

*(RE)FORMAS JURÍDICAS:
CONTRIBUIÇÕES DA TRADIÇÃO ARTÍSTICA
MODERNA À TRADIÇÃO JURÍDICA
CONTEMPORÂNEA*

*Nilson Ribeiro dos Santos Junior**
*Renato Fernandes Neto***

RESUMO: O presente escrito busca apreender as principais características sociais da arte, principalmente nos períodos romântico e moderno, contrapondo-as de modo a adaptar, com as devidas ressalvas, suas transformações ao sistema jurídico brasileiro. Este é colocado, a princípio, como um sistema fechado às outras esferas sociais. Por outro lado, observa a linha histórica que serve como base para o referido fechamento conceitual, encontrando nela o neoconstitucionalismo, que, de certo modo, é visto como propiciador de um “neoformalismo” jurídico. O artigo, por fim, relaciona a transformação realizada no campo da arte no século XX à continuidade formalista e autorreferente no campo do Direito, indicando possibilidades de abertura conceitual.

PALAVRAS-CHAVE: Arte moderna; Formas jurídicas; Constituição; Neoconstitucionalismo; Neoformalismo.

ABSTRACT: This writing seeks to apprehend the main social characteristics of the art, especially in romantic and modern periods, comparing them in order to adapt, with the necessary safeguards, its transformation into the Brazilian legal system, which is considered as a closed system to other social spheres. On the other hand, exposes the historical line that serves as the basis for such conceptual closure, finding in it the “neoconstitucionalism”, which is seen as an enabler legal "new formalism". The article, finally, connect the transformation performed in the art scope in the twentieth century to the formalistic and self-referential in the law scope, indicating possibilities to open it to other social spheres.

KEYWORDS: Modern art; Legal forms; Constitution; Neoconstitucionalism; Legal formalism.

* Graduando em Direito pela UNB. nilsonribeiro64@gmail.com

** Graduando em Direito pela UNB. renatofneto95@gmail.com.

INTRODUÇÃO

As transformações sociais vivenciadas no pós-guerra e as novas perspectivas políticas e sociológicas, que se encontram em gênese em um período de acelerado acesso à informação por via do avanço tecnológico e da globalização, mostram-se como regedoras de um paradigma em que as práticas políticas e sociais são tendencialmente mais abertas e maleáveis.

Ao passo disso, a esfera jurídica, apesar de poucos esforços teóricos à uma volta de valor sobre os sujeitos que a compõem, coloca-se ainda como um sistema fechado e completo, como que independente das relações políticas de fato. O formalismo que se perpetua na prática jurídica, sendo por vezes fruto da ascensão principiológica recente, significa um empecilho à uma realização da constituição jurídica em forma plena e acessível aos sujeitos de direito.

O objetivo de nosso escrito é traçar alguns paralelos entre as transformações sofridas no campo da arte moderna - compreendendo aqui a produção pós-impressionista, a obra de arte secularizada e a sua localização no contexto das sociedades de massa e as novas perspectivas e possibilidades de transformação do direito, especialmente no que diz respeito ao direito constitucional. A progressiva "desformalização" que permeou o contexto artístico no século XX e a inserção da obra de arte na era da democracia de massas gerou e gera reflexões que podem, com suas devidas adaptações, ser transplantadas para o contexto jurídico, inclusive no âmbito da teoria constitucional. Buscamos fazer estas conexões no sentido de constatar a localização dos problemas teóricos do direito no âmbito das reflexões sociais e culturais de uma maneira geral - demonstrando a sua interdependência com outros campos do saber.

1 A OBRA DE ARTE: TRADIÇÃO ROMÂNTICA VERSUS TRADIÇÃO MODERNA

José Guilherme de Merquior identifica, em seu *Formalismo e Tradição moderna: O Problema da Arte na Crise da Cultura* (MERQUIOR, 1974, p. 159), a matriz do que ele chama de "marginalização da arte" na instalação da sociedade urbano-industrial no século XIX. Ao mesmo tempo em que, ao longo dos Setecentos, ocorre o reconhecimento da autonomia do gosto e do gênio estético na *Crítica do Juízo* (1790) de Kant, uma mutação opera-se no modo de se fazer arte:

À sombra, porém, dessa legitimação, ocultava-se o germe da mudança da arte em puro jogo abstrato, sem raízes no drama da cultura, sem lançar luz sobre os problemas da existência. O reverso da autonomia do estético seria, desde então, esse horizonte isolacionista. Como se a arte devesse, para guardar autenticidade, sofrer um exílio: o exílio da densidade do mundo.

A obra artística, aqui relegada a mero divertimento espiritual, situada à margem das experiências intelectuais, utiliza-se dessa posição para criticar a mesma cultura da qual foi marginalizada. “A liberdade da pura forma, a irresponsabilidade da fantasia, o burlesco enquanto símbolo da dança solta do imaginário autônomo [...] (MERQUIOR, 1974, p. 160)” - foram traços característicos da estratégia romântica de crítica à cultura burguesa vigente. Na condição de oposição, a arte romântica buscava enxergar além da vida corrente, da camada ofuscante dos costumes, de modo a conseguir visualizar a beleza do ambiente, do real.

A tradição moderna – à qual nos deteremos mais especificamente neste trabalho – mostra-se mais radical em seu rompimento com a massividade dos costumes diários. Como aponta Merquior (*Ibidem*, p. 162), o evasíonismo moderno é o sintoma de um mal-estar mais agudo e de uma crítica à cultura mais ácida. Quanto à unicidade entre a pessoa e a poesia, característica do Romantismo, a tradição pós-romântica responde com o que Merquior chama de *despersonalização* da poesia, uma via de abandono ao egoísmo romântico e ao resgate de um teor “interpretativo e filosófico” na poesia. Para os modernos, a própria personalidade individual já estava, de certo modo, “contaminada” com a inautenticidade cotidiana.

Ao mesmo tempo em que produz uma poesia despersonalizada, a tradição moderna rejeita a expressividade emotiva, caracteristicamente romântica (*Ibidem*, p. 164):

A nova poesia não será só despersonalizada, será também desemocionalizada: buscará transmitir os sentimentos por via indireta, mediata, sinuosa. Nada de comunicatividade romântica: esta virou uma retórica afetiva a serviço da cultura. A desconfiança ante as emoções (não raro traduzida em despistamentos humorísticos) será o pedant da despersonalização.

O que se constata é que a produção artística moderna procede de modo inverso à romântica, responde ao egocentrismo com a despersonalização, ao sentimentalismo com uma arte desemocionalizada e impessoal. Localizada historicamente, a arte romântica mostrava-se uma forma de “defesa crítica”

frente ao processo adaptativo da sociedade ocidental à era industrial, enquanto a produção pós-romântica tem como solo de sua produção a sociedade de massas. Ainda segundo Merquior (*Ibidem*, p. 166), a estética pós-romântica é caracterizada por Walter Benjamin como possuidora de um pathos ligado à realidade da vida cultural urbana, além de utilizar-se de uma poética de alegoria em contraposição à poética do símbolo romântico-clássica. A poética da alegoria não pressupõe a coincidência do sujeito com o objeto, não busca captar a essência do todo no particular e não se mostra utópica. Em suma, podemos caracterizar a tradição pós-romântica como despersonalizada, desemocionalizada, evasionista, localizada culturalmente no âmbito das sociedades de massas e tendo por referência os modos de vida da sociedade urbana e seu significado antropológico. Neste sentido, a arte moderna é encontrada desde Baudelaire, Flaubert, Dostoiévsky, a pintura impressionista e a música de Wagner.

2 A REPRODUTIBILIDADE TÉCNICA DA ARTE

Houve no primórdio do século XX um significativo aumento nas expressões artísticas. A quebra paulatina com as formas anteriores, caracterizando um antiformalismo artístico, foi de peculiar importância para os rumos que a arte viria a tomar frente aos novos e inesperados eventos políticos mundiais.

A Primeira Grande Guerra, que tornou evidente não somente um desmoronamento econômico, mas também cultural, e o surgimento das ideologias seculares – democracia, comunismo e nazi-fascismo – impactaram de tal forma as sociedades que seus valores e crenças na suposta continuação benéfica de suas práticas vieram abaixo.

Não obstante, também a Segunda Guerra se apresentou como um marco na desconstrução da crença no progresso humano: a corrida nuclear possibilitou tamanhos desastres que as concepções sociais não mais eram suficientes para a compreensão e projeção aos homens. O cenário é ainda mais devastador e, segundo Graça Proença (PROENÇA, 2011, p. 251), “é nesse contexto complexo e muitas vezes angustiante que se desenvolve a arte da primeira metade do século XX. Assim, os movimentos e as tendências artísticas expressam, de maneira diversa, a perplexidade do homem nesse período”.

A possibilidade de tal feito se deu pelo avanço tecnológico da época e da crescente massificação da produção. As comunidades cada vez mais urbanas demandavam uma fabricação em escalas maiores e esse movimento não se absteve também da produção artística.

Walter Benjamin, em *A obra de arte na era da sua reprodutibilidade técnica* (BENJAMIN, 1955), realiza uma análise das novas condições de produção, reprodução e percepção na arte moderna, assim como as novas formas de arte, em especial o jovem cinema e suas possibilidades. A reprodutibilidade da obra artística atingiu, no século XX, graus de refinadíssima sofisticação. Seus procedimentos não mais se limitavam à reprodução de obras provenientes de épocas anteriores, mas conquistaram seu lugar na própria produção de novas modalidades artísticas.

Porém, a obra de arte, em sua mais perfeita reprodução, perde algo, perde sua substância singularizadora, a saber, o seu lugar único no espaço e no tempo, a sua *raridade* e tudo o que envolve a sua concepção. A obra de arte reproduzida – como assevera Benjamin – não é *autêntica*. “A autenticidade de uma coisa é a suma de tudo o que desde a origem nela é transmissível, desde a sua duração material ao seu testemunho histórico” (*Ibidem*, p. 4). Este testemunho compreende as diversas circunstâncias que compuseram o panorama geral da produção e sua situação posterior, ou seja, o significado que a própria história lhe atribuiu. A essas características próprias da obra não reproduzida, ao seu testemunho histórico, ao seu aqui e agora, Benjamin dá a denominação de “aura”.

Com a reprodutibilidade, todos estes componentes, intrinsecamente ligados à “obra original” sofrem uma perda em seu testemunho histórico. Na obra reproduzida há, evidentemente, um declínio da aura. Além das questões inerentes à reprodutibilidade, podemos relacionar a decadência da aura a fatores perceptivos e sociais. Como aponta Benjamin, em diferentes épocas históricas, desenvolvem-se diferentes percepções sensoriais. Estas não surgem espontaneamente, mas são condicionadas pelos fatores históricos. O *medium* da percepção estética das coisas, no tempo e no espaço, mostra-se substancialmente diferente e relaciona-se diretamente com a decadência da aura (*Ibidem*, p. 4):

Essa decadência assenta em duas circunstâncias que estão ligadas ao significado crescente das massas, na vida atual. Ou seja: ‘aproximar’ as coisas espacialmente e humanamente é atualmente um desejo das massas tão apaixonado como a sua tendência para a superação do caráter único de qualquer realidade, através do registro de sua produção.

Podemos observar que tal decadência fragiliza o potencial da inserção da obra de arte no contexto da tradição. Ao definir a aura como “a manifestação única de uma lonjura, por mais próxima que esteja” (*Ibidem*, p. 6), assevera Benjamin isto precisamente define o valor de culto da obra de arte

em termos de percepção espacial e temporal. Esta lonjura contrapõe-se fortemente ao desejo de proximidade das massas e ao seu novo modo de percepção. Como aponta Arnold Hauser em *História Social da Literatura e da Arte* (HAUSER, 1998, p. 1140):

A fascinação da ‘simultaneidade, a descoberta de que, por um lado, o mesmo indivíduo tem a experiência de tantas coisas tão diferentes, distintas e irreconciliáveis num mesmo momento, e que, por outro lado, diferentes indivíduos em diferentes lugares têm, muitas vezes, a experiência das mesmas coisas, de que as mesmas coisas sucedem ao mesmo tempo em lugares completamente isolados uns dos outros, este universalismo de que as técnicas modernas tornaram possível que o homem contemporâneo tivesse consciência são, talvez, a real fonte do novo conceito de tempo e de todo o modo abrupto como a moderna arte descreve a vida.

A reprodutibilidade técnica, o desejo de proximidade das massas e alteração na percepção estética do tempo e do espaço – estes elementos resultam, pois, na decadência da aura e na consequente *libertação* da obra de arte de sua função ritual. Torna-se, pois, acessível a públicos maiores, torna-se acessível às massas. Estas, que antes não tinham acesso à obra, possuem agora o poder de recepcioná-la, de controlar a sua recepção, assumindo assim uma função ativa na atividade cultural. Todo este quadro revela uma nova “personalidade” da obra de arte – podemos, então, caracterizá-la, na era de sua reprodutibilidade técnica, como “pós-aurática”. A função social da arte é transformada, visto que esta agora se assenta na praxis política e não mais no ritual.

Dividindo a recepção da arte em duas vertentes, uma baseada no valor do culto e outra no valor exposição, percebe-se que a reprodução técnica da arte com valor meramente de culto possibilita a expansão de sua exposição. Esse desvio quantitativo entre os dois polos se mostra numa modificação qualitativa da sua natureza (BENJAMIN, 1955, p. 6).

O instrumento de magia em que se transformou a arte assentada no valor de culto passou a uma característica muito mais artística na arte assentada no valor de exposição. O objeto exemplar é a fotografia: a alcançabilidade devida aos meios reprodutivos extingue cada vez mais seu valor de culto.

De toda sorte, aquelas que tinham como centralidade o rosto humano ainda guardavam relutantemente o valor cultural da imagem recordativa. Apesar disso, os registros fotográficos paisagísticos apresentavam-se como provas no processo histórico, consolidando nisso seu significado político

oculto. Este, por sua vez, não seria alcançando por via de mera contemplação, dependendo do observador, para a apreensão do sentido da obra, procurar determinado caminho até ele.

3 O CARÁTER POLÍTICO DA ARTE PÓS-AURÁTICA

O contexto artístico da reprodutibilidade técnica exige, por conseguinte, um despertar por parte do observador em relação à essência da obra. Os significados ocultos da arte pós-aurática a expõe de tal forma em que a provocação é algo inerente.

Considerando isso, à medida em que o sentido social de uma arte decrescia, o público era menos crítico, mais impassível diante dela. As massas alteraram drasticamente a recepção da arte em sua tradição clássica, tornando-se por vezes repulsiva a esta justamente pela ausência de uma relação direta com quem recepciona. Carecem de sentido prático, de um viés realista, crítico, prazeroso ou mesmo irônico.

Por esse ângulo, voltando o olhar ao início do século, é possível ver um traço do Dadaísmo, que, antes de tudo, procurava causar desconforto no observador, mas principalmente tentava resultar aquilo que só viria de fato com a arte cinematográfica posterior: a qualidade tátil da interação arte-recepcionador (*Ibidem*, p. 8).

Como supra arguido, a função política da obra de arte encontra seu substrato em fatores técnicos e sócio-culturais. As técnicas de reprodutibilidade da obra de arte permitiram o alargamento substancial de seu alcance, encontrando terreno fértil com os novos meios de comunicação – os chamados mass media, que englobam a TV, o cinema, o rádio, o disco, o pôster, o cartaz, a imprensa escrita e este novo mundo de possibilidades informacionais que é a internet.

Como aponta Lucien Goldmann em Possibilidades de Ação Cultural Através das *Mass Media* (GOLDMANN, 1972), a transmissão de um conjunto de informações não depende apenas da quantidade ou da “natureza” do conhecimento a ser transmitido – depende, principalmente, da estrutura psíquica dos receptores, ou seja, o modo como a recepção das informações é condicionada socialmente. Uma das características, apontadas por Goldmann, das novas sociedades modernas é a desorientação das massas frente a uma imensa quantidade de informações, pois “a única massa de informações lançada sobre o receptor relativamente passivo pode constituir um elemento de desorientação e de enfraquecimento da compreensão” (*Ibidem*, p. 26).

Desenvolve-se, com o avanço da sociedade tecnocrática o que o referido autor chama de *especialista analfabeto*, a saber, o indivíduo

inteligente e competente no seu domínio do conhecimento (na sua especialidade), mas completamente passivo em todas as áreas intelectuais de sua existência, tornando-se assim o executante perfeito.

Em contraposição a isso, a arte, em sua função social política, atua como fator de ação na luta contra a passividade dos indivíduos frente aos problemas sociais e econômicos. A Pop Art, que surgiu por volta de 1960 e representou a grande vitalidade artística desta década, utilizou-se dos materiais da cultura pop em sua produção artística. “Para a Pop Art interessam as imagens, o ambiente, enfim, a vida que a tecnologia industrial criou nos grandes centros urbanos” (PROENÇA, 2011, p. 349). Embora íntima dos ícones populares e dos recursos das mass media, a pop art não busca transmitir mensagens necessariamente populares ou conformistas. Como assevera Merquior (MERQUIOR, 1974, p. 304), “a audácia do Pop consiste precisamente em tentar exercer uma distância crítica no seio do próprio contato com os meios de alienação”. Tais características podem ser visualizadas nas obras de Andy Warhol e Roy Lichtenstein.

Na arte contemporânea, com grande viés político, encontramos as obras do britânico Banksy, que fazem parte do movimento chamado Street Art. Tratam-se de manifestações artísticas que, em geral, são feitas em espaço público, sendo o grafite um de seus principais instrumentos. As obras de Banksy têm como temática diferentes questões sociais que dão ensejo a reflexões por parte da sociedade. Por se tratarem de obras que são realizadas em espaços públicos, o seu alcance é extremamente alargado, despertando, no mínimo, a curiosidade dos transeuntes ao se depararem com elas.

4 O FECHAMENTO DO SISTEMA JURÍDICO

Conforme exposto em termos iniciais, ao que pese uma tendente apropriação participativa dos indivíduos em relação a uma prática artística, o mesmo não parece ocorrer com questões jurídicas. O direito brasileiro por vezes mostra a si mesmo como autossuficiente, de modo que a Constituição e demais codificações fossem capazes de resolver, em tese, todos os problemas de uma sociedade de massas como a brasileira.

É certo que, do ponto de vista doutrinário, não foram poucas as tentativas de se inverter o foco mais à prática jurídico-social do que às formas jurídicas em si. Ocorre que, em sentido contrário, os próprios operadores do direito, por vezes, conduzem o ordenamento jurídico como alienado às relações políticas e sociais de fato, baseando-se em um formalismo extremo.

No sentido de compreender, de certo modo, os motivos práticos que levaram a esse desvio institucional, assinala Castro (CASTRO, 2014, p. 701)

que, do ponto de vista histórico, os juristas inicialmente satisfizeram-se com o direito civil, no continente europeu, e com o *common law*, na Inglaterra. Entretanto, as práticas sociais tornaram insuficientes essas concepções, levando os estadistas, em construção com juristas, a adaptar doutrinas de cunho filosófico-político para o campo jurídico, estando nessa construção a gênese do direito constitucional.

As doutrinas jurídicas sobre as constituições propagaram-se, por sua vez, estabelecidas em dois principais discursos político-constitucionais: o modelo americano, com um viés de produção em processos práticos, e o modelo alemão, com um viés conceitualista.

Na “apropriação” das filosofias políticas, dois traços foram cruciais para um caráter fechado do sistema constitucional: a consideração da supremacia constitucional e a adaptação do conceito de “direito” enquanto “referencial normativo generalizado, atribuível, em teoria, a todos os indivíduos igualmente”.

No que tange ao primeiro, deve-se à escolha da concepção filosófica de Locke, fundada na pressuposição de uma normatividade superior em um sentido jusnatural. Transpondo-se para a instituição Estado, o caráter normativo superior é atribuído à ideia abstrata de constituição. Devido a essa escolha, o direito constitucional apresentou uma essência muito mais estática que dinâmica ou construtiva, oriunda de um processo de tensão entre autoridades. A intangibilidade do que vem a ser constituição nos coloca esta como algo “pronto”, considerando que aquilo que é posto como supremo tem inclinação natural à estabilidade e não à mutação.

Relativamente ao segundo traço citado, a noção de “direito” como termo substituto a interesses dos indivíduos, no sentido, portanto, de “direito subjetivo”, foi acoplada à ideia de constituição, passando a ser componente desta. A questão que se coloca é que também o juízo de “direito subjetivo” veio sobrecarregado de completude e estabilidade (FRAZÃO, 2006, p. 51).

Observamos, por exemplo, a tradição da Escola Histórica de Savigny, que, apesar de ter sido fundada justamente em contraposição com o positivista da Escola da Exegese, trilhou percursos formalistas e, “cada vez mais afastada da história, baseava-se em conceitos que eram extraídos por abstração dos dados históricos, dando origem à Pandectística de Windscheid” (Ibidem, p. 51).

De fato, nota-se em diversos autores, como A. Von Tuhr, R. Von Ihering, Windscheid e outros, uma pretensa conceituação “verdadeira e acabada” do que viria a ser os direitos subjetivos (GOMES, 1993, p. 111). Essa tradição forneceu ao sistema constitucional, enquanto acoplador dos direitos subjetivos, mais um terreno fértil onde cultivar formas jurídicas

abstratas e insuficientes por natureza.

Resta que o formalismo intrínseco às primeiras noções de direito subjetivo, tratados agora pelas constituições como “direitos fundamentais”, aliena ainda mais o discurso jurídico da constituição político-social real. Os textos constitucionais apresentam por ora demasiadas abstrações em formas de conceitos que fogem da concretude de suas previsões legais.

Com base nisso, ainda Castro (CASTRO, 2014, p. 704) nos mostra que esse fechamento conceitual impede que a prática jurídica enseje a valorização do sentimento de liberdade de cada um, sendo portadora de “baixo potencial de promover a efetiva liberdade dos indivíduos e grupos que formam a maioria da sociedade”.

Como já mencionado, pelas circunstâncias históricas, o fechamento conceitual presta-se a uma ideia de sistema baseado em um referencial normativo hierarquicamente organizado, com conceitos estáveis (e consequentemente fechados) e inter-relacionados de maneira a formar um sistema coerente e completo. Tal maneira de se pensar o direito brotou no pensamento da Escola Pandectística e se mostrava bastante atraente àqueles juristas, pois servia a um propósito de unificação jurídica de uma Alemanha politicamente fragmentada. Como aponta John Maurice Kelly (KELLY, 2010, p. 428):

Esse sistema, ao ver desses juristas, seria uma vasta estrutura de conceitos interdependentes e harmoniosamente articulados: princípios, regras, doutrinas, para cuja elaboração o material romano clássico devia servir de pedra de qual blocos adequados podiam ser extraídos.

A influência dos pandectistas foi preponderante na formulação do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) - o código civil alemão -, especialmente na chamada Parte Geral, que por sua vez influenciou demasiadamente os códigos civis brasileiros, inclusive o de 2002 - o que é um verdadeiro anacronismo, se considerarmos que o BGB guarda cerca de um século de distância de nosso Código Civil.

Com o surgimento das *políticas públicas* e sua absorção pelos juristas chamados de “turma do social” em meados do séc. XX, algumas importantes consequências representaram um enfraquecimento do direito clássico-burguês, dentre elas a “perda do sistema” no Direito. Como assevera Marcus Faro de Castro (CASTRO, 2012, p. 204), “Com a multiplicação das políticas públicas, o confronto da *jurisprudencia* com a realidade tornou inviável que se continuasse a sustentar a existência de um sistema, como o que pôde ser abstratamente construído pelos jusnaturalistas, de acordo com o *filosofia*

deducere, e que foi a pedra angular da dogmática jurídica praticamente em todas as áreas doutrinárias do direito europeu continental a partir dos trabalhos de Savigny”.

Não obstante tal perda do sistema, alguns juristas buscaram alternativas que conferissem coerência e completude ao sistema jurídico. Uma destas alternativas foi um novo olhar sobre o conceito de direito subjetivo liberal e sua distinção entre princípios e regras. Entre os autores desta nova abordagem, destacam-se Ronald Dworkin nos Estados Unidos e Robert Alexy na Alemanha.

O contexto é de ascensão dos chamados direitos sociais. Diante da necessidade de flexibilização da ideia de direito subjetivo, os juristas alteram sua qualidade não em sentido de torná-la mais aberta às práticas sociais, mas acabam por fazer uma alteração ainda mais imprecisa: a ponderação de valores.

A princípio, a ponderação de valores surgiu como uma possibilidade de libertação do antigo formalismo (CASTRO, 2014, p. 706 *apud* ALEINIKOFF, 1987, p. 1005), “retirando dos juízes as suas vendas” e colocando-os diante de questões mais pragmáticas em suas questões jurídicas. Apesar disso, essa própria prática foi se tornando rígida e formalizada (*Ibidem*, p. 706).

Novamente, a *aplicabilidade* do direito fica em xeque. O que antes era visto como algo com fim em si mesmo, agora o é por definitivo. Precisa-se por ora redefinir os conceitos dos princípios (direitos subjetivos) em um campo mais abstrato que antes, com diversas definições com reflexo em si mesmas, e apenas. A intangibilidade normativa cresce em termos exponenciais, dando origem ao neoformalismo.

De modo a recuperar as ideias de completude e coerência, Dworkin (DWORKIN, 2002, p. 165) utiliza a metáfora do Juiz Hércules, que teria a capacidade “ordenar logicamente os princípios jurídicos abstratos” (CASTRO, 2012, p. 211), de modo a conceber a única decisão correta autorizada pelo ordenamento, com base na ponderação principiológica, na análise dos fatos únicos e irrepetíveis do caso concreto e na coerência das leis e de suas interpretações, ou seja, a *integridade* do ordenamento.

Esclarecedor é, no que tange ao entendimento do raciocínio de Dworkin, a passagem de Menelick de Carvalho Neto em Os Direitos Fundamentais e a (In)certeza do Direito (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 59):

Importante ressaltar que num sistema principiológico mesmo as regras, que especificam com maior detalhe as suas hipóteses de aplicação, não são capazes de esgotá-las; podem, portanto, ter sua

aplicação afastada diante dos princípios, sempre com base na análise e no cotejo das reconstruções fáticas e das pretensões a direito levantadas pelas partes na reconstrução das especificidades próprias daquele determinado caso concreto.

Mais uma vez, incorre-se no erro de apostar na suficiência de formas extremamente abstratas para a regulação dos problemas da vida concreta, que podem, inclusive, sobrepor-se à aplicação de regras, tendo estas a sua aplicação afastada diante dos princípios. Como assevera Castro, “O argumento de Dworkin depende da aceitação da estranha e hiperbólica metáfora que ele propõe, mas que reafirma a aspiração, típica do “direito burguês”, de fundamentar-se em “formas” abstratas, consideradas como plenamente suficientes para oferecer, a problemas práticos da vida em sociedade, respostas com um grau de certeza lógica e moral que as tornam intrinsecamente cogentes” (CASTRO, 2012, p. 211).

A lógica institucional do sistema jurídico, como acima discutido, tem perpetuado nas práticas do direito a manutenção das formas que remetem ao abstracionismo, como se aí pudéssemos encontrar a sua essência, a sua aura: a intangibilidade normativa.

5 CONEXÕES POSSÍVEIS

No cenário jurídico acima descrito, não é difícil perceber, pelo já frisado, a deficiência institucionalizada de interações do âmbito do direito em relação às esferas sociais e políticas. Nesse sentido, a crítica posta ao modelo formal de aplicação pode ser consolidada transpondo-se conceitos do campo artístico para o campo jurídico.

Nota-se relativa semelhança do formalismo vigente no Direito com o formalismo vivenciado nas questões artísticas no período romântico. O ciclo em que se encontram as concepções jurídicas parece condicioná-las a afetar somente a si mesmas, de modo análogo ao que ocorria com as inovações em termos de obra de arte previamente à politização desta.

Não obstante o domínio da estética moderna no século XX, subsistem ainda certos resíduos desta concepção romântica e ainda aurática da obra de arte. Estes resquícios atuaram como fator de formalismo “*de estreitamento da visão artística e de enfraquecimento de sua vitalidade comunicativa*” (Ibidem, p. 167).

Com o surgimento do cinema, houve quem tentasse enquadrá-lo em determinadas concepções ainda, por assim dizer, auráticas. Sobre a versão em filme, de Reinhardt, de Um Sonho de Uma Noite de Verão, Franz Werfel

comenta que “o filme ainda não apreendeu o seu verdadeiro sentido, suas verdadeiras possibilidades... estas consistem na sua faculdade única de, com meios naturais e um poder de persuasão incomparável, expressar a ambiência do conto de fadas, do maravilhoso, o sobrenatural” (BENJAMIN, 1955, p. 9, apud WERFEL, 1935).

Como afirma Benjamin, a tentativa dos primeiros teóricos do cinema de caracterizá-lo como arte sempre resultava em reconhecer neste elementos de culto. Tratava-se, pois, de uma visão reacionária, ainda ligada à função ritualística da arte, funcionando, como bem pontuou Merquior (MERQUIOR, 1974), como elemento de estreitamento da visão artística.

Ao menos no campo da arte houve essa possibilidade de resistência aurática; o mesmo não se pode dizer do Direito. Isto porque, no que se refere às normas jurídicas, não é perceptível uma transformação efetiva para os significados que estas possuem nas relações de ciclos externos ao jurídico, ou seja, os ciclos sociais de fato. Enquanto o formalismo nos apresenta na arte como inconveniente residual, no Direito o mesmo é impensável: ele constitui a prática paradigmática.

Para que possamos superar este paradigma, que se mostra revigorado com o neoformalismo, pensamos que algumas posturas devem ser modificadas frente à forma que encaramos a constituição, dando ensejo a uma possível democratização do direito constitucional, à sua aproximação com os problemas concretos da vida social, à sua aproximação da vida das massas.

Dentre as medidas propostas por Marcus Faro de Castro (CASTRO, 2014, p. 711), podemos citar, primeiramente, um discurso doutrinário que deite suas reflexões sobre a constituição política empírica, e não sobre abstrações principiológicas. A análise da realidade social revela uma complexidade que não se enquadra em um número limitado de princípios abstratos. A tarefa de apreensão dos fenômenos sociais e sua problematização jurídica seria, como aponta Castro, extremamente enriquecida com o alargamento do horizonte intelectual do jurista, de modo que este intercambiasse diferentes áreas do saber no intuito de compreender os problemas de uma forma mais abrangente e de oferecer uma resposta satisfatória. A interação com disciplinas como a sociologia política, a economia política e a filosofia política seriam de extrema valia para a abordagem, problematização e a proposição de soluções para os problemas constitucionais.

Do ponto de vista interpretativo, encontramos em Häberle (HÄBERLE, 2002, p. 12) orientação de mesmo sentido transdisciplinar:

A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um

modelo de interpretação de uma “sociedade fechada”. (...) Se se considera que uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema “Constituição e realidade constitucional” - aqui se pensa na exigência de incorporação das ciências sociais e também nas teorias jurídico-funcionais, bem como nos métodos de interpretação voltados para atendimento do interesse público e do bem-estar geral -, então há de se perguntar, de forma mais decidida, sobre os agentes conformadores da “realidade constitucional”.

Outro possível caminho seria a flexibilização dos próprios direitos subjetivos. Compreende-se que estes não possuem um conteúdo pronto que possa se encaixar em uma fórmula abstrata, visto que a *gramática das práticas sociais* produzem constantemente novos conflitos e problemas antes inéditos, surgindo assim novas demandas que correspondem à nova realidade superveniente. Se pensarmos, apenas a título de exemplo, nas novas tecnologias de informações e sua relação com o direito à privacidade, conseguimos enxergar problemas novíssimos da era tecnológica que demandam acurada reflexão - problemas impensáveis durante o séc. XX e, inclusive, durante os debates da Assembleia Constituinte última. Como assevera Castro (CASTRO, 2014, p. 715), os direitos fundamentais não podem ser concebidos como conceitos que precisam apenas ser detalhados em suas estruturas e seus limites, tampouco devem ser idealizados ou servirem de moldura na qual qualquer encaixe possa ser feito:

“[...] o jurista que se dedique a desenvolver o direito constitucional de orientação democrática deve aceitar que o seu papel não é o de declarar, com base em concepções normativas ‘prontas’, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma ou comportamento, mas sim o de ser um coadjuvante em um processo complexo de descobertas e de construção contínua destes referenciais normativos que são os direitos fundamentais”.

À luz desses ensinamentos, uma análise com tendência desformalizadora do Direito parece propícia. O discurso e a prática jurídica em muito contribuiriam para uma cidadania plena se reestruturasse as suas bases ideológicas, nos termos adiante colocados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível perceber que o principal paralelo a se fazer entre a história artística recente e o sistema jurídico atual é a abertura dos seus portões conceituais às massas. Da maneira como ocorreu com a reprodução técnica, as normas jurídico-constitucionais deveriam alcançar de fato os seus receptores,

transportando para cá a noção de “recepção táctil” de Benjamin, baseada antes no *hábito* que na mera *contemplação*.

Esse ponto, porém, consiste em dois lados de uma mesma moeda. Na medida em que a sociedade de massas recebe ativamente as normas jurídicas, também o Direito deve fornecê-las oportunamente para tal. Isso não se daria, como já demonstrado, com a exaltação cíclica de formas intangíveis, mas sim com uma volta às questões que realmente importam nos fatos juridicamente relevantes, ou seja, os impactos sociopolíticos de uma determinada aplicação legal.

Falamos em “aura” para designar a essência da obra de arte no período prévio à sua massificação. Apontamos também que a aura do sistema jurídico é a abstração conceitual, sendo esta um paradigma que o Direito evita sair, resultando na autorreferência ingênua de que é um sistema coerente, alicerçando em sua prática o fechamento conceitual.

A intangibilidade normativa (especialmente das normas constitucionais), a ideia pandectística de um sistema completo e inteiramente coerente, o fechamento conceitual dos próprios direitos fundamentais - estes são os elementos que compõem o que aqui chamamos de aura do direito, elementos estes que formam as bases de um formalismo persistente, que sobrevive revigorado até os mais atuais dias. As possibilidades que aqui apontamos, baseadas nas ideias de Castro, são nortes para o alcance de uma nova prática, de um novo Direito, de um Direito que por fim atinja - se nos for permitida uma analogia com os conceitos Benjaminianos - uma era pós-aurática, em que, assim como no plano artístico, o formalismo torne-se apenas residual.

A título de deixar a apreensão das ideias de Benjamin mais clara, lembramos as características sociais que levaram à queda da aura artística: A reprodutibilidade técnica, o desejo de proximidade das massas, a função ativa em relação à obra de arte (possibilidade de domínio da recepção e de crítica) e a percepção táctil. Não nos parece difícil supor que essas características, com as devidas correções comparativas, aliadas à abertura dos teóricos e aplicadores do Direito às outras esferas da sociedade, acabariam em uma nova construção paradigmática, muito mais pragmática e efetiva, consistindo nisso a projeção de desformalização do sistema jurídico.

A obra de arte em sua *praxis* política, introduz uma nova maneira de problematização das questões sociais. Obras como as de Banksy - em geral, de caráter crítico -, expostas a céu aberto, despertam no mínimo a curiosidade dos indivíduos que passam por elas e levantam o debate sobre problemas sociais latentes. Sobretudo, a obra política desperta os indivíduos de um sono letárgico, tira-os de sua passividade e realiza um convite à reflexão.

A politização da arte responde ao que Benjamin chama de estetização na vida política, prática comum ao fascismo, visto que permite que as massas se expressem, mas de modo que as relações de propriedade permaneçam intactas (BENJAMIN, 1955, p. 20). A politização da arte, pelo contrário, convida à real reflexão, a um giro posicional - da passividade à atividade. Mas este giro não pode calcar-se na atividade unicamente cultural: esta necessita atuar ao lado da ação social, política e econômica (GOLDMANN, 1972, p. 30-31). Apenas a ativação intelectual permitirá o progresso da vida política. Apenas a ativação intelectual dos operadores do direito - *os quais, muitas vezes, atuam como os referidos analfabetos letrados*, especialistas em seu campo, mas passivos em todos os outros domínios intelectuais - permitirá o avanço e a alteração do paradigma formalista.

REFERÊNCIAS

ALEINIKOFF, T. Alexander. **Constitutional Law in the Age of Balancing**. The Yale Journal, vol. 96, n.5, p. 943-1005, April 1987.

BENJAMIN, Walter. **A obra de arte na era da sua reprodutibilidade técnica**. Segunda versão do texto publicada em 1955.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito: A Produtividade das Tensões Principlológicas e a Superação do Sistema de Regras**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

CASTRO, Marcus Faro de. **Globalização, democracia e direito constitucional: legados recebidos e possibilidades de mudança**. In: CLEVE, Clemerson M; FREIRE, Alexandre. **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional: Análise, Crítica e Contribuições**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Formas Jurídicas e Mudança Social: Interações entre o Direito, a Filosofia, a Política e a Economia**. São Paulo: Saraiva, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FRAZÃO, Ana. **Empresa e Propriedade: Função social e abuso de direito**. São Paulo: Quartier Lantin, 2006.

GOLDMANN, Lucien. Possibilidades de ação cultural através das mass media. In: **A criação cultural na sociedade moderna: por uma sociologia da totalidade**. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1972.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Edição de Sergio Antonio Fabris. 2002.

HAUSER, Arnold. **História social da arte e da literatura**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

MERQUIOR, José Guilherme. **Formalismo e tradição moderna: o problema da arte na crise da cultura**. Rio de Janeiro: Forense-Universitária; São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1974.

_____. **Arte e sociedade em Marcuse, Adorno e Benjamin**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1969.

PROENÇA, Graça. **História da Arte**. São Paulo: Editora Ática, 2011, 17ª edição.

WERFEL, Franz. “**Sonho de Uma Noite de Verão**”. Um filme de Shakespeare e Reinhardt. “Neues Wiener Journal”, cit. Lu, 15 de Novembro 1935.

Recebido em: 28 jun. 2015

Aceito em: 07 set. 2015

