



Kleber Sales

DIREITO POSTO E PRESSUPOSTO NA FORMAÇÃO DO MEMBRO DO MP

Renato Franco de Almeida

RESUMO

Analisa as teorias do direito pressuposto e do positivismo, optando pela primeira como sendo a mais adequada à concretização dos deveres constitucionais do Ministério Público.

Entende que a teoria do positivismo sofre de erro essencial para a efetivação de um Estado democrático e que uma atitude interpretativa que revele a adoção do positivismo normativista por membro do *Parquet* desvia o Ministério Público de parâmetros constitucionais impositivos, quais sejam, a defesa da sociedade e do regime democrático, limitando sua atuação à reprodução da ideologia construída por uma só classe socioeconômica: a dominante.

PALAVRAS-CHAVE

Teoria Geral do Direito; direito posto; direito pressuposto; positivismo; dever; Ministério Público; Direito Constitucional.

1 INTRODUÇÃO

Não se discute a existência, em toda sociedade, de um sistema composto por interesses conflitantes, muitas vezes inconciliáveis, porque cada indivíduo é um ser particular.

Nessa linha de pensamento, o ser humano, durante sua breve existência, sofre o influxo de toda sorte de fatores, tais como: sociais, jurídicos, políticos, econômicos, culturais etc., formando sua personalidade. Dessa forma, é lícito afirmar que cada pessoa é um composto dessas variantes, umas preponderando sobre outras, na medida de cada idiosincrasia.

A despeito disso, limitar-nos-emos à formação do membro do Ministério Público quanto ao aspecto jurídico, que não prescindirá daqueles fatores mencionados.

Para tanto, será utilizada, entre outras, a teoria do direito posto e pressuposto, magnificamente exposta na obra do Prof. Eros Roberto Grau, *O direito posto e o direito pressuposto*. A razão de nossa predileção pela referida teoria radica no fato de que, com a absorção do positivismo normativista pela ciência jurídica, seus cientistas deram início ao raciocínio, sob a influência preponderante de Hans Kelsen, em boa parte predominante até os dias atuais, segundo o qual o Direito, como ciência, reduz-se à lei positivada, posta. Mais, essa lei provém tão-somente do Estado, produto exclusivo do Estado (teoria estatista).

Não obstante as vantagens auferidas pelo jurismo com essa concepção, o direito é um produto sociocultural, ensejado por aqueles mesmos fatores que influem na personalidade humana. Daí a conclusão de lógica formal de que só há direito enquanto houver sociedade.

Na linha da teoria estatista, os membros do *Parquet*, formados em escolas positivistas, nas quais a ciência jurídica se resume às explicações articuladas de códigos e leis em geral, têm visão unilateral do fenômeno jurídico, como de resto todo aquele que não logrou sua alforria dos dogmas, na medida em que sua metodologia interpretativa – na relação sujeito-objeto – tem como início a lei formal em direção ao fato, abstraídas quaisquer formas de valoração ou apreciação das condicionantes pré-legais.

Importa ademais referir que, em um exercício silogístico, a tese (lei formal) tra-

duz-se em dogma insuperável, cuja eventual ausência faz surgir a profunda perplexidade frente ao conflito apresentado à solução. Resulta de tal fato (pensamento dogmático) que, segundo a irretorquível assertiva de Casanova¹, *é verdade que, quando um homem acostumado a pensar dogmaticamente se vê sem dogmas, dá-se conta de que está acostumado a não pensar*.

Destarte, tentaremos propor, no presente estudo, uma forma mais ampla, apesar de não constituir nenhuma novidade, de se vislumbrar a ciência jurídica, no afã de lograr uma concretização mais

(...) ao proceder considerando o direito posto como o ponto de partida para a resolução de um conflito, o positivista nada mais faz do que reproduzir, consciente ou inconscientemente, o status quo estabelecido pela ideologia dominante por meio do Direito.

efetiva do dever constitucional de defesa da sociedade pelo Ministério Público no constitucionalismo democrático.

2 DA IDÉIA DE ESTADO

A teoria estatista, que os positivistas normativistas acolhem, sofre de erro essencial para a efetivação de um Estado democrático.

Permitimo-nos repetir, com as necessárias modificações, o que foi dito em artigo de doutrina intitulado *Precificação de Produtos (Lei n. 10.962/04)*: inconstitucionalidade, de nossa autoria.

Como asseveramos naquela oportunidade², por mais paradoxal que possa parecer, não vivemos, absolutamente, no Estado tal qual ele é, porém sobre a idéia de Estado, onde reside o objetivo indisfarçável de fomentar a convivência pacífica dos indivíduos em uma sociedade de classes socioeconômicas diversas, sempre com predomínio de uma sobre as demais.

A filosofia do idealismo – desde a Grécia, com Platão – entendeu os objetos reais como mera representação imperfeita de uma idéia, esta irretocável, conquanto também inalcançável pelo intelecto humano.

Com o Estado ocorre fenômeno idêntico, porém invertido. Já que inconcebível a coexistência de classes díspares de indivíduos sob os aspectos social, econômico, financeiro, cultural etc., imagi-

nou-se um Estado ideal onde coexistem variegadas espécies de personalidades humanas e grupos sociais, sem que, contudo, houvesse autodestruição. Isso porque a classe que detém o poder incute nas mentes dos membros das demais noções impossíveis de definir, que, ao mesmo passo, representariam o Estado em seus objetivos, fins e conseqüências, como, por exemplo, o interesse público, a ordem social, a ordem jurídica e expressões outras que, nem mesmo com muito esforço, chegar-se-á a conceitos concretamente aceitáveis, porquanto tais objetos só existem no mundo das idéias. Es-

tas, por sua vez, relativamente agrupadas, formam a ideologia propagada pelos canais ideológicos, dentre os quais, o próprio Direito. Dessa forma, segundo Chauí, esse grupo de idéias possui um objetivo claro e constante:

Em sociedades divididas em classes (e também em castas), nas quais uma das classes explora e domina as outras, essas explicações ou essas idéias e representações serão produzidas e difundidas pela classe dominante para legitimar e assegurar seu poder econômico, social e político. Por esse motivo, essas idéias ou representações tenderão a esconder dos homens o modo real como suas relações sociais foram produzidas e a origem das formas sociais de exploração econômica e de dominação política³.

Tal técnica mascarava – como até hoje – o sistema econômico capitalista, ou seja, o modo de produção capitalista⁴.

Devemos anotar, em razão da importância, o entendimento diametralmente oposto de Eros Graus no que concerne ao direito, quando afirma: *pretendi negar que o direito positivo (direito posto) seja a expressão de uma classe dominante; ele é a tradução da correlação das forças produtivas existentes. E complementa: O direito acolhe as contradições das relações sociais, reproduzindo-as, de sorte que, nele, os paradoxos não configuram anomalias, porém elementos essenciais do seu discurso⁵.*

A despeito da aguda observação, para atingir a essência dos institutos e princípios jurídicos, e não a sua mera existência, faz-se mister um repensar crítico sobre essa espécie de lógica, evoluindo, conseqüentemente, para o pensamento crítico que a lógica dialética engendra a fim de nos desvencilharmos do obscurecimento que o dado ideológico proporciona.

Dai o ilustre membro da Escola Crítica do Direito, Prof. Michel Miaille, em obra indispensável, Introdução crítica ao Direito:

Para que, no sistema capitalista onde os homens estão profundamente divididos em classes antagônicas, uma vida social ainda assim seja possível, é necessário que exista uma estrutura política, cuja função primeira será ordenar a desordem, reconciliar aparentemente indivíduos que tudo separa, velar pela salvação pública. Esta instituição, sabemos-lo, é o Estado (...). Ora, e é o que muitos esquecem às vezes, esta existência da ideia de Estado é importante para o próprio funcionamento das estruturas estatais. Se cada um de nós não estiver intimamente convencido da necessidade de um Estado, quer dizer, do valor desta (aparente) função de apaziguamento e de regulamentação pacífica dos conflitos, se cada um de nós não acreditar que existe um bem comum, distinto e superior aos nossos interesses particulares, torna-se difícil fazer funcionar o Estado, isto é, concretamente a administração, os tribunais, o exército e, de uma maneira geral, todas as instâncias a ele ligadas. Assim se impõem, na prática e nas consciências, noções tais como: interesse geral, direitos e deveres do cidadão, soberania, razão do Estado, vontade da administração e outras tantas "expressões" sem as quais, afinal, o funcionamento da instituição estatal estaria comprometido⁷.

A avultação dos elementos extrajurídicos para o conhecimento/interpretação do direito posto importará a abertura do âmbito de visão do jurismo, que a teoria positivista, de seu turno, reduz.

Com efeito, resta evidente que a idéia de Estado produzida pelas sociedades capitalistas tem por fim uma aparente acomodação de classes socioeconômicas distintas, ou seja, de interesses – muitas vezes não conscientes no seio dessas classes – diversos e divergentes, no universo complexo que é a sociedade.

Partindo dessa premissa, chegamos à conclusão de que, se o Estado é uma idéia, tão-somente, a teoria estatista (positivista-normativista) do Direito engendra um conjunto de leis postas que se traduz em um aglomerado de idéias, isto é, uma ideologia.

Portanto, parece não haver dúvida de que, ao proceder considerando o direito posto como o ponto de partida para a resolução de um conflito, o positivista nada mais faz do que reproduzir, consciente ou inconscientemente, o *status quo* estabelecido pela ideologia dominante por meio do Direito.

Dessarte, mister reconhecer que devemos progredir em relação ao positivismo estatista, na medida em que sofre este de erro essencial.

3 OS PRINCÍPIOS COMO FUNDAMENTO DO RACIOCÍNIO JURÍDICO

Como todo sistema, que deve ser coerente, o jurídico não escapa da imprescindibilidade de uma base que lhe dê sustentação.

Menos nas regras e nas leis, é nos princípios que o sistema jurídico se depara com direcionamentos cujo grau de abstração comportará o fundamento de todo e qualquer sistema, mantendo sua necessária coerência. Nessa esteira, o Prof. Paulo Bonavides enfatiza a importância dos princípios como sustentáculo do sistema jurídico:

A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboram essa tendência irresistível que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chave de todo o sistema jurídico: normas das quais se retirou o conteúdo inócuo de programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais⁸.

Impende ressaltar que, à semelhança do que ocorre com o raciocínio positivista, os princípios não se encontram na análise sistêmica do ordenamento de normas, como o fez Norberto Bobbio⁹. Ao revés, radicam, nos escólios precisos de Grau: (...) *o fundamento do direito posto na sociedade que historicamente o pressupõe, o que me leva a tratar não de um direito absoluto, mas do direito de uma determinada sociedade (o direito não existe; existem os direitos), aquela sociedade na qual ele está inserido. No direito pressuposto encontramos os princípios (jurídicos) dessa determinada sociedade¹⁰.*

Podemos inferir da lição duas conclusões, ambas importantes: a) a desmitificação do direito como absoluto, único e imutável (racionalistas); b) os princípios radicam na historicidade dialética de cada sociedade.

Porém inserimos mais um conceito, qual seja, o de direito pressuposto. Nas lições do professor rio-grandense-do-sul, *o direito pressuposto é fundamentalmente princípios, nada obstante, de toda sorte, a que nele vicejem regras, entendidas estas como normas jurídicas cujo grau de generalidade é mais estreito do que o grau de generalidade dos princípios.*

Mas se o direito pressuposto são os princípios colhidos na sociedade, não podemos encará-los estaticamente, em razão de total incoerência com o corpo social, por natureza, dinâmico. Dai por que ainda afirma Grau: *Ademais, após observar que o direito é produzido a partir de múltiplas inter-relações, compreendi a necessidade de o pensarmos dialeticamente, estudando-o em movimento, em constante modificação, formação e destruição – isto é, como de fato ocorre na realidade concreta.*

Pois bem.

Nessa dinâmica inerente aos princípios, condicionados historicamente, mostra-se impossível a assertiva de que o direito é constituído tão-somente de interpretações articuladas dentro do direito posto. Isso porque, como mais uma vez demonstra o ilustre Ministro do Supremo Tribunal Federal desnudando escorreitamente o raciocínio de Karl Marx: "Afirmar que o modo de produção da vida material (social) – que é diverso do modo de produção dos bens materiais – determina o direito é algo inteiramente distinto da afirmação de que a estrutura econômica (uma das estruturas regionais integradas na estrutura global do modo de produção da vida social) determina o direito"¹².

E complementa:

O que se extrai da conhecida afirmação de Marx (...) é a verificação de que a sociedade não pode ser compreendida,

em seu dinamismo, senão como também produzida pelas interferências procedentes de todas as demais instâncias (jurídico-política e ideológica)³.

Aí reside a diversidade das teorias em cotejo, com vantagens para aquela do direito pressuposto sobre a do positivismo, na medida em que, se a sociedade é dinamicamente compreendida também pela interferência de outras instâncias (jurídica, política e ideológica) e não só pela econômica, se a sociedade, na sua historicidade, é a produtora do direito pressuposto (princípios) e condicionadora do direito posto (leis), nada mais se conclui senão que o direito, muito além de leis formais, é o produto histórico-cultural da sociedade na qual é produzido, cuja interferência das demais instâncias também se faz presente.

A avultação dos elementos extrajurídicos para o conhecimento/interpretação do direito posto importará a abertura do âmbito de visão do jurismo, que a teoria positivista, de seu turno, reduz.

4 CONCLUSÃO

Demonstradas, na medida da necessidade, as linhas gerais das teorias sob comento, forçoso anuir ao fato de não ser o positivismo uma atitude interpretativa satisfatória contemporaneamente.

Ademais, consoante a direção traçada nas linhas que perfilam as incumbências ministeriais insertas na nossa Constituição, cujo caráter é desenganadamente dirigente, sua concretização restará comprometida, caso o membro do *Parquet* tenha atitude interpretativa que revele a adoção do positivismo normativista. Isso porque, assim agindo, o Ministério Público estará se afastando daqueles parâmetros constitucionais impositivos, quais sejam, a defesa da sociedade e do regime democrático, limitando a sua atuação à reprodução (repetição) da ideologia construída por uma só classe socioeconômica: a dominante.

O positivismo jurídico produziu seus efeitos em época na qual era necessário limitar o soberano, como forma de garantir a liberdade burguesa. Atualmente, entretanto, mister reconhecer o privilégio conferido ao humano como ente social, isto é, aquele ser entronizado no grupo social que detém o poder de determinar sua história, condicionada pelos valores de seu tempo. É, em resumidas palavras, o fundamento antropológico-axiológico¹⁴ do constitucionalismo democrático, notadamente da atual Constituição brasileira.

Com efeito, o pós-positivismo ético – que confere normatividade aos princípios contidos no direito pressuposto, mormente se previstos em textos constitucionais, cuja hierarquia suplanta a lei formal – traduz-se, parece-nos, na melhor forma de conformar as cláusulas constitucionais impositivas relativas à atuação do Ministério Público. Isso porque, como anota o professor da New York University⁵, claro defensor da normatividade dos princípios, *os juízes (e os membros do Ministério Público) que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade.*

Em suma, a atuação do *Parquet* realizada por membros cuja formação é positivista nega o próprio documento constitucional, inerentemente principiológico, relegando aquele mister ao enclausuramento dogmático da lei formal.

REFERÊNCIAS

- 1 CASANOVA, Pablo González. *Globalidade, neoliberalismo e democracia*. In: GENTILI, Pablo. *Globalização excludente: desigualdade, exclusão e democracia na nova ordem mundial*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 47.
- 2 ALMEIDA, Renato Franco de; COELHO, Aline Bayerl. Precificação de produtos (Lei n. 10.962/04): inconstitucionalidade. Atuação: *Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*. Florianópolis, n. 5, p. 11-28, jan. 2005.
- 3 CHAUI, Marilena. *O que é ideologia*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Brasiliense, 2001. p. 23.
- 4 MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. 4. ed. Lisboa: Caminho, 1987. p. 66.
- 5 GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 36.
- 6 Idem.
- 7 MAILLE, Michel. *Introdução crítica ao Direito*. Trad. de Ana Prata. 2. ed. Lisboa: Estampa, 1994. p. 50.
- 8 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 257.
- 9 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. 184p.
- 9 GRAU, *op. cit.*, p.35.
- 10 Idem, p.51.
- 11 Idem, p.36.
- 12 Idem, p. 39.
- 14 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. 1.504 p.
- 15 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 305.

Artigo recebido em 12/12/2005.

ABSTRACT

The author analyses the theories of both natural law and positivism, choosing the first as the most suitable for the fulfillment of the constitutional obligations of Public Prosecution Service.

He understands that the theory of positivism suffers from an essential error as to the effectiveness of a democratic State. Moreover, he thinks that an interpretative view which shows the adoption of the ruling positivism by a member of Parquet deviates the Public Prosecution Service from the imposed constitutional parameters, such as defense of society and the democratic system, limiting its action to the reproduction of the ideology formed by just a socioeconomic class: the dominant one.

KEYWORDS

Law General Theory; positive law; natural law; positivism; obligation; Public Prosecution Service; Constitutional Law.

Renato Franco de Almeida é promotor de Justiça de Defesa do Consumidor em Belo Horizonte, especialista em Direito Público e professor de pós-graduação *lato sensu*.