “implacáveis realizadores do esclarecimento”⁵², pois mostram “como a submissão de tudo aquilo que é natural ao sujeito autocrático culmina exactamente no domínio de uma natureza e uma objectividade cegas.”⁵³ O questionamento de Sade, assim, não vai somente no sentido de denunciar o desvirtuamento da Natureza pela lei e pela religião, mas sim, aceitar essa reificação da realidade que o pensamento burguês tão bem representaria no que tange o trato do outro.

O outro se torna um objeto para o gozo do sujeito sádico, que o domina e reifica. O Estado em Sade deve permitir esse tipo de objetivação, possibilitando o extravasamento libidinal da classe de libertinos que deve dominar. Esses homens, seguindo os preceitos naturais, teriam o direito de castigar e abusar dos demais em busca do prazer e isso o Estado libertino, a Sodoma que Sade reconstrói deve garantir.

4. Considerações finais

⁵² ADORNO, Theodore, HORKHEIMER, Max, *Dialética do Iluminismo*, in *Os Pensadores – Adorno*, Editora Nova Cultural Ltda, São Paulo, 1999

⁵³ ADORNO, Theodore, HORKHEIMER, Max, *Dialética do Iluminismo*, in *Os Pensadores – Adorno*, Editora Nova Cultural Ltda, São Paulo, 1999. Pág 7.

Foucault via em Sade um virulento projeto de desconstrução da literatura e da filosofia. Para ele Sade é também um dos inauguradores da modernidade, em seu projeto de desmistificação.⁵⁴ Essa desconstrução se dava muitas vezes na inversão do discurso filosófico, ou ainda na perversão de ideias de filósofos morais como Rousseau e Voltaire.

Para não lidar com Sade, a filosofia e o pensamento literário aceitaram o érebo a que sua obra foi condenada pela política de sua época e pelo pudor dos bibliotecários.

A redescoberta de Sade pela literatura só se deu na metade do último século pela geração *beat*, que via em sua crítica da moral e da religião inspiração para seu projeto libertário. Ainda que a filosofia crítica tenha começado a análise de Sade, o selo de sua loucura não permitiu ainda uma mirada mais efetiva de sua obra. Assim como a Bastilha em queda, que serve de fundo para o “Retrato Imaginário de Marquês de Sade” de Man Ray, a moral decadente que ele denuncia como falsa e antinatural serve como horizonte para o retrato de nossa própria época. Um retrato que ainda precisamos criar a coragem de mirar.

BIBLIOGRAFIA

ADORNO, Theodore; HORKHEIMER, Max. *Dialética do Iluminismo*, in Os Pensadores – Adorno, Editora Nova Cultural Ltda, São Paulo, 1999.

FOUCAULT, Michel. A filosofia e a Literatura, org, Roberto Machado, bibliografia incompleta.

HOBBS, Thomas. *Leviathan or the Matter, Form and Power of Commonwealth Ecclesiastical and Civil*, bibliografia incompleta

MAN, Paul de – Alegorias da Leitura, linguagem figurativa em Rousseau, Nietzsche, Rilke e Proust, Editora Imago, Rio de Janeiro, RJ: 1996.

SADE, Marquis de. *Justine ou les malheurs de la vertu*, Idéis/Gallimard, Paris: 1981.

⁵⁴ FOUCAULT, Michel, A filosofia e a Literatura, org, Roberto Machado, bibliografia incompleta.

SADE, Marquis de. *Histoire de Juliette*, Edition Definitive, Idée/Gallimard, Paris: 1962.

ANTECEDENTES E FUNDAMENTOS HISTÓRICO-FILOSÓFICOS DA IDEIA DE SISTEMA E SUA GÊNESE NO PENSAMENTO DE HEGEL

José Carlos Henriques⁵⁵

RESUMO

O presente trabalho, escrito como roteiro de leitura, pretende se apresentar como uma paráfrase compreensiva do conteúdo da introdução e dos três primeiros capítulos do relatório de pesquisa, intitulado “A construção hegeliana: um paradigma da racionalidade sistêmica”, apresentado ao CNPQ, pelo Pe. Henrique Cláudio de Lima Vaz, pesquisa efetivada no biênio 1988/1989. Trata-se de buscar compreender como, no pensamento de Hegel, teria se originado a ideia de sistema e, uma vez gestada esta, qual teria sido seu percurso rumo ao reconhecimento de sua importância e mesmo centralidade na filosofia hegeliana.

1. Introdução

O texto do relatório acima mencionado foi objeto de recente publicação, pela Edições Loyola, em 2014, no contexto do projeto “Edição da obra filosófica inédita de Henrique Cláudio de Lima Vaz”, constando do volume intitulado “A formação do Pensamento de Hegel” que, além do texto do relatório, objeto do presente estudo, traz a público a primeira parte do curso “A dialética da História em Hegel”, ministrado por Lima Vaz, na FAFICH/UFMG, em 1982 e, ainda, como apêndices, apresenta o plano e bibliografia dos demais cursos sobre Hegel, conduzidos pelo autor na mesma instituição, que serão objeto de posterior publicação, conforme se noticia.

Ademais, o volume dado a público contém uma longa introdução, que pretendeu traçar o perfil filosófico de Lima Vaz, apresentando-o como um pensador cristão, de matiz hegeliano, intitulada por isto, “Perfil hegeliano do filósofo cristão”, de autoria de Arnaldo Fortes Drummond, ex-aluno e orientando de Pe. Vaz.

Infelizmente, muito embora conste do texto, expressamente, referências ao término da pesquisa de que nos dá notícia o relatório, e à intenção de publicação de seus resultados em forma de livro, na coleção Filosofia de Edições Loyola tendo sido, inclusive, previsto o biênio 1990-1991 para a publicação do volume, esta não se efetivou, nem mesmo o livro, ainda que manuscrito ou inacabado, teria sido encontrado no espólio de Pe. Vaz circunstância, aliás, não

⁵⁵ Doutorando em Direito pela UFMG, mestre em Direito e em Filosofia. Professor da Unipac Itabirito.

esclarecida nem mesmo por aqueles que com ele conviveram no interstício delimitado entre o fim da pesquisa, em 1989, e o ano de seu desaparecimento, em 2002. Enfim, até o momento, como registra Arnaldo Drummond, não nos é possível saber “porque um programa tão bem delineado de um livro, fartamente comentado com notas e bibliografia, nunca foi executado”.⁵⁶

Segundo parece, o relatório de pesquisa de que ora nos ocupamos resume parte dos cursos sobre Hegel, ministrados pelo autor na FAFICH/UFMG, ao longo de anos, uma vez que, freqüentemente e de forma expressa o autor assim o reconhece, apontando, em muitas passagens, o uso que teria feito destes cursos, suas anotações e resultados, para o incremento da pesquisa. Isto certamente, em muito teria contribuído para a solidez do trabalho, conduzido metodicamente e por longo tempo, contemplando ampla e relevante bibliografia sobre os temas em discussão, como é fácil concluir a partir da leitura das notas apostas ao texto.

O objetivo da pesquisa, por si mesmo, assombra, pela amplitude, pela lucidez e clareza na sua enunciação: “estudar na obra de G. W. F. Hegel (1770-1831) a gênese e a formação da ideia de sistema e, nas suas linhas fundamentais, a execução hegeliana do projeto de um sistema filosófico que encerrasse o percurso enciclopédico (no sentido hegeliano do termo) do saber e se constituísse, desta sorte, como o fundamento teórico de todo o edifício intelectual construído pela civilização da Razão ao longo de 26 séculos”.⁵⁷

Não se trata, como esclarece Lima Vaz, em seguida, de inventariar e/ou comentar os escritos de Hegel sobre a noção de sistema, mas de “estudar o Sistema hegeliano como forma paradigmática da atividade da Razão filosófica na tarefa essencial que a tradição ocidental lhe atribuiu, qual seja, a transcrição da ordem pressuposta da realidade para as articulações conceptuais da ordem demonstrada da Razão”.⁵⁸

⁵⁶ DRUMMOND, Arnaldo Fortes. *Perfil hegeliano do filósofo cristão*. In: *A formação do pensamento de Hegel*. São Paulo: Edições Loyola, 2014. p. 71. Arnaldo Drummond supõe, “na ausência de melhor testemunho”, que o autor tenha feito “um recuo provisório, à espera daquele momento de grande esforço para reescalar ‘a montanha hegeliana’, com a preocupação de quem não apenas atingiu o seu cume, mas de construir a trilha segura para o acesso aos que nunca lá estiveram. Por tal exigência, própria do seu rigor, o livro talvez devesse aguardar a quarentena de uma boa urdidura que, afinal, não se concluiu, colhido que foi pela surpresa da doença que o vitimou mortalmente.” *Op. Cit.* p. 72.

⁵⁷ VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *A formação do pensamento de Hegel*. São Paulo: Edições Loyola, 2014. p. 85.

⁵⁸ *Op. Cit.* p. 85.

Neste sentido, a pesquisa se voltaria para a compreensão da história intelectual do Ocidente, enquanto civilização da Razão, ou seja, civilização que colocou “no centro do seu universo simbólico a ideia de Razão demonstrativa” e, com isto, se vê confrontada e se impõe, permanentemente, a obrigação de se reinterpretar, reavaliando e reorganizando “as lógicas que orientam as coordenadas fundamentais desse universo – crenças e costumes, representações, organização social e política”, motivo pelo qual a pesquisa, partindo da história da filosofia, iria desaguar no campo da filosofia da cultura e da filosofia social e política.⁵⁹

Quanto à atualidade da pesquisa, encontrou-a o autor na possível contribuição que esta traria para a compreensão da contemporaneidade, considerando-se a expansão, em nosso tempo, da “racionalidade sistêmica em todas as direções do universo simbólico da nossa civilização”, sendo necessário e adequado decifrar esta forma de racionalidade para, com isto, compreendermos a conformação atual assumida pela civilização no Ocidente.⁶⁰ Ora, o ponto mais alto e paradigmático da construção e exercício de uma racionalidade sistêmica poderá, sem erros, ser encontrado no pensamento hegeliano, sólido paradigma de construção sistemática, do que decorre uma natural opção pelo estudo de Hegel.

Do ponto de vista metodológico, conforme se esclarece, convergem dois roteiros heurísticos, a saber, uma vertente lógico-formal e outra hermenêutica, isto para uma visão do Sistema hegeliano, como um todo, sempre seguindo sua ideia diretiva, qual seja, a celebrada identidade dialética entre o real e o racional.

Comparece firme a convicção segundo a qual a civilização da Razão, compreendida como discurso demonstrativo – daí a vertente lógico-formal -, busca alcançar um metadiscurso compreensivo – daí a vertente hermenêutica -, tudo na tentativa de viabilizar a postulada correspondência entre a ordem das razões (lógica) e a ordem do real, cuja homologia, de resto, se evidenciava já no surgimento mesmo da ciência e da filosofia entre os gregos.

⁵⁹ *Op. Cit.* pp. 85-86.

⁶⁰ A expressão grifada comparece em: VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *A formação do pensamento de Hegel*. São Paulo: Edições Loyola, 2014. p. 86.

Por isto, a adequada formulação racional desta homologia entre o real e o racional, percebida a ordenação intrínseca do trânsito de um a outro, na identidade dialética que a ambos media foi, desde o início, tendencialmente sistemática, até alcançar seu ponto mais elevado no Sistema hegeliano. Eis porque se torna relevante acompanhar o evoluir histórico da ideia de Sistema no Ocidente: trata-se de buscar afinal as raízes deste “imperialismo da razão sistêmica” que, com Hegel atinge sua formulação mais acabada.

A metodologia, portanto, muito apropriada, acompanhará os estágios das “formas da *razão sistemática* na história da filosofia ocidental, segundo as duas faces que a constituem: como *lógica* do discurso e como *hermenêutica* da realidade”, sem desconhecer e considerar que “a *lógica* contém em si uma virtualidade hermenêutica e a de que a *hermenêutica* se exerce segundo cânones da *lógica*”, em um quiasmo sobre o qual se “assenta toda a construção do Sistema”.⁶¹

Por tudo, como método, toma-se uma dupla via, mas convergindo suas trilhas na ideia de Sistema que, com Hegel, se formula em máximo grau: passa-se de uma suposição de que a ordem do real seja sistematizável à audaz afirmação da identidade dialética entre o real e o racional, *lógica* e *hermenêutica* da realidade se congregam, indissociavelmente.⁶²

Acompanharemos, em seguida, o relato dos momentos decisivos do aparecimento da ideia de sistema, na história da filosofia ocidental, até sua culminância na gênese do Sistema hegeliano, tendo sido este o objeto dos primeiros três capítulos da pesquisa.

2. A ideia de Sistema no pensamento antigo e medieval.

A ideia de Sistema, no pensamento antigo, encontra seu pleno desenvolvimento na obra de Platão, para a qual concorre uma série de contribuições surgidas anteriormente, fruto das transformações pelas quais passou a cultura grega, desde as origens do pensamento científico, culminando como o nascimento do espírito filosófico, entre os gregos.

⁶¹ *Op. Cit.* p. 86-87.

⁶² Pe. Vaz esclarece que pensar esta identidade dialética permanece sendo, “talvez, o ato filosófico mais empenhativo exigido pelos tempos pós-hegelianos, pelo nosso tempo” e, quiçá, diríamos, por todos quantos, agora e no futuro, se interessarem pela filosofia, precisamente enquanto esta comporta, como seu maior, e mesmo central, desafio pensar a realidade, em seu próprio tempo, o que exigirá do filósofo, como ensina Hegel, apropriar-se deste mesmo tempo, na e pela história. Conferir, *Op. Cit.* p. 87-88.

Percorrendo uma considerável bibliografia, Lima Vaz aponta como trilhas que nos conduziriam à maturidade da ideia de Sistema na obra platônica, os seguintes passos:

1. A descoberta da demonstração matemática, acompanhada das tentativas pré-euclidianas de articulação lógica dos ‘elementos’;
2. A descoberta da idéia de ‘lei’ (*nomos*) no âmbito da experiência jurídico-política, estendendo-se esta, por homologia, à natureza, gestando-se a noção de ordem *kosmos* que, na tradição pitagórica, alcançaria outros campos, como a ética;
3. A descoberta do esquema teleológico na Natureza, com o postulado de um Intelecto (*nous*) ordenador;
4. A elaboração das formas e regras do discurso retórico, na Sofística do século V, e sua inter-relação com o desenvolvimento da prosa filosófica;
5. O avanço da teoria do conhecimento no contexto do relativismo sofístico e da teoria do ‘homem-medida’, além do nascimento da ciência do *ethos*, no âmbito da tradição sofístico-socrática.⁶³

Conclui-se que a ideia de Sistema se origina exatamente no campo de reflexão ética, comparecendo esta como tentativa de solução para o conflito natureza-convenção, e como busca de integração entre o domínio da ação e “a organização do universo simbólico das sociedades sobre as bases do *lógos* demonstrativo”.⁶⁴ Ou seja, o discurso ético, precisamente ao ordenar, em termos normativos, o campo próprio da ação humana, deveria situá-lo em um mais dilatado âmbito de compreensão da ordem social, justificada esta pela razão, decorrente de um exigente esforço de visão totalizante da realidade, apto a instituir, como projeto, a construção de um Sistema pela Filosofia, precisamente como um saber sobre o Todo.

Aliás, parece-nos, o nascimento mesmo da forma filosófica de saber caminha, desde o início, para esta formulação: constituir-se como uma demonstração racional justificante (*lógos* demonstrativo) da totalidade. Se não nos enganamos, a filosofia da *physis*, à procura pela *arché*, já apontaria nesta direção: só há filosofia do todo, no reconduzir-se do múltiplo ao Uno originário. Aqui o recorrente problema, desde a filosofia antiga: pensar o todo, melhor, o Uno e o Todo.

⁶³ *Op. Cit.* p. 89-90.

⁶⁴ *Op. Cit.* p. 90.

Com Hegel, este caminho-tarefa atingiria seu ponto mais elevado, na afirmação da identidade dialética entre o real e o racional, entre a compreensão da realidade, múltipla, e da racionalidade, enquanto unidade justificante. Assim, desde o início, de forma tensa, a forma filosófica de saber busca se ordenar como um saber da totalidade, Filosofia e Sistema são tendentes a uma sinonímia. O Sistema é a Filosofia elevada a sua potência máxima, um projeto que a história da filosofia ocidental assumiu: dizer o Todo.

Mas, foi com Hegel que este projeto logrou êxito, porque no pensamento hegeliano, Filosofia e Sistema, dialeticamente, se identificam: só há filosofia do Todo, o mais é segmentação e discurso setorial, faltando-lhe a necessária racionalidade compreensiva da realidade, daquilo que, efetivamente, é.

O Sistema se configura como ponto de chegada do saber filosófico, que é já seu início: porque dizer *filosoficamente* o Todo é projeto que precisa conhecer a história, como seu lugar de aparecimento e maturação.

Com Hegel, a Filosofia é Sistema, o inicial projeto da forma filosófica de saber alcança um inultrapassável *tópos*: dialeticamente, o saber sabe-se a si mesmo, sabendo-se na e pela história, historicidade da razão e racionalidade da história, assim a filosofia se *realiza*, diz o todo, é saber da totalidade, é Sistema, é *Sophia*.

A identificação dialética entre Filosofia, História e Sistema o que, antes de Hegel, não havia, com ele, foi pensado, não como simples tarefa, mas como pensar posto, atuante e atual, saber de si e por si: a Filosofia se põe a tarefa de autocompreender-se na história como saber do Todo, estamos no alto da montanha hegeliana, para lembrar a elucidativa metáfora de Pe. Vaz.

Recordem-se as primorosas lições do Prof. Joaquim Carlos Salgado, no sentido de que toda a história da filosofia, até Hegel, é a condição de possibilidade da configuração de sua filosofia como sistema, ou seja, não houvesse a ideia se desenvolvido, tal como ocorreu, no seu percurso histórico, não seria possível a Hegel, revelar, como seu ponto de chegada, o saber absoluto do Absoluto, como ápice do filosofar. Neste sentido, se a filosofia é reflexão sobre a história, a filosofia de Hegel, como momento de chegada, envolve em si toda a filosofia precedente; é reflexão necessária (como resultado lógico) dos problemas e soluções

propostos pelas filosofias anteriores. O desenvolver-se histórico da ideia assume a forma do sistema.⁶⁵

Com menção aos ensinamentos de Lima Vaz, elucidada ainda o prof. Joaquim Carlos salgado que a filosofia tem por objeto a totalidade do pensável e, por isto, o sistema filosófico hegeliano poderia assim ser apresentado: Lógica: a ideia, pensamento pensante, imediato; Filosofia da Natureza: a ideia (no seu outro), pensamento pensado, alienado; Filosofia do Espírito: a ideia no seu retorno a si, pensamento pensante mediatizado pelo pensamento pensado, em si e para si.⁶⁶

Cada momento de manifestação da ideia, cada novo passo histórico da filosofia, é já Filosofia, antecipa, de algum modo o todo, ao menos como possibilidade do ir adiante. Início e fim se fundem no movimento de autocompreensão da ideia. Daí que todo passo da filosofia seja necessário, a seu tempo, para a compreensão da verdade do todo, tornando possível os movimentos seguintes, num evoluir dialético, até pensar-se o absoluto do Absoluto quando, então, o Absoluto sabe de si, não intuitivamente, mas já como pensamento, como autorreflexão livre.

Aliás, pensar o lugar da liberdade no sistema, será o desafio máximo para a filosofia no Ocidente, de Platão a Hegel e depois, já que compreender o próprio tempo segue sendo a tarefa de todo e qualquer saber que queira se dizer Filosofia.⁶⁷

Prossegue o relatório referindo-se aos resultados obtidos quanto à investigação da ideia de Sistema no pensamento de Platão.

Neste particular, levou-se em conta os dois paradigmas interpretativos do pensamento de Platão: o clássico, que confere primazia à obra escrita (os Diálogos) e aquele pensado pela escola de Tübingen-Milão, “que integra a doutrina dos Diálogos num esquema interpretativo

⁶⁵ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Hegel*. São Paulo: Ed. Loyola, 1996. p. 103.

⁶⁶ SALGADO, A ideia de Justiça em Hegel. Cit... p. 104. Neste particular, acerca da compreensão do sistema hegeliano, o prof. Salgado, expressamente, confere créditos à inspiração interpretativa de Lima Vaz.

⁶⁷ VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *A formação do pensamento de Hegel*. São Paulo: Edições Loyola, 2014. p. 91.

mais amplo, cujo eixo central é a chamada ‘doutrina dos Princípios’ (Protologia), fragmentariamente transmitida nas assim ditas ‘doutrinas não escritas’ (*ágrapha dógmata*).⁶⁸

A partir destes dois paradigmas interpretativos, possível foi afirmar que a ideia de Sistema em Platão “apresenta uma estrutura convergente a modo de cone cujos lados designam as duas vertentes, *lógico-matemática* e *lógico-ética*, do Sistema, e cujo vértice é ocupado pelo Princípio supremo do Uno-bem”.⁶⁹

Para Lima Vaz, a ideia de Sistema em Platão, enquanto esta comparece como uma “Henologia, ou metafísica do Uno e uma Ética metafísica”, - vez que se apresentava como um corpo de razões explicativo da *theoria* e normativo para a *práxis* -, teria se apresentado como uma direção intelectual desafiadora para toda a filosofia no Ocidente, na medida em que exigia uma reflexão justificante sobre o lugar da liberdade no Sistema.⁷⁰ Ou seja, pensar o problema do múltiplo e do Uno, do Uno e do Todo, comparece, para Platão, ao mesmo tempo, como uma exigência teórica e como uma necessidade prático-normativa.

A herança de Platão, quanto à ideia de Sistema, encontra continuidade na Primeira Academia e nos inícios do Liceu, até atingir uma segunda formulação paradigmática no pensamento de Aristóteles.

Considerando-se a continuidade de inspiração entre o platonismo e o aristotelismo, Aristóteles, pela primeira vez, explicitará e codificará “as regras de construção do Sistema na metalinguagem investigada nos escritos lógicos e principalmente nas *Analíticas*”.⁷¹ Ou seja, com Aristóteles o problema lógico, referente à forma de elaboração do Sistema, encontra uma primeira configuração que, de resto, marca a formulação, em seu pensamento, da própria noção de Sistema.

Em Aristóteles, “as linhas do lógico, do físico e do ético-político, convergem para a Filosofia primeira (ou *theologia*), que corresponde à Protologia platônica”, apresentando-se

⁶⁸ *Op. Cit.* p. 90-91.

⁶⁹ *Op. Cit.* p. 91.

⁷⁰ *Op. Cit.* p. 91.

⁷¹ *Op. Cit.* p. 92.

como as linhas formais de seu Sistema que, enfim, “se tornará exemplar para a organização posterior dos saberes filosóficos.”⁷²

Contudo, no pensamento de Aristóteles, considerado o problema da divisão das ciências, entre *teóricas* e *práticas*, comparece uma “ruptura da unidade normativo-explicativa da metafísica platônica do Bem-uno”, ruptura que é compensada com a primazia da teoria sobre a prática, submetendo-se a prudência (*phrónesis*, virtude prática) à sabedoria (*sophia*, virtude teórica), com o que se rearticulam ética e metafísica, com isto, recompondo-se o Sistema, como saber de totalidade.⁷³

Conclui, de forma lapidar, Lima Vaz: “... a ideia de Sistema em Aristóteles retoma a intenção normativo-explicativa da ciência platônica, e essa permanecerá a característica fundamental da ideia antiga de Sistema: a ordem sistemática das razões sendo, ao mesmo tempo, discurso explicativo da realidade e discurso normativo do agir humano, segundo a homologia pressuposta entre a estrutura do real e a estrutura do Sistema, ao qual se acolherá a *práxis* humana em busca de racionalidade e sensatez”.⁷⁴

Em Hegel, esta importante homologia se evidenciará como demonstrada, não apenas pressuposta, implicando-se, dialeticamente, o plano ético-metafísico e o lógico. A *ordem das razões*, em um e outro caso, se evidenciará como caminho histórico de uma racionalidade omnicomprensiva, enquanto Sistema, sem fissuras não assumidas pelo saber da totalidade, como já se assinalou. Enquanto Filosofia, só há saber da totalidade, o mais, ou seja, os saberes parciais, sobre objetos também segmentados, são estágios, momentos, que precisam ser assumidos dialeticamente no saber do todo.

O Estoicismo e o Neoplatonismo se apresentam como estágios intermediários entre os modelos clássicos de Platão e Aristóteles e o modelo medieval de Tomás de Aquino, comparecendo, portanto, como estágios de transição entre estes modelos.

Com o Estoicismo é realçada “a unidade explicativo-normativa do Sistema com a doutrina do Logos cósmico e a ideia de ‘providência’ que será concretizada na doutrina cristã

⁷² *Op. Cit.* p. 92-93.

⁷³ Conferir *Op. Cit.* p. 93.

⁷⁴ *Op. Cit.* p. 93.

da *historia salutis*. Com a tradição neoplatônica, “a doutrina da identificação do *nous* (Inteligência divina) e do *tópos noetós* e a estrutura circular do Sistema” aparecem como “prolegômenos importantes à constituição do Sistema em terreno teológico”.⁷⁵

O pensamento de Tomás de Aquino se situa na continuidade da tradição estóica e neoplatônica, mantendo-se a ideia de Sistema, mas superando a distinção aristotélica entre o especulativo e o prático. Ademais, com Tomás de Aquino, na unidade do discurso da *Summa*, introduz-se a “dimensão histórica representada pelo desenrolar da *historia salutis* e pela função mediadora de Cristo”.⁷⁶ Por isto, Lima Vaz, muito embora reconhecendo que este ponto não tenha sido aprofundado na pesquisa, entende que “a noção medieval de *Summa* aparece, nesta perspectiva, como intermediária entre a ideia antiga e a ideia hegeliana de Sistema”.⁷⁷

Talvez por isto, Lima Vaz não dedique um especial capítulo, na estruturação da pesquisa, ao pensamento de Tomás de Aquino. Ou seja, no pensamento do Aquinate, a ideia de Sistema, enquanto se configura na noção de *Summa*, aparece como uma continuidade daquela ideia no pensamento antigo. De outro lado, no pensamento de Tomás de Aquino, já introduz, originalmente, uma dimensão histórica, mas ligada esta à história da salvação, portanto, ainda entrelaçada, se não dependente, de um discurso formulado no âmbito da religião, melhor no campo do discurso sobre os dogmas, a teologia.

Frise-se que, com Hegel, o Sistema se explicitará como Filosofia, como saber absoluto, na história. Neste particular, faltaria a Tomás de Aquino, para pensar como Hegel, desvencilhar-se da representação do Absoluto em favor da auto demonstração de seu evoluir histórico-racional algo, de resto, impossível para Tomás, em razão da ordenação do discurso em favor de uma razão teologicamente empenhada o que, afinal, é característico no discurso da *Summa*.

Lima Vaz nos brinda com a descrição de um roteiro, que funciona como uma visão de conjunto dos momentos constitutivos da ideia antiga de Sistema, que parte do pressuposto da homologia entre a ordem da *phýsis* e a ordem do *logos*. O primeiro momento do Sistema

⁷⁵ *Op. Cit.* p. 93-94.

⁷⁶ *Op. Cit.* p. 94.

⁷⁷ *Op. Cit.* p. 94.

compareceria como sendo a ciência física (no sentido pré-galileano), que incluía o homem como ‘ser de natureza’. O segundo momento pensava o homem como *phýsis* pela sua participação no *nous*. Precisamente esta participação do homem no *nous* abrirá espaço para a metafísica, e o terceiro momento, “em cujo âmbito se formulava a *theoría* do primeiro Princípio, ápice do Sistema”.⁷⁸

Este esquema, ou melhor, a ordem deste roteiro, na modernidade, conheceria uma inversão, já no seu início, com Descartes, como se verá.

3. A ideia de Sistema na idade cartesiana.

Na era moderna, transforma-se a própria ideia de Razão, firmando-se como paradigma do saber uma ciência matemática da natureza (Física matemática) que, esboçada entre os gregos, foi incrementada, no século XVII, com Galileu e Newton, quando, então, ser-lhe-ão acrescidos “dois ingredientes epistemológicos fundamentais, a *definição operacional e a medida*”.⁷⁹

Se, na ideia de Razão antiga, o *logos* teórico ocupa o lugar central na representação intelectual da realidade, na ideia de Razão, característica da modernidade, este centro é ocupado pelo *logos* técnico ou construtivo, “cuja atividade se exerce segundo regras de método que exprimem sua homologia com a ordem hipotético-dedutiva do procedimento matemático”.⁸⁰

O novo paradigma da moderna ideia de Sistema aparece com Descartes, trata-se de uma tentativa de construção de um Sistema, segundo o novo modelo de racionalidade proposto pela ciência físico-matemática.

Como foi dito, Descartes opera uma inversão no roteiro constitutivo da ideia antiga de Sistema. Como primeiro momento da elaboração do Sistema, apresenta-se o problema do método. Como segundo momento, passa-se “à certeza do *Cogito* como certeza da

⁷⁸ *Op. Cit.* p. 96.

⁷⁹ *Op. Cit.* p. 95.

⁸⁰ *Op. Cit.* p. 95.

subjetividade construtora do Sistema”. E, do *Cogito*, passa-se à afirmação da existência de Deus, que “assegura a verdade do mundo objetivo”, o terceiro momento do Sistema.

Segundo Lima Vaz, ainda dois outros momentos do Sistema se apresentariam, no pensamento de Descartes: “a Metafísica ou Filosofia primeira (4º momento) antecede então a Física e a Moral (5º momento), que vêm a constituir o ápice do Sistema”.⁸¹

A inversão operada por Descartes, portanto, encontra-se, precisamente, no estabelecimento da primazia do método, na verificação das regras da análise, firmando-se, como primeiro e decisivo momento da ideia de Sistema e, com isto, se apresenta a característica essencial desta nova ideia, enquanto visa “a construção de um sistema racional otimizado que possa abranger e explicar os movimentos da natureza e as ações dos homens”,⁸² o que recolocaria, como grande desafio, também para a modernidade, o problema da relação entre Sistema e liberdade.

Reconhecendo que seria importante visitar a ideia de Sistema no pensamento de Leibniz (sistema monadológico) e de Spinoza (a *Ética*), como desenvolvimentos da ideia de Sistema, “na idade cartesiana”, mas a tanto não se dedicando, em razão dos limites da pesquisa, Lima Vaz passa a definir os contornos da ideia de Sistema no pensamento kantiano.

Assentam-se, inicialmente, a extensão e importância do tema, razão pela qual a pesquisa apenas introdutoriamente dela se ocupou, sobretudo porque o pensamento de Kant, quanto à ideia de Sistema se apresenta como “a um só tempo, termo da evolução da ideia cartesiana de Sistema e transição para a profunda reformulação dessa ideia que terá lugar no Idealismo alemão, em particular na obra de Hegel”.⁸³

Kant prossegue na mesma direção que Descartes, assumindo a inversão por este promovida na ordem clássica das razões. Segundo Lima Vaz, ele estabelece os seguintes momentos para a constituição da ideia de Sistema: o primeiro momento é ocupado pelo método, entendido como crítica da razão teórica; o segundo momento é ocupado pela “centralidade legisladora do ‘Eu penso’”.

⁸¹ *Op. Cit.* p. 96-97.

⁸² *Op. Cit.* p. 97.

⁸³ *Op. Cit.* p. 97-98.

O terceiro momento, na ideia cartesiana de Sistema, - a abertura metafísica, a partir da existência de Deus como garantia de verdade objetiva -, restaria obstaculizado em Kant, já que o tema da existência de Deus aí se apresenta como uma antinomia, uma aporia que a razão não logra superar.

Mas, ainda assim, uma tentativa de recompor o ideal sistemático, para Kant, terá lugar com a terceira crítica e a *Metafísica dos Costumes*.

Assim, segundo parece, a ideia de Sistema, enquanto saber total sobre a totalidade, continua presente no pensamento Kantiano, mas em sentido fraco, ou seja, sem que seja pensada sua possibilidade real, permanecendo apenas como possibilidade postulada. O sentido forte, um dizer total sobre a totalidade, superando-se, no sentido hegeliano, as antinomias kantianas, abrirá espaço para a afirmação idealista de um Sistema, atingindo seu ponto mais alto no pensamento de Hegel.

4. A gênese do Sistema hegeliano.

Aproximando-se, propriamente, do objeto da pesquisa, a construção do Sistema hegeliano, o terceiro capítulo pretende mostrar o “enraizamento” do Sistema Hegeliano, em seu tempo histórico, ou seja, o “mundo intelectual europeu na passagem do século XVIII ao século XIX, ocupando-se, ainda, da “constelação dos problemas especificamente filosóficos” que presidiram o nascimento da ideia hegeliana de Sistema.⁸⁴ Neste capítulo, serão acompanhados os passos da formação do Sistema nos anos de ensino em Iena (1801-1806).

Ilustração e Romantismo se apresentam como as duas grandes correntes de ideias que, dominantes na época de Hegel, teriam exercido significativas influências sobre seu pensamento.

Quanto à influência da Ilustração na obra de Hegel, Lima Vaz distingue duas ordens de ideias, *pragmáticas* e *críticas*. Entre as primeiras, são enumeradas “o humanismo científico ou o projeto da humanização pela ciência tendo como paradigma a física de Newton e ambicionando exprimir-se numa Enciclopédia do saber; a emancipação histórica do homem

⁸⁴ *Op. Cit.* p. 99.

(ou sua ‘maioridade’, como dirá Kant); a ideia de Progresso e sua expressão política, a Paz universal (Kant); a educação universal e a regeneração do homem pela educação (Rousseau, Lessing, Herder); a secularização da história; Deísmo e a religião natural”.⁸⁵

Quanto ao segundo seguimento de ideias da Ilustração, ditas *críticas*, e que teriam influenciado o pensar de Hegel, são enumeradas as seguintes: “a crítica religiosa tendo como alvo as religiões positivas (Cristianismo); a crítica social e política: a ideia de tolerância (Voltaire) e o Direito natural; a crítica da cultura (Diderot, Rousseau, Ilustração alemã)”.⁸⁶

Em seguida, são listadas as influências do Romantismo no pensamento de Hegel, sendo apresentados os seguintes elementos: “primazia do orgânico sobre o mecânico; a crítica da ciência newtoniana (Goethe); a atração do spinozismo e a *Philosophie der Natur*; a primazia da intuição e o sentimento sobre a razão analítica; a primazia da sociedade como todo orgânico sobre o indivíduo e o Estado; a primazia da religião do sentimento e da religiosidade popular sobre a teologia racional clássica e sobre a religião natural de tipo deísta”.⁸⁷

Outro passo a que se dedica o capítulo é a reconstrução do panorama filosófico, nos inícios da carreira de Hegel. O cenário é marcado pelas influências do movimento romântico mas, sobretudo, “pela recepção e difusão do kantismo e pela discussão em torno da obra de Kant” e, ainda, “pelo florescimento da chamada *Popularphilosophie* (Garve), inspirada na Ilustração”.⁸⁸

Na verdade, com este passo, Lima Vaz pretendeu dar conta da ambientação filosófica dos inícios do idealismo alemão, de uma perspectiva sistemática que, conforme esclarece, “pode ser condensada no mote de Hölderlin e de seus companheiros de Tübingen: *hén kai pan* (o Uno e o Todo). O Uno aponta para a superação dos dualismos, o Todo para o sistema compreensivo da totalidade do real”.⁸⁹

⁸⁵ *Op. Cit.* p. 100.

⁸⁶ *Op. Cit.* p. 100.

⁸⁷ *Op. Cit.* p. 100. Recorde-se que, em 1797, Friedrich Schelling publica sua *Ideen zu einer Philosophie der Natur*.

⁸⁸ *Op. Cit.* p. 100. Christian Garve (1742-1798), ao contrário de outros representantes da Ilustração, objetivava divulgar os problemas filosóficos, popularizando a filosofia, sobretudo porque atribuía ao pensamento uma função educativa e popular, por isto, é considerado um representante da *Popularphilosophie*. Notabilizou-se, ainda, como tradutor, tendo traduzido, dentre outras, obras de Aristóteles, Burke e Adam Smith.

⁸⁹ *Op. Cit.* p. 101.

Se o idealismo alemão, desde o início, visa a superação dos dualismos e pretende alcançar um saber total sobre a totalidade do real, “reconciliação” é seu termo-chave. A par “do problema da “cisão” (Entzweiung) no campo cultural e político-cultural, ao qual o jovem Hegel foi particularmente sensível”, o idealismo alemão nascente, confronta-se, de partida, com os dualismos de matriz kantiana: “dualismo do fenômeno e do númeno, que traz consigo a destruição da Metafísica clássica e perda do pensamento do Todo; dualismo da natureza e da liberdade, que implica a renúncia à homologia homem-natureza e ao pensamento da unidade teoria-práxis; o dualismo dos juízos sintéticos *a priori* e dos juízos reflexivos que acarreta a renúncia da razão teórica a uma visão teleológica e estética da Natureza.”⁹⁰

O que o idealismo pretende, neste cenário de cisões e dualismos, é restaurar a possibilidade de um saber sobre a totalidade do real, por isto, sua tarefa inaugural, se não um programa permanente, é superar tais dualismos e cisões, não por mera negativa ou afastamento, mas à maneira de Hegel, dialeticamente. De fato, a cena inicial desta epopeia do pensamento, que é o idealismo alemão, parece ser a dramática constatação de que, cindidos a realidade e o pensamento, como então se apresentava a filosofia, o saber sobre o Todo, o Sistema, seria prejudicado, se não mesmo impossível.

Assim, uma convicção anima o idealismo, desde o começo: dizer não aos cortes e cisões, em favor de uma restauração do saber sobre o Todo, como reconciliação dos momentos cindidos. Com este programa a executar, Hegel se lançará à construção do Sistema, gestado, como se vê, em um ambiente hostil à reconciliação, à recomposição da força da Razão para dizer o Todo. Mas, por isto mesmo, como bem quer o pensamento dialético, este desafiador panorama inicial, que poderia ser sua fraqueza, foi o ponto mais elevado para o esforço de construção do Sistema: a Razão recompõe os campos cindidos, numa urdidura totalizante, que não implica em eliminar qualquer de seus momentos, solidificando-se a reconciliação de tudo quanto a cisão deixara evidenciado.

Vale, aqui, lembrar as lições de Joaquim Carlos Salgado, acerca da insuficiência de outras tentativas de superação dos dualismos, levadas a cabo antes de Hegel. De fato, para o Prof. Salgado, Hegel firmará a ideia segundo a qual a mais alta radicalização da cisão, o dualismo reconhecido no interior do próprio logos, razão teórica e razão prática, se dá no

⁹⁰ *Op. Cit.* p. 101

pensamento e que, por isto, “os dualismos internos do pensamento, são, portanto, não realidades que se excluem abstratamente por eliminação, mas aspectos que se superam na unidade total do pensamento”.⁹¹

Eis porque o sentido e o objeto da filosofia é o absoluto e a filosofia há de ser um saber radical da totalidade, um saber do saber absoluto, a própria sabedoria, *sophia*. A natureza deste saber é que ele deva ser um saber do pensar, não da fé ou da intuição. Daí porque as tentativas de superação do dualismo, arraigado este na tradição ocidental, até Hegel e a juízo dele, não haviam ainda sido suficientes.

A solução kantiana seria insuficiente porque, a par de radicalizar o dualismo, não alcança o absoluto, pois permanece dependente do sensível, do intuitivo. Enfim, a crítica, ao estabelecer as condições de possibilidade do conhecimento, enquanto ciência, acaba por relegar o absoluto ao indeterminado, ao incognoscível. O que dele, do absoluto, se diz são ideias fantasiosas, antinomias da razão. Como bem observa Enrico Berti, para Hegel, “Kant teve o mérito de reconhecer que a antinomia é necessária, mas errou ao considerá-la somente subjetiva, isto é, expressão de uma razão incapaz de conhecer a autêntica realidade; ele não compreendeu que, justamente porque chega necessariamente à antinomia, a razão conhece a realidade objetiva, mais ainda, o Absoluto, o infinito, pois este último não pode ser expresso a não ser mediante a contradição”.⁹²

Insuficiente seria, do mesmo modo, a solução apresentada por Fichte, que não logra alcançar o saber absoluto, vez que é a intuição que indica a identidade do Eu-Eu, intuição intelectual do puro pensamento de si mesmo, seu saber permanece no plano do Eu, oposto ao absoluto e universal.

Também Schelling, para quem o absoluto aparece já como identidade do sujeito e do objeto, o que Hegel vê como um grande mérito, não logra alcançar a reconciliação de maneira adequada. É que, para ele, esta identidade não é alcançada senão, de novo, pela intuição, na exemplaridade da arte, não sendo operada pela razão.

⁹¹ SALGADO, Joaquim Carlos. A ideia de justiça em Hegel. São Paulo: Ed. Loyola, 1996. p. 18.

⁹² BERTI, Enrico. *Contradição e dialética nos antigos e nos modernos*. São Paulo: Paulus, 2013. p. 283.

Evidencia-se, assim, a solução de Hegel: introduzir como elemento unificador, visando à superação do dualismo, a razão; é pensar *logicamente* a unidade de sujeito e objeto, do racional e do real. Não a intuição, mas o saber, como demonstração da necessidade lógica do processo de exposição da ideia, esta a via adequada para a superação, a reconciliação dos mundos em dualismo, isto porque, “a mais alta forma de expressão das ideias é o seu próprio elemento, o pensar; o pensar, a ideia como conceito”.⁹³

Por tudo, em relação à cisão experimentada pelo pensamento, no Ocidente, contra as soluções inadequadas, Hegel opõe sua pretensão de “demonstrar o absoluto por um processo lógico, que supera o plano do sentimento (em que o absoluto se mostra na forma de religião) e o da intuição (em que se revela na forma de arte) pelo pensar a esfera do conceito, em que o absoluto se expõe na forma do saber filosófico especulativo”. Esta a tarefa da filosofia, segundo Hegel: é saber da totalidade, “é o saber universal dos saberes universais das ciências particulares”, enquanto “conhecer da razão, em si mesma, ou da *racionalidade do real*”.⁹⁴

Na terceira parte do capítulo, pretende-se dar conta, em grandes traços, da reconstituição da gênese do Sistema hegeliano. Os anos de formação de Hegel (1788-1800) foram acompanhados como “caminhos para o Sistema”, assinalando-se as temáticas e estágios, “que levarão a desembocar no explícito propósito de construção sistemática que marca os anos de Iena”.⁹⁵

Na tentativa de inventariar as temáticas, que teriam marcado o pensamento do jovem Hegel, Lima Vaz, as agrupa em dois campos: a temática *ideo-histórica* e a temática *crítico-sistemática*.

O primeiro campo de reflexão do jovem Hegel é ocupado pelos componentes fundamentais da cultura do Ocidente moderno: “a religião (o problema do Cristianismo); o saber (a *Bildung* no sentido formal); a sociedade (as relações do indivíduo com a sociedade e o Estado)”.⁹⁶ Ou seja, o cenário cultural do Ocidente moderno, em seus aspectos mais

⁹³ SALGADO, Joaquim Carlos. A ideia de justiça em Hegel. São Paulo: Ed. Loyola, 1996. p. 21.

⁹⁴ SALGADO, Joaquim Carlos. A ideia de justiça em Hegel. São Paulo: Ed. Loyola, 1996. p. 21. Grifado, no original.

⁹⁵ VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *A formação do pensamento de Hegel*. São Paulo: Edições Loyola, 2014. p.102.

⁹⁶ *Op. Cit.* p. 102

decisivos, apresentava-se a Hegel, nos anos de juventude, em toda a sua complexidade, suscitando uma desafiadora tentativa de compreendê-lo em uma cosmovisão de totalidade.

Quanto ao segundo grupo temático que teria permeado os inícios do pensamento de Hegel, a temática *crítico-sistemática*, esclarece-se que nela “se cruzam os motivos provindos do Criticismo, como distinção entre Entendimento (*Verstand*) e Razão (*Vernunft*) e seus respectivos alcances, e os motivos sistemáticos, alimentados sobretudo pela influência de Hölderlin e Schelling e que convergem, ainda em Frankfurt , para o *Fragmento de um Sistema* (1800) no qual afloram as categorias com as quais se ocupava então o pensamento do jovem Hegel: substância, espírito, vida , razão e amor”.⁹⁷

O capítulo pretendeu contribuir para a percepção das linhas sistemáticas do pensamento do jovem Hegel. Mas, resta reconhecido que a “reconstituição da gênese do Sistema hegeliano em Iena” é tarefa que comporta muitos problemas, de ordem filosófica, filológica... Assim, para organizar uma visão de conjunto, identificando as linhas sistemáticas desta inicial construção do pensamento hegeliano, adotou-se uma tríplice divisão: “a) o balanço da herança crítica; b) a Filosofia como necessidade de uma época histórica; c) o primeiro Sistema e o nascimento da Dialética”.⁹⁸

Quanto ao primeiro ponto, o balanço da herança crítica, Hegel o colocará em marcha ao repensar toda a filosofia e cultura modernas, nas quais vê predominar o “princípio do subjetivismo”, desembocando, em filosofia, nos opostos extremos do formalismo e do empirismo.

Quanto ao segundo, verificados os dualismos e cisões a que estava submetida a filosofia, “sua tarefa é definida como unificação dos dois pressupostos que são essenciais à cultura espiritual da época: o absoluto da razão e a emergência da consciência do seio da totalidade natural”.⁹⁹

⁹⁷ *Op. Cit.* p. 102.

⁹⁸ *Op. Cit.* p. 102-103.

⁹⁹ *Op. Cit.* p. 103.

É possível surpreender o aparecimento do Sistema, precisamente, no encontro de dois caminhos: “as filosofias da reflexão da subjetividade” (Kant, Fichte, Jacobi) e a filosofia do Absoluto da Razão.

Superando-se as limitações do Entendimento, a Razão se apresenta com pretensões sistemáticas. Mas não se trata de encadear proposições, para alcançar um todo explicativo, à maneira dos modelos racionalistas. Ou seja, como explicita Lima Vaz, o Sistema hegeliano “não é um encadeamento de proposições que partiria de uma proposição inicial afirmativa do Absoluto, pois tal modelo permaneceria no âmbito do Entendimento. O Absoluto deve ser imanente a todo o Sistema e, por isso, a sua estrutura não pode ser analítica, mas dialética”.¹⁰⁰

Daí se falar, neste terceiro momento, na origem da dialética, a partir do enfrentamento dos limites do Entendimento, recobrando-se a força da Razão que, agora, não mais se detém diante das antinomias (como em Kant), mas as supera, em uma visão de totalidade que, a um só tempo, pensa e suprassume os dois pólos antinômicos.

Após inventariar traços da origem da ideia de Sistema nos primeiros escritos hegelianos, nos quais comparece o enfrentamento crítico em relação ao dualismo sujeito-objeto, Lima Vaz salienta uma última formulação desta crítica no artigo *Glauben und Wissen* (Fé e saber), que já delineia o caminho posterior do projeto sistemático de Hegel. Em sua lapidar expressão este caminho prossegue “entre a exigência infinita (*Sollen*) da Razão prática (Kant, Fichte) e o pressentimento infinito da fé (Jacobi), o dualismo subjetivo é superado, para Hegel, com o reconhecimento do Absoluto imanente à Razão e sua explicitação em Sistema”.¹⁰¹

A publicação dos escritos de juventude de Hegel, fruto de intenso trabalho crítico e de ordenação cronológica de seus primeiros escritos, evidencia um fio condutor presente nos manuscritos encontrados, sendo este “a substituição do conceito schellingiano de Absoluto como identidade indiferenciada pelo conceito do Absoluto como Espírito em movimento de autodiferenciação que é, por sua natureza mesma, um movimento dialético”.¹⁰²

¹⁰⁰ *Op. Cit.* p. 103.

¹⁰¹ *Op. Cit.* p. 104.

¹⁰² *Op. Cit.* p. 104-105.

No pensamento do jovem Hegel comparecem três esboços de Sistema, “cujas linhas irão convergir para a *Fenomenologia do Espírito* de 1806”.

Os três esboços se situam entre 1803-1806 e são assim descritos: “o de 1803-1804, contendo uma Filosofia da Natureza e uma Filosofia do Espírito (*Jenaer Systementwürfe*, I); o de 1804-1805, contendo uma Lógica, Metafísica e Filosofia da Natureza (*Jenaer Systementwürfe*, II); o de 1805-1806, contendo a Filosofia da Natureza e uma Filosofia do Espírito (*Jenaer Systementwürfe*, III)”.¹⁰³

Conclui-se que, mesmo que em caráter fragmentário, nestes três esboços já aparece “a estrutura prevista por Hegel para o seu Sistema, compreendendo as três grandes partes: a) Lógica e Metafísica; b) Filosofia da Natureza; c) Filosofia do Espírito”.¹⁰⁴

A pesquisa prosseguiu, como se noticia, indicando que a Lógica e a Metafísica de Iena serão absorvidas nas temáticas da *Ciência da Lógica*. Aquelas, ainda, se apresentam como ciência das formas finitas do Entendimento, mas destas passa-se, nos manuscritos seguintes, à distinção entre “mau infinito” e “infinito verdadeiro”, com o que se encontraria plenamente caracterizado o aparecimento do método dialético.¹⁰⁵

Talvez, já aqui, se possa vislumbrar uma marcante originalidade do pensamento hegeliano, precisamente a partir da noção de “infinito verdadeiro”, segundo a qual a Razão, em seus máximos esforços, ao final, não recairia em petições de princípio e/ou não se esgotaria em uma bifurcada via antinômica, como definição de sua limitação e finitude. A originalidade do pensamento hegeliano nascente está na busca de superação dos limites do Entendimento, pensado à maneira kantiana, firmando-se a potência da Razão para recompor as cisões e dualismos, compreendendo o Absoluto como imanente à própria Razão, motivo pelo qual se torna impositiva a elaboração de um Sistema.

Mas, para Lima Vaz, a marca da originalidade do Sistema hegeliano, em sua formação, é a Filosofia do Espírito. De fato, passando pelos conceitos-chave de *consciência* e *reconhecimento*, chegando ao conceito de Espírito Absoluto, atinge-se o “ápice conceitual da

¹⁰³ *Op. Cit.* p. 105.

¹⁰⁴ *Op. Cit.* p. 105.

¹⁰⁵ Conferir, a respeito, *Op. Cit.* p. 105.

Filosofia do Espírito de 1805-1806, na qual a esfera do Espírito Absoluto se articula dialeticamente segundo os momentos da intuição (Arte), representação (Religião) e conceito (Filosofia). Mas nessa mesma época, empreendendo a redação da *Fenomenologia do Espírito*, Hegel já se lançara à construção de seu Sistema definitivo”.¹⁰⁶

Assim, na época em que se ocupava da redação da Fenomenologia do Espírito, Hegel já tinha presente toda a arquitetônica do Sistema, em definitivo. Talvez esta seja uma boa razão para que a *Fenomenologia* seja considerada uma obra de introdução ao Sistema: percorre-se o caminho inicial do Espírito até se descobrir, na História, como Razão imanente e constitutiva de seu sentido absoluto.

Na tentativa de esclarecer a natureza do sistema, no pensamento de Hegel, Giovanni Reale assim sumaria: “A ideia (que é o logos, a racionalidade pura e a subjetividade em sentido idealista) tem em si o princípio do seu próprio desenvolvimento e, em função dele, primeiro *se objetiva e se faz natureza, "alienando-se,* e depois, *superando essa alienação, retorna a si mesma.* Por isso, Hegel pode dizer perfeitamente que o espírito é a ideia que se realiza e se contempla por meio de seu próprio desenvolvimento. É compreensível, portanto, a tríplice distinção da filosofia hegeliana em: 1) *Lógica;* 2) *Filosofia da natureza;* 3) *Filosofia do espírito.* A primeira estuda a "ideia em si", a segunda o seu "alienar-se" e a terceira o momento do "retorno a si”.¹⁰⁷

Neste contexto, antecipe-se a Lógica, para Hegel, “é a metafísica, compreendida enfim em sua essência, ou seja, como lógica rigorosa do Espírito (ou do Ser)”.¹⁰⁸

Mas, acompanhar o desenvolvimento da ideia de Sistema, no pensamento de Hegel, será a temática dos próximos capítulos, sumariados no relatório.

Referências Bibliográficas

BEISER, Frederich c. (Org.). *Hegel*. São Paulo: Ideias & Letras, 2014.

¹⁰⁶ *Op. Cit.* p. 105-106.

¹⁰⁷ REALE, Giovanni. ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*. Vol 5. Do romantismo ao empiriocriticismo. São Paulo: Paulus, 2013. p. 104.

¹⁰⁸ CHÂTELET, François. *Hegel*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1995. p. 25.

BERTI, Enrico. *Contradição e dialética nos antigos e nos modernos*. São Paulo: Paulus, 2013.

CHÂTELET, François. *Hegel*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1995. p. 25.

HÖSLE, Vittorio. *O sistema de Hegel: o idealismo da subjetividade e o problema da intersubjetividade*. São Paulo: edições Loyola, 2007.

REALE, Giovanni. ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*. Vol 5. Do romantismo ao empiriocriticismo. São Paulo: Paulus, 2013.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Hegel*. São Paulo: Ed. Loyola, 1996.

TAYLOR, Charles. *Hegel: sistema, método e estrutura*. São Paulo: É Realizações Editora, 2014.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *A formação do pensamento de Hegel*. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO: ASPECTOS DE CONCRETIZAÇÃO E A ORIENTAÇÃO DO STF E DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Rodrigo Ferreira¹⁰⁹

RESUMO

O objetivo deste paper é fazer uma análise sobre o alcance e os aspectos concretizadores do Princípio do Contraditório. Para tanto, foi feita a análise dos posicionamentos existentes na doutrina pátria, a fim de aferir como importantes expoentes do Direito Processual Penal tratam da matéria. Em seguida, será realizada verificação da legislação vigente, notadamente das disposições do texto da Constituição Federal e do Pacto de São José da Costa Rica. Mais adiante, o estudo passará pela análise das jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ao final, pretende-se a confirmação da hipótese inicialmente firmada, no sentido de que hodiernamente é preciso conferir efetividade concreta ao princípio em questão, inclusive, garantindo minimamente o seu exercício desde a fase das investigações preliminares.

Palavras-chave: Princípio do Contraditório. Efetividade. Constituição Federal. Pacto de São José da Costa Rica. Supremo Tribunal Federal. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

1. INTRODUÇÃO E PERSPECTIVA DOUTRINÁRIA

O contraditório, como garantia necessária ao efetivo exercício do direito de defesa, encontra amparo na Constituição Federal de 1988 e também em vários tratados internacionais. É o caso do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos – PIDCP, no seu art. 14, e da Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH – no art. 8.1.

A doutrina pátria aduz que o princípio em questão, que também é conhecido como princípio de audiência, decorre do brocardo *audiatur et altera pars* — que determina que a parte contrária deve ser ouvida. Isso implica na definição e exigência de um procedimento dialético, com a oitiva de ambas as partes envolvidas no processo. Nesse toar, a doutrina costuma reduzir este princípio-garantia a um binômio composto pela necessidade de cientificação bilateral das partes quanto aos atos ou termos do processo, por um lado, e a possibilidade de contrariá-los, por outro.

Esses dois desdobramentos do contraditório – ciência bilateral e possibilidade de participação – são mesmo lógicos, na medida em que seria inconcebível imaginar a

¹⁰⁹ Graduado em direito pela Universidade Federal de Ouro Preto, é especialista em Direito Público pela Universidade Gama Filho, ocupa o cargo de Analista – Especialidade Direito, no Ministério Público de Minas Gerais, é professor de Direito Processual Penal na Unipac Itabirito.

viabilidade de participação efetiva no processo, por meio de contra-argumentações e contraprovas, sem o prévio conhecimento dos atos e termos praticados pela outra parte. Da mesma forma, seria também insuficiente se falar em garantia de um procedimento contraditório simplesmente pela cientificação prévia das partes se elas não pudessem, à vista deste conhecimento, contrariar os atos praticados pela parte contrária.

Todavia, para além destes desdobramentos, é necessário ir além. Daí deflui também, como consectário lógico, a necessidade de se garantir igualdade de oportunidades às partes, de forma que nem a acusação e nem a defesa sejam beneficiadas com tratamento diferenciado (garantia da *par conditio*).

Nessa linha de raciocínio, Tourinho Filho assevera que acusação e defesa “estão situadas no mesmo plano, em igualdade de condições, com os mesmos direitos, poderes e ônus, e, acima delas, o Órgão Jurisdicional, como órgão ‘superpartes’, para, afinal, depois de ouvir as alegações das partes, depois de apreciar as provas, ‘dar a cada um o que é seu’”.

Renato Brasileiro, ainda na tratativa da necessidade de se garantir igualdade entre as partes, lembra que se encontra superado o anterior entendimento de que a efetivação do contraditório estaria garantida com a simples viabilização da possibilidade de reação, exigindo-se nos tempos hodiernos a garantia de uma igualdade material.

O autor afirma que

a superação da mera igualdade formal e a busca de uma igualdade substancial, produziu a necessidade de se igualar os desiguais, repercutindo também no âmbito do princípio do contraditório. O contraditório, assim, deixou de ser visto como uma mera possibilidade de participação de desiguais para se transformar em uma realidade. Enfim, há de se assegurar uma real e igualitária participação dos sujeitos processuais ao longo de todo o processo, assegurando a efetividade e plenitude do contraditório. É o que se denomina contraditório efetivo e equilibrado.

A grande e justificada preocupação em se garantir um contraditório efetivo, resguardado por uma igualdade substancial entre as partes, repousa no fato de que é preciso garantir que o contraditório implique em possibilidade efetiva de que elas possam influenciar no convencimento do julgador e, assim, em sua tomada de decisão.

Desenvolvendo este raciocínio, Vicente Greco Filho afirma que

O contraditório pode ser definido como o meio ou instrumento técnico para a efetivação da ampla defesa, e consiste praticamente em: poder contrariar a acusação; poder

requerer a produção de provas que devem, se pertinentes, obrigatoriamente ser produzidas; acompanhar a produção das provas, fazendo, no caso de testemunhas, as perguntas pertinentes que entender cabíveis; falar sempre depois da acusação; manifestar-se sempre em todos os atos e termos processuais aos quais deve estar presente; e recorrer quando inconformado.

Nestor Távora, com propriedade, adverte que este direito de influenciar na decisão judicial, esta exigência de um contraditório real e efetivo no Processo Penal, justifica-se em razão da natureza dos direitos em conflito. Não podemos nos olvidar de que aqui estamos diante do indivíduo que defende o seu *status libertatis* em contraposição ao Estado-acusação, o qual pleiteia em Juízo a efetivação do *ius puniendi*.

Nesta perspectiva, tomando-se o contraditório como garantia de um procedimento dialético e participativo, Nereu Giacomolli pontua que o princípio em comento, quando efetivado, garante às partes a possibilidade de contribuírem e influírem na construção do processo e da decisão, de forma democrática.

E prossegue o autor aduzindo que

“Para que o contraditório cumpra a sua função, há necessidade da devida publicização das estratégias que estão sendo utilizadas pela parte contrária, que toda a prova seja disponibilizada no interior do processo, que haja plena informação, integral conhecimento e acesso ao conteúdo de todas as questões fáticas e jurídicas, eliminando-se o segredo e o sigilo, salvo nas situações de necessidade à produção da prova (escuta telefônica, v. g.). Mesmo nessas situações, o segredo e o sigilo são temporários e limitados, não podendo alijar todas as dimensões do contraditório”.
(GIACOMOLLI, 2015, p. 163)

Quanto à concretização do contraditório, ela se revela por variadas formas e em diferentes momentos durante toda a persecução penal.

Inicialmente, releva salientar que embora haja quase que um consenso na doutrina tradicional quanto à inviabilidade de sua exigência na fase de investigações preliminares, em razão da própria natureza do inquérito policial, vozes vêm se levantando no sentido de modificar ou ao menos flexibilizar este entendimento. Essa insurgência é justificável na medida em que, no nosso sistema processual, admite-se ao Juiz levar em conta elementos colhidos nesta fase preliminar, de viés inquisitivo, para fundamentar decisão condenatória, nos termos do que dispõe o art. 157 do Código de Processo Penal.

Integra a corrente tradicionalista, que rechaça a possibilidade de se falar em garantia de contraditório no inquérito policial, Guilherme Nucci. Para o autor, nesta fase, o investigado é deveras objeto da investigação e não sujeito de direitos, motivo pelo qual sustenta a impossibilidade de requerer provas e apresentar recurso ao órgão jurisdicional superior no caso de haver indeferimento injustificado, não podendo exercitar o contraditório, nem a ampla defesa.

No mesmo sentido segue o pensamento de Fernando Capez, para o qual a ausência de contraditório e do direito de defesa repousa no argumento de que, não havendo acusação formal, mas mera investigação, não haveria que se falar em ampla defesa ou contraditório.

Pacelli, nesta mesma linha, embora reconheça que o contraditório na fase do inquérito policial pudesse ser efetivamente útil, notadamente no sentido de impedir o ajuizamento de ações penais desnecessárias, afiança que esta exigência não se mostra viável dentro do nosso ordenamento jurídico positivo.

Não obstante, existem autores que vêm se filiando a corrente mais moderna, os quais defendem justamente o contrário, ou seja, a possibilidade e necessidade de efetivação do contraditório desde a fase das investigações preliminares.

Entre os adeptos da visão mais moderna, que defende não só a possibilidade, mas a necessidade de garantia do contraditório desde a fase das investigações preliminares está Aury Lopes Jr. O autor firma seu entendimento na assertiva de que o art. 5º, LV, da Constituição Federal, quando fala em garantia de contraditório nos processos administrativos abarca também o inquérito policial, que é procedimento de natureza administrativa. Para ele, a confusão terminológica processo-procedimento existente na redação do dispositivo revela mera impropriedade técnica do legislador. Prosseguindo por esta linha de raciocínio, Aury afirma que quando o constituinte se utilizou da expressão “acusados”, não teve a intenção de restringir-se aos formalmente acusados e excluir os indiciados. Pelo contrário, afirma que a expressão é garantista e ampliativa, haja vista referir-se aos acusados *em geral*, abarcando todos aqueles que sofrem uma imputação, desde a fase investigativa.

Na mesma linha está o ensinamento de Nestor Távora, que em seu livro, após esclarecer se cuidar de posição minoritária, ressalta a importância de garantir-se o contraditório na fase do inquérito policial, mesmo porque, afirma, é falso o dogma de que o

contraditório pressupõe necessariamente a presença de partes. No desenvolvimento do raciocínio, assevera que o contraditório consiste no “direito de participar de um procedimento que lhe possa trazer alguma espécie de repercussão jurídica; não tem como pressuposto a existência de partes adversárias. Se há possibilidade de defesa, é porque há exercício do contraditório; se eu me defendo, estou participando do procedimento; estou, portanto, exercitando o meu direito de participação” (TAVORA, 2013, p. 107).

Condizente com essa perspectiva de se garantir, em alguma medida, o contraditório na fase preliminar das investigações, particularmente garantindo-se a cientificação do imputado relativamente aos atos investigatórios levados a efeito, está o conteúdo da Súmula Vinculante nº 14, do Supremo Tribunal Federal. Nos termos da referida súmula, “é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. Em caso de inobservância do preceito, a medida adequada é o aviamento de Reclamação perante aquele Supremo Tribunal, nos termos do que dispõe o art. 103-A, § 3º, da Constituição Federal, ou por mandado de segurança.

Outra dimensão concretizadora do contraditório se revela por meio da garantia de participação e presença das partes nas audiências. Há, portanto, a exigência de que ambas as partes, acusação e defesa, aqui incluídos defensor técnico e acusado, estejam presentes nas audiências, sob pena de nulidade do ato.

Sobre o tema, particularmente no tocante a defesa pessoal do acusado, TAVORA ensina que “a autodefesa comporta também subdivisão, representada pelo direito de audiência, ‘oportunidade de influir na defesa por intermédio do interrogatório’, e no direito de presença, ‘consistente na possibilidade de o réu tomar posição, a todo momento, sobre o material produzido, sendo-lhe garantida a imediação com o defensor, o juiz e as provas” (TAVORA, 2013, p. 59).

Noutro norte, mas ainda analisando o direito de o réu estar presente em audiência, releva averiguar se tal direito abarcaria a presença em audiência de corréus. Nesse ponto, NUCCI defende que o depoimento do corréu, quando além de admitir sua culpa envolve outros réus ou terceiros, assume a natureza de verdadeiro testemunho. Neste caso, defende o autor, deverá ser garantido ao réu mencionado no referido depoimento o direito de questionar

o corréu delator, entretanto, exclusivamente no que se refere à imputação realizada, sob pena de cerceamento de defesa.

CAPEZ, por seu turno, adotando um posicionamento contrário àquilo que foi dito acima, firme nas disposições da Súmula 523 do STF, sustenta o entendimento de que a presença do réu na audiência para oitiva de testemunhas, em ato realizado por carta precatória, não é imprescindível. Segundo ele, tal ausência será causa de nulidade apenas relativa, dependendo, portanto, de alegação em tempo oportuno e demonstração de prejuízo.

Tal entendimento contraria flagrantemente o princípio do contraditório na medida em que permite sanear um vício gravíssimo, qual seja aquele resultante da negativa ao réu do direito de estar presente na audiência de oitiva das testemunhas, ofendendo o princípio da ampla defesa, constitucionalmente positivado. Resulta daí um desequilíbrio entre acusação e defesa, negando-se, neste caso, concretização ao princípio em comento.

Numa terceira via concretizadora podemos ainda apontar a necessidade de garantir-se o contraditório em sede de medidas cautelares, de forma que o julgador, antes de se decidir, permita a manifestação prévia de ambas as partes, ressalvados apenas os casos nos quais esta prévia cientificação importaria na violação da eficácia da medida, como na circunstância de a cautelar ser de interceptação de comunicações telefônicas.

Guilherme Nucci, ao analisar a questão da produção antecipada de prova testemunhal nos casos em que o réu revel, citado por edital, não tiver comparecido e nem constituído advogado, após aclarar a existência de divergência doutrinária quanto à sua urgência presumida, notadamente com fundamento no simples argumento de que aquele que presenciou o fato poderia dele se esquecer com o passar do tempo, firma seu posicionamento no sentido de que não seria cabível arrimar tal presunção de urgência nestes casos, exigindo-se do juiz que a verificasse em cada caso concreto.

Seguindo esta linha, Giacomolli lembra que o Supremo Tribunal Federal decidiu que “a colheita antecipada de prova *ad perpetuam memoria*, nas hipóteses de réu citado por edital, que não comparece e nem constitui defensor (art. 366 do CPP), somente é cabível quando se tratar de urgência, nas situações do art. 225 do CPP (doença, velhice, *v. g.*)” (GIACOMOLLI, 2015, p. 165).

Embora não tenhamos esgotado a análise das diversas situações que se relacionam com o princípio do contraditório e sua concretização, procuramos apresentar uma visão geral relativamente ao conteúdo dos manuais de Direito Processual Penal mais populares nas Escolas de Direito e agora passaremos a analisar estas mesmas questões à luz da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH – e do Supremo Tribunal Federal – STF.

2. ENTENDIMENTO DO CIDH

A Corte Interamericana, no julgamento do caso *Palamara Iribarne VS. Chile* ressaltou a necessidade de se garantir às partes, notadamente ao imputado, o direito de acesso aos elementos de prova colhidos, sob pena de se configurar desequilíbrio, circunstância que obviamente infringiria do princípio do contraditório.

O Tribunal, na oportunidade, ao analisar a questão referente às normas do Código de Justiça Militar chileno, que estabelecem a fase do sumário como inquisitiva, aduziu que *La Corte considera que la referida normativa que establece como regla que en la jurisdicción penal militar chilena el sumario sea secreto, salvo las excepciones establecidas por la ley, es contraria al derecho de defensa del imputado, ya que le imposibilita el acceso efectivo al expediente y a las pruebas que se recaban en su contra, lo cual le impide defenderse adecuadamente, en contravención de lo dispuesto en el artículo 8.2.*

Mais adiante, o Tribunal ainda demonstra a necessidade de se garantir a paridade de armas entre as partes, circunstância que implica na necessidade de garantir-se à defesa as mesmas oportunidades de participação que tenha a acusação. Neste sentido, asseverou que *la Corte Interamericana ha señalado que el inculgado tiene derecho a examinar a los testigos que declaran en su contra y a su favor, en las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Europea*²⁰³. *Este Tribunal ha establecido que en todo proceso deben concurrir los elementos necesarios para “que exista el mayor equilibrio entre las partes, para la debida defensa de sus intereses y derechos. Esto implica, entre otras cosas, que rija el principio de contradictorio”*²⁰⁴.

No julgamento do caso *Barreto Leiva vs. Venezuela* a Corte Interamericana manifestou-se uma vez mais sobre a necessidade de garantir-se o princípio do contraditório,

nesta oportunidade asseverando que o imputado deve ter acesso aos autos das investigações preliminares.

A CIDH asseverou que em que pese a existência da faculdade, e inclusive a obrigação, do Estado de garantir na maior medida possível o êxito das investigações e a imposição de sanções aos que resultem culpados, o poder estatal não é ilimitado. É preciso que o Estado atue “dentro dos limites e em conformidade com os procedimentos que permitem preservar tanto a segurança pública como os direitos fundamentais da pessoa humana”.

No caso mencionado, a Corte observou que os autos eram sempre secretos para o investigado não privado de sua liberdade. Em outras palavras, o direito de defesa do investigado sempre estava condicionado a esta situação, sendo irrelevante para a lei – e por mandato desta, para o juiz – as características do caso particular.

Em razão disso, o Tribunal concluiu que o Estado violou o artigo 8.2.c da Convenção, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento do senhor Barreto Leiva. Do mesmo modo, como essa violação ocorreu em consequência da aplicação dos então vigentes artigos 60 da Constituição e 73 do CPP, o Estado também descumpriu o artigo 2 da Convenção.

Daí se infere que o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos é firma na defesa do princípio do contraditório, demonstrando preocupação de que seja garantido o seu exercício inclusive na fase das investigações preliminares.

3. ENTENDIMENTO DO STF

Acerca dos diversos aspectos relacionados com a concretização do Princípio do Contraditório, analisaremos algumas situações relevantes à luz da jurisprudência do Pretório Excelso.

Prima facie, releva anotar que causa espécie a resistência observada dentro daquela Corte ao analisar o direito de acesso dos advogados aos elementos de investigação já produzidos e coligidos aos autos de inquéritos policiais.

Em que pese a existência da Súmula Vinculante nº 14, dificilmente o Tribunal afirma sua vigência e garante o direito constante do dispositivo, resumindo-se, no mais das vezes, a

afastar a sua incidência ao argumento de que os vícios daí resultantes não estão aptos a contaminar a ação penal que se segue.

Exemplificativamente, mencionamos a Reclamação 8.279 AgR-AgR / DF, do ano de 2015, de relatoria do Min. Luiz Fux. Na oportunidade, o Tribunal asseverou que o recurso não lograria êxito pelo fato de que já havia ocorrido o recebimento da inicial acusatória e esta decisão poderia ter sido objurgada por outros meios processuais previstos na legislação ordinária. Ainda neste mesmo julgado o Supremo, embora tenha sinalizado a possibilidade de reconhecimento da existência de “alguma irregularidade na fase do inquérito policial, pela negativa de acesso aos autos do procedimento investigativo”, asseverou que “não se deve olvidar que é remansosa a jurisprudência deste Pretório Excelso no sentido de que ‘as nulidades do inquérito não alcançam a ação penal’”.

Fácil notar que o Tribunal, embora tenha deixado transparecer que naquele caso efetivamente ocorreu violação do dispositivo de Súmula Vinculante, circunstância obviamente prejudicial para a defesa que se viu impossibilitada de ter acesso aos elementos de “prova” até então produzidos e coligidos no inquérito policial, optou por negar-lhe vigência sob a simplória alegação de que os vícios da fase inquisitiva não contaminam o processo. Tal posicionamento, caso finque raízes e frutifique dentro da Corte, como parece ser a tendência observada, implicará na morte agonizante da mencionada súmula, haja vista que serão vários e reiterados os casos em que o seu descumprimento não resultará em qualquer reprimenda ou consequência para o infrator, senão para o imputado, que será diuturnamente lesado no seu direito ao contraditório, na medida em que impossibilitado de ter acesso aos elementos de convicção encartados ao inquérito.

Esta postura, percebe-se, é flagrantemente contrária à orientação firmada pela CIDH, deixando transparecer que o STF não coaduna com a orientação convencional no sentido de que é direito do imputado ter acesso aos autos de investigação. Conforme o entendimento da Corte Interamericana, devem ser rejeitados, como regra, procedimentos de caráter secreto, por serem infringentes do princípio do contraditório.

Adiante, relativamente à possibilidade, ou não, de o advogado de um dos réus formular perguntas a corréu, durante o seu interrogatório, a Primeira Turma do Tribunal se manifestou quando do julgamento do HC 101.648/ES, de 2010, de relatoria da Min. Carmem

Lúcia. Na oportunidade, firmou o entendimento de que a nova sistemática processual penal permite às partes, após a inquirição do réu pelo juiz, requerer esclarecimentos do acusado. Não se esqueceu, contudo, de ressaltar que o réu indagado conserva o seu direito ao silêncio, corolário do *Nemo Tenetur*. Arrematou, então, no sentido de que “a decisão que impede de forma absoluta que o defensor de um dos réus faça qualquer repregunta ao outro réu ofende os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da isonomia, gerando nulidade absoluta”.

Sobre o tema, a Segunda Turma do mesmo Tribunal, ao julgar o HC 111.567 AGR/AM, de 2014, de relatoria do Min. Celso de Mello, analisou questão conexa, qual seja a “possibilidade jurídica, ou não, de um dos litisconosortes penais passivos estar presente ao interrogatório judicial dos corréus”. Na oportunidade, o relator citou precedente da corte (AP 470-AgR/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa) no qual o Pleno garantiu tal prerrogativa, asseverando que para a efetivação deste direito não deverá haver coincidência de datas dos interrogatórios judiciais dos corréus. O relator destacou o seguinte trecho do referido precedente:

É legítimo, em face do que dispõe o artigo 188 do CPP, que as defesas dos co-réus participem dos interrogatórios de outros réus. Deve ser franqueada à defesa de cada réu a oportunidade de participação no interrogatório dos demais co-réus, evitando-se a coincidência de datas, mas a cada um cabe decidir sobre a conveniência de comparecer ou não à audiência (...).

Então, concluiu o relator no sentido de que “permitir-se o acesso formal do acusado aos demais corréus, mediante o acompanhamento dos respectivos interrogatórios judiciais, representa meio viabilizador do exercício das prerrogativas constitucionais da plenitude de defesa e do contraditório”.

Contraditoriamente, a Primeira Turma, ao analisar os autos do HC 104.404 / MT, não reconheceu ao réu o direito de se fazer presente no ato de reconhecimento fotográfico nem na audiência de oitiva de testemunhas, circunstância que demonstra que a questão ainda é controversa dentro da Corte.

Outro aspecto positivo observado na jurisprudência do Tribunal relativamente à concretização do princípio contraditório diz respeito à produção antecipada de provas. A primeira Turma, ao analisar a possibilidade de produção antecipada de prova testemunhal em processo no qual o réu foi declarado revel e, citado por edital, não compareceu nem constituiu advogado, firmou posicionamento no sentido de que a medida demanda demonstração da

necessidade da antecipação e o perigo de dano à instrução processual futura, caso a prova não seja imediatamente realizada, em cada caso concreto. Nesse toar, rejeitou a argumentação de que a urgência da medida estaria demonstrada pelo fato de que a demora na produção das provas poderia vir a prejudicar a busca da verdade real, ante a grande possibilidade de que as testemunhas não se lembrem precisamente dos fatos presenciados. O relator, Min. Dias Toffoli, então, adotando posicionamento garantidor do contraditório e afirmando a excepcionalidade da medida, arrematou que “a colheita de prova sem o conhecimento e a possibilidade de fazerem-se presentes ao ato o réu e o defensor por ele constituído importa em violação ao devido processo legal e a ampla defesa”.

5. CONCLUSÃO

Por tudo, infere-se que este importante princípio deve ser tratado pela doutrina e pelos operadores do direito de forma mais criteriosa, a fim de que lhe seja conferida máxima concretude.

Este breve estudo demonstrou que não podemos mais nos contentar com o mero binômio ciência e participação, na fase judicial. É preciso garantir amplo acesso aos elementos de prova, desde a fase inquisitiva, mesmo porque, conforme salientado, a própria legislação infraconstitucional admite que o julgador se valha de elementos colhidos nesta fase preliminar para alicerçar sentença condenatória. E mais, também é necessário garantir que a participação das partes, em igualdade de condições, seja efetiva, de modo que possam de fato influenciar no convencimento do julgador. Para tanto, é necessário que o Judiciário, em suas decisões, comprometa-se a analisar os argumentos de ambas as partes e não simplesmente endossar os argumentos de uma e ignorar os da outra.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal, 8. ed. – Salvador: Jus Podvm, 2013.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal, 21. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal, 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. Curso de processo penal. – Niteroi, RJ: Impetus, 2013.

LOPES, Jr., Aury. Direito processual penal, 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado, 13. ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal, 11. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, vol. 1. 34. ed. rev. e de acordo com a Lei 12.403/2011. – São Paulo: Saraiva, 2012.