



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE
CATÓLICA DE SÃO PAULO –
PUC/SP**

**Projeto de Artigo
Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional
Teoria Geral do Direito**

**ENSAIO SOBRE O DIREITO E A ARTE.
“Um diálogo possível”.**

Professor Orientador:
Prof.: Celso Ferandes Campilongo

Orientando:
RODRIGO GUIMARÃES BUCHINIANI

**São Paulo
Agosto de 2014.**



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE
CATÓLICA DE SÃO PAULO –
PUC - SP**

**Projeto de Artigo
Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional
Teoria Geral do Direito**

**ENSAIO SOBRE O DIREITO E A ARTE.
“Um diálogo possível”.**

Professor Orientador:
Prof.: Celso Fernandes Campilongo

Orientando:
RODRIGO GUIMARÃES BUCHINIANI

*Artigo elaborado como quesito parcial
para aprovação no crédito de Teoria
Geral do Direito – Professor Celso
Fernandes Campilongo, do Programa de
Estudos Pós- Graduated em Direito da
Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo – PUC/SP.*

**São Paulo,
2014.**

INTRODUÇÃO

Direito e Arte, Arte e Direito, sistemas de comunicação aparentemente distintos que revelam possibilidades de interação social, de um lado o direito positivo que trás na linguagem escrita a possibilidade ao jurista de um universo incontável de combinações por meio de operações normativas, aumentar ou diminuir a complexidade das contingências sociais e de outro lado, a arte, ao utilizar da percepção sensorial do artista, como veiculo comunicativo, para ativar ou desestimular comportamentos na sociedade.

A teoria dos sistemas sociais proposta por Niklas Luhmann permitirá os primeiros passos deste ensaio sobre um diálogo possível entre dois círculos sociais que apresentam códigos, tempos e formas de comunicação diferentes para estabelecer comunicação na sociedade.

A arte, como forma de expressão apresenta diversas possibilidades para se comunicar por meio da percepção como o som, o olfato, o paladar, o próprio corpo humano ou a imagem, por exemplo; já o direito, utiliza como veículo de comunicação a Norma.

Seja no Direito Positivo ou na Arte, ambos, são símbolos, representam criações do homem, ou seja, ambos os sistemas Direito x Arte são ficções que pretendem descrever e idealizar a sociedade.

Assim, com suporte nas obras “O Direito da Sociedade” e “A Arte como Sistema Social” de Niklas Luhmann; “O Direito entre o Futuro e o Passado” e “A função social da dogmática jurídica” do Professor Tércio Sampaio Ferraz Junior; “Direito e Democracia” do Professor Celso Fernandes Campilongo e nos apontamentos grafados durante as aulas de Teoria Geral do Direito I, ministrada pelo Prof. Campilongo, é que este ensaio se apóia para indicar que é possível a comunicação entre dois sistemas sociais aparentemente diferentes e complexos.

Capítulo 1

Ponto de Partida.

Como ponto de partida e fio condutor, a teoria dos sistemas sociais servirá de base teórica e a partir dos enunciados normativos constitucionais e nas decisões do Superior Tribunal Federal – STF, verificar a relação do Estado de Direito com a Arte, como direito positivado, uma vez que o sistema jurídico é operativamente fechado e cognitivamente aberto as irritações sociais.

Niklas Luhmann ao desenvolver a teoria dos sistemas sociais na segunda metade do século XX, desenvolve, também, o Direito como Sistema Social e assim, propõe uma nova Teoria sobre o Direito que permite a preservação do sistema jurídico enquanto sistema autônomo e fechado e ao mesmo tempo, em constante evolução.

Comparativamente, sem muito se aprofundar, outro alemão, Hans Kelsen em Teoria Pura do Direito, no início do século XX, identificou o Direito como sistema fechado e isolado, com isso, o Direito enquanto ciência ganhou autonomia e independência em comparação a outros sistemas sociais como a economia e a política, por exemplo, que também passaram a ter autonomia enquanto ciência.

Luhmann ao desenvolver a teoria dos Sistemas Sociais, recebeu forte influencia de dois biólogos chilenos, Maturana e Varela, ao transportar o conceito da **autopoiese** que estabelece que uma célula possui em seu interior todos os elementos para se reproduzir, à sua teoria que se aplica à sociedade.

O Direito como Sistema Social, tendo como base a autopoiese, Luhmann afirma que o Direito é operativamente fechado, isto é, o próprio Direito possui código e tempo próprio de produção da norma,

como por exemplo, o processo legislativo, as decisões judiciais, os atos normativos ou instrumento particular.

Apesar da base teórica de N. Luhmann ser holística/sociológica se diferenciar de H. Kelsen que apóia sua teoria na NORMA, este define que são dois os modos de produção do Direito, a primeira centralizada no parlamento e a segunda que é a jurisdição e afirma que a norma jurídica tem seu fundamento de validade na própria norma, que muito se aproxima do conceito da **autopoiese**.

Kelsen e Luhmann são importantes pelas metodologias que desenvolveram, uma tem inspiração sociológica e interdisciplinar (Luhmann) e o outro procura buscar um enraizamento do direito (Kelsen), mas ambos reconhecem que o fundamento de validade do Direito está no próprio Direito.

Existem, no entanto, pontos de aproximação entre os teóricos alemães, como por exemplo, de que sistema jurídico se organiza por critérios próprios, isto é, para Luhmann, uma norma jurídica produz norma por meio de norma, ou seja, o sistema jurídico se caracteriza por meio de comunicação jurídica e para Kelsen, a norma extrai fundamento de validade por meio de outra norma, isto é, a norma fundamental.

A grande diferenciação teórica entre ambos é a de que N. Luhmann trabalha o sistema jurídico como sistema que opera com critérios fechados, mas é ao mesmo tempo, um sistema cognitivamente aberto, o fundamento do fechamento operacional do sistema garante a abertura, ou seja, o sistema é aberto e fechado, ao contrario de Kelsen que trabalha, apenas, o isolamento do sistema jurídico.

Luhmann ao tratar do ordenamento jurídico positivo, o apresenta como sistema de formato circular ou em rede, em que a organização judiciária e os juízes ocupam o papel de centro e com isso, quebra com o paradigma tradicionalmente adotado da estrutura vertical e hierarquizado

da organização do direito que tem na norma fundamental, isto é, na Constituição Federal, o ápice das normas jurídicas.

Na relação centro/periferia, sem hierarquia, tanto o poder judiciário (centro) quanto os advogados (periferia), estão dentro do Sistema Jurídico e a relação com o ambiente, interno/externo, funciona simultaneamente, mas de formas diferentes, não há sincronia, não é um sistema in put/out put.

Em relação à Arte enquanto sistema social, Luhmann entende que o centro do Sistema Artístico é o próprio artista, isto é, o indivíduo que ao utilizar das mais variadas técnicas (circo, artes plásticas, fotografia, cinema, poesia etc.), sensibiliza ou irrita a percepção social por meio da comunicação sensorial ao possibilitar aumento ou diminuição nas expectativas individuais e sociais.

Dogmática Jurídica

A dogmática jurídica, não é só uma das técnicas utilizadas pela hermenêutica, mas sim um estilo de apresentação das idéias jurídicas, permeada por categorias abstratas, com isso, é entendida em razão das suas abstrações, embora tenha sido criticada pelo afastamento dos conceitos para a realidade social.

A dogmática, fundada no iluminismo, isto em no racionalismo, nos serve para estabelecer alguns pontos de partida:

1 – Adesão incondicional ao direito legislado, isto é, ao direito positivado, a completude do ordenamento jurídico se dá pelo fato de entender que o ordenamento jurídico é completo e livre de ambigüidades, como por exemplo, assegura o principio da inafastabilidade do poder judiciário ou principio de denegação da justiça (Luhmann), que confere a completude ao ordenamento jurídico e da uma resposta pratica.

2 – racionalidade do legislador que produz o ordenamento livre de contradições.

3 – Elaboração de construções dogmáticas, ou seja, há uma tentativa de se oferecer respostas praticas instrumentos que viabilizem tomadas de decisão.

Como o sistema jurídico trabalha internamente para a partir das operações internas diferenciar suas atividades de outros sistemas. A produção do direito a partir do direito são estes instrumentos das construções dogmáticas.

O sistema jurídico faz uma observação do mundo, de primeira ordem a **dogmática** e de segunda ordem a **teoria do direito** que é a descrição do trabalho prático, a reorganização.

Capítulo 2

A Teoria dos Sistemas Sociais

Luhmann propõem uma evolução na compreensão social, da passagem de um sistema estratificado, de classes, para um sistema em que a sociedade é constituída por especializações, por funções, como por exemplo: o Sistema Jurídico, Sistema Artístico, Sistema Político, Sistema Econômico e que se organiza em rede, como ambiente.

Por meio de diferenciações ou códigos binários identificados em cada sistema, seja na arte ou no direito, o método sistêmico desenvolve um procedimento para lidar com contingências ao possibilitar a redução de complexidade na apuração ou demonstração de algum fato.

No sistema jurídico teremos: direito/não direito, com razão/sem razão, conforme/não conforme, licito/ilícito ou constitucional/inconstitucional, como diferenciações por códigos binários.

Importante destacar que no binário ilícito/licito, ambos estão no sistema jurídico que é a unidade da diferença entre o que está conforme e não conforme.

Eventos comunicativos formam e informam o sistema jurídico que está sempre em movimento e somente as expectativas normativas levadas ao sistema jurídico, comunicação especializada na redução de complexidade das expectativas, que será capaz de apurar se determinado ato/fato está conforme ou não conforme ao direito.

Complexidade é o aumento das possibilidades de comunicação que implica na necessidade de formas de seleção (seletividade), muitas das vezes estas possibilidades de comunicação podem ser cumuladas por diversas plataformas e com isso é de se esperar divergências no processo comunicativo.

A comunicação para a teoria dos sistemas não é a mesma coisa que linguagem e esta pressupõe três operações: 1 – Ato de comunicar; 2 – informação; 3 – compreensão.

O ato de comunicar pode gerar diversas compreensões o que fatalmente leva ao aumento de contingências por desencadear outras comunicações, isto é, diversas opiniões e o Direito procura reduzir as contingências por meio de mecanismos técnicos.

A sociedade forma um sistema de comunicação, que pode tratar de diversos temas por meio de uma limitação estrutural e para Luhmann, o ser humano enquanto indivíduo, forma um sistema vivo, biológico, mas não de comunicação, isto significa que o ambiente no qual os homens estão inseridos é mais importante

O sistema social se diferencia do ambiente a partir do momento que funciona a comunicação especializada, que tem elementos

necessários e próprios para que haja comunicação e é a partir da comunicação que se constrói as distinções sociais, distinguir significa indicar e aparece como um desdobramento da relação entre parte e todo ou ser e dever ser.

Por estas distinções, os diversos sistemas sociais devem funcionar com elementos internos e ter mecanismos de auto reprodução.

No campo da biologia, os sistemas celulares produzem em seu interior todos os elementos internos para auto se organizar e se reproduzir por meio de elementos internos, a AUTOPOIESES foi concebida por Maturana e Varela e Luhmann ao adotar a terminologia para sua teoria diz que o sistema jurídico ou sistema artístico, como sistemas de comunicação especializados também são autopoieticos.

O sistema especializado ao reproduzir comunicação, se diferencia do ambiente e a partir disto é que o sistema se torna menos complexo que o ambiente.

Os sistemas jurídicos e artísticos operam por mecanismos internos, mas cognitivamente é aberto, isto é, o sistema **reage** ao ambiente nos limites de sua comunicação e tempo.

Esta abertura cognitiva, não se trata de um sistema de In Put e Out Put que pressupõem que o sistema seja aberto. Luhmann desenvolve a idéia que o sistema de comunicação funciona de modo fechado, no interior de sua comunicação, isto é, cognitivamente ele é aberto, mas internamente fechado, o sistema opera de modo fechado.

A comunicação de forma geral se desenvolve naturalmente na sociedade e esta evolução na comunicação faz com que haja um aumento de complexidade devido às possibilidades de escolhas para se comunicar, uma democracia é mais complexa que uma ditadura, por exemplo.

Os sistemas de comunicação evoluem ao estabelecer variação seleção e estabilização. Ao transportar o conceito darwiniano de evolução para a teoria dos sistemas, Luhmann, não trata da seleção de uma espécie, mas o que interessa é a possibilidade de discutir sobre a evolução da sociedade que decorre do aumento de complexidade com o aumento das escolhas.

A questão **temporal** se faz importante pela seleção, pois não é possível realizar ou implementar tudo ao mesmo tempo pela variedade das possibilidades de escolha.

O tempo **presente, real**, é unidade de diferença entre passado e futuro e quando se decide, a escolha pode ter reflexo no passado, mas projeta seus efeitos para o futuro.

Da análise social

Considerando a organização social por sistemas, sua análise se faz por três planos distintos: **temporal, social e material**.

A **dimensão temporal** ocupa fundamental importância, pois cada sistema opera em tempo próprio na estilização social em relação ao ambiente, a sociedade desenvolve-se no tempo real daquela unidade que se dá entre o passado e o futuro, portanto em outro tempo.

No sistema de comunicação jurídica, a manutenção de uma expectativa de direito ao longo do tempo, significa manter algo, significa, manter algo ao longo do tempo, como por exemplo, o contrato particular que preserva a expectativa da entrega da posse no fim do contrato e que o direito irá possibilitar reintegração de posse para atender a expectativa.

O processo judicial é a conseqüência da dupla contingência, reduz a complexidade inerente a um processo de escolha ao reduzir a

complexidade com referência aos atos realizados no passado para viabilizar uma escolha.

As contingências surgem pelo ato comunicativo e das conseqüências de implantação de qualquer projeto diante de diversas possibilidades em relação ao tempo presente para o futuro.

Para a teoria dos sistemas a **dimensão social** é secundária, o consenso desenvolve um papel importante, mas secundário, pois a dimensão temporal é mais importante, pois é a base para o consenso.

O consenso é o resultado da congruência entre a dimensão temporal e a dimensão social.

Com o consenso, mesmo que mínimo, e o direito fica satisfeito com isso, verifica-se pela **prontidão generalizada**, a disponibilidade social/individual para o acatamento de decisões de conteúdo normativo.

A **dimensão material** é o suporte, é a alocação de um código (lei, contrato, ato normativo), ou seja, é a referência ou ponto de partida para o consenso na congruência entre a dimensão social e a dimensão temporal.

Generalização de expectativas congruentes.

O direito é uma possibilidade de comunicação de expectativas congruentes, pois o processo comunicativo envolve expectativas tanto de quem produz como de quem recebe, sendo que a **expectativa cognitiva** é aquela que se adapta aos fatos e quando isso ocorre não se precisa do direito.

Quando se tem uma expectativa frustrada pelos fatos, tem-se uma **expectativa normativa** e quando generalizadas de forma congruente, não será qualquer expectativa normativa, que é jurídica.

A generalização de uma expectativa pressupõe mais que uma contrariedade dos fatos por uma perspectiva individualizada.

Uma expectativa normativa de status jurídico, precisa ser **generalizada em uma tríplice dimensão (Social, material e temporal)** e a congruência atuará na tríplice dimensão.

Para manter uma expectativa ao longo do tempo, significa que com o tempo, no caso do contrato de imóvel, uma liminar, uma sentença irá manter na dimensão do tempo a expectativa de se ter de volta o bem imóvel.

O direito mantém ao longo do tempo uma expectativa frustrada pelos fatos (normativa), mas generaliza por meio da sanção.

Na sociedade moderna, o direito estabilizou uma forma de comunicação exclusiva com base nas dimensões **social, temporal e material** e operara com a especialização, se diferencia assim, da moral, da economia e da religião.

O sistema funciona para todos, e a função do direito/política/econômica/arte é o de servir a sociedade.

Observador de 1 e de 2 ordem.

Luhmann rompe com o paradigma iluminista/antropocêntrico de que o homem, enquanto observador, é o objeto da observação ao tratar da capacidade do sistema jurídico, por exemplo, de observar a si mesmo e de se auto observar com o sistema externo.

Sem duvida alguma a autonomia do direito, enquanto ciência, conquistada a partir do século XX com Hans Kelsen, é possível afirmar

que o sistema jurídico é uma forma de comunicação especializada com tempo e códigos próprios.

No Sistema Jurídico, a **observação de primeira ordem** se dá por operações do sistema jurídico como, por exemplo, os contratos, sentenças e atos normativos. A **auto observação de segunda ordem**, faz uma reflexão sobre o Direito e faz uma observação interna do sistema jurídico, como por exemplo, a dogmática jurídica e a teoria do direito.

Na teoria do direito de Luhmann, o direito que auto observa, cria a sua auto descrição e o faz pelo lado positivo, o sistema jurídico se auto descreve para promover justiça.

Na sua relação entre sistema/sistemas, o sistema jurídico faz a **hetero observação** com outros sistemas, isto é, faz uma observação de segunda ordem, interna, sob o ponto de vista do próprio sistema jurídico sobre os Sistemas Econômico, Político ou Artístico por exemplo.

Vincular as observações com: observação mais operação, resulta em comunicação, como por exemplo, é a função do advogado, após análise das dimensões temporal, social e material, por meio dos códigos pertencentes ao direito, tem caráter operacional de levar ao sistema que desempenhará uma função, neste caso a de redução de complexidade para a tomada de decisão conforme o direito.

Diferenciação Funcional do Direito.

O direito, então, se diferencia dos demais sistemas sociais por ter a função da Generalização Congruente de Expectativa Normativas **GCEN**, pelo **código binário** Lícito/Ilícito como meio de **comunicação** a **NORMA**, por **programas condicionais** como “hipótese/conseqüência” e “Se, então” com **operações** entre normas jurídicas que encontram validade em outra norma jurídica e tem como **centro** os Tribunais (P. Judiciário).

O sistema de reprodução que se auto reproduz, são operações especializadas da comunicação que gera comunicação por meio de comunicação isto é, a autopoises.

Teoria Geral do Direito e a Sociologia Jurídica a luz dos sistemas.

Para o desenvolvimento de uma teoria geral do direito, que tem base na lógica, hermenêutica, argumentação e sistemas, haverá necessariamente um afastamento do objeto, uma generalização, apesar de apresentar uma visão interna ao direito ao diferenciar o objeto das demais coisas.

A ciência jurídica tem por objeto a ordem normativa e a sociologia tem por objeto os fatos, ambas se relacionam pela relação sistema/ambiente sendo inegáveis as irritações recíprocas como resultado dos processos comunicativos.

Neste processo de irritação recíproca, são possíveis, duas formas de se observar o direito, **a primeira**, sociológica, isto é, uma visão externa do direito, **a segunda**, uma visão interna que é a do próprio direito. Toda observação e descrição passam obrigatoriamente por distinções.

Teoria dos Sistemas e o Sistema Jurídico

Luhmann descreve que o sistema jurídico não é uma estrutura fechada, hierarquizada e verticalizada, apresenta uma visão linear, mais horizontal do sistema jurídico, sem um vértice, em que o modo de produção do direito não é hierarquizado, para a teoria dos sistemas, o sistema jurídico é operativamente fechado e cognitivamente aberto.

Na atual sociedade, devido à revolução tecnológica do final do século XX que possibilitou um aumento de contingências em escala

global das relações sociais, Luhmann, compartilha que uma sociedade complexa não se estrutura por um vértice, não é hierarquizada e que a sociedade não tem um único centro, ou seja, sociedade possui uma pluralidade de centros, é uma rede, é circular.

Diferença entre sistema e ambiente.

Tudo acontece de maneira simultânea não existe passado e futuro, sendo apenas possível quando o observado observa que será possível ver as diferenças.

Uma seqüência de eventos pressupõe uma **dimensão temporal** e com o tempo, tem-se a estruturação dos eventos no processo de comunicação que resulta em informação nova na redundância, isto é, na seqüência de eventos.

Eventos são comunicações e podem ser o fato e norma, por exemplo, no evento comunicativo, todos os fatos são eventos comunicativos.

A diferença entre o sistema e o ambiente depende da construção do sistema e no modelo atual, no momento da operação, tudo acontece simultaneamente.

Cada sistema desenvolve mecanismos de autocontrole que depende do fechamento operativo, desenvolver estes mecanismos significa manter a diferenciação.

Caráter reflexivo na relação ambiente sistema.

No sistema jurídico, o momento reflexivo, observação da observação, se dá com a dogmática jurídica ou teoria jurídica.

Os sistemas auto referencial e hetero referencial no direito se descreve como se realiza e se autodescreve, a autopoieses se da com o fechamento operativo dos sistemas.

O sistema jurídico reproduz a comunicação conforme/não conforme isso possibilita o fechamento do sistema e da diferenciação com o ambiente.

Quando o sistema jurídico desempenha sua função para toda a sociedade e ao operar-se, faz observações internas, dentro do próprio direito, mas para a sociedade.

As operações do sistema são delimitadas por sua função e por suas normas e as combinações binárias se dão pela observação do sistema, conforme e não conforme, direito e não direito, licito e ilícito.

Quando o sistema jurídico observa algo importante ao direito ele traz para dentro do sistema, no caso, o direito é positivado, a questão é normatizada.

O fechamento operativo do direito se realiza em segunda ordem, quando um se refere a outro e de acordo com as próprias regras do sistema jurídico.

Código e Programa

Demarcação de **distinção** e a **indicação** permitem a função da comunicação jurídica, é um código de comunicação com peculiaridades.

A operação entre **função** e **código** é o que distingue a comunicação jurídica, e tem na **unidade do sistema jurídico**, o fechamento operacional pela binariedade do direito, direito/não direito,

O código tem uma característica de rigidez, mas não pode ser inflexível para que o sistema possa evoluir com a função do programa.

È o programa que atribui valor ao código e a abertura cognitiva, reforça o sistema operativo, a mudança legislativa e a mudança do precedente, tem relação com a abertura, por exemplo.

Os sistemas que trabalham com binariedade faz transitar o equilíbrio, o cruzamento de fronteiras de um valor para outro, é obrigatório, é uma operação técnica do próprio sistema, auto referencia e hetero referencia.

È por meio do programa, como o código civil ou criminal, por exemplo, é que se admite o ingresso de valores, mas como possibilidade complementar ao código jurídico.

O código traz a idéia de contingência, é uma distinção (direito/não direito) e precisa de outra distinção código/programa que permitirá a autopoieses.

O Código jurídico traz uma certeza que os problemas jurídicos serão resolvidos e o programa jurídico tem estrutura condicional, isto é, o programa vai ao ambiente e retorna.

O programa condicional estrutura o sistema como uma maquina simples, sabendo quais são os inputs, saberá quais serão os outputs.

Normas concretas e normas abstratas simbolizam passado e futuro e a função do direito é a de estabilizar expectativas contra fáticas, o direito não tem começo nem fim, o processo de comunicação acontece, e esta produção, que não tem começo e nem fim é o que gera a autopoieses do sistema.

Para entender empiricamente o que é o direito, precisa-se levar em conta que o direito é temporal, tem a função de garantir uma expectativa normativa que é a resistência frustrada pelos fatos é o ponto de partida do Direito, enquanto para a religião que tem como ponto de partida a esperança.

O direito pode bloquear o processo de comunicação, por ser um mecanismo de comunicação especializada em tratar decepções e não de distribuir justiça, como por exemplo, proibir a estréia de alguma representação artística e a auto correção do direito se dá pelo direito no caso de se recorrer da sentença ou de multa.

Foi fundamental para o fechamento operacional do sistema jurídico, regras procedimentais para como forma de apuração das contingências na redução da complexidade, o desenvolvimento de um procedimento, próprio, foi um avanço na humanidade por evitar a influencia de valores morais, éticos, econômicos e sociais, por exemplo, as regras processuais são autônomas as regras de direito material.

A comunicação sistêmica jurídica tem a função de conter contingências ao possibilitar um procedimento de apuração para a tomada de decisão sobre as expectativas normativas do sistema social.

As contingências ocorrem do próprio processo de comunicação social em que as frustrações podem ser jurisdicionalizas.

O ordenamento jurídico positivo ao elencar direitos, projeta por meio de formulas abstratas e reflete um mínimo de consenso social sobre a importância de algum fato que merece ser protegido e amparado pela positivação, isto é, por meio de produção do Direito, a norma pode nascer do processo legislativo, dos tribunais, dos atos normativos ou por instrumentos particulares.

Capítulo 3

Apontamentos históricos.

Com a eleição de um modelo político ideal e com base no império da Lei, a partir do Século XVIII, a criação do Estado de Direito retira do Estado Absolutista a centralização do Poder e o monopólio da força para um sistema de tripartição do poder.

Este sistema, também centraliza o uso da violência, mas, com princípios, procedimentos e instituições próprias que se desenvolve a separação dos Poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário com proteção a Direitos Fundamentais como a liberdade, igualdade e fraternidade frente a possíveis abusos por parte do Estado de Direito.

No séc. XIX, O **Estado de Direito ou Estado Liberal**, o Direito é sinônimo de LEGALIDADE, o princípio da legalidade pressupõe a existência de um código, uma lei de controle do Poder e para fortalecer a legalidade, o desenvolvimento do princípio da publicidade foi fundamental para a validade do Direito.

Legalidade e publicidade permitem desempenhar o controle das funções do Estado.

Como pressupostos de análise estrutural do direito, no século XIX, têm se um Estado com capacidade de intervenção social limitada de um lado e a sociedade do outro com capacidade plena de auto organização; separação do direito público do privado; diferença entre indivíduo e cidadão; diferença entre lei e contrato, por exemplo, e a participação política é restrita.

O **Estado de Direito** pressupõe legalidade, o Direito positivo, como sendo a “**regra do jogo**”, o que importa é perceber que naquela

época, o direito se estruturou de forma hierárquica, centralizada e burocrática de controle do Poder do Estado.

No século XX, o Estado passa a Intervir nos Sistemas Sociais, o direito como regra do jogo passa a buscar objetivos, o **Estado Democrático e Social de Direito**, passou a ser identificado como os objetivos perseguidos pelas regras e o direito deixa de ser a regra do jogo e instaura-se um jogo com as regras, ou seja, sai do sistema hierarquizado para o sistema circular, há também um deslocamento do binário lei/doutrina para Jurisprudência/doutrina e surge a teoria da argumentação.

Assim o direito passa a ter uma função e como pressupostos: a crescente intervenção do Estado em todos os aspectos da sociedade (Econômico, Artístico, Político etc.).

Antes, a educação e saúde eram de responsabilidade de cada indivíduo ou no Máximo de algumas instituições como a igreja e a família, depois, o Estado assumiu esta responsabilidade, o de prover direitos sociais.

Neste período surgem novas especialidades para o direito como: o Direito Econômico, o Direito do Trabalho e o Direito Ambiental.

A intervenção do Estado na sociedade, em especial no Sistema Econômico, se desenvolveu no sentido da regulação monetária; criação de banco central; regulação de tributos e etc., no Sistema Jurídico, se deu na regulação dos contratos, serviços públicos etc.

Kelsen admite que o direito é uma específica técnica de **organização social**, objeto da teoria pura do direito é a descrição de validade das normas jurídicas, parte do ilícito e termina na sanção, do ponto inicial e ponto final, o ilícito é o ponto de partida do direito e não a negação.

No século XX, devido à revolução tecnológica causada pelo cinema, radio jornal, isto é, os meios de comunicação de massa passam a desempenhar um papel de controle social muito mais poderoso que o direito.

O direito passou a exercer novas funções, deixa de olhar o passado (controle social) e passa a ter uma visão para o futuro, como por exemplo, no termo “futuras gerações”, constante na CF/88.

Como exemplo destes processos tão caros a sociedade que busca por harmonia ao equilibrar a relação entre Governante x Governado, temos hoje o Estado Democrático e Social de Direito que se vê obrigado a atender a diversas expectativas sociais e ao mesmo tempo preservar liberdades fundamentais.

A revolução tecnológica na era moderna em termos de velocidade na comunicação global, a internet, desde o final do século XX, permite que diversas contingências surjam, como também, padrões estético-artísticos de determinado país ou nação como, por exemplo, os filmes de Hollywood e com isso, assumem caráter de universais ao ser reproduzido o modelo técnico/cinematográfico para representar e contextualizar diversas culturas em praticamente todos os países do globo.

O século XXI, nesta primeira década, que tem na internet o meio principal de comunicação global, possibilita ao individuo estar presente, em diversos lugares em tempo real, mesmo que na forma virtual e permite que diversas sociedades busquem por condições para que liberdades individuais e artísticas sejam respeitadas, isto é a universalidade dos direitos fundamentais.

As contingências locais se tornam contingências global, a internet, traz em si um aumento considerável de complexidade uma vez que os procedimentos para a formação de um mínimo de consenso se tornam

mais trabalhosos que na maioria das vezes não reflete uma verdadeira vontade social e que faz colocar em cheque muitos modelos de democracia.

Apesar dos Estados Nacionais garantirem liberdades, entre elas a artística, a vontade do Governante, eleito, em lidar com a diversidade no mundo real se revela maior que muitas Constituições consideradas formalmente como democrática, mas que na prática violam garantias individuais.

“A forma de governo mais adequada ao artista é a ausência de governo. Autoridade sobre ele e sua arte é algo ridículo.” Oscar Wilde

Capítulo 4

Apontamentos atuais.

As grandes manifestações mundiais nesta primeira década, como por exemplo: occupy wall street, nos Estados Unidos da América do Norte; a primavera árabe, no Oriente Médio; na Europa como um todo; no Brasil em junho de 2013 ou mais recentemente, em 2014, na Ucrânia, no leste Europeu e Hong Kong, tiveram grande repercussão pelas redes sociais sendo possível identificar nestas manifestações, intervenções e símbolos artísticos como narizes de palhaço, encenações teatrais, pernas de pau e com isso, a arte, reafirma seu papel de também poder ser utilizada como ferramenta política de reivindicação.

A arte globalizada, das grandes massas, difundida por meio da imagem televisiva ou virtual (redes sociais), dá a dimensão de uma aparente realidade, estética que deve ser adotada e aceita, mas irrealizável no mundo real, no mundo vivido.

Com a reunião de diversos direitos sensíveis é de se esperar um aumento exponencial de complexidade e na maioria das vezes o

Governante, neste caso, o Estado de Direito acaba se excedendo no uso da força para a manutenção da ordem pública quando o agente público identifica alguma arte realizada no espaço público como sendo aquela que não se identifica como arte globalizada ou por qualquer outro motivo subjetivo, toma providencias a fim de coibir a encenação/manifestação.

Capitulo 5

Conclusão.

Apesar do Estado Democrático e Social de Direito no Brasil assegurar a liberdade individual do artista de se manifestar de forma livre e independente de censura ou autorização prévia, diversas são as notícias de artistas, principalmente na cidade de São Paulo/SP que vão buscar amparo no Poder Judiciário a tutela necessária para se fazer cumprir a Constituição Federal.

Ao buscar refúgio na Norma Maior, o artista retorna para todo um histórico de lutas por busca de liberdade de expressão frente à opressão e como símbolo destas lutas, os enunciados normativos constitucionais regulam a vontade do Estado/Governante ao proteger direitos considerados intocáveis como a liberdade ao artista de exprimir sua opinião sobre determinado fato político, econômico, social, cultural ou ate mesmo individual.

Desde o início dos tempos, a arte sempre foi de alguma forma oprimida ou perseguida por Governantes, uma possível justificativa para repressão, seja pela facilidade que a arte tem de representar e criticar a sociedade como também, as arbitrariedades do Estado para com povo.

“A cultura, sob todas as formas de arte, de amor e de pensamento, durante milênios, capacitou o homem a ser menos

escravizado”. André Malraux (escritor francês)¹.

Atualmente, ao se pensar no Estado Democrático e Social de Direito, como Estado provedor de necessidades básicas, a arte aparece como elemento de redução de complexidade e contingências, pois, quanto maior for o incentivo, promoção e fomento do Sistema Político e Econômico na cultura diversificada, maior será a liberdade do povo para lidar com diferenças e desigualdades com o despertar da humanidade e do senso crítico.

A Constituição Federal, ao simbolizar e representar os ideais a serem atingidos para que a sociedade brasileira seja fraterna, plural, sem preconceitos e fundada na harmonia social, a Arte e Cultura receberam amplo e especial tratamento frente a outros direitos na carta política brasileira.

Parece-nos claro a importância da fruição da arte na sociedade e os constituintes de 1988 dedicaram o capítulo III – Da Educação, Da Cultura e Do Desporto as bases para uma formação digna, livre de preconceitos e plural, preparada para lidar com as contingências do dia a dia com menos complexidade, mas, passados mais de 25 anos da promulgação, observa-se um aumento assustador das contingências que são levadas ao Poder Judiciário.

Uma possível contribuição a este aumento deve-se a notória diminuição da qualidade no ensino público que deixou de ter matérias como arte, música e educação moral e cívica, apesar do próprio Estado ser obrigado a incentivar e assegurar a manifestação da opinião artística em qualquer lugar e sob qualquer forma, conforme estabelecido nos artigos 215 e 216 da Carta Política.

¹ Rede Social - FaceBook – página do CNJ de 01.06.2014 – “Direito à Cultura”

A liberdade de expressão artística, consagrado no texto constitucional como clausula pétrea, isto é, impossível de ser alterada, explicita em seu artigo 5º, inciso IX, concede a ampla possibilidade e conforto normativo para que o artista possa representar a sociedade em diferentes circunstâncias e sobre as mais variadas formas.

Diversos são os efeitos da representação artística na sociedade, pois cada indivíduo a sente e a interpreta de formas distintas, mas em se tratando de uma arte/cultura de massa, surgem padrões de comportamento idealizados que são absorvidos pela sociedade como fontes seguras e corretas do que pode e do que não pode ser considerado como arte.

Tudo aquilo que não estiver conforme a arte predominante corre o sério risco de ser classificada como arte ofensiva ou menor e, portanto, não aceita, o que compromete toda a diversidade artística podendo ser rechaçada inclusive pelo direito, apesar de ser garantida a liberdade de expressão e com isso a preservação da diversidade estética.

Assim, considerando as primeiras pinceladas neste ensaio, pode-se concluir que a arte e o direito já dialogavam no século XVIII, muito embora, a relação governante x artista caminha de forma simultaneamente, de um lado o rei, de outro, o bobo da corte.

Atualmente, de um lado, a tripartição do poder e do outro, inúmeras formas de arte que na atual sociedade da informação, a complexidade aumenta consideravelmente de volume e intensidade.

Portanto, o Sistema Social exige respostas por parte do Poder estabelecido que tem tempo próprio de organização e ações de implementação de alguma política pública e esta não consegue atender a todas as demandas como também, se mostra incapaz de se adequar em conformidade a um procedimento na abertura da tomada de decisão no sistema político com a democracia participativa.

O tempo real, social, influenciado pelo tempo virtual, se revela insatisfeito com o tempo do Estado em traçar e implementar políticas públicas e este descompasso nas expectativas resultam em manifestações populares e a conseqüente repressão do Estado na manutenção da ordem pública.

"Life imitates art far more than art imitates Life.."

"A vida imita a arte muito mais do que a arte imita a vida.." - *"Pen, Pencil and Poison."*, *"Pena, Pincel e Veneno."* *Oscar Wilde*²

BIBLIOGRAFIA

Abbagnano, Nicola. *Dicionário de filosofia*, Martins Fontes, 6 ed, 2 tiragem, São Paulo, 2014. P. 65.

LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Tradução provisória e inédita para o espanhol de Javier Torres Nafarrete. Universidad Iberoamericana/ Coleccion Teoria Social, 2002

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988

Rede Social - FaceBook – pagina do CNJ de 01.06.2014 – “Direito à Cultura”

² Fonte: http://pt.wikiquote.org/wiki/Oscar_Wilde