PARA COMPREENDER O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO NA TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DIREITO: APONTAMENTOS A PARTIR DE THEODOR VIEHWEG

UNDERSTANDING THE FUNCTION OF THE CONSTITUTION IN THE CONSTITUTIONALIST THEORY OF RIGHT: NOTES FROM THE THEODOR VIEHWEG

Claudia Rosane Roesler*

Recebido para publicação em setembro de 2005

Resumo: O presente artigo explora os conceitos de teoria de base, dogmática jurídica e Filosofia do Direito, tal como propostos por Theodor Viehweg, com o intuito de esclarecer o papel da Constituição na teoria contemporânea do Direito, de viés constitucionalista. Analisa brevemente a passagem de um Estado Liberal Legislativo ao Estado de Bem-Estar Social Constitucional e aponta nesse processo a crescente importância que a Constituição adquire enquanto mecanismo político e jurídico de unificação das expectativas sociais e políticas da Sociedade contemporânea pluralista. Apresenta os conceitos de teoria de base, dogmática jurídica e Filosofia do Direito tal como propostos por Viehweg e em seguida os relaciona com a descrição do funcionamento do Estado Constitucional. Evidencia, assim, que a realidade do Estado Constitucional e a teoria constitucionalista do Direito adaptam-se bem ao que Theodor Viehweg apontou nos conceitos antes mencionados. A Constituição desempenha o papel da teoria de base e enquanto tal é objeto da análise de uma dogmática jurídica constitucionalista. Teoria de base e dogmática jurídica constitucionalista são, por seu turno, submetidas ao constante crivo reflexivo da Teoria Constitucionalista do Direito, que assume o papel dado pelo autor à Filosofia do Direito, funcionando em um primeiro momento como produtora, de modo indireto, do próprio conteúdo da teoria de base e da dogmática jurídica constitucionalista, e em um segundo momento como sua constante revisora.
Palavras-chave: Teoria constitucionalista do Direito. Pluralismo valorativo. Interpretação constitucional. Argumentação jurídica. Estado Constitucional. Estado Legislativo. Theodor Viehweg.

Abstract: This article explores the concepts of basis theory, legal dogmatics and Philosophy of Law as proposed by Theodor Viehweg. Our main purpose is to explain the role played by the Constitution in contemporary Law theory. It briefly analyzes the transformation of the State from a Liberal and Legislative model to a Welfare and Constitutional model and we demonstrate that in this process the Constitution took a very important place as a juridical and political mechanism to unify the expectations from a pluralistic contemporary Society. We discuss the concepts of basis theory, legal dogmatics and Philosophy of Law as proposed by Theodor Viehweg and connect them to our description of how a Constitutional State works to demonstrate that the reality of a Constitutional State fits well with Viehweg's concepts. The Constitution could be understood as basis theory and a research object for a legal dogmatics and both are reviewed by Philosophy of Law, which is indirectly responsible for its content and also works, at a later moment, as its reviewer.
Key Words: Law theory. Constitution. Liberal State. Welfare State. Theodor Viehweg. Juridical argumentation. Constitutional interpretation.

* Professora dos cursos de graduação em Direito e de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Doutora em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.

1. Considerações iniciais

1.1 Os propósitos e o percurso da análise

Se for possível fazermos alguma generalização sobre o Direito e sobre o conhecimento jurídico contemporâneos, sem dúvida que a centralidade da Constituição no sistema jurídico dos Estados ocidentais é uma delas. Essa percepção faz, inclusive, que chamemos a teoria jurídica contemporânea de uma *teoria constitucionalista*, não porque ela tenha se transformado em uma teoria do Direito Constitucional, mas porque em suas reflexões a Constituição ocupa um lugar de grande importância. Há quem prefira, nesse sentido, substituir a expressão *pós-positivismo*, cunhada também há pouco para dar conta do novo perfil da teoria jurídica, pela já mencionada *teoria constitucionalista.*[1]

O presente artigo procura fornecer alguns subsídios, a partir dos conceitos elaborados por Theodor Viehweg, para que se compreenda o papel desempenhado pela Constituição na teoria constitucionalista do Direito, evidenciando a sua função de limite dogmático para as interpretações e argumentações no interior dos ordenamentos jurídicos. Essa noção de limite, conforme bem salienta Manuel Atienza, não se prende mais e apenas aos conceitos de validade formal pela congruência entre a norma infraconstitucional e a norma constitucional, mas incorpora uma visão de conteúdo da Constituição.

Entendemos, e procuraremos evidenciar os fundamentos desse entendimento ao leitor, que o conceito de teoria de base, desenvolvido por Viehweg e pouco explorado na literatura brasileira, pode ser útil para elucidar a situação teórica e prática da Constituição. A maneira como referido autor trata a questão fornece, ademais, uma boa explicação sobre a articulação entre a teoria de base e as análises que a ela se dirigem, consideradas por ele como uma teoria da argumentação jurídica. Essa segunda dimensão nos auxilia a compreender como e por que a teoria contemporânea do Direito pode ser considerada em larga medida uma teoria da argumentação jurídica, uma segunda generalização que também encontra respaldo na experiência prática e teórica dos juristas que se debruçam sobre os problemas jurídicos atuais.

O percurso de nossa análise será, portanto, o seguinte: ainda a título de considerações iniciais, apresentamos ao leitor algumas informações básicas sobre Theodor Viehweg. Em seguida, em item próprio, abordamos, ainda que sucintamente, a noção de um Estado Constitucional que sucede historicamente um Estado Legislativo e a presença da argumentação jurídica nessa passagem. Em continuidade dedicamos um item à apresentação da construção teórica de Theodor Viehweg a cerca da teoria de base e de seus vínculos com uma teoria da argumentação jurídica. Finalizamos com um esforço de vinculação entre as abordagens dos itens anteriores.

1.2 Breve apresentação de Theodor Viehweg

Theodor Viehweg nasceu na cidade alemã de Leipzig em 30 de abril de 1907 (Garzón-Valdés, 1997: 11). Cursou Direito na mesma cidade e freqüentou os seminários de filosofia ministrados por Nikolai Hartmann em Berlim antes da Segunda Guerra Mundial (Ferraz Jr., 1979: 6). Submeteu a sua tese de livre-docência, a qual daria origem ao seu único livro – *Topik und Jurisprudenz* – à Universidade de München em 1953 (Ferraz Jr., 1979: 1) e tornou-se Professor da Universidade Johannes Gutenberg, de Mainz, em 1962 (Garzón-Valdés, 1997: 11). Permaneceu nesta universidade como Professor Catedrático e, posteriormente, como Professor Emérito até a sua morte, em 1988.

Theodor Viehweg escreveu apenas um livro, *Topik und Jurisprudenz*. A sua publicação ocasionou, contudo, grande polêmica, e a obra tornou-se rapidamente um clássico do pensamento jurídico do século XX (Ferraz Jr., 1979: 1; García de Enterria, 1964:11; Crifó, 1962: XV-XXIII; Garcia Amado, 1988: 13). Publicada pela primeira vez em 1953, recebeu sucessivas edições até culminar na quinta e última, realizada em 1974. Foi traduzida para o italiano em 1962, para o espanhol em 1964, para o português em 1979, para o japonês em 1980, para servo-croata em 1987 e para o inglês em 1993.

Além dela, Viehweg escreveu artigos científicos e ensaios sobre temas pontuais, mas nenhum outro texto mais longo ou acabado. Esses "pequenos escritos" foram reunidos após a sua morte e publicados em duas coletâneas, organizadas por colaboradores seus. A primeira, editada em língua espanhola e por iniciativa de Ernesto Garzón-Valdés, amigo pessoal de Viehweg e Professor da Universidade Johannes Gutenberg de Mainz, veio a público em 1990 (Viehweg, 1990). A segunda, organizada por Heino Garrn, foi publicada em 1995 (Viehweg, 1995). A partir delas, novos aspectos do pensamento do autor puderam ser observados e nexos de sentido construídos a fim de esclarecer e avançar na compreensão das idéias propostas em *Topik und Jurisprudenz*.

A temática que serve de base à reflexão neste artigo surgiu em um dos artigos publicados nas coletâneas espanhola e alemã e as idéias nele contidas são, em função disso, menos conhecidas do público brasileiro que teve contato mais direto com a obra *Topik und Jurisprudenz*. [2]

2. Do Estado Legislativo ao Estado Constitucional

2.1 O Estado Liberal como Estado Legislativo

De acordo com Zagrebelsky (2003:21) podemos considerar o século XIX o século do Estado de Direito. Esta forma de Estado pode ser encontrada, na tipologia das formas de Estado, por distinção ao Estado Absoluto característico do Século XVII e ao Estado de Polícia característico dos regimes de despotismo esclarecido do Século XVIII. Ele se constitui, como afirma o autor, em uma das mais bem-sucedidas construções da ciência jurídica contemporânea e indica um valor a ser perseguido: a limitação do poder e a eliminação da arbitrariedade na relação entre Estado e cidadão. Suas características são, como veremos a seguir, perfeitamente compatíveis com o que conhecemos mais comumente como Estado Liberal, forma característica do período aqui analisado e fortemente marcada pela idéia de limitação do poder.

O conceito de Estado de Direito, aberto como é, foi utilizado durante as vicissitudes sociais e políticas de diferentes modos e por diferentes perfis reais ideológicos, chegando a ser invocado mesmo para nomear os regimes fascistas europeus durante a primeira metade do Século XX. (Zagrebelsky, 2003:22-23) Pode-se discutir, ainda, se a fórmula "Estado Constitucional" que vamos analisar adiante, nada mais é do que uma especialização da idéia de Estado de Direito.[3]

Dada a abertura do conceito de Estado de Direito cabe uma sintética recuperação dos principais traços do Estado e da Sociedade Liberais a fim de torná-lo mais concreto. Essa recuperação deve nos auxiliar a compreender melhor o modelo de Estado de Direito liberal como um Estado Legislativo e posteriormente compará-lo com a nova forma estatal que dará origem ao Estado Constitucional[4].

Como conseqüência do conjunto de revoluções[5] acontecidas ao longo dos séculos XVII, XVIII e XIX, a Sociedade dei-

xa de estruturar-se juridicamente em três estamentos distintos, com uma ordenação jurídica peculiar a cada um, e passa a ser regulada por uma normatividade que se pretende universal e igualitária. Ela atinge a todos os cidadãos sem distinção em relação a suas características particulares. As marcas desta nova normatividade são, portanto, a generalidade e a abstração[6], capazes de garantir a igualdade de todos perante o Direito. (Zagrebelsky, 2003:29-30)

Esta exigência de igualdade e sua configuração normativa como generalidade e abstração estão ligadas a uma concepção do papel do Estado na vida social. Ele aparece como um órgão controlador das relações sociais entre indivíduos particulares e seu papel é apenas o de garantir as condições destas relações sem determinarlhes o conteúdo. Em termos mais concretos o papel do Estado é o de garantir os contratos e zelar pela segurança pública para que os indivíduos encontrem as condições favoráveis para o livre desenvolvimento de suas relações. O Estado, nesta concepção, é visto como uma espécie de mal necessário que deve ser vigiado para não exceder suas funções.

Sua legitimidade é geralmente explicada através da metáfora contratualista e ele aparece como o fruto da vontade geral de todos os indivíduos, agora transformados em cidadãos pela sua voluntária submissão, orientada por um ponto de vista utilitarista e pragmático.

A Sociedade aparece, portanto, como um conjunto de indivíduos atomizados, portadores de interesses específicos. Cabe ao mercado equalizar estes interesses que se intercruzam, produzindo uma racionalidade global. De certo modo, o bem comum é atingido pelo exercício errático do interesse de cada indivíduo. O Estado deve apenas garantir o funcionamento deste mecanismo de projeção e atingimento de interesses particularísticos através de uma regulação mínima. Ele é, e deve ser, apenas o garantidor da "regra do jogo".

A concepção de Sociedade que está presente neste modelo é, portanto, a de uma totalidade ética de indivíduos que são tomados abstratamente. A igualdade somente pode ser afirmada de uma perspectiva abstrata. Em uma Sociedade capitalista a igualdade formal vem acompanhada de uma profunda desigualdade material, a qual não pode ser levada em conta pela ordem jurídica na medida em que o Estado deve ser legitimado por representar a vontade geral e não os interesses de classe.

É construída, assim, uma lógica de distinções dicotômicas entre a Sociedade civil e o Estado, o espaço público e o espaço privado, a economia com sua racionalidade técnica e a política como espaço para opções valorativas etc., nas quais a abstração fundamental, das condições reais da existência do homem e das relações sociais em que ele vive, é mantida. Esta abstração tem conseqüências importantes para o Direito, seja do ponto de vista da estrutura do sistema normativo, seja da perspectiva do sistema judicial, como veremos oportunamente.

No movimento de passagem da Sociedade feudal organizada estamentalmente para a Sociedade burguesa, evidentemente surgem novos conceitos e categorias epistemológicas com pretensões de explicação da realidade. De uma maneira genérica podemos falar de um movimento de secularização e racionalização da concepção de realidade, que passa a ser explicada muito mais através da consideração do homem como sujeito capaz de construir sua história do que por predeterminações teologicamente orientadas. O modelo liberal situa-se dentro deste contexto e é nele perceptível esta orientação.

No plano do Direito ela aparece na progressiva perda de referenciais externos

de legitimação da ordem jurídica, que não é mais justificada por remissão a valores eternos e imutáveis, e sim pelo seu estabelecimento por órgãos representativos da vontade geral dos cidadãos (Ferraz Jr., 1996:24). É esta mesma vontade geral que fundamenta e legitima o próprio Estado, como mencionamos acima.

A ordem jurídica concebida nestes parâmetros é ao mesmo tempo fruto da vontade do cidadão e o submete. Enquanto cidadão ele tem direitos por ela instituídos, assim como é súdito do Estado que sua vontade cria.

O Estado pode aparecer, então, como órgão supremo dentro de um determinado território sem que sua pretensão de poder tenha de ser legitimada por referências exteriores. Esta noção de supremacia vai ser traduzida pelo conceito de soberania, que tem dois aspectos: de um ponto de vista interno revela-se como poder supremo e de um ponto de vista externo como poder independente (Ferraz Jr., 1996: 177-179). A supremacia do poder estatal na perspectiva interna implica no monopólio do uso da violência física e do poder normativo.

Mas este poder supremo deve ser, como vimos, exercido nos limites de sua função de garantidor das regras do jogo. Para melhor controlá-lo estabelece-se uma divisão tripartite de funções dentro do aparelho estatal que estrutura-se como uma organização complexa. Dela faz parte o Poder Legislativo, com a função de produzir as normas jurídicas e sede da legitimidade popular que fundamenta a existência do Estado; o Poder Executivo, que deve administrar e executar as determinações postas pelo Legislativo, nos limites da legislação; e o Poder Judiciário, com a missão de aplicar a legislação elaborada, dirimindo os conflitos. O Estado é, nestes termos, ao mesmo tempo um ente único e superior aos particulares, mas para a própria proteção destes exige-se a divisão do poder para que não suplante os seus limites.

Essa necessidade de proteção diante do Estado acarreta também a presença de um conjunto de direitos individuais cuja delimitação pode ser considerada como negativa. São limites à interferência estatal na esfera da liberdade individual e expressam uma série de proibições ao Estado. Dentre eles encontramos a liberdade de ir-e-vir, a liberdade de pensamento e expressão, a liberdade de crença e culto religioso etc.

Centraliza-se no Estado o poder de dizer o direito e de aplicá-lo, e reduz-se o próprio direito ao estatalmente produzido. A fonte predominante das normas jurídicas será, portanto, a legislação e embora o costume não deixe de ser considerado enquanto tal, adquire um papel subordinado e subsidiário. Direito e legislação acabam por se tornar termos de igual extensão na teoria das fontes do direito moderno de caráter liberal. (Ferraz Jr., 1996:222-227)

A legislação expressa bem os postulados básicos do modelo de Direito liberal. Ela é genérica e abstrata - regulando as situações sociais naquilo que elas têm de constante e uniforme - e permite ao cidadão orientar previamente sua conduta e defender-se do poder estatal. Em outras palavras: ela proporciona certeza e segurança jurídicas, dois conceitos fundamentais para este modelo.

À dogmática jurídica que trabalha com este material normativo cabe organizá-lo de modo hierárquico e explicá-lo de maneira a exponenciar a certeza e segurança jurídicas, sem desenvolver juízos valorativos sobre a correção ou incorreção desta normatividade. Este postulado é amparado na separação que se opera entre os problemas atinentes à justiça e a legalidade. O jurista ocupa-se com a legalidade e não está legitimado para questionar se esta é capaz de instaurar a justiça. De certo modo

há uma difusa crença, não enunciada, de que a legislação, por ser fruto da vontade geral expressa pelo Parlamento, é intrinsecamente justa. Com a progressiva perda de referenciais externos ao Direito positivo, como o era o Direito Natural, torna-se cada vez mais difícil encontrar parâmetros para aferir a legitimidade da ordem jurídica positiva e esta acaba por legitimar-se a si própria, em um processo auto-referencial.

A noção central que estrutura o sistema normativo, enquanto objeto de trabalho da dogmática jurídica, é a validade, e seu fundamento é a produção da norma de acordo com o prescrito por outra norma jurídica de escalão superior.

O ordenamento jurídico vem concebido, então, como um todo completo, coerente e preciso. A estas propriedades correspondem três problemas clássicos da teoria geral do Direito: a inexistência de lacunas, a inexistência de antinomias e a univocidade de sentido das normas jurídicas.[7]

Para um ordenamento jurídico assim compreendido, a correspondente concepção de hermenêutica jurídica somente pode ser a de uma exegese literal dos textos legais, baseada na crença da univocidade e completude. Deste modo, a abstração que ignora a real desigualdade social é mantida imperturbável tanto no plano da norma quanto nos planos de sua sistematização doutrinária e de sua aplicação judicial.

A expressão cabal do modelo, do ponto de vista do sistema normativo, é a feitura de códigos que procuram abranger toda a normatividade de uma determinada esfera social e sobre a qual se debruça e se restringe a dogmática jurídica, na sua tarefa organizativa e hermenêutica. (Zagrebelsky, 2003:32-33)

De outra parte, o próprio conflito jurídico, no qual há a interferência estatal através da aplicação da norma jurídica, é entendido como um problema que se desenrola na relação entre dois indivíduos que litigam em torno de um objeto determinado e que pode ser adjudicado a um deles. Não há consideração da situação social em que a relação é construída e que a determina.

A concepção de Direito que encontramos neste modelo estrutura-se predominantemente em torno do Direito Privado, com categorias como autonomia da vontade, contrato, propriedade etc.[8], o que é facilmente compreensível se atentarmos para o fato de que sua função é a regulação do mercado competitivo, sem interferir diretamente na sua lógica de funcionamento. O centro da ordem política e jurídica no modelo liberal é o mercado.

Trabalha-se, portanto, com uma concepção de Direito que privilegia as normas de conduta com o intuito de balizar as atividades dos particulares, controlando-as. O princípio da legalidade dá a linha basilar do sistema e a sua estrutura pode ser classificada como condicional, traduzindo-se na avaliação do fato ("se...") e respectiva qualificação jurídica e aplicação normativa ("então...").

A ordem social é concebida como estável e permanente, cabendo aos juristas manejarem seu instrumental técnico de modo a equalizar os conflitos que são sempre pontuais e circunscritos às relações interindividuais.

O centro da concepção jurídica desse período histórico que analisamos até aqui está, portanto, na Lei, considerada tanto de um ponto de vista político quanto jurídico o ponto de partida para a organização social. Cabe bem a este Estado, nesse sentido, o adjetivo de Estado Legislativo.

2.2 O Estado de Bem-Estar, a transformação social e a Constitucionalização do Direito

O advento do Estado de Bem-Estar, também denominado de Estado Providên-

cia, significou uma substancial alteração na concepção do papel do poder público e do Direito a ele conexo. Evidentemente, teve como conseqüência alterações na teoria jurídica, com vistas à absorção dos novos aspectos do fenômeno, alterações essas que ainda estamos realizando e refletem, dentre outros pontos, na presente discussão do papel da Constituição e no conceito de Estado Constitucional.

A transformação mais visível é a que ocorre no papel do Estado, que passa de simples regulador do funcionamento do mercado a um interventor direto. Ele não apenas garante as trocas negociais, mas delas diretamente participa enquanto produtor e interfere nas próprias condições em que se realizam. De certo modo ele se torna responsável pela organização do mercado, formando um novo tipo de estrutura capitalista, que se pode chamar de "capitalismo organizado".

Se no modelo anterior o Estado era responsável pela manutenção das regras do jogo sem determinar quem poderia ser o seu ganhador, aqui ele passa a proteger uma das partes - os "hipossuficientes" - que tem maiores chances de sair vencedora. Para continuar no âmbito da mesma metáfora: um jogo de "cartas marcadas".

Aparecem, neste contexto, novas regulações jurídicas que vão constituir o Direito do Trabalho, o Direito da Seguridade Social, a mitigação dos princípios absolutistas do Direito de Propriedade etc. Sua característica comum é constituírem uma espécie de "solução de compromisso" entre as necessidades de manutenção da ordem capitalista e as reivindicações sociais crescentes, notadamente do sindicalismo e dos novos movimentos sociais em um segundo momento histórico. Canaliza-se institucionalmente a demanda por proteção social efetiva e ao fazê-lo neutraliza-se o poder socialmente desagregador deste conjunto de demandas, que ganhava força organizativa e transparecia no crescimento dos partidos de esquerda no cenário político[9].

De um Direito com forte viés privatístico passa-se a ter uma configuração jurídica publicística e de intervenção na liberdade privada, que gera a crise do próprio modelo de direito privado que se propunha a regular todas as relações socialmente relevantes e acaba por ter sua influência assaz diminuída.[10] Este fenômeno de crescimento do Direito Público levará à criação do conceito de "constitucionalização do Direito Privado" e mesmo à diagnósticos bastante pessimistas sobre o destino dos tradicionais institutos do Direito Privado, como o contrato.

Se no modelo anterior podíamos identificar o predomínio da liberdade como valor fundamental da organização social e jurídica, aqui a igualdade torna-se o signo forte e é a partir dela que se constrói a intervenção estatal na Sociedade.

Esta busca de igualdade material acarreta o declínio da concepção de Sociedade como um conjunto de indivíduos contratantes cuja lógica individualizada de interesses era equalizada pelo livre jogo do mercado. A crença na capacidade auto-regulatória do mercado cai e com ela surge a necessidade de instituir mecanismos de subordinação dos interesses de alguns segmentos sociais em detrimento de outros. O Direito Público torna-se, portanto, o núcleo deste novo modelo.

Pode-se dizer, neste sentido, que a identificação automática entre legalidade e legitimidade que operava difusamente no paradigma liberal perde consistência e se exige um maior empenho do Estado para, através do Direito, alcançar a legitimidade pela qualidade de sua intervenção nas relações sociais.

Torna-se central neste contexto histórico a noção de política pública vinculada

ao próprio ordenamento jurídico. O direito positivo tem agora como função a regulação de esferas sociais novas com vistas à promoção de determinados objetivos em termos de melhoria da qualidade de vida e/ou disciplina da atividade econômica. Políticas de saúde, habitação, educação etc., passam a ser juridicamente reguladas.

É sua característica também a ampliação do rol dos direitos humanos que passam agora abranger direitos de cunho social e econômico, cuja principal distinção para com os anteriores é a de exigirem uma ação positiva por parte do Executivo na sua implementação. Se a noção anterior apontava para uma espécie de "barreira" ao poder público, aqui encontra-se uma nova noção de direito: como liberdade cuja consecução depende de uma igualdade material que deve ser propiciada pela ação estatal. É preciso que se crie algo novo para que possam ser exercidos estes novos direitos. Os direitos civis e políticos admitiam, quando de sua violação, remédios corretivos. Estes pedem uma ação estatal positiva e genérica. (Lopes, 1994:124-129)

Enquanto os direitos humanos tradicionais e peculiares ao modelo liberal tinham um caráter individualizável e admitiam remédios corretivos de sua violação, como mencionamos acima, os novos direitos são de exercício coletivo e implicam, portanto no alargamento da própria noção de conflito jurídico. Não há sempre e necessariamente uma parte litigando com outra igualmente determinada, mas um conjunto de possíveis atingidos litigando, via de regra, contra os próprios poderes públicos responsáveis pela sua garantia. Uma tal configuração do conflito presta-se também ao crescimento do papel dos atores políticos/sociais de defesa destes direitos, como os sindicatos, as associações etc., o que também acarreta adaptações no modelo liberal de processo judicial.

Diante da necessidade de legitimação da ordem social pela consecução de resultados em termos de políticas públicas o Estado se vê envolvido numa demanda crescente por novos direitos que expressam os interesses de grupos e classes sociais determinados. Se a demanda é infinita, os recursos para provê-la não o são. Esta tensão constante coloca-o diante da necessidade de desenvolver mecanismos paliativos de legitimação. Ao invés de conceder e implementar os novos direitos, acaba muitas vezes instituindo-os apenas simbolicamente, sem condições de efetiva implementação[11].

É possível afirmar, nestes termos, que o conflito jurídico deixa de se desenvolver apenas entre interesses individuais e particularísticos para ampliar-se no sentido de um confronto entre projetos de Sociedade que são defendidos por grupos e classes sociais. Na função de equalizar estes interesses e projetos o Estado recorre a formulações normativas cada vez mais genéricas e abertas, como mecanismos capazes de dar conta da contínua demanda e sua diversificação.

A função promocional do Direito, que aponta para um horizonte a ser atingido através da ação estatal, muda radicalmente a própria formulação técnica normativa. Ao invés de limitar-se a uma normatização protetiva e repressiva, com a atuação corretiva sobre um conflito ocorrido no passado, exige-se agora do Direito que seja capaz de orientar a ação social para a consecução de fins[12].

Uma ordem jurídica com alto caráter simbólico e com normas genéricas e carecedoras de uma posterior delimitação acaba acarretando uma contínua atividade de construção de sentido. A idéia de finalidade torna-se central nesta discussão e vai orientar a hermenêutica jurídica no seu esforço para fazer frente a estas transfor-

mações. Ao invés de uma atividade determinada no tempo, por exemplo quando do advento de uma nova norma, exige-se agora um trabalho constante de interpretação e adequação das normas à realidade em mutação, de acordo com finalidades que variam e apontam para uma atividade prolongada no tempo. (Cappelletti, 1993:41)

Diante desta tensão surgem novos conceitos jurídicos, como o de Constituição dirigente, de norma não dotada de eficácia plena mas diferida no tempo, de princípios que visam apenas orientar a aplicação normativa, etc., e ganha corpo a discussão sobre o papel criador da jurisprudência e seus condicionamentos político-ideológicos. A discussão surgida na filosofia do Direito em meados da década de 70 e que se propaga até hoje sobre a distinção entre princípios e regras é mais um exemplo desse fenômeno.

De certo modo, a divisão clássica do modelo liberal entre a esfera da política e a esfera do direito acaba sendo atenuada, porque os conflitos políticos em torno da distribuição de bens públicos e de escolha de quais interesses devem ser privilegiados, desembocam no Poder Judiciário, que é instado a manifestar-se sobre eles. Estes conflitos são, ademais, de difícil sistematização pois não são situações que ocorram sempre de um mesmo modo e sim configurações mutáveis e peculiares de uma dada realidade. A sua jurisprudencialização, portanto, é quase impossível, mesmo porque sua solução depende da interpretação de princípios genéricos e abstratos cujo sentido só é encontrado por referência ao caso concreto em questão[13]. Há uma espécie de delegação da atividade política ao Judiciário, que deve encontrar uma saída plausível dentro das premissas normativas que o sistema lhe oferece.

Neste contexto perde-se a antiga coesão e coerência das soluções judiciais que instrumentalizavam a concepção da ordem jurídica como um todo completo e de sentido unívoco, com os corolários da segurança e certeza jurídicas. Perde-se em segurança e certeza ao precisar de normatização para situações específicas, não generalizáveis e também ao recorrer, por este mesmo fato, a uma normatização principiológica.

Obviamente que não é por um "capricho" do Legislador que a normatização toma este caráter principiológico. O Poder Legislativo, enquanto órgão encarregado de fornecer as premissas normativas ao sistema jurídico vê-se diante de uma dupla constrição. Por um lado é instado a legislar para atender as demandas sociais por novos direitos e sua viabilização. Por outro não consegue vencer a complexidade e a rapidez desta mesma demanda. Seu mecanismo de funcionamento, com um procedimento formalizado e burocratizado de produção normativa, não é suficiente ágil para dar respostas no tempo em que as transformações sociais o exigem. Recorre então à legislação principiológica, dada a sua incapacidade de fornecer uma solução específica para cada contexto que lhe é levado.

Como muito bem aponta Zagrebelsky (2003:37) as razões do desaparecimento das clássicas características da lei correspondem também ao desaparecimento daquela homogeneidade burguesa de valores e conceitos não-tematizados porque pressupostos de maneira estável. As Sociedades contemporâneas são pluralistas em termos valorativos e nelas, como diz o autor, diversos grupos e estratos sociais participam do "mercado da lei" com demandas e perspectivas muito diversas entre si. A homogeneidade liberal dá lugar à heterogeneidade do Estado Social, caracterizado por uma ampliação da democracia e pela busca de padrões de igualdade material.

Essas mesmas características da realidade social – mutabilidade, rapidez e heterogeneidade – fazem com que o Poder Executivo seja levado a recorrer a uma série de expedientes normativos que fogem dos padrões tradicionais da legislação liberal. Portarias, atos normativos e decretos que tentam canalizar e regular as situações sociais com a rapidez por elas exigidas.

A referida atividade normativa, seja do Legislativo, seja do Executivo, faz com que o sistema jurídico acabe sendo transformado num conjunto de difícil sistematização e hierarquização, embora de um ponto de vista formal todas as categorias forjadas no modelo liberal do Direito continuem sendo usadas. Sua capacidade explicativa e cognitiva, no entanto, é prejudicada pela nova realidade, que lhe escapa do controle.

Ao invés de um sistema hierárquico e formalizado, como tínhamos no modelo liberal, encontramos agora um sistema circular, no qual se cruzam diferentes normatividades que tendem a formar cadeias independentes entre si e que são organizadas de maneira mutável, pela remissão a alguns princípios basilares do sistema, quando necessário. É cada vez menos possível encontrar uma linearidade única no interior do sistema normativo. Uma série de subsistemas a substitui e eles se articulam entre si de modo não estático.[14]

Este novo modelo de sistema jurídico pode ter sua adequação funcional mensurada da seguinte forma:

A praticidade dos sistemas circulares reside no seu caráter pragmático. Uma vez reconhecida a heterogeneidade de fatores intercorrentes no mundo jurídico, os sistemas normativos passam a atuar como redes aptas a capturar a complexidade da realidade social. Qual o critério identificador das relações úteis ou significativas para o trabalho do julgador? Importa verificar, preliminarmente, que todas as eventuais respostas esvaziam o paradigma dogmático da ciência do direito. Primeiramente, se valorizada a capacidade operacional e prática dos microsistemas de auto-regulação social, assegura-se a juridicidade às custas do sistema hierarquizado. Em segundo lugar, se evidenciada a necessária unicidade do sistema de regulação jurídica, perde-se a certeza da adequação da norma genérica ao caso particularíssimo. Por isso, a 'desestruturação do direito' revaloriza a temática da hermenêutica jurídica e da função social do magistrado. (Campilongo, 1994:40)

Muda-se, assim, o próprio perfil de conhecimento técnico exigido no âmbito jurídico. Inevitavelmente colhido pela crescente complexidade social e instado a operacionalizar a nova normatividade, o sistema tem de conviver com a ponderação de interesses sociais e políticos como determinantes de suas decisões, o que não lhe era exigido no modelo anterior[15], assim como lidar com um sistema cuja estrutura está longe de ser facilmente operacionalizável com as categorias dogmáticas tradicionais.

Podemos sintetizar em três aspectos principais esta alteração que torna perplexo o jurista formado no paradigma liberal de Direito e dogmática jurídica:

a) hipertrofia legislativa, inclusive com legalidade produzida fora do parlamento (mudança quantitativa);

b) variabilidade de normas, modificando constantemente a regulação dos mais diversificados aspectos da vida social e tornando a legislação instável (mudança qualitativa);

c) como síntese dos aspectos negativos das duas características anteriores, problemas de coerência interna do ordenamento. (Campilongo, 1994:41).

Nesse contexto de transformação que estamos descrevendo a Constituição aparece como um mecanismo de unificação do Direito e conseqüentemente de contenção

do potencial destrutivo da continua produção legislativa com as características que vimos acima. A idéia de uma Constituição surge, assim, vinculada à noção de um limite acima da legislação e à qual se submetem todos os participantes do jogo político. Uma unidade postulada, evidentemente, a partir de valores e princípios suficientemente gerais e abstratos para serem aceitos como produto de amplo consenso social e que passam a ser encarados como condições de possibilidade do próprio jogo político e da busca, a ele inerente, de benefícios sociais para os grupos que expressam a particularidade e a pluralidade dos interesses sociais. (Zagrebelsky, 2003:39)

O Estado Constitucional como um conceito que nasce a partir da transformação do Estado de Direito Liberal em um Estado de Bem-Estar, com uma Constituição cujo papel é o acima descrito, procura apreender, portanto, essa natureza simbólica do documento constitucional e ao mesmo tempo transformá-lo efetivamente em um documento de compromisso e de viabilização dos acordos que este compromisso expressa.

A idéia chave, como bem demonstra Prieto Sanchís (1998: 33), passa a ser a presença da Constituição como um marco de limitação e controle do poder, de todo o poder, o que traz consigo a necessidade de se estabelecer um mecanismo de controle de constitucionalidade das atividades legislativas e um controle de legalidade das atividades administrativas do Estado. Esse controle não deve ser confundido, no entanto, com um controle meramente formal, atento aos pressupostos de validade presentes na concepção anterior, mas representa uma aferição dos atos legislativos e administrativos à luz da defesa dos direitos fundamentais, ampliados, como se viu nos parágrafos anteriores, para dar conta da idéia de igualdade material.

O núcleo desse novo modelo consiste, pois, em conceber-se uma norma suprema, fonte direta de direitos e obrigações, imediatamente aplicável por todos os operadores jurídicos, capaz de impor-se frente a qualquer outra norma e, sobretudo, com um conteúdo prescricional pleno de valores, princípios e direitos fundamentais. A novidade, como ressalta Prieto Sanchís (1998:35), não está nos elementos isolados, mas em sua conjugação.

Servindo-se de um argumento de Robert Alexy, Sanchís afirma que o constitucionalismo contemporâneo pode ser compreendido de forma muito esquemática a partir do seguinte perfil: mais princípios do que regras, mais ponderação do que subsunção, mais juizes que legisladores, mais Constituição que lei. (Sanchís, 1998:35)

Evidentemente que em um sistema jurídico tal como o que vínhamos descrevendo, altamente complexo e carecedor de uma constante atividade interpretativa, traz consigo a necessidade de um instrumental teórico e técnico diferenciado. Ao invés da teoria estrutural do Direito, característica do modelo liberal e preocupada com a aferição da validade em termos formais, há de se desenvolver agora uma teoria que permita discutir os conteúdos jurídicos, sejam os postos na legislação infraconstitucional ou nos atos da Administração Pública, sejam os postos na Constituição.

Uma teoria da argumentação jurídica é construção imperativa para esse novo modelo, pois, embora possamos dizer com larga margem de acerto que o Direito sempre foi aplicado por mecanismos argumentativos, sem dúvida que esses mecanismos ganham um papel muito mais importante quando nos deparamos com sistemas jurídicos como os do Estado Constitucional.

Como muito bem aponta Atienza (2004:17), uma idéia central presente no conceito de Estado Constitucional é a de

que as decisões públicas têm de estar motivadas para que sejam submetidas a controle. Ademais, o critério de legitimidade do poder nessa forma de Estado é, além de legal-procedimental, preso a considerações de caráter material, o que significa dizer que o espaço oferecido pelo Estado Constitucional à argumentação jurídica é maior do que o existente em outras formas de organização jurídico-política.

Como bem lembra o autor, isso não significa e não deve significar, contudo, uma idealização do Estado Constitucional como uma forma de Estado racional-argumentativo, mas a compreensão de que esta organização jurídico-política e sua ênfase argumentativa é a melhor das formas existentes, embora não seja perfeita. (Atienza, 2004: 17-18)

Se isso é verdade, também o é, no entanto, que essa mesma centralidade da Constituição, requer uma abordagem mais precisa. É o objeto da abordagem no próximo item.

3. Teoria de Base e o papel da Constituição

3.1 Teoria de Base, Dogmática Jurídica e Filosofia do Direito

Viehweg principia a abordagem da temática que aqui nos interessa fixando seu ponto de partida. Assim, observa que uma consideração de caráter sociológico indica que todo agrupamento social precisa fixar uma opinião sobre o que considera justo. Essa opinião jurídica deve ser entendida como uma resposta vinculante a uma problemática social e cumpre uma função social ao possibilitar a coordenação do comportamento de uma pluralidade de pessoas (Viehweg, 1995: 35 e 1997: 15)[16].

Esta opinião pode, indiferentemente, advir ou se expressar em máximas transmitidas de geração para geração, de um oráculo, de sentenças judiciais ou de leis. Se esta opinião for submetida ao controle do pensamento e com isso racionalizada tornar-se-á uma dogmática jurídica (Viehweg, 1995: 35 e 1997: 16).

Uma dogmática jurídica é estruturalmente formada por um ou mais dogmas fundamentais, conciliáveis entre si e considerados como inconstatáveis, no sentido de que são tomados como pontos de partida que não se submetem a questionamento, tendo sido postos como premissas básicas. Tudo o que é sugerido como resposta a um problema no interior desta dogmática deve ser conciliável com o sentido destes dogmas, pois este modo de pensamento é sempre imanente, ou seja, desenvolve-se internamente e a partir de seus próprios pressupostos (Viehweg, 1995: 36 e 1997: 16).

Para poder cumprir com sua função de unificação e coordenação do comportamento na Sociedade é preciso que os dogmas fundamentais contenham explícita ou implicitamente uma teoria material do direito que funciona como fundamentação última e isto significa que devem conter uma resposta relativamente concreta sobre o que é o justo[17]. Neste sentido Viehweg menciona vários exemplos históricos, como a teoria de base dos juristas romanos, tão oculta que é dificilmente reconstituível[18], ou a de Tomás de Aquino que é bastante explícita. Contemporaneamente, diz o autor, podemos considerar a positivação dos Direitos Humanos nas Constituições escritas como uma fixação de uma teoria material do direito (Viehweg, 1995: 38 e 1997: 20).

Evidentemente que uma fixação deste tipo, consubstanciada em normas escritas, resolve apenas uma parte da questão, indicando o que se deve compreender como a teoria de base. A praxis requer ainda que se fixe uma teoria dogmática da interpreta-

ção, cujo papel seria justamente o de indicar como os textos devem ser interpretados a fim de que se encontre a referida teoria de base (Viehweg, 1995: 48-49 e 1997: 34-35).

Sem dúvida, diz Viehweg, o intérprete está remetido a uma ordem constitucional que contém em si uma teoria do direito não apenas formal como material. Se em tese isso é claro e coerente, na prática nem sempre o é, pois esta teoria surge dos costumes, dos hábitos, da eticidade.

Ademais, a unidade ou uniformidade de uma teoria jurídica material deste tipo é necessariamente postulada, mas na realidade está tão cheia de tensões que, no fundo, sua harmonização coloca, a todo jurista e em particular a um tribunal constitucional, consideráveis dificuldades. Uma teoria do direito assim constituída tem a função de evitar que a interpretação se torne interminável - embora se saiba perfeitamente que também a Constituição precisa ser interpretada - e indicar o que é considerado num determinado círculo jurídico como problemática da justiça fixando, com isso, o campo das argumentações jurídico-dogmáticas possíveis (Viehweg, 1995: 48-49 e 1997: 34-35).

A teoria de base aqui mencionada, cujo conteúdo são as opiniões fixadas sobre o que é justo num determinado momento histórico para uma Sociedade é também designada pelo autor de ideologia jurídica[19]. Independentemente de sua origem – leis, sentenças ou manifestações religiosas – o papel desempenhado por este tipo de enunciado e por seu conjunto é o fornecimento de orientação à praxis e à sua peculiar necessidade de decisão, formando o conteúdo de uma dogmática jurídica em um determinado momento histórico.

Mas se este é o perfil da dogmática, diferente é o que cabe à filosofia do direito. Esta é colocada por Viehweg como possuidora de um duplo papel. O primeiro é vinculado ao fato de que ela participa essencialmente no surgimento de uma teoria do direito. Da filosofia do direito nasce uma teoria de base que dá ensejo, por sua vez, a uma dogmática jurídica. O segundo papel é que depois de ter gerado uma teoria do direito, ela não fica em repouso e converte em objeto de investigação também a teoria do direito, agora dogmatizada (Viehweg, 1995: 39 e 1997: 21).

Viehweg concebe a Filosofia do Direito como uma investigação que nada mais é do que uma teoria da argumentação jurídica, eis que examina e critica os pressupostos dos discursos enunciados pelos operadores jurídicos e pelos doutrinadores. Ao analisar o discurso jurídico ela também acaba por fornecer, ainda que de modo indireto, premissas que serão utilizadas como pontos de partida dogmáticos.

Do ponto de vista da teoria material do Direito, como a designa Viehweg, a Filosofia do Direito ao investigar livremente os problemas sociais e questionar os condicionamentos históricos dos dogmas assumidos para a sua construção, fornece os conteúdos que a compõem. Aquilo que é objeto de reflexão filosófica em um determinado momento histórico, é conteúdo da teoria material em um momento subseqüente e torna-se objeto de revisão exatamente por ter sido dogmatizado.

Um exemplo pontual pode nos auxiliar a compreender esse fenômeno circular. A distinção entre princípios e regras como espécies do gênero "norma jurídica" é hoje um *topos* da teoria jurídica. A discussão filosófica desse assunto pode ser localizada a partir do final da década de 1970 (Atienza, 1996). A sua disseminação nos últimos anos fez com que em praticamente todos os âmbitos da investigação dogmática do Direito passassem a utilizá-la, gerando uma maciça bibliografia destinada à sua

aplicação aos domínios técnicos do Direito Constitucional, Civil, Penal e todos os demais. Seguramente que a discussão permanece sendo realizada do ponto de vista filosófico e poderá acarretar a necessidade de uma revisão futura do seu uso na dogmática jurídica.

Para melhor compreendermos os papéis atribuídos pelo autor à dogmática jurídica, que traz em si uma teoria de base, e à Filosofia do Direito, que as analisa, corrige e indiretamente sustenta, vejamos com mais vagar os conceitos de enfoque dogmático e enfoque zetético.

3.2 Enfoque Dogmático e Enfoque Zetético

A distinção entre um modo de pensar dogmático e um modo de pensar zetético é proposta pelo autor como uma maneira de entender a complexidade gerada pela amplitude que o fenômeno jurídico abrange e que coloca ao jurista tarefas que vão desde uma análise de um determinado ordenamento jurídico até investigações de caráter científico ou filosófico (Viehweg, 1997:71-85 e 1995: 97-106).

Viehweg propõe que se considere, na análise de como podem surgir âmbitos do conhecimento como âmbitos temáticos, a estes âmbitos como esquemas de perguntas e respostas. Constrói-se, assim, um campo de problemas suficientemente descritível e se oferecem respostas que, de acordo com procedimentos de prova a serem precisados, são finalmente aceitas ou rechaçadas (Viehweg, 1997: 75 e 1995:100).

Nestes esquemas de perguntas e respostas é possível conferir maior importância às perguntas ou às respostas. Quando conferimos maior relevância às perguntas a estrutura aponta para a zetética. Quando salientamos as respostas, para a dogmática (Viehweg, 1997: 75 e 1995:100).

No primeiro caso, a reflexividade contínua, que pode colocar em questão todas as respostas oferecidas na investigação (e por isso entende-se que a relevância é dada ao aspecto pergunta), aponta para um decurso infinito, ou ao menos sem um término definido. Na zetética, portanto, as respostas são tomadas sempre como tentativas, provisórias e questionáveis a qualquer momento e sua tarefa é caracterizar o horizonte de questões no campo escolhido (Viehweg, 1997: 118 e 1995: 109). No segundo caso, quando se salienta a resposta, a argumentação parte de alguns pontos que não podem ser questionados e sua reflexividade é, neste sentido, limitada pela impossibilidade do questionamento dos dogmas, os quais "dominam" as demais respostas que a eles devem se adequar (Viehweg, 1997: 76 e 1995: 101).

Como aponta Ferraz Jr., uma boa maneira de se entender a distinção entre enfoque zetético e dogmático reside em considerar que o zetético tem como ponto de partida uma evidência, frágil ou plena, mas uma evidência que é admitida como verificável ou comprovável e por isso não é, ao menos momentaneamente, questionada. No enfoque dogmático, ao contrário, o não questionamento acontece porque a premissa é considerada como estabelecida (seja de que modo for, por um ato de vontade, de poder ou de arbítrio) como inquestionável. Assim, propõe o autor, podemos dizer que uma premissa é evidente quando está relacionada com uma verdade e é dogmática quando relacionada a uma dúvida que não podendo ser sanada, requer uma decisão que fixe uma opinião (Ferraz Jr., 1996: 42-43).

O pensamento dogmático está, portanto, vinculado à opinião e à formação de opinião, enquanto que o zetético liga-se com a dissolução das opiniões pela investigação e seu pressuposto básico é a dúvida

(Viehweg, 1997: 77 e 1995:102). A peculiar função social cumprida pelos enfoques é responsável pela sua diferenciação em termos estruturais.[20]

Há que constatar, afirma Viehweg, que no âmbito cotidiano da ação e decisão o pensamento dogmático parece ser indispensável porque se está aqui, na esfera do agir, obrigado a estabelecer, repensar e manter um sistema fechado e por isso dogmático. Um pensamento que se coloca como tarefa a reflexão contínua, enquanto investigação, não consegue cumprir tal função porque a ação requer que se pare as perguntas e se forneça respostas, que são, neste sentido, dogmatizadas. Na esfera da ação o exercício da dúvida deve ser cuidadosamente encarado porque a urgência da decisão requer a formação de uma opinião com base naqueles dados ou informações que o contexto fornece. O modelo do pensamento dogmático é, assim, intrinsecamente ligado ao pensamento cotidiano e sua necessidade de formação de opinião (Viehweg, 1997: 78 e 1995: 100).

É muito importante observar que o pensamento dogmático embora fixe as opiniões, tornando-as indiscutíveis, não pode abandonar o seu desenvolvimento imanente (Vieweg, 1997:16 e 1995:36). Assim, ressalta Viehweg, para manter um sistema coeso e estável de opiniões dogmatizadas ganha importância a hermenêutica, cujo papel é a flexibilização necessária dos dogmas indescartáveis, propiciando a sua revisão interna sem que sejam negados. Se o pensamento dogmático põe fora de questionamento e de dúvida aqueles enunciados básicos que podem ser considerados seus dogmas, também os desenvolve continuamente porque não os pode abandonar (Viehweg, 1997: 101 e 1995: 87).

Assim, ao contrário do que o sentido comum da palavra "dogmático" indica, o pensamento dogmático não trabalha com as normas como se elas representassem um condicionamento fixo, de sentido único. Embora sejam seus pontos de partida inquestionáveis e nesse sentido funcionem como dogmas, a sua natureza lingüística e sua conseqüente imprecisão conferem uma margem relativamente ampla de manipulação, necessária para que os próprios dogmas possam ser continuamente adaptados às circunstâncias sociais mutáveis (Ferraz Jr., 1996:49).

Embora Viehweg não faça uso desse recurso para explicitar a distinção, podemos compreendê-la melhor se utilizarmos a noção de que a dogmática trabalha com o *princípio da inegabilidade dos pontos de partida*, ou seja, ela assume alguns postulados como inquestionáveis e trabalha a partir deles manipulando-os internamente mas sem questioná-los abertamente (Luhmann, 1983:27 e Ferraz Jr., 1980:95-100)[21].

Deste modo, o pensamento jurídico dogmático é funcionalmente necessário e busca continuamente influenciar ou provocar em um grupo social mais ou menos amplo um conjunto de comportamentos. Este enfoque tem uma função operativa e por isso seu aspecto cognitivo embora relevante não é predominante. Ao referir-se a ele Viehweg afirma a sua função social múltipla e a coloca nos seguintes termos: influi sobre os demais, transmite-lhes uma convicção e converte-se em prescrição de conduta. Este tipo de pensamento, agrega o autor, trata de dar sempre uma função operativa ao pensado e ao expressado (Viehweg, 1997:101 e 1995:87).

Ao contrário, um pensamento zetético permanece dentro dos limites de uma função cognoscitiva e este é o seu papel social. O pensamento zetético é tentativo porque seu maior interesse é no aumento do grau de confiabilidade de suas afirmações que são sempre passíveis de revisão exatamente para que a teoria possa ser me-

lhor fundamentada e construída. Sua intenção quando usa a linguagem é transmitir uma informação, descrevendo estados de coisas. Já o pensamento ou enfoque dogmático na medida em que possui um sentido operativo, mescla o sentido informativo da linguagem com o seu sentido diretivo, que nele prepondera (Viehweg, 1997:101 e 1995:87).

Essa vinculação do pensamento dogmático com a direção de comportamentos está na base mesmo da designação que um pensamento de tal natureza recebe. *Dokein*, raiz de dogmática, é termo grego cujo significado pode ser sucintamente indicado como ensinar e doutrinar, enquanto *zetein*, que dá origem à zetética, indica o ato de perquirir (Viehweg, 1997:118 e 1995:110; Ferraz Jr., 1996:41).

Para nossa análise, afirma Viehweg, é também importante lembrar que uma teoria com função social somente pode realizar a regulação de comportamentos se não deixar sem resposta nenhuma questão essencial em seu campo de problemas. Por conseguinte, tem pretensões holísticas e quando surgem as dificuldades, na medida em que não pode renunciar a seus dogmas fundamentais, estes precisam ser reinterpretados e a teoria retocada (Viehweg, 1997: 103 e 1995:88).

As características do pensamento dogmático - pretensão holística, função social e "retoques" - também são possuídas pelo que normalmente se toma como teorias ideológicas. Isso se deve à função social que elas cumprem, e que impede que ambos os tipos de teorias - dogmática e ideológica – possam ser avaliadas de acordo com critérios puramente cognoscitivos. Quando de seus retoques, dificilmente poder-se-á recorrer apenas àquilo que é caracterizado como cognoscível, e dever-se-á recorrer também ao que é questão de crença porque não se pode alcançar ou não se alcançou ainda uma fundamentação científica ou filosófica adequada (Viehweg, 1997: 103 e 1995:88-89).

Neste sentido podemos compreender que uma dogmática jurídica pressupõe algo que Viehweg qualifica como uma ideologia jurídica. Trata-se aqui de um uso neutro[22] do termo ideologia e que é empregado no sentido de um conjunto de idéias ou doutrinas que visam a conformar o ambiente social numa direção determinada.

Deve-se observar, contudo, que ideologia e dogmática não se confundem. Uma dogmática jurídica pressupõe uma ideologia, na medida em que dogmatiza justamente aqueles aspectos que são considerados essenciais para a vida em uma comunidade e os torna seus pontos de partida inquestionáveis (Viehweg, 1997:99 e 1995:86).

A teoria de base, objeto de nossa análise no item anterior, é, pois, uma forma de ideologia que funciona como conteúdo da dogmática jurídica de um determinado momento histórico. Suas características, portanto, nos levam à constatação de que uma teoria com tal perfil serve especificamente para unificar, ainda que de maneira mais ou menos generalizada, as expectativas sociais. Ela é, como podemos agora melhor compreender, submetida à análise crítica e reflexiva da Filosofia do Direito, que, ao operar com o enfoque zetético, mostra-se como uma atividade de desvelamento dos pressupostos sociais, econômicos, políticos e culturais presentes na dogmática jurídica e em sua teoria de base.

Resta verificar, agora, como podemos pensar a Constituição e a teoria constitucionalista do Direito nesse quadro teórico, o que é objeto de nosso item conclusivo.

4. Conclusões

Se, como vimos no item 2.2, a Constituição serve como ponto unificador da

diversidade de expectativas e valores sociais das Sociedades pluralistas contemporâneas, e em razão mesmo da pluralidade valorativa dessas Sociedades é impossível falarmos em uma fundamentação última e inequívoca para as diversas perspectivas de vida e projetos de futuro que nela convivem, parece perfeitamente adequado imaginarmos que a teoria de base de Theodor Viehweg pode ser relacionada diretamente ao conteúdo e à forma de funcionamento das Constituições contemporâneas tal como concebidas pela teoria constitucionalista do Direito. Vejamos com mais vagar essa afirmação.

Vimos, no item 3.1, que a teoria de base revela-se como um conjunto de afirmações, mais ou menos explícitas, sobre o que é considerado justo em uma Sociedade em um momento histórico determinado. A Constituição contemporânea, ao receber como seu conteúdo as declarações de direitos fundamentais, especialmente as ampliadas para abranger também os direitos sociais e os difusos e coletivos, pode cumprir esse papel ao apresentar-se como solução de compromisso político, repositório dos valores morais consensuais e documento jurídico vinculante de toda a atividade social. Ela pode conter e de modo relativamente concreto, um conjunto de valores e de princípios que estruturem as possibilidades de desenvolvimento social, dando-lhe uma direção. Essa característica da Constituição contemporânea, reafirmada não só pela doutrina do Direito Constitucional ou pela teoria constitucionalista do Direito, mas intuitivamente pelas Sociedades, adapta-se muito bem ao descrito por Viehweg.

Como já salientávamos no item 2.1 desde a passagem de uma sociedade estamental e fundada em parâmetros valorativos externos à própria atividade humana a uma Sociedade estruturada em torno de uma concepção antropocentrista e que retira todos os fundamentos da própria atividade do homem no mundo – fenômeno que ocorre ao longo dos séculos XV, XVI, XVII e que desemboca nas formulações que caracterizam o Estado Liberal – há que se fundamentar os valores em um processo de escolha realizado de modo deliberado pela própria Sociedade. O conceito de Poder Constituinte e sua força instauradora da Constituição como documento jurídico e político serve bem a esse propósito e dá margem a uma possibilidade de fundamentação não mais externa à Sociedade, mas interna e localizada em sua própria dinâmica política. Quanto mais a legislação perde força agregadora dos projetos sociais, como vimos que ocorre na passagem do Estado Liberal Legislativo ao Estado de Bem-Estar Social, mais essa função de repositório de valores e projetos é operacionalizada pela Constituição.

Evidentemente que estabelecer um conjunto de pautas para um projeto de vida comum e procurar fixar os valores que o orientam, objeto das Constituições contemporâneas, não é uma tarefa fácil e em função de seu alto grau de complexidade supõe exatamente a abertura de sentido que se aponta como característica das normas constitucionais. Como muito bem ressalta Viehweg, conforme vimos no item 3.1, dizer que a uma teoria material do Direito advém do conteúdo da Constituição não implica em chegarmos ao final da tarefa, mas apenas em apontar a direção de onde ela começa, ou seja, a tarefa de interpretação dos preceitos constitucionais e de concretização de seus mandamentos. Por isso mesmo, como adverte o autor, uma teoria material consubstanciada em uma Constituição tem de ser acompanhada de uma teoria dogmática da interpretação constitucional, que lhe fixe os sentidos possíveis e desejáveis em determinado momento histórico.

O papel dos Tribunais Constitucionais passa a ser vista, neste sentido, como uma função de fixar em grau último o significado das normas constitucionais que podem receber mais de uma interpretação. Os Tribunais Constitucionais funcionarão, desse modo, como uma espécie de garantidores do jogo social no qual os grupos políticos que representam os diversos interesses concorrentes e que atuaram no momento de formulação das normas constitucionais durante o processo constituinte, agora continuam a lutar por suas perspectivas ao postular interpretações diversas para os dispositivos constitucionais.

A contínua luta em torno dos significados das normas constitucionais é a faceta móvel da teoria de base, que embora receba uma aprovação generalizada enquanto teoria de base, é objeto de questionamentos em razão das contradições que abriga, resultado da pluralidade valorativa e de projetos sociais que a Constituição das Sociedades contemporâneas representa. Assim, como Viehweg ressalta, a estabilidade da teoria de base, dogmaticamente tomada como ponto de partida, não é uma fixação que engesse o desenvolvimento do Direito, pois a sua unidade é um postulado e não uma realidade prática. O pensamento dogmático, como vimos no item 3.2, é obrigado a desenvolver de modo imanente os conteúdos que manipula exatamente porque não os pode abandonar. Assim, se o conteúdo das normas constitucionais é ponto de partida para todo o sistema jurídico e não pode ser afastado, precisa continuamente ser (re) interpretado.

Os estudos desenvolvidos nos últimos anos no Direito Constitucional brasileiro sobre a interpretação da Constituição de 1988, as críticas endereçadas ao modo como Supremo Tribunal Federal interpreta determinados dispositivos, a tentativa de fixação de conteúdos que sejam melhores porque protegem os Direitos Fundamentais constantes do texto constitucional, bem como as discussões especificas sobre técnicas de interpretação mais adequadas à natureza das normas constitucionais, podem ser descritos como o desenvolvimento de uma dogmática jurídica que interpreta, controla e fixa os sentidos das normas constitucionais. Sem ser fonte formal do Direito a dogmática constitucional evidentemente cumpre um papel de grande relevância como substrato das discussões jurídicas perante os tribunais, desempenhando o papel que Viehweg assinalava à dogmática que toma como seu objeto e tem como seu conteúdo, mesmo que nem sempre de modo consciente, uma teoria material do Direito. Ela prepara e delimita os argumentos possíveis em um determinado momento histórico quanto à interpretação das normas constitucionais.

Vimos também que, ainda segundo Viehweg, uma dogmática jurídica e sua teoria de base estão vinculadas a uma Filosofia do Direito. Esta, partindo de um enfoque zetético, discute de modo mais livre e profundo questões que serão transformadas em conteúdo da teoria de base e da dogmática que a desenvolve. Sua tarefa de reflexão continua, no entanto, enquanto reflexão crítica das bases que pode ter auxiliado a construir e que agora compõem a teoria de base e a dogmática jurídica. A teoria constitucionalista do Direito cumpre bem esses papéis desenhados por Viehweg. A partir de sua insistência na centralidade da Constituição para os sistemas constitucionais das Sociedades contemporâneas a teoria do Direito foi renovada e continua sendo. Há, por parte da própria teoria constitucionalista do Direito um grande empenho em salientar a importância do seu modo de ver o fenômeno jurídico, presente, por exemplo, na afirmação de Manuel Atienza que colacionamos no item 2 deste artigo e que

nos lembra que o Estado Constitucional não pode ser confundido com um Estado perfeito, mas é a melhor forma de Estado que conhecemos até aqui.

REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. Argumentación Jurídica y Estado Constitucional. *Novos Estudos Jurídicos*. Itajaí-SC, v. 9, n. 1, p.9-20, jan./abr. 2004.

BALLWEG, Ottmar. Analyse de la Jurisprudence à l'aide d'un modèle de la science sociale. *Archives de Philosophie du Droit*. Paris, n. 14, p. 257-264, 1969.

BARCELLONA, Pietro e COTTURRI, Giuseppe. El Derecho de las capas medias: la suerte de los jusprivatistas. In BARCELLONA, Pietro e COTTURRI, Giuseppe. *El Estado e los juristas*. Barcelona: Fontanella, 1976, p.144-147.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os Desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.) *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane (orgs.). *Direito e Argumentação no pensamento de Manuel Atienza*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. No prelo

CRIFÒ, Giuliano. Introduzione. In Theodor Viehweg. *Tópica e Giurisprudenza.* Tradução de Giuliano Crifò. Milano: Giuffrè, 1962.

FARIA, José Eduardo. Judiciário e Desenvolvimento Sócio-Econômico. In *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.

FARIA, José Eduardo. O Modelo liberal de Direito e Estado. In FARIA, José Eduardo. *Direito e Justiça*: a Função Social do Judiciário, São Paulo: Ática, 1989.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Prefácio do Tradutor. In: Theodor Viehweg. *Tópica e Jurisprudência*. Tradução de Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

GARCIA AMADO, Juan Antonio. *Teorias de la tópica jurídica*. Madrid: Civitas, 1988.

GARCÍA DE ENTERRÍA. Prologo. In:. VIEHWEG, Theodor. *Tópica y Jurisprudencia*. Tradução de Luis Diez-Picazo Ponce de Leon. Madrid: Taurus, 1964.

GARZÓN-VALDÉS, Ernesto. Observación Preliminar. In: VIEHWEG, Theodor. *Tópica y Filosofia del Derecho.* 2. ed. Tradução de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994, p.124-129.

LUHMANN, Niklas. *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*. Tradução de Ignácio de Otto Pardo. Madrid: Centro de EstudIos Constitucionales, 1983.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ley, princípios, derechos*. Madrid: Dykinson, 1998.

ROESLER, Claudia Rosane. *Theodor Viehweg e a Ciência do Direito*: Tópica, Discurso, Racionalidade. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

SCHULZ, Fritz. *Principios del derecho romano*. Tradução de M. A. Vellasco. Madrid: Civitas, 1990.

TEUBNER, Gunther Juridificação: Noções, Características, Limites, Soluções. *Revista de Direito e Economia*, Ano XIV, p. 37-50, 1988.

VIEHWEG, Theodor. *Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie*: gesammelte kleine Schriften. Baden-Baden: Nomos, 1995.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*. 2. ed. Tradução de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997.

VIEHWEG, Theodor. *Topik und Jurisprudenz: ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*. München: C.H. Beck, 1954.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil:* ley, derechos, justicia. 5. ed. Tradução de Marina Gáscon. Madrid: Trotta, 2003.

NOTAS

[1] A propósito, afirma Manuel Atienza (In: ROESLER; CRUZ, 2005): "Neste sentido, pós-positivismo me parece uma denominação preferível às outras, porque sugere a idéia de um processo e de uma fase do mesmo posterior à do positivismo. Porém, de todas as formas, não me parece que seja de todo adequada para referir-se à concepção do Direito na qual se poderiam situar autores como Dworkin, Alexy ou Nino e na qual eu também me situo. Para referir-se a isto nos últimos tempos se está usando a expressão "constitucionalismo" ou "paradigma constitucionalista". Não se trata, naturalmente, de reduzir a teoria do Direito à teoria do Direito Constitucional, mas sim de considerar que estamos vivendo dentro de um paradigma de Direito que se caracteriza pelo papel fundamental atribuído à Constituição, sobretudo porque a validade das normas, em especial das normas legisladas, depende de sua adequação à Constituição, e não unicamente a critérios formais e procedimentais, se não também a critérios materiais. Junto a isto, tem também grande importância a existência dos tribunais constitucionais (chamados assim ou de outra maneira) que fazem um papel de controle de constitucionalidade das leis."

[2] Uma abordagem do conjunto da obra de Viehweg pode ser encontrada em Roesler, 2004.

[3] Esta não é a posição de Zagrebelsky (2003:22 e 33) que prefere considerar que as diferenças são tamanhas a ponto de invocar a metáfora de uma transformação genética.

[4] Nunca é demais lembrar o leitor de que estamos trabalhando com "tipos ideais" em sentido webberiano, ou seja, os processos sociais que aqui encontram alguma descrição foram reduzidos a seus traços mais abstratos e gerais e por isso mesmo não correspondem fielmente ao que ocorreu nas diferentes realidades das quais foram extraídos.

[5] Referimo-nos aqui às revoluções burguesas que fazem com os antigos regimes europeus sejam profundamente alterados, bem como à revolução industrial e suas conseqüências para a organização social do trabalho.

[6] Teubner (1988:37) citando Max Weber expressa da seguinte forma esta característica do direito moderno: "A racionalidade formal do sistema jurídico reside na circunstância de que os juristas se orientam por normas abstractas e universais, ou, mais concretamente, de que no tráfico jurídico 'tanto material como processualmente apenas são tomados em consideração os aspectos gerais e inequívocos da facticidade social'".

[7] De modo magistral, Zagrebelsky (2003:32) resume o pano de fundo dessa pretensão de coerência e de completude: "En este panorama, el monopolio político-legislativo de una clase social relativamente homogénea determinaba por si mismo las condiciones de la unidad de la legislación. Su coherencia venía asegurada fundamentalmente por la coherencia de la fuerza política que la expresaba, sin necesidad de instrumentos constitucionales *ad hoc*. Dicha coherencia era un presupuesto que la ciencia jurídica podía considerar como *rasgo lógico* del ordenamiento, sólidamente construido sobre la base de algunos principios y valores esenciales y no discutidos en el seno de la clase política: los principios y valores del Estado nacional-liberal."

[8] Isto não significa, obviamente, que os demais ramos do Direito não existam de maneira independente. O que se quer reafirmar aqui é o predomínio da "mentalidade" jusprivatística neste modelo.

[9] Cfe. Faria,1989:31: "Já na perspectiva do Estado dito 'intervencionista', a fórmula legitimadora de sua ação regulatória depende de sua eficácia tanto em promover a despolitização dos conflitos para repolitizá-los de modo controlado quanto em ampliar a prontidão generalizada para aceitação de suas decisões independentemente de seu conteúdo, permitindo-lhe assim garantir o engajamento e a mobilização dos diferentes grupos e classes sociais em torno da ordem vigente."

[10] Cfe Barcellona; Cotturri,1976:144-147: "La técnica que ambicionaba presentarse como técnica de mediación de todo el mercado, como la 'estructura' misma del mercado, al perder relevancia éste (por el desarrollo de los monopolios y de la intervención publica) pierde toda

su carga hegemónica entre las técnicas de mediación."

[11] Uma excelente abordagem dessa problemática pode ser encontrada em Neves, 1994.

[12] Daí a noção de "Constituição Dirigente", ou seja, daquela Constituição que traz em si um projeto de vida social que deve ser implementado. A respeito dessa noção e da polêmica sobre a sua adequação aos dias atuais, vide Coutinho, 2003.

[13] Cfe. Faria, 1994: 29: "Os 'casos dificeis' ocorrem quando, em face de um determinado litígio, não há regras jurídicas claras, unívocas e/ou auto-aplicáveis, exigindo do juiz um grau maior de discricionariedade para decidi-lo neste ou naquele sentido; para tanto, o aplicador é obrigado a se valer de 'princípios gerais'- o que o leva, muitas vezes a promover a 'criação judicial' do direito."

[14] Um bom exemplo de teoria que explora esta nova face do sistema jurídico pode ser encontrada em Ferraz Jr.,1978.

[15] Cfe. Faria, 1994:23. "Na medida em que o uso do direito como instrumento de direção e promoção social tem por objetivo a consecução de um equilíbrio material entre os diferentes setores, grupos e classes sociais, a idéia da 'justiça' inerente ao sistema legal acaba sendo pensada como um princípio de 'balanceamento' de interesses irredutíveis a uma medida universal e geral. Esta é a razão pela qual esse sistema destaca-se por suas normas com propósitos compensatórios, redistributivos e protetores, rompendo com o princípio da igualdade formal de todos os sujeitos de direito no âmbito de um mesmo ordenamento jurídico. É por esse motivo que a lei já não é mais tratada como sinônimo de direito, ou seja, como se este se reduzisse somente a um texto legal, passando a ser concebido apenas como uma peça - importante, é certo, mas ao lado de outras - do processo de realização das instituições jurídicas. Nesta linha de raciocínio, as normas jurídicas só podem ser aplicadas de modo legítimo e eficaz quando conectadas hermeneuticamente com a realidade social e econômica, integrando-a como parte necessária do sistema legal."

[16] Para facilitar o acesso do leitor, os textos de Viehweg serão referenciados sempre em duas versões, em alemão e em português, para a obra *Topik und Jurisprudenz* e em alemão e espanhol, para a coletânea dos ensaios e artigos.

[17] Para um aprofundamento dessa idéia pode-se consultar Ballweg, 1969: 257-264.

[18] Viehweg faz, aqui, uso dos estudos de Fritz Schulz sobre o Direito Romano e a forma dos juristas romanos de com ele trabalhar. Para aprofundar, vide Schulz, 1990.

[19] A este respeito afirma Ballweg, 1969: 261: "Dans la doctrine de base, il s'agit d'une idéologie, dans lesquelles les buts de la société sont formulés. Il s'agit d'une interprétation universelle de la réalité sociale, dans le sens plus large, avec une fonction sociale évidente".

[20] Sobre isso afirma Garcia Amado, 1988: 227: "Desde el punto de vista de la finalidad a que estos tipos de pensamiento se orientan, podemos decir que, según VIEHWEG, el pensamiento dogmático se propone reflexionar sobre una opinión que no se cuestiona, sino que se entiende dotada de autoridad y cuja legitimidad se da por sentada de antemano. Determinadas fórmulas se toman como dogmas, ya sean leyes u otros equivalentes, y se hacen objeto de estudio, pero teniendo en cuenta que no se pueden modificar o dejar de lado. Frente a ello, como hemos visto, el modo de pensar investigador hace su objetivo de lo que para el pensar dogmático es una prohibición: el cuestionamiento, crítica y examen continuado de todo tipo de contenidos, presupuestos y métodos."

[21] Cfe. Luhmann,1983: 27: "La característica más importante en el concepto de la dogmática para la comprensión habitual es la *prohibición de la negación*; la no-negabilidad de los puntos de partida de las cadenas de argumentación. Están sustraídos a la crítica."

[22] Neutro porque admite que sempre existe uma ideologia em vigor em uma determinada Sociedade e não a avalia nem de modo positivo e nem negativo. Não é utilizada, neste sentido, a concepção marxiana de ideologia como encobrimento da realidade, embora ela também possa ser relacionada à discussão.