PREFÁCIO

O DIREITO À CULTURA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - 2007

Quinta-Feira, 13 de Agosto de 2020 18:46:23

O DIREITO À CULTURA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Tânia Maria dos Santos

Editora
Verbo Jurídico

.

PREFÁCIO

AUTOR: Luís Afonso Heck

LIVRO – DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

AUTORA: Tânia Maria dos Santos

PUBLICADO EM: Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 143 páginas, 2007

ANEXO: Prefácio

Prefácio

Cultura, latim cultura, de colere: urbanizar, cuidar, em sentido mais amplo, é tudo o que o homem mesmo produz configurantemente, ao contrário da natureza, por ele não criada e não alterada. Prestações culturais podem consistir na transformação formadora de um material dado pelo critério de uma idéia dirigente. Assim, na técnica ou, também, arte formadora ou nas formações ideais como moral, direito, religião, ciência que são dadoras de sentido e organizadoras da comunidade. Por fim, cultura significa, com referência ao indivíduo, o exercício de influência no desenvolvimento de suas capacidades espirituais e corporais.[1] Com isso, mostra-se, por um lado, que a cultura é dependente de transmissão, isto é, de tradição[2] e, por outro, que ela deixa situar-se na perspectiva hermenêutica.[3] As questões seguintes são colocadas nesse sentido.

1. Em Sodré pode ser lido: „Mas a verdade é que, nesse quadro desolador, houve um grupo que se ocupou das coisas do espírito e ligou-se estreitamente à educação, encarregando-se do ensino. Foi o das ordens religiosas, especialmente os jesuítas... ."[4] Mais adiante: „O ensino jesuítico, depois dos primeiros anos, se bifurca: há o campo das escolas de ler, escrever e contar, ligado diretamente à tarefa dos catequistas, e o campo dos colégios, de outro grau, onde a companhia se preocupa, predominantemente, em recrutar os seus quadros."[5] (...) „Do ensino de ler, escrever e contar, que agremiava os jovens indígenas, e sobre o qual foram traçados alguns quadros idílicos, nada restou."[6] A passagem seguinte é

---

[1] Ver *Metzler-Philosophie-Lexikon: Begriffe und Definitionen*/Hrsg. von Peter Prechtl und Franz-Peter-Burkard. 2. Aufl., Stuttgart; Weimar: Metzler, 1999, S. 310. [Artikel Kultur.]

[2] Comparar Gadamer, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode*. Bd. 1, 6. Aufl., Tübingen: J. C. B. Mohr, 1990, S. 281 ff. Versão portuguesa: *Verdade e método*. 7 ed. Petrópolis: Vozes, 2005, página 368 e seguintes. Tradução: Flávio Paulo Meurer; revisão: Enio Paulo Giachini.

[3] Comparar Gadamer, H.-G. (nota 2), S. 305 ff.; página 397 e seguintes.

[4] Sodré, Nelson Werneck. *O que se deve ler para conhecer o Brasil*. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil S.A., 1988, página 271 e seguinte.

[5] Sodré, N. W. (nota 4), página 272.

[6] Sodré, N. W. (nota 4), página 272.

ilustrativa e, por isso, também merece ser transcrita: „Quanto ao ensino dos colégios, este sim deixou marcas e resultados profundos. Tais marcas não se fixaram pelos simples recrutamento de religiosos: excederam esses limites. Vincaram o espírito daqueles que, feitos bacharéis aqui, iam terminar os estudos em Coimbra e disputavam lugares no aparelho administrativo metropolitano e colonial. E existia vínculo estreito entre o ensino dos colégios, aqui, e o da universidade, lá, esta também dominada pelos jesuítas. O processo sistemático de transmissão da cultura, oferecendo instrumentos para a vida, para o exercício profissional, tinha unidade: vinha das primeiras letras às humanidades clássicas e destas aos conhecimentos jurídicos, que absorveram quase totalmente a curiosidade, submetido a normas idênticas. Nesse estreito molde foram fundidos os elementos dotados de dimensão intelectual que encontraram, na Colônia, possibilidade para fazer valer o que haviam aprendido — absorvidos pelo crescimento do aparelho administrativo que se seguiu ao surto da mineração. O traço característico do ensino dessa fase era o seu aspecto marginal. Ele se destinava a distinguir o indivíduo, fornecendo-lhe um ornamento a mais, um título especial. Isolava-o do meio em que vivia, entretanto, voltava as atenções para problemas subjetivos, distanciados, irrelevantes, desligados da realidade. Não era instrumento para a vida e muito menos abria perspectivas para novos horizontes."[7] No seguinte, em essência, quase nada se modifica nesse âmbito.[8]

---

[7] Sodré, N. W. (nota 4), página 272 e seguinte. A obra: „Minha formação", de Joaquim Nabuco, 2 ed. Brasília: Senado Federal, 2001, parece confirmar isso. Assim, é digno de atenção, nessa conexão, que Nabuco torna os partidos responsáveis pela resistência à abolição (página 123), por um lado, e, por outro, afirma que a „abolição teria sido uma obra de outro alcance moral, se tivesse sido feita do altar, pregada do púlpito, prosseguida de geração em geração pelo clero e pelos educadores da consciência" (página 203). Em outra página (175), porém, diz: „A grande questão para a democracia brasileira não é a Monarquia, mas a escravidão." O complemento desta afirmação, na página 183, contudo, tem cores bastante pessoais e subjetivas.

[8] Ver Sodré, N. W. (nota 4), página 273 e seguinte. Comparar para isso, em geral, Gramsci, Antonio. *Maquiavel, a política e o estado moderno*. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1989, página 301 e seguintes. Tradução: Luiz Mário Gazzaneo; Rodrigues, José Honório. *Teoria da história do Brasil*. 5 ed. São Paulo: Editora Nacional, 1978, página 185 e seguintes, 197 e seguintes. A industrialização colocou outras exigências, cujo vencimento requeria o chamado „método das ciências naturais". Ver, para isso, Sodré, N. W. (nota 4), página 274; Rouanet, Sérgio Paulo. *Reinventando as humanidades*, in: Humanidades, v. 10, ano III, ago./out. 1986, página 5 e seguintes; Gramsci, Antônio. *Os intelectuais e a organização da cultura*. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1989, página 117 e seguintes. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Mais recentemente, lamentou-se a falta da

2. Na base do exposto, desse conhecimento, está o que se pode denominar de método dialético. Ele foi empregado por Schmitt[9] para desenvolver as categorias „estado total" em oposição ao sistema do "pluralismo" e, com isso, caracterizar o estado constitucional concreto do império alemão sob a constituição de Weimar de 1919.[10] Isso deveria apoiar sua tese: o presidente do império deve ser o guarda da constituição.[11]

3. Mais recentemente esse método é apresentado por Salgado.[12] Ele toma como base para isso a obra de Hegel.[13] Sua

---

formação (Bildung) (ver Rouanet, S. P. (obra citada), página 7). Para o sentido e função da expressão „formação", ver Gadamer, H.-G. (nota 2), S. 15 ff.; página 44 e seguintes. Confrontar com Adler, Mortimer J. e Van Doren, Charles. *A arte de ler*. Rio de Janeiro: Livraria Agir, 1974. Tradução: Laurenio de Melo.

[9] Schmitt, Carl. *Der Hüter der Verfassung*. 4. Aufl., Berlin: Duncker & Umblot, 1996. Versão portuguesa: O guarda da constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Tradução: Geraldo de Carvalho.

[10] Assim pode ser lido nele: „A mudança poderosa deixa-se construir como parte de um desenvolvimento dialético, que transcorre em três estágios: do estado absoluto do século 17 e 18 sobre o estado neutro do século 19 liberal até o estado total da identidade de estado e sociedade" Schmitt, C. (nota 9), S. 79; página 117. Em uma outra passagem: „(...) Assim nasce um pluralismo, finalmente, também vinculações e obrigações de lealdade morais, uma „plurality of loyalties", pela qual a divisão pluralista estabiliza sempre mais fortemente e a formação de uma unidade estatal é posta em perigo sempre mais" (mesmo autor, mesma obra, S. 90 (pontuação no original)). Página 131 e seguinte.

[11] Ver Schmitt, C. (nota 9), S. 132 ff.; página 193 e seguintes. Kelsen, entre outras coisas, objeta a Schmitt: „É sempre de novo a conclusão de um conceito de direito pressuposto a uma configuração de direito desejada, a mistura típica de teoria do direito e política do direito" (Kelsen, Hans. *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, in: die Justiz, Berlin-Grunewald: Dr. Walther Rothschild, 1930/31, S. 593). Versão portuguesa: Quem deve ser o guardião da constituição?, in: Kelsen, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, página 260. Tradução: Alexandre Krug. Para as passagens citadas de Schmitt, ver Kelsen, mesma obra, S. 599 ff.; página 264 e seguintes. Aqui deve ser notado que Popper, em sua obra „A sociedade aberta e seus inimigos", em cuja edição alemã lê-se, no volume 1, página V: „À memória do filósofo da liberdade e da humanidade Immanuel Kant seja dedicada a edição alemã" (Popper, Karl R. Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Bd. I: Der Zauber Platons. 7. Aufl., Tübingen: Mohr, 1992, S. V. Tradução: Paul K. Feyerabend. Título original: The Open Society and Its Enemies, Volume I: The Spell of Plato), na nota 51:36, página 372 e seguinte, do volume 2, intitulado: „Falsos profetas Hegel, Marx e as conseqüências" (Versão portuguesa: *A sociedade aberta e seus inimigos*, v. 2, A preamar da profecia Hegel, Marx e a colheita. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1974, nota 36, página 322. Tradução: Milton Amado), coloca: „Em contrapartida, pode Hegel deduzir dessas premissas que os conceitos se desenvolvem dialeticamente, isto é, que eles são capazes, de certo modo, de se criarem e se desenvolverem do nada. (Hegel inicia esse desenvolvimento com a idéia do ser, que pressupõe o seu objeto, o nada, e a qual, então, cria a travessia do nada para o ser, isto é, o tornar-se.)" (Popper, Karl R. Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Bd. II: Falsche Propheten Hegel, Marx und die Folgen. 7. Aufl., Tübingen: Mohr, 1992, S. 372 f.).

[12] Salgado, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Hegel*. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

[13] Ele é, no correr do trabalho, apresentado distintamente. Assim, à pergunta: por que Hegel? (Salgado, J. C. (nota 12), página 25) é, entre outras coisas, respondido: „*Porque* em Hegel se dá o grave esforço da razão no sentido de pensar e justificar a história como totalidade, ou seja, como espaço do aparecer da liberdade" (mesmo autor, mesma obra, página 25 (pontuação no original)). Mais adiante, página 292: „Coube a Hegel, herdeiro dos sacerdotes da razão, encontrar, imerso no mundo das aparências irracionais ou absurdas do

pretensão: "O que se pretende, pois, demonstrar com este trabalho é que a inteligibilidade do direito, tal como se mostra na sua efetividade, é a idéia de justiça, cujos elementos dialeticamente articulados na unidade do direito e que à época de Hegel se manifestaram como valores fundamentais da cultura ocidental são a igualdade, a liberdade e o trabalho. Este trabalho é uma reflexão sobre esses valores que comporão a idéia de justiça social no Estado democrático contemporâneo, presentes na filosofia do direito de Hegel."[14]

4. Esse método também expressa-se nisto: „A crítica hegeliana de esquerda à mera reconciliação na idéia, que fica devendo a alteração real do mundo, toda a doutrina da mudança da filosofia em política deve, no solo da filosofia, equivaler a uma auto-anulação."[15]

5. Ele, todavia, está exposto a objeções.[16] Assim:

a) *experiência*: segundo Hegel é, certamente, necessário que o caminho da experiência do ser consciente leve a um saber-se que, no fundo, não tem mais nenhum outro, estranho fora de si. Para ele a consumação da experiência é a >ciência<, a certeza de si

---

terror, o fio referencial do sentido da história, expondo um novo modo de manifestação da razão, agora considerada como pensamento que capta o sentido de totalidade da natureza e da história" (mesmo autor, mesma obra). E, na página 441: „Ora, embora a liberdade que se dá no indivíduo inculto seja a mesma que se dá no homem culto, embora o homem singular seja a própria morada do espírito, no finito, é no filósofo que se dá a consciência de si do espírito universal, o espírito que se pensa a si mesmo como o universal que é; o filósofo (Hegel) é o universal concreto, o pensar de toda a humanidade e não o pensar simplesmente deste ou daquele filósofo. Ora, o universal concreto é o que tem em si toda a liberdade, todo o universal na singularidade (do filósofo), em que o absoluto se dá de forma plena e acabada. Nesse caso, não é o inculto tão livre quanto o filósofo. Num certo plano, o do Espírito objetivo ou do Estado, todos são por igual livres, mas no plano do Espírito absoluto, do saber pleno da liberdade ou do seu esplendor, está o filósofo" (mesmo autor, mesma obra).

[14] Salgado, J. C. (nota 12), página 28.

[15] Gadamer, H.-G. (nota 2), S. 349 f.; página 450. Algo assim é sugerido em Streck, Lenio Luiz. *Constituição. Limites e perspectivas da revisão*. 2 ed. Porto Alegre: Rígel, 1993, página 55: „..., a população, por várias razões, disse não às mudanças, porque sabia (e sabe) que a mudança que deve ocorrer no Brasil passa, obrigatoriamente, pela conscientização de nossas classes dirigentes" (seja notado, na margem, que a idéia da constituição dirigente (Canotilho, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982) estruturalmente está em conexão com isso), e apresentado em Llosa, Mario Vargas. *Travessuras da menina má*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva Ltda., 2006. Tradução: Ari Roitman e Paulina Wacht.

[16] Elas serão expostas sob apontamentos. Como já dito no início, sigo, aqui, Gadamer, citado a cada vez.

próprio no saber. O critério sob o qual ele pensa experiência é, portanto, o do saber-se. Por isso, a dialética da experiência deve terminar com o vencimento de toda a experiência, que é obtida no saber absoluto, isto é, na identidade completa do ser consciente e objeto. Nós poderemos a partir daqui entender porque a aplicação, que Hegel faz sobre a história, ao ele a ver compreendida na autoconsciência absoluta da filosofia, não satisfaz o ser consciente hermenêutico. A essência da experiência é, aqui, de antemão, pensada daquilo em que experiência é excedida. Experiência mesma nunca pode ser ciência. Ela está em uma oposição não-anulável ao saber e àquela instrução que flui do saber geral teórico ou técnico. A verdade da experiência contém sempre a referência a experiência nova. Por isso, aquele, que se denomina experiente, não só *por* experiências converteu-se em um tal, mas também é aberto *para* experiências. A consumação de sua experiência, o ser consumado daquele que nós denominamos >experiente<, não consiste nisto, que um já conhece tudo e tudo já sabe melhor. Antes, o experiente mostra-se, ao contrário, como o radical não-dogmático, que, por ter feito tantas experiências e aprendido de experiências, justamente é particularmente capacitado para fazer experiências sobre o novo e aprender de experiências. A dialética da experiência tem a sua própria consumação não em um saber definitivo, mas naquela abertura para experiência, que é desmarcada pela própria experiência.[17]

Experiência é, portanto, experiência da finitude humana. Experimentado, no verdadeiro sentido, é quem tem consciência da sua, quem sabe que não é senhor do tempo e do futuro. O experiente exatamente conhece o limite de tudo prever e a incerteza de todos os planos. Nele, consuma-se o valor da verdade da experiência. Se já em toda a fase do processo da experiência foi característico que o experimentado adquiriu uma nova abertura para novas experiências, então isso vale tanto mais para a idéia de uma experiência consumada. Nela, a experiência não é acabada e obtida uma forma superior do saber (Hegel), mas nela, experiência primeiro está aí completa e verdadeiramente. Nela, todo dogmatismo, como ele

[17] Gadamer, H.-G. (nota 2), S. 361 (pontuação no original); página 464 e seguinte. Ver, ainda, S. 361 f.; página 465; comparar com S. 380 f.; página 488 e seguinte.

resulta da sobrevoante possessão do desejo do ânimo humano, chegou a um limite absoluto. A experiência ensina a reconhecer o que é real. Reconhecer o que é, é, assim, o verdadeiro resultado de toda experiência, como, no fundo, do tudo querer saber. Mas o que é, aqui, não é isto ou aquilo, mas o »que não mais deve ser derribado« (Ranke);[18]

b) *reconhecimento*: esse conhecimento e reconhecimento agora é aquilo que representa um terceiro, o modo extremo da experiência hermenêutica: a abertura para a transmissão, que possui *o ser consciente da história do efeito*. Também ele tem uma correspondência autêntica para com a experiência do tu. Na conduta relacionada ao próximo depende disto, como nós vimos, experimentar realmente o tu como tu, isto é, não passar por alto da sua pretensão e deixar dizer-se algo por ele. Disso faz parte abertura. Mas essa abertura, no final, não só está aí para um, do qual se quer deixar dizer algo. Ao contrário, quem, no fundo, deixa dizer-se algo é aberto de um modo fundamental. Sem uma tal abertura mútua não existe nenhuma vinculação humana autêntica. Pertencer um ao outro significa sempre, simultaneamente, poder-escutar-a-um-outro. Quando dois entendem reciprocamente, então isso não quer dizer que um >entende< o outro, isto é, compreende em suas conexões. Do mesmo modo, >escutar alguém< não quer dizer simplesmente que se faz cegamente o que o outro quer. Quem é assim, nós o denominamos cliente. Abertura para o outro inclui, portanto, o reconhecimento que eu, em mim, devo deixar valer algo contra mim, também quando não existisse nenhum outro que o fizesse valer contra mim.[19]

A originalidade da conversa como relação entre questão e resposta, porém, mostra-se, mesmo ainda, em um caso tão extremo como a dialética hegeliana, como método filosófico, o apresenta. Desenvolver a totalidade da determinação das idéias, como era o desejo da lógica de Hegel, é, simultaneamente, a tentativa, no grande monólogo do >método< moderno, de abarcar o continuum de

---

[18] Gadamer, H.-G. (nota 2), S. 363 (pontuação no original); página 466 e seguinte. Ver, ainda, S. 358 f., com 284, Fußnote 206; página 460 e seguintes com 371, nota 207.

[19] Gadamer, H.-G. (nota 2), S. 367 (pontuação no original); página 471 e seguinte. Ver, ainda, S. 372 f.; página 479 e seguinte.

sentido, cuja cada realização particular a conversa dos falantes presta. Se Hegel põe-se a tarefa de liquefazer e de espiritualizar as determinações das idéias abstratas, então isso significa refundir a lógica na forma da efetivação do idioma, o conceito na força de sentido da palavra, que questiona e responde —, uma lembrança, ainda no fracasso grandiosa, daquilo que dialética verdadeiramente foi e é. A dialética de Hegel é um monólogo do pensar, que gostaria de prestar antes o que em cada conversa autêntica pouco a pouco amadurece;[20]

c) *a „razão artificial" do direito*:[21] Coke rechaçou então de modo mais explícito a idéia do monarca de que a „razão natural" não-unida a uma compreensão do direito do país pudesse ser utilizada para interpretar as leis: „A razão é a vida do direito, mais, porém, o próprio *common law* não é somente razão; o que tem de entender-se como uma perfeição artificial da razão, conseguida mediante largo estudo, observação e experiência e não como a razão natural de todos os homens ...; durante muitas sucessões de épocas [o direito na Inglaterra] tem sido afinado e refinado por um número infinito de homens graves e eruditos e pela larga experiência tem alcançado a perfeição para o governo deste reino, que pode comprovar-se, justamente nele, a velha regra de que nenhum homem com sua razão somente pode ser mais sábio que o direito, que é a perfeição da razão." Assim, pois, a razão não é um cânon, filosófico ou de outro caráter, enxertado no direito, senão a essência mesma do direito, adquirida no processo de seu estudo.[22]

---

[20] Gadamer, H.-G. (nota 2), S. 375 (pontuação no original); página 481 e seguinte. Ver, ainda, S. 383; página 492.

[21] O intento feito por Bacon de desistir desta idéia de um direito fundamental (que Bacon reconhecia era direito criado pelo juiz), ressuscitando a doutrina romana de um direito natural como ditado pela reta razão, tropeçou com um fracasso total. Isso é algo notável e importante, já que as doutrinas jusnaturalistas tiveram grande êxito no continente na tarefa de abrir caminho ao absolutismo monárquico. Bacon queria colocar o direito natural por cima da *common law* e do direito legislado. Por „direito natural" entendia, desde logo, as normas da reta razão natural. Isso chocou com a encarniçada oposição de Sir Edward Coke que, em resposta a posição de Bacon, elaborou a doutrina da „razão artificial do direito". Essa noção peculiar teve uma importância decisiva no desenvolvimento do procedimento judicial (Friedrich, Carl J. *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática (en europa y america)*. México: Fondo de Cultura Economica, 1946, página 108. Tradução: Vicente Herrero. Título original: *Constitutional Goverment and Democracy*). (Pontuação no original.)

[22] Friedrich, C. J. (nota 21), página 109 (pontuação no original).

d) *justiça concreta*: embora justiça, até certo ponto, é seu ar para viver e sua estrela orientadora, juristas não gostam de falar in abstracto de justiça. Também como locução firme de argumentação autônoma, eles não lhe concedem nenhuma alta importância. Perante teorias de justiça materiais, que acreditam poder dar respostas unívocas segundo o tipo de um sistema de direito natural ou de direito racional fechado, eles são céticos. Hoje, encontram aprovação antes teorias de justiça procedimentais, dirigidas às condições e regras para a criação de direito justo ou à fundamentação racional de sentenças de justiça. Porém, permanecem, também aqui, dúvidas e questões abertas. O mais facilmente, porém, juristas estão convencidos disto, que justiça, como princípio de direito histórico, deve ser determinada circunstanciadamente, com auxílio de pontos de vistas objetivados, de vez em quando, de novo, em preceitos jurídicos, atos jurídicos e sentenças judiciais, em seu sentido com vista a um problema concreto.

... justiça não é um conceito dedutivo, porém, antes, uma instrução de direção. Justiça não se produz em grande intervenção, no máximo, em pequenos passos. Por isso, dá bom resultado, muitas vezes, antes, descobrir e nomear injustiça(s) do que dizer o que justiça significa positivamente. E quem acredita possuir a visão na justiça extrema e absoluta — atributo da justiça divina — deve expor-se à velha experiência que „summum ius" pode tornar-se „summa iniuria". Contudo, justiça permanece, como a inquietude da engrenagem do relógio, necessariamente no caminho para justiça melhor, que está encomendada à pessoa;[23]

e) *questionar e saber*: à medida que a questão põe no aberto, ela sempre abrange ambos, tanto o julgado no sim como o no não. Nisso baseia-se a relação essencial entre questionar e saber. Porque representa a essência do saber, não só apreciar algo corretamente, mas, simultaneamente, com isso, e do mesmo fundamento, excluir o incorreto. A decisão da questão é o caminho para o saber. Pelo que uma questão é decidida, é o preponderar dos fundamentos a favor de uma possibilidade e contra a outra. Mas o conhecimento completo isso ainda não é. Somente pela dissolução

[23] *Staatslexikon*. 7. Aufl., 2. Bd. Freiburg, Basel, Wien: Herder, 1986 [Artikel Gerechtigkeit, Spalte 902 f.] (pontuação no original).

das instâncias contrárias, somente quando os argumentos contrários são compreendidos em sua incorreção, a própria matéria é sabida.[24]

Uma olhada no plano jurídico-constitucional mostra que nele essas objeções encontram fundamento e, com isso, ganham intensidade. Assim, por exemplo, para:

a) fala em seu favor: o princípio democrático (artigo 1, *caput*, CF)[25] e os direitos fundamentais que o apóiam, ou seja, a liberdade de manifestação do pensamento (artigo 5, IV, CF com artigo 220, CF),[26] de crença (artigo 5, VI, CF),[27] de reunião (artigo 5, XVI, CF)[28] e associação (artigo 5, XVII, CF);[29]

b) fala em seu favor: o direito fundamental de ser ouvido em juízo (artigo 5, XXXV, CF);[30]

c) fala em seu favor: o direito fundamental da igualdade (artigo 5, *caput*, CF);[31]

---

[24] Gadamer, H.-G. (nota 2), S. 370; página 476.

[25] Ver para isso Hesse, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, página 29 e seguintes, número de margem 5 e seguintes; página 109 e seguintes, número de margem 114 e seguintes. Tradução: Luís Afonso Heck. Título original: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*.

[26] Ver para isso Hesse, K. (nota 25), página 302 e seguintes, número de margem 386 e seguintes.

[27] Ver para isso Hesse, K. (nota 25), página 298 e seguintes, número de margem 379 e seguintes.

[28] Ver para isso Hesse, K. (nota 25), página 313 e seguintes, número de margem 404 e seguintes.

[29] Ver para isso Hesse, K. (nota 25), página 316 e seguintes, número de margem 409 e seguintes. Para o conjunto e suas conexões, ver ainda Müller, Jörg Paul. *Demokratische Gerechtigkeit. Eine Studie zur Legitimität rechtlicher und politischer Ordnung*. München: Deutscher Taschenbuch Verlag, 1993.

[30] Ver para isso, Heck, Luís Afonso. *As garantias jurídico-constitucionais do acusado no ordenamento jurídico alemão*, in: Revista Jurídica. Porto Alegre: Notadez/Fonte do Direito, ano 54, fevereiro de 2006, n. 340, página 340 e seguintes. Aqui, ainda, deve ser notado o seguinte: „Não surpreende, por isso, que o positivismo jurídico é a teoria da validez jurídica predominante nas democracias ocidentais e tira sua legitimação da idéia da tolerância e da limitação do poder judicial no sentido da doutrina da divisão de poderes. Positivistas jurídicos condutores do século 20 (como, por exemplo, H. Kelsen, G. Radbruch antes de 1933, H. L. A. Hart) foram ou são protagonistas do estado de direito democrático" (*Staatslexikon*. 7. Aufl., 4. Bd. Freiburg, Basel, Wien: Herder, 1988 [Artikel Rechtspositivismus, Spalte 725).

[31] Ver sobre isso, Hesse, K. (nota 25), página 330 e seguintes, número de margem 429 e seguintes; Alexy, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2 Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 357 ff. Versão espanhola: *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, página 381 e seguintes. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. O desenvolvimento da doutrina da „razão artificial" deu-se como conseqüência da controvérsia sobre se o rei estava ou não por cima da lei (Friedrich, C. J. (nota 21), página 108). Ver, para essa conexão, Heck, Luís Afonso. Prefácio, in: Marcelo Cardozo da Silva. *A*

d) fala em seu favor: o dever jurídico-constitucional de fundamentar as decisões judiciais e administrativas (artigo 93, IX, CF, respectivamente);[32]

e) fala em seu favor: o princípio da proporcionalidade (artigo 1, caput, CF/ artigos 5 a 17, CF).[33]

Se se toma as objeções em conjunto com o plano jurídico-constitucional, então uma outra direção está indicada. Nela encontra-se o método dedutivo, que se encontra em Kant. O que segue, apresenta-o. Assim:

"Portanto, é a lei moral, da qual nós nos tornamos conscientes imediatamente (assim que nós nos projetamos máximas da vontade), que primeiro se nos oferece e, ao a razão a apresentar como um fundamento de determinação, a não preponderar por nenhuma condição sensual, sim, disso completamente independente, justamente, conduz ao conceito de liberdade."[34]

Em conexão com isso está, em continuidade, uma vez, o imperativo. Ele deixa-se dividir em:

a) categórico: "Atue assim que a máxima de tua vontade, a qualquer hora, simultaneamente, possa valer como princípio de uma dação de leis geral";[35]

---

prisão em flagrante na constituição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, página 13 e seguinte.

[32] Ver para isso Alexy, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, página 23, nota 14. Tradução: Luís Afonso Heck.

[33] Ver para isso Alexy, R. (nota 32), página 131 e seguintes. Para o fundamento jurídico do princípio da proporcionalidade ver Heck, Luís Afonso. Apresentação, in: Cachapuz, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro. Uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, página 20, nota 24. Para a ponderação, em conjunto com a teoria dos direitos fundamentais de Alexy, nos Estados Unidos, ver Kumm, Mattias. Liberale Gerechtigkeitstheorien und die Struktur der Grundrechte, in: Alexy, Robert (Herausgeber). *Juristische Grundlageforschung*. ARSP-Beiheft Nr. 104. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2005, S. 219 ff.; na Inglaterra, ver Rivers, Julian. *Grundrechtsprinzipien in England*. Apresentado na conferência especializada internacional, denominada „Teoria dos direitos fundamentais", realizada nos dias 23 e 24 de fevereiro de 2006 na Otto-Friedrich-Universität, em Bamberg, Alemanha.

[34] Kant, Immanuel. *Kritik der pratischen Vernunft*. Hamburg: Meiner, 1985, S. 34.

[35] Kant, I. (nota 34), S. 36. A isso manifesta-se Mayer como segue: se se lê essa fórmula na conexão, então ela indica muito mais que mera ausência de contradição, também não é, por exemplo, uma „fórmula vazia", na qual cada conteúdo material arbitrário poderia ser registrado. Sob uma lei „geral" entende Kant exatamente uma lei que une toda a humanidade. As pessoas são, nisso, entendidas como titulares da razão subjetiva, obrigados à sua consciência, de modo que Kant pode equiparar quanto ao conteúdo sua suposta

b) prático: "*Atue assim que tu utilizes a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de cada um outro, a qualquer hora, simultaneamente, como finalidade, nunca meramente como meio.*"[36]

E, outra vez, a dignidade humana:

"No reino das finalidades tudo tem ou um *preço* ou uma *dignidade*. O que tem um preço, em seu lugar pode também algo diferente como *equivalente* ser fixado; o que, ao contrário, é superior a todo preço, portanto, nenhum equivalente permite, isso tem uma dignidade."[37]

"A humanidade mesma é uma dignidade; porque o homem de nenhum homem (nem de outros, nem até de si mesmo) pode ser empregado meramente como meio, mas deve, a qualquer hora, simultaneamente, como finalidade, e nisso consiste, precisamente, sua dignidade (a personalidade), por isso ele é superior a todos os outros seres do mundo, que não são homens e, pois, podem ser empregados, portanto, a todas as coisas."[38]

---

fórmula vazia com o mandamento do amor cristão. O imperativo categórico, portanto, nunca pode ser pensado como „constituição" de um grupo qualquer, por exemplo, até de um bando de gangsters. Se regras da experiência ética transmitidas ou algumas máximas subjetivas devem entrar no imperativo categórico como conteúdo material, então essas regras ou idéias subjetivas são, nisto, examinadas não só sob o ponto de vista da ausência de contradição, mas também sob o da dignidade humana e consideração da personalidade (Mayer, Hellmuth. Kant, Hegel und das Strafrecht, in: *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1969, S. 56 f. Tradução: José Paulo Baltazar Junior (no prelo)).

[36] Kant. Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Hamburg: Meiner, 1999, S. 54 f. (pontuação no original). Para isso, diz Mayer: o imperativo categórico [Mayer considera o prático como uma formulação do categórico] serve, portanto, como um padrão de medida, válido intemporalmente, para a apreciação das formas, muito variáveis, imagináveis em todos os tempos e zonas, da vivência em comum humana. A ética kantiana é, com isso, aberta para a experiência ética da humanidade e para a sua variabilidade histórica (Mayer, H. (nota 35), S. 57). A respeito da ética kantiana pode ser lido nele: ela somente pressupõe a declaração fundamental que a pessoa é consciente a priori de um dever [dever ser] incondicional ou da validade incondicional da lei moral. A priori, seguramente, é, porém, somente, no fundo, o dever [dever ser], não seu conteúdo (Kant matéria). Kant supõe exatamente que todos os princípios materiais, uma vez que eles aspiravam à „felicidade", são de natureza empírica (mesmo autor, mesma obra, S. 56 (pontuação no original)).

[37] Kant, I. (nota 36), S. 61 (pontuação no original). Para a estrutura da dignidade humana no artigo 1, alínea 1, da lei fundamental [(1) A dignidade da pessoa é intangível. Considerá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder estatal.], ver Teifke, Nils. Flexibilität der Menschenwürde? Zur Struktur des Art. 1 Abs. 1 GG, in: *Objetivität und Flexibilität im Recht*. ARSP-Beiheft 103, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2005, S. 142 ff. (Tradução: Roberto José Ludwig (no prelo)).

[38] Kant, Immanuel. *Metaphysik der Sitten*, Zweiter Teil. Hamburg: Meiner, 1990, S. 110 (pontuação no original). Aqui, deve, por um lado, ser notado que a dignidade da pessoa humana não somente é o fundamento da estatalidade (artigo 1, III, CF) e, com isso, enforma e informa a relação cidadão-estado, mas também é um dos princípios fundadores, ao lado

Neste lugar deve, ainda, ser chamado atenção sobre isto: a convicção da validez de uma norma pode realizar-se não só sob condições sociais irracionais, mas também sob condições irracionais da socialização individual.[39] Assim, os juristas podem, sem dúvida, contribuir para a realização de razão e justiça, no território parcial ocupado por eles, contudo, eles não podem realizá-las isoladamente. Isso pressupõe uma ordem racional e justa da sociedade.[40]

Em meio a essas questões realizou-se o trabalho de Tânia Maria dos Santos. Ele foi apresentado como dissertação de mestrado

---

da paternidade responsável, do planejamento familiar (artigo 226, § 7, CF) e, portanto, também aqui enforma e informa a relação cidadão-cidadão (comparar com Heck, L. A. (nota 33), página 29, letra c.). Os dois artigos devem ser vistos em conexão e, com isso, eles também se complementam. E, por outro, que o livre desenvolvimento da personalidade deixa reconduzir-se à dignidade humana. Ver, para o último, Hesse, K. (nota 25) página 325 e seguintes, número de margem 425 e seguintes.

[39] Alexy, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, S. 194. Versão espanhola: *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, página 154 e seguinte. Tradução: Manuel Atiensa e Isabel Espejo. Como exemplo, pode ser mencionada a apresentação em Alexy, Robert. *Mauerschützen: zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1993. Versão espanhola: Mauerschützen. Acerca de la relación entre Derecho, Moral y Punibilidad, in: Vigo, Rodolfo Luis. *La injusticia extrema no es derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2006, página 167 e seguintes. Tradução: Eduardo Roberto Sodero. Ademais: „Seja, finalmente, lembrado de um conhecimento, que já Platão proporcionou: ele denomina as ciências, que consistem em *logoi*, em discursos, nutrição da alma, assim como as comidas e bebidas são nutrição para o corpo. ‚Se deveria, por isso, em sua compra, não ser menos desconfiado, que não se receba entrujado mercadorias ruins. Sim, é realmente mesmo um perigo muito maior na compra de saber do que na compra de comida. Porque as comidas e bebidas, que alguém comprou do comerciante, ele pode levar, em vasos especiais, para casa e, antes de ele assimilá-las tomando e comendo, ele pode estacioná-las em casa e aconselhar-se, sob atração de expertos, o que se deve comer e beber e o que não e quanto e quando. Por isso, nessa compra, o perigo não é grande. Saber, porém, não se pode eliminar em um vaso especial, mas é inevitável que se acolha o saber, quando se pagou o preço, imediatamente na própria alma e assim instruído ir-se embora — seja para o dano, seja para o bem'" (Gadamer, Hans-Georg. Bd. 2. *Hermeneutik: Wahrheit und Methode. 2. Ergänzungen, Register*. 2. Aufl., Tübingen: J. C. B. Mohr, 1993, S. 42 f. (pontuação no original)).

[40] Alexy, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, S. 359. Versão espanhola: *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, página 280. Tradução: Manuel Atiensa e Isabel Espejo. Seja, nessa conexão, ainda lembrado:

"Que não conseguireis que a Liberdade vista

A batina pingada e rôta dum sacrista,

Que o Direito se ordene, e que a Justiça queira

Ir a Roma tomar, contrita, o véu de freira!" (Guerra Junqueiro. *A velhice do padre eterno*. Porto: Livraria Chardron, de Lélo & Irmão, Ltda. editores, s.d., página 50.) Comparar com Jiménez Lechuga, Francisco-Javier. Comentario bibliográfico, in: *Revista de Estudios Locales*, número 72, marzo 2004, página 78 e seguintes.

na ULBRA, Canoas, diante da banca examinadora composta pelos professores Andrea Nárriman Cezne, Leonel Pires Ohlweiler, Luís Afonso Heck e Wilson Antônio Steinmetz. No primeiro capítulo, ele trata das acepções gerais e utilizações do termo cultura no âmbito constitucional; no segundo, da estrutura normativa e restrições dos direitos fundamentais; no terceiro, do enquadramento do direito à cultura na constituição federal de 1988 e, no quarto, de tópicos especiais da problemática da efetivação do direito fundamental à cultura no Brasil. O mérito deste trabalho está, por um lado, em ter colocado a questão da cultura em suas conexões, isto é, com sentido: na essência da questão reside que ela tem um sentido. Sentido é, porém, sentido de direção. O sentido da questão é, portanto, a direção na qual a resposta somente se pode realizar, se ela quer ser resposta cheia de sentido, conforme o sentido. Com a questão o questionado é posto em um determinado sentido. O surgir de uma questão arromba, simultaneamente, o ser do questionado. O logos, que desenvolve esse ser arrombado é, sob esse aspecto, sempre já resposta. Ele próprio somente tem sentido no sentido da questão.[41] E, por outro lado, em ter trabalhado clareza, assim, no tocante às implicações entre direito e cultura.[42]

Porto Alegre, verão de 2007

Luís Afonso Heck

Prof. da UFRGS

[41] Ver Gadamer, H.-G. (nota 2), S. 368; página 473.

[42] Isso, outra vez, coloca a questão: a falta de quantidade nas bibliotecas repercute, certamente, na qualidade dos cursos e na quantidade dos cursos pode, certamente, ver-se um reflexo da qualidade nas bibliotecas.

AUTORES VINCULADOS

Luís Afonso Heck |

MARCADORES

Prefácios |